



HAL
open science

Les doctrines juridiques de l'Europe libérée face aux codes napoléoniens (1811 -1825)

Catherine Touche

► **To cite this version:**

Catherine Touche. Les doctrines juridiques de l'Europe libérée face aux codes napoléoniens (1811 -1825). Droit. Université de Rennes, 2022. Français. NNT : 2022REN1G009 . tel-04390960

HAL Id: tel-04390960

<https://theses.hal.science/tel-04390960>

Submitted on 12 Jan 2024

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

THESE DE DOCTORAT DE

L'UNIVERSITE DE RENNES 1

ECOLE DOCTORALE N° 599
Droit et Science politique
Spécialité : *Histoire du Droit*

Par

Catherine TOUCHE

**Les doctrines juridiques de l'Europe libérée face aux codes
napoléoniens (1811-1825)**

Thèse présentée et soutenue à Rennes, le 7 juillet 2022

Unité de recherche : UMR CNRS 6262 IODE – Institut de l'Ouest : Droit et Europe
UFR Droit et Science Politique

Rapporteurs avant soutenance :

Stéphanie BLOT-MACCAGNAN
Anna KLIMASZEWSKA

Professeur, Université Côte d'Azur
Maître de conférences, Université de Gdansk

Composition du Jury :

Stéphanie BLOT-MACCAGNAN
Olivier DESCAMPS
Anna KLIMASZEWSKA
Isabel RAMOS VÁZQUEZ
Carmelo Elio TAVILLA
Sylvain SOLEIL

Professeur, Université Côte d'Azur
Professeur, Université Paris 2
Maître de conférences, Université de Gdansk
Professeur, Université de Jaen
Professeur, Université de Modène et Reggio d'Emilie
Professeur, Université de Rennes 1

Directeur de thèse :

L'Université de Rennes 1 n'entend donner aucune approbation, ni improbation aux opinions émises dans les thèses. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

À la radieuse mémoire du Professeur Michael Stolleis

REMERCIEMENTS

À mon directeur de thèse, Sylvain Soleil, sans qui je n'aurais pas entamé cette aventure. Pour m'avoir offert un si beau sujet, pour vos conseils avisés, pour votre soutien indéfectible, pour votre investissement de tous les instants, pour votre humanité, veuillez accepter, Monsieur le Professeur, ma plus profonde gratitude.

À tous les professeurs qui, de part et d'autre du continent, m'ont répondu par leur enthousiasme et leur aide précieuse : Francesco Aimerito, Paolo Alvazzi Del Frate, Sylvain Bloquet, Luisa Brunori, Miguel Angel Chamocho, Alfred Dufour, Dirk Heirbaut, Anna Klimaszcwska, Ulrike Müßig, Marc Ortolani, Stefano Solimano, Fred Stevens, Carmelo Elio Tavilla, Isabel Ramos Vázquez, Mesdames, Messieurs, vous avez fait de ma thèse un tour d'Europe ; je vous en remercie chaleureusement.

À mon directeur de mémoire, Gwenaël Guyon, qui m'a donné goût à la recherche ; à Olivier Serra, pour sa bienveillance ; aux membres de mon comité de suivi de thèse, Jacky Hummel et Tiphaine le Yoncourt, pour leur vigilance ; à la direction de l'IODE, pour avoir cru à ce projet ; Madame, Monsieur, Messieurs les professeurs, merci.

À Marie-Adélaïde, Hugo, Jean-Philippe, David, Mathilde, Pierre-Marie, Tanguy : j'ai eu la chance immense de vous avoir pour collègues de thèse ; je vous remercie du bonheur de vous avoir pour amis.

À Coline, Corentine, Marion, Mädy, Enora, Marie, Jules, Louise, Charles, Lucie, Jeanne, Basile, Valentin, Joachim, Théodore, Katia, pour leur amitié inestimable. Grâce à vous, je n'ai jamais eu l'impression d'écrire seule.

À Yane et Jean-Charles, mes (très) beaux-parents, et à toute ma famille, merci pour votre soutien constant.

À mes merveilleux parents, mon moteur, mon inspiration ; жизнь подарили, мир подарили.

À Briac, mon tout.

SOMMAIRE

INTRODUCTION	1
Partie I. Les codes français dans la littérature juridique entre 1811 et 1814 : un empire en suspens	31
Titre I. Penser les codes en fonction de l'actualité politique.....	35
Chapitre I. Commenter les codes français	36
Chapitre II. Promouvoir les modernisations	74
Titre II. Penser les codes par référence à l'histoire	104
Chapitre III. Défendre les traditions juridiques nationales	106
Chapitre IV. Rejeter la codification.....	153
Partie II. Le destin de la codification à la française dans la littérature juridique européenne des restaurations	207
Titre III. La codification à la française et les débats sur le maintien du droit napoléonien.....	214
Chapitre V. La mise au programme de la codification	215
Chapitre VI. La mise à distance de la codification.....	274
Titre IV. La codification à la française et le déploiement de la législation comparée.....	318
Chapitre VII. Comparaison, modélisation et classification juridique.....	321
Chapitre VIII. Comparaison et circulation de la pensée juridique en Europe.....	381
CONCLUSION GÉNÉRALE.....	457
I. SOURCES	468
II. BIBLIOGRAPHIE	492
III. INDEX NOMINUM.....	572

INTRODUCTION

En mai 2019, nous recevant à l'institut Max Planck de Francfort-sur-le-Main, le regretté Professeur Stolleis nous réaffirmait sa conviction : « L'histoire européenne du droit en est encore à l'état de projet »¹. Depuis une vingtaine d'années, les manifestes et les ouvrages n'avaient pourtant pas manqué². Toutefois, selon Michael Stolleis, il manquait encore une dynamique européenne générale et des projets comparatifs d'envergure. Avec enthousiasme et gentillesse, il nous a écouté présenter notre projet, a indiqué des sources, a prodigué des conseils méthodologiques, a écarté certains doutes et a ouvert plusieurs perspectives. Surtout, il nous a encouragée et nous a fait comprendre que dans ce domaine, ceux qui errent ne sont pas perdus : ils *découvrent*.

Ce projet s'inscrit dans cette dynamique scientifique européenne qui cherche à identifier, par la comparaison des sources, les moments clés de l'histoire européenne du droit et la façon dont les auteurs de l'époque les ont interprétés. Or, dans cet espace de recherche, il est évident que l'expansion napoléonienne, la transposition des codes français et les réactions qu'ils ont suscitées au moment de la libération des territoires occupés ont une place majeure. Pour le dire autrement, le droit dans ces territoires ne sera plus jamais le même après le départ des Français, d'abord parce que le modèle juridique français a brutalement remplacé un pluralisme juridique qui se déployait depuis des siècles. Ensuite, parce que la codification à la française et les codes qui la matérialisent (ainsi que leur corollaire, la cassation) formaient un ensemble juridique cohérent qui invitait les auteurs de l'époque à s'interroger, à débattre et à comparer. Enfin, parce que le rejet des Français ne s'accompagne pas forcément du rejet du modèle qu'ils ont imposé³.

¹ Cette conviction avait déjà fait l'objet d'une première affirmation en 2009 (M. STOLLEIS, « Histoire du droit européenne, toujours à l'état de projet ? », *Clio@Themis* [en ligne], 2009, n°1, consulté le 21/05/2022).

² Sur ces œuvres pionnières, R. SCHULZE, « Un nouveau domaine de recherche en Allemagne : l'histoire du droit européen », *Revue historique de droit français et étranger*, t. 70, n°1, 1992, p. 29 s. et, du même auteur, « Le droit privé commun européen », *RIDC*, 1995, p. 7 s. ; R. C. VAN CAENEGEM, *European law in the past and the future. Unity and diversity over two millennia*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002 ; H. HATTENHAUER, *Europäische Rechtsgeschichte*, Heidelberg, Müller, 2004 ; A. WIJFFELS (dir.), *Le code civil entre ius commune et droit privé européen*, Bruxelles, Bruylant, 2005 ; A. PADOA-SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa. Dal Medioevo all'età contemporanea*, Bologne, Il Mulino, 2007 ; H. PIHLAJAMÄKI, « Europäische Rechtskultur ? Rechtskommunikation und grenzüberschreitende Einflüsse in der Frühen Neuzeit », *Clio@Themis* [en ligne], 2009, consulté le 21/05/2022 ; P. GROSSI, *L'Europe du droit*, Paris, Seuil, 2011.

³ À ce sujet, voir S. SOLEIL et R. BAREAU (dir.), *Que faire du droit privé étranger dans un territoire libéré ? Approches historiques et comparatives*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2022.

Il s'agit donc de savoir comment les auteurs ont traité de la codification napoléonienne et des codes modelés sur les codes français, au moment de la libération et de la Restauration.

Cette perspective est enthousiasmante, puisqu'elle engendre des problématiques et des exigences méconnues pour un comparatiste qui partirait d'un point de vue strictement français et qui travaillerait sur la grandeur de son droit national. Traditionnellement, en effet, l'historiographie française s'est surtout attachée à étudier le rayonnement de son modèle juridique, son exportation à l'étranger, pour éventuellement proposer une critique ou une réforme du droit national⁴. Le professeur Beaulieu, en 1934, compare l'expansion du droit civil français à celle du droit romain ; le professeur Boehmer, en 1950, octroie à la codification napoléonienne « le premier rang », au sein de « la série des codifications entreprises depuis le milieu du XVIII^e siècle ». Les commémorations du Code civil – centenaire, cent-cinquantenaire et bicentenaire – accentuent le phénomène⁵. Les pays qui, de leur côté, ont été confrontés aux codes napoléoniens sont souvent mentionnés en tant que récepteurs passifs, satellites placés dans l'orbite du modèle juridique français. Et lorsqu'en 2003, Michel Grimaldi donne la parole à « d'autres que les Français »⁶, c'est pour relayer l'exaltation du rayonnement napoléonien. L'étude de l'histoire du droit français à l'étranger a longtemps servi le prestige national, comme l'affirme Jean-Louis Halpérin – il applique ce réflexe à tous les pays européens :

« L'histoire nationale du droit (pour nous, l'histoire du « droit français ») a été longtemps envisagée, notamment dans les cadres académiques fixés au cours du XIX^e siècle dans les grands États nationaux de l'Europe [...], comme une histoire de l'édification de l'État et de l'ordre juridique national à travers des processus d'unification et de distanciation par rapport à des constructions juridiques transnationales, comme le droit romain ou le droit canon. C'était une histoire enseignée dans des facultés d'État à destination d'étudiants en droit – futurs magistrats, auxiliaires de justice et fonctionnaires – auxquels les programmes officiels voulaient inculquer la connaissance et la fierté du droit national »⁷.

⁴ Voir S. SOLEIL, « Le Code civil de 1804 a-t-il été conçu comme un modèle juridique pour les nations ? », *Histoire de la justice*, n°19, 2009.

⁵ Voir B. TABBAH, « L'humanisme du droit civil français. Secret de son rayonnement », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 6, n°4, octobre-décembre 1954, p. 702 à 730 ; I. ZAJTAY, « Les destinées du Code civil », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 6, n°4, 1954, p. 792 à 810 ; A. CABANIS, « Le code hors la France », *La codification*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 1996, p. 33 à 61.

⁶ M. GRIMALDI, « L'exportation du Code civil », *Pouvoirs*, n°107, 2003, p. 80.

⁷ J-L. HALPÉRIN, « Histoire comparée du droit », *L'histoire du droit en France. Nouvelles tendances, nouveaux territoires*, Paris, Classiques Garnier, 2014, p. 183.

Mais le plus intéressant, y compris pour l'histoire du droit français, n'est-il pas ce qu'en pensaient les auteurs étrangers eux-mêmes ? Cette démarche, opérée du point de vue des pays concernés, est d'autant mieux envisageable aujourd'hui que les chercheurs forment des réseaux européens, que les sources circulent entre pays avec une facilité inédite, que l'ouverture aux langues étrangères permet la traduction de textes inédits. Il est étonnant, à ce titre, que la première traduction française du *Vom Beruf* ait dû attendre le bicentenaire dudit texte pour paraître, alors même que Savigny était considéré comme l'un des juristes les plus renommés au XIX^e siècle⁸.

Notre perspective mène à élaborer une méthodologie afin de confronter ou rapprocher des textes de divers pays, afin d'examiner leurs méthodes comparatives. Plus largement, elle permet de conjuguer l'histoire du droit, le droit comparé et l'histoire de la pensée juridique, dans une perspective européenne⁹. Elle doit encore permettre de voir comment l'époque a conjugué le nationalisme juridique et la conscience d'un fonds juridique européen¹⁰. Pour saisir ce moment 1811-1825, il convient tout d'abord de présenter brièvement ce que Napoléon a cherché à imposer à l'étranger, ensuite de bien comprendre, territoire par territoire, quand, pourquoi et comment l'abrogation ou la conservation du système français ont été envisagées, enfin de présenter les sources (ouvrages, revues, correspondances) et les diverses méthodes d'analyse qui ont été privilégiées dans cette étude.

1. Codes français et codification napoléonienne

Le projet européen de Napoléon passait tantôt par le transfert ou la transposition des codes napoléoniens dans les territoires occupés, tantôt par le maintien du système juridique antérieur, selon ses objectifs politiques. Ses codes, assortis de la cassation, forment le cœur du modèle

⁸ Voir F. C. SAVIGNY (von), *De la vocation de notre temps pour la législation et la science du droit*, traduction, introduction et notes par A. DUFOUR, Paris, Presses Universitaires de France, 2006.

⁹ À ce sujet, voir A. GAMBARO, *Le nuove frontiere della comparazione. Atti del Primo Convegno Nazionale della SIRD*, Milan, Département des sciences juridiques de l'Université de Trente, 2012.

¹⁰ T. LE YONCOURT, A. MERGEY et S. SOLEIL (dir.), *L'Idée de fonds juridique commun dans l'Europe du XIXe siècle. Les modèles, les réformateurs, les réseaux*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2014 ; A. B. GRODELAND, W. L. MILLER (dir.), *European Legal Cultures in Transition*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015 ; F. OST et M. VAN HOECKE, « Legal doctrine in crisis: towards a European legal science », *Legal Studies*, vol. 18, n°2, 1998 ; A. WIJFFELS, « Pour une culture juridique européenne », *Miroir et mémoire de l'Europe : à la recherche d'une culture juridique partagée. Les cours du collège de France*, épisode 9, émission diffusée sur France Culture le 3 novembre 2017.

juridique français. Tous ont été pensés au même moment (le printemps de l'année 1800) et ont suivi le même processus (avant-projet, avis des tribunaux, discussion au Conseil d'État, débat parlementaire, vote et promulgation)¹¹. Néanmoins, les doutes, les rapports de force et les contingences institutionnelles ont retardé l'entrée en vigueur des codes en matière criminelle, différant du même coup leur transposition dans les territoires occupés.

Le Code civil. Le code central, le plus connu, est également le texte législatif le plus commenté de l'histoire¹². Le Code civil est promulgué en 1804 après une longue gestation et l'échec des projets Cambacérès en 1793, 1794 et 1795, et du projet Jacqueminot en 1799. En 1800, quand la commission est nommée, le contexte est propice : la puissance napoléonienne manifeste une volonté politique forte ; la population française, après les tumultes révolutionnaires, aspire à la paix. Le Code civil, rédigé par Portalis, Maleville, Tronchet et Bigot de Préameneu, bénéficie d'une opinion doctrinale extrêmement positive lors de sa promulgation. Les universités impériales ont le monopole de l'étude du Code, au sein des fameux cours de Code civil ; de grands commentateurs l'étudient, tels que Jean Guillaume Locré ou Merlin de Douai. Aux yeux de la doctrine française, le Code restaure l'autorité du droit après l'instabilité de la Révolution ; il est une synthèse idéale entre les différents héritages du droit français : droit romain, droit coutumier, mais aussi droit révolutionnaire. Le Code civil s'exporte avec les conquêtes napoléoniennes : pour les pays envahis par Bonaparte, c'est donc un code de l'occupant. Contrairement à la doctrine française, les élites étrangères le perçoivent comme trop libéral – ces territoires n'ont pas encore connu de période révolutionnaire. C'est malgré tout le code qui laisse la plus grande empreinte sur l'Europe : même après leur libération, le Luxembourg, la Belgique, le royaume des Deux-Siciles s'en inspirent ; d'autres pays tels que la Pologne, et certains États allemands le garderont après l'Empire.

¹¹ Le chantier du code civil est ouvert le 14 août 1800, le chantier pénal (droit pénal et procédure) le 28 mars 1801, celui de la procédure civile, le lendemain, 29 mars 1801, le chantier commercial est lancé par un arrêté du 3 avril 1801.

¹² À ce sujet, voir l'historiographie abondante au sujet du code civil de 1804, avec par exemple J-L. HALPÉRIN, *L'impossible Code civil*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 1992 ; du même auteur, *Le code civil*, Paris, Dalloz, 2^{ème} édition, 2003 ; du même auteur, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2012 ; X. MARTIN, *Mythologie du Code Napoléon. Aux soubassements de la France moderne*, Bouère, Dominique Martin Morin, 2003 ; COLLECTIF, *La pensée juridique et le destin du code civil*, *Droits*, n°47, 2008 ; S. SAFATIAN, « La rédaction du Code civil », *Napoleonica. La revue*, n°16, 2013, p. 49 à 63.

Le code de procédure civile. En 1806, l'instauration du code de procédure civile¹³ entend répondre à la forte demande d'un retour de la procédure, après les « ratés » du droit intermédiaire en France. Napoléon confie le projet à une commission de cinq membres, magistrats et praticiens : Pigeau, Treilhard, Try, Berthereau et Séguier. Cette fois-ci, la doctrine française manifeste une grande déception. Elle voit le code comme une reprise sans audace de l'ordonnance civile de 1667 et le considère bâclé : on remarque une erreur d'impression à l'article 249, voire des erreurs de grammaire. Le code est également jugé trop complexe, car il exige de nombreux voyages et correspondances, augmentant le coût et la lenteur de la justice. Les praticiens reprochent aux auteurs leur « parisianisme », leur manque de sens pratique et de réalisme : par exemple, le code attribue la surveillance des propriétés saisies à un garde-champêtre, or beaucoup de communes n'en ont pas. De plus, il n'y a aucun principe général et des pans entiers de la procédure sont ignorés, telles que les attributions et les compétences des tribunaux ; le code paraît donc inachevé. Cependant, une place plus grande est accordée au juge au sein de la procédure, ce qui va dans le sens des vœux de la doctrine. Malgré ses nombreux défauts, le code de procédure civile sert de modèle à plusieurs pays d'Europe¹⁴. Cela peut s'expliquer pour deux raisons : tout d'abord, une partie de la doctrine européenne le voit comme une réponse imparfaite, mais satisfaisante aux besoins du XIX^e siècle, ainsi qu'un symbole de l'héritage procédural européen ; ensuite et surtout, le code est prêt à l'emploi. Il sert ainsi de point de départ – positif ou négatif – aux pays d'Europe qui songent à codifier leur procédure à cette période. Si dans beaucoup de pays libérés, le code de procédure civile français est remplacé par un code national – par exemple les États italiens, Genève ou la Hollande, l'influence du modèle français dans leurs codes persiste.

Le code de commerce. Ce code, promulgué en 1807, répond à la volonté d'adapter et de mettre à jour l'ordonnance de 1673 ou Code marchand, élaborée par Colbert et dépassée par

¹³ Au sujet du code de procédure civile de 1806, voir S. DAUCHY, « La conception du procès civil dans le Code de procédure de 1806 », *1806-1976-2006. De la commémoration d'un code à l'autre : 200 ans de procédure civile en France*, Paris, Lexis Nexis, 2006, p. 77 à 89 ; C.H. VAN RHEE, D. HEIRBAUT, M. STORME (dir.), *The French Code of civil procedure (1806), after 200 years : the civil procedure tradition in France and abroad*, Mechelen, Kluwer, 2008.

¹⁴ À ce sujet, voir J. HAUTBERT et S. SOLEIL (dir.), *Modèles français, enjeux politiques et élaboration des grands textes de procédure en Europe. Le code de 1806 et la procédure civile en Europe, les décrets de 1806 et la procédure du contentieux*, t. 1, Paris, Éditions Juridiques & Techniques, 2007.

l'évolution de l'économie¹⁵. Le contexte est particulier : les nouvelles campagnes militaires de Napoléon mettent la France dans une situation économique délicate. Face à la crise, on assiste à une multiplication des banqueroutes, faillites préméditées et impunies qui laissent derrière elles de nombreuses victimes. Bonaparte met donc l'accent sur la répression des faillis : si les discussions au sujet du Code de commerce occupent 61 séances du Conseil d'État, Napoléon n'en préside que quatre, dont trois sur ce sujet particulier¹⁶. L'élaboration du projet est confiée à une commission de sept membres, personnalités du droit et du commerce : Gorneau, Vignon, Boursier, Vital-Roux, Coulomb, Mourgues et Legras. Si leur travail peut sembler rapide – le projet est prêt en à peine huit mois – ils ont en fait repris un projet antérieur, élaboré à la veille de la Révolution par Miromesnil et Montaran. La nouveauté principale du code est la réglementation des sociétés par actions, suivant l'évolution des pratiques commerciales. La perception du code par la doctrine française est très négative, à juste raison : dès sa promulgation, le code est dépassé ; la mutation capitaliste et la Révolution industrielle qui s'amorcent ne sont pas anticipées. L'ensemble est le fruit d'un travail précipité. La grande innovation du code réside dans sa sévérité envers les faillites ; c'est en fait un code répressif, qui bride le commerce plutôt que de l'encadrer¹⁷. Les praticiens lui reprochent d'être plus civiliste que commercial : c'est un code supplétif, « parent pauvre » du Code civil, qui lui est une réussite – cela se ressent dans son livre III, « Des différentes façons d'acquérir la propriété ». Face à ces lacunes, la doctrine française prône une application souple du code ; et dès 1811, le Conseil d'État lui-même admet que dans ses silences, il convient de revenir au droit commun et aux usages du commerce¹⁸. Pour les auteurs, le code de commerce de 1807 apparaît donc comme un rendez-vous manqué. Si la doctrine européenne, de façon générale, reconnaît également ce code comme défaillant, cela ne l'empêche pas de le prendre comme modèle – positif ou négatif, dans le même réflexe que pour le code de procédure civile. S'y ajoute le fait que les règles du commerce ont intérêt à être suffisamment harmonieuses, pour

¹⁵ Au sujet du code de commerce de 1807, voir F. VALENTE, *Le Code de commerce au 19^{ème} siècle*, thèse défendue en 1992, Université Jean Moulin Lyon III ; du même auteur, « La naissance du Code de commerce napoléonien », *Qu'en est-il du Code de Commerce 200 ans après ? État des lieux et projections*, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, p. 15 à 36, mis en ligne sur *OpenEdition Books*, consulté le 21/05/2022 ; P. PASCHEL, « La commission du 13 Germinal an IX (1801) chargée d'établir un projet de code de commerce », *Revue historique de droit français et étranger*, vol. 73, n°4, 1995, p. 559 s.

¹⁶ F. VALENTE, « La naissance du Code de commerce napoléonien », *Qu'en est-il du Code de Commerce 200 ans après ? État des lieux et projections*, Paris LGDJ, 2008, §93-95.

¹⁷ À ce sujet, voir S. EUZEN, « Doctrine et faillite pendant la première moitié du XIX^e siècle : la leçon de Vincens le précurseur », *Revue Juridique de l'Ouest*, n°2, 1996, p. 195 à 225.

¹⁸ V. SIMON, « L'inscription des usages commerciaux dans l'ordonnement juridique moderne », *Revue historique de droit français et étranger*, vol. 94, n°2, Avril-Juin 2016, p. 276 à 277.

une meilleure circulation des marchandises entre pays européens.

Le code d’instruction criminelle. Ce code est promulgué en 1808¹⁹. Il a pour précédents l’ordonnance de 1670 et le Code des délits et des peines de 1795 ; deux textes dont la doctrine française dénonçait déjà l’imperfection. Le consulat nomme une commission de 5 membres : Viellart, Target, Oudart, Treilhard et Blondel, dirigés par Abrial, ministre de la Justice. La doctrine française juge le résultat éclectique : le code est un héritage de l’Ancien Régime au stade de l’enquête – secrète, inquisitoire, écrite – mais un héritage de la Révolution et des idées anglophiles au stade du procès – public, accusatoire, oral. La légalité des peines, héritée de Beccaria, apparaît également fondamentale ; cependant, la doctrine libérale – par exemple Béranger ou Tougard²⁰ – reproche au texte de donner trop de puissance au juge d’instruction, et de ne pas suffisamment protéger l’inculpé. Le code confirme la vision autoritaire de Napoléon en matière pénale, en ce qu’il ne remet pas en cause l’existence du bagne ou des prisons d’État. Cette vision sera plus tard appuyée par le Code pénal. Bonaparte ordonne également la suppression des jurys d’accusation, remplacés par la chambre de mise en accusation, et l’encadrement du jury populaire devant prononcer le jugement. Malgré une certaine sévérité doctrinale envers le code d’instruction criminelle, ses principes et son système restent sensiblement les mêmes aujourd’hui. On remarque que certains auteurs d’Europe sont plus indulgents avec le code d’instruction criminelle que ne le sont les Français. Plus tard, Thonissen, éminent historien du droit pénal et rapporteur de la modification de la procédure criminelle en Belgique, jugera au contraire que si le code n’est pas parfait, il représente une avancée incontestable²¹. La doctrine européenne remarque également que Napoléon lui-même était lucide sur les lacunes de son code, puisqu’il n’y a pas attaché son nom et l’a promulgué sous réserve de perfectionnements ultérieurs, par le décret du 5 nivôse an X. Malgré cela, le code a longtemps survécu à la chute de Napoléon I^{er} dans les pays libérés.

Le code pénal. Ce code est promulgué en 1810 – deux ans, donc, après son code d’instruction, même si tous deux entrent en vigueur le 1^{er} janvier 1811. Il n’a pas le caractère exceptionnel du

¹⁹ Au sujet du code d’instruction criminelle, voir M-Y. CRÉPIN, « Le Code d’instruction criminelle », *France archive* [en ligne], 2008, consulté le 21/05/2022 ; C. ZACHARIE, « Le Code d’instruction criminelle de 1808, naissance de la procédure pénale moderne », *Napoleon.org* [en ligne], 2008, consulté le 21/05/2022.

²⁰ J. HOAREAU-DODINAU, « Procéder. Pas d’action, pas de droit ou pas de droit, pas d’action », *Cahiers de l’Institut d’Anthropologie Juridique*, t. 13, 2006, p. 250 à 251.

²¹ À ce sujet, voir J. J. THONISSEN, *Travaux préparatoires du code de procédure pénale : rapports faits à la Chambre des représentants, au nom de la Commission parlementaire*, Bruxelles, Lefèvre, 1885.

Code civil, puisque d'autres codes pénaux réformateurs sont nés à la veille du XIX^e siècle partout en Europe : en France en 1791, mais aussi en Prusse en 1794, en Autriche en 1787 ou encore en Toscane en 1786²². Codifier le droit pénal est une priorité pour États modernes du continent, qui y voient un moyen d'exprimer l'essence de leur gouvernement – entre Lumières, jusnaturalisme et renforcement du pouvoir étatique²³. Le Code pénal de 1810 marque une évolution par rapport au code des délits et des peines du 3 brumaire an IV (25 octobre 1795), qui traduisait une certaine paranoïa du Directoire suite au traumatisme révolutionnaire²⁴. La doctrine libérale remarque sa sévérité, et regrette qu'il ne se soit pas davantage inspiré de Beccaria, comme c'était le cas du code d'instruction. En effet, l'arsenal des peines est étendu : les rédacteurs remettent en place des peines corporelles d'Ancien Régime telles que la marque au fer rouge. L'arsenal est également durci : la peine de mort est applicable pour de nombreux cas ; si des circonstances atténuantes sont introduites pour un préjudice inférieur à 25 francs, les circonstances aggravantes se multiplient²⁵ ; la tentative peut être punie aussi sévèrement que le délit consommé²⁶. Il est à noter que le décalage entre le champ du Code pénal et la morale de la société du début du XIX^e siècle est également remis en cause. Dans les pays où l'empreinte catholique est la plus forte – notamment en Espagne, le traitement de la notion d'*iter criminis*, en quelques lignes selon le style codificateur français²⁷, est jugé trop expéditif. La doctrine lui reproche de ne pas suffisamment rendre compte de la psychologie derrière un passage à l'acte. Si le code est critiqué pour sa dureté, il intéresse d'un point de vue formel. Son organisation trinitaire selon la gravité des infractions – entre crimes, délits et contraventions – n'a pas fait l'objet de débats lors de son adoption, et est rapidement imitée par les autres pays d'Europe continentale²⁸.

²² À ce sujet, voir Y. CARTUYVELS, « Eléments pour une approche généalogique du code pénal », *Déviance et société*, vol. 19, n°4, 1994, p. 373 à 396.

²³ *Ibid*, p. 381.

²⁴ Cette paranoïa se ressent face à l'abondance de délits liés aux complots, sécessions, invasions des assemblées législatives, mouvements suspects des armées. À ce sujet, voir J-H. ROBERT, « Le code des délits et des peines du 3 brumaire an IV et sa marque dans le droit pénal actuel », *Livre du Bicentenaire du Code pénal et du Code d'instruction criminelle*, Paris, Dalloz, 2010, p. 39.

²⁵ B. BOULOC, H. MATSOPOULOU, *Droit pénal général et procédure pénale*, Paris, Dalloz, 2016, p. 15.

²⁶ X. PIN, *Droit pénal général*, Paris, Dalloz, 2016, p. 11.

²⁷ Cette démarche est encouragée par l'Empereur lui-même, puisque lors des discussions préliminaires au Code pénal, Napoléon aurait déclaré au Conseil d'Etat que les lois pénales devaient être rédigées « en style lapidaire et avec la concision du Décalogue ». J-P. ANDRIEUX, « “En style lapidaire et avec la concision du Décalogue” : Les observations de Target sur le projet de code criminel », *Livre du Bicentenaire...*, *op. cit.*, p. 56.

²⁸ J. PRADEL, *Droit pénal comparé*, Paris, Dalloz, 2016, p. 66.

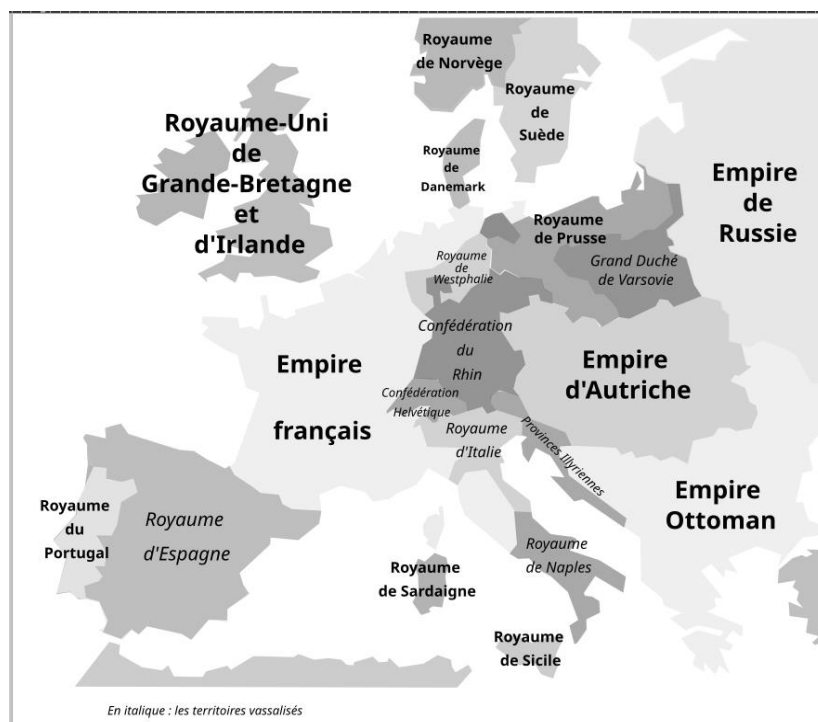
L'implantation de ces codes français dans les territoires occupés s'effectue selon des rythmes spécifiques, tantôt sous forme d'un transfert pur et simple dans les territoires que les Révolutionnaires ont incorporés et départementalisés (ex. : le Piémont, la Belgique) ou que Napoléon incorpore à son tour (ex. : les États pontificaux à compter de 1809, la Hollande à compter de 1810), tantôt sous forme d'une transposition négociée avec les autorités françaises et locales des royaumes satellites ou vassalisés (ex. Espagne, Naples, Westphalie, Pologne). Parfois, notamment en Illyrie ou dans certains territoires allemands – nous y reviendrons –, l'empereur a freiné ou interdit cette implantation. Pourtant, son ampleur est telle que les codes d'origine française ont durablement marqué les auteurs des pays occupés. Pour ceux-ci, s'offre toute une gamme d'attitudes diverses allant de l'exégèse au rejet, en passant par le silence, par la comparaison au profit des traditions juridiques, voire par la réflexion sur des alternatives modernes jugées mieux ajustées au pays que les textes français. Or, pour tous ces auteurs, ce sont les années 1811-1814 qui constituent le moment pivot car, morceau par morceau, l'Europe napoléonienne est amputée au fur et à mesure des défaites de la Grande Armée.

2. L'espace juridique européen au tournant des années 1811-1814

Face aux codes napoléoniens, les juristes des territoires occupés ne réagissent pas de la même manière au même moment, parce que leur actualité politique et militaire diffère. Pour saisir les logiques éditoriales de l'époque et pouvoir les comparer, il convient de parcourir l'espace européen par cercles concentriques inversés, en partant des périphéries, l'Espagne et la Pologne, là où les défaites de Napoléon conduisent dès 1812 les auteurs à assister, les premiers, au départ des Français, avant de pénétrer au cœur de l'Europe napoléonienne, la Hollande, la Suisse et les royaumes Italiens, là où cette perspective est plus tardive. Au terme du processus, c'est l'abdication de Napoléon Bonaparte à Fontainebleau début avril 1814 qui conduit l'Europe à vouloir rétablir son équilibre et sa stabilité. Le Congrès de Vienne s'ouvre en novembre 1814 ; la nouvelle carte du continent est ratifiée par l'acte final du 9 juin 1815²⁹. Il faut éviter de

²⁹ À ce sujet, voir Ch.-O. ZIESENISS, *Le congrès de Vienne ou l'Europe des princes*, Paris, Pierre Belfond, 1983 ; A. ZAMOYSKI, *Rites of Peace: The Fall of Napoleon and the Congress of Vienna*, Londres, Harper Collins, 2012 ; M. JARRETT, *The Congress of Vienna and its Legacy: War and Great Power Diplomacy after Napoleon*, Londres, Bloomsbury, 2013 ; B. E. VICK, *The Congress of Vienna: Power and Politics After Napoleon*, Cambridge, Harvard University Press, 2014 ; T. LENTZ, *Le congrès de Vienne*, Paris, Tempus/perrin, 2015 ; J.-O. BOUDON, *Le congrès de Vienne ou l'invention d'une nouvelle Europe*, Paris, Éditions Art Lys, 2015.

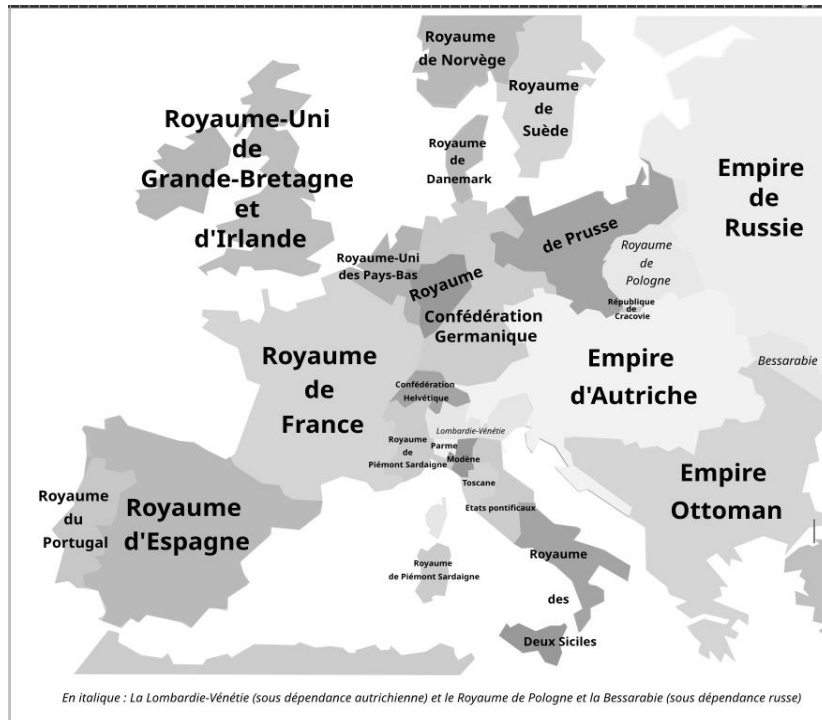
présenter le Congrès comme la réunion des quatre « Grands »³⁰ : la plupart des petits États y sont aussi présents, ce qui rend le Congrès exceptionnel par le nombre de ses participants, sa durée et sa configuration devenue au fil des mois presque festive³¹. Libérés du même joug, ces pays doivent maintenant se doter de nouvelles bases tout en affrontant une importante instabilité interne.



L'Europe napoléonienne en 1812 (apogée de l'Empire).

³⁰ T. LENTZ, *Le congrès de Vienne, op.cit.*, p. 77.

³¹ « Le congrès danse, mais ne marche pas » : cette saillie du Prince de Ligne trouve écho dans de nombreuses caricatures, pamphlets, chansons et articles de presse de l'époque, qui ont exagéré le caractère clinquant et « bon enfant » du congrès de Vienne. Cependant, il ne s'agit que d'un « demi-cliché ». Il est certain que la durée du Congrès et la proximité qui en a découlé entre les hommes d'État ont engendré une ambiance plutôt cordiale. Plusieurs témoignages contemporains décrivent des princes régnants enchaînant visites officielles, dîners et bals, voire se promenant ensemble en habits civils dans les rues autour du palais impérial. La concentration de membres des élites européennes dans une seule ville rendait facile pour n'importe quel citadin de croiser au moins un souverain ou un diplomate ; ce qui a contribué à forger au congrès de Vienne la réputation d'une réunion « bon enfant ». T. LENTZ, *Le congrès de Vienne, op.cit.*, p. 139 à 165.



L'Europe du Congrès de Vienne (1815-1825).

L'Espagne. En Espagne, les troupes napoléoniennes, venues aider les Espagnols contre les Portugais durant la guerre ibérique, ont refusé de se retirer et ont entamé l'occupation de la péninsule. Napoléon contraint Charles IV et Ferdinand VII, les deux prétendants rivaux au trône espagnol, à abdiquer ; il transmet la couronne à son frère Joseph Bonaparte, et lui donne pour objectif d'imposer le système français – dont les codes – dans la péninsule ibérique. Cette rupture de confiance déclenche la colère de la population et de la noblesse locales, qui entament une guerre larvée contre les Français de 1808 à 1814, avec des *guerillas* urbaines et rurales largement soutenues par les prêches des curés catholiques. L'usure finit par faire son œuvre : les réformes de Joseph Bonaparte se soldent par un échec, son contrôle territorial n'est jamais complet, et son armée est repoussée jusqu'aux Pyrénées au cours de l'été 1813³². Par le traité de Valençay le 11 décembre 1813, Ferdinand VII est rétabli comme roi ; la Catalogne est

³² Au sujet de la Guerre d'indépendance espagnole et ses conséquences, voir R. FARIAS, *Memorias de la Guerra de Independencia escritas por soldados franceses*, Londres, Forgotten Books, 1920 ; J. TRANIE et J-C. CARMIGNIANI, *Napoléon et la campagne d'Espagne (1807-1814)*, Paris, Éditions Copernic, 1978 ; J.-R. AYMES, *L'Espagne contre Napoléon. La guerre d'indépendance espagnole 1808-1814*, Paris, Nouveau Monde éditions, 2003 ; du même auteur, « La guerre d'Espagne dans la presse impériale (1808-1814) », *Annales historiques de la Révolution française*, 2004, p. 129 à 145 ; J. ALVAREZ BARRIENTOS, *La Guerra de la Independencia en la cultura española*, Madrid, Siglo XIX de España Editores, 2008 ; E. DE DIEGO GARCIA et J. SANCHEZ-ARCILLA, *Diccionario de la Guerra de la Independencia 1808-1814*, Madrid, Actas Editorial, 2011.

reconquise en 1814 par les Hispano-Britanniques qui lancent alors la campagne de France. Économiquement et socialement, le pays est dévasté. Les infrastructures sont pour la plupart détruites, la puissance navale du pays a disparu, la guerre d'indépendance hispano-américaine a entraîné la perte des colonies. La population dénonce la corruption qui ronge l'administration. L'Espagne est en faillite ; elle est exclue des débats principaux du Congrès de Vienne. On peut y voir une certaine injustice de l'histoire : l'Espagne a été parmi les premiers pays à résister aux troupes napoléoniennes, et s'est, assez tôt, initiée au constitutionnalisme. Dès 1812, dans une situation politique chaotique, des *Cortes* extraordinaires se réunissent à Cadix, restée libre de l'occupation française. Là, les fidèles de Ferdinand VII proclament une constitution pour l'Espagne, inspirée du modèle révolutionnaire français : la constitution de Cadix, dite familièrement la « *Pepa* »³³. Ces constituants se surnomment eux-mêmes *liberales* – ainsi, c'est en Espagne que naît le terme « libéral ». Ferdinand VII, surnommé « le Désiré », rentre triomphalement à Madrid en 1814 ; la population espère voir se poursuivre une révolution espagnole nourrie par les Lumières et le progrès européen. Mais Ferdinand est absolutiste. Il abolit la *Pepa* le 4 mai 1814 ; le 10, il dissout les *Cortes*. Les universités, les députations, les conseils constitutionnels, la presse libre sont supprimés. L'Inquisition est rétablie, des propriétés sont rendues à l'Église qui réaffirme sa position de premier plan. Ferdinand VII avait promis à la France la neutralité et le pardon aux *afrancesados* ; pourtant, il les force à l'exil, et persécute les *liberales*. La Restauration post-napoléonienne en Espagne est une des plus radicales d'Europe³⁴. Aucun ministre n'est capable de remettre le pays en ordre ; les remaniements sont nombreux. D'abord désireux de retrouver le roi, ses sujets le voient vite comme un revanchard et un traître car, disent-ils, Ferdinand aurait abandonné le pays à sa ruine pour sa propre survie. Ces événements lui vaudront le surnom de « Félon ». En 1821, les *Cortes* extraordinaires rassemblées à Madrid votent un projet de code pénal. Mais la situation est instable ; on assiste au début d'une ère de guerres civiles entre absolutistes et libéraux.

³³ Le surnom « Pepa » est dû au fait que le texte a été pris le 19 mars 1812, jour de la Saint-Joseph (dont le diminutif espagnol est « Pepe »). Ses inspirations françaises sont multiples : organisation des pouvoirs, organisation administrative, recherche d'une monarchie modérée par un parlement citoyen et un Conseil d'Etat. Une différence notable vis-à-vis du modèle français est la proclamation de la religion catholique en tant que religion d'État et l'interdiction de toute autre pratique. Au sujet de la Pepa et de ses inspirations, voir F. TOMAS Y VALIENTE, *Genesis de la Constitucion de 1812*, Pampelune, Urgoiti Editores, 2011 ; W. MASTOR, « Constitution de Cadix (1812) », *Encyclopædia Universalis* [en ligne], consulté le 21/05/2022.

³⁴ P. RUJULA, « Spagna 1814 : Il golpe di Ferdinando VII », *Napoleone dall'Elba all'Europa. Atti del convegno internazionale di studi (Firenze, 21-22 novembre 2014)*, Florence, Région Toscane, 2017, p. 49.

La Pologne. En créant le Duché de Varsovie en 1807 par le traité de Tilsit³⁵, Napoléon avait fait miroiter aux élites polonaises la restauration d'un royaume polonais indépendant ; en réalité, le Duché servait surtout à fournir des ressources alimentaires, militaires et humaines à la Grande Armée, notamment pour la campagne de Russie. L'échec de cette dernière met le Duché en sursis ; il est occupé par les Russes dès 1813. L'état du pays est grave : l'armée napoléonienne a drainé ses ressources et l'a abandonné exsangue. Le 14 mars 1813, le tsar Alexandre institue un Conseil suprême provisoire pour diriger le territoire. Ce conseil est présidé par Vassili Lanskoï, proche du tsar et gouverneur général du duché, et ne comporte que deux Polonais. Le contexte politique est complexe : le Duché est partagé entre ceux qui ont toujours été pro-Russes, et ceux qui ont travaillé avec Napoléon. Le prince Adam Czartoryski aide le tsar à composer avec les dirigeants polonais et à obtenir leur soutien. En 1815, le Congrès de Vienne divise le Duché en trois territoires, ce qu'une partie de l'historiographie polonaise appelle la quatrième partition³⁶. Le grand-duché de Posnen (Posnanie) est restitué au roi de Prusse, et devient une province prussienne en 1849. La ville libre (ou république) de Cracovie est placée sous la protection des trois puissances jointes (Autriche, Prusse et Russie). Elle sera annexée par l'Autriche en 1846. Le Royaume de Pologne, ou Royaume du Congrès,³⁷ est placé sous la tutelle de l'Empire russe ; le tsar obtient le titre de roi de Pologne. Son vice-roi, le lieutenant général Jozef Zajaczek, le représente sur place. Il est surveillé par un commissaire impérial et une armée spéciale, dirigée par le grand-duc Constantin (frère du tsar). Juridiquement, une constitution est élaborée à Vienne par un accord entre Czartoryski et Alexandre. Le tsar la signe à Varsovie en 1815. Très libérale, elle est inspirée de celle du Duché de Varsovie. Le Duché est dirigé par un gouvernement de cinq ministres ainsi que d'une Diète. De profondes transformations économiques et sociales ont lieu. Le système bancaire se développe, le réseau de transports s'étend. L'enseignement supérieur progresse (musique,

³⁵ Au sujet du Duché de Varsovie, voir G. ZYCH, *Armia Ksiestwa Warszawskiego 1807-1812*, Varsovie, Wydawnictwo Ministerstwa Obrony Narodowej, 1961 ; W. SOBOCINSKI, *Historia ustroju i prawa Ksiestwa Warszawskiego*, Torun, Biblioteka Warszawska, 1964 ; B. GROCHULSKA, *Ksiestwo Warszawskie*, Varsovie, Biblioteka Wiedzy Historycznej, 1966 ; du même auteur, « L'économie polonaise et le renversement de la conjoncture », *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, t. 17, n°3, 1974, p. 620 à 630 ; D. BEAUVOIS, « Le développement d'une capitale : Varsovie, 1815-1830 », *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, t. 18, n°1, 1971, p. 91 à 105 ; du même auteur, *Histoire de la Pologne*, Paris, Hatier, 1995 ; du même auteur, *La Pologne des origines à nos jours*, Paris, Seuil, 2010 ; S. ASKENAZY, *Napoleon a Polska*, Varsovie, Kurpisz, 1994.

³⁶ À ce sujet, voir S. KIENIEWICZ, A. ZAHORSKI et W. ZAJEWSKI (dir.), *Try powstania narodowe – kosciuszkowskie, listopadowe, styczniowe*, Varsovie, Ksiaska i Wiedza, 2006.

³⁷ Au sujet du Royaume du Congrès, voir H. GRYNWASSER, « Krolestwo Kongresowe », *Kodeks Napoleona w Polsce*, t. 2, Varsovie, 1918.

polytechnique, agronomie) sous l'impulsion du ministre de l'Éducation Potocki. Les intellectuels forment une nouvelle classe sociale. Cependant, le servage est maintenu de facto, ce qui ralentit le développement agricole. Les mêmes évolutions interviennent dans le grand-duché de Lituanie. En 1818, l'entente entre les patriotes polonais et le tsar est à son apogée ; les anciens partisans de Napoléon semblent se résoudre à changer de camp³⁸. L'armée, la monnaie et l'instruction – avec l'Université de Varsovie – sauvegardent leur indépendance vis-à-vis des Russes ; ce sera le cas jusqu'aux années 1830 et l'épisode décabriste³⁹. Le Code civil français, quant à lui, est maintenu jusqu'en 1825.

Les territoires allemands. La bataille de Leipzig (octobre 1813) marque le départ des troupes napoléoniennes qui occupaient les territoires allemands. La Confédération du Rhin⁴⁰, instituée par Napoléon, s'effondre entre octobre et décembre 1813. Les États allemands recouvrent leur indépendance grâce au traité de Paris l'année suivante, pour former une nouvelle entité : la Confédération germanique⁴¹, sous l'égide de la Prusse et de l'Autriche. L'empereur d'Autriche François I^{er} en est le président ; il reprend largement les codes du Saint-Empire, se présentant comme son souverain élu. Mais une rivalité permanente l'oppose à la Prusse, tiraillant la Confédération entre deux voies divergentes. La période de Restauration, qui dure jusqu'en 1848, accentue l'instabilité de ces territoires : chaque État garde sa souveraineté, ce qui entraîne des différences de tarifs douaniers et donc des difficultés d'échanges économiques. Principal organe constitutionnel de la Confédération : la Diète, qui règle des questions diplomatiques et militaires. S'il n'y a pas d'unité politique entre les États, les questions posées se rejoignent. Comme le résume Alfred Dufour dans sa traduction du *Vom Beruf*, quatre options se présentent à cette quarantaine d'États restaurés : l'abrogation totale du droit français et la restauration pure

³⁸ Cette inflexion renforcera la mauvaise image du Royaume du Congrès, impopulaire dans l'opinion des générations polonaises ultérieures qui le voient comme un constat de défaite et la fin des grands espoirs de la Pologne : « Le Royaume du Congrès était un État marqué d'incroyables dégradations morales [...] Plus le passé d'un homme était magnifique, plus il était compromis politiquement pour avoir sympathisé avec Napoléon ou participé à la guerre contre la Russie ou bien à l'insurrection, et plus il mettait du zèle maintenant à prouver sa fidélité à la dynastie des Romanov » (A. KIJOWSKI, *Listopadowy Wieczor*, Varsovie, Psychoskok publicystyka literacka, eseje, 1972, p. 30).

³⁹ À ce sujet, voir A. CHWALBA, *Historia Polski : 1795-1918*, Cracovie, Wydawnictwo Literackie, 2005.

⁴⁰ Au sujet de la Confédération du Rhin, voir W. SIEMANN, *Vom Staatbund zum Nationalstaat. Deutschland 1806-1871*, Munich, C.H. Beck, 1995 ; E. FEHRENBACH, *Vom Ancien Regime zum Wiener Kongress*, Munich, Oldenbourg, 2001 ; E. LIEBMANN, « Das Alte Reich und der napoleonische Rheinbund », *Handbook of European Constitutional History*, vol. 1, Bonn, Dietz Verlag J.H.W. Nachf, 2006, p. 640 à 683.

⁴¹ Au sujet de la Confédération germanique, voir M. BOTZENHART, *Reforme, Restauration, Krise. Deutschland 1789-1847*, Francfort-sur-le-Main, Suhrkamp, 1985 ; J. ANGELOW, *Der Deutsche Bund*, Hesse, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 2003.

et simple de l'ancien droit ; la conservation du droit en l'état, en incluant les codes français ; la rédaction d'un nouveau code, dont le modèle serait à déterminer, pour chaque État ; et enfin, l'élaboration d'une codification civile commune à toute l'Allemagne. Cette dernière solution se retrouve, en 1814, au centre de la controverse doctrinale la plus connue de l'époque : l'affrontement entre Anton Thibaut et Friedrich von Savigny. Au final, l'éclatement territorial des États allemands se reflète dans leurs réactions à l'égard de la codification française. Une grande partie d'entre eux (Nassau, le Grand-Duché de Francfort, les villes hanséatiques de Lübeck, de Hambourg et de Brême) abrogent la codification française dès l'effondrement de l'Empire ; d'autres, au contraire, la sauvegardent (Berg, le Pays de Bade, les provinces rhénanes prussiennes, bavaroises et hessoises) ; enfin, certains États produisent leurs codes et compilations propres (Bavière, Saxe, Wurtemberg)⁴². L'empire autrichien a adopté son propre code civil en 1811 : l'*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch* (ABGB), ou code civil général. Ce dernier présente des liens de parenté avec le droit français et allemand ; il cherche un compromis entre Ancien Régime et philosophie des Lumières. Il sera à son tour pris comme modèle, et est encore en vigueur aujourd'hui.

La Suisse. Le sort de la Suisse⁴³, envahie par les troupes françaises en 1798 et transformée en une République helvétique unitaire, est réglé par Napoléon en 1803 par l'Acte de Médiation. Plusieurs nouveaux cantons sont créés, mais d'autres territoires suisses sont intégrés à l'Empire, comme la principauté de Neuchâtel ou la République de Genève. En 1813, les Autrichiens, Prussiens et Russes confluent vers la Suisse pour en chasser les troupes napoléoniennes. Le départ de ces dernières provoque une nouvelle réorganisation du pays. En 1815, la Suisse signe un pacte fédéral et devient un État de vingt-deux cantons ; dans le cadre du Congrès de Vienne, elle signe l'Acte de reconnaissance de neutralité perpétuelle reconnaissant l'inviolabilité et l'intégrité de son territoire. Débutent trente ans d'une restauration plutôt conservatrice. La Suisse profite du retour de la paix sur le continent : son économie se redresse. Les cantons et républiques souhaitent d'abord rejeter l'héritage napoléonien, en élaborant un code civil directement tiré des principes de leur ancien droit⁴⁴. Mais les solutions divergent : Genève se résout à conserver la codification française au prix de quelques modifications ; Vaud parvient à

⁴² A. DUFOUR, *De la vocation de notre temps...*, *op.cit.*, p. 32.

⁴³ Au sujet de la Suisse, voir J.-J. BOUQUET, *Histoire de la Suisse*, Paris, Presses Universitaires de France, « Que sais-je ? », 2016.

⁴⁴ J.-Ph. DUNAND, « Le géant et les nains. Le Code Napoléon comme modèle des codes civils des cantons suisses romands », *Forum Historiae Iuris* [en ligne], consulté le 22/05/2022.

une codification sur le modèle français ; le Jura bernois adopte un code d'inspiration autrichienne qui ne sera pas appliqué⁴⁵.

Les Pays-Bas et les territoires belges. En 1795, la France annexe les Pays-Bas autrichiens qu'elle découpe en départements, et conquiert une partie des Provinces-Unies dont elle fait la République batave. Napoléon les remplace par le Royaume de Hollande, qu'il confie à son frère Louis⁴⁶ ; mais l'empereur trouve son frère trop indépendant, et pour éviter de voir un État satellite lui échapper, revient occuper le territoire en 1810. Sous prétexte de surveillance, il fait abdiquer Louis et annexe le royaume, qui est redécoupé en départements de l'Empire. Le Code civil est instauré. À la fin de l'année 1813, la Légion d'Orange financée par Wilhelmine de Prusse, la Sixième Coalition et le soulèvement des Hollandais coïncident pour chasser l'administration française. Guillaume d'Orange revient aux Pays-Bas et se proclame prince d'Orange-Nassau. En 1815, les puissances européennes créent le Royaume-Uni des Pays-Bas⁴⁷ (ou Royaume des Belges), qu'ils conçoivent comme un « État tampon ». Cette construction politique couvre approximativement le territoire des Pays-Bas de l'époque de Charles Quint : elle rassemble l'ancienne République des Provinces-Unies et les anciens Pays-Bas du Sud, l'actuelle Belgique. Le nouveau royaume est confié au prince souverain Guillaume-Frédéric d'Orange-Nassau. Luxembourg reste officiellement un grand-duché indépendant : s'il est administré *de facto* par Guillaume-Frédéric, une garnison fédérale continue de garder sa forteresse. L'identité nationale de la Belgique est ignorée par le Congrès de Vienne : les Belges ont manifesté une certaine inertie tant à l'égard des occupants français que de la Coalition ; le

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ Louis Bonaparte (1778 à Ajaccio – 1846 à Livourne) commence une carrière militaire au côté de son frère ; mais il ne manifeste que peu d'intérêt pour la guerre, et quitte volontiers la République batave que son armée occupe en 1805 une fois la paix revenue. L'estime des Bataves à son égard peut expliquer qu'à la fondation du Royaume de Hollande, Napoléon pense à lui pour y régner ; malgré des réserves, Louis devient roi en 1806 sous le nom de Louis-Napoléon I^{er}. Son installation sur le trône, pourtant imposée à la population, se déroule sans heurts : Louis parvient à anticiper certaines critiques à son encontre, et assure sa loyauté aux Hollandais. Les réformes prévues durant son court règne témoignent en effet d'un attachement au bien-être populaire : Louis-Napoléon tente d'unifier et d'harmoniser le droit par l'importation du Code civil et l'adoption d'un code pénal national ; il fonde des musées, l'institut royal des sciences, des lettres et des beaux-arts ; il met en place un grand programme pour l'hygiène dans le royaume. Sa trop grande loyauté à la Hollande lui vaut la défiance de son frère, qui finit par l'écarter du pouvoir en 1810 ; exilé, Louis se réfugie auprès de son beau-père François I^{er} d'Autriche ; il s'y consacre à l'écriture. Il ne revient aux Pays-Bas qu'en 1840, sur invitation du roi, et y est chaleureusement accueilli. Louis est chef de la Maison Bonaparte lorsqu'il décède en 1848, laissant derrière lui quatre fils, dont Charles-Louis-Napoléon, futur Napoléon III. À ce sujet, voir A. JOURDAN, *Louis Bonaparte, Roi de Hollande*, Paris, Nouveau Monde, 2010.

⁴⁷ Au sujet de la région hollandaise, voir A. VERMEERSCH, *Vereniging en Revolutie. De Nederlanden 1814-1830*, Haarlem, Fibula-Van Dishoeck, 1970 ; C. de VOOGD, *Histoire des Pays-Bas*, Paris, Fayard, 2003 ; R. AERTS et G. DENECKERE, *Het (on)verenigd koninkrijk. En politiek experiment in de Lage Landen*, Rekkem, Ons Erfdeel, 2015.

Congrès considère que sa position géographique lui donne peu de chances de prospérer en tant que nation indépendante⁴⁸. Guillaume-Frédéric prend une série de décisions visant à développer le commerce, comme la création de nouvelles voies navigables et la construction de nouvelles routes. Des difficultés émergent au sein du nouvel État : le Congrès de Vienne n'a pas tenu compte des divergences fondamentales entre la vieille république des Provinces-Unies et les provinces du Sud. Celles-ci sont en plein essor industriel et économique notamment grâce au port d'Anvers, et sont soutenues par Société des Pays-Bas pour favoriser le développement de l'industrie nationale, créée par le roi⁴⁹ ; or elles ont toujours été gouvernées séparément et leurs élites commencent à s'imprégner de libéralisme, notamment grâce à l'université d'État de Louvain. Malgré la progression de la scolarisation, la fondation d'universités et le développement de l'industrie, le Royaume Uni des Pays-Bas ne dure pas : en 1830, les provinces du Sud se révoltent et obtiennent l'indépendance belge. En matière juridique, les Néerlandais ne souhaitent pas rétablir la situation d'avant l'influence française. Ils se sont habitués à une administration efficace et à un nouveau droit unifié, symbolisé par le Code Napoléon. Un projet de Code civil néerlandais est entamé, mais la révolution belge oblige ses rédacteurs à l'amender pour le débarrasser de toute influence belge. Ce n'est qu'en 1838 que le Code néerlandais entre en vigueur.

La péninsule italienne. Dans la péninsule italienne, les royaumes satellites (le Royaume d'Italie et ses vingt-quatre départements), vassaux (le Royaume de Naples attribué à Joseph Bonaparte puis à Joachim Murat), voire annexés par les Français (le Piémont, la République ligurienne, le Duché de Parme, les États pontificaux), voient revenir les anciennes familles régnantes ; les cités-États sont restaurées, parfois reconfigurées. Du Nord-Ouest au Sud, on compte le Royaume de Sardaigne, le Royaume Lombardo-Vénitien, le Duché de Parme, le

⁴⁸ La position rationaliste du congrès est démentie vingt ans moins de vingt ans plus tard : en 1830, les Belges se révoltent contre un pouvoir qu'ils considèrent autoritaire et une fiscalité qu'ils jugent écrasante. La révolution belge triomphe de l'armée hollandaise ; le Royaume de Belgique est créé la même année. À ce sujet, voir M.-Th. BITSCH, *Histoire de la Belgique : de l'Antiquité à nos jours*, Bruxelles, Paris, Éditions Complexe, 2004.

⁴⁹ En néerlandais, *Algemeene Nederlandsche Maatschappij ter Begunstiging van de Volkswijf*. Créée en 1822 par Guillaume I^{er}, elle reste dans le sud après l'indépendance belge et devient en 1831 la Société générale pour favoriser l'industrie nationale. Au début du XX^e, elle deviendra simplement Société générale de Belgique, et subsistera jusqu'en 2003. Son cas est unique : elle a joué un rôle majeur dans l'essor industriel, puis bancaire des provinces belges ; or il s'agit d'une société anonyme privée, créée par la royauté et ayant toujours gardé un lien étroit avec cette dernière. Il est à noter par exemple que lorsque la Société s'engage dans l'industrialisation accélérée puis la colonisation du Congo, Léopold II de Belgique en est le principal actionnaire et donc le principal bénéficiaire. À ce sujet, voir H. VAN DER WEE, « La politique d'investissement de la Société Générale de Belgique – 1822-1913 », *Histoire, économie et société*, 1982, p. 603 à 619.

Duché de Modène, le Duché de Massa et Carrara, le Duché de Lucques, le Grand-Duché de Toscane, la République de Saint-Marin, les États pontificaux, le Royaume des Deux-Siciles. Aux exceptions de la République de Saint-Marin (restée indépendante jusqu'à aujourd'hui), des duchés de Lucques (absorbé par le Grand-Duché de Toscane en 1847) et de Massa e Carrara (uni au Duché de Modène en 1829), tous ces États vont perdre leur indépendance entre 1859 et 1870, suite aux campagnes militaires du *Risorgimento* et leur intégration dans le Royaume d'Italie proclamé en 1861⁵⁰. Seuls nous intéresserons les États ayant connu une importante activité juridique entre 1813 et 1825.

Dans le Royaume de Sardaigne⁵¹, la Maison de Savoie est rétablie dans ses droits par le traité de Paris, le 30 mai 1814. Charles-Emmanuel ayant abdiqué en 1812 à la mort de sa femme, son frère, Victor-Emmanuel de Sardaigne, monte sur le trône. Le Congrès souhaitait une restauration de l'ancien droit (prénapoléonien, mais aussi prérévolutionnaire). Si le roi mène une politique conservatrice, il poursuit cependant la rationalisation des institutions et de la législation entamée quelques années auparavant, avec quelques éléments nouveaux : en 1820 par exemple, il promulgue un édit facilitant l'accès à la propriété terrienne pour toute personne ayant clôturé un terrain qui, par tradition, appartenait à la collectivité⁵². Cette introduction de la propriété privée, si elle visait une atténuation de la féodalité en Sardaigne, va en réalité entraîner un renforcement des grands propriétaires terriens (aristocrates et bourgeois) qui vont accaparer de larges portions de terre, mettant à mal la petite paysannerie.

Le duché de Parme et Plaisance⁵³ avait également été annexé à l'empire en 1808 et transformé

⁵⁰ À ce sujet, voir P. GUICHONNET, *L'unité italienne*, Paris, Presses Universitaires de France, « Que sais-je ? », 1966 ; I. MONTANELLI, *Storia d'Italia : l'Italia del Risorgimento*, Milan, Rizzoli, 1972 ; S. ROMANO, *Histoire de l'Italie du Risorgimento à nos jours*, Paris, Seuil, 1977 ; A. SCIROCCO, *L'Italia del Risorgimento*, Bologne, Il Mulino, 1993 ; N. GUERRA, « Le due anime del processo di unificazione nazionale : Risorgimento e Controrisorgimento. La necessità di un nuovo approccio di ricerca ancora disatteso », *Chronica Mundi*, octobre 2011, p. 53 à 68 ; M. P. DONATO, *Atlante storico dell'Italia rivoluzionaria e napoleonica*, Rome, École française de Rome, 2013. *Rassegna storica del Risorgimento* [en ligne], consulté le 22/05/2022.

⁵¹ Sur la situation du royaume de Piémont-Sardaigne, voir P. MARTINI, *Storia di Sardegna dall'anno 1799 al 1816*, Cagliari, 1852 ; G. SOTGIU, *Storia della Sardegna sabauda*, Roma-Bari, Laterza, 1984 ; F. ATZENI et A. MATTONE (dir.), *La Sardegna nel Risorgimento*, Roma, Carocci, 2014.

⁵² À ce sujet, voir C. SOLE, *La Sardegna di Carlo Felice e il problema della terra*, Cagliari, Fossataro, 1967.

⁵³ Au sujet du duché de Parme, voir A. CURTI, *Alta polizia, censura e spirito nei ducati parmensi (1816-1829)*, Parme, Arch. Stor. Parm., 1922 ; O. MASNOVO, « Ducato di Parma e Piacenza », *Enciclopedia Italiana*, 1935, mis en ligne sur *Treccani*, consulté le 22/05/2022 ; T. BAZZI et U. BENASSI, *Storia di Parma (Dalle origini al 1860)*, Parme, Battei, 1954 ; COLLECTIF, *Enciclopedia di Parma. Dalle origini ai giorni nostri*, Milan, Franco Maria Ricci, 1998.

en département. Il est restauré en 1814 et est confié à l'archiduchesse Marie-Louise d'Habsbourg-Lorraine, femme de Napoléon I^{er} – mais le fils qu'elle a eu avec lui, roi de Rome et potentiel Napoléon II⁵⁴, est exclu de la succession par le Congrès de Vienne au profit des Bourbon-Parme. Il devient un État satellite de l'Autriche. On y instaure un Conseil d'État avec un ministre d'État qui a presque tous les pouvoirs. Une censure est pratiquée afin de sauvegarder la famille régnante. Cependant, Marie-Louise se révèle être une souveraine éclairée : elle prend plusieurs mesures sanitaires pour prévenir les épidémies, s'occupe de la condition des femmes en créant un Institut de la maternité et une clinique universitaire d'obstétrique, lance la construction de nombreux opéras et théâtres. Sur le terrain juridique, la duchesse promulgue en 1820 le *Codice civile per gli Stati Parmensi* (Code civil des États parmesans), texte important pour l'histoire du droit italien dans son ensemble.

Le grand-duché de Toscane⁵⁵, administré pour le compte de l'Empire par Elisa Bonaparte depuis 1807, est reconstitué en 1814 et rendu aux Habsbourg-Lorraine ; le Congrès de Vienne confie le trône à Ferdinand III. Cette période « Lorraine », qui s'étire jusqu'à l'Unification italienne, marque le triomphe des idées des Lumières. En effet, le grand-duché mène une politique remarquablement tolérante et douce par rapport aux autres régimes italiens restaurés : il n'y a pas d'épuration au sein de la fonction publique ; les institutions napoléoniennes sont sauvegardées avec des modifications marginales ; les lois françaises en matière économique – notamment le code de commerce – sont conservées, tout comme les règles en matière de droit civil et de procédure civile introduites durant la période française – régime hypothécaire, publicité des jugements ou encore état civil. Ce choix illustre avant tout une volonté de modernité, de rationalisation des institutions. À la mort de Ferdinand III en 1824, Leopold II monte sur le trône. Contrairement à ce qui se passe en Lombardie, il rejette les tentatives

⁵⁴ Napoléon François Joseph Charles Bonaparte (1811-1832), nommé roi de Rome par Napoléon I^{er} dès sa naissance, est proclamé empereur des Français sous le nom de Napoléon II à la fin des Cent jours, lors de la seconde abdication de son père. Cependant, il ne porte ce titre qu'une quinzaine de jours : rapidement, Louis XVIII entre dans Paris, soutenu par les puissances européennes. « L'Aiglon », comme le surnommait notamment Edmond Rostand dans la pièce de théâtre éponyme, passe sa courte vie au palais de Schönbrunn, chéri par sa famille autrichienne et sous la vigilance de son grand-père l'empereur François I^{er} d'Autriche. Ce dernier fera en sorte d'effacer la filiation de Napoléon-François, en lui donnant un titre (celui de duc de Reichstadt) et en interdisant qu'on lui parle de son père. À ce sujet, voir J. TULARD, *Napoléon II*, Paris, Fayard, 1992.

⁵⁵ Au sujet du grand-duché de Toscane, voir G. BALDASSERONI, *Leopoldo II, granduca di Toscana, e i suoi tempi*, Firenze, 1870 ; F. DIAZ, *Il Granducato di Toscana : i Lorena dalla Reggenza agli anni rivoluzionari*, Torino, Utet, 1997 ; G. CIAPELLI, *Un ministro del granducato di Toscana nell'età della restaurazione : Aurelio Puccini (1773-1840) e le sue "Memorie"*, Rome, Storia e Letteratura, 2007 ; G. GRECO, *Storia del Granducato di Toscana*, Brescia, Morcelliana, 2020.

d'ingérence autrichienne et promeut une politique de bon sens : développement du réseau routier, du port de Livourne, du tourisme (appelé alors « industrie étrangère »), exploitation des réserves minières du grand-duché. Conséquence de cela, les sociétés secrètes qui se développent partout ailleurs en Italie ne semblent pas séduire l'opinion publique au sein du grand-duché. Léopold accueille des exilés carbonaristes et des écrivains, faisant de la Toscane un vivier du *Risorgimento*.

En 1814, des mouvements révolutionnaires sont organisés à Naples. L'Autriche reconquiert le royaume péninsulaire en 1815. De son côté, en Sicile, Ferdinand s'allie aux Anglais pour chasser les Français. Le Congrès de Vienne lui remet les royaumes de Sicile et de Naples. Malgré cette union personnelle, l'unité politique des deux royaumes n'était pas certaine ; c'est chose faite le 8 décembre 1816, quand Ferdinand réunit les royaumes par ordonnance pour former le royaume des Deux-Siciles⁵⁶. Le souverain abandonne ses deux titres précédents (Ferdinand IV, roi de Sicile péninsulaire puis de Sicile insulaire sous le nom de Ferdinand III), et prend le titre unique de Ferdinand I^{er} des Deux-Siciles. Cette décision irrite une partie des élites siciliennes insulaires, en ce qu'elle marque la fin de leur longue indépendance et la perte de leur Constitution, pourtant accordée par Ferdinand en 1812. La politique du gouvernement restauré se veut moderne et éclairée par les progrès d'une décennie française ; le président du conseil des ministres, Luigi de' Medici, entend faire avancer le royaume en lui imposant une administration bureaucratique, qui ménagerait à la fois les partisans de Murat et les loyalistes bourbonniens. Cette recherche d'équilibre échoue⁵⁷. Les principales réformes engagées durant la période française sont conservées, sauf exceptions : l'Église reprend une place importante dans le royaume, menant par exemple à la suppression du divorce. Le gouvernement est particulièrement réactionnaire. En 1820, un nouveau soulèvement carbonariste éclate sous la direction du général Pepe. Ferdinand doit accorder une nouvelle Constitution, calquée sur la Constitution française de 1791. Mais le mouvement n'est pas soutenu par le peuple, et la noblesse fait sécession. Les Autrichiens viennent en aide au roi. La Constitution est alors abolie et les carbonari sont pourchassés. Les codes du royaume promulgués en 1819 reprennent presque intégralement le modèle français. Ils serviront d'intermédiaire dans les autres États

⁵⁶ Au sujet du royaume des Deux-Siciles, voir R. ROMEO, *Mezzogiorno e Sicilia nel Risorgimento*, Naples, Edizioni scientifiche italiane, 1963 ; F. RENDA, *Storia della Sicilia*, vol. 2, Palerme, Sellerio, 2006.

⁵⁷ S. BOTTARI, *Rosario Romeo e "Il Risorgimento in Sicilia". Bilancio storiografico e prospettive di ricerca*, Soveria Mannelli, Rubettino, 2003, p. 59.

italiens, lorsque les réformateurs voudront s'inspirer du modèle napoléonien sans l'admettre ouvertement.

La République de Ligurie⁵⁸ faisait partie des « Républiques sœurs » de la France révolutionnaire. Son système démocratique, institué par une révolution dans les années 1794-1795, est brutalement interrompu par le Consulat qui la place intégralement sous son contrôle ; elle est annexée à l'Empire le 4 juin 1805. Elle est restaurée le 26 mai 1814, sous un gouvernement provisoire dirigé par Lord Bentinck. Il engage une course contre la montre afin d'offrir à la région de Ligurie un gouvernement stable, pour préserver sa restauration. L'organisation judiciaire retenue est très semblable à l'organisation française : les tribunaux de grande instance sont conservés dans les principales villes. La Cour Impériale devient Tribunal d'appel (« *Tribunale d'appello* »). Gênes instaure également un Tribunal de Cassation. Les juges doivent provisoirement appliquer les codes napoléoniens, amputés du divorce et de l'égalité successorale. Une Commission législative composée de juristes éminents travaille sur un nouveau corpus de lois, ainsi que sur des lois organiques. Elles instaurent en vérité une république oligarchique avec un système de désignation des hommes d'État complexe. Mais ce travail est réduit à néant à Vienne le 12 décembre 1814 : le Congrès acte le rattachement de la Ligurie au royaume de Piémont-Sardaigne. Elle devient le duché de Gênes. Si les grandes puissances ont d'abord envisagé de restaurer les anciennes frontières dans la région, elles ont finalement préféré offrir à la maison de Savoie de plus larges frontières avec la France. Le premier président du Sénat du Piémont est chargé d'organiser la région. Toutefois, on n'assiste pas à sa « piémontisation » : le Congrès de Vienne prévoit une conservation relative du modèle français – notamment du code de commerce, conservé à Gênes – en compensation de la perte de l'indépendance.

Les États pontificaux⁵⁹ avaient perdu une partie de leurs territoires du Nord, intégrés à la République Cisalpine en 1797 ; ils avaient également dû rendre à Napoléon la ville d'Avignon

⁵⁸ Au sujet de la république ligurienne et du duché de Gênes, voir A. RONCO, *Storia della Repubblica ligure 1797-1799*, Gênes, Fratelli Frilli Editori, 2005 ; du même auteur, *Genova tra Massena e Bonaparte. Storia della Repubblica ligure. Il 1800*, Gênes, Fratelli Frilli Editori, 2005 ; M. LE ROY, « L'esprit public dans les départements annexés de l'Apennin ligure : de la soumission aux lois à l'attachement au gouvernement », *Annales historiques de la Révolution française*, n°400, 2020, p. 73 à 98.

⁵⁹ Au sujet des États pontificaux, voir E. LODOLINI, *L'amministrazione periferica e locale nello Stato Pontificio dopo la Restaurazione*, Ferrare, Ferrara Viva, 1959 ; D. DEMARCO, *Lo Stato Pontificio da l'ancien régime alla Rivoluzione*, Naples, Edizioni Scientifiche Italiane, 1992 ; L. SCATENA, « Controllo sociale, moralità e giustizia nella Restaurazione pontificia », *Historia et ius* [en ligne], n°4, 2013, consulté le 22/05/2022.

et ses alentours, les terres dites du Comtat Venaissin. En 1798, Rome et sa région deviennent la République romaine, directement liée à la France ; le pape Pie VI est emprisonné en France où il meurt un an plus tard. Les troupes révolutionnaires sont chassées par la Deuxième coalition. Pour redresser Rome durement frappée par les invasions françaises, le pape Pie VII nouvellement élu prend des mesures inédites, notamment la libéralisation du commerce et du prix du blé. Napoléon Bonaparte chasse la Deuxième coalition en 1800. La République cisalpine est restaurée, et intégrée en 1805 au jeune royaume d'Italie. Pie VII ne peut que protester officiellement. En janvier 1814, le pape recouvre la plénitude de ses pouvoirs et de ses territoires (excepté l'exclave du Comtat Venaissin). En juillet 1816, il réorganise l'administration de son territoire. Son but est de moderniser ses États, en s'inspirant du modèle français. Il entame alors la recherche d'un équilibre délicat, entre pouvoir papal absolu et participation au grand mouvement de rationalisation engagé partout en Europe. Ainsi, la papauté fait plusieurs pas vers le développement de la science à Rome : elle y fonde la première chaire universitaire de chirurgie clinique en 1815, puis une chaire d'ingénierie en 1816. La même année, un plan de rénovation des routes sur le modèle français est lancé. Autre symbole : en 1820, le pape accorde l'autorisation d'imprimer l'essai d'astronomie de Giuseppe Settele, qui reprend la thèse héliocentrique de Copernic comme une vérité scientifique et non comme une hypothèse ; c'est une rupture avec la politique de position précédente du Saint-Siège. Ces efforts ne suffisent pas tout à fait à apaiser l'opinion : comme partout dans la péninsule, des sociétés secrètes se développent. Malgré des révoltes en 1820 et 1821, des codes entrent en vigueur en 1817 et 1821. Le Saint-Siège préfère parler de « règlements » plutôt que de codes. Le cadastre est réformé sur le modèle napoléonien ; l'abolition des liens de vassalité d'origine féodale laisse également deviner un héritage des idées révolutionnaires.

La nouvelle géopolitique européenne telle qu'elle est négociée à Vienne conduit les élites restaurées à des choix multiples concernant le modèle que les Français ont imposé dans les territoires libérés. Certains décident de tout abroger, d'autres de tout conserver de façon provisoire – mais l'histoire montre, par exemple en Belgique ou en Pologne, que le provisoire est finalement validé par le temps – quand d'autres encore font le choix d'effectuer un tri parmi les codes imposés par les Français⁶⁰. Ce qui va nous intéresser n'est pas cette triple perspective législative, mais la façon dont la littérature juridique rend compte des codes français au moment

⁶⁰ À ce sujet, voir S. SOLEIL et R. BAREAU (dir.), *Que faire...*, *op. cit.*

où leur départ paraît probable, puis au moment où la Restauration est entrée en vigueur.

3. Les sources de l'étude

La question de la postérité des codes français qui se posait au législateur dans les années 1811-1825 se pose de la même façon à ceux qui publient, qui commentent le droit applicable et débattent à propos des solutions juridiques envisageables. À leur propos, les notions de *doctrine* et de *littérature juridique* doivent être définies avant de présenter les sources qu'elles offrent à notre étude.

La notion de *doctrine juridique*, telle qu'elle s'est enracinée dans le paysage intellectuel des juristes, recouvre plusieurs acceptions⁶¹. L'Association Henri Capitant en propose trois : elle peut désigner « l'ensemble des ouvrages juridiques » – le terme désignerait ici la somme des sources doctrinales écrites et tangibles ; elle peut encore se définir comme l'ensemble des réflexions sur le droit, y compris celles qui ne sont pas mises par écrit ; elle peut être « une opinion communément professée par ceux qui enseignent le droit, ou même ceux qui, sans enseigner, écrivent sur le Droit » – elle s'oppose ainsi à la jurisprudence⁶². De ces trois définitions, seule la troisième a un sens pour les auteurs des années 1812-1825. Une doctrine, pour ceux-ci, c'est la pensée et l'œuvre d'un professeur ou les idées convergentes d'une école. On parle, par exemple, de la doctrine de Bentham par opposition à celle de Savigny. C'est pourquoi, dans cette étude, nous privilégierons la notion de *littérature juridique* pour désigner l'ensemble des sources analysées et celle de *doctrine* pour viser une opinion scientifique particulière. C'est en ce sens qu'Olivier Jouanjan parle « des doctrines » plutôt que de « la doctrine ». Ce pluriel concerne la pensée juridique allemande. Il n'y a pas à l'époque *une doctrine* en Allemagne. A fortiori, n'y a-t-il pas, au début du XIX^e siècle, *une doctrine* européenne, mais des doctrines, c'est-à-dire des opinions multiples sur le même objet : le droit. Deux précisions doivent accompagner le choix des sources qui ont été étudiées.

⁶¹ Au sujet de la notion de doctrine, voir J. BONECASE, *La pensée juridique de 1804 à l'heure présente*, Bordeaux, Delmas, 1933 ; P. ROUBIER, *Théorie générale du droit ; histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, Paris, Éditions Sirez, 1951 ; D. GUTMANN, « La fonction sociale de la doctrine juridique. Brèves réflexions à partir d'un ouvrage collectif sur *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*. Essai critique », *Revue trimestrielle de droit civil*, n°3, juillet-septembre 2002, p. 455 à 461 ; P. MORVAN, « La notion de doctrine [à propos du livre de MM. Jestaz et Jamin] », *Dalloz, chronique*, n°35, 6 octobre 2005, p. 2421 à 2424.

⁶² G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique – Association Henri Capitant*, 12^{ème} édition, Paris, Presses Universitaires de France, 2018, p. 556.

D'un point de vue *objectif*, les sources sont constituées des ouvrages *stricto sensu* (manuels, essais, traités) et des articles (au sein des revues, périodiques ou non) lorsqu'ils expliquent, commentent ou évoquent les codes napoléoniens. Ces articles appartiennent naturellement au corpus, puisqu'ayant été publiés, ils ont pu être lus et ont pu influencer l'opinion juridique. Si nous raisonnons en termes de *rayonnement doctrinal*, nous considérons que la correspondance, en ce qu'elle a pu circuler de pays en pays, a également pu jouer un rôle au sein des réseaux européens⁶³. Nous étudierons donc, lorsque cela présentera un intérêt scientifique, les lettres qui ont été écrites et reçues par les auteurs concernés.

D'un point de vue *subjectif*, la littérature juridique est, à l'époque, le produit de quelques philosophes et professeurs de droit, mais surtout d'un grand nombre de praticiens. Si la *doctrine* trouve sa source étymologique dans le verbe latin *docere*, qui signifie « enseigner », les juges, avocats et notaires entendent, eux aussi, jouer ce rôle qui consiste à enseigner au public les bonnes et les mauvaises solutions juridiques, telles qu'ils les ont vu fonctionner dans les prétoires. De plus, dans les pays où la doctrine universitaire est encore en formation (par exemple en Pologne, où l'Université de Varsovie est récente), les travaux sont exclusivement le fait de praticiens. Il faut encore signaler que certaines opinions, au sein des périodiques principalement, sont exprimées par des anonymes dont on ignore de fait la carrière. C'est en ce sens que Paolo Grossi décrit la « science juridique » comme une « *réflexion authentiquement scientifique sur le droit* », effectuée principalement à travers l'enseignement universitaire, mais aussi au travers de « *personnes aux qualités intellectuelles particulières immergées en tant qu'acteurs dans le monde de la praxis* » – autrement dit, de praticiens⁶⁴. Olivier Jouanjan considère lui aussi qu'il serait dommage de séparer la théorie du droit de sa pratique : théoriciens comme praticiens ont recours, pour former leur discours, à des « *imaginaires conceptuels* » ; leur discours serait un discours *du* droit, plutôt qu'un discours *sur* le droit. La pensée juridique est une émulation des savoirs⁶⁵, indépendamment du profil des juristes⁶⁶.

⁶³ À ce sujet, voir T. LE YONCOURT, A. MERGEY et S. SOLEIL (dir.), *L'idée de fonds juridique...*, *op. cit.*, p. 187 à 277.

⁶⁴ P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico (1860-1950)*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 1 à 2.

⁶⁵ O. JOUANJAN, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918). Idéalisme et conceptualisme chez les juristes allemands du XIXe siècle*, Paris, Presses Universitaires de France, 2005, p. 3.

⁶⁶ À ce sujet, voir N. HAKIM, « La contribution de l'université à l'élaboration de la doctrine civiliste au XIXe siècle », *Les Facultés de Droit inspiratrices du droit ?*, Toulouse, Presses de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, 2005, p. 15 à 33.

4. Les méthodes d'analyse

Pour traiter de ces sources, de façon comparative, dans un vaste ensemble européen, entre 1811 et 1825, une prudence méthodologique s'impose : derrière chaque auteur, se cachent une histoire personnelle, une idéologie, un parcours professionnel, un projet éditorial, tout cela parfois intimement lié à l'histoire ancienne et récente du pays qui est le sien. Dès lors, la méthode utilisée doit en même temps être fixée et interrogée pour éviter que les moyens d'investigations ne conduisent à trahir les objectifs et les réalisations des auteurs étudiés. Comment gérer autant de sources de provenance différente ? Quelles sont celles qui devaient être exploitées, celles qui devaient être écartées, et que fallait-il étudier au sein des sources découvertes ? Fallait-il les concilier, les confronter, ou simplement ne pas les comparer ? Comment éviter les conclusions erronées ? C'est en plusieurs étapes que la méthodologie a peu à peu été fixée.

Avant tout, il fallait puiser les sources auprès de ceux qui les connaissaient et les avaient, en partie, déjà étudiées. Notre priorité a consisté à voyager à travers les États européens libérés de l'Empire. Ces déplacements, accomplis entre 2018 et 2019, ont eu une double utilité. Tout d'abord, nous avons pu nous entretenir avec de nombreux historiens du droit et rassembler, avec leur aide précieuse, le corpus de notre thèse⁶⁷. Nous avons été guidés, durant cette première étape, pour traduire et lire plus d'une centaine d'ouvrages et une vingtaine de revues symptomatiques de la période, publiées en Pologne, en Espagne, aux Pays-Bas, en Suisse, dans les États italiens et dans les territoires allemands. Si les chercheurs italiens et allemands, précurseurs en la matière⁶⁸, ont constitué des fonds documentaires très riches, l'étude de la

⁶⁷ Pour l'Espagne, Isabel Ramos Vázquez et Miguel Angel Chamocho (Université de Jaen) ; pour l'Allemagne, Michael Stolleis (Université de Francfort-sur-le-Main) et Ulrike Müßig (Université de Passau) ; pour la Pologne, Anna Klimaszewska (Université de Gdansk) ; pour la Belgique, Dirk Heirbaut (Université de Gent) et Fred Stevens (Université catholique de Leuven) ; pour la Suisse, Yves Mausen (Université de Fribourg) et Alfred Dufour (Université de Genève) ; pour l'Italie, Francesco Aimerito (Université du Piémont oriental), Paolo Alvazzi Del Frate (Université de Rome 3), Luisa Brunori (Université de Lille), Marc Ortolani (Université Côte d'Azur), Carmelo Elio Tavilla (Université de Modène et de Reggio d'Émilie), Stefano Solimano (Université catholique du Sacré-Cœur de Milan).

⁶⁸ À ce sujet, voir R. GATTI, *Il ruolo del diritto romano in Piemonte in età preunitaria: fra tradizione e innovazione. Il caso del diritto di famiglia nella giurisprudenza sabauda*, Th. de droit, Université de Milan-Bicocca 2016 ; P. MASTROLIA, *La scheggia dello specchio. Cultura giuridica e prassi nel Regno di Napoli (1809-1815)*, Th. de droit, Università degli studi di Macereta, 2014 ; A. ARLOTTO, *Confronto fra linguaggi penalistici : il linguaggio francese e il linguaggio italiano*, Th. de droit, Università degli studi di Torino, 2013.

réception des codes français, ailleurs sur le continent, n'est qu'en gestation. En Espagne, la recherche sort tout juste d'une approche strictement nationale durablement installée par la période franquiste⁶⁹. Le premier ouvrage espagnol majeur traitant des influences étrangères sur la codification nationale date de 2014⁷⁰ ; sous la direction d'Aniceto Masferrer, il compile les interventions d'un congrès de grande ampleur tenu l'année précédente, financé par le ministère de l'Économie et de la Compétitivité. Ce congrès a engendré un second ouvrage en 2017, centré sur les influences étrangères du code pénal espagnol de 1822⁷¹. En Pologne, la littérature de cette époque relative aux codes napoléoniens est en cours de découverte : une nouvelle génération de chercheurs, portée notamment par Anna Klimaszewska et Michał Gałędek, s'attèle à exhumer correspondances, notes et débats qui peuvent éclairer sur la relation des auteurs polonais avec les codes⁷². C'est à leurs découvertes que l'on doit l'enrichissement, quasiment au jour le jour, de nos sources concernant le Royaume de Pologne.

Ensuite, et à propos du traitement de cet ensemble de sources, il fallait éviter deux risques : d'un côté, l'absence d'interrogation méthodologique qui aurait conduit à un travail sans rigueur scientifique, de l'autre, l'interrogation méthodologique disproportionnée – cette tendance, chez certains comparatistes, à ne traiter que de méthode, au détriment de comparaisons juridiques concrètes – qui aurait mené à l'inhibition scientifique⁷³. Il convenait de voguer entre ces deux écueils, que le Professeur Sylvain Soleil compare à Charybde et Scylla, en fixant un cap tout en acceptant les risques inhérents à la comparaison juridique.

Enfin, il s'est avéré utile de réfléchir à partir des méthodes déjà reconnues en histoire comparée

⁶⁹ À ce sujet, voir C. PETIT, « Espana y el Code Napoléon », *Giuseppe Luosi, giurista italiano ed europeo. Traduzioni, tradizioni e tradimenti della codificazione*, Modène, Archivio Storico, 2006.

⁷⁰ A. MASFERRER (dir.), *La codificación española. Tradición e influencias extranjeras : su contribución al proceso codificador (parte general)*, Pampelune, Aranzadi Thomson Reuters, 2014.

⁷¹ A. MASFERRER (dir.), *La codificación penal española. Un aproximación doctrinal e historiográfica a sus influencias extranjeras, y a la francesa en particular*, Pampelune, Aranzadi Thomson Reuters, 2017.

⁷² À ce sujet, voir A. KLIMASZEWSKA et M. GAŁĘDEK, « The implementation of french codes on the polish territories as instruments of modernization – identifying problems with selected examples », *Le droit comparé et.../ Comparative Law and...*, ed. A. Albarian, O. Moréteau, 2015 ; « Stosowanie norm francuskiego Kodeksu handlowego w Księstwie Warszawskim, konstytucyjnym Królestwie Polskim i Rzeczypospolitej Krakowskiej w świetle aktów notarialnych », *Studia z Dziejów Państwa i Prawa / Studies in History of Polish State and Law*, 2016 ; « A controversial transplant ? Debate over the adaptation of the Napoleonic Code on the Polish territories in the early 19th century », *Journal of Civil Law Studies*, vol. 11, Number 2, mars 2019 ; P. POMIANOWSKI, *Roswód XIX wieku na centralnych ziemiach polskich. Praktyka stosowania Kodeksu Napoleona w latach 1808-1852*, Varsovie, Campidoglio, 2018.

⁷³ S. SOLEIL, « Les pièges, les méthodes, les ressources. Introduction », *Comparer les droits dans une recherche historique : les pièges, les méthodes, les ressources, Historia et ius*, n°13, 2018.

du droit. La première est l'approche positiviste évoquée entre autres par Maurice Adams et Dirk Heirbaut⁷⁴ et illustrée par Olivier Jouanjan en ces termes : « Le sens du texte se cachait, mais il était là. Le travail du juriste, c'est jouer à cache-cache. La norme, c'est-à-dire le sens du texte, était déjà là, il suffisait de la découvrir. Le juriste ne produit pas la norme, il l'extrait [...]. »⁷⁵. Cet *authority paradigm* offre certes une facilité d'étude, puisque celle-ci repose sur une base textuelle solide ; néanmoins, un positivisme juridique aveugle mène à ignorer les facteurs (politiques, culturels, historiques, philosophiques) extérieurs aux sources, et peut donc engendrer des conclusions incomplètes. La deuxième est la méthode épistémologique qui s'interroge sur l'origine, l'esprit d'une notion, sur la volonté de ceux qui l'ont élaborée. Geoffrey Samuel parle d'une *metascience*, une étude plus englobante et donc plus pertinente⁷⁶. Cependant, à l'inverse du positivisme, il existe un risque d'éloignement vis-à-vis des sources textuelles, voire d'éparpillement de l'étude ; la troisième est la méthode holistique qui soumet la connaissance d'une partie d'un sujet donné à la maîtrise du sujet général, de l'ensemble dans lequel cette partie s'inscrit. Si cette approche favorise une immersion dans la culture juridique étudiée, Michele Graziadei met en garde : un holisme « extrême » pourrait conduire à délégitimer une étude. En effet, il amènerait à penser qu'on ne peut tout simplement pas étudier une culture dont on ne fait pas soi-même partie⁷⁷. Moins habituelles en histoire comparée du droit, les méthodes quantitatives ou statistiques permettent l'étude d'un phénomène grâce à des « nuages de mots », des logiciels de calcul d'occurrences, ou des graphiques. Appliquée avec rigueur, cette méthode permet certes d'aboutir à des résultats précis et sûrs ; elle demande cependant de rassembler une grande quantité de données pour être scientifiquement probante.

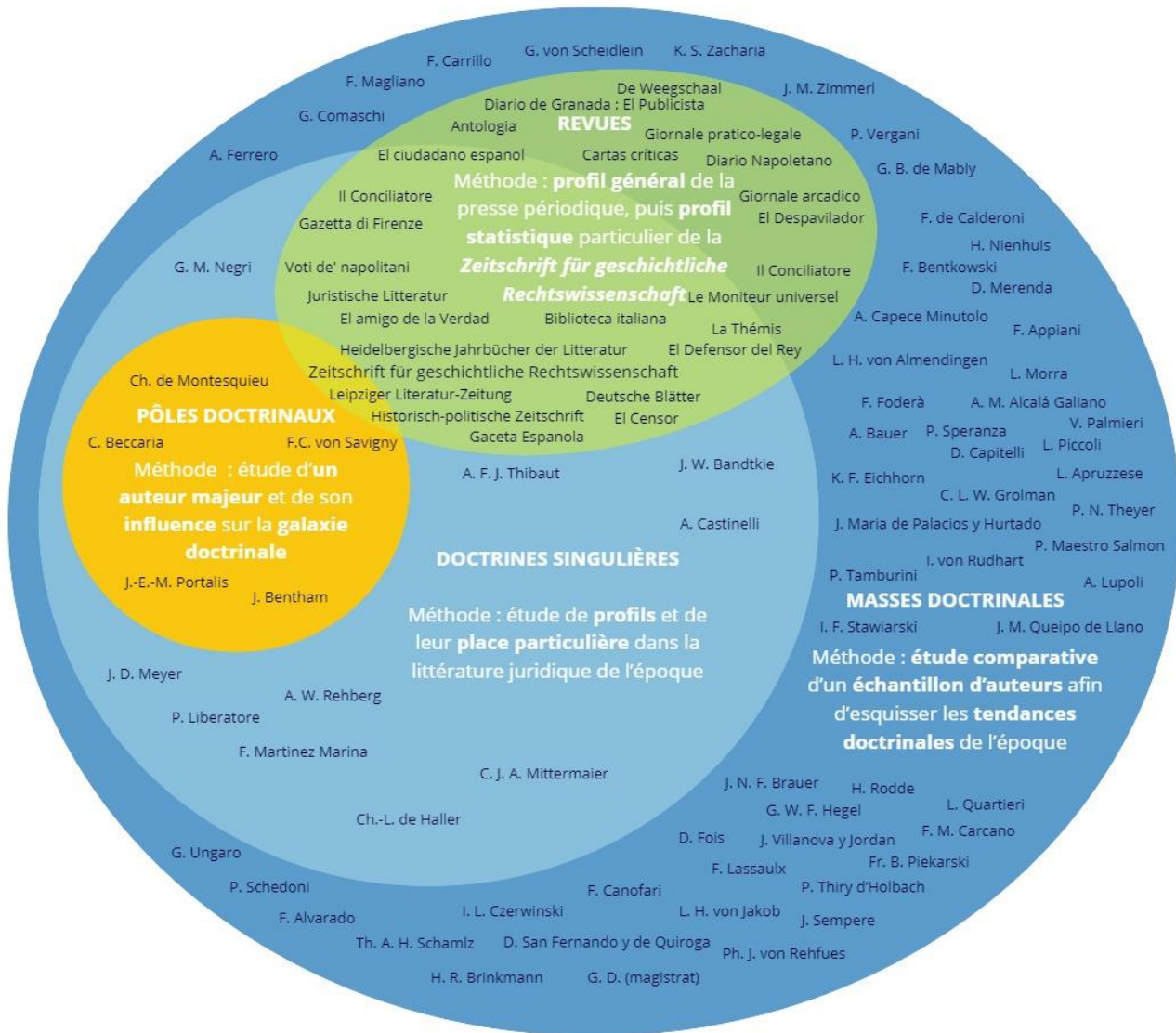
⁷⁴ M. ADAMS et D. HEIRBAUT (dir.), *The Method and Culture of Comparative Law: Essays in Honour of Mark Van Hoecke*, Oxford, Hart Publishing, 2014.

⁷⁵ O. JOUANJAN, « Faillible droit », *La peur de l'innommable dans les sciences sociales*, Revue européenne des sciences sociales, XXXVIII, 2000, p. 67.

⁷⁶ G. SAMUEL, *The Method and Culture of Comparative Law: Essays in Honour of Mark Van Hoecke*, Londres, Bloomsbury Publishing, 2014.

⁷⁷ M. GRAZIADEI, *Comparative Law, Legal History, and the Holistic Approach to Legal Cultures*, Facoltà di giurisprudenza, Università del Piemonte Orientale, 1999.

Au cours de cette réflexion méthodologique, c'est l'étude des sources dans leur contexte qui a peu à peu conduit à comprendre que la méthode devait se plier à la nature de la source et que, par conséquent, l'étude devait reposer sur plusieurs méthodes pour rendre compte au mieux de la littérature juridique de l'Europe libérée face aux codes de Napoléon. Concrètement, cela signifie que la compréhension de ce qui se joue dans la littérature des années 1811-1825 exige le recours à quatre méthodes différentes selon la source étudiée.



La première des méthodes, celle des pôles doctrinaux (en jaune dans le schéma) consiste à traiter de façon approfondie les auteurs majeurs de l'époque, ceux qui, cités, mentionnés, débattus, émergent de la littérature juridique de l'époque : ce sont les œuvres de Savigny ou Bentham, mais aussi les échos de celles de Portalis, Filangieri ou Beccaria. La deuxième (en bleu foncé dans le schéma) consiste à fonctionner par échantillonnage en étudiant, par une approche comparative, des auteurs qui ont été utiles en leur temps, mais qui ne sont que des exemples et n'ont produit que des œuvres interchangeables dans la masse doctrinale de l'époque. Cette comparaison peut être révélatrice de tendances doctrinales plus larges. La troisième méthode, celle des doctrines singulières (en bleu ciel dans le schéma) est en quelque sorte intermédiaire. Elle consiste à mettre en lumière des auteurs qui, sans avoir eu ni rayonnement international, ni postérité, ont occupé une place propre. Il s'agit alors d'assumer le choix d'auteurs particuliers parmi les sources réunies, de les isoler, de les étudier pour leur œuvre et leurs stratégies discursives, pour ce qu'ils ont apporté en fonction de l'époque, des lieux et des enjeux. Enfin, pour ce qui est des revues (en vert dans le schéma), une méthode mixte a été privilégiée : un *profil général* nous permet ainsi de mettre au jour les caractéristiques communes des revues qui paraissent durant la période ; un *profil statistique singulier* permet d'étudier l'émergence d'un projet, celui de la revue qui ouvre rapidement une nouvelle voie doctrinale en Europe, la *Zeitschrift für geschichtliche rechtswissenschaft*.

5. Un double champ d'investigation sur la littérature juridique européenne des années 1811-1825

C'est à partir de ces quatre méthodes et de l'objectif principal – savoir comment la littérature juridique des pays occupés traite des codes français au moment de la liquidation du système européen de Napoléon – que s'organise notre champ d'investigation. Comment la littérature juridique des pays occupés réagit-elle à la codification française après l'effondrement de l'Empire ? Des controverses juridiques sont-elles apparues, ont-elles pris leur essor face à la problématique de la codification française ? Des dynamiques doctrinales préexistaient-elles à l'occupation française au sein de ces territoires ? Ces dynamiques ont-elles été bouleversées par l'occupation ? Quelles sont les diverses opinions qui se manifestent dans la littérature juridique européenne vis-à-vis des codes napoléoniens ? En quoi la libération a-t-elle entraîné les auteurs européens vers de nouvelles tendances doctrinales, une nouvelle appréhension de leur rôle au sein de l'ordre juridique national ? Existe-t-il une unité, de fond ou de méthode,

entre ces doctrines ? En quoi la période des restaurations a-t-elle pu être fondatrice dans la formation d'un réseau doctrinal européen ? Enfin, alors que l'historiographie récente situe l'essor doctrinal européen à la fin du XIX^e siècle, existait-il une certaine richesse doctrinale entre 1811 et 1825 ?

L'approche comparative de la période permet de montrer qu'au moment de l'effondrement progressif du système napoléonien, la codification française et les codes qui ont été transférés ou transposés ne forment pas, comme nous aurions pu l'imaginer, l'épicentre des travaux juridiques. Certes, la littérature juridique, telle qu'elle se présente dans les pays libérés, est en partie le fruit de l'occupation : dans les années 1811-1814, certains auteurs se donnent pour mission d'intégrer les codes français au sein de leur ordre juridique national, de les expliquer, de les commenter. Mais, il existe également une littérature juridique très dense qui poursuit des dynamiques doctrinales qui existaient en Europe bien avant (et par-delà) l'occupation française. En outre, une doctrine surgit brutalement pour rejeter les codes français, celle de Savigny. D'où, au moment de la libération, la coexistence d'une littérature de nature exégétique, d'une littérature qui met à distance les codes français et d'une doctrine de rejet (Partie I).

Une fois les Français renvoyés dans leurs frontières, la codification française et les codes qui la matérialisent n'ont plus le même statut juridique, y compris lorsqu'ils sont maintenus. Ils avaient été imposés. Ils sont désormais l'objet d'un choix. C'est pourquoi, partout, ils sont traités par la littérature juridique comme des modèles de référence – attractifs ou répulsifs. Ils provoquent également une évolution de l'approche comparative. Les auteurs, consciemment ou non, se trouvent contraints de comparer le modèle français aux modèles concurrents ; certaines de ces méthodes comparatives voyagent d'un pays à l'autre, ce qui entraîne la circulation des modèles comparés. Tout cela encourage la comparaison et permet de montrer que si les codes français n'occupaient pas tout l'espace éditorial tant que les Français occupaient le territoire, ils deviennent un centre de gravité majeur de la pensée juridique à compter du moment où les élites restaurées envisagent des choix juridiques précis et que les auteurs doivent comparer les solutions et se positionner pour ou contre le legs de Napoléon (Partie II).

Partie I. Les codes français dans la littérature juridique entre 1811 et 1814 : un empire en suspens

« *La santé de l'Empereur n'a jamais été meilleure* »⁷⁸. Ainsi se termine le rapport du maréchal Saint-Cyr depuis le front russe, retransmis le 29 novembre 1812 par le *Moniteur Universel*⁷⁹. Si le maréchal mentionne le « *mauvais temps* »⁸⁰, la perte de chevaux, de provisions et la présence des cosaques, il ne manque pas de louer la force des soldats. Ces quelques paragraphes ne donnent qu'un aperçu du désastre qui est en train de se jouer à l'Est. La stratégie de la terre brûlée appliquée par les Russes a pris les Français de cours. Napoléon a amorcé une retraite le 18 octobre ; depuis novembre, les soldats manquent de ravitaillements, et marchent à pied avec un équipement insuffisant pour affronter les températures glaciales. Le rapport reproduit par le *Moniteur* provient de Smolensk ; la mention de cette ville nous donne une idée de l'état de la Grande Armée : à ce stade de la campagne, ses effectifs originels ont été divisés au moins par quinze⁸¹.

Un même tri s'opère dans l'information qui provient du Sud. « *Si l'Espagne avait des vertus qui étaient inconnues du reste de l'Europe, elle avait aussi des vices que l'on ne soupçonnait pas* » : c'est ainsi que le *Moniteur*, reprenant un texte de *The Courier*, décrit la situation espagnole le 29 novembre 1812⁸². Le *Moniteur* a couvert toute la Guerre d'indépendance sous un angle pro-napoléonien ; il a peint le tableau d'une péninsule espagnole jadis opprimée mais

⁷⁸ ANONYME, *Le Moniteur Universel* [en ligne], n°334, 29 novembre 1812, p. 2 à 3, consulté le 22/05/2022.

⁷⁹ Fondé à Paris, le *Moniteur Universel* (1789-1901) commence par retranscrire les débats de l'Assemblée nationale. Il devient le journal officiel du gouvernement en 1811 et le restera pendant soixante ans. Alors que la France traverse plusieurs régimes, le *Moniteur* parvient à s'adapter aux changements successifs en gardant son statut de relais privilégié des débats parlementaires. À côté de cela, il publie une importante correspondance étrangère, des romans-feuilletons et des informations pratiques. De 1811 à 1814, le *Moniteur* est choisi comme porte-parole officiel de la politique napoléonienne, dans le cadre d'une restructuration et d'une stricte censure de la presse. À ce sujet, voir A. CABANIS, *La presse sous le Consulat et l'Empire (1799-1814)*, Paris, Études Robespierristes, 1975.

⁸⁰ L'évocation du climat russe au fil des mois par le *Moniteur* illustre, à elle seule, une couverture sélective d'une situation étrangère : les numéros de 1811 n'hésitent pas à mettre l'accent sur la rudesse du froid russe, présentant le pays comme une terre mortelle et inhospitalière. Ce tableau inquiétant s'estompe quelque peu à partir du début de la campagne de Russie : il s'agit de ne pas inquiéter les familles françaises outre mesure sur le sort des soldats. Ainsi, les évocations du climat dans les numéros du *Moniteur* de 1812 sont plus rares et plus modérées. À ce sujet, voir N. PROMYSLOV, « French propaganda about Russia before and during the Napoleon Russian campaign of 1812 », *Istoriya*, vol. 4, 2013, §13, consulté le 22/05/2022.

⁸¹ Voir Ch. J. MINARD, *Carte figurative des pertes successives en hommes de l'Armée Française dans la campagne de Russie 1812-1813* [en ligne], Paris, 20 novembre 1869, consulté le 22/05/2022.

⁸² ANONYME, *Le Moniteur Universel* [en ligne], *op. cit.*, p. 1.

heureuse de l'arrivée des Français, et reconnaissante à l'égard de la protection impériale⁸³. Pourtant, depuis 1809 déjà, les Espagnols mènent une guérilla contre l'occupation française ; et depuis 1811, les alliés anglais, portugais et espagnols ont pu remporter quelques batailles⁸⁴. Face aux victoires alliées, le *Moniteur* tente d'imputer des abus exclusivement aux anglais ou aux Espagnols⁸⁵ ; il tente de minimiser la force des alliés⁸⁶.

Ces deux observations nous aident à comprendre pourquoi, durant la période entre 1811 et 1814, le continent européen est plongé dans l'incertitude. En effet, aux développements incertains des campagnes militaires sur le terrain, s'ajoute une couverture médiatique parfois biaisée. En France, la propagande impériale poursuit son travail et tarde à laisser transparaître le revers de fortune de l'Empereur. Or il convient de rappeler que durant l'Empire, le *Moniteur Universel* occupe une place majeure dans le paysage de l'information : la censure imposée par Napoléon entraîne une diminution drastique du nombre de périodiques⁸⁷ et le *Moniteur* est l'unique récipiendaire direct des sources qu'il publie, que ce soit les débats des chambres ou la correspondance étrangère. Les autres journaux français n'ont pas accès à ces sources : cela les oblige, pour assurer leur mission d'information, à citer le *Moniteur*. Ce monopole des sources s'étend avec l'hégémonie napoléonienne, qui cherche à imposer le même contrôle de la presse dans les territoires conquis : ainsi, les périodiques européens se servent, à leur tour, dans les sources présentes dans le *Moniteur*, jusqu'à devenir de simples relais du journal français⁸⁸.

⁸³ Au sujet de la propagande du *Moniteur* concernant la Guerre d'indépendance, voir R. SOLANO RODRIGUEZ, « La Guerra de la Independencia española a través de *Le Moniteur Universel* : 1808-1814 », *Mélanges de la Casa de Velázquez*, t. 31, n°3, 1995, p. 55 à 75.

⁸⁴ Sur le déroulement de la guerre d'indépendance espagnole, voir F. ACOSTA RAMÍREZ et M. RUIZ JIMÉNEZ (dir.), *Baylen 1808-2008 : Bailén, su impacto en la nueva Europa del siglo XIX y su proyección futura*, Jaén, Editorial Universidad de Jaén, 2009.

⁸⁵ Le *Moniteur* reproduit une lettre prétendument écrite de Madrid par « un officier » anglais, le 25 octobre : « Nous sommes tout surpris d'entendre dire que l'on croit en Angleterre que le gouvernement que nous avons établi, est ici très populaire. Comptez que l'on vous trompe volontairement. Je connais mieux l'Espagne que la plupart des officiers anglais ne la connaissent, et je puis vous assurer positivement que le gouvernement de Joseph est celui des deux que préfèrent les Espagnols. L'armée anglaise leur coûte autant que l'armée française ; mais l'armée espagnole, les bandes, les guerillas, sont un véritable fléau pour les habitants des lieux qu'elles traversent. En un mot, je puis vous assurer positivement [...] que malgré ce que vous lisez dans les journaux anglais relativement aux dames qui viennent à notre rencontre et aux bals et aux fêtes que l'on nous a donnés, que nous avons trouvé précisément le contraire ; car dans la plupart des villes où nous sommes passés, les femmes avaient presque entièrement disparu, et avaient accompagné l'armée française dans sa retraite » (ANONYME, *Le Moniteur Universel* [en ligne], *op. cit.*, p. 2).

⁸⁶ « Les Français ont actuellement en Espagne plus de 130 mille bayonnettes [...]. Qu'avons-nous à leur opposer ? 40 mille Anglais tout au plus [...]. Je suis en effet convaincu que sans le secours des troupes anglaises réunies à Alicante, les Espagnols ne le défendraient pas trois jours contre les attaques des Français » (*Ibid.*).

⁸⁷ R. S. RODRIGUEZ, « La Guerra de la Independencia... », *op. cit.*, p. 56.

⁸⁸ *Ibid.*

Ce n'est donc pas seulement la France qui reçoit une lecture filtrée des campagnes napoléoniennes : le régime napoléonien a conscience que sa presse doit être une vitrine de sa réussite, à la fois pour rassurer les francophiles et décourager les adversaires de l'Empire⁸⁹.

Cette vitrine se fêlera en 1812, année charnière qui marque à la fois l'apogée de l'Empire et le début de son déclin ; sur des territoires tels que l'Espagne ou la Pologne, la dégradation de la situation est amorcée dès 1811. L'hégémonie napoléonienne est remise en cause de part et d'autre de l'Europe. La victoire russe est décisive, car elle pousse de nombreux États à former une sixième coalition ; Napoléon doit alors faire face aux forces jointes de la Russie, de l'Autriche, du Royaume-Uni, de la Suède, de la Sicile, du Portugal, de la Prusse et d'une partie des autres États allemands. Entre 1812 et 1814, l'hypothèse de la chute de Napoléon devient donc vraisemblable – mais elle est toujours incertaine. Cet « entre-deux » touche directement les auteurs de littérature juridique dans les pays occupés par les français. Comment se comporter face aux codes napoléoniens, qui pour la plupart ont été implantés dans leur ordre juridique il y a moins de cinq ans ? Faut-il les entériner en les commentant, en les expliquant aux étudiants locaux ? Faut-il au contraire les considérer comme une parenthèse et les ignorer ? Faut-il les rejeter ouvertement ? En somme, faut-il penser les codes en les insérant dans le futur du droit national (Titre I), ou faut-il rester dans la mouvance des siècles précédents et privilégier l'histoire (Titre II) ? Lorsque l'on embrasse les travaux publiés dans l'Europe Napoléonienne de 1811 à 1814, on perçoit une masse d'environ 30% qui se consacre à l'explication et à l'application des codes français, un autre tiers consacré à la question de la modernisation des droits nationaux – avec peu ou pas de références aux codes français, et un troisième tiers aux traditions juridiques nationales (droit romain, droits du pays). La période s'achève sur une explosion de colère : celle de Savigny, qui ouvre la voie vers le rejet scientifique de la codification française. Les deux premiers tiers tendent vers la modernité, le rationalisme ; pour l'autre partie, c'est l'histoire du droit qui sert de pivot à la réflexion. Pour étudier les trois premiers tiers, la même méthode sera privilégiée : celle de l'échantillonnage. En utilisant la masse d'ouvrages de l'époque, nous appuierons nos raisonnements sur des auteurs pris au hasard dans divers pays de l'Europe napoléonienne. Le Chapitre IV se concentrera sur trois

⁸⁹ On retrouve par exemple ce filtre dans le *Monitore napoletano*, organe de presse de la monarchie française à Naples, qui ne diffuse « qu'une partie des nouvelles » relatives à la campagne de Russie, « les moins préoccupantes pour la mobilisation nationale » (P.-M. DELPU, « Les répercussions de la campagne de Russie dans le royaume de Naples (1812-1815) : origine ou révélateur d'une crise politique ? », *Annales historiques de la Révolution française*, n°384, 2016, p. 137).

auteurs, trois ouvrages marquants ; nous essaierons, à travers ce triple-profil, de trouver les matrices et les ressorts d'une controverse fondamentale pour la science historique du droit.

Titre I. Penser les codes en fonction de l'actualité politique

Après la transposition du système français et les bouleversements juridiques qui en ont découlé, les professionnels du droit se trouvent confrontés à une nécessité immédiate : les codes napoléoniens sont devenus *applicables*, il faut donc les *appliquer*. Dès lors, une partie de la littérature juridique dans les pays occupés est une littérature de traduction et de commentaire : elle a pour but d'accompagner la formation des étudiants et la compréhension des praticiens, dans une démarche exégétique qui offre certaines convergences avec l'exégèse des auteurs français durant la même période (**Chapitre I – Commenter les codes français**). Il faut cependant insister sur le fait que, dans ces pays, la volonté de modernisation du droit national préexistait à l'arrivée des Français et la transposition de leurs codes ; de nombreux auteurs continuent par conséquent à s'interroger sur l'avenir de leur droit, d'en souhaiter la rationalisation ; pour cela, ils utilisent l'héritage des Lumières, dans toute sa diversité européenne ce qui les conduit parfois à désigner la codification française comme un produit de la rationalisation des Lumières, parfois à en minimiser l'intérêt au profit de la modernisation par le recours au droit romain (**Chapitre II - Promouvoir les modernisations**). Dans toutes ces démarches, les codes français sont envisagés en fonction de l'actualité politique.

Chapitre I. Commenter les codes français

Avant de comparer les productions juridiques européennes des années 1811-1814, deux observations semblent nécessaires. D'une part, il est important d'expliquer ce qu'est devenue la littérature juridique en France, au même moment. Au début du XIX^e siècle s'opèrent une rationalisation et une réorganisation des sources du droit grâce aux codes. Le législateur napoléonien souhaite le retour à l'ordre après les troubles révolutionnaires et souhaite que l'interprétation doctrinale de ses textes soit minimale ; cette évolution explique une doctrine certes riche et prolifique, mais concentrée sur une interprétation exégétique des jeunes codes napoléoniens, qui deviennent l'objet principal d'étude dans des Écoles de droit nées avec et pour le Code civil⁹⁰.

Cela nous amène à une seconde observation : la politique assimilationniste de l'Empire, appliquée sur tous les territoires occupés⁹¹, s'étend à la production doctrinale. Les professeurs des territoires occupés donnent désormais des « cours de Code civil ». Les commentaires et les manuels de prise en main de la législation française rédigés par des auteurs européens sont nombreux durant l'occupation⁹², ainsi que les traductions⁹³, ce qui fait penser à un déplacement

⁹⁰ Ph. RÉMY, « Le rôle de l'Exégèse dans l'enseignement du Droit au XIX^e siècle », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la culture juridique, du monde des juristes et du livre juridique*, SHFD/ Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1985, p. 93 à 94. À ce sujet, voir également S. BLOQUET, *La loi et son interprétation à travers le Code civil (1804-1880)*, Paris, LGDJ, 2017 ; M. HECQUART-THÉRON (dir.), *Les Facultés de Droit inspiratrices du droit ?*, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2005 ; U. PETRONIO, « L'École de l'exégèse, entre Lumières et positivisme scientifique », *Traditions savantes et codifications*, Paris, LGDJ, 2007, p. 29 à 47.

⁹¹ À ce sujet, voir A. GRILLI, *Il difficile amalgama. Giustizia e codici nell'Europa di Napoleone*, Francfort-sur-le-Main, Vittorio Klostermann, 2012.

⁹² À ce sujet, voir COLLECTIF, *Introduzione al codice Napoleone, ossia osservazioni dei giureconsulti tedeschi sopra la nuova legislazione francese*, Düsseldorf, 1808 ; F. SCHOEMANN, *Il Dilucidazione della legislazione di Napoleone, e di Giustiniano*, Giessen & Wetzlar, 1808 ; I.L. GROLMAN, *Manuale circostanziato sopra il codice Napoleone del supremo consigliere d'appello*, Gressen, 1810 ; F. APPIANI, *Saggio di giurisprudenza elementare secondo il codice civile di Napoleone il Grande*, Orena, 1812 ; K. S. ZACHARIÄ, *Handbuch des Französischen Civilrechts*, Mohr und Zimmer, 1811 ; K. E. SCHMIDT, *Kritische Einleitung in das gesammte Recht des französischen Reiches*, Johann Gottfried Hanisch's Erben, 1808 ; W. PLANCK, *Abhandlungen über Gegenstände aus dem Französischen Civil-Recht*, Johann Friedrich Römer, 1809.

⁹³ Voir par exemple ANONYME, *Codigo Napoleon, o sean las Leyes civiles que hoi gobiernan a la Francia, traducido al castellano segun la edicion que contiene las variaciones adoptadas por el cuerpo legislativo en 3 septiembre de 1807*, Imprenta de la Hija de Ibarra, 1809 ; ANONYME, *Codigo de comercio de Francia con los discursos de los oradores del Consejo de Estado y del Tribunado*, Madrid, Imprenta de la calle de la Grecha, 1808 ; F. K. SZANIAWSKI, *Thumaczenie Kodeksu Napoleona na język polski*, 1807 ; A. GUERRIERI, *Codice civile de' francesi accompagnato dall'esposizione de' motivi su ciascuna legge presentata dagli oratori del Governo, dai rapporti fatti al tribunato in nome della commissione legislativa, dalle opinioni emanate in tempo della discussioni, dai discorsi fatti a' corpi legislativi dagli oratori del Tribunato, e da una Tavola ragionata delle materie contenute tanto nel codice, quanto ne' discorsi. Prima traduzione italiana*, Naples, Stamperia Simoniana, 1809 ; ANONYME, *Codice di procedura civile. Traduzione dal francese*, 1809, ...

du sujet prioritaire des littératures juridiques européennes. L'Empire pense ainsi former, partout en Europe, des générations de juristes qui pourront pratiquer et perpétuer le droit français⁹⁴. Mais entre 1811 et 1814, des divergences apparaissent déjà entre l'esprit qui domine dans la patrie des codes napoléoniens et celui qui prévaut dans les pays occupés. Étudier brièvement ces divergences permet d'isoler plusieurs facteurs qui, peu présents en France, sont communs à ces pays : cette comparaison avec un modèle tiers, le modèle français, démontre que les littératures juridiques européennes partagent déjà certaines caractéristiques, dès les années 1811-1814. Elles sont l'œuvre d'auteurs divers plutôt que d'écoles et se matérialisent sous forme de traités, de manuels et d'articles. Par opposition à l'école française qui travaille et publie selon un cap quasiment unique, il conviendrait donc davantage de parler d'*auteurs*, de *doctrines* ou de *littératures juridiques européennes*. Une littérature de commentaire et d'application des codes, qui semble inspirée de la démarche française, persiste entre 1811 et 1814 (Section 1) ; au sein de cette littérature, un ouvrage dénote déjà une ouverture sur l'Europe et une approche plus idéologique : *Principes sur les questions transitoires* de Meyer (Section 2).

Section 1. La littérature de commentaire et d'application

Alors que l'avenir de l'Europe napoléonienne se joue sur les fronts russe et espagnol, les facultés de droit continuent à fonctionner dans les pays occupés. Le 17 mars 1808, un décret impérial avait instauré un monopole de l'Université impériale sur tout l'Empire. Pour certains territoires directement annexés, tels que les Républiques sœurs et les départements français d'Italie, c'est une assimilation complète au système universitaire français⁹⁵. Pour les pays occupés en général, cette volonté de monopole universitaire a un but : faciliter l'implantation du système français en inculquant aux générations d'étudiants la méthodologie académique française, mais aussi le respect, la loyauté à l'égard de la famille Bonaparte. Le décret prévoit en effet, parmi les bases de l'enseignement dans les écoles de l'Université, « la fidélité à l'Empereur, à la monarchie impériale dépositaire du bonheur des peuples et à la dynastie napoléonienne, conservatrice de l'unité de la France et de toutes les idées libérales proclamées

⁹⁴ A. GRILLI, *Il difficile amalgama...*, *op. cit.*, p. 669 à 670.

⁹⁵ À ce sujet, voir A.-M. VOUTYRAS, « Les facultés de droit dans les départements étrangers de l'Empire napoléonien », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, n°13, 1992, p. 127 à 157.

par les Constitutions »⁹⁶. Les facultés de droit et, par extension, les codes qu'elles sont censées étudier sont conçus comme des instruments de contrôle des territoires occupés. Les ouvrages (I) et articles (II) de commentaire et d'application des codes, parus entre 1812 et 1813, témoignent d'une empreinte encore présente de la méthodologie française ; mais cette empreinte doit être nuancée par le fait que la situation diverge d'un territoire à l'autre.

D) Une comparaison d'ouvrages

Les ouvrages de commentaire et d'application des codes français parus entre 1811 et 1814 peuvent faire penser à une démarche doctrinale française indissociable des codes napoléoniens : l'exégèse (A). Or, il convient de nuancer cette ressemblance, en notant les caractéristiques distinctives des littératures européennes. Cette différenciation permet de rapprocher entre eux les ouvrages des auteurs européens en matière d'explication des codes : s'ils paraissent, chacun à leur façon, marcher dans les pas de l'exégétique française (B), leurs divergences démontrent qu'ils écrivent dans un contexte opposé à celui de la France occupante et exportatrice de droit : leurs ouvrages se placent du point de vue de pays occupés, récepteurs de droit ; ce qui entre en confrontation avec les enjeux traditionnels qui ont formé le terreau de l'exégèse française (C).

A) Littérature européenne, matrice française

Il convient de rappeler brièvement ce qu'est cette École de l'exégèse – c'est le nom qui lui est donné à la fin du XIX^e siècle – afin d'en comprendre les enjeux. On a longtemps présenté comme « exégètes » des auteurs qui, tout au long du XIX^e siècle, se seraient cantonnés à une analyse littérale des codes, notamment du Code civil. La pire crainte des auteurs aurait été de porter atteinte à l'intégrité de la codification, à l'ordre des articles ou à leur fond. Ce culte des livres est notamment décrit par Julien Bonnecase dans la première moitié du XX^e siècle⁹⁷ : « La

⁹⁶ H.-B. MARET et N. BONAPARTE, « 17 mars 1808, Décret impérial portant organisation de l'Université », *Publications de l'Institut national de recherche pédagogique*, n°23, 2000, p. 113 à 121.

⁹⁷ Julien Bonnecase (1878 à Bilhères – 1950 à Perthes) devient professeur à la Faculté de droit de Bordeaux en 1913. Il est connu pour son apport à l'histoire de la science juridique, notamment pour son étude *La Thémis, 1819-1831. Son fondateur, Athanase Jourdan*, parue en 1914, et ses travaux sur l'École de l'exégèse – terme qu'il a popularisé. Parmi ses ouvrages en la matière, il est possible de mentionner *L'École de l'Exégèse en Droit civil* (1924) ou encore *La pensée juridique française, de 1804 à l'heure présente* (1933). Son influence sur

méthode exégétique a pour caractère de river l'exposé et l'élaboration de la science du Droit non pas seulement à un Code, mais à l'ordre même de ses dispositions dans tout ce qu'il a de plus rigoureux »⁹⁸. L'historiographie récente a infléchi ce que ce tableau avait de trop systématique⁹⁹ : l'École de l'exégèse couvre en réalité des parcours divers, et « l'admiration aveugle »¹⁰⁰ que les auteurs français auraient tous eue pour le Code civil est une simplification abusive.

Le terreau de l'École de l'exégèse est en effet plus complexe. En France, pour reprendre les mots de Jean-Louis Halpérin, le Code civil est perçu à la fois comme un aboutissement et comme un point de départ¹⁰¹. Aboutissement, parce que les juristes français éprouvent « le soulagement d'avoir enfin un droit uniforme et raisonnable » ; point de départ, parce qu'il faut désormais disséquer les codes et les comprendre de la manière la plus fidèle qui soit, afin de mieux les enseigner, de mieux les pratiquer¹⁰². Plus qu'un exercice technique, assimiler les codes représente un triple enjeu. Les chaires de Code civil, dans les facultés créées par décret impérial, sont un témoignage du retour à la paix publique – intégrer les nouveaux codes comporte donc un enjeu social. La codification permet d'éloigner la tourmente révolutionnaire, tout en gardant le rationalisme cher aux légicentristes ; elle permet d'écartier les difficultés de l'ancien droit obscur et touffu, tout en rétablissant une stabilité perdue avec l'Ancien Régime ; en cela, soutenir la codification, c'est soutenir un compromis philosophique. Enfin, si les professeurs français qui écrivent sur les codes ne se sentent pas dépositaires d'une mission réformatrice, cela n'en diminue pas pour autant leur importance, car ils se sentent investis d'une charge politique : mettre la doctrine juridique au service des objectifs poursuivis par le régime.

l'historiographie postérieure est considérable : après Bonnacase, des générations de juristes se forment avec l'idée que le XIX^e siècle a vu se succéder deux grandes écoles doctrinales – l'École de l'exégèse, servile et sclérosée, puis l'École scientifique, audacieuse et dynamique, qui se forme en réaction à l'inertie exégétique. Ce mythe a depuis été discuté et atténué. À ce sujet, voir N. HAKIM, « Julien Bonnacase : historien de la science juridique ? », *Histoire de l'histoire du droit* [en ligne], Toulouse, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2006, p. 291 à 301, consulté le 22/05/2022.

⁹⁸ J. BONNACASE, *Précis de droit civil (conforme au programme officiel des facultés de droit)*, t. 1, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1934-1935, p. 61.

⁹⁹ À ce sujet, voir N. HAKIM, *L'autorité de la doctrine civiliste française au XIX^e siècle*, Paris, LGDJ, 2002 ; F. AUDREN et J.-L. HALPÉRIN, *La culture juridique française. Entre mythes et réalités XIX^{ème}-XX^{ème} siècles*, Paris, CNRS Éditions, 2013 ; J.-L. HALPÉRIN, « Quelques réflexions comparatives sur les doctrines pénales française et allemande au XIX^e siècle », *Revue de l'Institut Rhône-Alpin de sciences criminelles*, n°6, Éditions Campus Ouvert, 2016 ; Ph. RÉMY, « Éloge de l'Exégèse », *Revue de la recherche juridique – Droit prospectif*, n°VII, 1982, p. 254 s.

¹⁰⁰ P. RÉMY, « Le rôle de l'Exégèse... », *op. cit.*, p. 100.

¹⁰¹ J.-L. HALPÉRIN, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris, Presses Universitaires de France, 2012, p. 7.

¹⁰² *Ibid.*, p. 99 à 100.

Cette subtilité de l'École exégétique est notamment décrite par Nader Hakim qui, dans sa thèse, insiste sur l'acceptation par les Français d'un équilibre philosophique, sur leur soumission politique au législateur et leur volonté de soutenir le nouvel ordre social¹⁰³. Ces impératifs peuvent expliquer pourquoi, tout au long du XIX^e siècle, la littérature juridique française apparaît comme un bastion de l'exégèse. Dans les années qui suivent la parution des codes, leur aura, l'aura de leur promulgateur et la portée de son projet politique, est suffisante pour occuper une grande partie des travaux de doctrine ; cela peut expliquer l'apparente révérence générale à l'égard du nouveau droit national, révérence remarquable et exagérée par la suite dans l'historiographie du XX^e siècle¹⁰⁴.

Or, ces trois enjeux propices à la méthode exégétique – enjeu social, philosophique et politique – divergent de façon radicale lorsque l'on essaie de transposer cette démarche doctrinale dans les pays occupés.

B) Formes de l'exégèse

Les ouvrages de notre corpus comparatif semblent présenter des similitudes avec l'École de l'exégèse française. Les ressemblances les plus flagrantes s'observent chez les Italiens. Le Milanais Francesco Appiani¹⁰⁵ choisit d'intégrer son commentaire dans le corps de son ouvrage, sans notes de bas de page. Il divise son manuel selon les matières du Code, fournit automatiquement un rappel historique pour chaque thème abordé (Figure 1), puis juge au cas par cas quel doit être le degré d'explication fourni. Certains sujets sont en effet considérés comme « clairs » et évacués (Figure 2), tandis que certains termes méritent une analyse, pour laquelle Appiani invoque « les réponses des jurisconsultes » (Figure 3).

¹⁰³ N. HAKIM, *L'autorité de la doctrine...*, *op. cit.*, p. 30.

¹⁰⁴ On peut ajouter à l'œuvre de Julien Bonnecase les travaux d'Ernest Glasson (1839-1907) et Eugène Gaudemet (1872-1933) : E. GLASSON, *Le Code civil et la question ouvrière*, Paris, 1886 ; E. GAUDEMET, *L'interprétation du Code civil en France depuis 1804*, Paris, Sirey, 1935. Réédité à Paris, Mémoire du Droit, 2002.

¹⁰⁵ F. APPIANI, *Saggio di giurisprudenza elementare secondo il codice civile*, Milan, 1812. Francesco Appiani (1765 à Milan – 1816 dans la même ville), est un avocat illustre du barreau lombard, auteur de plusieurs ouvrages doctrinaux. Il participe avec Beccaria à une commission pour la création d'un code pénal en 1790. F. LASSAULX, *Introduction à l'étude du code Napoléon*, Paris, 1812. Voir A. AMATI, *Cesare Beccaria e l'abolizione della pena di morte : Vita ed opere di Cesare Beccaria*, Milan, 1872, p. 190.

TITOLO SECONDO

Degli atti dello stato civile.

Esaminati i modi, coi quali si acquistano, si godono e si perdono i diritti di cittadinanza, bisogna trattenersi sui regolamenti concernenti i registri delle nascite, dei matrimonj e delle morti, come i più importanti della società, perchè servono a stabilire la prova dello stato di coloro, che compongono la società stessa e l'ordine delle famiglie.

I romani, presso i quali si vanno volentieri rintracciando le origini delle nostre istituzioni, avevano sotto l'impero dei re una magistratura denominata *prefettura dell'erario*, che giudicava e regolava tutto ciò che aveva relazione ai beni ceduti in dominio dello Stato per titolo di condanne, *l. 15 §. fin.*, *l. 13 §. 1.*, *l. 42 in princ.*, *l. penult. ff. de jur. fisc.*

Figure 1

Ciò che il nostro codice prescrive riguardo al metodo di autenticare le nascite, i matrimonj, e le morti, tranne alcune utili aggiunte e savie modificazioni determinate dalla esperienza, era già stato proclamato in Francia dalla legge 22 settembre 1792.

132

Le disposizioni sistematiche del codice relative a questa materia sono abbastanza chiare e precise per abbisognare di spiegazioni. I commenti però dei signori Dufour, Maleville, e Gin possono all'uopo somministrare sufficiente istruzione.

Figure 2

Dell'età.

La parola età è un nome generale, che conviene tanto alle persone, quanto alle cose ed ai tempi.

L'età nelle persone è quella, che ne distingue l'infanzia, la puerizia, la pubertà, la gioventù, la vecchiaja.

Dalle risposte de' giureconsulti, e dalle costituzioni degl'imperatori si rileva, che l'età delle persone fu distribuita in più gradi. L'infanzia si estendeva sino ai sette anni, *l. si infanti c. de jure delib.*: l'età puerile dopo i sette anni sino alla pubertà, la quale a dodici anni compiuti si verificava nelle femmine, a quattordici nei maschj, a norma del diritto romano nella

Figure 3

D'autres procèdent à une étude linéaire du Code titre par titre, parfois article par article. C'est par exemple le cas du Vénitien Francesco Caffi¹⁰⁶, qui s'efforce de proposer sous chaque article une note de correspondance avec le droit romain. Si parfois la note est longue (Figure 4), d'autres articles ne sont pas annotés et simplement recopiés tels quels (Figure 5).

77

T I T O L O V.

DEL M A T R I M O N I O,

C A P O P R I M O.

*Delle qualità e condizioni necessarie
per contrarre Matrimonio.*

Articolo 144.

L'uomo prima che abbia compiuti gli anni diciotto, la donna prima degli anni quindici pure compiuti, non possono contrarre matrimonio.

L'età prescritta dal diritto comune per le nozze era quella dei dodici per le femmine, e quella dei quattordici anni compiuti per i maschi. Institut. prin. de nuptiis; Justas autem nuptias inter se cives romani contrahunt, qui secundum legum præcepta coeunt, masculi quidem puberes, femine autem viripotentes, sive patresfamilium sint, sive filii familiarum: dum tamen si filii familiarum sint, consensum habeant parentum, quorum in potestate sunt. Età nella quale era loro permesso anche il testare, leg. 5. ff. qui testam. fac. poss. Qua ætate testamentum vel masculi, vel femine facere possunt, videamus. Verius est, in masculis quidem quartumdecimum annum spectandum, in feminis vero duodecimum completum. Utrum autem excessisse debeat quis quartumdecimum annum, ut testamentum facere possit, an sufficit complesse? Propono aliquem kalendis januariis natum, testamentum ipso natali suo fecisse quartodecimo anno: an valeat testamentum? Dico valere. Plus arbitror, etiam si pridie kalendarum fecerit, post sextam horam noctis, valere testamentum: jam enim complesse videtur annum quartumdecimum, ut Marciano videtur. e la leg. 2. ff. de vulg. et pupil. Moribus introductum est, ut quis

Figure 4

84

TITOLO V. LIBRO I.

Articolo 153.

Dopo l'età di trent'anni, mancando il consenso ad un atto rispettoso, si potrà, un mese dopo, passare alla celebrazione del matrimonio.

Articolo 154.

L'atto rispettoso sarà notificato a quello o a quelli fra gli ascendenti indicati nell'articolo 151, col mezzo di due notaj, o di un notajo con due testimonj, e sarà fatta menzione della risposta nel processo verbale che si deve formare.

Articolo 155.

In caso d'assenza dell'ascendente a cui sarebbe dovuto fare l'atto rispettoso, si passerà alla celebrazione del matrimonio, presentandosi la sentenza che fosse stata pronunciata per dichiarar l'assenza, o in mancanza di essa, quella con cui si fossero decretate le informazioni, ovvero non essendovi ancora veruna sentenza, un atto di notorietà rilasciato dal giudice di pace del luogo in cui l'ascendente ebbe l'ultimo suo noto domicilio. Questo atto conterrà la dichiarazione di quattro testimonj chiamati ex-officio dal medesimo giudice di pace.

Le leggi romane voleano che i figli attendessero per un triennio il ritorno del padre, allorché la condizione dello sposo o della sposa che prendevasi non fosse tale da far con certezza presumere il di lui consenso. leg. 9. §. 1. ff. de ritu nupt. Is, cujus pater ab hostibus captus est, si non intra triennium revertatur, uxorem ducere potest. leg. 10. ibid. Si ita pater absit, ut ignoretur ubi sit, et an sit: quid faciendum est, merito dubitatur? Et si triennium effluerit, postquam apertissime fuerit

Figure 5

¹⁰⁶ F. CAFFI, *Confronto testuale del Codice Napoleone dato dall'Imperatore e Re Napoleone I. Colle leggi romane pubblicate dall'Imperatore Giustiniano*, Venice, 1812. Francesco Caffi (1778 à Venise – 1874 à Padoue) est un profil atypique : en effet, s'il a fait des études de droit, il manifesta très tôt un intérêt aigu pour la musicologie, dont il fait sa passion principale malgré sa carrière de magistrat à la Cour d'appel de Venise. Toutes ses occupations semblent converger vers une approche historique : en plus d'une histoire de la musique sacrée de la chapelle St Marc, Apruzzese co-signe un ouvrage sur l'histoire des doges de Venise. Voir C. GABANIZZA, « CAFFI, Francesco », *Dizionario Biografico degli Italiani* [en ligne], vol. 16, 1973.

Même réflexe chez le Napolitain Loreto Apruzzese¹⁰⁷, qui cite les articles par groupes avant de les commenter (*Figure 6*) ; lui aussi utilise l'exemple romain pour donner un référentiel à ses lecteurs, et leur permettre de mieux comprendre les conceptions françaises de la loi (*Figure 7*).

80

Art. 96. Gli atti di morte faranno stesi pref.
 „ so ciaschedun corpo dal Quartiermastro ; e
 „ per riguardo agli uffiziali senza truppa , ed
 „ agl' impiegati , dall' ispettore delle riviste dell'
 „ armata sulla deposizione di tre testimonj ; e
 „ l' estratto di questi registri farà trasmesso en-
 „ tro dieci giorni all' uffiziale dello stato civile
 „ dell' ultimo domicilio del defunto „

Art. 97. In caso di morte negli ospedali mi-
 „ litari ambulanti , o sedentarij , l'atto farà ste-
 „ so dal direttore di detti ospedali , e trasmesso
 „ al quartier-mastro del corpo , o all' ispetto-
 „ re delle riviste dell' armata , o corpo di ar-
 „ mata , di cui il defunto era parte : questi uf-
 „ fiziali ne trasmetteranno una copia all' uffi-
 „ ziale dello stato civile dell' ultimo domici-
 „ lio del defunto „

Art. 98. L'uffiziale dello stato civile del
 „ domicilio delle parti , al quale farà stata spe-
 „ dita dall' armata copia di un atto dello sta-
 „ to civile , farà tenuto ad iscrivere la immedia-
 „ tamente ne' registri „

Il cittadino , che sparse generosamente in be-
 neficio della patria il proprio sangue : quello
 che

81

che dimenticò tutt' i comodi della vita , per-
 rendere gloriosa la madre , che gli diede l' es-
 sere : chi non fa di quanti beneficj debba esser
 partecipe ? Ecco che la legge prende cura di
 ciocchè essi ne' loro immensi sacrificj non pos-
 sono badare . Veglierà la legge , acciò l' ono-
 rata loro morte non rimanghi ignota nella pos-
 tere di un campo di battaglia , sopra una ter-
 ra straniera .

Tutta la gioventù Francese , al pari di quel-
 la della libera Roma , deve vestire l' abito mi-
 litare , e stringerne il cingolo . Difettosa fareb-
 be stata la legislazione , se nell' atto mostra-
 vasi gelosa pel registro degli atti civili di co-
 loro , che nel seno della patria , nel grem-
 bo delle loro famiglie si rinvenivano , avef-
 se poi obbliti gli altri , che facevano risplen-
 dere l' onore della nazione , e godere a' cit-
 tadini la garanzia delle leggi . Quindi ad ov-
 viare a qualunque sconcerto , si fecero delle u-
 tili istituzioni , che proteggono , ed alla me-
 glio , che possono , assicurano lo stato civile
 de' militari , e gl' interessi delle loro famiglie .

Il campo è stato sempre riputato un teatro
 di licenza , eppure l' insegna in qualunque par-

F

te

Figure 6

Figure 7

¹⁰⁷ L. APRUZZESE, *Codice Napoleone dilucidato per uso dello studio*, Naples, 1812. Loreto Apruzzese (Gallinaro – même ville en 1833) est un théologien et docteur en droit ; à partir de 1806, il enseigne le droit romain à l'Université royale de Naples. Le *Code élucidé* n'est pas son premier ouvrage au sujet du Code : entre 1809 et 1810, il publie un *Cours du nouveau droit contenu dans le Code Napoléon* (*Corso di diritto novissimo contenuto nel Codice Napoleone*), ce qui lui permet d'obtenir la chaire qu'il convoite : celle du « cours de code civil », qu'il assurera jusqu'en 1816. Voir N. MORELLI DI GREGORIO, *Biografia dei Contemporanei del Regno di Napoli, chiari per scienze, lettere, armi ed arti*, Naples, 1826, p. 97 à 99.

D'autres choisissent de se concentrer sur certains articles en particulier, afin de les décortiquer et de les rapporter à des cas concrets rencontrés par les praticiens locaux¹⁰⁸. Cela peut s'expliquer par le fait que les États italiens ont été parmi les pays les plus marqués par l'implantation de l'enseignement à la française. Les auteurs italiens de commentaires sur les codes sont sensibles, voire liés au système français, et sont en contact avec divers domaines de la pratique judiciaire. Ainsi, Apruzzese est professeur à l'Université royale de Naples ; Caffi est juge à la Cour d'appel de Venise. On peut imaginer que ces francophiles aient ressenti sans trop de mal, à leur niveau personnel, les enjeux philosophiques, sociaux et politiques que représentait l'étude des codes. Luigi Morra se présente comme *tavolaro* près le tribunal du Conseil royal de Naples, autrement dit, une sorte de technicien chargé par le royaume de dessiner les cartes et de répertorier l'état du territoire. Il précise bien que le tribunal pour lequel il travaillait a été aboli, mais il juge malgré tout que la connaissance des servitudes telles qu'elles sont organisées dans le code Napoléon est nécessaire à sa profession¹⁰⁹.

Dans les États allemands, la littérature de commentaire sur les codes privilégie une construction sous forme de système, afin de rassembler les articles par groupes thématiques. Cette approche systématique connaîtra un succès dans la seconde moitié du XIX^e siècle en France, sous le nom d'École scientifique du droit ; mais elle est déjà en gestation au début du siècle en Allemagne. Les auteurs allemands sont en effet davantage marqués par l'héritage intellectuel des philosophes allemands tels que Christian Wolff¹¹⁰, qui favorisent une construction systématique

¹⁰⁸ À ce sujet, voir G. COMASCHI, *Trattato del diritto di rappresentazione nelle successioni colla soluzione di questioni non decise dal Codice Napoleone*, Milan, 1813 ; L. MORRA, *Le servitù prediali esposte secondo il codice Napoleone col rapporto al diritto romano e alle consuetudini napoletane*, Naples, 1813 ; G. D. (magistrat), *Prattica criminale secondo il codice d'istruzione sanzionato dal corpo legislativo nell'anno 1808. Colle formole necessarie alla facile e chiara compilazione de' processi ed un'appendice sull'espropriazione forzata*, Rome, 1812 ; F. M. CARCANO, *Il notajo instruito sulle leggi del Codice Napoleone e di procedura civile relative alle successione testamentaria ed intestata alle tutele ed all'accettazione, rinuncia e divisione dell'eredità*, Milan, 1812.

¹⁰⁹ L. MORRA, *Le servitù prediali...*, *op. cit.*, p. XIV à XV.

¹¹⁰ Christian Wolff (1679 à Breslau – 1754 à Halle) est un mathématicien et un philosophe, professeur à l'université de Leipzig puis vice-directeur de l'université de Halle. La formation en dialectique reçue au collège des jésuites le marque dans son travail de philosophe. Wolff propose une vision globalement optimiste de l'univers, puisque selon lui, la nature a fait les choses à la perfection : ainsi, le bien et le mal doivent coexister, puisque qu'ils font partie de l'ordre naturel ; retirer tout le mal du monde amènerait à en retirer tout le bien. Auteur prolifique, il construit entre 1730 et 1749 un corpus de plus de deux cents ouvrages couvrant une large variété de thèmes (Ontologie, Logique, Philosophie pratique, Théologie naturelle, Psychologie empirique, Psychologie rationnelle, Droit naturel...). Cette production, dont le systématisme emprunte à la géométrie, connaît un succès important dans les facultés ; Hegel surnomme d'ailleurs Wolff « l'instituteur de l'Allemagne ». Des critiques lui sont pourtant faites : le style wolffien est jugé trop pédant, et sa psychologie rationnelle est considérée comme un

de la pensée¹¹¹. Cette démarche est d'ailleurs ouvertement assumée par le Westphalien Heinrich Rudolf Brinkmann¹¹², qui choisit d'intituler son ouvrage *La succession selon le Code Napoléon dans un contexte systématique*¹¹³. L'aspect didactique de son ouvrage est renforcé par l'omniprésence d'arbres généalogiques sous forme de schéma, afin d'expliquer les diverses situations successorales (Figure 8).

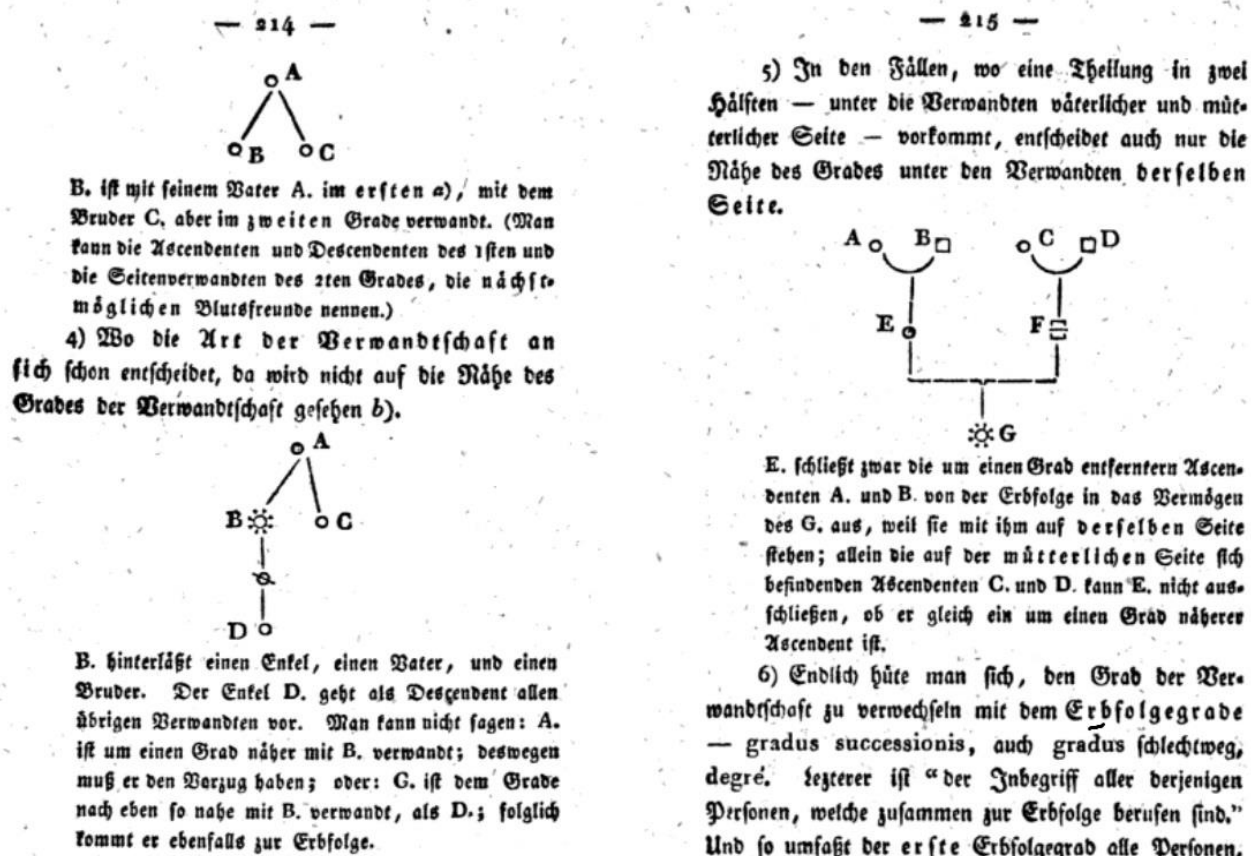


Figure 8

paralogisme par Kant dans sa *Critique de la raison pure*. À ce sujet, voir M. THOMANN, « Wolff ou Wolf Christian von (1679-1754) », *Encyclopædia Universalis* [en ligne], consulté le 22/05/2022 ; W. SCHRADER, « Wolff, Christian », *Allgemeine Deutsche Biographie* [en ligne], vol. 44, 1898, consulté le 22/05/2022.

¹¹¹ J.-L. HALPÉRIN, « L'histoire du droit constituée en discipline : consécration ou repli identitaire », *Revue d'histoire des sciences humaines*, n°4, 2001, p. 16.

¹¹² Heinrich Rudolf Brinkmann (1789 à Osterode am Harz – 1878 à Kiel) étudie le droit à Göttingen, où il enseigne provisoirement jusqu'à l'obtention tardive de son doctorat, en 1814. Après les guerres de libération, Brinkmann défend l'unité Allemande par l'intermédiaire du Code civil, entrant en contradiction avec la restauration du royaume de Hanovre. Il enseigne à Kiel à partir de 1823, puis devient magistrat à la Cour d'appel supérieure de la même ville. Après *La succession selon le Code Napoléon*, il rédige le premier tome d'*Opinions de la jurisprudence : sur la valeur du code civil français* en 1814, puis se concentre sur l'étude des institutions romaines. Voir J. TÜTKEN, « Dr. jur. H. R. BRINKMANN – Ein freimütiger Professor der Rechtswissenschaft in Kiel », *Privatdozenten in Schatten der Georgia Augusta*, t. 2, partie 2, Göttingen, Universitätsverlag Göttingen, 2005, p. 474 à 494.

¹¹³ H. R. BRINKMANN, *Die Erbfolge nach dem Code Napoleon in systemmatischen Zusammenhänge*, Göttingen, 1812.

S'ils s'éloignent en cela de l'exégétique pure en rompant l'ordre des articles du Code, les auteurs allemands s'attachent malgré tout à rechercher l'intention du législateur en faisant appel aux sources historiques du texte¹¹⁴. Il en résulte un portrait plutôt respectueux de la codification française ; là encore, ces auteurs ont une proximité avec le système impérial. Par exemple, le Rhénan Franz Lassaulx¹¹⁵ a été nommé Professeur de Code Napoléon à Faculté de droit de Koblenz, implantée par l'Empire¹¹⁶ ; il est cité, au côté d'auteurs français, parmi les nouveautés de la littérature juridique dans le *Journal du barreau*¹¹⁷. Son *Introduction au code Napoléon* est un modèle de présentation didactique du Code civil, de ses sources et de ses mécanismes, à tel point qu'elle est publiée à Paris¹¹⁸ et fait même l'objet d'une recension dans un journal français, qui lui reproche un manque d'innovation¹¹⁹. Quant à Johann Nikolaus Brauer¹²⁰, auteur d'*Explications sur le Code Napoléon et le Code civil grand-ducal de Bade*¹²¹, il fait partie des principaux artisans de l'adaptation du droit français au système badois.

La rare littérature polonaise au sujet des codes paraît entre 1808 et la veille de la campagne de Russie, en 1811. Les publications sont interrompues dès le début de l'occupation russe et lorsqu'une version trilingue du Code Napoléon, polonaise, française et latine, paraît en 1813,

¹¹⁴ Lassaulx, par exemple, nomme le Titre V de son ouvrage « Des sources du Code Napoléon » ; il le débute en expliquant que « les sources du Code Napoléon sont au nombre de cinq : le droit romain ; le droit coutumier ; les anciennes ordonnances ; la jurisprudence des arrêts ; la législation intermédiaire », puis il détaille chaque source dans les sections suivantes. F. LASSAULX, *Introduction à l'étude du code...*, *op. cit.*, p. 235 à 251.

¹¹⁵ Franz Georg Joseph von Lassaulx (1781 à Koblenz – 1818 à Nancy) est un professeur de droit, écrivain, traducteur et éditeur. Sa carrière, abrégée par une mort prématurée, est brillante : s'il démarre dans les traces de son père en tant qu'imprimeur et éditeur (l'imprimerie Lassaulx est renommée à Koblenz), il est nommé professeur de Code Napoléon à l'École de droit de Koblenz à ses 25 ans ; quatre ans plus tard, devient doyen de la faculté de droit de cette même ville, puis officier de l'Université impériale. Il se rend en France dans ses dernières années, et meurt doyen de la faculté de Nancy à 37 ans. Il est l'auteur de la première traduction du Code civil en langue allemande et a rédigé plusieurs ouvrages à son sujet, dont le *Codex Napoléon – illustré et annoté* entre 1809 et 1811 et *À propos des caractères distinctifs du Codex Napoléon* en 1811. Voir K. FEILCHENFELDT, « Las(s)aulx, Franz », *Neue Deutsche Biographie* [en ligne], vol. 13, 1982, consulté le 22/05/2022.

¹¹⁶ A.-M. VOUTYRAS, « Les facultés de droit... », *op. cit.*, p. 128.

¹¹⁷ ANONYME, « Essai sur le Code Napoléon par M. Mauguin », *Journal de l'Empire*, 17 avril 1811, p. 4.

¹¹⁸ F. LASSAULX, *Introduction à l'étude du code Napoléon*, Paris, 1812.

¹¹⁹ *Ibid.*, p. v.

¹²⁰ Johann Nikolaus Friedrich Brauer (1754 à Büdingen – 1813 à Karlsruhe) étudie le droit à Giessen puis à Göttingen ; à 20 ans, il devient fonctionnaire pour l'État de Bade. La période de la Confédération du Rhin fait de lui l'un des hommes clé de l'État : Brauer est un conseiller de premier plan dans les Affaires étrangères ; il joue un rôle fondamental dans la réception du Code civil français, en l'adaptant aux particularismes badois. La qualité de son travail amène le *Badisches Landrecht* à rester en vigueur jusqu'en 1899. Ses *Explications du Code Napoléon* en six volumes s'étalent de 1809 à l'année précédant sa mort, en 1812. Brauer s'éteint à la veille des guerres de libération. Voir W. ANDREAS, « Brauer, Nikolaus », *Neue Deutsche Biographie* [en ligne], vol. 2, 1955, consulté le 22/05/2022.

¹²¹ J. N. F. BRAUER, *Erläuterungen über den Code Napoleon und die Großherzoglich Badische bürgerliche*, Karlsruhe, 1809-1812

le Duché de Varsovie s'est déjà effondré de facto. Dans son *Histoire de la littérature polonaise*¹²², Feliks Bentkowski répertorie seulement quatre textes portant spécifiquement sur le droit privé français publiés entre 1811 et 1813, principalement en droit civil¹²³. Cependant, il est possible d'y voir deux démarches méthodologiques. Pour la première, comme cela se fait dans les États allemands et italiens, des professeurs et des praticiens se concentrent sur un mécanisme spécifique du droit français. On trouve également une sélection de notes prises par un chanoine du nom de Szaniawski, professeur à l'école de droit et d'administration de Varsovie ; à côté de thèmes généraux tels que le gouvernement ou le conseil, Szaniawski s'interroge sur le divorce tel qu'il est prévu dans par le Code Napoléon¹²⁴. En 1813 paraît un ouvrage sur la question de la tutelle¹²⁵. Lubenski précise que l'auteur est un certain Malinowski, notaire à Poznan ; confirmation qu'il s'agit avant tout d'une littérature pour étudiants et spécialistes, telle qu'elle a pu paraître dès l'arrivée des codes français en Pologne¹²⁶. La deuxième démarche se retrouve dans les deux autres textes, parus en 1811 ; *Annotations et inventaire du code de procédure civile*¹²⁷ d'Antoni Łabęck et *Inventaire du Code civil français ou Code Napoléon*¹²⁸ d'Ignacy Franciszek Stawiarski¹²⁹. Il est intéressant de remarquer que

¹²² F. BENTKOWSKI, *Historia literatury polskiej wystawiona w spisie dzieł drukiem ogłoszonych*, t. 2, Varsovie, 1814.

¹²³ *Ibid.*, p. 292 à 294.

¹²⁴ X. SZANIAWSKI, *Jak przepisy kodexu Napoleona o rozwodach rozumianemi być mają ?*, Varsovie, 1811.

¹²⁵ MALINOWSKI, *Opieka podług kodexu Napoleona dla Xięstwa Warszawskiego*, 1811.

¹²⁶ En 1808, dans l'année qui suit l'adoption de la Constitution du Duché de Varsovie et la transposition du Code Napoléon dans le droit national, paraissait déjà une *Brève étude* sur l'état-civil (S. G. LAUBEG, *Krótko nauka z cywilnego statutu Napoleona*, Wrocław, 1808) ; le professeur Szaniawski étudie également l'hypothèque en 1809 et le droit commercial en 1810 (*Uwagi o hipotece*, Łowicz, 1809 ; *O prawach handlowych*, Varsovie, 1810).

¹²⁷ A. ŁABĘCK, *Przypisy i inwentarz do kodexu postępowania sądowego cywilnego*, Varsovie, 1811.

¹²⁸ I. F. STAWIARSKI, *Inwentarz kodexu cywilnego francuskiego czyli Kodexu Napoleona konstytucją Xięstwu Warszawskiemu nadaną, za prawo cywilne przyjętego z przyłączeniem dodatków [...]*, Varsovie, 1811.

¹²⁹ Ignacy Franciszek Stawiarski (1776 à Rybitwy – 1835 à Żaków) partage sa scolarité entre Sandomierz, Lublin et Varsovie, où il s'installe entre 1798 et 1806 en tant que traducteur et secrétaire pour la Chambre militaire et économique, une administration prussienne. Il y traduit des ouvrages allemands, mais aussi français, dont notamment *Les voyages de Télémaque* de Fénelon en 1806, qu'il dédicace au tsar Alexandre. Après le troisième partage, il reste à Varsovie où il exerce comme avocat. Praticien respecté, il est considéré comme un spécialiste du droit prussien. C'est sur ce sujet que porte la majeure partie de ses travaux ; il traduit notamment de l'allemand l'*Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten*. Un autre de ses apports doctrinaux réside dans une méthode nouvelle pour la Pologne : Stawiarski propose en effet une définition de la statistique qui permet d'inclure les sciences économiques et sociales à sa réflexion. Il met cette démarche en pratique dans son unique ouvrage concernant le Code civil français, l'*Inventaire du Code civil français ou Code Napoléon*. Stawiarski place de grands espoirs dans la campagne de Russie, qu'il voit comme le moment décisif de la résurrection d'une nation polonaise – Napoléon a laissé entendre aux élites locales que leur aide en Russie pourrait, à terme, leur offrir un véritable Royaume polonais. La déception est rapide : en 1813, Stawiarski représente Varsovie dans la délégation chargée d'accueillir Alexandre I^{er}. Il publie malgré tout un pamphlet patriotique en 1830, lors du soulèvement antirusse auquel participent ses deux fils ; pamphlet dans lequel il affirme la détermination du peuple polonais à

comme les Allemands, Łabęck et Stawiarski utilisent une méthode systématique pour présenter le Code Napoléon.

Ainsi, leurs livres prennent une forme singulière. Łabęck consacre son introduction de quarante pages à diverses questions que pourrait se poser un praticien polonais sur le procès à la française : l'organisation judiciaire (Figure 9), le système de cassation (Figure 10), les frais de justice (Figure 11), etc¹³⁰.

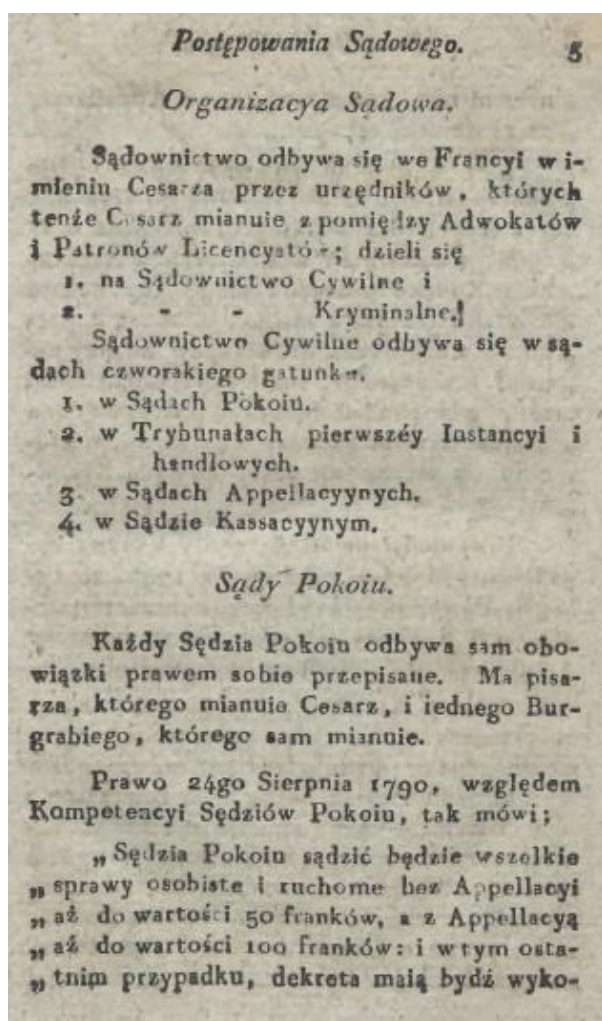


Figure 9

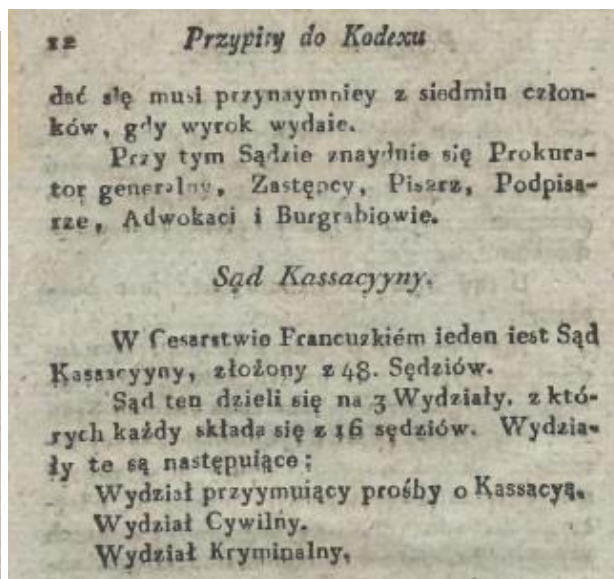


Figure 10



Figure 11

gagner son indépendance, même au prix d'une guerre sanglante contre la Russie. La révolte est écrasée en 1831 ; Stawiarski meurt quatre ans plus tard. Voir COLLECTIF, « STAWIARSKI Ignacy Franciszek (1776-1835) », *Polski Słownik Biograficzny*, t. 42, Varsovie-Cracovie, Instytut Historii im. Tadeusza Manteuffla, 2002-2003, p. 609.

¹³⁰ A. ŁABĘCK, *Przypisy...*, *op. cit.*, p. 1 à 40.

Il enchaîne sur un « bref aperçu du procès tel qu'il est prévu par le Code de procédure civile »¹³¹, une façon pour lui de présenter la procédure civile française comme un ensemble cohérent. S'ensuit l'*Inventaire* en lui-même : un index de termes fréquemment utilisés par le Code (Figure 12). Stawiarski fait débiter son ouvrage par une *Discussion sur la différence entre les lois hypothécaires d'autrefois et l'hypothèque telle qu'elle est ordonnée dans le Code Napoléon* (*Postrzeżenia nad różnicą ustaw hipotecznych dawniejszych od hipoteki i iéy uporządkowania, zamkniętego w Xiędze Praw Napoleona*¹³²), une sorte d'essai sur la transition juridique opérée en matière d'hypothèque par l'implantation du Code Napoléon ; on y retrouve l'empreinte de la nécessité pratique. La seconde partie de l'ouvrage est l'*Inventaire* à proprement parler (Figure 13), qui prend là aussi la forme d'un index ; comme dans le livre de Łabęck, les articles sont regroupés derrière des thèmes généraux présents dans le Code civil, classés dans l'ordre alphabétique.

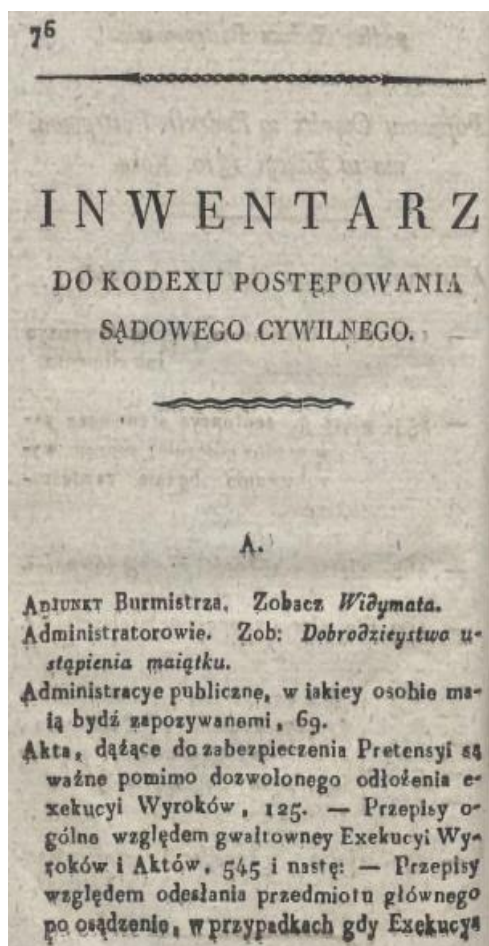


Figure 12

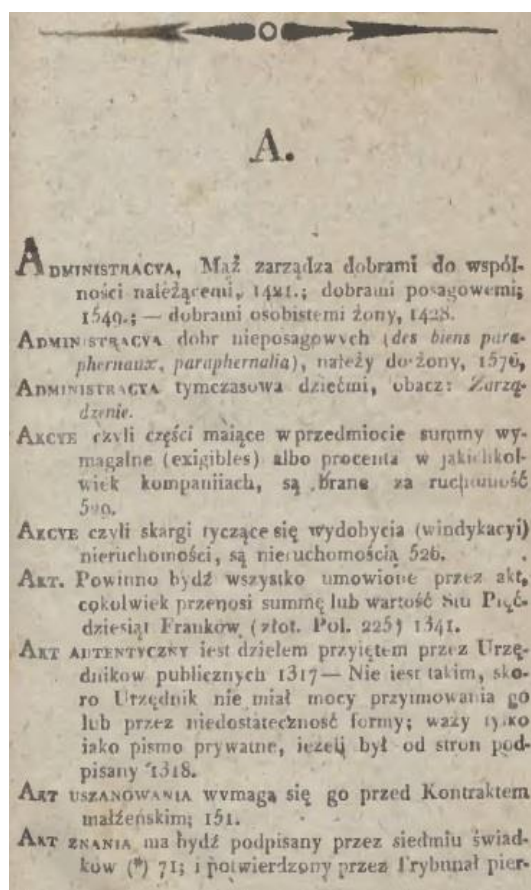


Figure 13

¹³¹ *Ibid.*, p. 41 à 74.

¹³² I. F. STAWIARSKI, *Inwentarz kodexu cywilnego francuskiego...*, op. cit., p. 9 à 45.

Comme ses confrères italiens, Stawiarski manifeste une certaine révérence pour le Code ; comme les Allemands, il lui accorde un poids philosophique¹³³. Sa démarche n'est pas surprenante : lui aussi participe au système français, en tant que magistrat à la Cour d'appel de Varsovie. Il fait partie des juristes polonais qui sont mis à contribution dès 1807 par le ministère de la Justice afin de moderniser l'Université polonaise, en formant des fonctionnaires spécialistes du nouveau droit¹³⁴.

Ces auteurs, quelle que soit la forme de leurs ouvrages, semblent suivre les traces de l'École de l'exégèse française : étude purement linéaire pour certains, systématique pour d'autres, respect à l'égard du code, recherche de l'intention du législateur, loyauté envers celui-ci. En d'autres termes, la littérature juridique européenne, telle qu'elle se matérialise dans les ouvrages, tient de l'exégèse à la française et c'est d'ailleurs sans doute comme cela que de nombreux étudiants et praticiens l'ont interprétée à l'époque. Toutefois, cette littérature, quant aux mobiles qui animent ses auteurs, se différencie fondamentalement des projets éditoriaux français. Les enjeux respectifs ne sont pas les mêmes.

C) L'absence d'École européenne de l'exégèse

Rappelons que le terreau de l'École exégétique française comporte trois éléments : un enjeu social, philosophique et politique. C'est la réunion de ces trois enjeux qui permet, en France, l'essor de l'Exégèse. Essayons maintenant de transposer ces trois éléments aux ouvrages étudiés.

Les pays où sont publiés ces textes s'inscrivent dans une situation peu comparable à celle de la France. Les États italiens, la Confédération du Rhin, la Hollande et le Duché de Varsovie souffrent d'une instabilité juridique, provoquée par un éclatement des sources du droit entre un système ancien, déjà riche, et l'implantation d'un corps juridique étranger ; il faut ajouter à cela que leur système universitaire est affaibli – soit par son propre vieillissement académique,

¹³³ I. F. STAWIARSKI, *Inwentarz kodexu cywilnego francuskiego...*, *op. cit.*, p. VI.

¹³⁴ A. ROSNER, « Nauka prawa [...] stała się nieuchronnie potrzebną nie tylko przez swą użyteczność, lecz obowiązki, jakie nas łączą w obywatelskim stanie ». O tradycji i nowoczesności w nauczaniu prawa w Księstwie Warszawskim i Królestwie Polskim (1807–1830) », *Krakowskie Studia z Historii Państwa i Prawa*, n°3, 2015, p. 233 à 234.

comme c'est le cas dans les États italiens¹³⁵, soit par les retombées de l'occupation, comme cela s'observe notamment en Allemagne, où de nombreux étudiants en droit migreront de l'université de Göttingen suite à l'affaire dite « des gendarmes »¹³⁶. La paix sociale n'est donc pas retrouvée comme elle peut l'être en France ; le terreau social de l'École exégétique est absent.

Autre facteur divergent : ces pays n'ont pas connu de Révolution. Certes, ils ont vu l'essor de la pensée des Lumières avant l'arrivée des Français ; mais leurs idées n'ont pas été mises en pratique de façon aussi radicale par les législateurs des monarchies européennes, même éclairées. Le culte de la loi, la marginalisation des autres sources du droit, le rationalisme législatif, la cassation, qui sont les produits du droit révolutionnaire, ne sont pas des valeurs familières à tous les juristes européens. Au contraire, la Révolution française a plutôt mauvaise presse en Europe, et les francophiles se gardent bien d'en mentionner les épisodes sanglants dans leurs ouvrages. Lassaulx aborde très rapidement le sujet dans sa section sur les lois intermédiaires : « À l'époque de la discussion du code Napoléon, une expérience de plus de dix ans avait fait sentir les avantages et les inconvénients de la plupart des institutions créées pendant le cours de la révolution »¹³⁷. Appiani efface la Révolution pour en attribuer les acquis à Napoléon lui-même : « Napoléon le Grand, dont les sublimes qualités rendront à jamais mémorables l'époque de son empire, voulant autant l'unité que la précision pour un système de législation neuf, qui pouvait assurer à tous les Français des prérogatives et des droits égaux devant la loi [...] »¹³⁸. En somme, l'exégèse pratiquée par les auteurs européens est coupée des

¹³⁵ L. LACCHÈ, « Il Canone eclettico. Alla ricerca di uno *strato profondo* della cultura giuridica italiana dell'Ottocento », *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n°39, 2010, p. 163.

¹³⁶ La ville est alors sous occupation française, et son rattachement au Royaume de Westphalie prive l'université de Göttingen de son autonomie juridique : désormais, les étudiants ne sont plus que des justiciables ordinaires, à la merci des autorités françaises. C'est dans ce contexte que ce produit l'affaire, le 17 août 1809 : des étudiants en promenade sont maltraités par des gendarmes, qui les accusent d'encombrer illégalement la voie publique. A priori anodin, l'incident provoque la colère d'une foule d'étudiants et de notables locaux. Les autorités françaises réalisent que malgré leur dissolution et interdiction, les corporations étudiantes ont gardé leur vigueur. Sanctionnés, les étudiants de Göttingen engagent une opération de boycott, soutenus par leur recteur, le célèbre Gustav Hugo ; environ la moitié de la promotion se transfère à Heidelberg et ne revient pas à Göttingen au semestre suivant. À ce sujet, voir H. FEESCHE et R. MUELLER-STAHN, « Ein Ritt mit Folgen. Die Göttinger Gendarmen-Affäre (1809) », *Das gekränkte Gänseliesel – 250 Jahre Skandalgeschichten in Göttingen*, Göttingen, V&R Academic, 2016, p. 40 à 47.

¹³⁷ F. LASSAULX, *Introduction à l'étude du code Napoléon...*, *op. cit.*, p. 248.

¹³⁸ « NAPOLEONE IL GRANDE, le cui sublimi qualità renderanno sempre memorabile l'epoca del suo impero, volendo ridurre all'unità non meno che alla possibile acuratezza il sistema d'una nuova legislazione, che assicurasse a tutti i francesi le medesime prerogative e gli eguali diritti in faccia alla legge [...] » (F. APPIANI, *Saggio di giurisprudenza...*, *op. cit.*, p. 18).

sources philosophiques et révolutionnaires qui sont les siennes en France.

Enfin – et c’est sans doute la principale fracture avec l’École telle qu’elle se développe en France – les auteurs des pays occupés ne se trouvent pas conduits à accompagner une œuvre législative nationale. Il leur est demandé d’enseigner et d’interpréter des livres de lois étrangers, dont les sources substantielles, certes, sont pour beaucoup tirées du *ius commune*, un droit qui leur est bien connu, mais dont l’idéologie est résolument française¹³⁹. Il ne s’agit pas de procéder à une bouture faite sur une plante indigène, mais bien de réussir une greffe provenant d’un corps étranger. Alors que les auteurs français se plongent dans leurs nouveaux codes pour commenter leur droit national, les auteurs européens font l’exégèse d’un droit nouveau et étranger ; il n’est jamais question, chez eux, d’une quelconque continuité avec l’état juridique antérieur. Le caractère étranger du Code Napoléon compte parmi les premières remarques faites dans les ouvrages étudiés. Apruzzese, dans l’introduction de son livre, décrit le Code comme une « nouvelle législation » qui attire « tous les regards d’Europe » avant d’en raconter la genèse : « Il manquait à la France un Code, qui servirait de norme aux actions des hommes, et qui serait adopté par la Nation entière »¹⁴⁰. Ce n’est donc pas seulement le Code qui est reçu, mais aussi son histoire, en quelque sorte son mythe – et ce mythe est propre à la France. Brauer justifie son ouvrage par les difficultés, pour certains praticiens et juges badois, à correctement appliquer la « nouvelle loi »¹⁴¹. Autre réflexe inévitable, celui de Brinkmann, qui pour expliquer le droit des successions prévu par le Code, doit traiter de l’histoire du droit des successions français ; il en vient ainsi, dans un ouvrage à destination des praticiens allemands, à détailler les prérogatives successorales des seigneurs français, en évoquant jusqu’à la coutume de Bourbonnais et d’Anjou¹⁴². Le troisième enjeu, politique, qui consiste à soutenir le gouvernement national, est absent dans les ouvrages européens : leurs auteurs, admiratifs ou non de Napoléon, doivent composer avec un gouvernement étranger.

¹³⁹ J.-L. HALPÉRIN, *L’impossible...*, *op. cit.* ; S. SOLIMANO, *Verso il code Napoléon. Il progetto di codice civile di Guy Jean-Baptiste Target (1798-1799)*, Milan, Giuffrè, 1998 ; P. CAPPELLINI et B. SORDI (dir.), *Codici. Una riflessione di fine millennio, Per la storia del pensiero giuridico moderno*, Milan, Giuffrè, 2000 ; P. CAPPELLINI, « Codici », *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, Rome, Bari, GLF, Laterza, 2002, p. 102 s. ; X. MARTIN, *Mythologie...*, *op. cit.* ; A. GUZMÁN BRITO, *Codificación del derecho civil e interpretación de las leyes : las normas sobre interpretación de las leyes en los principales códigos civiles europeo-occidentales y americanos emitidos hasta fines del siglo XIX*, Madrid, Iustel, 2011 ; O. FERREIRA, *Histoire contemporaine des sources du droit*, Paris, Ellipse, 2019.

¹⁴⁰ « Mancava a la Francia un Codice, che fosse di norma alle azioni delli uomini, e che fosse adottato dall’intera Nazione [...] » (L. APRUZZESE, *Codice Napoleone dilucidato...*, *op. cit.*, p. III).

¹⁴¹ J. N. F. BRAUER, *Erläuterungen über den Code Napoleon...*, *op. cit.*, p. V.

¹⁴² R. BRINKMANN, *Die Erbfolge nach dem Code Napoleon*, *op. cit.*, p. 21.

En somme, les ouvrages d'interprétation et d'application de l'époque paraissent s'inscrire dans la lignée de l'École exégétique française. Cela peut s'expliquer par la politique assimilationniste de l'Université impériale, le profil plutôt francophile des auteurs et le rayonnement du modèle français à l'époque ; cependant, leur approche de l'exégèse est différente, et les divergences entre les contenus témoignent d'une grille de lecture des codes propre aux littératures des pays occupés, dépourvue des enjeux qui fondent traditionnellement l'École de l'exégèse.

Qu'en est-il maintenant des articles ? Quels sont les textes qui ont pu être rédigés – ou non – par des auteurs européens au sujet des codes, sur la période 1812-1813 ?

II) La question des revues

Les revues deviennent l'un des principaux vecteurs de transmission de la doctrine juridique au cours du XIX^e siècle¹⁴³. Il faut d'ores et déjà préciser ce que l'on entend par « revues doctrinales » : il s'agit des revues qui cherchent, au-delà de la veille jurisprudentielle ou du compte-rendu de parutions d'ouvrages, à exprimer un raisonnement sur un thème juridique particulier, à former un commentaire sur une décision de justice ou sur une publication. Dès lors, les revues tiennent une place à part entière dans la production doctrinale : pour les auteurs, les chroniques sont un moyen supplémentaire d'exprimer leur opinion¹⁴⁴. Si l'on prend en compte le développement exponentiel de la presse au XIX^e, les revues juridiques deviennent d'autant plus intéressantes, en ce qu'elles peuvent toucher davantage de public et permettent un suivi plus dynamique de sujets successifs – dans la foulée de la parution d'un ouvrage contesté, il est plus rapide de réagir par une recension que de répondre par son propre opus. Pour ces diverses raisons, il est intéressant de se demander quel est l'état de la presse juridique durant la période 1812-1813.

Or, un constat s'impose rapidement : si des ouvrages de commentaire et d'explication de la

¹⁴³ À ce sujet, voir F. RANIERI, *Gedruckte Quellen der Rechtsprechung in Europa (1800-1945)*, Rechtsprechung. Materialien und Studien 3, Francfort-sur-le-Main, Klostermann, 1992 ; M. STOLLEIS, *Juristische Zeitschriften : Die neue Medien des 18.-20. Jahrhunderts*, Francfort-sur-le-Main, Klostermann, 1999 ; Th. SIMON et M. STOLLEIS, *Juristische Zeitschriften in Europa*, Francfort-sur-le-Main, Klostermann, 2015.

¹⁴⁴ J.-G. SORBARA, « Les chroniques de jurisprudence dans les revues juridiques du XIX^e siècle », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, n°32, 2012, p. 50 à 51.

codification française sont encore publiés dans les années 1812-1813 dans la plupart des pays occupés, il en est autrement lorsque l'on se penche sur les revues. En effet, dans cette période en suspens, on trouve très peu d'articles indépendants au sujet des codes dans les pays concernés (A) – si l'on excepte le cas de la presse allemande (B).

A) La quasi-absence de la presse juridique entre 1812 et 1813 dans les pays occupés

De façon générale, on observe sur cette période une crise de la presse caractérisée par une raréfaction drastique du nombre de revues, que ce soit en Espagne, en Pologne, aux Pays-Bas ou dans les États italiens. De nombreux journaux de la fin du XVIII^e, portés par le bouillonnement intellectuel des Lumières et l'influence de la Révolution française, s'arrêtent sans être remplacés au tournant du siècle, concomitamment aux invasions révolutionnaires puis napoléoniennes¹⁴⁵.

A priori pourtant, le XIX^e siècle marque l'essor de la presse périodique en Europe ; cet essor résulte de plusieurs facteurs. Le premier est social : l'instruction s'étend en Europe au début du XIX^e, ce qui produit davantage de lecteurs potentiels ; les lieux de lecture publics tels que les cercles ou les cafés se multiplient et se font plus accessibles. Le deuxième est économique : la production de journaux est de moins en moins chère grâce aux progrès constants de la technique d'imprimerie ; cela permet de faire des économies d'échelle, de baisser les prix des journaux, et donc de distribuer davantage d'exemplaires – ce qui à nouveau, conduit à un élargissement du lectorat. Enfin, il ne faut pas négliger le facteur politique : les gouvernements ont compris que l'expansion de la presse pouvait être à la fois une menace et une opportunité. Une menace, car une inflation de l'information est plus difficile à contrôler par les voies traditionnelles de la censure, et risque donc de faciliter la critique du régime ; une opportunité, car il devient possible

¹⁴⁵ Cette presse foisonnante, mais au rythme de parution sporadique est typique de la fin du XVIII^e siècle ; il est possible d'en citer plusieurs exemples. En Pologne, *Le Journal des politiques patriotes (Dziennik. Patriotycznych Polityków)* s'arrête en 1798. Dans les États italiens, le *Journal de la littérature italienne* ne dure que deux ans, entre 1792 et 1795 ; *Les Annales de Rome (Annali di Roma)* et *L'ami du peuple (L'amico del popolo)* s'arrêtent en 1797, le premier après sept ans de sortie, le second au bout d'une seule année. En Espagne, le *Journal madrilène (Diario de Madrid)*, premier quotidien d'Espagne, publie sous autorisation royale jusqu'en 1808 ; le journal espagnol le plus emblématique pour l'époque est *Le Censeur (El Censor)*, qui entre 1781 et 1787, porte l'influence des Lumières et critique régulièrement le régime absolutiste. Aux Pays-Bas, un autre symbole de la presse des Lumières, *La Gazette d'Amsterdam*, s'arrête en 1796 après plus de 130 ans d'existence.

d'industrialiser la propagande du pouvoir en place¹⁴⁶. C'est ce que fait systématiquement l'Empire. Ce phénomène spécifique se vérifie durant toute l'occupation française : la politique d'assimilation des territoires conquis s'étend à la presse juridique, que les autorités françaises conçoivent comme un véhicule d'acceptation et d'enracinement de la législation impériale. Ainsi, dans les pays occupés, la censure de la plupart des revues antérieures s'accompagne de la mise en place de journaux officiels, détenteurs d'un monopole de l'information juridique.

La Constitution de 1807 pour le Duché de Varsovie crée un *Journal Officiel* (*Dziennik Praw*¹⁴⁷), qui comme son homologue français, est la seule source officielle de publication des actes législatifs et administratifs enregistrés par le Sejm (ou parlement du Duché) et signés par le grand-duc Frédéric-Auguste, allié de Napoléon. L'abonnement au journal est obligatoire pour les juristes polonais, qui suivent ainsi l'avancée de l'implantation des codes français par décrets d'application successifs¹⁴⁸. La même démarche est suivie par le *Journal officiel du gouvernement royal de Neumark* (*Amts-Blatt der Königlichen Neumärkschen Regierung*), publié pour Francfort de 1811 à 1816, auquel succéderont les journaux officiels des États allemands libérés.

Dans le Royaume d'Italie, est publié le *Journal italien* (*Giornale italiano*¹⁴⁹), qui est en fait une copie du Moniteur Universel, retranscrivant, entre autres, les nouveaux actes législatifs pris par l'Empire ainsi que les divers débats devant le Conseil d'État. Les journaux des départements impériaux nécessitent encore moins d'efforts : la partie officielle, dont les actes législatifs, y est directement recopiée en français¹⁵⁰. C'est par exemple le cas du *Courrier de Turin* (*Corriere Torinese*), publié entre 1805 et 1814, du *Journal départemental de l'Adriatique* (*Giornale dipartimentale dell'Adriatico*) de 1812 à 1814, ou encore du *Rédacteur du Rubicon* (*Redattore del Rubicone*) qui devient le *Journal départemental du Rubicon* (*Giornale del dipartimento del Rubicone*) de 1810 à 1814.

¹⁴⁶ P. ALBERT, *Histoire de la presse*, Paris, Presses Universitaires de France, 2010, p. 32 à 54.

¹⁴⁷ COLLECTIF, *Dzennik Praw*, t. 1, Varsovie, 1808, p. LIX.

¹⁴⁸ COLLECTIF, *Dzennik Praw*, *op. cit.*, p. 1.

¹⁴⁹ Le premier numéro du *Giornale Italiano* est publié par Vincenzo Cuoco dans ce qui est encore la République italienne, en 1804. Le journal se veut libre, du moins en apparence, et séduit rapidement les lecteurs : en 1813, il est à son pic de lectorat avec plus de 3600 abonnés, ce qui en fait un quotidien incontournable dans le Royaume d'Italie ; mais il a perdu en chemin sa fraîcheur et sa liberté, pour devenir un simple relais du pouvoir napoléonien. À ce sujet, voir V. S. DOUGLAS, « Un miroir infidèle : la Guerre d'Espagne vue à travers le *Giornale Italiano* de Milan », *El Argonauta español* [en ligne], n°5, 2008, p. 163 à 164.

¹⁵⁰ *Ibid.*, p. 164.

Si cette presse peut être qualifiée de juridique, du moins en partie, elle ne peut pas être considérée comme « doctrinale ». En effet, on n’y trouve pas d’explication ou de commentaire des lois publiées, si ce n’est de façon indirecte par la retranscription des discours devant le Conseil d’État. Les juristes locaux restent à l’écart de ces revues ; s’ils peuvent participer à leur création, ils ne l’utilisent pas pour exprimer un avis doctrinal, et se bornent à relayer les informations qui proviennent de l’Empire. Cette presse répond donc à un double objectif, utilitaire et politique : utilitaire, car elle participe au bon fonctionnement des structures juridiques en permettant aux juristes des pays concernés d’assurer une veille juridictionnelle ; politique, car cette information est la même que celle du *Moniteur*, et donc favorable à l’Empire.

Il en découle que la mainmise française sur la presse n’a pas pour seule conséquence l’incertitude des territoires occupés sur l’évolution des conflits aux frontières de l’Empire : elle provoque également une inhibition des opinions doctrinales qui, à défaut de présence dans les revues, se limitent à l’écriture d’ouvrages – souvent inspirés par l’exégèse française.

De fait, si l’on exclut les revues officielles ou relais de l’empire français, les revues spécialisées abordant la matière juridique sont rares¹⁵¹. Les revues juridiques connaissent leur principal développement à partir des années 1850, sans compter quelques exceptions illustres qui se situent de toute manière après la période 1812-1813 : la *Revue pour une science historique du droit* (*Zeitschrift für geschichtliche rechtswissenschaft*), que nous aborderons plus en détail par la suite, est co-fondée par Savigny en 1814 ; sa fille spirituelle, la *Thémis*, naît en 1819 sous la direction d’Athanasie Jourdan¹⁵².

¹⁵¹ On peut citer une exception : la Prusse dispose dès 1813 d’une revue juridique spécialisée, l’*Annuaire de la législation, de la jurisprudence et de l’administration juridique prussiennes* (*Jahrbücher für die preußische Gesetzgebung, Rechtswissenschaft und Rechtsverwaltung*).

¹⁵² Athanasie Jean Léger Jourdan (1791 – 1827) est docteur en droit, avocat à la Cour d’appel de Paris et membre de la Commission législative des colonies. La découverte des écrits de Savigny est une révélation pour lui ; les deux hommes échangent par lettres, et comme le pont allemand avec sa *Zeitschrift*, Jourdan ressent l’urgence de fonder une revue pour permettre l’expression d’autres voies doctrinales. Il s’y attèle avec deux collègues : Hyacinthe Blondeau, tout jeune professeur de droit romain, et Adolphe-Marie du Caurroy, avocat. En 1819, paraît le premier numéro de la *Thémis, ou bibliothèque du jurisconsulte, par une réunion de magistrats, de professeurs et d’avocats*. La mort prématurée de Jourdan est imputée à la fatigue et à la frustration professionnelle : il ne réussit pas à devenir professeur. À ce sujet, voir J. BONECASE, *La Thémis (1819-1831). Son fondateur, Athanasie Jourdan*, Paris, Librairie de la société du Recueil Sirey, 1914 ; Ph. RÉMY, « *La Thémis* et le droit naturel », *Revue d’histoire des facultés de droit et de la culture juridique, du monde des juristes et du livre juridique*, SHFD/Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1987, p. 145 à 160 ; Y. FALELAVAKI, *L’histoire d’une conversion. La doctrine française du XIX^e siècle et le recours à la comparaison juridique*, Th. droit, Université Rennes 1, 2016, p. 187 s.

Les articles évoquant les codes napoléoniens se retrouvent surtout de manière indirecte dans des revues plus générales, littéraires ou politiques par exemple. Apparaît alors un autre pan du commentaire de codes, qui peut être considéré à la fois comme le prolongement et comme un enrichissement de la littérature juridique publiée durant cette période : la pratique des recensions.

B) L'Allemagne des recensions

De nombreuses recensions des ouvrages d'explication et d'interprétation des codes sont faites dans la presse généraliste, les revues littéraires et scientifiques ; la plupart visent des livres publiés au cours des trois dernières années. En Allemagne, où les revues matérialisent une tradition scientifique puissante à l'avènement du XIX^e siècle, les recensions fleurissent dans les journaux littéraires transdisciplinaires, tels que l'*Annuaire littéraire de Heidelberg* (*Heidelbergische Jahrbücher der Literatur*¹⁵³) ou le *Journal de littérature générale* (*Allgemeine Literatur-Zeitung*¹⁵⁴). Nous nous concentrerons sur un numéro en particulier du *Journal*

¹⁵³ COLLECTIF, *Heidelbergische Jahrbücher der Literatur*, Heidelberg, 1808-1817.

¹⁵⁴ Co-fondé en 1785 par l'éditeur Friedrich Justin Bertuch, le professeur de littérature Christian Gottfried Schütz et le poète Christoph Martin Wieland, l'*Allgemeine Literatur-Zeitung* connaît un succès fulgurant, avec 2000 lecteurs dès la première année. C'est le journal de critique littéraire le plus important de son époque dans les États allemands. Des personnalités illustres y écrivent, comme Kant, Fichte ou Goethe. Ce dernier se détache de la rédaction en 1803 pour fonder sa propre revue littéraire, la *Jenaische Allgemeine Literatur-Zeitung*. Les deux revues se distinguent de plus en plus d'un point de vue philosophique ; la *Jenaische*, plus ouverte à divers courants intellectuels, finit par prendre le dessus sur la revue originelle. À ce sujet, voir W. E. GERABEK : « Jenaische allgemeine Literatur-Zeitung », *Enzyklopädie Medizingeschichte*, Berlin/New-York, De Gruyter, 2005. Parmi les travaux recensés au sein de l'*Allgemeine* : S. P. GANS, *Droit successoral du Code Napoléon en Allemagne* (*Das Erbrecht des Napoleonischen Gesetzbuchs in Deutschland*), publié à Hannovre en 1810, dans le n° 139, 1812 ; J. A. L. SEIDENSTICKER, *Littérature critique de l'ensemble du droit napoléonien, notamment en France et en Allemagne* (*Kritische Literatur des gesamten napoleonischen Rechts, besonders in Frankreich und Deutschland*), Tübingen, 1811, dans le n°208, 1812.

*littéraire de Leipzig (Leipziger Literatur-Zeitung*¹⁵⁵), qui, parmi d'autres¹⁵⁶, nous semble illustrer la culture de la recension appliquée à la littérature juridique au sujet des codes napoléoniens. Ce numéro¹⁵⁷ est en effet largement consacré au thème du droit français et contient trois recensions anonymes : la première est dédiée au *Manuel détaillé sur le Code Napoléon (Ausführliches Handbuch über den Code Napoleon*¹⁵⁸) de Carl Grolman¹⁵⁹. La deuxième traite d'un autre ouvrage de Lassaulx que nous avons mentionné précédemment, *À propos des caractères distinctifs du Code Napoléon (Über die unterscheidenden Charaktere des Code Napoleon*¹⁶⁰) ; la dernière, que nous laisserons de côté car elle n'est pas du domaine des codes, est consacrée à un manuel de Theyer au sujet de l'institution du maire et de son

¹⁵⁵ Fondé en 1800, le *Leipziger Literatur-Zeitung* est d'abord un journal de nouveautés littéraires en tous genres, spécialisé dans la critique des nouvelles publications ; il se met peu à peu à accepter des articles indépendants détachés de la recension, sortes de petits essais qui traitent de thèmes plus larges. Avec *l'Allgemeine Literaturzeitung*, sa principale source d'inspiration, le journal devient rapidement un acteur incontournable de l'échange scientifique transdisciplinaire, qui connaît son plein essor à la charnière du XVIII^e et du XIX^e. À ce sujet, voir P. UFER, « Leipzig Presse 1789 bis 1815. Eine Studie zu Entwicklungstendenzen und Kommunikationsbedingungen des Zeitungs – und Zeitschriftenwesens zwischen Französischer Revolution und den Befreiungskriegen », *Kommunikationsgeschichte*, n° 9, 2000 ; COLLECTIF, *Leipziger Literatur-Zeitung*, Leipzig, 1800-1834.

¹⁵⁶ Le *Leipziger* (comme *l'Allgemeine*) a notamment fait la recension des travaux de la *Bibliothèque générale de l'esprit d'État, de la jurisprudence et de la critique (Allgemeine Bibliothek für Staatskunst, Rechtswissenschaft und Kritik)* Cette série d'ouvrages, dont il est précisé qu'elle est éditée par « les savants les plus distingués d'Allemagne », est fondée pour accompagner l'implantation des codes napoléoniens dans les États allemands. La collection démarre en 1808 par des *Points de vue sur l'introduction du Code Napoléon dans les États de la Confédération du Rhin (Ansichten über die Einführung des Coden Napoleon in den Staaten des Rheinbundes)*, et traite divers sujets jusqu'en 1813. On peut par exemple mentionner les *Vues sur le mode d'incorporation du code Napoléon dans les États princiers, grands-ducaux de Hesse et ducaux de Nassau (Ansichten über die Art der Aufnahme des Napoleonischen Gesetzbuchs in den Fürstlich Primatistischen, Großherzoglich Hessischen und Herzoglich Nassauischen Staaten)* qui paraissent en 1809 ; les *Conférences officielles sur le code Napoléon (Offizielle Vorträge über den Coden Napoleon)* en 1811 ; ou encore la reproduction des discussions françaises autour de la rédaction du code, en 1813. À ce sujet, voir COLLECTIF, *Allgemeine Bibliothek für Staatskunst, Rechtswissenschaft und Kritik*, Glessen et Wetzlar, 1808-1813 ; M. DUNAN, *Napoléon et l'Allemagne : le système continental et les débuts du royaume de Bavière, 1806-1810*, Paris, Plon, 1942, p. 507.

¹⁵⁷ COLLECTIF, *Leipziger Literatur-Zeitung*, Leipzig, n°44, 1813.

¹⁵⁸ C. L. W. GROLMAN, *Ausführliches Handbuch über den Code Napoleon*, Gießen, 1810-1812.

¹⁵⁹ Carl Ludwig Wilhelm Grolman (1775 à Gießen – 1829 à Darmstadt) est un juriste et un ministre du grand-duché de Hesse. D'abord pénaliste, il s'intéresse rapidement au droit français qui devient le centre de ses travaux : il donne plusieurs conférences au sujet du Code Napoléon dès 1807. Il publie, en 1810, le premier volume de son manuel détaillé sur le Code ; le livre est un exemple d'étude et d'explication linéaire du texte, titre par titre, dans la lignée de l'École exégétique française. Grolman est sensible aux idées véhiculées par le modèle français : il s'exprime notamment en faveur de l'abolition du servage, du droit de ban et de la constitution féodale, et souhaite mettre en place un réseau notarial ainsi qu'un service d'état-civil. Entre 1810 et 1812, en tant que recteur de l'Université de Giessen, il participe au renforcement de la faculté en augmentant les financements pour les étudiants et en valorisant les postes de professeurs. En 1820, Grolman devient président des ministères de la Justice et de l'Intérieur réunis pour le grand-duché de Hesse. Il ne parvient cependant pas à accomplir l'objectif qui lui tenait le plus à cœur : réformer et harmoniser le système juridique du grand-duché. En effet, malgré son énergie, Grolman n'a pas pu surmonter l'éclatement des sources juridiques sur son territoire. À ce sujet, voir F. KNÖPP, « Grolman, Carl von », *Neue Deutsche Biographie* [en ligne], vol. 7, 1966, consulté le 22/05/2022.

¹⁶⁰ F. LASSAULX, *Über die unterscheidenden Charaktere des Code Napoléon*, Hambourg, 1811.

adjoint¹⁶¹.

La recension du *Manuel détaillé* semble être un prétexte pour interroger les difficultés d'application du Code Napoléon dans les États allemands. L'auteur commence par rappeler que le tome étudié est le troisième d'une série¹⁶² ; ce tome-ci se concentre sur la question du divorce (Ehescheidung) et de la séparation de corps, ou « séparation de la table et du lit » en allemand (Scheidung von Tisch und Bett)¹⁶³. La recension apparaît plutôt équilibrée : il est reproché à Grolman une trop grande exhaustivité¹⁶⁴, l'absence d'une table des matières¹⁶⁵, un plan à faiblesses¹⁶⁶ et l'interprétation incertaine de quelques articles¹⁶⁷, tous quatre altérant la compréhension du sujet ; mais ces détails, précise l'auteur, n'ôtent rien à la qualité globale du texte. Il est à remarquer que l'auteur de la recension témoigne d'une bonne connaissance de la doctrine française. Il n'hésite pas à confronter les interprétations de Grolman à celles des praticiens français¹⁶⁸ et rappelle, dans ses arguments, les positions des rédacteurs sur diverses questions¹⁶⁹. Autre élément notable : l'auteur de la recension ne reste pas en retrait durant son compte-rendu. La fin de la chronique est consacrée à une question au sujet des droits des enfants en cas de divorce ; pour tenter d'éclairer cette incertitude, l'auteur anonyme propose une solution qui lui est personnelle, mais dont il reconnaît le caractère inabouti – la remarque est d'ailleurs accompagnée d'un encouragement à se familiariser avec la doctrine française. La recension s'enrichit donc d'une opinion doctrinale supplémentaire¹⁷⁰.

La deuxième recension est plus descriptive. Son auteur reprend d'abord le plan de l'ouvrage de Lassaulx de façon linéaire, se contentant d'en résumer les grands traits¹⁷¹, et en annonçant immédiatement l'approche systématique. Il faut atteindre la moitié de l'article pour que les

¹⁶¹ P. N. THEYER, *Die Maire und ihre Adjuncte ats gerichtliche Polizeibeamten und Polizeyrichter betrachtet*, Main, 1811.

¹⁶² ANONYME, *Ausführliches Handbuch über den Code Napoleon* [recension], *Leipziger Literatur-Zeitung*, Leipzig, Breitkop & Härtel, n°44, 1813, p. 1.

¹⁶³ « Der Verf. beschäftigt sich hier blos mit der Ehescheidung und Scheidung von Tisch und Bett, oder mit L. 1. tit. 6 a. 229 – 311. des Gesetzbuchs [L'auteur ne traite ici que du divorce et de la séparation de corps, soit du Livre I, Titre 6, articles 229 à 311 du Code] » (*Ibid.*).

¹⁶⁴ *Ibid.*

¹⁶⁵ *Ibid.*, p. 2.

¹⁶⁶ *Ibid.*, p. 1.

¹⁶⁷ *Ibid.*

¹⁶⁸ *Ibid.*

¹⁶⁹ *Ibid.*, p. 2.

¹⁷⁰ *Ibid.*

¹⁷¹ ANONYME, *Über die unterscheidenden Charaktere des Code Napoleon* [recension], *Leipziger Literatur-Zeitung*, Leipzig, n°44, 1813, p. 1.

premières critiques soient formulées à l'encontre de l'ouvrage ; et ces critiques visent à défendre le Code contre certaines remarques de Lassaulx¹⁷². Ici aussi, le recenseur manifeste un certain soutien au système français¹⁷³.

Cette ouverture des juristes allemands à l'égard des codes français et de leurs commentaires s'inscrit pourtant dans un contexte de recul de l'hégémonie napoléonienne : le 15 février 1813, les troupes russes marchent vers Berlin dans le prolongement de la retraite de Russie. Le Duché de Varsovie a été évacué sur ordre d'Eugène de Beauharnais, et les Français essuient de nouvelles défaites en Prusse-Orientale, à Kalisz – ville où la Prusse s'apprête à signer une alliance avec les Russes¹⁷⁴. Cette contextualisation est d'autant plus intéressante quand on remarque que le *Leipziger* du mois précédent consacre le gros de ses colonnes au droit civil autrichien, avec une longue recension de l'ABGB de 1812 et du commentaire que lui a consacré Franz Zeiller¹⁷⁵. L'intérêt de la presse allemande pour la codification française n'est donc pas exclusif, et semble préfigurer le champ des possibles qui s'ouvrira quelques mois plus tard en matière juridique.

Toutefois, l'Allemagne reste une exception. Ailleurs, la pensée juridique souffre de la censure des publications ainsi que du contrôle de l'Empire sur les universités. Ces deux facteurs ont surtout marqué le recul de la littérature juridique : l'occupation française a eu des effets tant sur la densité de la production doctrinale, que sur la qualité et l'originalité de son contenu. Les ouvrages et les articles abordés témoignent d'une acceptation assez consensuelle de la législation française, parfois même d'une reproduction de la mode exégétique française. Ils sont l'œuvre d'auteurs admiratifs de la codification française qui ont cherché à favoriser l'implantation du système français sur leur pays, que ce soit en obtenant des postes stratégiques ou en facilitant l'assimilation des codes.

¹⁷² ANONYME, *Über die unterscheidenden...*, op. cit., 1813, p. 3.

¹⁷³ *Ibid.*

¹⁷⁴ Le traité secret de Kalisz planifie le retournement de la Prusse contre la France, aux côtés de la Russie. La Prusse, jusque-là alliée forcée de Napoléon, apprend que l'Empereur, affaibli par le désastre russe, est de retour en France et prépare une campagne d'Allemagne ; elle saisit alors l'occasion pour changer de camp. À ce sujet, voir R. RENZ, « Vertrag von Kalisch », *Lexikon der deutschen Geschichte*, Stuttgart, Kröner, 1982, p. 626.

¹⁷⁵ Voir COLLECTIF, *Leipziger Literatur-Zeitung*, Leipzig, n°4, 1813.

Si tous les juristes de l'Europe occupée ne se conforment pas forcément à la méthode exégétique, les travaux de certains apparaissent comme un pont entre une littérature d'explication et d'application et une littérature davantage engagée. C'est le cas des *Principes* de Meyer.

Section 2. Une étude de cas : Meyer et ses Principes sur les questions transitoires

S'il n'a jamais été professeur, Meyer est l'auteur d'une œuvre quasi unique aux Pays-Bas durant notre période d'étude : que ce soit dans les dernières années de l'occupation ou durant la restauration, comme nous le verrons plus tard, Meyer apparaît comme une figure fondamentale de la littérature juridique autour des codes français. Jonas Daniel Meyer¹⁷⁶, également orthographié Jonas Daniël Meijer, naît en 1780 à Arnhem, dans la province de Gueldre à l'est des Pays-Bas. Il obtient son doctorat à seulement seize ans, pour une thèse dans laquelle il défend les cérémonies religieuses – notamment juives – contre les attaques du révolutionnaire Thomas Payne. Premier juif reçu au barreau en Hollande, il est également le premier juif décoré de l'Ordre du Lion néerlandais pour ses services exceptionnels à la Couronne. En 1813 paraissent ses *Principes sur les questions transitoires, considérées indépendamment de toute législation positive, et particulièrement sous le rapport de l'introduction du Code Napoléon*¹⁷⁷. À partir de 1817, il se retire de la vie publique et se concentre sur son métier de praticien, mais n'abandonne pas ses travaux doctrinaux : de 1819 à 1823, il fait publier *Esprit, origine et progrès des institutions judiciaires des principaux pays de l'Europe*. Il décède en 1834 à Amsterdam. Si nous choisissons de nous pencher en particulier sur les *Principes sur les questions transitoires*, dans cette section, c'est en raison de caractéristiques qui nous semblent particulières par rapport à la majorité de la littérature européenne sur les codes dans les dernières années de l'occupation. Car malgré un titre a priori pratique, les *Principes* reflètent un enthousiasme réel pour la codification française, qui semble dépasser un simple but d'explication ou d'application (I) ; de plus, Meyer y montre une ouverture particulière sur l'Europe, et une connaissance importante de sa littérature juridique (II).

¹⁷⁶ À son sujet, voir N. DE BENEDITTY, *Leven en werken van Mr. Jonas Daniel Meyer (1780-1834)*, Haarlem, H. D. Tjeenk Willink & Zoon, 1925.

¹⁷⁷ J. D. MEYER, *Principes sur les questions transitoires, considérées indépendamment de toute législation positive, et particulièrement sous le rapport de l'introduction du Code Napoléon*, Amsterdam, 1813.

I) Au-delà de l'exégèse : la promotion des codes français

Lorsque Meyer rédige ses *Principes*, l'État des Pays-Bas n'existe pas. Leur territoire approximatif, devenu le Royaume de Hollande en 1806, est annexé à l'Empire français depuis 1810, après le court règne de Louis Napoléon. Ce dernier avait déjà remarqué les talents de Meyer : en 1808, il l'avait nommé rédacteur en chef de la *Gazette royale de Hollande*, journal national conçu comme une antenne du *Moniteur*. Sous le patronage de Louis I^{er}, Meyer devient également juge à Amsterdam et membre de l'Académie des sciences ; en somme, sa carrière bénéficie de l'arrivée des Français. Cependant, on peut y voir davantage qu'un simple opportunisme : dans son ouvrage, Meyer témoigne d'une certaine admiration pour l'apport juridique napoléonien. Cette admiration s'exprime dès la préface de son ouvrage ; Meyer introduit ainsi la naissance des codes français et leur exportation :

« [...] la Révolution française éclata [...]. Ce n'est que longtemps après, et lorsque la monarchie a rendu au gouvernement la fermeté nécessaire, que la France a vu combler ses vœux par la sanction d'une législation uniforme dans le code napoléon, les codes de procédure civile, de commerce, d'instruction criminelle, et le code pénal : cette législation régit les départements de l'empire sans aucune différence entre ceux qui faisaient partie de l'ancienne monarchie française, et ceux qui ont été réunis depuis ; elle a été adoptée par plusieurs nations voisines, soit en entier, soit avec quelques modifications »¹⁷⁸.

Cet extrait donne une première idée de la sensibilité politique de Meyer. Il apparaît comme un modéré, qui reconnaît la volonté d'unification législative de la Révolution française, mais en rejette le tournant radical qui, selon lui, a ralenti cette unification¹⁷⁹. Pour justifier l'intérêt de son ouvrage, Meyer procède par assimilation : c'est d'abord la France qui s'est posé la question de la transition vers un droit codifié, par exemple en matière criminelle¹⁸⁰. Les territoires européens qui se voient imposer les codes doivent, à leur tour, s'interroger à ce sujet. Or cette question devient critique à partir du moment où les codes français sont implantés dans les

¹⁷⁸ J. D. MEYER, *Principes sur les questions transitoires...*, *op. cit.*, p. I à VII.

¹⁷⁹ *Ibid.*, p. V à VI.

¹⁸⁰ « Dans quelques cas particuliers le législateur s'est occupé des questions transitoires ; c'est ainsi qu'elles ne peuvent se présenter en matière criminelle. Le décret impérial du 23 juillet 1810 porte que les cours et tribunaux appliqueront aux crimes et aux délits les peines prononcées par les lois pénales existantes au moment où ils ont été commis, que néanmoins si la nature de la peine prononcée par le nouveau code pénal était moins forte, ce serait cette peine qui serait appliquée » (J. D. MEYER, *Principes sur les questions transitoires...*, *op. cit.*, p. VIII).

territoires occupés. En effet, si les codes napoléoniens portent en eux l'héritage historique français, les ordres juridiques étrangers qu'ils doivent remplacer peuvent en être très éloignés :

« Les anciens départements de la France quoique régis par des coutumes diverses, avaient cependant plusieurs principes généraux admis dans toutes les parties de cette monarchie, et la plupart de ces principes sont passés en entier ou avec quelques changements dans la législation actuelle : les codes y sont en vigueur depuis longtemps, et cependant il ne se passe guères d'année qui ne soit marquée par quelque question éclatante qui doit son origine au changement des lois. Quel ne doit pas être le nombre de ces questions dans des pays dont l'ancienne jurisprudence était entièrement opposée, et qui n'ont passé que depuis un moindre espace de temps sous l'empire des codes ? »¹⁸¹

Ce passage présente un intérêt particulier : Meyer s'interroge directement sur le phénomène de la transposition d'un droit étranger. Certes, il ne mentionne pas que cette transposition est faite par la force, dans une logique d'occupation voire d'annexion ; soit parce qu'il choisit de l'occulter, soit parce qu'il lui serait difficile de publier une telle opinion sous l'Empire. Meyer préfère poursuivre un discours d'assimilation, en mentionnant indifféremment territoires occupés et départements français. Dans ces départements, il faut comptabiliser les territoires annexés, parmi lesquels on trouve à l'époque les Pays-Bas : Meyer mentionne ainsi « l'introduction du code napoléon dans plusieurs départements de la France, ou dans des États indépendants »¹⁸². La transposition est donc entérinée, considérée comme acquise. Les bienfaits des codes ne sauraient être remis en cause ; Meyer n'hésite pas à en faire l'éloge :

« La justice est la cause la plus durable de la prospérité des peuples ; la société en général est intéressée à ce qu'elle soit assise sur des bases fixes : et c'est à ce principe que nous devons une nouvelle législation uniforme et constante, dont les parties sont liées entr'elles. Depuis longtemps le besoin d'une pareille législation s'était fait sentir dans toutes les parties de ce vaste empire, et déjà les départements où elle n'a été introduite que très récemment en recueillent les fruits. [...] aucune considération ne peut balancer l'avantage d'une législation invariable [...]. [...] la législation française surtout a tiré parti des lumières des compilateurs des lois romaines et de ceux qui les ont commentées ; elle a rempli les lacunes qui s'y trouvaient, et qui devaient leur origine au changement des relations sociales ; elle a retranché ce que ces mêmes changements avaient rendu superflu ; en un mot, elle rendra un témoignage indélébile de la gloire du monarque qui a entrepris ce travail, qui a su choisir les personnes dignes d'y coopérer, qui a mis à fin ce grand ouvrage, et qui a contribué

¹⁸¹ *Ibid.*, p. VII à VIII.

¹⁸² *Ibid.*, p. X.

de ses propres lumières à sa perfection »¹⁸³.

Cela ne l'empêche pas d'étudier la transposition des codes sous plusieurs aspects. Sous l'aspect pratique, il admet ainsi que l'introduction des codes en Hollande en 1811 a engendré de multiples questions transitoires¹⁸⁴. Juge au tribunal de première instance d'Amsterdam, Meyer se trouve en première ligne pour relever ce défi. Son but pratique est donc affirmé : il souhaite que son ouvrage soit « utile à ceux qui sont chargés de rendre la justice ou de faire valoir les droits des parties »¹⁸⁵. En découle un aspect méthodologique : quelles méthodes appliquer pour faciliter la transition de l'ancien droit aux codes français ? Meyer développe deux axes : d'une part, l'utilisation de la langue française, pour éviter toute erreur de traduction et se conformer à l'harmonisation impériale¹⁸⁶ ; d'autre part, la systématisation des réponses aux questions transitoires qu'il peut donner en tant que juge. Meyer adopte une approche particulière : il cherche à ranger ces réponses au sein de principes généraux, déduits de « la nature des lois en général », qui peuvent donc s'appliquer – entre autres – aux questions sur les codes français¹⁸⁷. Cette méthode devrait permettre de traiter plus rapidement et dans leur ensemble les difficultés qui pourraient découler de la transposition d'un droit étranger¹⁸⁸.

Il ne s'agit donc pas tant de commenter ou de décortiquer les codes français, que de créer un instrument général de facilitation pour leur implantation et leur pérennisation. Dans cette perspective, Meyer isole huit principes généraux :

- « 1. La forme des actes doit être jugée d'après les lois en vigueur au moment que ces actes ont été faits ;
2. Lorsque le législateur a fixé un certain temps pendant lequel les actes antérieurs doivent être refaits d'après les formalités prescrites par les lois nouvelles, ce seront ces lois qui, passé ce délai, doivent régir les anciens actes comme les nouveaux ;
3. L'état des personnes quant à l'exercice des droits civils doit toujours être régi par la loi du

¹⁸³ *Ibid.*, p. 1 à 7.

¹⁸⁴ « Lorsqu'au premier de mars 1811 les codes de l'empire français furent introduits en Hollande, le peu de rapport de cette législation avec toutes celles qui avaient précédemment régi ce pays y firent naître une quantité de questions transitoires » (*Ibid.*, p. XII).

¹⁸⁵ *Ibid.*, p. 218.

¹⁸⁶ *Ibid.*, p. XIV.

¹⁸⁷ *Ibid.*, p. 217.

¹⁸⁸ « Si mes principes sont vrais, ils seront applicables partout où de nouvelles lois seront introduites ; ils le seront surtout dans les départements nouvellement réunis à l'empire, et dans les pays où le code napoléon est reçu » (*Ibid.*).

moment ;

4. La procédure doit être réglée par les lois du moment auquel la cause est entamée ;
5. Le fond des actes doit, sauf les restrictions posées sur les droits acquis, être jugé par les lois en vigueur au moment auquel l'exécution doit avoir lieu ;
6. Les droits acquis, c'est-à-dire ceux qu'une personne civilement existante possédait irrévocablement, soit purement, soit à terme, soit sous une condition quelconque même incertaine, suspensive ou résolutoire, doivent être réglés d'après les lois anciennes ;
7. Cependant même dans ces cas, la loi ancienne ne peut régler que les conséquences nécessaires et immédiates d'un acte antérieur ou d'un droit acquis : les suites accidentelles ou éloignées sont au contraire régies par les lois nouvelles ;
8. Les droits révocables à volonté, ou qui au moment de l'introduction d'une législation nouvelle n'étaient pas dévolus à une personne civilement existante, doivent être jugés d'après cette nouvelle législation »¹⁸⁹.

Meyer précise immédiatement que ces principes sont doctrinaux et supplétifs : la marge d'interprétation se limite strictement aux silences ou aux imprécisions de la loi. En cas de disposition « particulière et expresse », le jurisconsulte doit « se soumettre et respecter la volonté manifestée par le législateur »¹⁹⁰. Pour démontrer la validité des principes énumérés, Meyer entend les confronter au droit positif en la matière. Or sa méthode se heurte à une limite pratique : quel est ce droit positif, en l'absence de loi expresse sur les questions transitoires ? Meyer fait le panorama de ce qui constitue, selon lui, une sorte d'ordre juridique commun aux divers pays d'Europe – tout en insistant sur le fait que la nouvelle législation n'admette pas de droit subsidiaire.

Les sources de cet ordre juridique sont hiérarchisées. Sans surprise, c'est le droit romain qui doit d'abord inspirer les praticiens dans l'élaboration d'un principe général :

« [...] il n'est [...] aucun doute sur l'influence que le droit romain doit exercer sur toutes les décisions principalement dans les points qui ne sont pas suffisamment éclaircis. Les lois d'un peuple si longtemps maître du monde connu et policé, ce modèle de sagesse humaine, quoiqu'insuffisant dans l'état plus avancé de civilisation, servira encore longtemps de base à toute étude de droit, et ses préceptes vaudront, sinon comme émanés du pouvoir législatif, du moins comme code de raison écrite. Ce seront donc les lois romaines qui devront être consultées en premier lieu »¹⁹¹.

¹⁸⁹ J. D. MEYER, *Principes sur les questions transitoires...*, *op. cit.*, p. 43 à 44.

¹⁹⁰ *Ibid.*, p. 45.

¹⁹¹ *Ibid.*, p. 48.

La description du droit romain comme « code de raison écrite » est parlante : il s'agit ici de présenter le droit romain en tant que *ratio scripta*, une sorte de conscience juridique commune aux pays d'Europe, un trésor de sagesse dans lequel il est possible de piocher. Meyer poursuit sa hiérarchisation en décrivant un deuxième groupe de sources, « bien moins respectable à la vérité que les lois romaines »¹⁹² : le droit féodal et le droit canon. Meyer met en avant leur caractère incertain, mais admet que l'on peut s'y référer « avec la plus grande circonspection »¹⁹³. En dernier, sont mentionnés les juges eux-mêmes : Meyer comprend qu'ils ne peuvent se substituer au législateur, mais il rappelle que la cassation – sur le modèle français donc – permet une harmonisation de la réponse aux questions transitoires autour de principes consacrés¹⁹⁴.

Si les codes napoléoniens sont loués, Meyer n'hésite pas à admettre les limites temporelles et géographiques de leur implantation. À nouveau, il est possible d'y voir un recul de l'auteur sur le phénomène d'assimilation juridique français, à quelques mois de la fin de l'Empire :

« Les événements politiques qui se sont succédés avec tant de rapidité à la fin du siècle précédent et dans le commencement de celui dans lequel nous vivons, n'ont pas permis, que le passage de l'ancienne législation à celle qui est actuellement introduite dans tout l'empire, et même dans plusieurs pays adjacents, se soit fait d'une manière uniforme et régulière ; c'est surtout dans les anciens départements de la France que les lois se sont pour ainsi dire pressées les unes sur les autres, et ce n'est qu'après avoir successivement passé par des législations sinon générales, du moins partielles, qu'on est parvenu à l'état de fixité et à l'uniformité établie par les codes civil, commercial et de procédure. Les départements réunis ne sont pas tous dans la même situation ; cependant plusieurs ont éprouvé de pareilles vicissitudes [...] »¹⁹⁵.

On comprend donc rapidement que Meyer n'entend pas limiter l'utilité de son propos aux seuls territoires hollandais. Son ouvrage témoigne d'une réelle ouverture sur les ordres juridiques européens, comme sur leur littérature juridique.

¹⁹² *Ibid.*, p. 49. Meyer ajoute que « La compilation informelle connue sous le nom de droit féodal mérite à peine le nom d'une législation [...] » (*Ibid.*, p. 70).

¹⁹³ J. D. MEYER, *Principes sur les questions transitoires...*, *op. cit.*, p. 49.

¹⁹⁴ *Ibid.*, p. 51.

¹⁹⁵ *Ibid.*, p. 211 à 212.

II) L'ouverture sur l'Europe et l'influence de la littérature juridique allemande

Si l'on reprend la méthode et les développements de Meyer, on ne peut que constater sa connaissance de la situation juridique européenne ; surtout, on peut y voir certaines influences de la littérature juridique étrangère et des controverses doctrinales du siècle dernier. Ces influences s'observent par deux éléments. Tout d'abord, Meyer rappelle l'un des obstacles principaux rencontrés jusqu'à présent par les États modernes dans le domaine législatif : la fragmentation juridique des territoires. Cette fragmentation est double. Elle est interne, en ce qu'elle touche aux sources du droit dans chaque pays – Meyer distingue le prestigieux droit romain des droits canon et féodal ; elle est également externe, puisque tous les territoires européens conservent un système juridique spécifique¹⁹⁶. Meyer met en avant ces deux volets par une photographie juridique de l'Europe au tournant des XVIII^e et XIX^e siècles :

« [...] il conviendra [...] de jeter un coup d'œil sur les législations intermédiaires depuis les lois romaines, le droit canon et féodal, jusqu'à l'introduction du code napoléon, et un seul mot pourra suffire pour rendre raison du silence que nous avons cru devoir garder sur un aussi grand intervalle. La première difficulté qui s'oppose à un examen de la législation de cette époque sur un point quelconque, est la diversité des lois et coutumes locales. En effet, lorsqu'on veut juger de l'ancienne législation, il est impossible de ne pas se rapporter aux lois et coutumes de telle partie de l'immense empire qui se trouve régi par le code napoléon ; et il est certainement nécessaire de s'occuper de cette législation lorsqu'on veut décider une question transitoire qui se présente ; il s'agit alors de savoir quel était le droit ancien dans l'espèce : mais quand on ne se propose que d'examiner des principes généraux, il faut ou ne se rapporter à aucune législation spéciale ou les embrasser toutes, ce qui devient une impossibilité absolue. Comment rassembler sur un point quelconque les lois et coutumes de toutes les parties de l'ancienne France, de la Belgique, de la Hollande, de quelques parties de l'Italie et de l'Allemagne, qui n'ont jamais eu aucun point de contact entr'elles ? »¹⁹⁷

Meyer ne se borne pas à constater la diversité des droits sur le continent. Deuxième illustration de son ouverture sur l'Europe : directement ou non, le Néerlandais se réfère à des littératures étrangères. Meyer évoque d'abord les auteurs français, qui les premiers, ont dû faire l'exégèse

¹⁹⁶ Sur la pluralité des systèmes sur le continent et leurs interactions, voir N. ROULAND, *Introduction historique au droit*, Paris, Presses Universitaires de France, 1998, p. 249 à 410 ; J.-L. HALPÉRIN, *L'impossible...*, *op. cit.*, Paris, Presses Universitaires de France, 1992, p. 19 à 49.

¹⁹⁷ J. D. MEYER, *Principes sur les questions transitoires...*, *op. cit.*, p. 70 à 71.

des codes. Meyer déplore d'ailleurs le manque d'ouvrages traitant des questions transitoires dans le pays d'origine de la codification napoléonienne, tout en reconnaissant des qualités à la littérature existante¹⁹⁸. Il se révèle surtout fin connaisseur de la littérature juridique allemande, et décrit de l'extérieur la nécessité de réaction doctrinale imposée aux États allemands occupés face aux codes napoléoniens. Comme il le note lui-même dans son propre ouvrage : « L'introduction du code napoléon [...] a fixé l'attention de plusieurs auteurs Allemands sur ces questions [transitoires] »¹⁹⁹. Meyer mentionne notamment Lassaulx, mais aussi Adolf Weber²⁰⁰ et son ouvrage *Sur l'application rétroactive des lois positives*²⁰¹, qu'il juge cependant insuffisant²⁰². De façon générale, la double fragmentation juridique découragerait la littérature juridique, ce qui expliquerait la faiblesse de la production doctrinale en la matière. Meyer utilise cet état des faits pour mettre en avant le caractère inédit de son travail sur la scène européenne ; il serait le premier à tenter la théorisation de principes généraux en matière de questions transitoires :

« Non seulement le défaut d'auteurs sur cette matière la rend par conséquent susceptible d'un nouvel examen, mais la diversité apparente des lois, la contrariété supposée entre les arrêts des cours et entre les opinions des jurisconsultes ont tellement découragé ceux qui l'ont tenté, que plusieurs auteurs ont désespéré de ramener les questions transitoires à des principes fixes. L'arrétiste Sirey,

¹⁹⁸ « Malgré la fréquence de ces questions, l'importance dont elles peuvent être et la difficulté de trouver les principes de leur solution, peu d'auteurs s'en sont occupés. Le principal ouvrage sur cette matière est celui de M. CHABOT DE L'ALLIER, actuellement conseiller en la cour de cassation et inspecteur des facultés de droit, intitulé : *Questions transitoires sur le code napoléon [...]*, ouvrage dans lequel l'auteur déjà renommé pour la profondeur de ses connaissances, s'est acquis un nouveau titre de gloire, qui décèle à chaque page le jurisconsulte éclairé et savant et dont l'érudition peu commune s'étend sur toutes les parties de la jurisprudence romaine et française. [...] Il doit encore exister un ouvrage du professeur Blondeau sur les questions transitoires, que j'ai en vain tâché de me procurer, et dont par conséquent il m'est impossible d'apprécier l'utilité » (*Ibid.*, p. IX à X).

¹⁹⁹ *Ibid.*, p. X.

²⁰⁰ Adolf Dietrich Weber (1753 à Rostock – 1817 dans la même ville) est déjà avocat quand il obtient un doctorat en droit en 1776. Il devient enseignant la même année à l'Université de Rostock. Il se rapproche de l'Université de Kiel dès 1784 ; deux ans plus tard, il y obtient un poste de titulaire en droit romain, droit civil et droit de la procédure. Il rentre à Rostock en 1791 ; il y reste jusqu'à la fin de sa carrière, et prend par sept fois le titre de doyen. Weber manifeste une connaissance profonde du droit romain, mais aussi du droit allemand ; il publie ainsi *Reflexionen zum heutigen Gebrauch des Römischen Rechts* (« *Réflexions sur l'usage du droit romain aujourd'hui* ») en 1782, *Systematische Entwicklung der Lehre von den natürlichen Verbindlichkeiten und deren gerichtlicher Wirkung* (« *Développement systématique de la théorie des obligations naturelles et de leur effet judiciaire* ») en 1789 ou encore *Über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprozeß* (« *Sur l'obligation de fournir des preuves dans les procédures civiles* ») en 1805. À son sujet, voir E. LANDSBERG, « Weber, Adolf Dietrich », *Allgemeine Deutsche Biographie* [en ligne], vol. 41, 1896, consulté le 22/05/2022.

²⁰¹ A. D. WEBER, *Über die rück anwendung positiver gesetze*, Hanovre, 1811.

²⁰² « Malgré les éloges que mérite sous plus d'un rapport le savant auteur les bases de son raisonnement ne paraissent pas assez sûres, l'application de ses principes insuffisante, et surtout peut-on lui reprocher de ne pas avoir assez consulté le droit positif et la jurisprudence établie, qui seules peuvent faire adopter ou rejeter une théorie » (J. D. MEYER, *Principes sur les questions transitoires...*, *op. cit.*, p. XI).

les savants rédacteurs d'un journal allemand des plus accrédités²⁰³ ont déclaré formellement qu'ils ne croyaient pas à la possibilité d'établir des principes généraux pour décider ces questions »²⁰⁴.

L'influence allemande de Meyer semble aller plus loin que la référence directe aux auteurs allemands. L'auteur fournit des éléments de comparaison de doctrines, en commentant sur l'état de la littérature juridique allemande. Selon lui, « la méthode presque entièrement philosophique d'étudier le droit généralement reçue en Allemagne, pouvait donner lieu d'attendre un système complet »²⁰⁵. On peut y voir un lien direct avec l'approche systématique choisie par Meyer : sa volonté de construire des principes juridiques généraux et de les intégrer à un ensemble cohérent fait écho à la méthode allemande, qui cherche à dépasser la simple exégèse des codes français. La mention de Lassaulx va dans ce sens. Comme Meyer, le professeur rhénan avoue que son étude de la codification française s'appuie sur un soutien personnel et sincère de ce système juridique²⁰⁶. Chez les deux auteurs, on trouve une conception historique des codes français, dont la compréhension doit passer par la recherche de leur « esprit » ; qui dit « esprit » dit « sources ». Remonter aux racines des codes français, c'est les comprendre, mais surtout les légitimer, en démontrant leurs qualités. On peut voir cette logique dans l'ouvrage de Lassaulx. L'auteur explique qu'il a publié un condensé de son ouvrage sous forme d'article dans la Bibliothèque du Barreau, un journal de l'Empire à destination des praticiens²⁰⁷. Cet article a fait l'objet d'une recension dans le *Journal de Paris*, qui juge les développements de Lassaulx

²⁰³ Meyer évoque ici l'*Heidelbergische Jahrbücher* (cf. *supra*), probablement la recension groupée de commentaires sur le Code civil faite en 1811. À ce sujet, voir ANONYME, « 1) Cours de droit Français. Par Mr Proudhon, ancien Docteur en droit... ; 2) Ernst Spangenberg, Commentar über den Codex Napoleon... ; 3) Ausführlicher theoretisch practischer Kommentar über dem Code Napoleon von Dr. T. T. Dabelow... ; 4) Ausführliches handbuch über den Code Napoleon, Dr. Grolman,... », *Heidelbergische Jahrbücher der Literatur*, vol. 1, n°3, 1811, p. 34 à 44.

²⁰⁴ J. D. MEYER, *Principes sur les questions transitoires...*, *op. cit.*, p. X à XI.

²⁰⁵ *Ibid.*, p. XI.

²⁰⁶ « Dès la première publication du Code Napoléon, j'ai consacré tous mes loisirs à l'étude de cette législation. J'en ai donné la première traduction en langue allemande, dont le succès rapide doit sans doute être principalement attribué aux circonstances favorables dans lesquelles elle parut, mais à laquelle du moins on ne pourra contester le mérite de la priorité, et d'une grande fidélité, quoique la diligence que j'ai été forcé d'apporter à la publication de ce travail, ne m'ait point permis d'accorder à l'élégance du style autant de soins, que mes nombreux successeurs dans la même carrière. Nommé Professeur de Code Napoléon en la Faculté de Droit de Coblenz, à la première formation des Écoles de Droit, j'ai continué depuis, par état, ces études commencées par goût » (F. LASSAULX, *Introduction...*, *op. cit.*, p. i à ii).

²⁰⁷ L'article témoigne déjà à la fois de l'approche systématique de Lassaulx et de son approche historique : le Titre I de l'étude est consacré au « système du Code Napoléon » ; le Titre II est consacré aux « sources du Code », et cite « le droit romain ; le droit coutumier ; les anciennes ordonnances ; la jurisprudence des arrêts ; la législation intermédiaire ». F. LASSAULX, « Des caractères distinctifs du Code Napoléon », *Bibliothèque (ou journal) du barreau et des écoles de droit, première partie ou notices sur les principaux ouvrages français et étrangers qui ont rapport aux Codes Napoléon, du Commerce, de Procédure, etc.*, vol. IV, Paris, 1811, p. 99 à 208.

inutiles : en effet, il est évident que le Code civil est « un emprunt fait, à la fois, au droit romain et à nos anciennes coutumes » ; il suffirait de lire ledit Code et les discours de ses « savants et judicieux rédacteurs » pour « se convaincre de cette vérité »²⁰⁸. Lassaulx contredit cette inutilité, puisque le rappel des sources dépasse, selon lui, le seul détail technique ; il permet de découvrir l'esprit du code et la volonté des législateurs :

« Il me semble que précisément, parce qu'ils ont proclamé cette vérité, c'est un motif et même une obligation pour le professeur, de rechercher dans quelles matières on a suivi les principes de l'une et de l'autre de ces législations, et quelles sont les matières dans lesquelles on a cherché à combiner ceux de l'une et de l'autre, afin de mettre son lecteur à même de lire encore aujourd'hui, avec fruit, les anciens auteurs, et de rechercher, dans la législation originaire, les développements de la loi nouvelle »²⁰⁹.

Le même développement apparaît dans l'ouvrage de Meyer un an plus tard. Meyer insiste sur le droit romain comme source principale du code :

« [...] l'étude du droit romain sera indispensable à celui qui veut connaître les grands principes de la législation, le système du droit, et conséquemment qui veut se pénétrer de l'esprit du code napoléon et des autres codes qui en sont le complément, qui veut les comparer avec les législations des autres peuples, et se mettre en état d'en apprécier la valeur et le mérite »²¹⁰.

Meyer comme Lassaulx montrent un respect profond à l'égard du droit romain. Les propos de Meyer à ce sujet²¹¹ reflètent ceux du Rhénan, lorsqu'il décrit les études de droit idéales :

« [...] deux cours seront obligatoires pendant la première année, le cours du droit romain et le cours élémentaire sur le code Napoléon. Que les élèves se gardent de suivre le premier comme un cours de curiosité et d'antiquité. Le droit romain, éternel monument de la sagesse humaine, source et meilleur commentaire du droit français dans un grand nombre de matières, d'une bien plus haute importance pour le succès de leurs études [...] »²¹².

²⁰⁸ F. LASSAULX, *Introduction...*, *op. cit.*, p. v.

²⁰⁹ F. LASSAULX, *Introduction...*, *op. cit.*, p. v.

²¹⁰ J. D. MEYER, *Principes sur les questions transitoires...*, *op. cit.*, p. 9 à 10.

²¹¹ *Ibid.*, p. 48.

²¹² F. LASSAULX, *Introduction...*, *op. cit.*, p. 338.

Un autre élément dénote l'importance de l'influence allemande sur Meyer : la mise en avant de l'histoire du droit. Lassaulx dédie son Titre IV à un « *Précis historique du Droit français* ». Il y explore la notion même d'histoire du droit, ces différents aspects, avant de retracer l'histoire du droit français en huit chapitres²¹³. Il est possible d'y voir une volonté de faciliter la transposition des codes napoléoniens : ces derniers sont avant tout le fruit d'une évolution historique du droit national. A priori, ce caractère « franco-français » constitue un obstacle à l'exportation des codes en Europe. Retranscrire leur histoire permet de surmonter cet obstacle, en permettant aux pays récepteurs d'ingérer les codes avec leur bagage historique. Dans la préface de son ouvrage, Meyer procède d'une façon quelque peu différente : lui aussi fait un rappel historique du chemin parcouru jusqu'à la codification française, mais il inclut dans cette évolution plusieurs États d'Europe. Ainsi, la codification napoléonienne n'est plus une réussite pour la France seule ; elle s'inscrit dans la continuité de « l'esprit philosophique » du siècle précédent, de la première tentative de codification moderne par Frédéric de Prusse, et représente dès lors l'aboutissement d'un désir européen :

« Il y a cinquante ans qu'aucun peuple de l'Europe ne pouvait se glorifier d'une législation quelconque. [...] Depuis longtemps des souverains éclairés, des magistrats célèbres et des jurisconsultes profonds avaient senti la nécessité d'établir une législation uniforme : mais tous les essais quoique appuyés par l'autorité des plus puissants monarques [...] avaient été infructueux, et contribuaient à faire considérer comme impossible, ce qui avait si souvent été tenté en vain. [...] La dernière partie du siècle précédent vit augmenter les plaintes sur l'incertitude et les défauts de législation en Europe. L'esprit philosophique qui dictait tous les écrits de cette période, s'éleva avec force contre les abus qui souillaient cette partie essentielle de l'exercice du pouvoir souverain [...]. Pendant que les philosophes du dix-huitième siècle tonnaient en France contre les lois existantes, le grand Frédéric régnait en Prusse [...]. Jaloux de réunir toute espèce de gloire, grand roi, grand guerrier, poète et littérateur, il voulut réaliser ce que ses correspondants demandaient à hauts cris, et le premier en Europe à introduire une législation positive, il publia le code Frédéric. Ce n'est pas ici le lieu d'apprécier cette législation ; mais il est certain que si les Français ont la gloire d'avoir fixé plus positivement l'attention des souverains sur un point aussi important, l'Allemagne peut revendiquer l'honneur d'avoir eu la première législation positive. La promulgation du code Frédéric ferma la bouche à tous ceux qui avaient prétendu qu'il était impossible de faire nouveau code civil, sans exposer l'état à une ruine totale : et si des lacunes ou des défauts défiguraient ce travail, du moins fut-il reconnu qu'il suffisait de la volonté prononcée du gouvernement pour faire cesser l'anarchie du droit civil. Dès ce moment on vit dans tous les pays des projets de code se presser les

²¹³ *Ibid.*, p.

uns sur les autres [...] »²¹⁴.

Cette configuration favorise la diffusion de la codification française dans les pays occupés en Europe. Elle permet de prôner l'universalité des codes napoléoniens, en affirmant que leurs origines transcendent le cadre français. Cette universalité est d'ailleurs mentionnée par Lassaulx²¹⁵. Adhérer aux codes, c'est adhérer à un patrimoine collectif, puisque les codes sont la consécration de principes antérieurs et supérieurs :

« Une législation parfaite serait celle où toutes les dispositions dériveraient de principes généraux et fixes, qui doivent leur origine à la nature des lois, et où les formes particulières seraient toutes motivées par des raisons suffisantes. Une telle législation ne peut être l'ouvrage de l'homme, et dans l'état d'imperfection de nos facultés, il faut se contenter de celle qui en approche le plus »²¹⁶.

La « nature des lois » est difficile à définir ; elle est présentée par Meyer comme une matrice, un ensemble d'évidences conceptuelles duquel devrait dériver une législation parfaite. Le fait que cette législation parfaite « ne peut être l'ouvrage de l'homme » en fait une législation idéale, inaccessible « dans l'état d'imperfection » des facultés humaines. Cette idée que la civilisation ne serait encore pas armée pour créer la législation parfaite sonne de façon familière. Elle s'exprime pleinement quelques mois plus tard, cette fois dans la littérature juridique allemande ; plus précisément dans l'œuvre d'un jeune juriste allemand, pour qui l'histoire du droit n'est pas un vecteur de légitimation, mais au contraire un obstacle insurmontable à l'acceptation de la codification. Meyer, alors même qu'il est partisan des codes français, rédige donc un ouvrage ouvert sur la situation européenne et sensible à l'influence doctrinale allemande, dont certains éléments forment un pont entre la littérature d'explication et d'application et une littérature polémique autour des codes. Le facteur chronologique est d'ailleurs remarquable : le Néerlandais publié à quelques mois de la défaite de Napoléon à Leipzig.

Pour autant, l'hégémonie napoléonienne n'a pas fait des codes français la seule préoccupation des auteurs européens. Une partie de la littérature juridique de la période 1811-1814 dans les

²¹⁴ J. D. MEYER, *Principes sur les questions transitoires...*, *op. cit.*, p. III à V.

²¹⁵ « [...] comme le nombre des auteurs estimés, qui ont écrit sur l'universalité ou sur les matières les plus importantes du nouveau droit civil, s'est considérablement augmenté, et s'accroît encore tous les jours, je ne me croirais autorisé d'en grossir le nombre [...] » (F. LASSAULX, *Introduction...*, *op. cit.*, p. iii à iv).

²¹⁶ *Ibid.*, p. 6.

pays occupés ne se consacre pas au commentaire de la codification française ; alors même qu'elle partage avec le législateur français une volonté de progrès pour son ordre juridique national.

Chapitre II. Promouvoir les modernisations

Le XVIII^e siècle – cela est bien connu – est le théâtre d’un projet qui, en Europe comme dans leurs colonies africaines et américaines, consiste à moderniser, à rationaliser le droit, parfois même à le changer pour transformer la société. L’inspiration principale de ces réformes, qu’elles soient le fait des juristes ou des monarques éclairés, relève, dans un premier temps, de ce que Paul Hazard nommait *La crise de la conscience européenne*²¹⁷, dans un second temps de l’essor et de la circulation des Lumières et de leurs modèles²¹⁸. Si les apports des philosophes n’ont pas pris la même forme dans les différents pays d’Europe, il n’en reste pas moins que le rationalisme, l’utilitarisme et le jusnaturalisme largement inspiré les auteurs ; beaucoup se sont ainsi mis à dénoncer les travers de l’ancien droit, son pluralisme juridique, son archaïsme, son amoncellement de coutumes et de lois, ses juges et leurs interprétations, etc. Cette pensée juridique est évidemment antérieure à la codification française. Elle dépasse le cadre de la France. Elle ne procède pas d’une réception forcée. Ceci explique que, dans les années 1811-1814, une partie des auteurs continue, assez indépendamment de la codification française, de promouvoir la modernisation du droit national. La première démarche consiste à traiter des Lumières et des réformes souhaitables par-delà les réalisations juridiques françaises de la Révolution, du Consulat et de l’Empire (Section 1). La seconde démarche, plus singulière, place en regard les codes napoléoniens et le droit romain, utilisé comme le modèle pour compiler le droit national (Section 2).

²¹⁷ P. HAZARD, *La crise de la conscience européenne*, Paris, Boivin, 1935.

²¹⁸ Voir la bibliographie abondante au sujet des Lumières en Europe : J. MEYER, *L’Europe des Lumières*, Horvath, Éditions du Coteau, 1989 ; F. LOTTERIE et D. M. MCMAHON (dir.), *Les Lumières européennes dans leurs relations avec les autres grandes cultures et religions*, Paris, Éditions H. Champion, 2002 ; G. CHAUSSINAND-NOGARET, *Le citoyen des Lumières*, Bruxelles, Éditions complexes, 1994 ; A. MERGEY, *L’État des physiocrates : autorité et décentralisation*, Aix-en-Provence, PUAM, 2010 ; P.-Y. BEAUREPAIRE, *La plume et la toile : pouvoirs et réseaux de correspondance dans l’Europe des Lumières*, Arras, Artois presses université, 2002 ; U. IM HOF, *Les Lumières en Europe*, traduit de l’allemand par J. ÉTORÉ et B. LORTHOLARY, Paris, Seuil, 1993 ; C. MARTINEZ SHAW, *El Siglo de las Luces. Las bases intelectuales de la reformismo*, Madrid, Historia, 1996 ; P. RUIZ TORRES, *Reformismo e Ilustracion*, Barcelone, Critica/Marcial Pons, 2008 ; G. RAULET, *Aufklärung : les Lumières allemandes*, Paris, Flammarion, 1995 ; COLLECTIF, *La littérature des Lumières en France et en Pologne – Esthétique, terminologie, échanges*, Varsovie-Wroclaw, P.W.N., 1976 ; COLLECTIF, *¿Ilustración o Ilustraciones?*, Webinaire [en ligne], octobre-novembre 2020, mis en ligne le 1^{er} mars 2021, consulté le 22/05/2022.

Section 1. Réformes et Lumières

Peut-on parler d'universalisme en se référant aux Lumières, mouvement ambivalent et hétérogène qui a connu des développements variables sur les différents territoires européens ? La pensée des philosophes se caractérise par un double universalisme : d'une part sur le fond, d'autre part sur la méthode. Sur le fond, les Lumières partagent la croyance en l'existence d'une seule nature humaine : celle-ci serait la même dans le monde entier et depuis l'aube des temps ; car les particularismes locaux et les coutumes diverses n'effaceraient pas une morale universelle présente chez chaque être humain²¹⁹. Et donc, les droits individuels dépassent le droit national puisqu'ils font partie d'un corpus inviolable, universel et transcendant²²⁰. Du point de vue de la méthode, les Lumières souhaitent le triomphe de la Raison : la seule méthode d'observation et de réforme qui puisse transcender les différences entre les peuples est la méthode scientifique, expérimentale ; en théorie, n'importe qui peut l'appliquer pour comprendre et améliorer le monde qui l'entoure²²¹.

L'émergence des Lumières provoque une prise de conscience chez un certain nombre de monarchies européennes dites éclairées. Cette nouveauté influe sur le paysage doctrinal : un certain nombre d'auteurs cherchent à moderniser le droit, en le rationalisant ou en le codifiant, en proposant des réformes de fond parfois révolutionnaires. Pour cette étude, il convient de mentionner que l'acception des Lumières diverge selon les pays d'Europe (I), comme en témoigne la littérature juridique (II).

I) Les Lumières en Europe : un courant, plusieurs rayons doctrinaux

La géopolitique d'influence des Lumières est intéressante : tandis que le droit justinien redécouvert en Italie se répand par l'intermédiaire de pays continentaux voisins, tels que la France, l'Allemagne ou les Pays-Bas, les Lumières, quant à elles, prennent racine dans un pays

²¹⁹ S. PUJOL, « L'humanisme et les Lumières », *Dix-Huitième Siècle*, n°30, 1998, p. 276 ; F. VENTURI, *Utopia and Reform in the Enlightenment*, Cambridge, Cambridge University Press, 1971.

²²⁰ D. SCHNAPPER, « Peut-on encore être universaliste ? », *L'universel et la politique des identités*, Éditions de l'Éclat, 2010, p. 25 à 26.

²²¹ *Ibid.*, p. 26.

qui, justement, est considéré comme moins exposé au *ius commune*²²² : l'Angleterre. Celle-ci, dès la fin du XVII^e siècle, avec deux révolutions politiques et une révolution industrielle, représente un modèle de liberté et de progrès. C'est ce modèle qui est envié, loué et prôné par les penseurs français du siècle suivant ; la France tient ainsi une place centrale dans la propagation des Lumières, mais ses philosophes sont anglophiles. Le XVIII^e siècle voit ainsi la tradition juridique continentale, formée au fil des siècles, être contestée par un universalisme nouveau, qui a déferlé du nord en quelques décennies. Examiner les causes possibles de l'hétérogénéité des Lumières en Europe au XVIII^e siècle (A) nous permettra de voir comment se manifeste cette hétérogénéité (B).

A. Les causes de l'hétérogénéité des Lumières

Selon le territoire où l'on se place, les Lumières n'ont pas la même acception, ni la même importance ; or lorsque l'on étudie le Siècle des Lumières, la prédominance française y est réelle. Parmi d'autres, Diderot lui-même affirme que la langue naturelle des Lumières doit être la langue française²²³. Cela apparaît dans l'article « Langue » de l'*Encyclopédie* :

« Si quelqu'autre langue que la latine devient jamais l'idiome commun des savants de l'Europe, la langue française doit avoir l'honneur de cette préférence : elle a déjà les suffrages de toutes les cours où on la parle presque comme à Versailles ; & il ne faut pas douter que ce goût universel ne soit dû autant aux richesses de notre littérature, qu'à l'influence de notre gouvernement sur la politique générale de l'Europe. [...] La clarté, l'ordre, la justesse, la pureté des termes, distinguent le français des autres langues, & y répandent un agrément qui plait à tous les peuples »²²⁴.

Il faut néanmoins préciser la nature de cette domination de la francophonie : pour les auteurs qui l'acceptent et la perpétuent, il s'agit davantage d'un atout pratique que d'une adhésion morale à un modèle national étranger. La suprématie diplomatique héritée de l'absolutisme français permet une circulation facile des ouvrages francophones au sein des cercles

²²² M. STOLLEIS, *Introduction à l'histoire du droit public en Allemagne. XVI^e-XXI^e siècle*, traduit de l'allemand par A. GAILLET, Paris, Classiques Garnier, 2018, p. 23.

²²³ J. SCHLOBACH, « Langue universelle et diversité des Lumières. Un concours de l'Académie de Berlin en 1784 », *Dix-huitième Siècle*, n° 21, 1989p. 346.

²²⁴ J. D'ALEMBERT et D. DIDEROT, « Langue », *L'Encyclopédie*, 1^{re} édition [en ligne], t. 9, 1765, p. 265 à 266.

intellectuels européens²²⁵. Dans leurs écrits à ce sujet, les auteurs européens mentionnent d'abord les grands bienfaits techniques de la langue française, en ce qu'elle accélère la transmission des idées et, à terme, le progrès dans tous les pays d'Europe²²⁶. Comme le dit Jean-Yves Beaurepaire, la réception de la langue et de la pensée françaises « n'est donc pas soumission, mais appropriation »²²⁷. D'autant qu'à ce privilège de la francophonie, s'ajoute une volonté fondamentale des Lumières : celle de s'affranchir du strict cadre national. Là encore, l'Encyclopédie traduit cet esprit dans son article Cosmopolite :

« On se sert quelques fois de ce nom en plaisantant, pour signifier un homme qui n'a point de demeure fixe, ou bien un homme qui n'est étranger nulle part. Il vient de κόσμος, monde, & πόλις, ville.

Comme on demandait à un ancien philosophe d'où il était, il répondit : Je suis Cosmopolite, c'est-à-dire citoyen de l'univers. Je préfère, disait un autre, ma famille à moi, ma patrie à ma famille, & le genre humain à ma patrie »²²⁸.

Ainsi, Diderot affirme à Hume²²⁹ sa fierté d'être, comme lui, « citoyen de la grande ville du monde »²³⁰. Leur contemporain, Edward Gibbon, pense qu'un philosophe doit « considérer l'Europe comme une grande république, dont les divers habitants ont atteint quasiment le même degré de polissement et de culture »²³¹. Cependant, l'historiographie récente insiste sur le fait que le courant philosophique ne présente pas un profil homogène à l'échelle européenne. Il

²²⁵ J. SCHLOBACH, « Langue universelle... », *op. cit.*, p. 341.

²²⁶ *Ibid.*, p. 347 à 348.

²²⁷ P.-Y. BEAUREPAIRE, *L'Europe des Lumières...*, *op. cit.*, p. 111.

²²⁸ J. D'ALEMBERT et D. DIDEROT, « Cosmopolite », *L'Encyclopédie*, 1^{re} édition [en ligne], t. 4, 1754, p. 297.

²²⁹ Aucune lettre de Hume à Diderot n'est parvenue jusqu'à nous ; il reste cependant quelques lettres adressées à Hume par Diderot, qui transcrivent la profonde admiration que les deux hommes se portaient. Hume aurait trouvé en Diderot un rival à sa hauteur en rhétorique ; quant au français, il n'hésite pas à terminer une de ses lettres par une phrase éloquente : « Je vous salue – je vous aime – je vous révère – et suis avec ces sentiments pour toute ma vie, monsieur et cher philosophe, votre très humble et très obéissant serviteur » (D. DIDEROT retranscrit par J. H. BURTON, *Letters of Eminent Persons Addressed to David Hume*, Édimbourg, William Blackwood & Sons, 1849, p. 287). À ce sujet, voir E. CAMPBELL MOSSNER, « Hume and the French Men of Letters », *Revue Internationale de Philosophie*, vol. 6, n°20, 1952, p. 225.

²³⁰ « Ne verrons-nous jamais finir ces aversions nationales qui resserrent dans un petit espace l'exercice de la bienfaisance ? Or qu'importe qu'un homme soit né en deçà ou en delà d'un détroit, en est-il moins un homme ? N'a-t-il pas les mêmes besoins ? N'est-il pas exposé aux mêmes peines – avide du même bonheur ? [...] Je trouve Polyphème plus excusable d'avoir mangé les compagnons d'Ulysse, que la plupart de ces petits Européens, [...] qui se ressemblent en tout, et qui ne s'en dévorent pas moins. Mon cher David, vous êtes de toutes les nations, et vous ne demanderez jamais au malheureux son extrait baptistaire. Je me flatte d'être, comme vous, citoyen de la grande ville du monde » (D. DIDEROT retranscrit par J. H. BURTON, *Letters of Eminent Persons...*, *op. cit.*, p. 283.)

²³¹ J. BLACK, « Empire and Enlightenment in Edward Gibbon's Treatment of International Relations », *The International History Review*, vol. 17, n°3, 1995, p. 444.

convient de se demander pourquoi.

La première raison tient à la qualification sémantique de ce que l'on appelle, à l'époque, « la philosophie des Lumières ». Tous les pays européens ne lui prêtent pas le même degré de radicalité qu'en France : par exemple, les figures de l'*Ilustración* sont souvent des ecclésiastiques attachés à l'ancien droit, mais désireux de le réformer pour en assurer la pérennité. Au Royaume-Uni, explique Julia Rudolph²³², il n'est pas illogique de considérer qu'un *common lawyer* tel que Blackstone est un représentant des Lumières, : il est sensible au droit naturel, et sa compréhension du *common law* lui permet de le condenser, de le mettre en cohérence – en bref, de le rationaliser pour le rendre accessible²³³. Cette acception pragmatique, modérée des Lumières transparaît dans la littérature juridique des pays conquis.

La deuxième clé d'explication tient à la résistance des particularismes nationaux face à la langue et la culture françaises comme vecteurs idéaux, voire uniques des pensées philosophiques. Si cet état des choses n'est que peu remis en question durant la première moitié du XVIII^e siècle²³⁴, des voix commencent ensuite à s'élever contre la domination française. L'opposition est notamment menée par les Allemands, qui jugent de moins en moins fondée la supériorité de la langue française à l'approche du XIX^e siècle, dans une Allemagne en pleine révolution intellectuelle. Ainsi en 1784, le professeur de logique et de métaphysique Johann Christof Schwab délivre, devant l'Académie des sciences de Berlin, un discours dans lequel il décrit une domination francophone seulement temporaire. La Dissertation sur les causes de l'universalité de la langue française et la durée vraisemblable de son empire explique que si elle est dépassée dans plusieurs domaines, l'Allemagne est le pays dont la soif de connaissances est la plus grande ; cette caractéristique l'amènera bientôt à son apogée culturel et linguistique, apogée que la France aurait, pour sa part, déjà atteinte²³⁵.

²³² J. RUDOLPH, *Common Law and Enlightenment in England, 1689-1750*, Woodbridge, The Boydell Press, 2013, p. 3.

²³³ N. E. SIMMONDS, « Reason, History and Privilege: Blackstone's Debt to Natural Law », *Zeitschrift der Savigny Stiftung (GA)*, 1998, p. 200 s. ; D. LIEBERMAN, « Blackstone's science of legislation », *Journal of British Studies*, vol. 27, n°2, 1988, p. 1 s.

²³⁴ « [...] depuis environ 1750 les cercles actifs des Lumières étaient composés à Paris d'écrivains et de philosophes de toutes les nations : Italiens comme Galiani, Anglais comme Hme, Américains comme Jefferson, Allemands comme d'Holbach et Grimm, et tous s'exprimaient naturellement en français » (J. SCHLOBACH, « Langue universelle... », *op. cit.*, p. 354.)

²³⁵ « Enfin, le destin de l'Allemagne est, selon toute vraisemblance, de réunir tôt ou tard, ses forces éparses, pour

Une troisième piste de compréhension réside dans la situation géopolitique : le XVIII^e siècle voit se succéder de multiples conflits en Europe. Les philosophes ont parfaitement conscience de ces déchirements ; en témoignent les nombreux projets de paix perpétuelle²³⁶. Ces projets ne suffiront pas à prévenir le sentiment patriotique qui émerge dès la seconde moitié du XVIII^e. Ce sentiment est renforcé par la guerre de Sept Ans : la France perd une partie de son prestige au profit d'une Grande-Bretagne triomphante, ce qui peut aussi expliquer l'anglophilie de nombre d'auteurs français. Les penseurs européens ont alors moins de scrupules à sortir du giron francophone, et à piocher dans une palette plus diversifiée de modèles. Jean-Yves Beaurepaire conclut :

« Le nouveau rapport de force conduit [...] les contemporains à étudier avec plus de rigueur et de précision cette « nation patriotique ». Le cosmopolitisme n'est donc pas gage d'une connaissance approfondie de l'autre, tandis que la poussée patriotique et l'affirmation d'une conscience nouvelle peuvent conduire à une attention plus grande à l'autre, à ses institutions [...] et aux facteurs de sa puissance »²³⁷.

C'est ainsi qu'en Espagne, en Allemagne ou dans les États italiens, les Lumières connaissent leur itération propre.

B. « *Iluminismo* », « *Aufklärung* », « *Ilustración* » : la diversité européenne des Lumières

Les *illuministi* italiens s'inspirent grandement des auteurs étrangers, notamment français ; ils ne s'en différencient pas de façon radicale. Cependant, cela entraîne une conséquence : puisque

ne former que deux ou trois États. C'est alors que le principe de la supériorité de la grandeur politique pourrait agir puissamment pour répandre sa langue » (J. SCHWAB transcrit par J. SCHLOBACH, « Langue universelle... », *op. cit.*, p. 352.)

²³⁶ « Deux célèbres projets de paix perpétuelle, celui de l'abbé de Saint-Pierre et celui d'Emmanuel Kant, encadrent la période, mais ils n'épuisent pas le genre. On peut notamment citer un *Projet de pacification générale* d'Ange Goudar (1757) ; [...] *Le Droit des gens ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains* de Vattel (1758) ; *Des principes des négociations pour servir d'introduction au droit public de l'Europe, fondé sur les traités* de Mably (1767) ; ou encore la *Théorie des traités de commerce entre les nations* de Bouchard (1777) et le *Plan pour une paix universelle et perpétuelle* de Jeremy Bentham » (P.-Y. BEAUREPAIRE, *L'Europe des Lumières...*, *op. cit.*, p. 112.)

²³⁷ P.-Y. BEAUREPAIRE, *L'Europe des Lumières...*, *op. cit.*, p. 119.

les *illuministi* sont en cohérence avec leurs confrères européens, ils sont, logiquement, en cohérence à l'échelle de la péninsule. Ainsi, dans les États italiens, les Lumières jouent un rôle spécifique : leur essence humaniste et universaliste permet à des auteurs de tous les États italiens de s'entendre sur des aspirations communes²³⁸. Ce phénomène peut expliquer la gestation, dès la fin du XVIII^e siècle et le début du XIX^e, d'un sentiment national italien. Les aspirations des *illuministi* transparaissent dans la production périodique de l'époque : tout au long du XVIII^e siècle, des revues fondées par des libéraux propagent les idées de l'*Illuminismo*. Elles témoignent d'une littérature vigoureuse et riche, qui s'intéresse à tous les domaines. L'un des exemples les plus connus est la revue *Il Caffè*. Fondée par Pietro²³⁹ et Alessandro Verri²⁴⁰, elle paraît tous les dix jours pendant deux ans entre 1764 et 1766 et a pour ambition de discuter sans tabou de sujets hétéroclites : économie, agronomie, histoire naturelle, médecine ou droit. La revue naît à Venise, mais le territoire est alors sous domination autrichienne ; pour contourner la censure, l'impression se fait à Brescia. Le ton libre de ses articles en fait un symbole de l'*Illuminismo*, autant que son titre²⁴¹. La revue s'appuie sur des contributeurs

²³⁸ D. DEL BO, « I primi critici di Cesaré Beccaria », *Rivista di Filosofia Neo-Scolastica*, vol. 31, n°2, 1939, p. 145.

²³⁹ Pietro Verri (1728 à Milan – 1797 dans la même ville) est connu pour sa culture variée et son opinion indépendante. Il s'allie à plusieurs communautés religieuses à Monza, Milan ou Rome ; en 1750, il devient membre de l'*Accademia dei Trasformati*, une société savante qui réunit des intellectuels de différents milieux pour des discussions sur des thèmes d'actualité. Il est brièvement fonctionnaire pour l'Autriche avant de participer à la guerre de Sept ans. Ses études s'orientent rapidement vers l'économie lombarde, sujet qui pour lui n'est pas dissociable de questions théoriques plus générales, voire morales. Entre 1764 et 1770, il fera passer une réforme importante de la fiscalité milanaise ; élément de sa carrière riche et diversifiée dans la fonction publique. Pietro Verri entretient une relation privilégiée avec son Beccaria : c'est lui qui le pousse à écrire *Des délits et des peines*, l'aide à diffuser l'ouvrage et à répondre à ses critiques. La Révolution française le pousse à reconsidérer sa défense de l'absolutisme éclairé pour lui préférer un soutien à un régime constitutionnel. Pietro Verri est reconnu pour son talent d'auteur ; entre autres, il a rédigé d'importants ouvrages sur la région lombarde : *Memorie storiche sull'economia pubblica della stato di Milano* (1768) ou encore *Storia di Milano* (1783-1799). À son sujet, voir C. CAPRA, « Verri, Pietro », *Dizionario Biografico degli Italiani* [en ligne], vol. 99, 2020.

²⁴⁰ Alessandro Verri (1741 à Milan – 1816 à Rome) a fait des études de droit. Il collabore à la revue *Il Caffè* avec plus de 30 articles avant de se mettre à voyager ; il passera par Paris avec son ami Beccaria, puis par l'Angleterre, avant de se fixer à Rome. Là, il se détachera peu à peu des Lumières pour devenir un classiciste modéré. Il traduit des pièces de Shakespeare et se met lui-même à la production littéraire avec un certain succès, et dans les derniers vingt ans de sa vie s'intéresse au spiritisme, alors en vogue grâce notamment aux écrits de Young. À son sujet, voir N. JONARD, « Verri Alessandro », *Encyclopædia Universalis* [en ligne], consulté le 22/05/2022.

²⁴¹ En effet, *Il Caffè* se réfère tant à la boisson qu'au lieu : en cette période, partout en Europe, les cafés sont à la mode. Certains, comme le *Procope*, deviennent de véritables lieux d'effervescence intellectuelle. Les philosophes développent une fascination pour cette boisson venue du Moyen-Orient, comme en témoignent leurs correspondances. Dans l'avant-propos du premier numéro d'*Il Caffè*, les auteurs justifient leur titre : ils disent se retrouver régulièrement au café pour y débattre dans tous les domaines, et s'inspirant de leurs confrères anglais, ils veulent retranscrire leurs propos sur papier pour en faire profiter le public. Anecdote éloquent : le gérant de l'établissement, un grec nommé Demetrio, est mentionné dans le frontispice. Il est loué pour le parfum et la saveur de son café, le « plus exquis du monde », dont les auteurs n'hésitent pas à donner une description exhaustive ; le reste de l'avant-propos est une grande histoire du café et de son commerce. À ce sujet, voir G. PANIZZA, « Gli

illustres, parmi lesquels Cesare Beccaria²⁴².

Avec Filangieri²⁴³, Beccaria est probablement l'un des représentants les plus connus de ce que l'on appelle l'*Illuminismo giuridico* – un mouvement qui, au XVIII^e siècle, désire moderniser et rationaliser le droit. C'est au siège de la rédaction d'*Il Caffè*, durant des discussions autour du contenu de la revue, que Beccaria a l'idée d'appliquer les principes des Lumières à la matière pénale. En 1764, son traité *Des délits et des peines (Dei delitti e delle pene)* prône une approche utilitariste et rationnelle du droit pénal. Son succès massif donne à son auteur une place sur la scène doctrinale européenne ; en effet, en posant les bases de la science criminelle moderne, l'ouvrage est en phase avec son temps. Beccaria s'insère dans un contexte où coexistent des volontés réformatrices et les polémiques qui s'y attachent²⁴⁴. Beccaria et ses partisans entrent en confrontation directe avec les ordres juridiques en vigueur jusqu'à présent en Italie – les ordres au pluriel, puisqu'il y en a autant que d'entités politiques, chacun formé d'une multiplicité de sources, d'époques et de nature différentes, sédimentées au fil des siècles, dont la connaissance est réservée aux savants. Ce phénomène doctrinal trouve son illustration la plus frappante dans l'opposition des *illuministi* à un rival de taille : le droit romain. Longtemps, les critiques à son encontre ont été modérées, presque prudentes. Cet héritage antique et la doctrine

Illuministi lombardi e il Caffè », *Il Contributo italiano alla storia del Pensiero : Letteratura*, Rome, Enciclopedia Italiana, 2018, p.364 à 372, P. VERRI, « Cos'è questo Caffè ? », *Il Caffè*, t. 1, Venise, 1766, p. 1 à 24 ; R. ABBRUGIATI, *Etudes sur Le Café (1764-1766) – Un périodique des Lumières*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires de Provence, 2006.

²⁴² Cesare Beccaria (1738 à Milan – 1794 dans la même ville) étudie le droit à l'université de Pavie. Alors qu'il n'a que vingt-deux ans, la découverte des *Lettres persanes* de Montesquieu fait naître en lui une passion pour la philosophie. Il prend des cours de sciences politiques et sociales à la casa Verri, où il rencontre Pietro Verri ; en 1762, il rédige *Del disordine e de' rimedi delle monete nello stato di Milano*, un petit essai sur les réformes nécessaires à l'économie milanaise. Il atteint la notoriété par *Dei delitti e delle pene* ; quatre ans après sa publication, l'école palatine de Milan crée une chaire d'économie politique pour lui. À trente-trois ans, il est élu au Conseil suprême d'économie, et vingt ans plus tard, il entre à la *Giunta* où il travaille à réformer le système juridique et pénal. À son sujet, voir R. PASTA, « Beccaria, Cesare », *Il Contributo italiano alla storia del Pensiero : Filosofia* [en ligne], Rome, Enciclopedia Italiana, 2012, mis en ligne sur *Treccani*, consulté le 22/05/2022.

²⁴³ Gaetano Filangieri (1752 à Cercola – 1788 à Vico Equense) démarre une carrière ecclésiastique qui l'amène jusqu'à l'épiscopat. Il abandonne sa charge pour se consacrer aux études ; il fait un court passage par le barreau en 1774. Il formule alors le projet de réformer la législation en suivant les principes d'une véritable science normative. Cette aspiration se concrétise par la publication de la *Scienza della legislazione* en huit volumes, entre 1780 et 1791. Filangieri y attaque la féodalité, promeut une réforme du système pénal et l'instauration d'un système scolaire en accord avec les principes philosophiques de Platon et Rousseau. Surtout, il défend l'idée d'une codification des lois. L'ouvrage connaît un grand succès et est transcrit en de nombreuses langues. Sa traduction française, parue en 1822, est accompagnée d'un commentaire détaillé par Benjamin Constant. Filangieri devient alors l'une des figures intellectuelles les plus importantes de la seconde moitié du XVIII^e en Europe. Il reçoit les penseurs les plus en vue du continent, notamment Goethe. À son sujet, voir A. GIANNOLA, « Filangieri, Gaetano », *Il Contributo italiano alla storia del Pensiero : Economica* [en ligne], Rome, Enciclopedia Italiana, 2012, mis en ligne sur *Treccani*, consulté le 11/05/2022.

²⁴⁴ D. DEL BO, « I primi critici ... », *op. cit.*, p. 1456 à 1457.

qu'il engendre deviennent naturellement une cible des juristes libéraux. Ceux-ci attaquent le mythe de Justinien en tant que souverain législateur idéal – il serait en fait un despote et un piètre compilateur de règles disparates ; ils décrivent le *Corpus iuris civilis* comme un ensemble de vieilles idées, conservatrices et archaïques, qui font obstacle à la justice moderne et qui doivent être surmontées²⁴⁵.

Les Lumières connaissent un développement important sur les territoires allemands. Dès la fin du XVII^e siècle, les conditions y sont favorables pour le développement de l'*Aufklärung* (l'« Illumination », l'« Éclaircissement »). En effet, la révocation de l'édit de Nantes par Louis XIV en 1685 provoque une réaction de Frédéric-Guillaume I^{er} de Brandebourg²⁴⁶ : défenseur des protestants et partisan de la tolérance à l'égard de la religion réformée, il promulgue, une semaine plus tard, l'édit de Potsdam qui accorde l'asile aux huguenots français²⁴⁷. L'opération, si elle est fondée sur une réelle compassion du Grand Électeur pour ses coreligionnaires, est aussi une véritable aubaine. En effet, des milliers de familles bourgeoises entendent l'appel et émigrent vers la Prusse. Ce qui fait l'affaiblissement économique du Royaume de France fait la fortune d'une puissance européenne rivale. Cette captation de protestants fortunés, de préférence des marchands, est voulue et organisée par Brandebourg qui leur accorde des franchises, des aides financières et leur réserve des terres. Vingt-mille réfugiés élisent domicile en Brandebourg-Prusse, six mille pour la seule ville de Berlin²⁴⁸.

²⁴⁵ F. FASOLINO, « Il diritto romano nella cultura giuridica italiana del XVIII secolo », *Teoria del diritto privato*, n°1, 2008, p. 10.

²⁴⁶ Frédéric-Guillaume I^{er} est électeur de Brandebourg et duc de Prusse de 1640 à 1688. Il est considéré comme le souverain qui a fait entrer la Prusse dans la modernité. Pourtant, il n'y grandit pas : Brandebourg est en pleine guerre de Trente Ans et son père, Georges-Guillaume I^{er}, préfère le mettre à l'abri en Hollande, où il reçoit une éducation calviniste. Cette période le marque durablement : il est impressionné par l'avancement industriel et économique hollandais. C'est à contre-cœur qu'il rentre à Brandebourg à l'âge de dix-huit ans ; il hérite de la couronne de Brandebourg deux ans plus tard et doit faire face à un pays dévasté. Il travaille alors à rétablir une position diplomatique vis-à-vis les puissances voisines en participant au traité de Westphalie après la guerre de Trente Ans, en signant un armistice avec le roi de Suède et en s'alliant par mariage à la famille d'Orange-Nassau ; il engage un vaste programme de réformes afin de sortir le duché d'une économie de survie. Il étend son domaine afin d'en augmenter les recettes et ordonne la construction de la première flotte de l'histoire de la Prusse ; celle-ci, malgré un nombre réduit de ports sur les côtes africaines, transporte un nombre considérable d'esclaves vers les Antilles. En 1672, la guerre de Hollande éclate. Frédéric-Guillaume rejoint la coalition contre la France. Après s'être allié avec le roi de Suède puis avoir retourné cette alliance, il triomphe finalement sur les scandinaves en 1674 au cours d'une bataille qu'il mènera en personne, fait d'armes qui lui vaudra le surnom de Grand Électeur. Son fils, Frédéric III de Brandebourg, deviendra Frédéric I^{er} de Prusse. À ce sujet, voir W. SCHMIDT, *Friedrich I. Kurfürst von Brandenburg, König in Preußen*, Munich, Diederichs, 1996.

²⁴⁷ F. HARTWEG, « Le refuge huguenot à Berlin (I) », *Autres Temps. Les cahiers du christianisme social*, n°6, 1985, p. 36.

²⁴⁸ *Ibid.*, p. 37.

Or les protestants jouent un rôle certain dans la diffusion des Lumières : la France s'est familiarisée avec la pensée de Locke grâce aux traductions de Pierre Coste, un huguenot réfugié en Angleterre ; à leur tour, les réfugiés de Brandebourg participent à la diffusion en Prusse d'idées nouvelles. En 1700, ils soutiennent la construction de l'Académie royale des Sciences de Prusse, véritable fleuron de l'activité intellectuelle protestante et francophone. Ils y occupent jusqu'à un tiers des postes dans les premières années de son existence²⁴⁹. Après les années 1750, l'Académie devient l'épicentre de l'*Aufklärung* allemande²⁵⁰ : elle accueille des membres illustres, tels que Voltaire, Diderot, D'Alembert ou encore Kant. Johann Formey, protestant et secrétaire de l'Académie pendant un demi-siècle, joue un important rôle de vulgarisation des philosophes : il familiarise notamment sa communauté avec les écrits de Wolff ; et en 1751, son Examen de l'usure suivant les principes du droit naturel partage un ouvrage avec la Dissertation sur les raisons d'établir ou d'abroger des lois²⁵¹, écrite par un certain Frédéric II de Prusse²⁵².

C'est l'occasion de remarquer que la Révolution française n'a pas été le point de départ du renouveau juridique en Allemagne, pas plus que les conquêtes napoléoniennes²⁵³ : en Prusse comme sur les autres territoires allemands, l'école de droit naturel a diffusé ses idéaux de liberté

²⁴⁹ *Ibid.*, p. 44.

²⁵⁰ À ce sujet, voir C. LEDUC et D. DUMOUCHEK, « La philosophie de l'Académie de Berlin au XVIII^e siècle », *Philosophiques*, vol. 42, n°1, Printemps 2015, p. 7 à 10.

²⁵¹ FRÉDÉRIC II et J. H. S. FORMEY, *Dissertation sur les raisons d'établir ou d'abroger les loix, par l'auteur des Mémoires pour servir à l'histoire de Brandebourg. À laquelle on a joint l'Examen de l'usure, suivant les principes du droit naturel. Par M. Formey*, Utrecht, 1751.

²⁵² Frédéric II, roi en Prusse (1740-1772) puis roi de Prusse (1772-1786), également prince-électeur de Brandebourg comme ses prédécesseurs (1740-1786) est considéré comme le souverain qui a définitivement installé son État parmi les puissances européennes de premier plan. Il est le premier souverain à porter le titre de roi de Prusse ; ses prédécesseurs étaient restés « rois en Prusse », car leurs terres s'inséraient en grande partie dans le Saint-Empire. Frédéric II est vu comme l'archétype du « despote éclairé ». Ses nombreuses conquêtes territoriales, son amour des arts et des sciences et sa forte implication dans tous les domaines de son gouvernement ont permis un développement important de la Prusse, tant sur le terrain diplomatique que sur le terrain économique. Selon sa propre devise, Frédéric II se considère comme « le premier serviteur de l'État » et veut, en tant que tel, faciliter la vie de sa population : son règne marque la construction en masse d'écoles, malgré des enseignements de qualité variable ; le système fiscal est révisé pour un modèle indirect, moins lourd ; la production agricole est favorisée avec la création de nouvelles terres cultivables et l'introduction de nouvelles espèces ; s'il ne parvient pas à abolir le servage sur tout le territoire, le roi s'attache à ne pas y recourir sur ses propres domaines. Cet état d'esprit est également appliqué au domaine judiciaire : le fameux épisode partiellement légendaire des « Juges à Berlin » est utilisé pour montrer qu'en Prusse à cette époque, même les gens les plus modestes ont une confiance profonde en l'égalité de la justice, au point d'être prêts à un litige face au roi lui-même. Il tient en grand respect la culture française, dont il se détachera cependant à la fin de sa vie (Voltaire était pour lui le dernier grand classique français). Malgré sa misanthropie grandissante, les prussiens garderont pour lui une relative affection, qui lui vaut le surnom de « *der alte Fritz* » (« le vieux Fritz ») à la fin de sa vie. À ce sujet, voir T. BLANNING, *Frederick the Great : King of Prussia*, Londres, Allen Lane, 2015 ; A. BAILLO et B. WEHINGER, « Frédéric II, Roi-philosophe et législateur », *Archives de philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 2009, p. 317 à 332.

²⁵³ J.-L. HALPÉRIN, « Le droit privé de la Révolution : héritage législatif et héritage idéologique », *Annales historiques de la Révolution française* [en ligne], n°328, avril-juin 2002, p. 1, consulté le 22/05/2022.

et la notion de droits individuels durant tout le XVIII^e siècle. Ainsi, c'est moins la Révolution française que l'émergence de l'*Aufklärung* qui a pu faire naître une pensée juridique nouvelle. Cela explique que les premiers échos des actions de l'Assemblée nationale aient été accueillis positivement : l'*Aufklärung* avait préparé les esprits. Une historiographie abondante montre que les intellectuels allemands sont dans un premier temps séduits par les expériences révolutionnaires françaises²⁵⁴. En témoignent les multiples réactions des professeurs et philosophes dans les premières années suivant 1789 : l'anecdote selon laquelle Kant interrompt sa promenade quotidienne pour prendre des nouvelles de la prise de la Bastille est connue ; on peut y ajouter les écrits de Fichte, Humboldt, ou Hegel, unanimement inspirés²⁵⁵. Mais l'enthousiasme, déjà modéré, cède à la méfiance lorsque la Révolution se radicalise, et que les princes d'Europe font face aux troupes révolutionnaires²⁵⁶. Ces événements inhibent les despotes éclairés et refroidissent les partisans européens de la première heure. Dans certains cas, elle a freiné les réformes²⁵⁷ en plaçant les puissances européennes face à des problématiques plus graves, soit une remise en question des fondements mêmes de leur structure politique : les contemporains de l'époque pressentent que 1789 marque, en quelque sorte, le début du reste de la vie du Saint-Empire²⁵⁸.

²⁵⁴ À ce sujet, voir L. CALVIÉ, *Le Renard et les Raisins : la Révolution française et les intellectuels allemands, 1789-1845*, Paris, EDI, 1989, Revu et augmenté chez Parthenay, Inclinaison, 2018 ; S. ROZA, « La Révolution française et la gauche allemande dans le premier XIX^e siècle : les cas de Ludwig Börne et Bruno Bauer », *Astérior*, n°24, 2021, mis en ligne sur HAL, consulté le 21/05/2022 ; E. BAHR et T. P. SAINÉ (dir.), *The Internalized Revolution. German Reactions to the French Revolution, 1789-1989*, New-York, Londres, Garland Publishing, 1992 ; M. ESPAGNE, *Les transferts culturels franco-allemands*, Paris, Presses Universitaires de France, 1999 ; G. GARNER, « Dimensions sociales, politiques et culturelles de la réception de la rupture révolutionnaire dans les États territoriaux du Saint-Empire », *L'Allemagne face au modèle français*, Toulouse, Presses Universitaires du Mirail, 2008, p. 29 s. ; S. SOLEIL, *Le modèle juridique français...*, *op. cit.*

²⁵⁵ « Dès l'été 89, Georg Forster se félicite de ce qui se passe en France. Il [...] s'approprie l'idéal, l'enthousiasme, la recherche de perfection. Sa verve ne connaît plus de limites quand il est question des préparatifs de la fête de la Fédération (juillet 90). Chez lui, le schéma intellectuel décrit est assez simple : la philosophie a fait mûrir les Lumières dans les cœurs ; les hommes ont pris conscience de leur intérêt réel et de leurs droits ; la révolution a traduit tout cela dans l'État. [...] Fichte dit de la Révolution qu'elle « intéresse l'Humanité tout entière », Hegel affirme qu'il « faut considérer la Révolution française comme un événement mondial », Schlegel « comme un tremblement de terre, comme un envahissement incommensurable dans le monde politique [...]. [...] Von Humboldt, pour sa part, s'interroge sur la viabilité d'une constitution fondée sur la seule raison, mais redit son enthousiasme pour le modèle français et se refuse à suivre Gents et Burke parce qu'ils sont animés d'un sentiment qui, dit-il, n'a rien de beau ni de grand [...] » (S. SOLEIL, *Le modèle juridique français...*, *op. cit.*, p. 174 à 177).

²⁵⁶ « Les "jacobins allemands", contemporains de l'événement, qui cherchent à importer la révolution, ou qui réclament l'annexion des régions cisrhénanes à la France, font [...] figure d'exception. Après 1799, ils disparaissent totalement de la scène historique, leur enthousiasme cédant à la violence des envahisseurs, tandis qu'une autre conséquence des événements français se fait jour : un mouvement profond de révolte contre l'hégémonie politique puis militaire française se développe » (S. ROZA, « La Révolution... », *op. cit.*, p. 3 à 4).

²⁵⁷ J.-L. HALPÉRIN, « Le droit privé... », *op. cit.*, p. 1.

²⁵⁸ M. STOLLEIS, *op. cit.*, p. 17.

L'Espagne a elle aussi été touchée par le mouvement des Lumières. Cette affirmation paraît moins évidente que pour le cas italien : une partie traditionaliste de l'historiographie espagnole met en doute jusqu'à l'existence de l'*Ilustración*, quand elle ne l'ignore pas tout simplement²⁵⁹. C'est par exemple le cas de Dalmacio Negro Pavón, qui décrit le siècle des Lumières comme « l'un des grands mythes contemporains »²⁶⁰ ; le terme même ne refléterait ni réalité historique, ni particularité européenne. Plus précisément, il se demande si le courant espagnol ne serait pas une « *Ilustracioncita* », soit une période de « petites Lumières »²⁶¹. À l'inverse, d'autres auteurs espagnols dénoncent ce postulat comme une sorte d'alibi académique : nier l'existence ou l'importance des Lumières espagnoles dispenserait d'étudier le phénomène en profondeur, d'en retracer les conséquences philosophiques, sociales et culturelles sur la péninsule²⁶². Or, dès la fin du XVII^e siècle, des penseurs d'origines sociales diverses militent pour une réforme de toute la société, réforme basée sur des principes modernes de raison²⁶³. Philippe V est un Bourbon, sensible aux idées des penseurs français, anglais et allemands²⁶⁴ : il cherche à appliquer ces nouveaux principes à son royaume. Les actions du *gobierno ilustrado* permettent à l'Espagne de retrouver un peu de sa force ; il lutte contre la corruption, renforce son armada et met l'accent sur de nouvelles sources de revenus, dont l'industrie et le grand commerce. Dans le domaine juridique, comme en Italie, les ilustrados souhaitent moderniser et rationaliser l'appareil judiciaire. Les décrets de Nueva Planta, s'ils visent à la fixation d'un droit local patriotique²⁶⁵, procèdent d'une volonté de rationaliser et d'harmoniser l'ancien droit : le fond est traditionnel, mais la méthodologie se veut moderne.

Le fils de Philippe V, Charles III, occupe au départ le trône des Deux-Siciles où il tente déjà d'appliquer des réformes éclairées ; lorsqu'il arrive en Espagne en 1759, il est accompagné

²⁵⁹ E. S SUBIRATS S, « La Ilustración insuficiente », *El Pais* [en ligne], 14 mai 1985, consulté le 22/05/2022.

²⁶⁰ D. NEGRO PAVÓN, « La gran revolución », *Conferencia impartida por Don Dalmacio Negro* [en ligne], San Benito, 22 février 2015, p. 1, consulté le 22/05/2022.

²⁶¹ D. NEGRO PAVÓN, « Ilustración o Ilustracioncita », *YA* [en ligne], 13 décembre 1988, consulté le 22/05/2022. Cité par A. FERNÁNDEZ SANZ, « La Ilustración española. Entre el reformismo y la utopía », *Anales del seminario de historia de la filosofía*, n°10, 1993, p. 57.

²⁶² A. FERNÁNDEZ SANZ, « La Ilustración española... », *op. cit.*, p. 58.

²⁶³ *Ibid.*, p. 59.

²⁶⁴ M. FRIERA ALVAREZ et I. FERNANDEZ SARASOLA, « La Ilustración española : la recepción del ilustracionismo germanico, británico y francés », *Contexto histórico de la Constitución española de 1812* [en ligne], mis en ligne sur Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, consulté le 22/05/2022.

²⁶⁵ Cf. *supra*.

d'une partie de sa cour italienne, décidée à moderniser la péninsule²⁶⁶. Charles va plus loin que ses prédécesseurs : il expulse les jésuites du Royaume d'Espagne en 1767, et utilise les infrastructures laissées par ces derniers pour mener une vaste réforme des universités²⁶⁷. Il fait officiellement entrer la philosophie des Lumières au programme, crée des facultés techniques et artistiques, et promeut les sciences aux dépens de matières juridiques ou théologiques. Les monnaies de la péninsule sont unifiées, ce qui permet une simplification de l'appareil économique. Les réformes juridiques suivent : Charles III suit l'agenda d'un despote éclairé, notamment en réduisant le recours à la peine de mort et en abolissant la torture. Le rôle de l'Inquisition, jusqu'alors très puissante, est circonscrit. Le bilan de Charles III à sa mort en 1788 est remarquable : il pose les fondations d'une nation espagnole moderne, dotée d'un hymne et d'un drapeau²⁶⁸.

Il convient cependant de préciser que l'*Ilustración* se distingue de l'*Aufklärung* allemand, des Lumières françaises ou de l'*Enlightment* anglais. Au XVIII^e siècle, l'Espagne, tournée vers ses colonies américaines, ne connaît pas les mêmes bouleversements économiques et sociaux que ses voisins. Alors que plus haut sur le continent émerge une élite bourgeoise libérale, stimulée entre autres par les communautés protestantes, la péninsule est toujours dirigée par une noblesse foncière et catholique, très conservatrice, qui rejette violemment « les démangeaisons pernicieuses et déplorables de la nouveauté »²⁶⁹. La conséquence est une inhibition de l'*Ilustración*, qui manque de représentants doctrinaux marquants. Comme le dit José Gómez-Heras, « le moteur des Lumières sociales, une bourgeoisie émergente contre l'aristocratie rurale et le haut-clergé, n'a [...] pas acquis la vitalité qui a conduit à la Révolution en France »²⁷⁰. Les Lumières espagnoles sont moins radicales que les Lumières italiennes ou françaises ; elles prônent des réformes progressives et pragmatiques, ce qui les rapprocherait de la conception anglaise des Lumières expliquée par Julia Rudolph. Dès lors, la figure type de l'ilustrado espagnol « se distingue grandement du bourgeois anglais, du libertin français ou du rationaliste

²⁶⁶ J. J. ECHAVE-SUSTAETA DEL VILLAR, « Las Luces de la Ilustración penetran en España », *Verbo*, n°451, 2007, p. 126.

²⁶⁷ À ce sujet, voir, A. CALDERÓN ARGELICH, « La polémica sobre la expulsión de los jesuitas por Carlos III en la España liberal (1856-1868) », *Historia Social*, n° 95, 2019, p. 3 à 20, notamment la bibliographie fournie par l'auteur en p. 3.

²⁶⁸ Au sujet des réformes de Charles III, voir J. J. ECHAVE-SUSTAETA DEL VILLAR, « Las Luces de la Ilustración... », *op. cit.*, p. 126 à 129.

²⁶⁹ *Ibid.*, p. 126.

²⁷⁰ J. M. G. GÓMEZ-HERAS, « ¿Ilustración en España? : Contrastes entre el « Siglo de las Luces » español y la Ilustración centroeuropea », *Cuadernos salmantinos de filosofía*, vol. 40, 2013, p. 299.

allemand », pour se rapprocher de celle de « l'homme d'Église érudit et non-conformiste »²⁷¹. C'est par exemple le cas de Gaspar Melchor de Jovellanos²⁷², qui écrit tant des pièces de théâtre que des réflexions sur la loi agraire ; dans sa Lettre à Alexandre Jardine (« Carta a Alexander Jardine »), il couvre et critique l'évolution de la Révolution française. De Jovellanos devient ministre de la Justice et de la Grâce en 1797, un espoir pour la continuation des réformes éclairées en Espagne, déjà mises à mal à l'époque. Mais l'absence de résultats immédiats et l'hostilité des réactionnaires le contraignent à quitter son poste huit mois plus tard. C'est cette hostilité qui est la plus visible dans la littérature juridique espagnole à l'aube de la libération : en parallèle de nombreuses traductions espagnoles des principaux philosophes²⁷³, le début du XIX^e siècle est marqué par la multiplication de textes anti-Lumières – et souvent anti-français.

Avec cette vision à la fois universaliste et particulière, les auteurs européens reprennent les arguments des philosophes dans la littérature juridique des dernières années de l'Empire. Alors que la France est devenue présence oppressante, il est intéressant de savoir si son rôle clé dans la diffusion des Lumières est toujours reconnu dans la littérature juridique des pays occupés. De quels auteurs les héritiers européens des Lumières s'inspirent-ils ? Quels sont les principes philosophiques qui persistent dans leurs écrits ?

II) La littérature juridique modernisatrice : un reflet de Lumières plurielles

Il est à remarquer que les auteurs réformateurs, entre 1812 et 1814, s'intéressent systématiquement à l'ancien droit de leur pays. Contrairement aux conservateurs, leur étude de l'ordre juridique en vigueur vise surtout à présenter un exemple de ce dont il faut s'éloigner.

²⁷¹ *Ibid.*

²⁷² Gaspar Melchor de Jovellanos (1744 à Gijón – 1811 à Puerto de Vega) embrasse d'abord une carrière ecclésiastique ; mais ses études l'amènent à exercer la charge d'alcade (juge, magistrat, plus généralement chef administratif de l'exécutif local) à Séville. Après s'être adonné à la dramaturgie et à la traduction, de Jovellanos s'intéresse à des thèmes plus généraux. Il étudie l'histoire, la politique, et l'économie, et rédige plusieurs traités de ces sujets. L'échec de son mandat en tant que ministre de la Justice porte le coup de grâce aux politiques éclairées en Espagne : à l'aube du XIX^e siècle, les nobles conservateurs font tout pour anéantir les dernières velléités réformatrices du pays. À ce sujet, voir A. R. DE LA PEÑA, « Biografía de Gaspar Melchor de Jovellanos (1744-1811) », *Biblioteca virtual Miguel de Cervantes* [en ligne], consulté le 22/05/2022.

²⁷³ Parmi les traductions d'auteurs européens des Lumières publiées en Espagne entre 1812 et 1814, on peut citer G. FILANGIERI, *Cienca de la legislación*, Madrid, 1813 ; J.-J. ROUSSEAU, *El contrato social, ó principios del derecho político*, Valence, 1812 ; G. B. DE MABLY, *Derechos y deberes del ciudadano*, Cadix, 1812 ; É. B. DE CONDILLAC, *Cursio de estudios para la instruccion del príncipe de Parma*, traduit par B. A. Carsi, Cadix, 1813 ; P. THIRY D'HOLBACH, *La moral universal ó los deberes del hombre fundados en su naturaleza*, Madrid, 1812.

Comme pour les Lumières avant eux, ce qui est ancien est archaïque ; ce qui est archaïque n'a plus lieu d'être dans une société moderne et rationnelle. Or, l'ambition universaliste des Lumières permet de surpasser la diversité des interprétations, l'hétérogénéité des auteurs et la plus ou moins forte vigueur du mouvement philosophique selon les pays ; il existe, au début du XIX^e siècle, une réelle tension européenne vers la modernisation du droit. L'Empire ajoute un nouveau facteur à cette opposition entre conservatismes et Lumières. Les codes napoléoniens apparaissent comme une synthèse de deux mouvements : l'un qui consiste à consacrer certains principes révolutionnaires (codification, sécularisation, égalité des droits, etc.) ; l'autre qui consiste à revenir à certaines règles de l'ancien droit français. Dès lors, la connaissance de l'ancien droit sert aux auteurs réformateurs, car ils en font un contre-modèle. La situation est particulière en Espagne, où la production doctrinale témoigne d'une réaction violente contre les philosophes et les Lumières – et ce, malgré la réunion des *Cortes* de Cadix. La littérature juridique européenne qui se préoccupe de la modernisation du droit national entre 1811 et 1814 témoigne de deux raisonnements : la réflexion sur l'ancien droit (A) conduit à la recherche de remèdes ; mais l'occupation française et l'implantation de son modèle juridique influent sur l'appréhension des Lumières (B).

A) Une remise en question européenne de l'ancien droit

Il est intéressant de constater que le dénominateur commun de ce type d'ouvrages semble être au mieux une certaine prudence, au pire un rejet hostile de l'ancien droit. Le caractère obscur, irrationnel et archaïque de la société traditionnelle est dénoncé quel que soit le pays. Pour le Napolitain Gioacchino Ungaro²⁷⁴, c'est grâce à un miracle divin que « l'Homme n'a plus le cruel destin de fuir la lumière comme un animal nocturne »²⁷⁵. L'étendue et la difficulté de

²⁷⁴ Gioacchino Ungaro (1737 - ?) naît baron de Monteiasi ; son mariage avec Teresa Borgia à Naples fait de lui un duc. Nous disposons de peu d'informations à son sujet, si ce n'est son travail constant afin de résorber les problèmes économiques de son pays. Ungaro hérite du domaine de Villa Castelli en 1793 ; aristocrate érudit, il s'investit particulièrement dans la gestion de l'agriculture et met l'accent sur la petite propriété foncière, qui selon lui doit être la base de toute société. Sous sa direction, la localité prospère et un nombre croissant d'habitants viennent s'y installer, attirés par des baux ruraux avantageux. Ungaro exprime notamment ses convictions dans son *Prospetto economico-politico-legale del regno di Napoli*, publié en 1807. À ce sujet, voir R. BLONDI, « Villa Castelli : dal feudo al comune. Le grandi trasformazioni agrarie del duca Gioacchino Ungaro », *Riflessioni. Umanesimo della Pietra*, n°11, 1988, p. 17 à 25.

²⁷⁵ G. UNGARO, *Raccolta di memorie...*, op. cit., p. VII.

l'ancien droit sont dénoncées par Filippo Foderà²⁷⁶. Alors que la partie continentale de son royaume est occupée par les Français, le Sicilien décrit les anciennes compilations en matière pénale comme « la plus étrange des mosaïques »²⁷⁷. Il déplore ainsi le retard de la Sicile par rapport à la vague réformatrice européenne :

« [...] Dans presque dans toutes les Nations, une foule immense d'écrivains [...] s'occupèrent d'illustrer cette importante branche de la Législation par les lumières de la Philosophie la plus raffinée ; et les Nations européennes cultivées, après que les idées utiles se furent répandues partout, qu'elles eurent réclamé les droits de la raison, et chassé les préjugés honteux qui avaient si longtemps tyrannisé les esprits de l'Europe, s'occupèrent sérieusement de la réforme de la Législation criminelle [...]. La Sicile seule était encore dans un état de léthargie, et [...] vivait dans la même barbarie que sept siècles auparavant, alors qu'elle avait eu tant d'excellents modèles à suivre »²⁷⁸.

Le système pénal est une cible récurrente des critiques des Lumières. En témoigne un auteur moins connu : le Modénais Muratori²⁷⁹, qui publie en 1742 *Des défauts de la jurisprudence*

²⁷⁶ Filippo Foderà (1789 à Agrigento – 1837 à Palerme) suit un cursus brillant en droit à l'université de Palerme et devient un avocat respecté, excellent en plaidoirie. Dans sa jeunesse, il est marqué par les Lumières et l'aura de la Révolution française, tout comme son frère cadet Michele ; médecin de formation, ce dernier séjourne dix ans à Paris pour ses études et en revient avec la volonté d'enseigner la philosophie aux siciliens. L'engagement total de Foderà dans son travail et sa mort prématurée mettent un coup d'arrêt à son œuvre doctrinale, qui s'annonce pourtant importante : dès ses vingt ans, il se spécialise en droit pénal et se passionne pour l'utilitarisme, notamment benthamien. Ses *Principi della legislazione criminale* témoignent d'une approche méthodique et scientifique et d'une ouverture sur les systèmes étrangers. L'ouvrage connaît un certain succès lors de sa publication, à tel point que Foderà sera reconnu par son compatriote, le juriste comparatiste Emerico Amari, comme son « unique prédécesseur ». À ce sujet, voir P. FIORENTINI, *Nel Regno delle Due Sicilie. Intellettuali, potere, scienze della società nella Sicilia borbonica*, Catane, Edizioni del Prisma, 2008, p. 23 et 66 à 67.

²⁷⁷ F. FODERÀ, *Principi della legislazione criminale e della riforma dei Codici criminali*, Palerme, 1813, p. 14.

²⁷⁸ « [...] quasi presso tutte le Nazioni, una immensa folla di Scrittori, [...] si occupò ad illustrare que sto importante ramo della Legislazione co' lumi della più raffinata Filosofia ; e le colte Nazioni Europee, dopo che le utili idee eransi da per tutto diffuse, rivendicati i diritti della ragione, e sgombrati i vergo gnosi pregiudizi, che avevan per tanto tempo tiranneggiato gl' ingegni di Europa, si erano seriamente occupate della riforma della Criminale Legislazione [...]. La sola Sicilia giaceva ancora nel letargo, e [...] viveva nel la stessa barbarie di sette secoli avanti, non ostantechè tanti eccellenti modelli avesse avuto da seguire » (F. FODERÀ, *Principi della legislazione...*, *op. cit.*, p. 8 à 9).

²⁷⁹ Ludovico Antonio Muratori (1672 à Vignola – 1750 à Modène) est un ecclésiastique, diplomate, historien. Diplômé en philosophie et en droit, il commence une carrière d'archiviste, avant d'être embauché en 1700 par Renaud III d'Este, prince de Modène ; celui-ci venait de s'allier par mariage avec la maison de Hanovre et désirait que l'on retrace les liens entre les deux dynasties. Son travail mis à l'arrêt par une invasion française en 1702, il creuse ses connaissances littéraires et rédige des ouvrages traitant de poésie ou d'esthétique. En 1712, il essaie de justifier juridiquement l'invasion par d'Este et l'empereur Joseph I^{er} de la ville de Comacchio, annexée aux États pontificaux depuis 1598. Cette entreprise lui donne le goût de l'historiographie et engendre un travail monumental dans ce domaine, travail qui lui vaudra une renommée européenne : *Antichità estensi ed italiane* (1717-40), *Rerum italicarum scriptores* (1723-38), *Antiquitates italicæ medii ævii* (1738-42), ou encore *Annali d'Italia* (1744-49). *Dei difetti della giurisprudenza* (1742) est son titre le plus connu. Voir C. E. TAVILLA, « Muratori, Ludovico Antonio », *Il Contributo italiano alla storia del Pensiero: Diritto*, Rome, Enciclopedia Italiana, 2012, mis en ligne sur *Treccani*, consulté le 22/05/2022.

(*Dei difetti della giurisprudenza*²⁸⁰). C'est un bilan critique de l'état du droit italien, notamment de son imprégnation par le droit romain et la langue latine. Cette position peut apparaître comme la suite logique du parcours de Muratori, qui, bien qu'ecclésiastique, a déjà manifesté une position anti-romaine lors de la controverse de Comacchio²⁸¹. Muratori décrit le droit de Justinien comme omniprésent dans toute la péninsule, s'attache à reconnaître ses immenses qualités... puis débouche sur une ironie : cet ancien droit est si excellent que les avocats de toute l'Italie cherchent à le tordre ou à l'écartier²⁸². En Espagne, l'ancien droit fait partie de ce que les députés des *Cortes* de Cadix désignent comme « les restes de l'abus et de l'ignorance des siècles barbares »²⁸³. Les travers de l'ancien droit sont déjà dénoncés par des auteurs représentants de l'*Aufklärung* à la fin du XVIII^e siècle ; au siècle suivant, ils sont suivis par des juristes impliqués dans les projets de codification des États germanophones, comme l'Autrichien Franz Zeiller, père de l'ABGB. Dans le commentaire de son code, publié entre 1811 et 1813, Zeiller prévient qu'on ne pourra « jamais espérer l'harmonie des lois » si l'on laisse subsister « dans un État, à côté d'un amas informe de lois indigènes dispersées, un droit

²⁸⁰ L. A. MURATORI, *Dei difetti della giurisprudenza*, Venise, 1742.

²⁸¹ À ce sujet, voir M. BRAGAGNOLO, « Droit et histoire, Muratori et la critique de la papauté à travers ses sources inédites du XVI^e siècle », *Droits antiromains XVI^e-XIX^e siècles. Juridictionnalisme catholique et romanité ecclésiastique*, Lyon, Chrétiens et sociétés. Documents et Mémoires, 2017, p. 129 à 147.

²⁸² « [...] la scienza legale, bisogna confessarlo, ha anch'essa de i difetti intrinseci, non men della morale e della medicina, alle quali non mai si potrà apprestare rimedio valevole alcuno. Il primo vien dalle leggi stesse. Dovrebbero queste esser chiare, con termini ben esprimenti la mente del legislatore; ma nè pur tutte quelle, che abbiamo nel corpo del Gius di Giustiniano, o ne gli statuti di varie città, portano in sè questo pregio; e però si rendono soggette a varie interpretazioni; e massimamente perchè il linguaggio latino de i testi civili senza l'aiuto dell'erudizione ben sovente comparisce scuro, e di sentimenti dubbiosi. [...] i sottili osservatori delle leggi, per accomodarle al loro bisogno, lambiccano ogni parola, ogni sillaba, virgola e punto, e mettono in forse quello che ha voluto dire, ma forse non ha assai limpidamente espresso il legislatore. Mi è avvenuto di vedere una strepitosa lite per l'eredità di un principe morto ab intestato, disputata fra gli agnati dall'un canto, e i figliuoli della sorella dall'altro. Dovea deciderla lo statuto d'una città. E s'io dirò, che questa città si gloria d'essere la madre de gli studi, tosto si figurerà ciascuno, che su questo punto sarà stata ben chiara la determinazione de' suoi dottissimi maggiori. E pure non andò così. Lo sforzo de gli avvocati si dell'una che dell'altra parte tutto versò in tirar dalla sua le parole dubbiose dello statuto, con restar in fine deciso in favor dell'agnazione [...] la science du droit, il faut l'avouer, a ses propres défauts intrinsèques, comme ceux de la morale et de la médecine, pour lesquels on ne pourra jamais trouver de remède valable. La première provient des lois elles-mêmes. Elles doivent être claires, avec des termes qui expriment bien la pensée du législateur ; mais toutes celles que nous avons dans le corps de la loi de Justinien, ou dans les statuts de diverses villes, ne portent pas en elles-mêmes ce mérite ; et par conséquent elles se rendent susceptibles de diverses interprétations ; et surtout parce que la langue latine des textes civils, sans le secours de l'érudition, paraît souvent obscure, et de sentiments douteux. [...] les observateurs subtils des lois, pour les adapter à leurs besoins, scrutent chaque mot, chaque syllabe, chaque virgule et chaque point, et mettent en doute ce que le législateur a voulu dire, mais qu'il n'a peut-être pas exprimé très clairement. J'ai vu une grande dispute sur l'héritage d'un prince mort intestat, entre les agnats d'une part et les enfants de sa sœur d'autre part. Elle devait être décidée par le statut d'une ville. Et si je dis que cette ville se targue d'être la mère du savoir, chacun s'imaginera bientôt que sur ce point la détermination de ses plus savants dirigeants aura été très claire. Mais ce n'était pas le cas. Les efforts des avocats des deux parties ont été concentrés sur la mise en évidence des termes douteux de la loi, et finalement, la décision a été prise en faveur de l'agnation] » (L. A. MURATORI, *Dei difetti...*, *op. cit.*, p. 11).

²⁸³ F. MARTINEZ MARINA, *Teoría de las Cortes ó grandes juntas nacionales de los reinos de Leon y Castilla*, t. 1.,

libre (comme le droit romain), composé d'opinions diverses de jurisconsultes en conflit les uns avec les autres, et inapplicable à bien des égards dans les circonstances actuelles »²⁸⁴. Cette notion d'« amas » se retrouve mot pour mot chez le professeur d'Heidelberg Anton Thibaut. Son pamphlet de 1814, que nous étudierons plus en détail par la suite, témoigne d'une véritable rancœur envers l'ancien droit :

« Nos vieux codes allemands, dont il existe encore un assortiment varié dans beaucoup de nos pays, sont parfois une expression vigoureuse de la véritable manière allemande d'être [...]. Mais ils ne répondent souvent pas aux besoins de notre époque, ils montrent partout les traces de l'ancienne grossièreté et de l'étroitesse d'esprit, et ne peuvent en aucun cas servir de codes généraux communs ; sur ce point, les experts étaient et sont encore unanimes. En outre, bien que les lois nationales particulières qu'ils contiennent - les ordonnances du souverain - aient souvent apporté un progrès à une institution particulière, il ne s'agit en général que d'une amélioration timide sur un point de détail, tandis que l'ensemble de la masse confuse est en de nombreux endroits étouffée par son propre poids »²⁸⁵.

Il faut remarquer que ces préoccupations correspondent à celles que partageait une partie des auteurs en Europe, et ce même avant la promulgation des codes napoléoniens : comme les partisans de l'*Illuminismo* ou ceux de l'*Ilustración*, Thibaut porte une attaque sévère contre ce qu'il juge être un droit incompréhensible et incertain ; comme les libéraux italiens et espagnols, il regrette la complexité pluriséculaire de son droit national. Pour appuyer sa critique de l'ancien droit, il n'hésite pas à citer Voltaire :

« Dès qu'un pas d'une certaine longueur est franchi en Allemagne, on entre dans un autre territoire juridique ; cela est vrai, comme Voltaire l'a déjà observé, mais où s'en trouve la justification ? Certainement pas du fait que, de ce côté-ci d'un ruisseau, le soleil brille d'une manière tout à fait différente de celle de l'autre ; mais du fait qu'aucun législateur ne se réunit pour délibérer avec son voisin, et que chacun doit gouverner tranquillement sa maison tout seul en matière morale et

²⁸⁴ F. E. ZEILLER, *Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesammten deutschen Erblander der oesterreichischen Monarchie*, vol. 1, Vienne, 1811, p. 20.

²⁸⁵ « Unsre altdeutschen Gesetzbücher, deren es in vielen Ländern noch wieder ein buntes Allerlen gibt, sprechen wohl da und dort den einfachen germanischen Sinn Kräftig aus [...]. Allein daß sie häufig ben Bedürfnissen unsrer Zeit nicht entsprechen, überall die Spuren alter Roheit und Kurzsichtigkeit an sich tragen, und in keinem Fall als allgemeine, umfassende Gesetzbücher gelten können, darüber war und ist unter den Kennern nur Eine Stimme. Was sich sonst noch von einheimischen Particular- Gesetzen an sie schließt - die Landesherrlichen Verordnungen, - hat zwar häufig über diese oder jene einzelne Einrichtung etwas Gutes nachgetragen ; aber alles ist doch in der Regel ein surchtsames Bessern im Kleinen, und die ganze verwirrete Masse wirt mehrentheils durch sich selbst erbrüdet » (A. F. J. THIBAUT, *Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland*, Heidelberg, 1814, p. 13).

civile »²⁸⁶.

Face à ce constat négatif, les auteurs s'attachent à proposer des solutions ; dans de nombreux cas, celles-ci impliquent une codification. C'est sans compter, dans le cas espagnol, avec l'importance des auteurs conservateurs, que l'occupation française pousse à adopter des réactions anti-Lumières.

B) L'invocation des Lumières, entre volonté de réforme et rejet du système français

Un désir commun lie Thibaut et Foderà : celui de la codification du droit – civil pour Thibaut, pénal pour Foderà. Thibaut considère qu'une codification nationale serait à la fois la conséquence et l'atout d'une science moderne du droit :

« Pour faire plaisir aux savants, je commencerai par considérer la question d'un point de vue scientifique : quel avantage incalculable pour la véritable éducation supérieure des serviteurs de la loi, des maîtres et des disciples ! Jusqu'à présent, il était impossible à quiconque, même au théoricien le plus laborieux, de couvrir l'ensemble du droit et de le maîtriser complètement. Tout le monde a excellé dans un aspect ou un autre, et à mille lieux, la nuit et les ténèbres ! Nous n'avons bénéficié d'aucun des avantages inestimables de l'action réciproque des différents membres de la science du droit. Un code national simple, puissamment élaboré dans l'esprit allemand, sera, en revanche, pleinement accessible à tous les esprits, même médiocres, et nos avocats et nos juges seront enfin en mesure d'avoir à portée de main le droit vivant actuel applicable à chaque cas »²⁸⁷.

Cette insistance à l'égard du côté pratique, didactique d'un code national fait écho au lien historique entre la théorie philosophique et l'éducation : les *Aufklärer* sont patriotes ; ils ont une

²⁸⁶ *Ibid.*, p. 55 à 56.

²⁸⁷ « Zuerst, den Gelehrten zu gefallen, die Sache nur von der wissenschaftlichen Seite betrachtet : welcher unendliche Gewinn für die wahre, höhere Bildung der Diener des Rechts, der Lehrer und Lernenden! Bisher war es unmöglich, daß irgend Jemand, und wäre er auch der fleißigste Theoretiker gewesen, das ganze Recht übersehen, und mit Geist gründlich durchdringen konnte. Jeder hatte höchstens nur seine starken Seiten; an tausend Orten Nacht und Finsterniß ! Von den unschätzbaren Wertheilen des Uebersebens der Wechs selwirkung aller einzelnen Glieder der Rechtswissenschaft ist uns nichts zu Theil geworden. Ein einfaches National Gesetzbuch, mit Deutscher Kraft im Deutschen Geist gearbeitet, wird dagegen jedem auch nur mittelmäßigen Kopfe in allen seinen Theilen zugänglich renn, und unsre Anwälde und Richter werden dadurch endlich in die Lage kommen, daß ihnen für jeden Fall das Recht lebendig gegenwärtig ist » (A. F. J. THIBAUT, *Über die Notwendigkeit... op. cit.*, p. 25 à 26).

conscience aigüe de leur place en société, et de la nécessité de travailler à la réalisation du bien commun. Cela peut expliquer que la plupart des philosophes allemands du XVIII^e siècle soient précepteurs²⁸⁸. L'importance de l'éducation est par exemple exaltée par Friedrich Carl von Moser²⁸⁹, inspiré par Montesquieu et Rousseau, qui en fait l'un des piliers de la construction du *NationalGeist* ou « esprit national » – une notion qui préfigure l'émergence du sentiment national allemand au siècle suivant²⁹⁰. On peut aussi voir dans cette approche pédagogique l'empreinte de Christian Wolff²⁹¹, surnommé par Hegel « l'instituteur de l'Allemagne ». L'auteur, très apprécié à Berlin – notamment par les juristes issus de la communauté protestante²⁹² – est également rattaché à l'*Aufklärung* : les Lumières allemandes sont étroitement liées à l'école de droit naturel par leur volonté d'observation rationnelle du monde. Wolff est un des auteurs à s'être le plus rapproché du changement de paradigme voulu par la codification prussienne moderne. Sa série *Jus Naturae*, parue entre 1740 et 1749, illustre le basculement entre deux ères doctrinales : Wolff part de notions, de principes juridiques, quand le droit romain part de cas particuliers ; il décrit un droit naturel systématique et syllogistique, quand le droit romain est jurisprudentiel et casuistique. Il est donc assez logique qu'après la

²⁸⁸ G. RAULET, « L'idée d'éducation dans les Lumières allemandes », *Archives de Philosophie*, vol. 42, n°3, 1979, p. 422 à 423.

²⁸⁹ Friedrich Karl von Moser (1723 à Stuttgart – 1798 à Ludwigsbourg) termine ses études de droit à Iéna ; en 1743, il entame sa carrière en assistant son père dans un cabinet diplomatique et juridique. Il enchaîne ensuite les charges publiques, d'administrateur du comté de Falkenstein à premier ministre de Hesse-Darmstadt. Ses passages dans les administrations sont jalonnés de conflits : on lui reproche un style de gouvernance autoritaire. Issu d'une famille de l'ancienne noblesse ; à 46 ans, il se voit octroyer le titre de baron par Joseph II. En parallèle, Moser continue de s'intéresser à la théorie du droit, domaine dans lequel il rédige plusieurs ouvrages. Son principal apport doctrinal, le « Nationalgeist », ne connaît pas de grand succès de son vivant ; au contraire, il semblerait que la présentation du concept par Moser souffre d'imprécisions, et n'offre jamais de définition précise. À ce sujet, voir G. CHRIST, « Moser, Friedrich Carl Freiherr von », *Neue Deutsche Biographie* [en ligne], vol. 18, 1997, consulté le 22/05/2022 ; N. VASZONYI, « Montesquieu, Friedrich Carl von Moser, and the “National Spirit Debate in Germany” », *German Studies Review*, vol. 22, n°2, 1999.

²⁹⁰ G. RAULET, « L'idée d'éducation ... », *op. cit.*, p. 423.

²⁹¹ Christian Wolff (1679 à Breslau – 1754 à Halle) est un mathématicien et un philosophe, professeur à l'université de Leipzig puis vice-directeur de l'université de Halle. La formation en dialectique reçue au collège des jésuites le marque dans son travail de philosophe. Wolff propose une vision globalement optimiste de l'univers, puisque selon lui, la nature a fait les choses à la perfection : ainsi, le bien et le mal doivent coexister, puisque qu'ils font partie de l'ordre naturel ; retirer tout le mal du monde amènerait à en retirer tout le bien. En cela, Wolff s'inspire de la pensée de Leibniz, mais il parvient à la théoriser d'une manière plus claire et plus accessible. Auteur prolifique, il construit entre 1730 et 1749 un corpus de plus de deux cents ouvrages couvrant une large variété de thèmes (Ontologie, Logique, Philosophie pratique, Théologie naturelle, Psychologie empirique, Psychologie rationnelle, Droit naturel...). Cette production, au systématisme tenant de la géométrie, connaît un succès important dans les facultés. Des critiques lui sont pourtant faites : le style wolffien est jugé trop pédant, et sa psychologie rationnelle est considérée comme un paralogisme par Kant dans sa *Critique de la raison pure*. À ce sujet, voir M. THOMANN, « Wolff ou Wolf Christian von (1679-1754) », *Encyclopædia Universalis* [en ligne], consulté le 22/05/2022 ; W. SCHRADER, « Wolff, Christian », *Allgemeine Deutsche Biographie* [en ligne], vol. 44, 1898, consulté le 22/05/2022.

²⁹² F. HARTWEG, *op. cit.*, p. 45.

disgrâce dans laquelle l'a plongé Frédéric-Guillaume I^{er}, Wolff ait été rappelé au professorat par Frédéric II²⁹³ : le roi-philosophe trouve dans l'œuvre wolffienne un écho de sa volonté codificatrice²⁹⁴.

Ainsi Thibaut, à la fois patriotique et rationnel, n'écarte pas une inspiration française quand il s'agit d'imaginer le code allemand idéal ; or, la codification napoléonienne tire elle-même une partie de ses principes de la pensée des Lumières. Cette parenté va au-delà de la volonté d'organisation et de rationalisation du droit : le Code d'instruction criminelle de 1808 puis le Code pénal de 1810, par exemple, doivent beaucoup, par-delà le premier moment révolutionnaire et le moment réactionnaire²⁹⁵, aux penseurs italiens tels que Filangieri et surtout Beccaria²⁹⁶. Ce dernier inspire Bentham, qui à son tour est lu par Foderà ou les *Cortes* espagnoles. Parce que la codification française sort de ce bain de culture philosophique européenne, il paraît naturel qu'elle soit admise par les auteurs éclairés au début du XIX^e siècle.

Il semble pourtant que la volonté codificatrice se soit contentée de traverser le Siècle des Lumières jusqu'aux dernières années de l'Empire, soit comme prolongement, soit comme alternative à la codification française. Ainsi Foderà cite à l'envi Monstesquieu²⁹⁷, aux côtés de Beccaria²⁹⁸ et de Filangieri ; mais lorsqu'il défend un projet de code pénal, il fait référence à la production française pour justifier sa mise à l'écart, comme celle d'autres modèles existants :

²⁹³ La méthode déductive et rationaliste de Wolff est supposée capable de prouver les faits les plus divers, dont des vérités théologiques telles que l'existence de Dieu. Cette ambition effare ses confrères, des professeurs piétistes, qui le dénoncent pour athéisme à Frédéric-Guillaume I^{er} ; en 1723, ce dernier produit un rescrit contre Wolff, qui doit fuir la Prusse pour échapper à la peine de mort. Il faut attendre 1740 pour que Frédéric II, enthousiasmé par la production wolffienne, mette fin à son exil et lui octroie le poste de vice-directeur de l'université de Halle. À ce sujet, voir M. THOMANN, « Wolff... », *op.cit.*

²⁹⁴ La relation entre les deux hommes se dégrade par la suite : dans ses mémoires en 1775, Frédéric II se montre sévère envers Wolff, « qui ruminait le système de Leibnitz et rabâchait longuement ce que l'autre avait écrit avec feu ». FRÉDÉRIC II, *op.cit.*, p. 61 à 62.

²⁹⁵ S. SOLIMANO, « L'établissement de l'ordre juridique napoléonien : le rôle de Guy Jean-Baptiste Target », *Forhistiuris* [en ligne], 2004, consulté le 22/05/2022 ; du même auteur, *Verso il Code Napoléon. Il progetto di Codice civile di Guy Jean Baptiste Target (1798-1799)*, Milan, Giuffrè, 1998, p. 69 s. ; C. BOUGLÉ, « Le code d'instruction criminelle de 1808 », *La procédure et la construction de l'État en Europe (XVI^e-XIX^e siècles). Recueil de textes, présentés et commentés*, Rennes, Presses Universitaires de France, 2011, p. 604 s. ; S. SOLEIL, « Le jury criminel en procès. Les opinions doctrinales des auteurs français (1750-1830) », *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, 2021, p. 763 s.

²⁹⁶ É. CLÉMENT, « Le droit selon Beccaria » *Revue juridique de l'Ouest*, 2014, p. 43.

²⁹⁷ F. FODERÀ, *Principi della legislazione...*, *op. cit.*, p. XIX et 256 à 273.

²⁹⁸ « Un Illustre Italiano additò il nuovo sentiero, che bisognava battersi, e lo precorse egli il primo con un opuscolo, che sarà sempre considerato, come la pietra fondamentale della nuova sublime scienza [Un Italien illustre a indiqué la nouvelle voie à suivre, et il a été le premier à l'anticiper avec un pamphlet qui sera toujours considéré comme la pierre fondamentale de la nouvelle science sublime] » (*Ibid.*, p. XI à XII).

« Quels sont ces codes que l'on nous propose ? Le français ? L'anglais ? L'autrichien ? Le Toscan ? Ce n'est pas ici le lieu de vous montrer leur imperfection, ni de vous faire remarquer que, si on les appliquait à nos circonstances, il faudrait les détruire presque entièrement ; je vous dis seulement que, si nous pouvions avoir un code parfait, avec un succès plus certain, et avec moins de fatigue, nous devrions rejeter les propositions infâmes [...] »²⁹⁹.

En parallèle, l'inspiration benthamienne de Foderà est omniprésente : le terme « utilità » apparaît cent-trente-neuf fois dans son ouvrage. L'auteur entend même combler les éventuelles lacunes de la pensée de Bentham, et invite le lecteur à juger s'il y est parvenu³⁰⁰. Les ouvrages de Bentham sont apportés par les troupes britanniques, appelées à l'aide contre l'occupant français ; ils sont rapidement traduits, et auront un tel succès qu'après la guerre, les *Cortes* prendront en charge leur impression à l'échelle nationale³⁰¹. La situation est d'ailleurs décrite par José María Blanco White³⁰² qui, exilé à Londres, a un accès direct aux écrits benthamiens. Il s'exprime ainsi sur la *Tactique des assemblées législatives*, essai sur la pratique parlementaire, dont le Suisse Dumont prépare une édition³⁰³ :

« Un ouvrage de ce genre n'est qu'un objet de curiosité pour l'Angleterre, où les règles qui régissaient le parlement, ont la sanction de l'expérience de tant d'années ; mais combien de lumières pourrait-il donner aux tribunaux d'Espagne dans les doutes qu'ils doivent nécessairement exciter

²⁹⁹ « Quali sono questi codici, che ci vengono proposti ? Il Francese ? L'Inglese ? L'Austriaco ? Il Toscano ? Non è questo, o Concittadini il luogo di mostrarvi la loro imperfezione, nè di farvi rilevare, che dovendoli applicare alle nostre circostanze si dovrebbero quasi interamente distruggere ; vi dico solamente, che potendose avere un Codice perfeto, con più sicuro successo, e con minor fatica, son da rigettarso le infamante proposte [...] » (F. FODERÀ, *Principi della legislazione...*, *op. cit.*, p. 145).

³⁰⁰ « Se io abbia assegnato i veri dati del Calcolo morale, se io abbia supplito tutto ciò, che manca a Bentham, e presentato il sistema della Legislazione criminale sotto vedute nuove, ed importanti, ne giudicherà il giudizioso Leggitore, se si vorrà dar la pena di mettere a confronto la mia opera de principi, con tutte quelle, che su lo stesso soggetto mi han preceduto [Si j'ai donné les véritables données du Calcul moral, si j'ai suppléé à tout ce qui manque à Bentham, et présenté le système de la Législation criminelle sous des vues nouvelles et importantes, le lecteur judicieux en jugera, s'il prend la peine de comparer mon ouvrage de principes avec tous ceux qui m'ont précédé sur le même sujet] » (*Ibid.*, p. XVII).

³⁰¹ É. HALÉVY, *La formation du radicalisme philosophique II. L'évolution de la doctrine utilitaire de 1789 à 1815*, Paris, Presses Universitaires de France, 1995, p. 181.

³⁰² José María Blanco White, né Banco y Crespo (1775 à Séville – 1841 à Liverpool) est un éditorialiste majeur de son époque : lorsque le début de la Guerre d'indépendance le pousse à fuir à Londres, il décide de profiter de son exil pour fonder *El Español*, une revue périodique en langue espagnole qui devient rapidement un élément incontournable de la presse hispanique. Blanco White couvre notamment les développements politiques de l'Espagne, dont la réunion des *Cortes* et la situation de Ferdinand VII, ainsi que l'émergence des revendications indépendantistes en Amérique du Sud. À son sujet, voir J. GOYTISOLO, *José María Blanco White, El Español et l'indépendance de l'Amérique hispanique*, Lyon, Presses Universitaires de Lyon, 2016.

³⁰³ J. BENTHAM, *Tactique des assemblées législatives, suivie d'un traité des sophismes politiques*, traduit par É. DUMONT, Genève, 1816.

avant de pouvoir fixer leur régime intérieur, doutes à la solution desquels les exemples qu'ils ont dans les règles de la maison d'Angleterre ne suffiront peut-être pas ! Ceux-ci doivent, sans doute, être la base de leur système ; mais lorsque la diversité des circonstances montrera quelque grave inconvénient à les appliquer, et qu'il sera nécessaire d'établir quelque chose de nouveau, et quel avantage ce sera d'avoir en vue les observations d'un homme de profonde méditation, qui a déduit ses principes de la pratique du parlement lui-même ! »³⁰⁴

L'influence anglaise transparaît également dans l'œuvre de Foderà. La Sicile insulaire adopte sa propre Constitution la même année que les Espagnols adoptent la leur à Cadix, en s'inspirant du système anglais ; Foderà vante l'excellence du système pénal britannique, qu'il décrit comme un « code » – alors même que la Grande-Bretagne n'en possède pas au sens strict à l'époque, et ne parviendra jamais à en promulguer un :

« Pendant que toute l'Europe était dans l'ignorance de la philosophie criminelle, pendant que triomphaient des pratiques barbares, plus propres à opprimer l'innocence qu'à réprimer le crime, il brillait dans une île de l'Europe une législation criminelle, qui, bien qu'elle eût autant de défauts que toute autre, se distinguait par la rectitude de ses principes, et par l'esprit de philanthropie qu'elle manifestait. J'ai entendu parler du Code criminel d'Angleterre ; et l'intérêt de le connaître à fond m'a obligé à en traiter dans un livre particulier, parce que ce Code, plein d'excellentes maximes, me donne un passage facile à la philosophie moderne de la législation criminelle »³⁰⁵.

Il est possible d'en conclure que dans leurs écrits, alors que l'avenir de leur pays est encore incertain, des auteurs allemands, italiens comme espagnols sont capables d'envisager une éventuelle codification nationale en prétendant ne pas s'inspirer des codes napoléoniens. Il leur suffit, pour cela, d'enjamber la codification napoléonienne pour remonter directement à l'une

³⁰⁴ « Una obra de este género es solo un objeto de curiosidad para Inglaterra donde las reglas que dirigen el parlamento, tienen la sancion de la experiencia de tantos años ; mas, quanta luz podria dar a las cortes de España en las dudas que necesariamente han de excitarse antes de que puedan fixar su régimen interno, dudas a cuya resolucion acaso no alcanzarán los exemplos que tienen en las reglas de la cámara de Inglaterra ! Estas deben ser, sin duda, cimientto de su sistema ; pero quando la diversidad de circunstancias haga ver algun grave inconveniente en aplicarlas, y sea menester establecer algo de nuevo i quanta ventaja seria tener a la vista las observaciones de un hombre meditador profundo, que ha deducido sus principios de la práctica del mismo parlamento ! » (J. M. BLANCO WHITE, *El Español*, vol. 1, Londres, 1812, p. 436).

³⁰⁵ « Mentre però tutta l'Europa era immersa nella ignoranza della criminale filosofia, mentre trionfavano le barbare pratiche atte più presto ad opprimere l'innocenza, che a raffrenare il delitto, risplendeva in un Isola dell' Europa una criminale Legislazione, la quale benchè avesse al quanti difetti comuni a tutte le altre, distingue vasi però per l'aggiustatezza de' suoi principj, e per lo spirito di filantropia, che vi era sparso. Io sento parlare del Codice criminale d'Inghilterra ; l'interesse di conoscerlo appieno mi ha obbligato a trattarne in un libro particolare, molto più, che questo Codice pieno di eccellenti massime mi appresta un facile passaggio a trattare della moderna filosofia della Legislazione criminale » (F. FODERÀ, *Principi della legislazione...*, op. cit., p. X à XI).

de ses sources, la philosophie des Lumières. Celle-ci est assez européenne pour être utilisée par des auteurs de tout pays du continent ; et dans le même temps, elle contient assez de courants pour que chaque pays se la réapproprie, et lui donne le cadre qui lui convient.

Cet aspect hétéroclite sert autant les libéraux que les conservateurs : tandis que les libéraux en quête de modernité utilisent les Lumières pour promouvoir la réforme tout en contournant le système français, les conservateurs rattachent les Lumières à la Révolution française, et par extension, aux codes napoléoniens qui en seraient les héritiers. Ce raisonnement est particulièrement visible dans la littérature anti-Lumières qui se développe en Espagne aux alentours de 1812. Le système napoléonien est une attaque contre l'ancien ordre européen, notamment en ce qu'il serait anticlérical, comme l'était la Révolution et les Lumières qui l'ont inspirée ; c'est par exemple l'opinion d'un certain Maestro Salmon dans son *Résumé historique de la révolution espagnole* :

« La religion a toujours été un obstacle insurmontable aux gloires de tout conquérant. La nation qui est renforcée et unie par les liens et les attaches de la vraie religion et de la doctrine est très difficile, voire impossible, à soumettre et à subjuguier. [...] Napoléon était bien persuadé de cette vérité quand, s'occupant de la conquête ou de la ruine des États de Rome, il conseillait au docteur Servelloni de préparer les peuples et les sujets du pape à mépriser la doctrine catholique, en leur faisant désirer la ruine de leur religion et de leur profession, en commençant par la confiscation des biens du clergé et en les livrant à l'ignominie du charlatanisme. [...] C'est en ces termes que Frédéric II, Voltaire, le marquis d'Argens, M. D'Alembert et plusieurs autres s'expliquent dans les échanges épistolaires qu'ils ont eus pendant plusieurs années dans le but de détruire la religion catholique, comme on peut le voir dans les ouvrages du premier ; maximes que Bonaparte a étudiées et qu'il a voulu mettre en pratique [...] »³⁰⁶.

³⁰⁶ « La religion siempre ha sido un obstáculo insuperable para las glorias de todo conquistador. La nación que está fortalecida y unida con los vínculos y lazos de la verdadera religion y doctrina es muy difícil, por no decir imposible, de rendirse y subyugarse. [...] Bien persuadido de esta verdad estaba Napoleon quando tratando de la conquista ó ruina de los estados de Roma, aconsejaba al Doctor Servelloni preparase ante todas cosas los pueblos y súbditos del Papa al desprecio de la doctrina católica, haciéndoles desear la ruina de su religion y profesion dando principio por la enagenacion de los bienes del Clero y entregando á este á la ignominia del charlatanismo. [...] En estos términos se explicaban un Federico II, un Voltaire, marques de Argens, Mr. D'Alambert [sic], con otros varios en la conferencia epistolar que tuvieron por muchos años con objeto de destruir la religion católica, como se pue de ver en las obras del primero : maximas que estudió Bonaparte, y quiso poner en execucion [...] » (P. MAESTRO SALMON, *Resumen historico de la revolucion de España, que contiene todos los sucesos ocurridos en el año de 1809 desde la evacuacion de la Galicia por las tropas francesas hasta la batalla de Ocaña, con una breve descripcion de las guerrillas llamadas partidas, y de la felicidad que ha ofrecido, y dado Napoleon a la España*, Cadix, 1812, p. 136 à 137).

Cette dénonciation des Lumières françaises se retrouve dans une revue nommée *l'Ami de la Vérité*, parue entre 1812 et 1813 sous la direction de Manuel Traggia³⁰⁷ ; la ressemblance va jusqu'à l'énumération des philosophes, quasiment dans le même ordre :

« Pour que le peuple chrétien ouvre les yeux, et ne se laisse pas tromper par les longues paroles des philosophes, qui, après s'être imprégnés des maximes françaises, sous les noms dorés de régénération, de bonheur, de liberté, &c., ont enseveli cette nation dans la guerre et l'esclavage les plus horribles, sachez qu'ils ont maintenant, ou peuvent avoir, les mêmes idées contre l'Espagne, et soyez avertis de deux choses : la première, c'est qu'étant hommes, Espagnols aussi bien que Français, nous sommes tous exposés aux mêmes erreurs et aux mêmes tromperies. L'expérience et le résultat que nous voyons de la liberté, de la régénération et du bonheur tant proclamés par ces philosophes impies, soutenus par Frédéric II roi de Prusse, Voltaire, Alembert, marquis d'Argens et autres, devraient nous faire trembler devant ceux qui reprennent leurs voix [...] »³⁰⁸.

Ces diverses acceptions des Lumières témoignent d'une préoccupation commune : celle de se détacher de l'influence française. Soit parce que les auteurs rejettent en bloc le système napoléonien, soit parce qu'ils en perçoivent les avantages techniques, mais entendent moderniser leur droit national sans se montrer redevables du modèle juridique de l'occupant. Les Lumières se situent au carrefour entre libéraux et conservateurs ; leurs auteurs sont utilisés tantôt comme cautions pour des réformes, tantôt comme répulsifs contre l'influence française. Nous nous trouvons ainsi face à un courant universaliste du XVIII^e siècle qui, à l'aube du siècle suivant et en contact avec les codes napoléoniens, produit des réactions nouvelles dans la littérature juridique.

³⁰⁷ M. de Santo Tomás Traggia (vers 1755 à Saragosse - ?) perd sa mère peu après sa naissance. Il se destine très tôt à une carrière ecclésiastique pour suivre les traces de son père, entré dans les ordres suite au décès de son épouse. En 1788, il interrompt l'écriture d'une *Histoire ecclésiastique* pour suivre son frère en France. Son séjour fait de lui un ennemi farouche de la Révolution française, et par extension des Lumières. Rentré en Espagne, il rédige une vingtaine d'ouvrages religieux (collections de proverbes, sermons, oraisons) entre 1794 et 1805. L'invasion des français le pousse à s'exiler de Cadix à Majorque. Il y poursuit son travail antirévolutionnaire et crée, entre autres, la revue *El Amigo de la Verdad*. Parmi ses autres textes contre les Lumières, on peut notamment citer *Dudas sobre el valor de la Constitución española*, ouvrage dans lequel il entend démontrer l'illégitimité de la Constitution de Cadix. À son sujet, voir G. NOVALES, « Traggia, fray Manuel de Santo Tomás (ca. 1755 - ?) », *MCNBiografias* [en ligne], consulté le 22/05/2022.

³⁰⁸ « Para que el pueblo christiano abra los ojos y no se dexa engañar con palabras lisongeras de los filósofos, que habiendo bebido las máximas francesas, baxo los dorados nombres de regeneracion, felicidad libertad & c. han sepultado aquella nacion en la mas horrible guerra y esclavitud, sepa que ahora tienen, ó pueden tener las mismas ideas contra la España, y deben advertir dos cosas : la primera es, que siendo hombres los españoles como los franceses, todos estamos expuestos á iguales errores y engaños. La experiencia y el resultado que vemos de la libertad, regeneracion y felicidad tan proclamada por aquellos filósofos impíos, sostenida por Federico II rey de Prusia, Voltaire, Alambert, marques de Argens y otros, nos debe hacer temblar de los que toman sus [...] voces » (M. TRAGGIA, *El amigo de la Verdad*, n°22, Valence, 1813, p. 373).

Il est possible d'observer la même alchimie pour un autre système de droit universaliste qui au début du XIX^e siècle, entre volonté de modernisation du droit et rejet politique des codes napoléoniens, acquiert un nouveau statut : le droit romain.

Section 2. Réformes et ordonnancement juridique romain

Cette brève section vise à examiner un phénomène spécifique à la période étudiée. En effet, dans les dernières années de l'Empire, le droit romain se retrouve dans une position paradoxale : d'un côté, il est critiqué pour sa désuétude et sa non-adaptation aux besoins nationaux, de l'autre, il continue d'être salué comme un modèle formel de réorganisation du droit. Là encore, les Lumières ont infusé la littérature réformatrice : le droit romain peut toujours être utilisé, mais en tant que modèle de synthèse et de clarté législative. Cette voie spécifique de modernité engendre notamment un « réflexe compilateur » qui traverse plusieurs pays d'Europe tout au long du XVIII^e siècle. Ce premier élan codificateur constitue la charnière entre les compilations anciennes et la codification moderne. La Bavière entame la codification de son droit pénal dès 1751, de sa procédure civile en 1753 et de son droit civil en 1756³⁰⁹. Hors des territoires allemands, des codes « éclairés » (ou des projets de codes) fleurissent un peu partout sur le continent, portés par des souverains amis des philosophes. Parmi les plus notables, Catherine II de Russie, proche de Diderot, publie son *Nakaz* en 1767³¹⁰ ; en 1786, Léopold de Toscane, conseillé par Beccaria, promulgue la *Leopoldina* qui abolit la peine de mort pour la première fois en Europe ; Joseph II, inspiré par l'expérience prussienne, propose une codification de la procédure civile pour les Pays-Bas autrichiens en 1787³¹¹.

³⁰⁹ A. GAILLET, « La question de la codification en Allemagne : de la querelle Savigny-Thibaut (1814), à l'entrée en vigueur du BGB (1900) », *La marche vers le Code civil chinois* [en ligne], 8 février 2016, Toulouse, p. 2.

³¹⁰ CATHERINE II, *Instructions adressées par sa Majesté l'Impératrice de toutes les Russies à la commission établie pour travailler à l'exécution du projet d'un nouveau code de Loix*, 1767. La première page s'ouvre sur une brève note : « Seigneur ! Donne-moi tes lumières et la raison, que je puisse juger ton peuple selon ta sainte loi et suivant la vérité ». À ce sujet, voir A. MONNIER, « Diderot et la leçon de Saint-Pétersbourg », *Revue des études slaves*, t. 56, fascicule 4, 1984, p. 573 à 589 ; L. PÉROL, « Les idées de Diderot sur l'Empire à l'épreuve du voyage en Russie » [en ligne], *Siècles*, n°7, 2003, p. 91 à 109.

³¹¹ JOSEPH II, *Code civil de l'empereur Joseph II, ou Règlement de la procédure civile pour les Pays-Bas autrichiens*, Bruxelles, Lemarié, 1767. À ce sujet, voir S. DUBOIS, « La publication des ordonnances dans les Pays-Bas autrichiens. Souveraineté, légalité, publicité », *Légiférer, gouverner et juger : Mélanges d'histoire du droit et des institutions (IX^e-XXI^e siècles) offerts à Jean-Marie Cauchies à l'occasion de ses 65 ans*, Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, 2016.

La Prusse se distingue. A l'inverse des expériences allemandes qui visaient à compiler l'ensemble du droit appliqué³¹², Frédéric II porte un regard qualitatif : il ne s'agit pas seulement de compiler tout l'ordre juridique de son État, mais également de le clarifier, de le systématiser³¹³. Il confie d'abord cette tâche au chancelier Samuel von Cocceji³¹⁴, dont le travail préparatoire illustre l'influence des deux universalismes : le *Project eines Corporis Juris Fridericiani*, dont le nom est inspiré du corpus justinien, entend cependant régler la question de l'héritage romain en le déclarant inapplicable tel qu'il est présent dans le Code Justinien³¹⁵ ; le Code Frédéricien répond d'abord à des impératifs modernes de raison et de clarté³¹⁶. Cocceji souhaite élaborer un véritable système de droit, dont les différents éléments sont en cohérence³¹⁷. Si ce projet ne connaît pas de suite, il ouvre cependant la voie à une codification du droit prussien : Frédéric II fait une nouvelle tentative qui débouche la promulgation d'un nouveau code en 1781, portant sur la procédure civile ; puis le mariage prend un second volume en 1782, et enfin les sûretés en 1785. Le projet prévoit la sortie de huit volumes supplémentaires, mais Frédéric II meurt en 1786. La codification finit par aboutir en 1794, avec la promulgation de l'*Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten* (ALR). Ainsi, la première révolution rationalisatrice et modernisatrice du droit civil part bien d'un État allemand, dix ans avant le Code Napoléon ; et elle utilise comme squelette une structure romaine. Ce réflexe codificateur « romanisant » apparaît, à la fin de l'occupation

³¹² Y. CARTUYVELS, *op.cit.*, p. 94 à 95.

³¹³ *Ibid.*, p. 98 à 99.

³¹⁴ Samuel von Cocceji (1679 à Heidelberg – 1755 à Berlin) est un juriste et homme d'État, chancelier de Prusse entre 1747 et 1755. D'abord professeur, il s'intéresse très tôt à la réforme judiciaire ; nommé président de la cour supérieure de justice en 1723, il imagine une unification des lois de son pays au sein d'un livre, et s'inquiète pour l'impartialité des juges, dépendants de la noblesse. Si Frédéric-Guillaume Ier le destitue pour ses prises de position trop avant-gardistes, son successeur Frédéric II reconnaît sa valeur et perçoit l'intérêt de l'immense réforme proposée par von Cocceji. En 1747, celui-ci se voit confier la réforme de la justice, dans le cadre de laquelle il prépare le Code Frédéric. Il décède seulement quatre ans après la publication du projet inabouti ; il faudra attendre encore une quarantaine d'années pour que soit promulgué l'*Allgemeines Landrecht*. À ce sujet, voir E. DÖHRING, « Cocceji, Samuel Freiherr von », *Neue Deutsche Biographie*, vol. 3, 1957, p. 301 à 302.

³¹⁵ Il faut ajouter à cela que Frédéric II ne connaît que quelques bases de latin, son père ayant ordonné à ses précepteurs de ne pas lui apprendre cette langue. De fait, le « roi Philosophe » n'est pas très sensible au droit romain car il ne le comprend pas ; et ce, malgré le fait que ce soit peut-être le seul droit commun à tous les territoires de son royaume. À ce sujet, voir J. ECKERT, « 200 Jahre Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten : Zur neueren Literatur », *Der Staat*, vol. 36, n°4, 1997, p. 622 à 639.

³¹⁶ « Code Frédéric ou corps de droit, pour les États de Sa Majesté le roi de Prusse ; fondé sur la Raison, et sur les constitutions du pays ; dans lequel le roi a disposé le droit romain dans un ordre naturel, retranché des lois étrangères, aboli les subtilités du droit romain, et pleinement éclairci les doutes et les difficultés, que le même droit et les commentateurs avaient introduit dans la procédure ; établissant de cette manière un droit certain et universel » (Frontispice du *Project eines Corporis Juris Fridericiani*, traduit de l'allemand par A. A. DE C., conseiller privé du roi, 1753).

³¹⁷ Y. CARTUYVELS, *op.cit.*, p. 100.

napoléonienne, comme une alternative à la modernisation à la française. Dans ce contexte particulier, le droit romain n'est pas utilisé comme force de résistance à la modernisation : il apparaît au contraire comme une passerelle vers l'acceptation d'une certaine organisation du droit.

La codification-collection est par exemple promue par un certain Francesco Alvarado, dans son *Marteau sur les philosophes libéraux du jour (La maza de fraga sobre los filosofastros liberales del dia*³¹⁸) en 1812. Il s'agit d'une série de lettres ouvertes adressées aux libéraux qui s'inspirent des philosophes français ; Alvarado y manifeste une position certes anti-française, mais ouverte à une modernisation du droit national respectueuse de l'histoire espagnole. Il reconnaît que l'ancien droit espagnol comporte des défauts ; il ne se résout pas, cependant, à les éliminer par une table rase comme ont essayé de le faire les Français. Dans la première de ses lettres, Alvarado blâme directement les « Français impies »³¹⁹ dans la perversion de la littérature juridique, et les accuse d'avoir inspiré les *Cortes* pour leur programme de réformes – il s'approche en cela de Salmon et de Triggia. Dans sa logique, la nouvelle codification telle qu'elle est prévue par Cadix serait le résultat direct du poison distillé par les Lumières françaises, reprises par Napoléon dans ses codes. Par conséquent, la prise de pouvoir des *Cortes* serait une occasion manquée pour une réforme du droit fidèle à l'esprit de la nation espagnole, et une trahison au profit d'une codification d'inspiration française.

« En France, les gens ne peuvent pas se réunir pour adorer Dieu à l'insu de Napoléon ; et en Espagne, Napoléon est adoré aux dépens du gouvernement. Dernièrement, les *Cortes* se sont réservé le seul pouvoir législatif. Avec lui, ils nous auraient fait un bien infini, s'ils l'avaient appliqué [...] à l'extermination des abus [...]. Qu'ont donc fait les *Cortes* ? Ils ont promulgué une multitude de lois nouvelles, qui ont provoqué d'immenses discussions, et qui ont abouti à ce mal réel que la nouveauté apporte toujours, surtout quand les circonstances l'imposent. Malheur à nous ! Un de nos maux était la multitude des lois ; et maintenant le remède qui nous est donné est de nous jeter d'autres lois. Nous connaissions déjà les avantages et les inconvénients de celles que nous avons ; maintenant nous allons entrer dans une région inconnue, où nous ne savons pas si nous rencontrerons plus d'inconvénients que dans celle-là »³²⁰.

³¹⁸ F. ALVARADO, *La maza de fraggo sobre los filosofastros liberales del dia : ó cartas críticas del filósofo rancio, que impugna á la antigua y no á la francesa, los aplaudidos dictámenes de los mas acreditatos liberales reunidos en Cádiz*, Madrid, 1812.

³¹⁹ *Ibid.*, p. 3 à 4.

³²⁰ F. ALVARADO, *La maza de fraggo...*, *op. cit.*, p. 51 à 52.

Alvarado en profite pour exalter les qualités des « codes de tous les siècles ». Il se réfère ici aux anciennes compilations législatives de la péninsule, dont la dernière en date est la *Novísima Recopilación* parue seulement sept ans auparavant :

« Nous savions que pour les premières [lois], la sagesse, l'expérience, les codes de tous les siècles avaient été consultés ; nous craignons que dans celles qui vont nous être données, il n'y ait [...] pas plus d'expérience que celle que nous présentent les horreurs dans lesquelles l'Europe est engagée, et pas plus de codes que ceux des nouveaux rédacteurs, dont la sagesse, la science et la prudence se sont bien manifestées à ceux qui lisent leurs ouvrages avec discernement et réflexion »³²¹.

Plusieurs auteurs polonais se signalent par des démarches compilatrices. Comme le précise Félix Bentkowski dans son ouvrage *Sur les premiers livres imprimés en Pologne (O najdawniejszych księżkach drukowanych w Polsce*³²²), un seul recueil a reçu un sceau royal lui conférant valeur juridique : le recueil des statuts dit « du roi Alexandre », contenant un série d'anciennes lois, de privilèges, des lois féodales et les traités des chevaliers teutoniques³²³. On décèle ici une différence avec l'Espagne, qui a institutionnalisé la compilation de son droit : de fait, excepté le statut lituanien, les recueils de lois polonaises sont privés. C'est le cas du recueil *Des droits et principes de la gouvernance rurale (Prawa I Zasady Rządu Wiejskiego*³²⁴), rédigé par Ignacy Lubicz Czerwinski : dans une conjoncture critique pour la survie de la Pologne, Czerwinski revient aux fondamentaux de son droit national, en accordant une importance primordiale au droit rural. Il est possible de se demander si l'auteur est motivé par une nécessité pragmatique : celle de restaurer au plus vite les campagnes pour produire rapidement de la nourriture, dans un pays qui souffre depuis 1808 des ponctions des troupes françaises. Comme Alvarado, Czerwinski reconnaît les lacunes de l'ancien système polonais et admet la nécessité de sa modernisation :

« Les auteurs qui ont donné à notre gouvernement le nom d'Anarchie [...] ont voulu dire que c'était

³²¹ « Sabiamos que para las principales se habian consultado la sabiduría, la experiencia, y los códigos de todos los siglos : tememos que en las que se nos van á dar no obren [...] mas experiencia que las que nos presentan los horrores en que se ve envuelta la Europa, ni mas códigos que los de los nuevos publicistas, cuya providad ; ciencia y prudencia es bien manifiesta á los que leen sus obras con discernimiento y reflexion » (*Ibid.*, p. 52).

³²² F. BENTKOWSKI, *O najdawniejszych księżkach drukowanych w Polsce, a w szczególności o tych, które Jan Haller w Krakowie wydał*, Varsovie, 1812.

³²³ F. BENTKOWSKI, *O najdawniejszych księżkach...*, *op. cit.*, p. 48.

³²⁴ I. L. CZERWINSKI, *Prawa I Zasady Rządu Wiejskiego*, Przemyśl, 1812.

un gouvernement sans ordre, ou bien que l'absence de pouvoir public et la prépondérance des pouvoirs privés [...] ne donnaient au gouvernement qu'une façade, et qu'à cause des superstitions et des abus, il aurait pu être coincé pendant des siècles »³²⁵.

De même Piekarski³²⁶ reconnaît lui aussi les difficultés du vieux droit polonais, éparpillé parmi différentes sources :

« La collection des lois en huit volumes épars est indispensable à presque tous les Polonais, car les volumes contiennent non seulement les lois susmentionnées, mais aussi l'histoire nationale, les journaux des Seyms, les traités et les affaires privées, qui sont non seulement très nombreux, mais qui rendent l'étude du droit national [...] très fastidieuse et longue »³²⁷.

Piekarski annonce en langue latine le plan de son *Zbiór praw* ; deux parties, l'une consacrée aux personnes (*de Jure Personarum*), l'autre aux choses (*de Jure rerum*). Il suit en cela son prédécesseur Ostrowski : ce dernier annonçait dans le titre même de son ouvrage un « ordonnancement à la romaine » ; il traite successivement les personnes, les choses, les contrats, puis les infractions et leurs sanctions. Les Polonais poursuivent donc une dynamique compilatrice dont la dynamique justinienne est relativement récente dans le pays³²⁸. Leur but premier est de réorganiser leur ancien droit, et d'en simplifier l'accès aux justiciables.

Les commentateurs des codes et les modernisateurs partagent un objectif commun : le progrès technique de leur droit national. Si une partie de cette littérature juridique ne s'intéresse pas directement aux codes français, voire les critique, elle n'en garde pas moins un attachement à des principes de rationalisation du droit ; principes qu'elle tient de doctrines antérieures, celles des Lumières du siècle précédent. Notre étude démontre la diversité des opinions en la matière : il existe autant de Lumières que de pays européens, il existe autant de méthodes de modernisation que d'auteurs ; ces méthodes impliquent ou non les codes français, exigent ou

³²⁵ « Nayprzysiaźnieysi nam pisarze dawanemu rządowi nadając imie Anarchii, [...] chcieli zaświa łączyć, że to był rzał bes porządku, albo raczey że niedostatek siły publiczney, ula przewagi sił prywatnych, w miejsce światła, dawał rządowi taki tylko zlepez, iaki od przesądów i nadużyciów, mógł być wie kami uklecony » (I. L. CZERWINSKI, *Prawa I Zasady*, p. 1 à 2).

³²⁶ Cf. *supra*.

³²⁷ « Każdemu prawie Polakowi Zbiór Praw w ośmiu Tomach rozrzuconych nietayny, dla tego, że Xięgi nietylko tak nazwane Prawa, lecz Historyą Narodowe, Dzienniki Séymów, Traktatów i materye prywatne obéymuięc nie jednego obszernością od czytania odstra szaią, a Naukę Prawa Narodowego [...] i wiele czasu zajmuiącą czynią » (Fr. B. PIEKARSKI, *Zbiór praw polskich...*, *op. cit.*, p. 1 à 2).

³²⁸ Cf. *supra*.

non une évolution radicale, et interrogent sur l'héritage des théories philosophiques du XVIII^e en Europe. Face à cette littérature hétéroclite, mais unie dans son regard vers l'avenir, on remarque une autre catégorie d'auteurs : ceux qui n'envisagent pas leur avenir sans le passé.

Titre II. Penser les codes par référence à l'histoire

Dans la seconde moitié du XVIII^e, les doctrines juridiques européennes restent traversées par une variété d'influences et de sources, parmi lesquelles les traditions (coutumes, ordonnances et édits des princes, droit romain, jurisprudence des cours souveraines) continuent à jouer un rôle central, puisqu'il s'agit du droit effectivement appliqué par les tribunaux. Que devient cette littérature lors de l'occupation française ?

Il y a d'une part, les pays dans lesquels la transposition des codes français a été faible ou absente. En effet, cette implantation n'a été ni uniforme ni facile. Les États allemands présentent un exemple édifiant de cette diversité. Si l'on s'attarde sur le Code civil, il serait possible de dire qu'il existe autant d'importations que d'États. Imposé avec fermeté sur les territoires de la rive gauche du Rhin, puis – avec retard – dans les nouveaux territoires français au sein de la Confédération du Rhin, le Code aura plus de difficulté à être introduit dans les États qui préexistaient à la Confédération. Au sein de ces pays, les gouvernants, sur les conseils des auteurs de doctrine, adoptent souvent des postures nuancées, ce qui retarde – parfois de façon significative – la transposition des codes napoléoniens dans l'ordre juridique national³²⁹. Parfois d'ailleurs, Napoléon lui-même refuse cette transposition par exemple en Hesse, parce qu'il craint que l'unité juridique ne conduise à l'unité politique allemande : « l'Allemagne, dit-il à une délégation de Hesse, l'Allemagne n'existe plus, il n'y a plus d'Allemands ! »³³⁰. De même, en Espagne, l'ampleur de l'assimilation française est à nuancer. Les textes promulgués par Joseph Bonaparte n'ont, pour la plupart, reçu aucune application ou une application entravée aussi bien par souci de préserver l'opinion publique que du fait des défaites militaires³³¹. Dans

³²⁹ À ce sujet, voir P.-L. WEINACHT, « Les États de la confédération du Rhin face au Code Napoléon », *Napoléon et l'Europe : Colloque de la Roche-sur-Yon* [en ligne], Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2002, consulté le 22/05/2022.

³³⁰ P.-L. WEINACHT, « Le pour et le contre d'une réception du Code Napoléon par les États de la confédération du Rhin », *Ordre et désordre dans le système napoléonien*, Paris, La Mémoire du droit, 2003, p. 291 s.

³³¹ À ce sujet, voir S. SOLEIL, *Le modèle juridique français dans le monde. Une ambition, une expansion (XVI^e-*

tous ces territoires où la transposition des codes a été interdite ou freinée, on décompte de façon logique peu ou pas de travaux consacrés à leur application et de nombreux travaux consacrés à l'héritage national.

Il y a d'autre part, les pays où les codes ont été effectivement promulgués. La surprise vient de la vitalité d'une littérature juridique qui ignore les codes transposés pour s'attacher aux traditions nationales. Il y a le poids des habitudes éditoriales. En outre, la transposition des codes français fonctionne comme un révélateur des traditions. Promulguer un code sur le modèle français permet en effet de prendre conscience de ce qui constituait jusqu'à présent le droit national et que le nouveau code prétend en partie abroger. C'est pourquoi, dans tous les territoires occupés, les codes napoléoniens rencontrent des indifférents qui privilégient l'héritage de l'ancien droit ; cette littérature, que l'on pourrait qualifier de traditionaliste, au sens de la préférence assumée pour la tradition juridique, préfère faire l'éloge du droit national (*Chapitre III – Défendre les traditions juridiques nationales*). Mais les codes provoquent également – et c'est une déflagration dans le paysage juridique européen – un rejet total et argumenté : celui de Rehberg et Savigny, un rejet qui préfigure une nouvelle voie, celle de l'École historique (*Chapitre IV – Rejeter la codification*).

XIXe siècle), Paris, IRJS éditions, 2014, p. 239 à 250 ; X. ABE BERRY MAGESCAS, *Le gouvernement central de l'Espagne sous Joseph Bonaparte (1808-1813). Effectivité des institutions monarchiques et de la justice royale*, Thèse droit, Paris XII, 2001.

Chapitre III. Défendre les traditions juridiques nationales

La relation à l'ancien droit présente, dans les pays occupés, des convergences qui distinguent ces pays de la France à la même époque. En France, l'ancien droit désigne le droit tel qu'il était connu et pratiqué avant la Révolution française. C'est un ensemble de règles, de principes et d'institutions qui ont été abolis par les révolutionnaires français. Or, les territoires occupés n'ont pas vécu, dans leur propre histoire nationale, le bouleversement politique et juridique qu'a traversé la France entre 1789 et 1799. La notion d'ancien droit en Europe ne doit donc pas être confondue avec ce qu'elle signifie en France : pour certains auteurs des pays occupés, elle signifie le droit national, ses traditions, par opposition à l'universalisme affiché du modèle français. Le droit traditionnel est pour eux une assurance de sécurité juridique et de stabilité en même temps qu'un système adapté au peuple qu'il régit. Il faut refuser les modernisations qui portent la marque de l'étranger et de la Révolution française : radicalité, terreur, égalité des droits, sécularisation du droit civil. Ainsi, entre 1811 et 1814, une partie des juristes européens ont encore en tête ce qu'eux et leurs prédécesseurs ont connu – leur ancien droit national.

La littérature traditionaliste qu'ils produisent peut s'expliquer de plusieurs façons. D'un côté, de manière pragmatique, certains ouvrages s'inscrivent dans des séries de publications qui portent sur un point particulier du droit national et qui ne tiennent pas compte des événements politiques, tandis que d'autres s'adaptent à la conjoncture : le suspens de la littérature juridique correspond à celui de l'avenir des codes. D'un autre côté, de façon plus idéologique, plusieurs auteurs instrumentalisent les codes français dans le but d'exalter les traditions juridiques nationales. Cette double façon de faire se matérialise aussi bien à l'égard des droits locaux ou droits « du pays », « de la patrie », « de la nation », c'est-à-dire les législations, les statuts et les coutumes propres à chaque territoire occupé (Section 1), qu'à l'égard du *ius commune*, le droit romain utilisé comme droit commun (Section 2).

Section 1. L'éloge des droits du pays

Il ne nous appartient pas de déterminer les raisons pour lesquelles la Révolution s'est produite en France et pas ailleurs en Europe ; cependant, il est clair qu'elle a engendré une réaction immédiate de la part des monarchies européennes. Elles voient la Révolution comme une opportunité éventuelle de profiter du désordre en France, puis comme une menace, celle de la contamination du continent par les nouveaux principes votés et appliqués par la « Grande Nation »³³². La suite leur donne raison : les conquêtes révolutionnaires sont motivées par des prétentions universalistes, y compris un universalisme juridique, puisque la Déclaration des Droits de l'Homme a vocation à libérer et régir toute l'Humanité. Les conquêtes napoléoniennes prolongent et accentuent ce processus grâce aux constitutions, aux codes, aux institutions administratives et judiciaires transposés à l'étranger. Par réaction, une partie des juristes des pays occupés continue à étudier, à commenter, à structurer, voire à louer, le droit du pays. Dans la plupart des cas, la fragmentation juridique que l'on observait dans la France d'ancien régime demeure une réalité dans les anciennes monarchies européennes ; la notion même de droit national est floue, car sur des territoires tels que l'Allemagne, l'Italie ou l'Espagne, l'éclatement juridique est le reflet d'un éclatement politique. Par opposition, les codes français matérialisent un droit national et uniforme qui semble avoir fondu les droits locaux antérieurs et avoir supprimé la fragmentation juridique³³³.

Le traitement des droits locaux par les codes français découle de deux phénomènes qui s'entrechoquent à la fin du XVIII^e siècle. Le premier est l'intérêt grandissant de la doctrine française pour l'histoire de ses droits locaux, qui conduit à une recherche de l'essence nationale

³³² « Le principe de la « Grande Nation », qui prend vie en 1797, est issu des succès militaires français de l'automne 1792. Certes appelée de leurs vœux par de nombreux patriotes étrangers, l'arrivée des armées françaises, avec son lot de pillages et de contributions forcées, modère cependant l'enthousiasme et le principe perd de sa force persuasive lorsque les populations sont confrontées aux réalités de l'annexion. La « Grande Nation » française relève davantage d'une politique velléitaire de conquêtes que d'une aspiration des peuples qui bientôt constituent les républiques-sœurs. Enfin, cette doctrine, ainsi que le caractère fluctuant du nouveau régime mis en place en octobre 1795, ouvrent la porte à l'arrivée des généraux et de l'armée sur la scène politique intérieure. Bonaparte s'y engouffre, Napoléon le suit » (M. BIARD et P. DUPUY, *La Révolution française*, Paris, Armand Colin, 2020, p. 247 à 248).

³³³ « Soumis à un seul roi et donc en principe à une même loi, les habitants du royaume vivaient encore, au XVIII^e siècle, sous l'empire de règles de droit privé qui variaient d'une province à l'autre, d'un *pays* à l'autre, voire d'une ville à l'autre » (J.-L. HALPÉRIN, *L'impossible Code...*, *op. cit.*, p. 19).

du droit – c'est à la fin du XVI^e qu'apparaît le terme « droit français »³³⁴, malgré l'échec de la royauté à harmoniser l'ordre juridique³³⁵, au-delà de la fixation des coutumes³³⁶ et de la promulgation d'ordonnances générales³³⁷. Ainsi, au fur et à mesure que la monarchie française gagne en puissance et que l'État se renforce, les juristes exaltent davantage les coutumes rédigées, y voyant un « vray droict civil et commun »³³⁸. Cette évolution doctrinale et les

³³⁴ Parmi les premiers traités de droit français, Jean-Louis Thireau cite notamment « les *Responses ou décisions du droit françois...* (1579) et les *Pandectes ou Digeste du droit françois* (1596) de Louis Le Caron, l'*Institution au droit des François* de Guy Coquille, publiée en 1607, après la mort de son auteur, mais probablement rédigée dans les années 1580, les *Institutes coutumières* d'Antoine Loisel (1603) » (J.-L. THIREAU, « Droit national et histoire nationale : les recherches érudites des fondateurs du droit français », *Droits*, n°38, 2003, p. 44).

³³⁵ « De saint Louis à Louis XVI, les souverains n'ont cessé de rêver à la renommée que ne manquerait pas de leur apporter ce grand œuvre. Rêve de gloire bien sûr, mais rêve d'autorité en raison de la maîtrise des sources du droit que leur vaudrait une unification entièrement conduite sous leur contrôle. Rêve d'unité enfin pour un royaume et son peuple soumis à une seule et même loi » (R. RIGAUDIÈRE, « Un rêve royal français : l'unification du droit », *Comptes rendus des séances de l'Académie des Inscriptions et Belles-Lettres*, n°4, 2004, p. 1555).

³³⁶ Le mouvement de rédaction des coutumes connaît son paroxysme au XVI^e, apportant une simplification bienvenue du paysage juridique. À ce sujet, voir J.-L. HALPÉRIN, *L'impossible Code...*, *op. cit.*, p. 20 ; J. HILAIRE, « Un cliché énigmatique. Une interprétation de la "carte de la France coutumière" », *La Vie du droit*, Paris, Presses Universitaires de France, 1994, p. 157 à 184.

³³⁷ « Ce vaste ensemble comporte l'ordonnance civile (1667), l'ordonnance des eaux et forêts (1669), l'ordonnance criminelle (1670), l'ordonnance du commerce (1673), l'ordonnance de la marine (1681), enfin l'ordonnance relative à la "police des Îles de l'Amérique", dite *Code noir* (1685) » (J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit*, Paris, Presses Universitaires de France, 2017, p. 94).

³³⁸ Le développement de l'État monarchique nécessite de renforcer la sécurité et l'harmonie juridiques pour un meilleur contrôle du territoire et une plus grande indépendance vis-à-vis des puissances étrangères ; dans cette perspective, l'exaltation de la coutume présente un réel intérêt, en ce que cette source est détachée à la fois du droit canonique et du droit romain. De plus, l'aspect contractuel de leur rédaction leur donne une place à part parmi les sources du droit national : parce qu'elles sont profondément attachées à des territoires et aux peuples qui y vivent, les coutumes sont les normes juridiques les plus traditionnelles, les plus illustratives des forces vives de la nation. En 1539, Charles Du Moulin commente la coutume de Paris ; il use alors d'une notion féodale, le fief, pour remonter aux origines de sa création et démontrer qu'elle n'est aucunement le fait du droit romain, mais bien le produit d'une norme juridique indépendante, « un *jus primitivum* et *nativum* de la nation française ». Cette révérence nouvelle se retrouve également chez Guy Coquille, dont la carrière même le place des deux côtés de la coutume : en tant que procureur général et théoricien de la monarchie absolue, il entend promouvoir une homogénéisation du droit sous l'autorité de la Couronne ; mais en tant qu'historien, il vit au plus près des racines territoriales de la coutume. Dans le commentaire de sa *Coutume du Nivernais*, l'auteur affirme donc le caractère particulier et populaire de sa coutume, y voyant le « vrai droit civil et commun » des Nivernais. Mais il n'hésite pas à recommander, avec quelques précautions, aux praticiens de se tourner d'autres coutumes du royaume – et surtout la coutume de Paris (G. COQUILLE, *La coutume de Nivernais, accompagnée d'extraits du commentaire de cette coutume*, v. 1590, réédité par Paris, A. Dupin, 1864, p. 83). Ainsi, de la seconde moitié du XVI^e siècle jusqu'à la Révolution, la question de la coutume en France passe définitivement d'une logique féodale à une logique étatique : ce qui est au départ un moyen pratique d'affirmer la royauté (tri entre ce qui entrera dans la coutume rédigée et ce qui en sera écarté, gestion des oppositions seigneuriales et paroissiales) devient un outil théorique, répondant à une volonté de trouver et de faire triompher l'idée d'un « vrai droit français ». Le matériau de base, c'est-à-dire le coutumier, est disséqué et réorganisé au-delà de son intérêt pratique, afin d'en faire un ensemble homogène et cohérent – une « architecture du droit ». Cette reconstruction historique des coutumes est rendue d'autant plus aisée par le développement des techniques d'imprimerie, qui permettent de mieux mettre en avant les commentaires, de distinguer anciennes et nouvelles versions ou d'accoler des sources externes. Car les auteurs français de l'époque ne se contentent pas des nouvelles rédactions de coutumes, celles qui sont appliquées : ils en exhument des anciennes qui n'ont en principe plus aucun intérêt pratique. C'est par exemple la démarche d'Antoine Loisel qui, dans ses *Mémoires de Beauvais et Beauvaisis*, évoque Philippe de Beaumanoir et ses

multiples questions qu'elle engendre³³⁹ sont interrompus par un deuxième phénomène, brutal celui-ci : la table rase révolutionnaire. Alors qu'ils tentent d'anéantir l'ancien droit – dont les droits locaux font partie, les révolutionnaires poursuivent ironiquement le rêve des rois : celui de l'unification du droit national. Mais le bilan en la matière est mitigé³⁴⁰ ; les révolutionnaires réforment surtout en matière constitutionnelle, et parviennent à promulguer un seul code : le premier Code pénal français³⁴¹. Les codes napoléoniens semblent réaliser le projet révolutionnaire d'uniformisation et de modernisation³⁴² ; néanmoins, il convient de rappeler que leurs rédacteurs ont moins d'aversion pour l'ancien droit. Napoléon cherche avant tout à restaurer la paix civile ; il en résulte que ses codes accordent plusieurs concessions aux droits locaux³⁴³. Le Code civil n'a donc pas intégralement anéanti les droits locaux français ; il leur a,

Coutumes de Beauvaisis, y voyant « le premier, le plus grand, et le plus hardi œuvre qui ait été composé sur les coutumes de France » (A. LOISEL, *Mémoires des pays, villes, comté et comtes, évesché et évesques, pairrie, commune et personnes de renom de Beauvais et Beauvaisis*, Paris, 1617, p. 203 à 204).

³³⁹ En effet, comment extraire de cette palette de sources diverses une couleur unique, et quelle en serait la teinte dominante ? Celle du droit romain – et dans ce cas, le droit romain « pur » tel qu'il aurait été transmis depuis la Gaule romaine, ou le droit de Justinien redécouvert au XI^e siècle ? Celle du droit coutumier – pan du droit aux origines plus obscures encore, tantôt attribué aux Gaulois, tantôt aux tribus germaniques ? Ces tentatives de systématisation du droit français engendrent entre autres la fameuse cartographie binaire de l'Ancien droit français, entre un nord coutumier et un sud de droit écrit ; démarcation atténuée par l'historiographie récente. J.-L. THIREAU, « Droit national... », *op. cit.*, p. 40 à 50.

³⁴⁰ Les révolutionnaires n'accomplissent pas l'unification du droit civil. Les projets successifs présentés par Cambacérès entre 1793, 1794 et 1796 se soldent par un échec ; il en va de même pour ceux de Target et Jacqueminot entre 1798 et 1799. J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit...*, *op. cit.*, p. 110.

³⁴¹ Ce dernier sera d'ailleurs le premier code français, avant les codes napoléoniens, à être commenté à l'étranger, notamment par les Anglais pendant le procès de Marie-Antoinette. À ce sujet, voir G. GUYON, *La controverse de la codification en Angleterre (XIX^e s.)*. *Le droit pénal anglais au miroir du modèle Napoléonien*, à paraître aux Presses Universitaires de Rennes.

³⁴² En effet, la loi du 30 ventôse an XII dispose, en son article 7 : « À compter du jour où ces lois sont exécutoires, les lois romaines, les ordonnances, les coutumes générales ou locales, les statuts, les règlements, cessent d'avoir force de loi générale ou particulière dans les matières qui sont l'objet desdites lois composant le présent code » (COLLECTIF, *Loi sur la réunion des lois civiles en un seul corps, sous le titre de Code civil des Français*, 30 ventôse an XII (21 mars 1804), Musée Criminocorpus [en ligne], le 28 novembre 2012, consulté le 22/05/2022).

³⁴³ Selon Jacques Poumarède, ces concessions se font deux façons. Les rédacteurs procèdent d'abord à la consécration écrite de certaines normes coutumières au sein même du Code, ce que Portalis appelle une « transaction entre le droit écrit et les coutumes » (J. POUMARÈDE, « De la fin des coutumes... », *op. cit.*, p. 179 à 180). Cela donnera d'ailleurs lieu à une étude aux allures de jeu de piste par Henri-Jean Baptiste Dard, qui dans un ouvrage de 1805, part à la chasse à l'ancien droit dans le Code et en démontre l'héritage important. Il y reprend le texte selon une méthode exégétique, article par article, en les annotant ; il précise ainsi, selon le cas, si « cette disposition est nouvelle » ou si elle reprend une loi romaine, une ordonnance ou une coutume (Voir H. J.-B. DARD, *Code civil des Français, avec des notes indicatives des lois romaines, coutumes, ordonnances, édits et déclarations qui ont rapport à chaque article ou Conférence du droit civil avec les lois anciennes*, Paris, 1805). Les auteurs de doctrine en viennent donc, que ce soit pour une raison pratique ou pour les besoins de l'enseignement, à accomplir sur le nouveau Code civil un travail d'archéologie juridique. Les résultats de cette recherche sont édifiants : ils révèlent, pour certaines matières, quasiment un tiers d'articles tirés du droit coutumier (J. POUMARÈDE, « De la fin des coutumes... », *op. cit.*, p. 180). Deuxième ressort de cette sauvegarde, la création d'un « espace de survie » des droits locaux par le système du renvoi aux usages locaux. Pour plusieurs questions d'interprétation – notamment en matière de baux, d'usufruit ou de vente – le Code renvoie à des « usages constants et reconnus »,

au contraire, réservé une place réelle en son sein et dans son interprétation.

Tout cela, dans l'Europe occupée, forme à la fois un modèle et un contre-modèle : un modèle en ce que la France semble avoir identifié, structuré et réalisé un droit national, à partir de la tradition romaniste, de législations révolutionnaires et de droits coutumiers disparates ; un contre-modèle en ce que ce droit national apparaît comme un droit étranger aussi bien en Espagne, en Pologne que dans les États italiens et allemands. C'est ainsi que certains auteurs européens comprennent le lien possible entre droit et sentiment national : ils développent l'étude des droits locaux et de leur histoire, parfois pour des raisons pratiques, parfois aussi pour des raisons idéologiques et patriotiques. Pour comprendre la logique doctrinale qui est à l'œuvre dans cette littérature juridique des années 1812-1814, nous procéderons tout d'abord à une typologie des ouvrages (I) avant d'explorer le patriotisme de leurs auteurs (II) et la façon dont ceux-ci choisissent, en marginalisant les codes français, de poursuivre les débats juridiques nationaux antérieurs à l'occupation française (III).

I. Une typologie de la littérature européenne consacrée aux droits locaux

Dans la littérature consacrée à l'étude des droits locaux, malgré l'introduction (ou du fait même de l'introduction) des codes français, on peut observer deux grands ensembles. D'une part, certains auteurs s'inscrivent dans des projets éditoriaux historiques qui prétendent ignorer l'actualité du droit. Ces auteurs ignorent complètement la codification française ; ils se concentrent sur l'étude de l'histoire de leur droit national, et proposent leur interprétation du droit du pays. L'absence de mention des codes napoléoniens en leur sein est d'abord liée à la

« usages des lieux ou du pays, règlements particuliers et locaux » (*Ibid.*, p. 181). Ici réside la « foule de choses [...] nécessairement abandonnées à l'usage », telle que l'évoque Portalis dans son *Discours préliminaire*, qui confirme ainsi une vision vivante, organique de l'élaboration du droit : « [...] les lois, une fois rédigées, demeurent telles qu'elles ont été écrites. Les hommes, au contraire, ne se reposent jamais ; ils agissent toujours : et ce mouvement, qui ne s'arrête pas, et dont les effets sont diversement modifiés par les circonstances, produit, à chaque instant, quelque combinaison nouvelle, quelque nouveau fait, quelque résultat nouveau. [...] On raisonne trop souvent comme si le genre humain finissait et commençait à chaque instant, sans aucune sorte de communication entre une génération et celle qui la remplace. Les générations, en se succédant, se mêlent, s'entrelacent et se confondent. Un législateur isolerait ses institutions de tout ce qui peut les naturaliser sur la terre, s'il n'observait avec soin les rapports naturels qui lient toujours, plus ou moins, le présent au passé, et l'avenir au présent, et qui font qu'un peuple [...] ne cesse jamais [...] de se ressembler à lui-même » (P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 1, Paris, 1836, p. 469 à 482). Il est difficile de ne pas voir une convergence entre ce discours et l'acception historique défendue par Savigny.

construction même des opus : Franciszek Piekarski³⁴⁴ arrête son *Recueil des lois polonaises*³⁴⁵ en 1786 ; l'ambition de l'ouvrage et la liste des précédentes tentatives, détaillées dans la préface, laissent imaginer une entreprise mûrie sur plusieurs années³⁴⁶. Lorsque Karl Eichhorn³⁴⁷ publie un tome de son *Histoire du droit public et des législations de l'Allemagne*³⁴⁸ en 1812, il se concentre sur la première période du Saint-Empire romain germanique, comprise entre 888 et 1272. L'auteur dévoile lui-même son plan de publication, qui exclut chronologiquement toute discussion au sujet des codes français³⁴⁹ : sa priorité est l'étude de l'histoire du droit allemand. Pour comprendre la fidélité de ces auteurs à l'égard des droits locaux, il convient de souligner qu'aux yeux d'un historien du droit de l'époque, l'occupation française peut apparaître brève et passagère : si l'on tient compte des premières conquêtes révolutionnaires, cette période commence en 1792 ; si l'on comptabilise seulement les annexions officielles, il faut partir de 1798 ; enfin, si l'on se limite à l'Empire, la domination napoléonienne débute en 1804 ; dans tous les cas, les doutes sur l'hégémonie française s'expriment dès 1812, avant que le système ne s'effondre partout en 1814. C'est le troisième de ces segments qui nous intéresse, puisque c'est durant cette période (1804-1814) que les codes napoléoniens ont été transférés ou transposés, c'est-à-dire une période de dix ans, voire moins pour certains territoires, comme le Duché de Varsovie (1807-1813). Autrement dit, pour ces pays, l'entrée en vigueur des codes napoléoniens était encore très récente quand le doute a

³⁴⁴ Franciszek Borgiasz Piekarski (1759 en Hongrie – 1834 à Cracovie) est un avocat, professeur, membre honoraire à titre posthume de la Société scientifique de Cracovie. Outre son *Recueil*, il a rédigé quelques ouvrages sur la noblesse foncière, dont le *Catéchisme passionné pour les propriétaires fonciers et les écoles paroissiales* aux environs de 1820.

³⁴⁵ Fr. B. PIEKARSKI, *Zbiór praw polskich i W. X. Litewskiego od 1347 Séymu Wislickiego, aż do roku 1786. Podług sławnych Heynecyusza i Höpfnera prawników porządku ułożony*, Cracovie, 1813.

³⁴⁶ Fr. B. PIEKARSKI, *Zbiór praw polskich...*, *op. cit.*, p. 1 à 2.

³⁴⁷ Karl Friedrich Eichhorn (1781 à Iéna – 1854 à Cologne) étudie le droit et l'histoire à Göttingen, où il aura notamment pour professeur Gustav Hugo. Il obtient un doctorat dans ces deux matières et est nommé professeur à Francfort dès 1805, puis à Berlin en 1811 au côté de Savigny. Il se porte volontaire durant la guerre de libération et participe à la bataille de Leipzig au rang d'officier. En 1816, il est nommé professeur d'allemand et de droit canonique à Göttingen. Ses cours sont très populaires, à tel point qu'il doit louer des locaux plus grands pour les assurer ; ses étudiants le surnomment affectueusement *Rittmeister Markulf* en référence à la célèbre collection de formules médiévales. Mais ce travail est également très énergivore. Eichhorn refuse un autre poste à Berlin prend sa retraite dès 1829, épuisé. Il se consacre surtout à la recherche, et n'accepte que du bout des lèvres un poste à Berlin en 1832. Il devient également conseiller d'État prussien en 1838, et reçoit en 1842 l'Ordre du mérite pour la science et les arts. Ses problèmes de santé le rattrapent vite et il se retire de nouveau en 1847. Eichhorn est considéré comme le « père de l'histoire du droit allemande », surtout pour son œuvre majeure intitulée *Deutschen Staats und Rechtsgeschichte* (*Histoire du droit public et des législations de l'Allemagne*), publiée en 5 tomes. À ce sujet, voir K. S. BADER, « Eichhorn, Karl Friedrich », *Neue Deutsche Biographie*, vol. 4, 1959, p. 378 à 379, consulté le 22/05/2022.

³⁴⁸ K. F. EICHORN, *Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte*, Göttingen, 1808-1823.

³⁴⁹ *Ibid.*, p. III à IV.

émergé quant à leur avenir. Dans ces conditions, il est compréhensible que certains juristes aient simplement pris acte de la promulgation des codes, sans croire à leur maintien. Ils ont poursuivi un travail entamé avant l'occupation. Pour ces auteurs, c'est comme si la présence des Français et la promulgation des codes n'étaient que des accidents. On ignore d'ailleurs dans quelle mesure ils ont été capables de prendre en compte les événements contemporains pour les mentionner dans des publications prévues ; on ignore également s'ils ont choisi de ne pas le faire. D'autre part, on trouve des ouvrages dans lesquels la codification française apparaît à plusieurs reprises, sans en être le sujet principal ; preuve que les auteurs en ont pris connaissance, et ont cherché un moyen de l'intégrer à leurs projets éditoriaux. Leur approche dépasse la simple inhibition : ils n'hésitent pas à utiliser la codification française comme un double moyen d'exalter leurs droits locaux et d'identifier un droit national.

II. « *Ius nostrum* », « *Derecho patrio* », « *Deutschen Rechts* », « *Najświętsze prawa* » : l'attachement au droit national

Les auteurs européens qui se penchent sur leur droit local usent de formules voisines pour en parler comme d'un droit national³⁵⁰. Lorsque l'on passe en revue ces ouvrages, c'est le patriotisme qui semble le moteur principal (A) ; ce lien entre patrie et droit particulier, laissant parfois de côté la France et ses codes, se réfère à des doctrines et des controverses locales antérieures auxquelles nos auteurs font écho dans leurs propres ouvrages (B).

A. L'amour de la patrie

Nos ouvrages s'ouvrent souvent sur une préface qui permet à leurs auteurs, par référence implicite à l'occupation française, de faire leur déclaration d'amour au pays dont ils étudient le droit. Ce patriotisme résonne particulièrement dans la littérature espagnole. Les guerres ont

³⁵⁰ Ces formules sont tirées, respectivement, de G. VERRI, *De ortu et progressu juris Mediolanensis prodromus, seu apparatus ad historiam juris Mediolanensis antiqui et novi*, Milan, 1747, p. cxix ; J. M. PALACIOS Y HURTADO, *Introduccion al estudio del derecho patrio ó sea noticia del acto publico que en la real universidad de Huesca*, Madrid, 1813 ; G. HUGO, *Lehrbuch der Rechtsgeschichte bis auf unsere Zeiten*, Berlin, 1790, p. 2 ; Fr. B. PIEKARSKI, *Zbiór praw polskich...*, *op. cit.*, p. 5.

profondément marqué la famille du député Maria Alcalá Galiano³⁵¹ ; les quelques pages qui ouvrent ses *Maximes et principes de la législation universelle*³⁵², avant même le prologue, sont une adresse à ses frères et à sa sœur, « martyrs de la Patrie »³⁵³. Ces quelques paragraphes présentent un réel intérêt historique : ils offrent un récit intime des épreuves traversées par la péninsule à la charnière entre le XVIII^e et le XIX^e siècle.

« [...] vous, mes frères bien-aimés, qui dans la béatitude jouirez de la récompense due à vos vertus, acceptez ce petit ouvrage que je vous dédie, fruit de mes lectures et de mes méditations. [...] je donne un témoignage public et vrai que dans toutes les étapes de ma vie je ne vous détache pas de ma mémoire.

[...] mes frères bien-aimés, c'est à vos cendres froides que je dédie ce petit ouvrage [...] »³⁵⁴.

³⁵¹ Antonio Maria Alcalá Galiano (1767 à Cabra – 1826 à Madrid) est un député et ministre des finances. En 1809, avec son frère Vincente, il parvient à fuir Madrid alors occupée par les troupes françaises. Il rejoint Cadix, et fait partie des cinq représentants de la province de Cordoue durant les *Cortes* extraordinaires entre 1810 et 1813. Ses travaux durant cette assemblée témoignent de son attachement à la monarchie absolue et à l'ancien droit, surtout en matière fiscale – il s'exprime notamment au sujet des revenus provinciaux. Lors de la Restauration absolutiste en 1814, il apparaît comme l'un des juges chargés de traquer les députés libéraux selon les dires d'un autre député, Joaquín Lorenzo Villanueva ; Galiano nie et déplore ces rumeurs, qu'il attribue à des rancœurs de son confrère. Lui s'est toujours déclaré hostile aux envahisseurs français, et dénonce l'ingratitude de Ferdinand VII après son retour. L'historiographie se trompe régulièrement en attribuant cet ouvrage au jeune neveu d'Antonio Alcalá Galiano, un *doceañista* portant le même prénom. À ce sujet, voir J. M. García León, « Antonio Maria Alcalá Galiano », *Diccionario Biográfico electrónico* [en ligne], Real Academia de la Historia, consulté le 13 juillet 2021 ; ³⁵² A. M. ALCALÁ GALIANO, *Máximas y principios de la legislación universal*, Madrid, 1813 ; sur les *doceañista*, voir M. CHUST, et J. A. SERRANO, « El liberalismo doceañista en el punto de mira : entre máscaras y rostros », *Revista de Indias*, vol. 38, n°242, p. 39 à 66.

³⁵³ Le frère aîné d'Antonio, José Maria Alcalá Galiano (1755 à Doña Mencía – 1794 en France), meurt durant la guerre du Roussillon au cours de la Première Coalition. La victoire française mène à la Paix de Bâle et à la perte par l'Espagne de Saint-Domingue, cédée à la France (À ce sujet, voir C. S. SÁNCHEZ, « Dionisio Alcalá Galiano, un official científico al servicio de la armada (1760-1805) », *Revista de Historia Moderna*, n°32, 2014, p. 285 à 286). Son deuxième frère aîné, Vincente Alcalá Galiano (1757 à Doña Mencía – 1810 à Cadix), s'illustre par ses travaux sur l'économie libérale, notamment en introduisant les ouvrages d'Adam Smith en Espagne. Nommé trésorier général (second grade le plus élevé aux finances après celui de ministre) en 1808, il accepte difficilement de se rendre à Bayonne avec le ministre, pour présenter à Napoléon un compte-rendu de l'état des finances espagnoles. Joachim Murat le nomme alors membre de l'assemblée chargée d'entériner la Constitution de Bayonne ; il rentre à Madrid puis, avec son frère Antonio Maria et une partie des fonctionnaires du Trésor, il fuit la capitale occupée par Joseph Bonaparte en refusant de lui prêter allégeance. Banni, il trouve refuge à Séville puis à Cadix, où il participe aux travaux de la Junte, notamment en proposant d'utiliser les méthodes de la propagande napoléonienne pour lutter contre les français. Il meurt en 1810, lors de l'épidémie de fièvre jaune qui frappe Cadix alors assiégée (À ce sujet, voir J. M. VALLES GARRIDO, *Un científico amigo del país en la España de la Ilustración : Vicente Alcalá-Galiano (1757-1810)*, Fondation Jorge Juan, Madrid, 2004). Le père d'Antonio, Dionisio Alcalá Galiano, explorateur reconnu et capitaine dans l'Armada, offre une renommée considérable à la famille Alcalá Galiano, par ses découvertes mais aussi par sa mort héroïque durant la bataille de Trafalgar (À ce sujet, voir C. S. SÁNCHEZ, « Dionisio Alcalá Galiano, ... », *op. cit.*). Enfin, la petite sœur d'Antonio, María del Rosario (1774 à Cabra – 1813 dans un lieu inconnu), benjamine de la fratrie Alcalá Galianon, épouse en 1799 le commandant d'artillerie Antonio Valcárcel Vargas, fils du marquis de Médine – dans son ouvrage, son frère la nomme marquise de Médine, et relie sa mort prématurée à la disparition de son mari dix-huit jours plus tôt. (*Ibid.*, p. 288).

³⁵⁴ A. M. ALCALÁ GALIANO, *Máximas y principios...*, *op. cit.*, p. i à x.

La même révérence pour la patrie et son particularisme est présente dans l'ouvrage de Piekarski, qui termine sa préface sur le paragraphe suivant :

« La Pologne est déjà la Pologne, et elle n'a jamais cessé de l'être. C'est ainsi – nous sommes la Pologne, et nous sommes la Pologne en vertu des droits que nous tenons de la nature, de la société, de nos ancêtres, en vertu de ces droits les plus sacrés que le monde entier reconnaît [...] »³⁵⁵.

Chez le Bavarois Karl Mittermaier³⁵⁶, le lien entre connaissance du droit national et patriotisme apparaît en toutes lettres dans les trente premières pages de son traité sur l'histoire du droit allemand³⁵⁷. Il y affirme que plus il s'est entêté à étudier les droits des peuples germaniques, et plus il en est tombé amoureux³⁵⁸. Il prédit le même parcours intellectuel à tout juriste qui imiterait son parcours, à savoir étudier de façon complète le droit romain, mais aussi les droits locaux :

« [...] si le juriste connaît les éléments de notre éducation, s'il a pénétré dans l'esprit du droit romain et allemand, s'il sait comment tout s'est développé jusqu'à présent, il est aussi dignement préparé à comprendre ce qui a lieu maintenant. Il comprendra aisément les institutions indigènes de son pays, le droit privé indigène ne lui sera pas étranger, puisqu'il connaît les deux sources dont il est issu, et il est d'autant plus certain de ne pas oublier rapidement ce qui a été confié à sa mémoire, qu'il en connaît l'esprit et qu'il a fait de ce qu'il a appris sa propriété intellectuelle. Le juriste ainsi éduqué reprend avec amour et joie toutes les productions juridiques récentes, car elles sont pour lui des contributions estimables au grand tout ; il ne tremble pas devant une nouvelle législation, car il connaît déjà les grandes lignes de toutes les législations possibles. L'histoire a ouvert son sanctuaire à son favori désigné, les images du monde antérieur l'inspirent, et c'est avec fierté et amour qu'il appartient alors à la nation qu'il a appris à aimer – autant dans ses institutions civiques qu'il a contemplé avec admiration les luttes de ses ancêtres »³⁵⁹.

³⁵⁵ « Jest już Polska, a raczèy nigdy ona bydź nieprzestała. Tak jest - iesteśmy Polską, i iesteśmy nią z mocy Praw, które mamy od Natury, od Spółczeństwa, od Przodków naszych z mocy tych Praw nayświętszych » (Fr. B. PIEKARSKI, *Zbiór praw polskich...*, op. cit., p. 5.)

³⁵⁶ Karl Joseph Anton Mittermaier (1787 à Munich – 1867 à Heidelberg) étudie le droit à Landshut, avant de soutenir sa thèse à l'université d'Heidelberg. Il se spécialise en droit pénal. Mittermaier devient professeur en 1811 à Landshut, rejoint Bonn, puis Heidelberg en 1821. Membre de nombreuses sociétés scientifiques, citoyen d'honneur de la ville d'Heidelberg en 1836, il est considéré comme une figure du libéralisme dans le sud-ouest allemand. Voir I. EBERT et A. FIJAL, « Mittermaier, Karl Joseph Anton », *Neue Deutsche Biographie*, vol. 17, 1994, p. 584 à 585.

³⁵⁷ K. J. A. MITTERMAIER, *Einleitung in das Studium der Geschichte des germanischen Rechts*, Landshut, 1812.

³⁵⁸ *Ibid.*, p. IV à V.

³⁵⁹ *Ibid.*, p. 30.

Mittermaier va encore plus loin : il utilise les codes français comme toutes les codifications contemporaines d'Europe pour exalter la connaissance de l'ancien droit germanique. Dans sa logique, il convient de changer de paradigme de comparaison : au lieu de continuer à étudier exclusivement le droit romain³⁶⁰, au lieu de se plonger dans l'étude du code français et de la doctrine qui l'entoure comme le font les commentateurs européens sensibles à l'exégèse, il convient d'étudier la législation allemande autochtone par le prisme de l'histoire du droit germanique – la « source originelle », le « caractère germanique fondamental »³⁶¹ –, dont l'évolution a abouti aux codifications contemporaines. On assiste ici à un changement de statut de la codification française : elle n'est pas le droit applicable, mais un outil de comparaison, de démonstration par l'absurde de l'importance des droits locaux pour tout pays³⁶².

Ce soutien enflammé de Mittermaier à l'ancien droit national est le reflet d'une évolution plus générale. La littérature juridique allemande est étroitement liée à la philosophie ; or, l'occupation française marque le basculement d'une partie de la philosophie allemande vers des écrits plus patriotiques³⁶³. C'est par exemple le cas de Fichte³⁶⁴, qui d'abord admiratif de la Révolution française, voit l'avènement de Napoléon et l'invasion de la Prusse comme des désastres. Cette situation le pousse à entrer en résistance : entre 1806 et 1809, dans une ville de Berlin occupée par les troupes napoléoniennes, Fichte prononce ses *Discours Patriotiques*, ou

³⁶⁰ K. J. A. MITTERMAIER, *Einleitung...*, *op.cit.*, p. 22 à 23.

³⁶¹ *Ibid.*, p. 25.

³⁶² *Ibid.*, p. 26 à 27.

³⁶³ À ce sujet, voir G. RÉMI, « Aux sources du nationalisme allemand ? : Sur nation et patrie dans “L'Esprit du temps” d'Arndt et les “Discours à la nation allemande” de Fichte », *Les Mots de la nation*, Lyon, Presses universitaires de Lyon, 1996, p. 261 à 283.

³⁶⁴ Johann Gottlieb Fichte (1762 à Rammenau – 1814 à Berlin) étudie la théologie à Iéna puis Leipzig. Il veut au départ embrasser une carrière ecclésiastique, mais découvre la philosophie de Spinoza et finit par devenir précepteur. C'est sur demande de l'un de ses élèves qu'il se familiarise avec l'œuvre de Kant et en fournit une étude exhaustive ; dans les traces de Kant qu'il parvient à rencontrer en 1792, Fichte rédige un essai qui est édité anonymement suite à un malentendu par l'éditeur de Kant ; le lectorat croit lire le dernier ouvrage de Kant, tant le style de Fichte en est proche. Cet épisode anecdotique ouvre une carrière philosophique à Fichte. Dès 1789, il devient ardent défenseur de la Révolution française, n'hésitant pas à la soutenir dans des pamphlets anonymes destinés à rallier l'opinion publique. En 1793, il devient professeur de philosophie à Iéna ; de 1794 à 1795, il publie par épisodes ce qui reste son texte le plus connu, la *Doctrine de la science*. Tandis que Kant s'écarte officiellement de sa pensée, Fichte continue à peaufiner sa *Doctrine* tout en rédigeant d'autres ouvrages (*Leçons sur la destination du savant* en 1794, *Fondements du droit naturel* en 1796, *Système d'éthique* en 1798). Son soutien affiché à la Révolution et à la démocratie en font la cible de détracteurs qui attaquent tant ses orientations politiques que son travail, jugé trop abstrait et hermétique. Si les *Discours à la nation allemande* lui rendent un peu d'éclat, le nombre de ses disciples diminue d'année en année ; fondateur de l'idéalisme allemand, Fichte est éclipsé notamment par la figure centrale de ce courant de pensée : Hegel et sa *Phénoménologie de l'Esprit*. Voir H. ZELTNER, « Fichte, Johann Gottlieb », *Neue Deutsche Biographie*, vol. 5, 1961, p. 122 à 125.

Discours à la nation allemande. Il y insiste sur la nécessité de s'opposer à l'occupation napoléonienne, et entend réveiller une nation allemande accablée afin de l'unir dans un élan libérateur. Fichte s'éloigne alors de sa *Doctrine de la science* pour endosser un rôle plus passionnel, celui d'un « prophète » de l'unité allemande³⁶⁵. Cette unité est selon lui réalisable par l'éducation ; s'il faut simplifier, la nation allemande a besoin, pour se former, d'une éducation nationale des individus qui la composent. C'est cette éducation qui permettra aux Allemands de se relever et de repousser les envahisseurs ; cette éducation comprend la connaissance par le peuple allemand de son histoire, puisque cette histoire commune lui offre « ses ressources propres », garantes de son propre progrès³⁶⁶. Nous ignorons si Mittermaier a lu ou rencontré Fichte ; il est néanmoins intéressant de remarquer qu'il décrit les derniers codes germaniques comme « un droit valide issu de l'éducation allemande »³⁶⁷.

La mention des ancêtres, des luttes qu'ils ont menées et la légitimation d'un droit local par son historicité apparaissent comme des traits communs dans ces ouvrages. L'histoire du droit de la patrie deviendrait alors vectrice d'émancipation vis-à-vis des systèmes de droit étrangers concurrents – notamment les codes de l'occupant. Il est possible d'y voir les prémices de ce que Jean-Louis Halpérin appelle un « repli identitaire » lorsqu'il étudie l'école historique allemande et son influence, et notamment le courant germaniste³⁶⁸. L'occupation française accélère la constitution de l'histoire du droit en discipline ; un processus en germe dans les pays concernés.

B. L'écho d'une littérature antérieure

Les auteurs attachés au droit national ne se contentent pas de saluer leur histoire, leur patrie et leurs droits particuliers ; enjambant résolument la période française, ils prolongent l'ancien régime et font écho aux doctrines, aux études et aux controverses nées aux XVII^e et XVIII^e siècles. En d'autres mots, leurs ouvrages continuent des débats espagnols, allemands, italiens

³⁶⁵ R. LAUTH et I. RADRIZZANI, « Le véritable enjeu des *Discours à la nation allemande* de Fichte », *Revue de théologie et de philosophie*, Troisième série, vol. 123, n°3, 1991, p. 251.

³⁶⁶ H. TREITSCHKE et J.-F. KERVÉGAN, « Fichte et l'idée nationale », *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques*, n°14, 2001, p. 401.

³⁶⁷ K. J. A. MITTERMAIER, *Einleitung in das Studium ...*, *op. cit.*, p. 25.

³⁶⁸ J.-L. HALPÉRIN, « L'histoire du droit constituée en discipline... », *op. cit.*, p. 14.

ou polonais antérieurs. Ils les actualisent comme si l'histoire nationale se poursuivait en marge de l'occupation française et de l'application des codes napoléoniens.

De fait, les auteurs européens n'ont pas attendu l'arrivée des Français pour s'interroger sur leurs droits locaux en tant que patrimoine national. Ils en ont déjà le réflexe au XVIII^e siècle ; comme dans la France d'avant la Révolution, leur objectif était multiple : étudier les droits particuliers était un moyen de perpétuer la pratique et l'enseignement d'un ordre juridique construit au fil des siècles ; dans certains cas, les droits locaux étaient perçus comme un moyen d'assurer l'indépendance de la monarchie face à des universalismes rivaux ; c'est par exemple le cas des États italiens, où les droits locaux permettent aux princes de s'émanciper du droit canonique et de la pression de l'Église. Mais il s'agit également de défendre l'ordre ancien – stable, sûr, déjà éprouvé – face à l'émergence des nouvelles conceptions juridiques portées par les Lumières, fondées sur la modernité et le rationalisme. La crainte de la nouveauté ressentie par les juristes conservateurs s'accroît lorsqu'ils assistent à la table rase révolutionnaire, avec les difficultés en cascade qu'elle engendre³⁶⁹. Ces divers facteurs expliquent que tout au long du XVIII^e siècle et jusqu'à la période révolutionnaire, des courants de défense des droits locaux se développent dans les États européens. Ce sont toutes ces références antérieures à l'occupation française que l'on peut lire dans cette littérature des années 1811 et suivantes.

Parmi ces références, on retrouve par exemple les controverses napolitaines du XVIII^e siècle. Lorsqu'il mentionne les droits locaux dans ses *Leçons de philosophie morale et de droit naturel et social*³⁷⁰, le Lombard Pietro Tamburini³⁷¹ ne peut que constater la diversité juridique entre

³⁶⁹ J. POUMARÈDE, « De la fin des coutumes... », *op. cit.*, p. 176 à 177.

³⁷⁰ P. TAMBURINI, *Continuazione delle Lezioni di filosofia morale e di naturale e sociale diritto*, t. VII, Pavie, 1812.

³⁷¹ Pietro Tamburini (1737 à Brescia – 1827 à Pavie) témoigne, par sa carrière, de l'instabilité politique de la Lombardie au tournant du XVIII^e siècle. Il commence à étudier la philosophie et la théologie à l'adolescence. Il embrasse d'abord une carrière ecclésiastique : devenu prêtre à 23 ans, il enseigne la théologie dans diverses villes, de Brescia à Pavie en passant par Rome. Marie-Thérèse d'Autriche lui confie une chaire en Lombardie autrichienne ; sous protection impériale, Tamburini en profite pour signer quelques ouvrages de théologie ou en soutien à la famille Habsbourg ; il est récompensé du titre de Grand recteur (*Rettore magnifico*) de l'Université de Pavie. Mais ses sympathies jansénistes, son opposition à l'infaillibilité du Pape et à la centralisation romaine de l'Église, lui valent d'être durement attaqué par ses détracteurs – en 1782, un recteur de séinaire de Brescia lui adresse une lettre le surnommant le « Luther d'Italie ». En 1794, suite aux bouleversements politiques provoqués par la Révolution française, Tamburini est une fois de plus au centre d'une polémique : les jansénistes sont, pour la plupart, favorables à la Constitution civile du clergé telle qu'elle est mise en place en France. Le Grand recteur est alors écarté de l'université de Pavie. Rappelé en 1796 à la chaire de philosophie morale et de droit naturel, il loue le régime révolutionnaire français ; cela lui vaut l'exil au retour des Autrichiens trois ans plus tard, mais il

pays. En cherchant à comprendre cette diversité, il mentionne Montesquieu et son Esprit des lois ; s'il ne se montre pas entièrement convaincu, il admet le principe selon lequel les lois doivent correspondre aux besoins et habitudes d'un peuple. Ce principe justifierait la diversité des droits locaux, voire leurs contradictions d'un pays à l'autre³⁷². Cette multiplicité de droits propres à chaque pays existe déjà dans les États italiens durant le siècle précédent : Naples apparaît comme un fer de lance en la matière. Les conditions politiques peuvent l'expliquer : en 1720, après six années de domination autrichienne, Charles VI de Habsbourg parvient à unir de facto le royaume de Naples et la Sicile. L'arrivée des Bourbons espagnols en 1734 ne remet pas en cause la réunification, même si le territoire n'est pas encore officiellement appelé royaume des Deux-Siciles ; dans la seconde moitié du XVIII^e, Naples devient la capitale prospère d'un royaume unifié³⁷³. La monarchie cherche à s'affirmer face à l'influence forte de l'Église dans la péninsule³⁷⁴. Dans ce but, les Habsbourg puis les Bourbons s'attachent à réformer l'enseignement juridique, afin d'y intégrer l'étude des droits propres du royaume³⁷⁵. Ainsi en 1723, lorsque Pietro Giannone rédige une *Histoire civile du royaume de Naples (Istoria Civile del Regno di Napoli*³⁷⁶), il y exalte déjà la qualité du droit local napolitain³⁷⁷. En 1734, la monarchie crée une chaire de *ius regni*, une matière visant à explorer le droit napolitain dans

retrouve sa chaire dès 1800. Décoré de l'Ordre de la Couronne de fer par Napoléon, il rédige alors sa série de manuels de philosophie morale ; il abandonne définitivement la théologie lors de la restauration habsbourgeoise de 1814. En 1823, dans *Cenni sulla perfettibilità della umana famiglia*, il exprime son indifférence vis-à-vis des changements de régimes qu'il a traversés. Voir S. NEGRUZZO, « Tamburini, Pietro », *Dizionario Biografico degli Italiani* [en ligne], vol. 94, 2019, consulté le 22/05/2022.

³⁷² P. TAMBURINI, *Continuazione delle Lezioni...*, *op. cit.*, p. 189 à 191.

³⁷³ Naples fait alors partie, avec Londres et Paris, de la triade des villes européennes majeures. C'est une place financière de premier plan, la ville la plus peuplée d'Italie, la deuxième d'Europe et de Méditerranée – elle n'est dépassée que par Paris et Constantinople. Le royaume de Naples s'enorgueillit de détenir une capitale vibrante et cosmopolite, où se découvrent des arts anciens et s'apprennent des arts nouveaux, et dont la vie artistique en permanente réinvention rayonne dans toute l'Europe. La réalité sociale de la ville est moins positive : une grande partie de sa population vit dans l'extrême pauvreté ; c'est cette pauvreté qui les a poussés à venir. En effet, Naples bénéficie d'une immigration massive venant des provinces voisines : de nombreux paysans désœuvrés, menacés de misère, sont attirés par les privilèges fiscaux instaurés en capitale ainsi que le prix réglementé du pain. G. GALASSO, « La disarticolazione di Napoli dal Mezzogiorno », *Ventesimo Secolo*, vol. 8, n°20, 2009, p. 12 à 15.

³⁷⁴ Naples est un centre de la vie religieuse à l'époque : les représentants principaux de l'Église y ont leurs quartiers, notamment la nonciature papale et l'Ordre de Malte. La présence ecclésiastique dans le royaume de Naples semble avoir des effets réels sur son économie, effets que le français Denon déplore lors de son séjour dans le royaume en 1767 : « la multitude des gens d'église détruit la population [...]. La multiplicité des fêtes, des confréries, des processions, etc. entretient la paresse du peuple le plus vif et le plus ennemi du travail ; il n'a qu'une activité purement machinale » (cité par L. MESSINA, « L'Italia del Settecento vista da Duclos e Denon », *Babel*, n°30, 2014, p. 2.)

³⁷⁵ À ce sujet, voir I. BIROCCHI, « Il diritto patrio », *Il Contributo italiano alla storia del Pensiero – Diritto* [en ligne], 2012, consulté le 22/05/2022.

³⁷⁶ P. GIANNONE, *Dell'istoria civile del Regno di Napoli*, Naples, 1723.

³⁷⁷ *Ibid.*, p. xxxi.

sa spécificité. Cette démarche est bien accueillie et quelques ouvrages suivent cette voie à partir de la seconde moitié du XVIII^e siècle : Francesco Rapolla³⁷⁸, qui fréquente la chaire de droit du royaume durant ses études, rédige en 1744 une *Défense de la doctrine (Difesa della giurisprudenza*³⁷⁹), qui lui vaudra une réputation de conservateur. Pourtant, Rapolla est plutôt dans la mouvance jusnaturaliste : l'interprétation des droits locaux, malgré leur apparente diversité, doit toujours être guidée par un sentiment de justice inhérent à tout être humain³⁸⁰. On retrouve ici les propos de Tamburini ; selon lui, il doit exister un instinct commun de justice qui transcende les divergences possibles entre les droits locaux, instinct que chaque homme doit éprouver quand il crée du droit³⁸¹. D'un point de vue formel, l'ouvrage de Tamburini, un cours divisé en leçons, rappelle ceux de ses prédécesseurs. La création de chaires universitaires pousse les auteurs à organiser leurs développements de manière cohérente ; c'est le cas de Giannone, qui présente une table par période historique, et de Rapolla, qui entre 1746 et 1747, produit un *Commentaire du iure regni napolitain (Commentaria de iure regni neapolitani)* en quatre volumes subdivisés par matières.

Le patriotisme manifesté par Alcalá Galiano, quant à lui, fait écho aux controverses castillanes des XVII^e-XVIII^e siècles. Il s'étend à sa conception de la loi : au vu de l'expérience personnelle de Galiano, il est compréhensible qu'il rejette toute implantation d'un droit étranger. Pour Alcalá Galiano, le législateur doit d'abord s'adapter aux droits locaux ; son argument, évoquant les caractéristiques du pays, la religion et les inclinations de ses habitants, rappelle là encore les développements de Montesquieu³⁸². Ce propos reflète une situation antérieure : les droits locaux occupent une place croissante dans les controverses doctrinales espagnoles avant l'occupation française. La dynamique est lancée dès le XVII^e siècle par Diego de Saavedra

³⁷⁸ Francesco Rapolla (1701 à Atripalda – 1762 à Naples) est un philosophe et juriste, professeur d'institutions canoniques, de droit romain et de droit féodal à Naples. S'il devient brièvement magistrat et même gouverneur, il se fixe définitivement à Naples et à sa chaire universitaire en 1740. Voir F. MASTROBERTI, « Rapolla, Francesco », *Dizionario Biografico degli Italiani* [en ligne], vol. 86, 2016, consulté le 22/05/2022.

³⁷⁹ F. RAPOLLA, *La difesa della giurisprudenza, trattato di Francesco Rapolla pubblico professore di Leggi nell'Università Napoletana scritto in occasione del libro del Signor D. Ludovico Antonio Muratori intitolato Dei Difetti della giurisprudenza*, Naples, 1744.

³⁸⁰ *Ibid.*, p. 10.

³⁸¹ P. TAMBURINI, *Continuazione delle Lezioni...*, *op. cit.*, p. 191 à 192.

³⁸² A. M. ALCALÁ GALIANO, *Máximas y principios...*, *op. cit.*, p. 36 à 37.

Fajardo³⁸³, diplomate et écrivain du Siècle d'or. En 1640, il rédige ses *Empresas politicas*³⁸⁴ dans lesquelles il s'interroge sur l'avenir du droit romain dans les facultés. Le texte apparaît comme précurseur de la confrontation entre droit romain et *derecho patrio* en Espagne ; les arguments qu'il résume seront utilisés par la suite par les deux camps. De Saavedra Fajadro reconnaît le mérite du droit patriotique, et avertit du danger qu'il y aurait à donner trop d'importance au droit romain :

« Nos royaumes ont édicté suffisamment de lois. Ce qui serait souhaitable, c'est que leurs diverses explications ne les rendent pas plus douteuses et obscures, et n'engendrent pas de litiges. Un remède facile serait trouvé en Espagne si un roi [...], en résumant les choses en des termes brefs et en délaissant le droit civil³⁸⁵, se servait des lois de sa patrie, pas moins savantes et prudentes que justes. Le roi Réceswinthe³⁸⁶ en avait l'intention, en mentionnant dans une des lois du Fuero Juzgo : « Et désormais nous voulons que ne soient plus utilisées les lois romaines, ni les lois étrangères ». Le roi Alphonse le Sage³⁸⁷ a aussi ordonné aux juges « que les procès qui leur sont soumis soient réglés le plus loyalement et le mieux possible, et par les lois de ce livre et non d'autres ». Cela a été confirmé

³⁸³ Diego Saavedra Fajardo (1584 à Algezares – 1648 à Madrid) est un diplomate, écrivain, poète, philosophe et juriste, Chevalier de l'ordre de Saint-Jacques. Issu de l'université de Salamanque, il débute comme secrétaire pour le cardinal Gaspard Borgia ; il est vite remarqué par Philippe IV pour ses compétences et devient un ambassadeur de premier plan (pour les Etats pontificaux, à Rome, en Allemagne ou encore à Ratisbonne). Ses nombreux ouvrages politiques rencontrent un grand succès, notamment *Idea de un principe politico cristiano en cien empresas* (*Idee d'un prince politique chrétien en cent gravures*), qui est un guide moral et philosophique sur la formation que devrait suivre un prince chrétien idéal. Dans son objet, l'œuvre se rapproche du genre du miroir de princes ; dans sa forme, elle suit le genre du livre d'emblèmes, ouvrage illustré de gravures associées chacune à un texte. À ce sujet, voir Q. ALDEA VAQUERO, « Diego de Saavedra Fajardo », *Real academia de la Historia* [en ligne], consulté le 22/05/2022 ; L. RICO CANO, « La idea de educacion y la figura del maestro en la obra de un principe politico cristiano, representada en cien empresas de Diego Saavedra Fajardo », *Boletín de Arte* [en ligne], avril 2018, consulté le 22/05/2022.

³⁸⁴ D. SAAVEDRA FAJARDO, *Idea de un principe politico cristiano, representada en cien empresas*, Munich, 1640, réédité par E. SUAREZ FIGAREDO, *Lemir*, n°20, 2016.

³⁸⁵ Le « droit civil » correspond dans ce texte au droit romain.

³⁸⁶ Réceswinthe est roi wisigoth d'Hispanie et de Septimanie (653-672).

³⁸⁷ Il s'agit ici d'Alphonse X, roi de Castille et Leon (1254-1273), l'instigateur du *Fuero real* puis des *Siete Partidas*.

par Ferdinand³⁸⁸ et Jeanne³⁸⁹, et par Alaric³⁹⁰ qui a prévu des peines lourdes contre les juges qui acceptaient les arguments de droit romain³⁹¹. C'est une offense à la souveraineté que d'être régi par des lois étrangères »³⁹².

Comme dans le royaume de Naples, la monarchie castillane comprend le potentiel politique des droits locaux ; elle songe à s'en servir pour favoriser l'harmonisation juridique de la péninsule. De 1707 à 1716, les décrets de *Nueva Planta* suppriment les institutions administratives des royaumes périphériques (Aragon, Valence, Majorque et Catalogne) pour les refonder selon un modèle plus centralisé. Les décrets abolissent les *fueros* jusque-là en vigueur dans chaque royaume ; a priori, les traditions juridiques locales, multiples, sont remplacées par le système

³⁸⁸ Ferdinand le Catholique est roi de Castille et Leon (1474-1504) sous le nom de Ferdinand V jusqu'à la mort de son épouse, Isabelle I^{re}, reine *de facto*. En 1479, il hérite de son père les terres d'Aragon et maîtrise quasiment toute la péninsule espagnole. En 1492, Isabelle et Ferdinand reprennent la ville de Grenade. Ils signent ainsi la fin de la Reconquista. Sous leur règne, l'Espagne atteint le pic de sa puissance. À la mort d'Isabelle, Ferdinand retourne en Aragon où il porte le titre de Ferdinand II (1479-1516). À ce sujet, voir L. SUAREZ FERNANDEZ, « Fernando II de Aragon y V de Castilla », *Real Academia de la Historia* [en ligne], consulté le 22/05/2022 ; E. D'ORS, *La vida de Fernando e Isabel*, E. Juventud, Barcelona, 1982 ; P. K. LISS, *Isabel the Queen*, Oxford, Oxford University Press, 1992.

³⁸⁹ Jeanne I^{re}, dite Jeanne la Folle, devient reine de Castille à la mort de sa mère Isabelle I^{re} en 1504, puis reine d'Aragon à la mort de Ferdinand II en 1516. Contrairement à sa mère, elle se désintéresse de la politique et n'exercera jamais réellement le pouvoir : à la mort de sa mère, son père Ferdinand II assure la régence. L'état mental de Jeanne se dégrade ; à la mort de Ferdinand II, c'est le fils de Jeanne, le futur Charles Quint, qui se verra confier la gestion du royaume par les *Cortès*. À ce sujet, voir M. FERNANDEZ ALVAREZ, « Juana I », *Real academia de la Historia* [en ligne], consulté le 22/05/2022.

³⁹⁰ Alaric II, roi des Wisigoths (484-507) règne sur quasiment tout le territoire de l'actuelle Espagne. Pour assoir son pouvoir politique, il ordonne à des juristes Gallo-Romains de constituer une compilation du droit romain connu à l'époque. La *lex romana Wisigothorum*, promulguée en 506, est une reproduction des textes utilisés à l'époque par la pratique : une partie du Code Théodosien, des recueils post-classiques comme les *Sententiae Pauli* et d'autres fragments. Le Bréviaire d'Alaric fait l'objet de reproductions multiples et constitue, avec la compilation justinienne, un des vecteurs principaux de la connaissance du droit romain dans l'Occident médiéval. À ce sujet, voir J. GAUDEMET, « Le droit romain dans la pratique et chez les docteurs aux XI^e et XII^e siècles », *Cahiers de civilisation médiévale*, 8^{ème} année (n°31-32), juillet-décembre 1965, p. 366.

³⁹¹ En effet, les juges avaient interdiction, sous peine de mort, d'accepter au cours d'un litige une norme extérieure au Bréviaire. M. HUMBERT, « Conclusion », *Mélanges de l'Ecole française de Rome – Antiquité* [en ligne], n°125-2, décembre 2012, consulté le 22/05/2022.

³⁹² « Mejor se gobierna la república que tiene leyes fijas, aunque sean imperfectas, que aquella que las muda frecuentemente. Para mostrar los antiguos que han de ser perpetuas las escribían en bronce, y Dios las esculpió en piedras escritas con su dedo eterno. Por estas consideraciones aconsejó Augusto al Senado que constantemente guardase las leyes antiguas, porque, aunque fuesen malas, eran más útiles a la república que las nuevas. Bastantes leyes hay ya constituidas en todos los reinos. Lo que conviene es que la variedad de explicaciones no las haga más dudosas y oscuras y críe pleitos. En que se debe poner remedio fácil en España si algún rey [...] reduciendo las causas a términos breves y dejando el Derecho civil, se sirviese de las leyes patrias, no menos doctas y prudentes que justas. El rey Rescesvindo lo intentó, diciendo en una ley del Fuero Juzgo: «E nin queremos que de aquí adelante sean usadas las leyes Romanas nin las estrañas». Y también el rey don Alonso el Sabio ordenó a los jueces «que los pleitos ante ellos los libren bien e lealmente lo más aina e mejor que supieren, e por las leyes deste libro e non por otras». Esto confirmaron los reyes don Fernando y doña Juana, y el rey Alarigo puso graves penas a los jueces que admitiesen alegaciones de las leyes romanas. Ofensa es de la soberanía gobernarse por ajenas leyes » (D. SAAVEDRA FAJARDO, *Idea...*, *op. cit.*, p. 631).

royal de Castille³⁹³. Mais si la réforme est d'apparence ambitieuse, le but des décrets est d'imposer le moins de changement possible dans les habitudes des justiciables : les habitants soumis au droit castillan sont largement majoritaires dans la péninsule. Il apparaît donc plus aisé techniquement de retenir le système castillan comme système commun, avec pour bases le *Fuero Juzgo* et les *Siete Partidas*³⁹⁴. Tout en anéantissant des restes du système féodal, Philippe V³⁹⁵ choisit donc, pour construire un ordre juridique moderne et uni, deux compilations du XIII^e siècle. Dès 1713, dans la foulée des décrets de *Nueva Planta*, le monarque crée les premières chaires universitaires de *derecho patrio*. Cependant, le chantier est massif : au début du XVIII^e siècle, la monarchie doit faire face à « autant de systèmes juridiques civils différents que d'anciens royaumes incorporés à la monarchie »³⁹⁶. Son mouvement réformateur peine à se lancer : l'instruction d'insérer le *derecho patrio* dans leurs enseignements est maintes fois répétée par le roi, en 1741, en 1770 et en 1779³⁹⁷. Preuve d'une certaine distance entre les communautés universitaires et le pouvoir central, Charles IV en arrive à réclamer à toutes les universités de la péninsule un compte-rendu de la matière, sa bibliographie, l'état de son

³⁹³ L'historiographie s'interroge sur le fait de savoir si les décrets de *Nueva Planta* ne sont pas surtout des représailles de Philippe V envers les royaumes rebelles, ceux qui ont refusé son arrivée au trône pendant la guerre civile. L'influence française derrière cette volonté de centraliser l'État est également à remarquer. Quoiqu'il en soit, il s'agit d'un instrument de contrôle, une façon pour Castille d'étendre et de renforcer son emprise sur la péninsule ; l'unité de cette dernière, administrative comme juridique, est un défi majeur et perpétuel pour le pouvoir central. De fait, les décrets de *Nueva Planta* entraîneront la disparition de tous les royaumes de la péninsule – à l'exception du royaume de Navarre – et leur intégration dans le giron castillan. Les *Cortes* de Castille reçoivent désormais des représentants d'Aragon, de Valence, de Catalogne et de Majorque. À ce sujet, voir J.-P. DEDIEU, « La Nueva Planta en su contexto. Las reformas del aparato del Estado en el reinado de Felipe V », *Manuscrits*, n°18, p. 113 à 139.

³⁹⁴ À ce sujet, voir E. GALVAN RODRIGUEZ, *Consideraciones sobre el proceso recopilador castellano*, Las Palmas de Grande Canarie, Servicio de Publicaciones y Difusion Cientifica de la ULPGC, 2003.

³⁹⁵ Philippe V (1700-1746) est le premier roi d'Espagne issu de la dynastie Bourbon. Son accession au pouvoir est chaotique. Il hérite du trône car il est le petit-fils de Louis XIV, lui-même cousin, oncle et beau-frère de Charles II. Or cette parenté inquiète une partie du continent, qui craint que le Roi Soleil n'en profite pour assurer son hégémonie et faire de l'Espagne un protectorat français. En 1701, Philippe, tout juste âgé de 18 ans, arrive à Madrid avec des *Instructions* rédigées par son grand-père ; il installe des français aux principaux postes administratifs de son royaume. Si la plupart des monarchies européennes le reconnaissent comme roi, le Saint-Empire refuse ; Léopold Ier n'admet pas la présence de garnisons françaises à la frontière des Pays-Bas espagnols, ni le fait que Philippe V n'ait pas renoncé à son droit à la couronne de France. Les tensions finissent par éclater : l'Angleterre, la Hollande, l'Autriche et le Portugal soutiennent comme prétendant au trône l'archiduc Charles d'Autriche. Ils déclarent la guerre à l'Espagne comme à la France. La guerre de succession entre les puissances européennes est doublée d'une guerre civile (Castille et Navarre soutiennent Philippe, Aragon soutient en majorité les prétentions autrichiennes). Le traité d'Utrecht, signé en 1713, confirme le règne de Philippe V sur l'Espagne. En échange, il concède quelques terres (principalement des îles, des territoires italiens et Gibraltar) et renonce à ses droits sur la couronne de France. À ce sujet, voir J. CALVO, *La guerra de Sucesion*, Madrid, Anaya, 1988.

³⁹⁶ E. CEBREIROS ÁLVAREZ et M. Á. CHAMOCHO CANTUDO, « L'Espagne à l'épreuve de la codification civile française après la restauration de Fernando VII (1814-1833) », *Que faire du droit privé étranger dans un territoire libéré ? Approches historiques et comparatives*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, à paraître, 2019, p. 79.

³⁹⁷ M. MARTÍNEZ NEIRA, « ¿Una supresión ficticia? Notas sobre la enseñanza del derecho en el reinado de Carlos IV », *Anuario de historia del derecho español*, vol. 68, 1998, p. 529 à 530.

enseignement. Les directeurs des universités d'Alcala, Santiago, Séville, Cervera, Saragosse, Orihuela et Huesca sont invités à témoigner³⁹⁸.

Cette difficulté à favoriser l'étude du *derecho patrio* révèle deux éléments sur la situation des droits locaux en Espagne avant l'occupation française. D'abord, la fragmentation juridique de la péninsule va de pair avec sa fragmentation politique : malgré la suppression officielle des *derechos forales* dans les royaumes périphériques, ceux-ci résistent lorsqu'il s'agit d'étudier le *derecho patrio* tel qu'il est imposé par la monarchie castillane. Les universitaires comprennent que le pouvoir central entend effacer les droits locaux des provinces au profit du droit castillan, qui deviendrait le droit commun de la péninsule. Dans ces circonstances, si les droits locaux sont abordés, ils deviennent le ressort d'une lutte doctrinale selon leur interprétation : pour la monarchie castillane, le droit local castillan doit devenir le droit de la patrie, au détriment des autres droits locaux ; pour les provinces, la sauvegarde de leurs droits locaux et du droit romain devient gage d'autonomie. Comme la monarchie française d'ancien régime, la monarchie espagnole tente d'utiliser l'homogénéisation des droits locaux afin de renforcer l'État. Le *derecho patrio* serait alors une manière de faire entrer l'enseignement du droit royal castillan dans les universités des provinces. Ensuite, la littérature juridique espagnole est une littérature sans innovation. Contrairement aux auteurs italiens, qui au tournant du XVII^e siècle s'enrichissent de nouvelles méthodes, de nouvelles perspectives de travail et s'interrogent sur un éventuel rôle actif dans l'avenir juridique national, la doctrine espagnole reste en majorité dans une logique compilatrice. Elle privilégie cette démarche tout au long du XVII^e siècle puis au XVIII^e, alors que d'autres pays européens s'interrogent sur la mise en cohérence voire la codification du droit national. Les universités espagnoles rechignent à créer des chaires de *derecho patrio* : elles refusent de concurrencer leurs droits locaux et le droit romain, comme nous le verrons par la suite. Elles expriment donc des inquiétudes légitimes à l'égard d'une évolution de leur ordre juridique³⁹⁹. Cette réticence doctrinale au changement se traduit dans la littérature juridique : la *Recopilación de las leyes destos Reinos de 1567* est rééditée en 1805⁴⁰⁰ sous le nom de *Novísima Recopilación* ; certains cours de *derecho patrio* ne sont élaborés que tardivement, tels que l'*Introduction à l'étude du derecho patrio*⁴⁰¹ du professeur

³⁹⁸ M. MARTÍNEZ NEIRA, « ¿Una supresión ficticia?... », *op. cit.*, p. 533.

³⁹⁹ *Ibid.*, p. 532.

⁴⁰⁰ F. MARTÍNEZ MARINA, *Juicio crítico de la Novísima Recopilación*, Madrid, 1820.

⁴⁰¹ J. MARIA DE PALACIOS Y HURTADO, *Introduccion al estudio del derecho patrio ó sea noticia del acto publico que en la real universidad de Huesca*, Madrid, 1813.

Joaquin María Palacios y Hurtado, pour l'université de Huesca dans le royaume d'Aragon, publiée en 1803.

À l'instar des cours de *ius regni* napolitains ou des cours de *derecho patrio* espagnols, l'*Einleitung* de Mittermaier est écrit à l'adresse des futurs juristes, dans un format qui se veut pédagogique. Mittermaier souhaite inscrire son livre dans une tradition doctrinale riche : dans cette perspective, il juge nécessaire de rappeler « l'histoire des études » (« *Geschichte des Studiums* »)⁴⁰², c'est-à-dire de récapituler l'état de l'historiographie juridique européenne. Il fournit une liste importante d'auteurs l'ayant précédé, de siècles différents, allemands ou non, en les classant par spécialisation et par matière⁴⁰³ ; il cite au passage des auteurs qui lui sont

⁴⁰² K. J. A MITTERMAIER, *Einleitung...*, *op. cit.*, p. 127.

⁴⁰³ « Eine umfassende Erörterung verdient hier die Geschichte des Studiums. Am zweckmäfsigsten wird man dazu die einzelnen Rechtstheile abgesondert vortragen. Beim römischen Rechte müssen wieder die Juristen, welche das reine römische Recht historisch aus den Quellen bearbeiteten, für die Reinheit des Textes sorgen, und eigentlich kritisch historisch zu Werke giengen ohne sich um das sogenannte gemeine Recht zu kümmern, von denjenigen getrennt werden, welche blos gemeines Recht bearbeiteten, Rechtsfälle sammelten, Controversen, Distinctionen, Compendien etc., herausgaben. Die ersten sind als die eleganten historischen Juristen, die zweiten als Practiker aufzuführen. Bei den ersten, (von welchen die Geschichte ihre Schicksale, ihre Lehrart, ihre Ansichten und die edirten Werke beschreibt) nennt sie dankbar, die Namen.) [L'historique de l'étude mérite une discussion approfondie. La manière la plus appropriée de le faire est de présenter les différentes parties de la loi séparément. Dans le cas du droit romain, il faut distinguer les juristes qui ont travaillé sur le droit romain pur, historiquement à partir des sources, qui ont veillé à la pureté du texte, et qui ont réellement travaillé de manière critique et historique sans se soucier de ce qu'on appelle le droit commun, de ceux qui n'ont travaillé que sur le droit commun, qui ont collecté des cas juridiques, qui ont publié des controverses, des distinctions, des compendiums, etc. Les premiers sont à répertoire comme juristes historiques savants, les seconds comme praticiens. Dans le cas des premiers, dont l'histoire décrit les destins, les méthodes d'enseignement, les opinions et les ouvrages qu'ils ont édités, elle mentionne les noms avec reconnaissance.] A. Alciat, J. Cujacius, H. Donell (Doneau) Fr. Duareu, Hotoman, A. le Conte, p. Manutius, A. Augustinus, C : Sigonius, Tilius, p. Pithoeus, Fabrot, B. Brissonius, Peter Faber, A. Perez, Scipio Gentilis, A. Faber, Albericus Gentilis, Dyon, und Jac. Gothofred, Jan. a Costa, A. Vinnius, p. Voet, Giphanius, M. Wessenbek, G. Noodt, S. v. Leuwen, Bynkershoek, G. Meermann, A. Schulting, Gravina, G. Heineccius, Brun. quell, Ritter, Trekel, Gruppen, Cannegie ter, Bach, Conradi, Hugo, v. Savigny, Haubold, Fiufeland, Thibaut [...]. Unter den Praktikern sind besonders zu nennen [Parmi les praticiens, il convient de mentionner tout particulièrement] : G. A. Struv, W. A. Lauterbach, Schilter, S. Stryk, A. d. Leyser, C. T. Homel, Thomasius, Gundling, L. E. Puffendorf, J. H. Böhmer, G. L. Böhmer, Hofaker, Hellfeld, H. d. Cocceji, S. v. Cocceji C. J. Walch, Püttmann, Koch, Hoepfner, Westphal etc. Einige Juristen sind nicht als Practiker aufzuführen ; ihr Streben gieng mehr dahin, ein System zu schaffen, und darnach einzelne Rechtstheile theoretisch und praktisch vorzutragen. Auch ihre Namen müssen da genannt werden. Unter den Bearbeitern des canonischen Rechts sind merkwürdig [Certains juristes ne sont pas à classer parmi les praticiens ; leurs efforts ont été davantage orientés vers la création d'un système, puis vers la présentation théorique et pratique des différents thèmes juridiques. Leurs noms doivent également être mentionnés. Parmi les auteurs de droit canonique, on peut citer] : A. Augustin, Pithoeus, Jan. a Costa, J. Cironius, J. P. Lancellot, Alteserra, F. Florens, Gonzalez de Tellez, A. Barbosa, L. Thomassini, J. A. v. Riegger, C. Ziegler, J. H. Böhmer, S. Rautenstrauch, A. Schmidt, J. L. v. Mosheim, Eybel, von den Neuern Schnaubert, Wiese, Michl etc. Zu den Germanisten gehören [Parmi les germanistes, on trouve] : Sichard, Lindenbrog, J. Herold, Herm. Conring, Beyer, S. Baluz, Schilter, Heineccius, Eisenbart, Puffendorf, v. Senkenberg, Meinders, Hert, Hauschild, Gruppen, Riccius, Kopp, J. C. H. Dreyer, Bodmann, Biener, Klüber, Runde, Siebenkaes etc. Von den Criminalisten müssen ge nannt werden [Parmi les criminologues] : P. Farinacius, J. Mascard, J. Menochius, J. Clarus, J. Damhouder, D. Ursaya, A. Quazzin, Oldecop, A. Mathaei, N. Vigelius, J.

contemporains et ont contribué, directement ou non, à l'avènement de l'école historique allemande : Hugo, Thibaut et Savigny. Cependant, il semble que ce panorama doctrinal tiennne moins de l'hommage que du rappel didactique. En effet, au chapitre suivant, Mittermaier critique ses prédécesseurs. Il leur reproche d'avoir attaché trop d'importance au droit romain, et d'avoir délaissé l'étude de leurs propres droits locaux⁴⁰⁴. Ce portrait est-il fidèle à la réalité ? Il est vrai qu'au XVIII^e siècle, le droit romain est toujours prépondérant dans la littérature juridique allemande – comme nous l'observerons par la suite. Cependant, le droit romain n'est pas la seule source de droit étudiée par les auteurs. En effet, la fragmentation juridique est également une réalité dans les États allemands : comme l'Espagne et l'Italie, l'Allemagne est alors un patchwork de principautés, chacune dotée de ses droits locaux, de codes pour certaines. Il y existe déjà un droit que l'on dit « commun » : le *gemeines Recht*, sorte de fonds juridique partagé par les territoires allemands. Des sources multiples s'y sont diluées au fil du temps, et il est difficile de l'étudier de façon cohérente et systématique. C'est ainsi que Mittermaier lui-même le décrit :

« L'Allemagne avait un tel droit commun, mélange de dispositions romaines, canoniques et allemandes, et chaque pays ne possédait qu'un reste de sagesse indigène dans son droit provincial, dans lequel, à la lumière du jour, le droit romain était souvent assez mal transposé, à côté duquel une seule coutume locale figurait parfois individuellement »⁴⁰⁵.

Avant même l'arrivée des troupes napoléoniennes, les juristes allemands ont donc dû écrire pour satisfaire aux besoins de la pratique, mais aussi réfléchir, pour certains, aux contours d'un droit national allemand⁴⁰⁶. Face à la stratification extrême du *gemeines Recht*, les auteurs choisissent souvent, plutôt que d'étudier le terreau dans son ensemble, de s'y attaquer couche

Ludovici, B. Carpzov, J. S. Boehmer, Krefs, Gaertner, Bec caria, C. F. G. dann G. Jac. F. und Joh. C. F. Meister, Globig, Klein, Kleinschrod, Feuerbach, Stübel, Grollmann, Almendingen Zachariae etc. Von den Bearbeitern des Lehenrechts müssen [Parmi les spécialistes du droit féodal], Cujaz, Jenichen, Mascov, G. L. Boehmer, Schilter, Struv, Senkenberg, Buri, Zepernik, Schnaubert, Kopp, Weber etc. Von den Publizisten besonders [Parmi les publicistes, en particulier] D. Arumaeus, Limnaeus, Vitriarius, B. G. Struv, J. J. v. Moser, Schmaufs, J. U. Cramer, Harprecht, Pfeffinger, Pütter, Klüber, Leist, Gönner [...] » (K. J. A MITTERMAIER, *Einleitung...*, *op. cit.*, p. 128 à 131).

⁴⁰⁴ *Ibid.*, p. 137.

⁴⁰⁵ « Deutschland hatte so ein gemeines Recht als im Gemisch aus römischen, cano nischen und deutschen Bestimmungen, und jedes Land besafs nur wieder ein Restchen einheimischer Weisheit in seinem Provin zialrechte, in welchem, beim Lichte beschen, das römische Recht oft schlecht genug über setzt war, neben dem zuweilen eine einheimische Gewohnheit einzeln figurirte » (*Ibid.*, p. 10.)

⁴⁰⁶ G. DILCHER, « The Germanists and the Historical School of Law : German Legal Science between Romanticism, Realism, and Rationalization », *Zeitschrift des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte*, n°24, 2016, p. 24.

par couche : la typologie de l'historiographie faite par Mittermaier montre, sauf quelques exceptions, une certaine étanchéité entre les matières. Ce sont les études du droit romain, canonique, germanique, prises ensemble qui pourraient amener à une mise en cohérence du droit commun allemand. Par conséquent, si la préférence des auteurs de doctrine pour le droit romain était réelle, et l'étude du *gemeines recht* effectivement difficile, la littérature juridique allemande présentait malgré tout une certaine diversité de matières et de sujets. Parmi ces différents champs de recherches, l'appel à l'historicité et au caractère populaire des droits locaux commence à apparaître au XVIII^e siècle ; cela donne parfois naissance à des œuvres particulières telles que celle d'Hermann Meinders⁴⁰⁷, un juriste et historien passionné qui rédige au début du XVIII^e une série en douze volumes sur l'histoire et les droits du seul comté de Ravensburg, jamais imprimée et aujourd'hui perdue. Ses autres travaux, portant principalement sur l'histoire du droit de Westphalie ou sur les droits des peuples germaniques⁴⁰⁸, pourraient paraître anecdotiques ; mais nous savons que Meinders entretenait une relation épistolaire avec

⁴⁰⁷ Hermann Adolph Meinders (1665 à Halle – 1730 dans la même ville) étudie tour à tour le droit à Marburg, puis l'histoire à Strasbourg et à Tübingen. Il démarre sa carrière comme administrateur judiciaire à Halle, puis est nommé *gograf* pour la ville de Ravensburg. Le *gograf* est le plus haut gradé des juges de district, fonction ancienne existant depuis le XII^e siècle ; Meinders s'insère donc dans la tradition juridique ancienne de sa localité, d'autant plus que Frédéric Guillaume I^{er} le nomme rapidement historiographe. Meinders accomplit un impressionnant travail d'archéologie documentaire et rédige, en latin, la *Monumenta Ravensbergensis*, une chronique de Ravensburg traitant également de l'histoire de la justice westphalienne. Meinders voue une réelle passion pour sa région ; il lui dédie de nombreux poèmes, la plupart perdus aujourd'hui. L'historien Gustav Engel rend hommage à son approche inhabituelle pour l'époque : « Ce qui le distingue de ses contemporains, c'est l'effort [...] de développer l'histoire d'un petit territoire non seulement en termes de faits qui se sont produits, mais aussi en termes d'histoire populaire ». À ce sujet, voir K. MOELLER, « Meinders, Hermann Adolph », *Lexikon zur Geschichte der Hexenverfolgung* [en ligne], 2013, consulté le 22/05/2022.

⁴⁰⁸ À ce sujet, voir *Tractatus historico-politico-juridicus de origine, progressu, natura ac moderno statu nobilitatis et servitutis in Westphalia*, Lemgovia, 1713 ; *Vindiciae libertatis antiquae Saxonicae seu Westfalicae*, Lemgovia, 1713 ; *Diss. Singularis de iurisdictione colonaria et curiis dominicalibus veterum Francorum et Saxonum*, Lemgovia, 1813.

Leibniz⁴⁰⁹, qui appréciait son travail⁴¹⁰. Le philosophe s'intéresse lui aussi à l'histoire du droit, particulièrement aux Guelfes, faction médiévale d'Italie qui tente de mettre la dynastie Welf sur le trône du Saint-Empire entre le XII^e et le XIII^e siècle⁴¹¹ ; en ce sens, il est compréhensible que le travail géographiquement et substantiellement très spécialisé de Meinders l'ait intéressé. Les deux hommes sont cités par Mittermaier pour leurs travaux sur l'histoire des droits des peuples germaniques ; ces travaux existaient donc déjà avant l'occupation française et l'effondrement du Saint-Empire. Il est même possible de remonter plus loin : Leibniz entretient une correspondance⁴¹² avec le docteur Hermann Conring⁴¹³, considéré comme le père de la science

⁴⁰⁹ Gottfried Wilhelm Leibniz (1646 à Leipzig – 1716 à Hanovre) est l'un des intellectuels majeurs de l'histoire allemande. Esprit polyvalent, il s'illustre dans les domaines de la philosophie, de la diplomatie, de la philologie, des mathématiques ou encore du droit. La masse de ses travaux étant considérable, nous nous concentrerons sur sa contribution à la littérature juridique, qui n'est pas le pan le mieux connu de l'œuvre de Leibniz ; Il est difficile pour l'historiographie d'appréhender cette œuvre aujourd'hui, et selon Matthias Armgardt, l'étude de Leibniz en tant que juriste n'en est qu'à ses débuts. Ses textes en latin n'ont été traduits en anglais et en français qu'à partir des années 1990. La transdisciplinarité de son travail, qui même philosophie, économie, philologie et histoire, fait que ce sont les historiens de la philosophie qui ont mené la plupart des recherches sur sa littérature juridique, et non les historiens du droit. Les théories de Leibniz posent pourtant des bases fondamentales pour la pensée juridique contemporaine : le philosophe explore la notion de syllogisme, de système, d'identité, de cohérence. Après un bref ouvrage de droit naturel, Leibniz tente de remonter aux racines du concept de droit. Son *Codex iuris gentium diplomaticus* (1693) fournit une définition décisive de la justice, qui serait la « *caritas sapientis* » (charité du sage). Au fil des ans, Leibniz développe une conception logique, quasi-mathématique du droit ; il s'oppose à l'approche plus intuitive de son contemporain Pufendorf, et critique autant ses ouvrages que ceux de ses élèves. Il entretient une relation complexe avec le jeune Christian Wolff, qui en voulant reprendre son aîné, ne le comprend pas tout à fait et l'interprète mal. D'un point de vue politique, contrairement à son confrère John Locke, Leibniz n'est pas partisan du libéralisme. Il ne soutient pas non plus l'absolutisme monarchique et considère que tout peuple devrait avoir le droit de résister à un tyran, mais que cette résistance devrait être rarissime et réservée aux cas extrêmes : les conséquences d'une Révolution seraient plus catastrophiques que les abus qui l'ont causée. À son sujet, voir H. SCHEPERS, « Leibniz, Gottfried Wilhelm », *Neue Deutsche Biographie*, vol. 14, 1985, p. 121 à 131 ; M. ARMGARDT, « Leibniz as a legal scholar », *Fundamina*, vol. 20, n°1, 2014, p. 27 à 38 ; H. CAIRNS, « Leibniz's Theory Law », *Harvard Law Review*, vol. 60, n°2, 1946, p. 200 à 232.

⁴¹⁰ À ce sujet, voir W. KOSUBEK, « Hermann Adolph Meinders », *Haller Zeiträume* [en ligne], consulté le 22/05/2022.

⁴¹¹ M. ARMGARDT, « Leibniz as a legal scholar », *op. cit.*, p. 31.

⁴¹² G. W. LEIBNIZ, *Sämtliche Schriften und Briefe*, vol. 1, Berlin-Brandenburgischen Akademie der Wissenschaften und der Akademie der Wissenschaften in Göttingen, Akademie Verlag, 2006, p. 44 à 53.

⁴¹³ Hermann Conring (1606 à Norden – 1681 à Helmstedt) est le deuxième plus jeune d'une fratrie de dix enfants de pasteur ; tous ses frères et sœurs sont emportés par la peste en 1611, sauf son frère aîné. C'est avec l'aide de ce dernier que Conring s'inscrit à l'université de Helmstedt en 1620 ; il y est formé durant cinq années notamment à la philosophie d'Aristote. Ses études sont régulièrement perturbées, tantôt par la guerre de Trente ans, tantôt par de nouveaux épisodes de peste ; il obtient son doctorat en 1630 et à partir de 1631, il s'attache à prendre des cours de médecine, de sciences naturelles et de sciences politiques. Il obtient son doctorat en médecine en 1634 ; jusqu'en 1640, il cumule sa chaire de philosophie naturelle et de rhétorique avec un professorat en médecine. Son approche aristotélicienne, appliquée tant en philosophie qu'en médecine, lui vaut une grande renommée ; il devient le médecin attiré de nombreuses grandes familles européennes. Il se plonge plus complètement dans les sciences politiques à partir des années 1650, qu'il enseigne également à Helmstedt ; il donne en parallèle des conseils pratiques à différents dirigeants européens, notamment Louis XIV, dont il perçoit une rente à partir de 1664. À son sujet, voir E. DÖHRIG, « Conring, Hermann », *Neue Deutsche Biographie*, vol. 3, 1957, p. 342 à 343.

historique du droit allemand⁴¹⁴. Ce dernier publie en 1643 son œuvre majeure, *De l'origine du droit allemand (De origine iuris Germanici)*⁴¹⁵. Les correspondances avec l'*Einleitung* de Mittermaier sont visibles : Conring déplore lui aussi la trop grande importance qu'a prise le droit romain dans l'esprit des juristes allemands ; il est profondément convaincu que les territoires allemands avaient déjà un droit avant l'arrivée droit romain, et qu'étudier l'histoire des droits locaux permettra de retrouver ce droit premier⁴¹⁶. On y retrouve aussi la motivation de Conring : la quête des droits des peuples germaniques est comparée au combat d'Hercule contre l'hydre de Lerne ; mais plus la tâche gagne en ampleur, plus l'amour pour cette tâche grandit⁴¹⁷.

Dès lors, il n'est pas étonnant qu'Eichhorn, dans son Histoire du droit public et des législations d'Allemagne, cite également Conring à plusieurs reprises. Il reprend notamment l'un des apports majeurs du médecin pour l'histoire du droit allemand : Conring est le premier à découvrir que l'empereur Lothaire III n'a jamais édicté de loi consacrant le droit romain en tant que droit officiel du Saint-Empire⁴¹⁸. Conring en déduit que le droit romain s'est implanté sur le territoire par la force de la coutume, donc par les habitudes et la volonté des Allemands ; cette réfutation de la « légende de Lothaire » fournit une raison supplémentaire aux auteurs d'incliner leurs travaux vers l'étude de la coutume allemande. Eichhorn s'inscrit en cela dans la lignée germaniste de Conring, et Mittermaier en a conscience lorsqu'il place ces deux auteurs dans une continuité chronologique :

« Si la nécessité d'un traitement spécial de l'histoire du droit germanique est évidente d'après ce qui

⁴¹⁴ L'historiographie récente apporte quelques nuances à ce titre : l'histoire du droit n'était pas le domaine de connaissances principal de Conring ; il n'a jamais suivi de cursus juridique, et ses remarques en la matière ont surtout été faites à l'occasion des cours de sciences politiques qu'il dispensait à l'université. De plus, lorsque l'on se penche sur son œuvre juridique, il s'agit en partie de rééditions commentées de classiques (Machiavel, Aristote, Tacite), d'un traité de systématisation en sciences politiques nommé *De civili prudentia* et d'ouvrages sur la formation du Saint-Empire. Il est difficile de dégager une ligne commune et cohérente de cette bibliographie, comme cela a pu être le cas pour l'École historique un siècle et demi plus tard. C. FASOLT, « Herman Conring and the European History of Law », *Politics and Reformations : Histories and Reformations. Essays in Honor of Thomas A. Brady, Jr.*, Leiden-Boston, Brill, 2007, p. 129.

⁴¹⁵ H. CONRING, *De origine iuris germanici. Commentarius historicus*, Helmstedt, 1643.

⁴¹⁶ C. FASOLT, « Herman Conring... », *op. cit.*, p. 131.

⁴¹⁷ H. CONRING, *De origine iuris germanici...*, *op. cit.*, p. xxx à xxxi.

⁴¹⁸ « Die Unrichtigkeit der Behauptung, daß das Römische Recht schon Lothars Aufmerksamkeit erregt, oder gar von ihm ausdrücklich für ein gemeines Recht erklärt worden sen, zeigt schon Conring de orig. jur. Germ. Cap. 21 [L'inexactitude de l'affirmation selon laquelle le droit romain avait déjà attiré l'attention de Lothaire, ou avait même été expressément déclaré par lui comme étant un droit commun, est déjà démontrée par Conring, *De origine iuris Germanici*, chapitre 21.] » (K. F. EICHORN, *Deutsche Staats...*, *op. cit.*, p. 629.)

a été dit jusqu'à présent, il serait facile de contrer ces raisons par l'objection que de telles histoires du droit sont déjà connues depuis longtemps et que le droit allemand a déjà été présenté séparément. Cependant, si tout historien reconnaîtra avec gratitude les belles contributions de Conring [...], il devra également admettre avec la même sincérité qu'aucune histoire complète du droit allemand n'a encore été écrite, et l'ouvrage d'Eichhorn, *Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte*, pourrait être considéré comme la première tentative [...] »⁴¹⁹.

L'historiographie polonaise laisse apparaître le même type de controverses. Le travail de Piekarski, s'il comporte de nombreux textes de droit romain, témoigne d'une empreinte toujours forte des droits locaux sur l'ordre juridique polonais – c'est-à-dire un mélange de droit coutumier, voire féodal, et de droit romano-canonique toujours utilisé par l'Église. Ce droit indigène a déjà été compilé et étudié tout au long du XVIII^e siècle, comme Piekarski lui-même le rappelle⁴²⁰. Il mentionne par exemple Teodor Ostrowski⁴²¹, pénaliste et civiliste du siècle précédent ; Ostrowski est un spécialiste du droit polonais, qu'il fait passer avant le droit romain et les apports des Lumières. On trouve dans sa bibliographie quelques exemples intéressants de cet attachement aux droits locaux : en 1786, il traduit une partie des *Commentaires sur le droit anglais* (*Commentaries on the Laws of England*⁴²²) de William Blackstone⁴²³, champion anglais

⁴¹⁹ K. J. A MITTERMAIER, *Einleitung...*, *op. cit.*, p. 33.

⁴²⁰ Cf. *supra*.

⁴²¹ Teodor Ostrowski (1750 à Kopin – 1802 à Lviv) rejoint dès ses quinze ans les Clercs réguliers pour des écoles pies, plus communément appelés piaristes ; il s'agit d'un groupe de clercs de droit pontifical qui s'est donné pour mission de promouvoir l'éducation chrétienne, afin notamment d'enrayer la misère des enfants. Ostrowski poursuit des études religieuses jusqu'en 1774, à Rzeszów puis à Varsovie. Durant cette période et alors qu'il est encore étudiant, il enseigne déjà le latin au *Collegium Regium*. Il poursuit sa carrière de professeur dans diverses matières – histoire, droit naturel – au *Collegium Nobilium*, avant de revenir à sa première faculté pour y enseigner le droit. Ostrowski mène une vie politique active ; procureur de province, secrétaire de province, conseiller de province, il est décoré par le roi et, en 1791 nommé au sein d'une commission pour l'élaboration d'un code civil et pénal. À ce sujet, voir Z. ZDRÓJKOWSKI, « T. Ostrowski (1750-1802), pisarz dawnego prawa sądowego », *Dawni Pisarze Prawnicy*, n°1 [en ligne], 1956, consulté le 22/05/2022.

⁴²² W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, Oxford, 1765-1769.

⁴²³ William Blackstone (1723 à Londres – 1780 à Wallingford) suit des études au *Middle Temple* dès 1741 ; il est reçu à Oxford et devient avocat en 1746. Il se révèle cependant meilleur universitaire que praticien ; en 1750, il obtient un doctorat et trois ans plus tard, choisit de se retirer de l'avocature. Il se consacre alors à l'étude du *common law* qui le passionne ; en 1753, il commence à donner des cours magistraux en la matière – une première dans une université anglaise. La clarté, la cohérence et la simplicité des exposés de Blackstone font son succès auprès de ses étudiants, mais ils sont un obstacle à l'appréhension du sujet même : Blackstone n'hésite pas à lisser les contradictions inhérentes au droit anglais, construit par strates depuis des siècles, et a tendance à simplifier des pans entiers du *common law* afin de le présenter comme un système limpide et accessible. Cela n'empêche pas sa chaire d'être officialisée en 1758, en tant que première chaire de *common law*. Blackstone mène en parallèle une vie politique active : professeur au *Middle Temple*, et assesseur à la Cour de la Chancellerie, il est élu député au parlement local d'Hindon et en 1763, devient procureur général de la reine, et siège à la Chambre des communes entre 1761 et 1770. Il prend sa retraite universitaire après un désaccord sur l'extension de sa chaire. Ses cours lui servent de trame de base pour la rédaction de ses *Commentaires*, qui deviennent rapidement la base de l'éducation

de la common law ; il y adjoint ses explications, ainsi que des « commentaires sur le droit polonais »⁴²⁴. L'un de ses ouvrages les plus connus s'intitule *Droit civil de la nation polonaise (Prawo cywilne narodu polskiego)*⁴²⁵. Dans son introduction, Ostrowski témoigne des mêmes difficultés que ses confrères européens face à l'appréhension des droits locaux ; vingt ans avant Piekarski, il manifeste son patriotisme et déplore la dispersion du droit indigène, qui rend complexe son enseignement⁴²⁶. Une fois l'introduction passée, il apparaît à première vue que l'ouvrage de Piekarski adopte la même approche que celui de son prédécesseur, avec une légère inflexion. En effet, alors que Piekarski démarre son *Recueil par les législations royales* (« *De Legibus Regni* »⁴²⁷), Ostrowski place, en Titre I^{er} de sa partie sur les personnes, une présentation de la noblesse (« *O Szlachcie* »⁴²⁸). Piekarski ne l'aborde qu'en deuxième position, juste après les lois royales, dans un chapitre intitulé *Des nobles et de la noblesse* (« *De Nobilibus et Nobilitate* »⁴²⁹). Ce détail pourrait traduire une évolution sociétale – et par extension doctrinale – qui s'est produite au cours du XVIII^e siècle en Pologne. Le pays est resté jusqu'au XV^e siècle un État principalement agraire, éclaté entre de multiples propriétés foncières. Le pouvoir central s'est longtemps borné à accomplir les tâches régaliennes les plus basiques, telles que la défense aux frontières. Un changement s'amorce au XVI^e, lorsque la Pologne commence à recevoir réellement le droit romain. Les étudiants polonais se mettent à voyager pour perfectionner leurs études sur cette matière récente ; les universités allemandes sont alors déjà en concurrence avec les facultés italiennes historiques, et malgré l'absence de données précises, il est déjà possible d'estimer un nombre croissant d'expatriés polonais venus pour apprendre le droit là où il était le mieux appris. Si cette ouverture au continent prend ses racines dans l'étude du droit romain, le droit indigène, quant à lui, échappe à tout enseignement universitaire ; il n'y sera inclus qu'au XVII^e, comme matière annexe⁴³⁰.

juridique tant sur le continent qu'en Amérique. À son sujet, voir COLLECTIF, « Sir William Blackstone », *Encyclopedia Britannica* [en ligne], 2021, consulté le 22/05/2022.

⁴²⁴ T. OSTROWSKI, *Prawo kryminalne angielskie przez Wilhelma Blakstona zebrane a przez X. Teodora Ostrowskiego S. P. wytlómaczone i uwagami do prawa polskiego stosownymi pomnozone*, Varsovie, 1786.

⁴²⁵ T. OSTROWSKI, *Prawo cywilne narodu polskiego. Z statutow i konstytucyi koronnych i litewskich zebrane ; rezolucjami rady nieustajacej obiasnione ; dodatkami, z praw kanonicznego, magdeburskiego, i chelmskiego pomnozone ; a porzadkiem praw rzymskich*, Varsovie, 1787.

⁴²⁶ *Ibid.*, p. 18 à 19.

⁴²⁷ Fr. B. PIEKARSKI, *Zbiór praw polskich...*, *op. cit.*, p. 6.

⁴²⁸ T. OSTROWSKI, *Prawo cywilne narodu...*, *op. cit.*, p. 20.

⁴²⁹ Fr. B. PIEKARSKI, *Zbiór praw polskich...*, *op. cit.*, p. 7.

⁴³⁰ S. ESTREICHER, *Kultura prawnicza w Polsce XVI wieku*, Cracovie, Polska Akademia Umiejętności, 1931, p. 3.

Cependant, il ne faut pas rapprocher ce droit local d'un droit populaire, comme ont pu le faire les royaumes italiens, les provinces espagnoles et les penseurs allemands : en Pologne, entre le XVII^e et le XVIII^e siècle, le droit indigène devient l'arme principale du pilier de la société polonaise, dans ce qu'Anna Rosner appelle la « République des nobles »⁴³¹. L'élite foncière se sert en effet du droit indigène pour accroître ses droits au détriment des citadins et paysans, qu'elle entend exclure de la vie de l'État. Les idéaux qui apparaissent avec les Lumières – égalité, liberté, État de droit – sont certes repris, mais les nobles polonais ne les recherchent que pour leur propre classe. En cela, la réception polonaise des évolutions doctrinales qui ont eu lieu en Europe entre le XVI^e et le XVII^e siècle est singulière : il semble qu'elle ait été principalement détournée par la noblesse. Leurs sièges au sein des *sejmiki*, sortes d'assemblées régionales sur le modèle du *Sejm* national, leur permettent d'asseoir leur position dominante en soutenant des dispositions de droit local qui les avantagent. La formation universitaire en droit complète ce système d'influence : il permet aux jeunes nobles de perpétuer la participation de leurs familles à la vie politique⁴³². Il est à remarquer que la noblesse polonaise préfère aisément l'ancien droit indigène au droit romain ou à la loi moderne, rationnelle et anhistorique. En effet, le droit local convient parfaitement à ses ambitions : il ne fait pas l'objet d'une abondante doctrine savante, il est difficilement modifiable car il s'est bâti à l'épreuve des siècles, et il est écrit en polonais – il est donc aisé de le maîtriser et de l'interpréter⁴³³.

Dans ces circonstances, la mise au premier plan de la noblesse dans la littérature juridique est compréhensible⁴³⁴ ; mais elle est déjà nuancée à l'époque d'Ostrowski, qui en tant que piariste, manifestait son patriotisme par la volonté d'instaurer une éducation accessible à tous les Polonais, avec un accent sur la langue nationale et sur les droits locaux. C'est aussi le cas de

⁴³¹ A. ROSNER, « Nauka prawa ... », *op. cit.*, p. 230.

⁴³² « Staropolski model edukacji prawniczej, w wymiarze szerszym niż wykonywanie zawodów prawniczych, wynikał też z zasad demokracji szlacheckiej i związany był z uczestnictwem w życiu politycznym oraz pojmowaniem obowiązku wobec ojczyzny. W tym znaczeniu nauczaniu prawa przypisywano też funkcje społeczne. Bez wątplenia była to nauka użyteczna, spełniająca swe zadanie przy wypełnianiu obowiązków publicznych [Le modèle d'éducation juridique de l'ancienne Pologne, dans une dimension plus large que la profession d'avocat, résultait également des principes de la République des nobles et était associé à la participation à la vie politique et à la compréhension du devoir envers la patrie. En ce sens, l'enseignement du droit se voyait également attribuer des fonctions sociales. Sans aucun doute, c'était une science utile, remplissant sa mission dans l'exercice des fonctions publiques] » (A. ROSNER, « Nauka prawa ... », *op. cit.*, p. 232.)

⁴³³ S. ESTREICHER, *Kultura prawnicza...*, *op. cit.*, p. 79.

⁴³⁴ On notera la définition détaillée des nobles données par M. Ladowski, dans son *Index des nouvelles lois, status et constitutions*. M. LADOWSKI, *Inwentarz nowy praww statutow konstytucyi korona*, Varsovie, 1754, p. 665 à 676.

son confrère dans l'Ordre, Stanisław Konarski⁴³⁵, qui fustige régulièrement l'organisation injuste de la société polonaise et prône l'égalité de tous, préférant à la noblesse matérielle une noblesse morale.

Que conclure de l'étude de cette littérature juridique qui choisit d'ignorer les codes français ou de ne les utiliser qu'à titre de comparaison ou de révélateurs du caractère national des droits locaux ? Il apparaît tout d'abord évident que l'implantation des codes français n'a pas fait table rase des doctrines nationales antérieures ; elles ont été poursuivies par une partie des juristes qui, par conservatisme, par nationalisme, par réaction et par érudition, ont continué, et même accentué du fait de l'occupation française, les débats nationaux autour de la connaissance et de la structuration des droits locaux. Dans les États italiens et allemands, en Espagne ou en Pologne, l'occupation française n'a pas bloqué le processus des études doctrinales sur les droits locaux. La brièveté de l'occupation française l'empêche de mettre un terme définitif à la fragmentation juridique de ces pays. Ainsi, pour une partie de la littérature juridique, se poursuit un phénomène déjà entamé à la fin du XVII^e et durant tout le XVIII^e siècle : la fixation, l'étude, la systématisation et l'enseignement des droits locaux afin d'esquisser les contours du droit national. Ce processus va de pair, chez les auteurs concernés, avec un fort sentiment patriotique – une volonté d'affirmer l'indépendance de leur pays par le particularisme de leur droit. Il apparaît ensuite que, pour ces auteurs, la conservation d'un droit national par opposition aux codes français ne signifie pas forcément la conservation de leurs sociétés d'ancien régime respectives. De façon rétrospective, on a pu ranger ces auteurs parmi les conservateurs et les réactionnaires parce qu'ils s'étaient opposés à la Révolution française et ses textes. Le contexte et le contenu de leur littérature nous aident à distinguer deux attitudes différentes, l'une à l'égard de l'occupation étrangère, l'autre à l'égard de leur propre société. La plupart souhaitent conserver leurs droits locaux tout en travaillant à leur évolution, mais en refusant la voie française de la révolution, de la table rase et de la codification, au profit de voies nationales

⁴³⁵ Stanisław Konarski (1700 à Żarczyce Duży – 1773 à Varsovie) fait ses études dans une école piariste et devient professeur de syntaxe et de poésie au Collège Piariste de Pologne, puis professeur de rhétorique au Collège local de Varsovie. Comme de nombreux universitaires polonais, Konarski ne se contente pas d'études dans son pays de naissance : il voyage beaucoup, à l'Université de la Sapienza à Rome, mais aussi en France et en Allemagne. En 1740, il fonde le Collegium Nobilium à Varsovie, collège où enseignera Ostrowski. Il souhaite y appliquer les principes qui selon lui, sont le pilier d'une bonne éducation : l'accent sur les matières manuelles, pratiques et scientifiques, l'apprentissage de la langue nationale, l'éveil spirituel et la réduction de l'importance accordée aux matières savantes plus abstraites (droit romain, rhétorique). C'est un auteur prolifique, de poèmes, de traités et de discours. À son sujet, voir W. KONOPCZYNSKI, *Stanisław Konarski*, Varsovie, Wydawnictwo Kasy im. Mianowskiego, 1926.

spécifiques qui font écho à des réflexions et des controverses anciennes. C'est dans des termes parfois assez comparables que d'autres auteurs en Europe continuent à traiter de droit romain, alors même que les codes français leur sont imposés.

Section 2. La poursuite de l'étude du droit romain

Bien avant la promulgation des codes français, un droit à prétention universelle occupe depuis très longtemps la scène juridique européenne : le droit romain. Il ne nous appartient pas de reprendre l'histoire de la renaissance et de l'expansion du droit romain en Europe à compter du XI^e siècle⁴³⁶. Tel qu'il a été redécouvert, repris et pratiqué en Europe à partir du XI^e siècle, le droit romain est essentiellement subsidiaire : il a servi de source pour les légistes royaux non seulement pour affirmer les royautés face au système féodal, mais aussi pour former un droit savant avec le droit canon, qui lui a servi de reliquaire depuis l'effondrement de l'Empire et qui lui est réuni sous l'impulsion des Commentateurs. Au fil des siècles, la doctrine romaniste, plus que le droit romain lui-même, pose les bases de ce qui sera connu sous le terme *ius commune* : un système de droit commun à tout le continent, non pas en tant que droit positif, mais plutôt comme droit supplétif dans le silence du droit national – dit *ius proprium*. Andreas Nitsch décrit ce phénomène ainsi :

« [...] la science qui s'occupait avant tout des *corpora iuris civilis et canonici*, a acquis une influence déterminante dans tous les pays européens. Partout, on a respecté des autorités comme Accurse, Bartole, Balde, Cujas, Doneau, Dumoulin, Grotius, Pufendorf, Pothier, Voet, Vinnius, Heineccius et Leyser ; d'ordinaire, les tribunaux ne dérogeaient pas à la *communis opinio doctorum*. On resta attaché à cette tradition commune qui se formait depuis la fin du moyen âge, même lorsque d'autres courants juridiques naquirent, comme la science juridique humaniste du XVI^e siècle et le droit

⁴³⁶ Voir la bibliographie abondante à ce sujet : R. ZIMMERMANN, « Roman Law and European Culture », *New Zealand Law Review*, 2007, p. 341 s. ; H. COING, « The Roman Law as *ius commune* on the Continent », *Law Quarterly Review*, vol. 89, 1973, p. 505 s. ; M. BELLOMO, *L'Europa del diritto commune. La memoria e la storia*, Leonforte, Euno Edizioni, 2016 ; A. NITSCH, « Reichtsteinheit in Europa und römisches Recht », *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, vol. 2, 1994, p. 244 à 276 ; J.-L. HALPÉRIN, « L'approche historique et la problématique du *jus commune* », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 52, n°4, octobre-décembre 2000, p. 717 à 731 ; G. FINAZZI, « Identità nazionali e identità europea alla luce del diritto romano e della tradizione romanistica », *Italian Review of Legal History*, vol. 3, n°9, 2017, p. 1 à 68 ; P. KOSCHAKER, *Europa und das römische Rechts*, Munich, Biederstein Verlag, 1947 ; M. RAINER, *Das Römische Recht in Europa*, Wien, MANZ'sche, 2012 ; L. GAROFALO et L. ZHANG (dir.), *Diritto romano fra tradizione e modernità*, Pise, Pacini Giuridica, 2017 ; X. BLANC-JOUVAN, « Le Code civil entre *ius commune* et droit privé européen », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 58, n°1, 2006, p. 254 à 258 ; P. STEIN, *El derecho romano en la historia de Europa. Historia de una cultura jurídica*, Tres Cantos, Nueva historia de Europa, 2001.

naturel des XVII^e et XVIII^e siècles qui s'appuyait sur la raison. Les évolutions du droit ont été préparées et réalisées par une discussion commune qu'on a menée et suivie partout en Europe ; la science du droit était et restait une science européenne »⁴³⁷.

Le terme *ius commune* en lui-même est sujet à controverses, tant dans l'historiographie contemporaine que dans la littérature du XVIII^e siècle. Au cours du XX^e siècle, il a été démontré que cette notion doit son acception moderne aux légistes du Moyen-Âge : ces derniers, désireux d'harmoniser le droit au sein de leur royaume pour en soutenir le prince, auraient construit une mythologie du *ius commune* en plusieurs temps : d'abord en retrouvant ce terme dans les Institutes de Justinien où il avait un sens plus restreint, pour l'assimiler au droit romain dans son ensemble; puis en le parant d'atours universalistes en le rapprochant du droit canon, et enfin en le rattachant à ce que représentait l'Empire romain dans l'imaginaire des élites européennes ; un mythe d'unité et d'harmonie. Reinhard Zimmermann précise ainsi qu'il est impossible de parler d'« un » droit romain⁴³⁸. Dans cette même idée, Ricardo Orestano, romaniste contemporain, considère que le « droit romain » est un terme générique souvent impropre ou imprécis ; il propose une distinction entre d'un côté le « droit romain des Romains », tel qu'il était pratiqué et expérimenté à Rome, et de l'autre la « tradition romaniste », soit la somme sans cesse grandissante de la littérature et des expériences doctrinales inspirées par le *Corpus iuris civilis*⁴³⁹.

Or, avec la codification française et la transposition des codes dans les territoires occupés, cette tradition constitue à la fois un point de convergence – des définitions, des catégories et des règles communes d'un bout à l'autre de l'Europe – et un point de rupture : les codes français prétendent restreindre l'empire du droit romain car s'ils en reprennent, en modernisent et en mettent en vigueur une partie, ils l'abrogent en tant que source de droit. Pour la littérature juridique des pays occupés, traiter du droit romain revient ainsi, d'un côté, à poursuivre une constante des doctrines d'Europe continentale, de l'autre, à réhabiliter parfois sa place parmi les sources du droit par rapport à la logique codificatrice française. Aussi convient-il de

⁴³⁷ A. NITSCH, « Reichtsteinheit... », *op. cit.*, p. 127.

⁴³⁸ R. ZIMMERMANN, « Roman Law... », *op. cit.*, p. 343.

⁴³⁹ Cette proposition de distinction fait l'objet de discussions ; elle est notamment critiquée par Giuseppe Grosso, qui considère qu'on ne peut pas entièrement détacher la tradition romaniste de son objet d'étude ; si bien que même indirectement, le droit des romains reste au centre des controverses d'aujourd'hui. F. TOMASICCHIO, « Riccardo Orestano e l'introduzione allo studio storico del Diritto romano », *I rapporti giuridici tra identità e molteplicità, Sapienza Legal Papers*, vol. 6, Naples, Jovene Editore, 2019, p. 105.

comparer le statut du droit romain en France, en Espagne, dans les États italiens et allemands (I) afin de pouvoir comprendre comment la littérature juridique romaniste des pays occupés se situe à l'égard des codes napoléoniens entre 1812 et 1814 (II).

I. Une comparaison du statut du droit romain en France, en Espagne, dans les États italiens et allemands

A. La tradition romaniste en Espagne, dans les États italiens et allemands

Au tournant des XVIII^e et XIX^e siècles, l'Espagne, les États italiens et allemands restent fragmentés juridiquement, mais leurs juristes respectifs poursuivent l'héritage de la tradition romaniste, à commencer par les États italiens. L'importance de la péninsule pour la réception et l'expansion du droit romain est évidemment double : d'une part, c'est sur ce territoire que s'est développé l'ordre juridique romain, parvenu au sommet de sa richesse dans la période classique (entre le II^e siècle avant notre ère et le II^e siècle), que ce soit par son organisation judiciaire ou par la richesse de ses sources⁴⁴⁰ ; d'autre part, c'est à l'université de Bologne, plus de cinq siècles après la disparition de l'Empire romain d'Occident, que le droit romain est redécouvert et étudié. Les églises avaient pu copier et sauvegarder le Digeste, compilant des extraits de textes de jurisconsultes ; les maîtres de Bologne, notamment Irnerius, procèdent à une relecture et à un « nettoyage » de ce droit Justinien, afin de l'adapter à une société chrétienne du XII^e siècle. Cette approche bolognaise du droit romain est reçue par les étudiants étrangers ; ceux qui deviennent professeurs, dans les universités qui se créent partout en Europe à l'époque, reproduisent cet enseignement et, dans une certaine mesure, réécrivent le droit romain⁴⁴¹. Cette réappropriation s'accroît lorsqu'aux glossateurs, simples « descripteurs » des textes romains, succèdent les commentateurs. Ceux-ci adoptent une approche différente de celle de leurs prédécesseurs, doctrinalement plus audacieuse : ils expliquent le droit romain par de courts résumés, sans inclure les textes originaux dans leur exposé, limitant ainsi les possibilités de s'y rapporter⁴⁴². Ainsi, la transmission du droit romain se fait par un discours simplifié,

⁴⁴⁰ À ce sujet, voir M. VILLEY, *Le droit romain*, Paris, Presses Universitaires de France, 2002, p. 22 à 35.

⁴⁴¹ E. GIOVANNINI, *Diritto comparato dei contratti transnazionali*, Turin, Università degli Studi di Torino, 2019, p. 35.

⁴⁴² *Ibid.*, p. 36.

reprenant les traits saillants du texte commenté. Il est possible de retrouver, déjà à cette époque, un réflexe de modélisation chez les savants, face à un droit touffu et parfois éloigné du contexte médiéval. C'est donc depuis la péninsule italienne que se répand, dans toute l'Europe du Moyen-Âge, un droit romain qui n'est pas exactement celui de la période classique romaine. Il s'agit d'une acception uniformisée, « lissée », d'un système qui se caractérise à cette époque par une grande souplesse d'interprétation et une jurisprudence riche, casuistique. Cette déformation du droit romain s'est accentuée durant les temps modernes : les juristes se sont attachés à étudier le droit romain comme un ensemble homogène et cohérent, lui octroyant dès lors une stature plus historique que pratique. Or, la littérature juridique romaine, qu'on dit initiatrice de la théorie du droit, ne cherchait pas la systématisation de tout son ordre juridique⁴⁴³.

Cette déformation intellectuelle du droit romain se traduit directement dans sa réception en Allemagne : les universités l'enseignent dès le XV^e siècle ; or le plus souvent, pour obtenir une chaire, les professeurs doivent détenir un diplôme d'une faculté italienne⁴⁴⁴. Les professeurs allemands rapportent ainsi de leurs voyages d'études l'approche bolognaise du droit romain, systématique et homogénéisatrice. Cet héritage transparaît par la suite : au fur et à mesure que le droit romain s'installe en Allemagne, souvent au détriment du droit canonique⁴⁴⁵, des auteurs utilisent des méthodes de systématisation et de modélisation pour tenter de concilier le droit romain avec le droit local allemand. Ce n'est pas chose aisée, car le droit romain est longtemps

⁴⁴³ Cette simplification, cette modélisation systématique, va persister jusqu'à nos jours et est dénoncée par Ricardo Orestano, qui déplore cette évolution de l'étude du droit romain dans des propos rapportés par Francesco Tomasicchio : « Uno dei contributi più significativi [...] di Orestano è rappresentato dalla profonda analisi svolta in merito alla problematica che attanagliava – e che probabilmente attanaglia tuttora – il ceto dei romanisti: il 'problema' del diritto romano e la pluralità dei suoi significati. A tal proposito, Orestano denuncia il continuo ed inappropriato impiego dell'espressione 'diritto romano' che sovente storici e giuristi utilizzano per racchiudere – se non comprimere, [...] – un fenomeno ben più multiforme e complesso di quanto si voglia far credere [L'une des contributions les plus significatives [...] d'Orestano est représentée par l'analyse approfondie de la problématique qui a agité – et agite sans doute encore aujourd'hui – les romanistes : le « problème » du droit romain et la pluralité de ses significations. À ce propos, Orestano dénonce l'usage continu et impropre de l'expression « droit romain », que les historiens et juristes utilisent pour contenir – si ce n'est comprimer [...] – un phénomène bien plus multiforme et complexe que ce que l'on veut faire croire] » (F. TOMASICCHIO, « Riccardo Orestano... », *op. cit.*, p. 102). Cette position d'Orestano est également mentionnée par M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, Presses Universitaires de France, 2013, p. 105.

⁴⁴⁴ Ch. S. LOBINGIER, « The Reception of the Roman Law in Germany », *Michigan Law Review*, vol. 14, n^o7, 1916, p. 562.

⁴⁴⁵ L'essor du droit romain corrélé au déclin du droit canon peut s'expliquer par la Réforme allemande, les protestants se désintéressant du droit romano-canonique ; le droit romain, en tant que source alternative, a pu opposer une concurrence au droit ecclésiastique. Ce dernier, d'abord rival direct du droit romain, devient petit à petit un droit qui lui est subsidiaire. *Ibid.*, p. 564 à 565.

considéré comme un ornement savant, une marque de prestige universitaire, plutôt qu'un droit pratique comme l'est le droit local⁴⁴⁶ ; cela restera en majorité le cas jusqu'à l'occupation française, malgré les efforts des pandectistes allemands.

À distinguer des expériences italienne et allemande, la réception du droit romain par l'Espagne présente un troisième cas de figure. D'abord, il est impossible de la dater précisément : l'éclatement politique de la péninsule entraîne une réception par régions successives, à cheval entre le XI^e et le XIII^e siècle, et avec plus ou moins de succès. En effet, au moment où le droit romain commence à être enseigné à Bologne, l'Espagne connaît un épisode impérial : Alphonse VI de Castille-Léon se proclame « empereur des Espagnes » ; son petit-fils, Alphonse VII fera de même. S'ils revendiquent une domination de la péninsule tout entière, la réalité est différente : leur vassal, le Portugal, devient un royaume indépendant en 1139 ; le pouvoir castillan est en période de Reconquista⁴⁴⁷. Dès lors, étudier l'évolution de l'imprégnation du droit romain en Espagne devient une tâche complexe ; elle dépend directement de l'état du conflit entre les deux puissances⁴⁴⁸. L'une des premières démonstrations de force du droit romain en Espagne est la promulgation par Alphonse X le Sage des *Siete Partidas* en 1265. Il s'agit d'une entreprise unique en Europe médiévale : un code complet, systématisé, divisé en livres et en titres, qui reprend le modèle du *Corpus iuris civilis* en y intégrant des éléments de droit canonique⁴⁴⁹. Ce texte devient le socle du droit de Castille ; la royauté espagnole entend s'en servir pour unir l'entièreté de la péninsule sous sa loi. Cette ambition se heurte aux particularismes locaux ; comme la péninsule italienne, la péninsule ibérique est éclatée politiquement. Le royaume d'Aragon produit lui aussi des textes : les *Cortes* de la province de Huesca approuvent en 1247 la *Compilación de Huesca*, un recueil du meilleur du droit

⁴⁴⁶ C. C. TURPIN, « The Reception of Roman Law », *Irish Jurist*, vol. 3, n°1, 1968, p. 170.

⁴⁴⁷ À ce sujet, voir H. SIRANTOINE, *Imperator Hispaniae : Les idéologies impériales dans le royaume de Leon (IXe-XIIIe siècles)*, Madrid, Casa de Velázquez, 2013.

⁴⁴⁸ Par exemple, la Catalogne est l'une des régions espagnoles où le *ius commune* a eu la prise la plus profonde, car elle se situe au nord de la péninsule ; rapidement libérée de la domination maure, elle avait déjà été en contact avec une influence romaniste par l'intermédiaire des campagnes de Charlemagne et la création de la marche d'Espagne. À l'inverse, d'autres régions, restées sous domination islamique, ne recevront le droit romain que tardivement ; c'est le cas de l'Andalousie, récupérée en 1248 par Ferdinand III. Son fils, Alphonse X dit le Sage, entend alors utiliser le droit pour sécuriser et stabiliser le territoire reconquis. Il songe à utiliser le droit romain comme colonne vertébrale d'un grand projet d'harmonisation, d'unification du droit sur la péninsule ; dans cette optique, il devient l'instigateur d'un texte qui restera fondamental en Espagne jusqu'au XIX^e siècle : les *Siete Partidas*. A. TORRENT, « La recepción del derecho Justiniano en España en la Baja Edad Media (Siglos XII-XV). Un capítulo en la historia del derecho europeo », *Rivista internazionale de derecho romano*, avril 2013, p. 40 à 43.

⁴⁴⁹ À ce sujet, voir COLLECTIF, « Las siete partidas », *Calenda*, publié le mercredi 04 octobre 2017, consulté le 22/05/2022.

aragonais construit sur la structure du Code Justinien. Son auteur serait Vidal de Canellas, un ecclésiastique qui a étudié le droit à Bologne⁴⁵⁰. Même rédacteur, même modèle romain pour Valence, qui promulgue dès les années 1239-1240 les *Fueros* de Valencia, une collection d'ordonnances émises par le roi Jacques Ier d'Aragon suite à la prise de la ville⁴⁵¹. La Catalogne compile son droit durant des siècles, un droit principalement d'origine féodale et barcelonaise ; ces *Usatges* sont inclus dans une grande compilation officielle, réalisée en 1413⁴⁵². Élément intéressant : ces textes sont glosés, au même titre que les textes du *Corpus iuris*. Ainsi, les savants espagnols ne se contentent pas de commenter les textes romains ; deux siècles après leur redécouverte, ils mettent en place des compilations sur le même modèle, et les étudient de la même façon. La présence, dans ce processus, d'étudiants de Bologne peut expliquer cette persistance. La méthode glossatrice est à ce point importante qu'à la veille de la Renaissance, alors qu'en Italie ils sont depuis longtemps remplacés par les commentateurs (menant à la systématisation et à la mise en cohérence du droit que nous avons évoquée précédemment), les glossateurs ont encore un grand prestige en Espagne⁴⁵³.

Si l'on synthétise, en Espagne, dans les États italiens et allemands, le droit romain occupe partout une place centrale, mais une place qu'il convient de préciser selon les territoires à cause de l'histoire politique respective, de l'évolution des sources du droit et de la façon dont l'enseignement est organisé. Ce constat nous permet de remarquer le caractère progressif de l'installation et de l'évolution du droit romain dans ces pays : parce qu'ils n'ont pas connu de révolution, le droit romain n'y a pas subi la menace d'une table rase. Il a gardé pour les juristes européens le rôle qu'il a tenu durant des siècles : celui de modèle. Un modèle discuté, défendu ou rejeté, mais un modèle dans tous les cas, auquel les auteurs peuvent se référer – y compris

⁴⁵⁰ A. PÉREZ MARTIN, « Glosas medievales a textos juridicos hispanicos. Inventario y tipos », *Cahiers de linguistique hispanique médiévale*, n°14-15, 1989, p. 23.

⁴⁵¹ *Ibid.*, p. 25.

⁴⁵² *Ibid.*, p. 24.

⁴⁵³ On peut citer parmi eux Alonso Diaz de Montalvo qui glose le *Fuero Real* – compilation de droit supplétif pour toute la péninsule, faite par Alphonse X – et les *Siete partidas*. Son travail sera réimprimé à plusieurs reprises. En 1480, il rédige un projet pour la famille royale : le *Libro de Leyes*, également appelé *Ordenamiento de Montalvo*, qui unit en un même code les droits de Castille et de Leon. Cet ouvrage sera à son tour glosé par Diego Pérez de Salamanca en 1560, gloses qui seront publiées. Les gloses se poursuivent au XVII^e siècle : en 1600, Alfonso de Villadiego, publie sa description du *Fuero Juzgo*, lui-même traduit en 1241 du *Liber Iudiciorum* wisigoth par Ferdinand III de Castille. Cette survivance d'une méthode inventée à Bologne au XII^e siècle témoigne de l'empreinte forte qu'a eue le droit romain redécouvert sur les juristes espagnols ; non seulement par son contenu, mais aussi par la manière dont ce contenu est étudié est transmis. Voir A. PÉREZ MARTIN, « Glosas medievales... », *op. cit.*, p. 23 ; D. PÉREZ DE SALAMANCA, *Commentaria in quatuor posteriores libros Ordinationum Regni Castellae*, Salamanque, 1560-1574.

durant l'occupation française. En effet, si le droit romain n'est officiellement plus d'actualité depuis l'implantation des codes napoléoniens, il serait erroné de détacher ces codes de toute influence romaine ; cette influence ne manque pas d'être remarquée et commentée par les auteurs européens. L'héritage romain des codes, c'est l'héritage d'une source de droit censée avoir disparu de l'ordre juridique français ; mais dans les pays conquis, cet héritage indirect entre en concurrence avec un droit romain qui est encore bien vivant.

B. La tradition romaniste à l'épreuve de la codification française

En France, la notion de *ius commune* n'a pas connu la postérité que lui ont assurée les doctrines italienne, polonaise, espagnole ou allemande, qui aujourd'hui n'hésitent pas à insérer le *ius commune* dans un fonds commun de l'histoire juridique européenne⁴⁵⁴. L'histoire juridique française témoigne d'une distinction importante, même si elle doit être nuancée, entre territoires de droit coutumier et territoires de droit romain écrit. La doctrine romaniste des légistes royaux, si elle a pu renforcer progressivement le pouvoir central, n'a jamais abouti à une homogénéisation législative de tout le royaume. Comme tout le reste de l'ancien droit, le droit romain est officiellement anéanti par la promulgation du Code civil⁴⁵⁵. En réalité, le Code n'a pas ignoré le droit romain. Il reflète la pensée de ses rédacteurs, héritiers d'une habitude séculaire en France : celle de construire un modèle juridique à partir d'une multitude de sources, au sein desquelles le droit romain n'avait que peu d'usage pratique, mais servait de cadre méthodologique efficace⁴⁵⁶.

Ainsi, le Code organise son plan en imitant celui du Codex justinien ; cela en fait une œuvre concise et rigoureuse dans sa forme, traduisant là l'atout majeur du droit romain pour la doctrine française : « le prestige de la tradition et de l'écriture »⁴⁵⁷. Si dans les articles en eux-mêmes, les éléments de droit romain cohabitent avec diverses sources – donnant au Code un contenu composite – ses rédacteurs reconnaissent volontiers leur dette envers la tradition romaine :

⁴⁵⁴ J.-L. HALPÉRIN, *L'approche historique...*, *op. cit.*, p. 722 à 723.

⁴⁵⁵ « À compter du jour où ces lois sont exécutoires, les lois romaines, les ordonnances, les coutumes générales ou locales, les statuts, les règlements, cessent d'avoir force de foi générale ou particulière dans les matières qui sont l'objet desdites lois composant le présent Code » (Loi du 30 ventôse an XII. art.7, cf. *supra*).

⁴⁵⁶ N. HAKIM, *L'autorité de la doctrine...*, *op. cit.*, p. 6.

⁴⁵⁷ P. OURLIAC et J. DE MALAFOSSE, *Histoire du droit privé, t. 2 : le droit familial*, Paris, Presses Universitaires de France, 1968, p. 4.

Bigot de Préameneu, venant pourtant d'une Bretagne qu'on dit à l'époque coutumière, décrit le système romain comme équitable et indépassable ; Portalis fustige ses détracteurs et reconnaît que le Code s'en inspire grandement en matière de contrats⁴⁵⁸. Près de 60% des articles du livre II proviennent du droit romain des biens, même si les rédacteurs l'ont adapté au droit sacré de propriété instauré par la Révolution⁴⁵⁹. Dans l'ensemble, si l'on ne peut nier la romanité du Code civil, il convient de la nuancer. Le droit romain fait certes partie des sources fondatrices du Code, mais il n'en est pas la source unique ; et quand cette source est présente, elle correspond à une vision du droit romain propre aux derniers siècles de l'Ancien Régime.

Entre 1689 et 1694, Jean Domat propose de construire un système de droit français cohérent et rationalisé, dans un ouvrage intitulé *Les lois civiles dans leur ordre naturel*. Or dans ce monument de la doctrine française, le terme « lois civiles » désigne le droit romain⁴⁶⁰. Jean Domat incarne un mouvement doctrinal qui prend son essor à l'époque : la volonté de construire un pont entre droit romain et droit français. Les auteurs médiévaux conféraient au droit romain redécouvert une supériorité de principe sur les autres sources du droit ; de cette supériorité, ils déduisaient que le droit romain devait être un *ius commune* – soit un droit applicable partout, sur tous et pour tous les cas⁴⁶¹. Or cette supériorité est remise en cause au XVII^e et au XVIII^e siècle par de nombreux juristes issus de la pratique. Ceux-ci s'éloignent de la hiérarchisation faite par leurs prédécesseurs ; de fait, cette hiérarchisation est inconcevable dans la mesure où droit romain et droit coutumier ou droit royal sont deux ensembles radicalement distincts. Le droit romain devient une source importante, certes, mais une source parmi d'autres dans la composition d'une notion qui gagne en ampleur : celle de droit français⁴⁶². Il est possible de situer là le moment où la doctrine française s'est détachée de la notion de *ius commune* ; ce qui peut expliquer l'importance réduite de cette notion aux siècles suivants, comme nous l'avons vu précédemment. Cette conception apparaît à de multiples reprises pendant les discussions

⁴⁵⁸ D. DEROUSSIN, « Le contrat à travers le Code civil des français », *Revue Histoire de la justice*, n°19, 2009, p. 251.

⁴⁵⁹ J. POUMARÈDE, « De la fin des coutumes... », *op. cit.*, p. 180.

⁴⁶⁰ S. RIALS, « Jean Domat : un juriste au Grand Siècle », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la culture juridique, du monde des juristes et du livre juridique*, n°8, 1989, p. 69.

⁴⁶¹ J.-L. THIREAU, « L'alliance des lois romaines avec le droit français », *Droit romain, jus civile et droit français*, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 1999.

⁴⁶² *Ibid.*

autour du projet du Code civil⁴⁶³ ; une étape supplémentaire est franchie lorsque paraît la première traduction intégrale en français du *Corpus iuris civilis*.

Ce projet, intitulé *Les cinquante livres du Digeste ou des Pandectes de l'empereur Justinien*, est le fruit du travail acharné d'un homme du XVIII^e siècle, Henri Hulot⁴⁶⁴ – d'où le surnom répandu de l'ouvrage : « le Hulot ». Tout au long de son parcours de traduction, il a été régulièrement confronté à la circonspection, voire au mépris d'une partie du milieu académique romaniste ; entre autres arguments (médiocrité de l'auteur, piètre qualité de la traduction en elle-même⁴⁶⁵), certains juristes conservateurs voyaient surtout la transcription du *Corpus* en langue nationale comme une atteinte à la perfection de la langue latine – et donc, une atteinte à la perfection du droit romain. L'accumulation de critiques faites au projet, dont une controverse violente avec le professeur Joseph-François Albert, et le refus de privilège royal d'édition en 1765 manquent d'enterrer le projet. Hulot meurt dix ans plus tard, après quarante-quatre livres traduits et sans éditeur. Il faudra attendre 1803, à l'aube de la promulgation du Code Napoléon, pour que soit enfin publiée la version française complète du Code Justinien⁴⁶⁶. L'avant-propos de l'ouvrage, intitulé *Discours préliminaire*, souligne volontiers ce contexte extraordinaire ; il s'en empare même, pour rattacher immédiatement le droit romain au futur Code civil. Comme pour « fermer la boucle », le *Discours* propose de régler une fois pour toutes la question du positionnement du droit romain dans l'ordre juridique français. Quand il cite Domat, c'est pour montrer à quel point la traduction en français améliore son étude du droit romain ; car elle rend

⁴⁶³ J.-E.-M. PORTALIS, « Discours prononcé dans la séance du 3 frimaire par le citoyen Portalis, orateur du gouvernement, en présentant le projet de la première loi du code civil », *Gazette nationale ou le Moniteur universel*, n°65, 26 novembre 1801, p. 2 ; F. JAUBERT, Discours devant le Corps législatif le 30 ventôse an XII, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil* (P.-A. FENET), t. 1, Paris, 1836, p. CV à CVII ; F. BIGOT DE PRÉAMENEU, Présentation du projet de réunion des lois civiles en un seul corps de lois, sous le titre de Code civil, le 19 ventôse an XII, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil* (P.-A. FENET), t. 1, Paris, 1836, p. LXXXV.

⁴⁶⁴ Henri Hulot (1732-1775) termine des études de droit brillantes avant de devenir à la fois avocat et professeur de droit à Paris. Sa carrière est malheureuse : suite à de nombreuses querelles, il est exclu de l'ordre des avocats et se tourne alors vers la traduction du *Corpus iuris civilis*. Les multiples obstacles à sa publication, la surcharge de travail et le dénigrement dont il fait l'objet tout au long de son travail pourraient avoir participé à sa mort prématurée. W. WOŁODKIEWICZ, « Affaire Hulot. Traduction du « Corps de droit civil » en français au XVIII^e siècle », *Revue historique de droit français et étranger*, vol. 73, n°3, juillet-septembre 1995, p. 333.

⁴⁶⁵ Cette assomption, longtemps admise par une majorité de la doctrine, a depuis été nuancée. À ce sujet, voir C. COMBETTE, « Traduire l'intraduisible. La traduction du *Digeste* par Henri Hulot », *Justement traduire : les enjeux de la traduction juridique (histoire du droit, droit comparé)*, Toulouse, Presses de l'Université de Toulouse 1 Capitole, 2020.

⁴⁶⁶ Les six derniers livres ont été traduits par Jean-François Berthelot, « ancien docteur-agrégé » de la faculté de Droit de Paris, « avocat au parlement, censeur royal pour la jurisprudence » et « professeur de législation à l'École centrale du Gard ». HULOT H., BERTHELOT J.-F., TISSOT P.-A. BÉRENGER A., *Les cinquante livres du Digeste ou des Pandectes de l'empereur Justinien*, Metz, 1803, réimprimé par Aalen, Scientia Verlag, 1979, p.3.

plus clair ce qui était déjà le projet de Domat : « une nouvelle présentation du droit romain dans une version française simplifiée »⁴⁶⁷. C'est finalement tout ce dont la doctrine française devrait avoir besoin, en ce qu'elle peut désormais considérer le droit romain comme une source dans le grand ensemble du droit français, synthétisé au sein du Code civil. Le droit romain pourrait alors se mettre au service du Code :

« [...] que faut-il de plus pour la démonstration de tous les avantages qu'on doit se promettre aujourd'hui autant que jamais, de l'étude et de la méditation du droit Romain, comme corrélatif, pour ainsi dire, auxiliaire et supplétif du nouveau code Français ? [...] que pourrions-nous ajouter sur la nécessité d'une traduction de cet ouvrage, commandée par [...] la coexistence solennellement établie du droit Romain avec la nouvelle législation civile de la République »⁴⁶⁸ ?

Cette identité composite se retrouve à des degrés variables dans les codes qui suivent : le code de procédure civile de 1806 succède à l'ordonnance de 1667, qui elle-même puise ses origines dans la procédure romano-canonique telle qu'elle a été utilisée par le parlement de Paris au cours des XIII^e et XIV^e siècles. Sur la forme, la rigueur et la systématisation dans l'organisation du code témoignent, comme pour l'ordonnance de 1667, d'une inspiration romaine ; cependant, contrairement au Code civil, est préférée à la concision romaine une volonté de tout prévoir, par souci de protection des droits des justiciables⁴⁶⁹.

La démarche du code de commerce, qui consiste à soumettre la personne du commerçant et les actes commerciaux à un corpus de règles distinctes du droit civil, est une innovation vis-à-vis de la conception romaine ; mais cette approche par les acteurs et par les actes⁴⁷⁰ découle en réalité de l'ancien droit, principalement des ordonnances de Colbert, dont certaines dispositions ont été retranscrites presque mot pour mot au sein du code⁴⁷¹. Or, l'ordonnance de 1673 s'appuyait sur les mémoires de Jacques Savary, qui se présentaient déjà comme une réforme dans le sens strict de ce terme : Savary énonçait dans un premier temps les abus du commerce

⁴⁶⁷ W. WOŁODKIEWICZ, « Affaire Hulot... », *op. cit.*, p. 335.

⁴⁶⁸ *Ibid.*, p. 21.

⁴⁶⁹ S. DAUCHY, « La conception du procès civil dans le Code de procédure de 1806 », *1806-1976-2006. De la commémoration d'un code à l'autre : 200 ans de procédure civile en France*, Cour de cassation, Paris, Novembre 2006, p. 82 à 83.

⁴⁷⁰ *Ibid.*, p. 2.

⁴⁷¹ En premier lieu l'édit de 1673, « servant de règlement pour le commerce des négociants et marchands, tant en gros qu'en détail », mais aussi l'Ordonnance de la marine de 1681. F. VALENTE, « La naissance du Code de commerce ... », *op. cit.*

contemporains de son époque, puis proposait des remèdes. Il s'agit là d'une conception romaine, plus précisément justinienne de la réforme⁴⁷². Cette démarche réformatrice se retrouve dans le code de 1807 : la crise économique du début du XIX^e s'inscrit dans une série d'abus des acteurs du commerce, et il s'agit pour l'Empereur d'y remédier en légiférant.

La même passerelle existe entre la conception romaine de la réforme et le code d'instruction criminelle de 1808 ; si les similitudes avec l'*inquisitio* romaine sont une caractéristique importante du code d'instruction criminelle, il s'agit là encore de similitudes indirectes : l'enquête secrète, écrite, non contradictoire, s'inspire d'abord de la procédure pénale telle qu'elle était prévue en ancien droit, notamment dans l'ordonnance criminelle de 1670. Cette dernière découle de la même logique de l'ordonnance civile de 1667 : à des problèmes observés dans le royaume, sont systématiquement fournies des solutions. Sa reprise du modèle romano-canonique, tel qu'il s'est développé dès le XIII^e siècle, consacre la pratique jurisprudentielle du sud du royaume⁴⁷³.

Le droit romain apparaît régulièrement durant les discussions qui entourent la rédaction du Code pénal de 1810 : il peut servir à la fois de modèle de répulsion – par exemple quand les rédacteurs lui reprochent sa conception trop large et sévère du crime de lèse-majesté⁴⁷⁴, et de modèle d'imitation – par exemple quand une partie des rédacteurs souhaite reprendre, pour la peine de bannissement, le terme latin de « relégation »⁴⁷⁵. La comparaison avec le droit romain est récurrente dans la rhétorique des législateurs. Lorsqu'il défend un chapitre du Code pénal devant le Corps législatif le 17 février 1810, Monseignat aborde la privation de droits civiques d'un condamné pour calomnie en ces termes : « Les Romains le marquaient au front de la lettre initiale de son délit : la nouvelle loi lui imprimera le sceau d'une réprobation temporaire »⁴⁷⁶.

Il est donc vrai que le droit romain occupe une place importante dans l'entreprise de codification

⁴⁷² Au sujet de l'acception justinienne de la réforme juridique, voir Y. RIVIÈRE, « Petit lexique de la “réforme” dans l'œuvre de “codification” de Justinien », *Codifications et réformes dans l'Empire tardif et les royaumes barbares – Varia, Les Mélanges de l'École française de Rome – Antiquité* [en ligne], n°125-2, 2013, consulté le 22/05/2022.

⁴⁷³ Les Parlements n'hésitaient pas à jongler avec les sources, et écartaient volontiers le droit coutumier s'ils jugeaient le droit romain plus commode pour leur cas d'espèce – droit romain qu'ils pouvaient adapter et modifier assez facilement. À ce sujet, voir J.-L. THIREAU, « L'alliance des lois romaines... » *op. cit.*

⁴⁷⁴ J. S. NYPELS, *Le droit pénal français progressif et comparé : code pénal de 1810, accompagné de sources, des discussions au Conseil d'État, des exposés des motifs*, Bruxelles, Bruylant-Christophe, 1863, p. 100.

⁴⁷⁵ *Ibid.*, p. 34.

⁴⁷⁶ *Ibid.*, p. 266.

française – mais il n’en est pas le centre. Les rédacteurs l’insèrent dans le modèle national, aux côtés des autres sources de leur droit. La codification napoléonienne efface l’universalisme du *ius commune* au profit de l’universalisme juridique français. La comparaison, quant au statut de la tradition romaniste, entre la France et les divers pays occupés permet de vérifier deux réalités historiques. D’un côté, celle de la France napoléonienne, qui a mis un terme à sa fragmentation juridique, entend imposer à toute l’Europe un droit uniforme – mais un droit conçu comme droit national. Ce droit national français a réussi à appréhender et à encadrer ses sources, quel que soit leur importance pratique ou leur prestige ; le droit romain est devenu une pierre ajoutée à l’édifice de la codification. De l’autre, la réalité des pays occupés, où l’ancien droit a toujours cours, et où la question de la place du droit romain dans l’ordre juridique n’est pas encore totalement tranchée ; le droit romain est de fait encore utilisable en tant que modèle à part entière. De sorte que pour les romanistes, l’arrivée des codes français peut être vue comme un prétexte pour renforcer leur étude du droit romain, comme droit à vocation universelle rival du système juridique français. C’est ce qui se produit pour une part de la littérature juridique européenne durant les dernières années de l’occupation française, notamment chez les pandectistes allemands.

II. La littérature romaniste européenne face aux codes (1812-1814)

Les ouvrages traitant de droit romain publiés durant les dernières années de l’Empire témoignent des mêmes comportements que pour la littérature consacrée aux droits locaux. Tantôt leurs auteurs ignorent les codes français – que ce silence soit volontaire ou non, qu’il soit le reflet d’un ressentiment, d’un calcul pragmatique ou simplement d’une indifférence ; tantôt ils utilisent les codes comme instrument, voire comme contre-exemple pour exalter le droit romain et leur droit national. Il convient tout d’abord de mentionner que la littérature juridique traitant de droit romain est, de façon générale, bien plus fournie que celle ayant pour objet les droits locaux. Cet écart peut s’expliquer de différentes manières, l’une d’elles étant la nette préférence accordée dans les universités au droit romain jusqu’à une période assez tardive : il faut attendre la fin du XVII^e et surtout le XVIII^e pour que les droits locaux obtiennent leurs lettres de noblesse, tandis que le droit romain reste une matière fondamentale.

Exemple de cette empreinte romaniste en littérature, un ouvrage méconnu : *Les Romains et les*

*Français ou l'Italie et la France (I Romani e i Francesi o sia l'Italia e la Francia*⁴⁷⁷). Si le livre semble paraître à l'extrême fin de l'Empire, en 1814, il est fait mention qu'il s'agit d'une seconde édition. Il est possible d'imaginer que le livre a connu sa première parution quelques mois plus tôt, durant l'occupation française ; ce qui expliquerait que l'auteur soit anonyme. Le lieu de parution est hautement symbolique : Udine est la ville aux portes de laquelle Bonaparte signe le traité de Campo-Formio en 1797. Ces ouvrages mentionnent et commentent les codes napoléoniens ; ils les jugent inférieurs au niveau de perfection technique du droit romain. D'autres textes, s'ils semblent ignorer la problématique des codes, utilisent le droit romain comme exemple politique ; ils en font le symbole d'une nation puissante et libre. Le droit romain devient alors, comme cela a été le cas des droits locaux, un instrument de résistance et d'autonomie pour les pays occupés face à l'hégémonie française. C'est par exemple le cas de *L'armée espagnole détruite par les lois (El ejército español destruido por las leyes*⁴⁷⁸) publié en 1812. Il est intéressant de remarquer que comme le texte d'Udine, celui-ci est rédigé par un anonyme. Cela est lié au contexte politique dans lequel le pamphlet s'inscrit ; si les *afrancesados* sont mal vus, l'avenir des *Cortes* libérales reste incertain. Le pays est encore en guerre, et Ferdinand VII ne revient en Espagne qu'en 1814. L'auteur doit donc voguer entre Charybde et Scylla ; de fait, il est aussi compréhensible qu'il se réfère à l'exemple romain, en ce que ce dernier trouve des partisans dans les deux camps. C'est en quelque sorte une valeur sûre par temps d'incertitude. Qu'ils parlent de la codification française ou qu'ils l'ignorent, ces textes suivent un schéma de pensée semblable à ce qui s'est produit pour les droits locaux dans les pays européens : le rapprochement du droit romain avec le droit national. Comme pour les droits locaux, ce rapprochement permet aux auteurs de nourrir le sentiment patriotique dans une période de suspens ; cependant, l'incorporation du droit romain dans le droit patriotique n'apparaît pas spontanément durant l'occupation française. Elle découle d'une évolution doctrinale déjà observable en Europe au XVIII^e siècle.

Comme les ouvrages traitant des droits locaux, le patriotisme apparaît au cœur des textes que nous observons ici. Le texte d'Udine démarre par une citation de Cicéron⁴⁷⁹ ; l'auteur poursuit

⁴⁷⁷ ANONYME, *I Romani e i Francesi o sia l'Italia e la Francia*, 2^{de} édition, Udine, 1814.

⁴⁷⁸ ANONYME, *El ejército español destruido por las leyes, o manifestación de los efectos que debe producir el decreto que separa de los gobiernos militares la intervencion en lo político, y de las capitánias generales la presidencia de las audiencias, dexando al ejército aislado á sus empleos interiores*, Cadix, 1812.

⁴⁷⁹ « O magna vis veritatis, quae contra hominum ingenia, colliditatem, solertiam, contraque fictas omnium

par une adresse « À la vérité » dans laquelle il exalte un esprit commun à la péninsule italienne :

« Fille aînée du Ciel, qui, aux côtés de l'Être éternel, a vu naître l'Univers, qui, au milieu du brouillard des passions tumultueuses, a répandu ta lumière la plus pure et en même temps la plus belle ; à toi, qui es l'héritage d'un petit nombre, l'amie des minorités, la méprisée du grand nombre, j'offre et je consacre cet écrit. Quelle joie que la mienne ! payé par tes plus puissants auspices, j'aurai pour tâche d'éclairer les forts, de ranimer les faibles, de réunir enfin mes concitoyens d'Italie sous les drapeaux de la Religion, de la Paix et d'une constante Amitié »⁴⁸⁰.

Il est intéressant de remarquer que cet extrait reprend les codes d'un autre courant universaliste apparu durant le XVIII^e siècle : la pensée des philosophes. On y retrouve le champ lexical des Lumières : la Vérité rayonnante perce le brouillard, les forts doivent être « éclairés ». La raison est mentionnée près de vingt fois tout au long de l'ouvrage, la nature, près de trente fois ; elles vont souvent de pair avec l'humanité. Toutes trois servent d'étalon pour une bonne société. Ce discours peut sembler étonnant dans un texte privilégiant le droit romain aux codes français. Il est pourtant révélateur de la convergence de deux facteurs. Le premier est que l'auteur, malgré une sensibilité apparente pour le courant philosophique et le droit naturel, rejette la Révolution française. À l'instar des contre-révolutionnaires allemands, le texte d'Udine décrit les abus révolutionnaires comme une barbarie⁴⁸¹.

Le second facteur de cette convergence entre défense du droit romain et humanisme consiste en une interprétation historique, patriotique, de ce qu'étaient les lois romaines. Pour l'auteur, le droit romain respectait le droit naturel – il se préoccupait des particularismes de son pays, tout en étant basé sur des principes de raison et d'égalité. Par conséquent, le « droit romain des Romains » était un droit national idéal. On trouve ici, en quelque sorte, le plaquage d'une grille de lecture humaniste sur une source antique :

insidias, facile se per se ipsa defendat ! [Merveilleux pouvoir de la vérité, qui, en dépit de la subtilité des hommes, de leur adresse, de leurs artifices et de leurs pièges si bien ourdis, trouve sans peine en elle-même assez de force pour se défendre !] » (ANONYME, *I Romani e i Francesi...*, *op. cit.*, p. 1. ; traduction de C. L. F. PANCKOUCKE, *Œuvres complètes de Cicéron : traduction nouvelle*, Paris, 1832, p. 400 à 401.)

⁴⁸⁰ « Figlia primogenita del Cielo, che al fianco dell'Essere Eterno mirasti Sorgere l'Universo, che in mezzo alla caligine delle tumultuanti passioni più pura, più bella spargi tua luce ; a Te, che siei il retaggio di pochi, l'amica dei meno, il disprezzo di molti, questo mio Scritto offro e consacro. Me felice ! paguato da tuoi potentissimi auspicj, averà la sorte d'illuminare i forti, di rattivare i deboli, di riunire infine i miei Concittadini d'Italia sotto i vessilli della Religione, della Pace, e di una costante Amicizia » (ANONYME, *I Romani e i Francesi...*, *op. cit.*, p. 2 à 3.)

⁴⁸¹ *Ibid.*, p. 11 à 12.

« [...] les forces politiques ne peuvent être conciliées sans le concours de toutes les volontés qui, réunies, forment ce qu'on appelle l'État civil. Toutes les lois du Sénat tendaient à ce seul but, et avaient la bonne fortune de réussir, parce qu'elles étaient fondées sur la loi universelle, qui est la Raison, et parce qu'elles étaient faites pour s'adapter à l'état physique du pays, au climat, au système militaire, aux coutumes et aux passions qui régnaient dans la nation. Lorsque les lois romaines furent modelées de cette manière, elles unirent les intérêts de tous, et firent du peuple romain une seule famille ; et de cette union naquit la grandeur à laquelle ils purent parvenir par la suite »⁴⁸².

Cette lecture du droit romain peut trouver son origine dans l'évolution doctrinale autour du droit romain que l'on constate ailleurs dans les États italiens au XVIII^e siècle. Comme dans tous les pays européens inspirés par les Lumières, le XVIII^e siècle voit l'essor d'une école jusnaturaliste ; dans ce cadre, une partie de la doctrine italienne va rattacher *ius commune* et droit naturel⁴⁸³. C'est par exemple le cas du napolitain Giambattista Vico, qui considère que seule une considération double (*ratio naturalis* et *ratio civilis*) pourrait permettre une interprétation juste du droit romain⁴⁸⁴. À nouveau, le contraste avec le droit français est sévère :

« Les lois romaines feront toujours l'admiration des Sages, tandis que celles des Révolutionnaires français, de la Convention, du Directoire et du Consulat seront toujours l'objet d'une exécution générale. [...] Le Code civil français, qu'ils nous ont forcés à adopter, est un complexe d'erreurs, d'injustices et de choses contraires au droit des gens, et le peu de bien qu'il y a est tiré du code de Justinien ; et malgré tous ses apologistes, qui aiment tant son système d'oppression, soit à cause de la malice qui prévaut en eux pour opprimer leurs semblables, soit parce qu'il leur donne un grand profit, il ne cessera pas d'être mauvais, ni d'être une abomination pour tous les hommes sages et honnêtes »⁴⁸⁵.

⁴⁸² « [...] le forze politiche non possono riconcentrarsi, se non vi concorrono tutte le volontà, le quali combinate insieme, formano ciò, che si chiama Stato Civile. A questo unico fine tendevano tutte le leggi del Senato, ed ebbe la sorte di riuscirvi, perchè fondate sopra la legge universale, che è la Ragione, e perchè fatte a posta, e adattate al fisico del Paese, al clima, al sistema militare, ai costumi, e alle passioni predominanti la Nazione. Modellate le Romane leggi in questa forma, riunirono gli interessi di tutti, e formarono del Popolo Romano una sola famiglia, e da questa unione ripeter si deve quella grandezza, alla quale potè giungere in seguito » (ANONYME, *I Romani e i Francesi...*, *op. cit.*, p. 16 à 17.)

⁴⁸³ A. SOMMA, « Roma madre delle leggi. L'uso politico del diritto romano », *Materiali per una storia della cultura giuridica*, vol. 1, juin 2002, p. 156.

⁴⁸⁴ F. TOMASICCHIO, « Ricardo Orestano... », *op. cit.*, p. 101.

⁴⁸⁵ « Le leggi Romane formeranno sempre l'ammirazione dei Saggi, là dove quelle dei Rivoluzionari Francesi, della Convenzione, del Direttorio, del Consolato saranno eternamente l'oggetto della generale esecrazione. [...] Il Codice Civile Francese, che ci fecero per forza adottare, è un complesso di errori, d'ingiustizie, e di cose contrarie al gius delle genti, e quel poco di buono che vi si trova è tolto dal Codice di Giustiniano ; ed a fronte di tutti i suoi

La révérence à l'égard du droit romain apparaît également en Espagne. Le texte que nous avons mentionné se sert du droit romain comme d'un exemple extérieur, que la péninsule devrait imiter en des temps troublés. Le modèle romain est donc un modèle étranger, mais un modèle que l'Espagne gagnerait à imiter si elle veut gagner sa liberté. C'est ainsi que l'auteur de L'armée espagnole exhorte ses compatriotes, effrayés par l'idée d'un coup d'État militaire, à résister aux Français en 1812 :

« [...] Rome aurait toujours suivi son cours ordinaire, brillant au loin de ces grandes vertus par lesquelles les Romains, indomptables au joug de l'étranger, étaient dociles devant la loi ; les individus d'un État qui éclipsait les gloires de la Grèce, qui élevait l'homme à sa haute dignité, qui renversait Carthage, qui éclairait le monde, auront vécu éternellement libres. Telle était la progression d'un gouvernement populaire, qui considérait le pouvoir militaire comme la base de son existence, et qui considérait comme un déshonneur le fait de ne pas avoir été soldat. Par de telles mesures, il a réussi à gagner, à triompher, à être heureux. [...] Nous, avec des troupes abattues, méprisées, privées de tout privilège, qui n'ont de place que dans le combat, nous voulons gagner... et nous aspirons à la liberté de Rome ? Nous aspirons au bonheur des Romains ? [...] Nous craignons qu'un général ne nous opprime, et négligeons d'être asservis par un tyran ! Nous fuyons le danger d'un indigène, et marchons droit devant nous pour être dévorés par un tigre ! Misérable Espagne ! »⁴⁸⁶

Dans le siècle qui précède cet ouvrage, l'Espagne est arrivée à un stade de fixation du droit romain. Son statut est plus encadré, mieux délimité qu'il ne peut l'être dans la péninsule italienne : dès le Moyen-Âge, la royauté n'hésite pas à interdire directement le droit romain hors des compilations qu'elle produit elle-même. À la promulgation des décrets de Nueva Planta, les juristes savent que le droit romain tel qu'il est présent dans le Fuero Juzgo et les

Apologisti, a cui tanto piace il suo sistema vessatorio, o sia per il genio, che in loro predomina di angariare i loro simili, o sia perchè questo produce loro un lucro maggiore, non cesserà d'esser cattivo, nè di essere in abominazione di tutti gli uomini saggi ed onesti » (ANONYME, *I Romani e i Francesi...*, *op. cit.*, p. 18 à 20.)

⁴⁸⁶ « [...] Roma habria seguido siempre el curso que siguió ordinariamente , resplandeciendo a lo lejos aque llas grandes virtudes, con que siendo los romanos indomables al yugo de un extrangero, eran dóciles ante la ley ; eternamente habrian vivido libres los individuos de un Estado, que eclipsó las glorias de la Grecia ; que elevó al hombre á su alta dignidad ; que derribó a Cartago ; que ilustró al mundo . Tales fueron los progresos de un gobierno popular, que miró á la milicia por base de la existencia, y que hizo ser ignominia el no haber sido soldado. Con tales medidas logró vencer, triunfar ser feliz. [...] a nosotros con tropas abatidas , despreciadas , des., pojadadas de toda preferencia, que solo tienen lugar en los combates, queremos vencer? ¿y aspiramos á la libertad de Roma ? anhelamos la felicidad de los romanos? [...] Tememos que un general nos oprima, y descuidamos de que nos esclavice un tirano! Huimos del peligro de que se propase un doméstico , i y caminamos derechos á que nos devore un tigre! ¡Desgraciada España! » (ANONYME, *El ejército español...*, *op. cit.*, p. 11 à 15.)

Partidas est impératif ; les lois romaines qui sont restées hors du corpus royal castillan, quant à elles, n'ont qu'un éventuel rôle supplétif dans le silence des lois royales⁴⁸⁷. Il existe ainsi un consensus doctrinal sur le fait que le droit romain seul, n'a aucune force impérative en Espagne. En 1784, Vicente Vizcaino Pérez⁴⁸⁸, juriste du Conseil du roi, rédige le *Compendio del Derecho Publico y Comun de Espana, o de las Leyes de las Siete Partidas, colocado en orden natural* — le titre est une référence à l'illustre ouvrage de Domat, dont il est fait mention dès l'avant-propos⁴⁸⁹. Dans le chapitre VI de ce dernier, Vizcaino désigne clairement le droit romain en tant que droit étranger.

« [...] on ne peut nier que le droit romain retient la première attention dans les facultés : les génies les plus heureux, abandonnant nos lois, ne se préoccupent que d'exposer les lois étrangères ; ils aspirent [...] à obtenir des chaires à l'université, pour expliquer et commenter ces mêmes lois, qu'il n'est pas permis d'invoquer plus tard dans les tribunaux. Et ceux qui deviendront bientôt magistrats dans les tribunaux, maires dans les villes, avocats dans les villages, méditeront pendant de nombreuses années pour comprendre ces lois, qui n'étaient bonnes que pour les préteurs, édiles et législateurs de Rome »⁴⁹⁰.

Or, cette position doctrinale n'est pas une évidence. Non seulement le droit romain a continué d'exister en Espagne, mais – et c'est une spécificité espagnole – le pouvoir lui-même a construit son droit sur les lois romaines, en les préservant et en les codifiant, tout au long du Moyen-Âge. Droit romain et droit espagnol sont à tel point entremêlés qu'écarter le droit romain seul devient un exercice complexe. Lorsqu'en 1759, Joseph Berni y Catalá⁴⁹¹ publie ses *Remarques*

⁴⁸⁷ M. PESET REIG, « Derecho romano y derecho real en las universidades del Siglo XVIII », *Anuario de historia del derecho espanol*, n°45, 1975, p. 284.

⁴⁸⁸ À son sujet, voir A. MEIJIDE PARDO, *Vicente Vizcaino. Biografia de un jurista y economista del XVIII*, Sada, Edicions do Castro, 1982.

⁴⁸⁹ V. VICZAINO PÉREZ, *Compendio del Derecho Publico y Comun de Espana, o de las Leyes de las Siete Partidas, colocado en orden natural*, vol. 1, Madrid, 1784, p. XVII.

⁴⁹⁰ « [...] no se puede negar, que el Derecho Romano se lleva en las escuelas la primera atencion : que los mas felices ingenios, abandonando nuestras leyes, se ocupan solamente en exponer las extrangeras : que aspiran [...] a obtener las Catedras que hay en las Universidades, para explicar, y comentar aquel mismo Derecho, que despues no es licito alegar en los tribunales, y el foro : y que los que seran dentro de breve tiempo Magistrados en las Audiencias, Corregidores en las Ciuades, y Letrados in los Pueblos, meditan muchos anos en comprehender aquellas leyes, que solo fueran buenas para los Pretores, los Ediles, y los Leguleyos de Roma » (*Ibid.*, p. CII.)

⁴⁹¹ José/Joseph Berni y Catalá (1712 à Valence – 1787 dans la même ville) est un docteur en droit, avocat et écrivain, acteur de la fondation du Barreau de Valence. Son œuvre consiste principalement à essayer de rapprocher la théorie du droit de la pratique juridique. Berni est un pragmatique : fervent défenseur du droit royal castillan, il juge cependant plus opportun que le poste de procureur revienne à un candidat local ; en effet, de nombreuses affaires de son époque tombent encore sous le coup des *fueros* de Valence, abolis par les décrets de *Nueava Planta* en 1707. À ce sujet, voir A. MASFERRER, « Berni y Catalá, José », *Real academia de la Historia* [en ligne], consulté le 22/05/2022.

(*Apuntamientos*), une réédition commentée des *Partidas*, son confrère Gregorio Mayans⁴⁹² rédige une petite préface ; en résumant le contenu des *Partidas* du XIII^e, il fournit en fait un compte-rendu détaillé de l'état du droit espagnol des Temps modernes :

« [...] c'est un corpus complet des lois divines et humaines, qui contient la loi des Évangiles, le droit naturel et le droit des gens, les lois les plus utiles des Romains, les canons et les décrétales selon l'intelligence et la pratique de leur temps – qui persistent encore dans le nôtre en Espagne, les résolutions les plus abouties des pragmatiques qui ont participé à sa formation, l'histoire fidèle des coutumes antiques, dignités et offices des Royaumes d'Espagne avec leurs honneurs et prérogatives ; et enfin, c'est un manuel de politique chrétienne, un trésor majeur de la langue de Castille, et pour le dire en un mot, la partie la plus fabuleuse du droit espagnol »⁴⁹³.

En somme, la littérature juridique se référant au droit romain entre 1811 et 1814 est souvent l'occasion d'utiliser ce droit dans le but juridique d'en perpétuer la valeur en tant que source directe ou indirecte du droit et de déprécier, par comparaison, les codes français ; et dans l'objectif politique d'exciter un sentiment patriotique. Cette approche découle d'une évolution qui se produisait déjà avant l'arrivée des Français dans les pays occupés : l'avènement d'un

⁴⁹² Gregorio Mayans y Siscar (1699 à Oliva – 1781 à Valence) est un juriste, historien et linguiste, considéré comme l'un des premiers représentants des Lumières en Espagne. Il apparaît que les affinités habsbourgeoises de la famille Mayans entachent la vie de Gregorio. Il finit par revenir à Valence où il obtient une chaire de Code Justinien en 1723 et traverse une décennie de professorat difficile : il enchaîne les polémiques et ses relations avec ses confrères sont détestables. Durant ses études de droit déjà, il s'exprime pour un allègement du poids du droit romain au sein des enseignements, au profit du droit autochtone espagnol. Il présente d'ailleurs une réforme des universités en ce sens, réforme refusée par le premier ministre José Patino – pourtant figure du *gobierno ilustrado* de Philippe V. Les bourbonniens ralentissent considérablement la carrière de Mayans, à tel point qu'il ne l'envisage qu'en dehors de sa province ; lorsqu'un autre poste lui est refusé, il est engagé sur recommandation par la Bibliothèque royale de Madrid. Mayans publie plusieurs ouvrages de politique ou de linguistique ; pour certains, il rédige seulement la préface ou la biographie de l'auteur, comme par exemple *Dialogo de armas y linages de Espana* d'Antonio Agustin, Brimé par ses compatriotes, il entretient des relations suivies et nombreuses avec des gens de lettres et imprimeurs partout en Europe. Mayans se trouve ainsi intégré dans les premiers réseaux internationaux des Lumières. À ce sujet, voir A. MOREL-FATIO, « Un érudit espagnol au XVIII^e siècle. D. Gregorio Mayans y Siscar », *Bulletin hispanique*, t. 17, n°3, 1915, p. 157 à 226 ; A. MESTRE SANCHIS, *Don Gregorio Mayans y Siscar, entre la erudicion y la politica*, Valence, Deputacio de Valencia, 1999 ; du même auteur, *Mayans : pryectos y frustraciones, Ayuntamiento de Oliva*, Valence, Deputacio de Valencia, 2003 ; J.-P. DEDIEU, « Solidarités en action. Mayans, Borrull and Co », 2010, mis en ligne sur HAL, consulté le 22/05/2022.

⁴⁹³ « [...] es un cumplido cuerpo del Derecho Divino i Humano, que comprehende la Lei Evangelica, el Derecho Natural, i de Gentes, las Leyes mas utiles de los Romanos, los Canones, i Decretales Pontificas segun la inteligencia, i practica de su tiempo, que aun en el nuestro persevera en Espana, las Resoluciones mas acertadas de los Pragmaticos que florecieron antes de su formacion, la Historia fidelissima de las antiguas costumbres, dignidades, i officios de los Reinos de Espana con sus honores, prerogativas : i por ultimo es un Manual de Política Christiana, Theosoreria mayor de la Lengua Castellana, i por decirlo en una palabra, la mas fabia parte del Derecho Espanol » (G. MAYANS, « Aprobacion », *Apuntamientos sobre las leyes de partida al tenor de leyes recopiladas, autos acordados, autores espanoles, y practica moderna, que escribe el doctor Don Joseph Berni, y catala, con dos copiosos indices, uno del texto, y otro de los Apuntamientos. Partida I*, Valence, 1759, premières feuilles non paginées.)

droit romain systématisé, mis en cohérence, idéalisé par une partie de la littérature comme un droit humaniste, équitable et conforme à la nature ; un droit dont une partie a été incorporée dans le droit national, mais qui est aussi une trame de fond de la toile juridique européenne, suffisante pour rivaliser avec l'universalisme du système français.

La tradition juridique est donc toujours présente dans l'espace doctrinal européen des années 1811-1814, malgré la pression exercée par la codification française, malgré les appels répétés des juristes réformateurs à s'inspirer des idées rationalistes des Lumières, et malgré l'incertitude du contexte géopolitique. Il faut cependant remarquer que cet attachement à la tradition juridique a pour motivation une nostalgie à l'égard d'une ère juridique que l'on juge meilleure, voire une passivité face à des bouleversements juridiques indésirés et que l'on espère éphémères. Cette passivité vole en éclats lorsqu'en 1813, Napoléon Bonaparte est vaincu à Leipzig par les troupes coalisées. Si la bataille de Leipzig est moins connue en France⁴⁹⁴, elle fait l'objet d'une littérature abondante dans les autres nations d'Europe, surtout aux alentours de son bicentenaire⁴⁹⁵. Dans l'imaginaire collectif des pays coalisés et pour l'Allemagne notamment, cet événement sonne la libération du continent et le glas de l'invincibilité napoléonienne⁴⁹⁶. L'Europe entière voit flancher le « colosse tyrannique », l'« ennemi de toutes les nations »⁴⁹⁷. C'est d'ailleurs par le double cri « Leipzig ! Leipzig ! » que démarre un chant populaire allemand annonçant la défaite de l'Empereur⁴⁹⁸. L'épisode de Leipzig, que les Allemands appellent guerre de libération, illustre par là même un basculement fondamental dans l'appréhension du pouvoir par les puissances européennes. C'est à l'automne 1813 que les

⁴⁹⁴ S. CALVET, « *Leipzig 1813, La guerre des peuples* », *Annales historiques de la Révolution française* [en ligne], juillet-septembre 2015, consulté le 22/05/2022.

⁴⁹⁵ À ce sujet, voir G. NAFZIGER, *Napoleon at Leipzig: The Battle of the Nations 1813*, Chicago, Emperor's Press 1996 ; D. SMITH, *1813 Leipzig : Napoleon and the Battle of the Nations*, Barnsley, Greenhill Books, 2006 ; G. Loh, *Die Völkerschlacht bei Leipzig. Eine bibliographische Übersicht*, Leipzig, Leipzig Universitätsbibliothek und Deutsche Bücherei, 1963 ; R. MÜNCH, *Vive l'Empereur. Napoleon in Leipzig*, 2^e édition, Leipzig, Pro Leipzig, 2009 ; P. HOFCHRÖER, *Leipzig 1813 : the Battle of Nations*, Londres, Bloomsbury Publishing, 2012 ; Ch. RIVER, *The Battle of Leipzig : the History and Legacy of the Biggest Battle of the Napoleonic Wars*, Boston, Providence, Charles River Editors, 2015.

⁴⁹⁶ S. CALVET, *Leipzig 1813, ... op.cit.*, p. 18.

⁴⁹⁷ COLLECTIF, *Manifeste de la nation espagnole à l'Europe, où la Junte suprême découvre à toutes les Puissances le pressant besoin de se coaliser pour renverser le colosse tyrannique [i.e. Napoleon I.] qui avait osé siéger sur le trône de Saint Louis afin d'abattre toutes les couronnes*, 1809, p. 26.

⁴⁹⁸ « Leipzig ! Leipzig ! Vous vous en souviendrez longtemps, Français ! » (F. KNOPPER et J. MONDOT (dir.), *L'Allemagne face au modèle français de 1789 à 1815*, Toulouse, Presses Universitaires Mirail, Toulouse, 2008, p. 60).

gouvernants prennent pleinement conscience de l'émergence d'un sentiment national, et songent à s'en servir pour la défense de leur pays.

C'est ainsi que la Prusse parviendra à lever une armée afin de contrer les troupes napoléoniennes⁴⁹⁹. Au sein de cette armée, Eichhorn, collègue et ami d'un certain Friedrich Carl von Savigny ; et parmi les soutiens enflammés de ces troupes libératrices, un autre de leurs collègues, Anton Friedrich Justus Thibaut. C'est la confrontation de ces deux derniers professeurs qui débouche sur la première réponse européenne majeure aux codes napoléoniens : dans une Europe des restaurations qui s'annonce, 1814 voit l'avènement de l'École historique du droit.

⁴⁹⁹ À ce sujet, voir G.-H. SOUTOU, *L'Europe de 1815 à nos jours*. Paris, Presses Universitaires de France, 2009, p. 9 à 27.

Chapitre IV. Rejeter la codification

Lorsque l'historiographie européenne tente de dater l'essor de la doctrine en tant que source du droit, la période couramment retenue correspond aux années charnières de la fin du XIX^e siècle et du début du XX^e. C'est dans ces années que la doctrine s'érige en véritable discipline⁵⁰⁰, et plus seulement en outil d'interprétation – au point d'aboutir à une théorie pluraliste des sources du droit voulant que la doctrine soit une autorité, un guide intellectuel pour praticiens⁵⁰¹. C'est également à la fin du XIX^e siècle que l'on place traditionnellement l'émergence de l'histoire du droit et du droit comparé en tant que disciplines scientifiques⁵⁰².

Or si l'on considère la situation des doctrines des pays libérés, ce triple essor n'est pas surprenant. Les auteurs qui souhaitaient réfléchir à leur droit national après le départ des troupes françaises faisaient déjà acte de comparaison ; et ils plongeaient déjà dans le passé pour chercher, voire exhumer les racines de leur droit. On pourrait opposer à cela que les auteurs du premier quart du XIX^e étaient contraints à cette transdisciplinarité par la conjoncture, que l'incertitude juridique de l'époque les a poussés à s'adapter par des méthodes audacieuses, et qu'il s'agit d'une addition de démarches doctrinales individuelles plutôt que d'écoles institutionnalisées. Mais ces affirmations se heurtent à une exception, qui tient en un nom : Savigny⁵⁰³. De fait, on peut affirmer que la science juridique européenne s'est développée à la

⁵⁰⁰ N. HAKIM en collaboration avec P.-N. BARÉNOT, « La jurisprudence et la doctrine : retour sur une relation clef de la pensée juridique française contemporaine », *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n°41, 2012, p. 281 à 283.

⁵⁰¹ À ce sujet, voir Ch. JAMIN et Ph. JESTAZ, *La doctrine*, Paris, Dalloz, 2004.

⁵⁰² À ce sujet, voir J.-B. BUSAALL, F. CHERFOUH et G. GUYON, « Introduction », *Clio@Thémis. Du comparatisme au droit comparé, regards historiques* [en ligne], n°13, 2017 ; dans le même numéro, S. SOLEIL, « Pourquoi comparait-on les droits au XIX^e siècle ? ».

⁵⁰³ Friedrich Carl von Savigny (1779 à Francfort-sur-le-Main – 1861 à Berlin) est issu d'une famille protestante originaire de France – Savigny est le nom d'un château en Moselle. Il devient orphelin dès ses 13 ans et est pris en charge par son tuteur, Constantin von Neurath, assesseur à la Chambre de commerce de l'Empire. Il choisit des études de droit, qu'il suit dans plusieurs villes (Iéna, Leipzig, Göttingen et Halle) avant d'obtenir un poste de professeur à Marbourg. Il enseigne le droit pénal et le *ius commune*. Sa carrière est féconde dans de nombreux domaines : il est connu des historiens du droit en ce qu'il a fondé l'école historique ; des internationalistes, car il a posé les fondements du droit international privé moderne en étudiant la notion de conflit de lois ; des romanistes également, car il a essayé de systématiser le *ius commune*, notamment dans son *System des heutigen römischen Recht* (*Système du droit romain actuel*, traduit en français sous le titre : *Traité de droit romain*), et son *Das Rechts des Besitzes : eine civilistische Abhandlung* (*Le droit de possession : un traité civiliste*, traduit sous le titre : *Traité sur la Possession selon les anciens principes du droit romain*). Les historiens de la doctrine font de Savigny le centre d'une des controverses majeures du début du XIX^e siècle. À ce sujet, voir D. NÖRR, « Savigny, Carl von », *Neue Deutsche Biographie* [en ligne], vol. 22, 2005, consulté le 22/05/2022.

fin du XIX^e siècle, *si l'on exclut Savigny* ; que les auteurs du début du XIX^e siècle ne s'inséraient pas dans un réseau européen de comparatistes, *si l'on exclut Savigny* ; ces auteurs n'érigeaient pas l'histoire en fondement de l'étude du droit, *si l'on exclut Savigny*.

Il convient cependant de rappeler que ce « moment Savigny » est né d'une mésentente. La controverse entre Rehberg, Thibaut et Savigny est unique en son genre durant la période de la libération ; unique également en ce qu'elle donne naissance à une véritable École. C'est la première pensée juridique d'un pays libéré à s'attaquer systématiquement et frontalement aux codes français. Il est donc nécessaire d'en faire une étude approfondie, afin de pouvoir, par la suite, comprendre l'influence de la controverse allemande sur les auteurs de l'Europe libérée. Malgré l'abondance de la bibliographie sur cet épisode – sans doute le plus étudié de l'histoire doctrinale de l'époque –, il est possible de rappeler, en les synthétisant, les tenants et les aboutissants de l'affrontement d'idées qui se produit en 1814 en Allemagne⁵⁰⁴, mais en les resituant dans le contexte qui est le nôtre : celui d'auteurs très divers qui envisagent désormais avec sérieux l'effondrement de l'empire napoléonien. Nous étudierons, dans leur contexte, la démarche et les opinions doctrinales de chacun des trois auteurs : l'anti-révolutionnarisme de Rehberg et la ferveur patriotique de Thibaut (Section 1), puis l'approche historique de Savigny (Section 2).

Section 1. Une controverse avant la controverse : Rehberg et Thibaut

Il est frappant de constater comment, dans l'historiographie traditionnelle, la controverse autour de la codification en 1814 en Allemagne est souvent qualifiée de « querelle Thibaut-Savigny ». Cela vient peut-être de la fracture visible, marquée, entre les positions de ces derniers. Il est plus aisé de lire une controverse dont les deux camps sont clairement définis et schématisés : d'un côté, le libéral Thibaut, pro-codification ; de l'autre, le conservateur Savigny, contre les codes. Pourtant, si l'on observe le paysage doctrinal allemand, Thibaut et Savigny ne sont pas seuls et Thibaut ne se laisse pas seulement porter par l'exaltation de ses compatriotes, comme

⁵⁰⁴ À ce sujet, voir le résumé fait par A. GAILLET, « La question de la codification en Allemagne : de la querelle Savigny-Thibaut (1814) à l'entrée en vigueur du BGB (1900) », *La marche vers le Code civil Chinois* [en ligne], 8 février 2016 ; M. REIMANN, « The Historical School against Codification : Savigny, Carter, and the Defeat of the New York Civil Code », *The American Journal of Comparative Law*, vol. 37, n°1, hiver 1989, p. 95 à 119 ; I. KROPFENBERG, « Mythos Kodifikation – Ein rechtshistorischer Streifzug », *JuristenZeitung*, vol. 63, n°19, octobre 2008, p. 905 à 912 ; G. MARINI (dir.), *La polemica sulla codificazione*, Naples, Edizioni Scientifiche Italiane, 1992.

il aime à le rappeler. Son essai, qui provoque la fameuse réponse de Savigny, est en lui-même une réplique à August Rehberg. Il est d'ailleurs possible de remarquer des similitudes – philosophiques, universitaires, biographiques – entre les trois auteurs impliqués. Ces similitudes jouent un rôle dans la naissance comme dans le déroulement de la controverse. C'est en examinant la posture de Rehberg (I), que l'on peut comprendre l'opinion doctrinale développée par Thibaut (II).

I) La posture du contre-révolutionnaire Rehberg

A. Un portrait de l'auteur

August Wilhelm Rehberg naît en 1757 à Hanovre⁵⁰⁵ dans une famille protestante de classe moyenne. Il est plongé très tôt dans un environnement cosmopolite : d'origine française huguenote par sa mère, il apprend le français en même temps que l'allemand, et y ajoute par la suite le latin, l'italien, l'espagnol et l'anglais, langues qu'il maîtrise avant ses quinze ans⁵⁰⁶. En 1774 il entame des études de philosophie à Göttingen – remarquablement intégré, il fait partie du ZN, ordre étudiant parmi les plus influents de Göttingen dans la seconde moitié du XVIII^e siècle. Parmi les auteurs qui l'inspirent figurent David Hume⁵⁰⁷, Emmanuel Kant⁵⁰⁸ ou Justus

⁵⁰⁵ Voir F. C. BEISER, « August Wilhelm Rehberg », *Stanford Encyclopedia of Philosophy* [en ligne], 2007, consulté le 22/05/2022 ; H.-Ch. KRAUS, « Rehberg, August Wilhelm », *Neue Deutsche Biographie* [en ligne], vol. 21, 2003, consulté le 22/05/2022.

⁵⁰⁶ F. C. BEISER, « August Wilhelm Rehberg », *op. cit.*, p. 4.

⁵⁰⁷ David Hume (1711 à Édimbourg – 1776 dans la même ville) est un philosophe, historien, essayiste écossais. Après un bref passage à l'université d'Édimbourg entre 1723 et 1725, il tente sa chance comme négociant ; en 1734, il abandonne et se retire trois ans en France. Il y rédige son *Traité de la nature humaine*, une œuvre en trois tomes tentant de construire un système philosophique abouti. Le *Traité*, parfois opaque, mal construit et immature, fait peu de bruit à sa publication en 1739, et sera plus tard renié par son auteur. Revigoré par le succès de son livre suivant, Hume candidate pour obtenir la chaire de philosophie morale à Édimbourg ; il échoue, et passe les années suivantes à errer de poste en poste. C'est en 1758 qu'il publie son *Enquête sur l'entendement humain*, dans laquelle il élabore sa théorie de la croyance en la causalité (l'existence d'une compulsion qui pousse l'être humain à attendre un lien entre deux objets, entre deux événements). En 1763, il repasse en France où il jouit d'un grand succès dans le milieu intellectuel. De 1762 à sa mort, Hume réédite et compile ses textes, qui prônent une perception du monde empirique et sceptique, ainsi qu'une méthode pratique pour l'étude du monde. L'héritage de Hume est celui de l'un des plus importants représentants des « Lumières écossaises », au côté d'Adam Smith notamment. Voir M. CRANSTON, « David Hume. Scottish Philosopher », *Encyclopedia Britannica* [en ligne], 2021, consulté le 22/05/2022.

⁵⁰⁸ Emmanuel Kant (1724 à Königsberg – 1804 dans la même ville) commence à étudier la théologie à l'université de Königsberg à seize ans. Mais la mort de son père six ans plus tard l'oblige à occuper des postes de précepteur. C'est au bout de neuf ans qu'on lui confie des cours à l'université de Königsberg ; il y enseigne sur une palette

Möser⁵⁰⁹. Mais son cursus ne lui permet pas d'obtenir le poste d'enseignant qu'il désire à la Ritterakademie de Berlin : lorsqu'il postule en 1779, Frédéric le Grand de Prusse s'y oppose en personne, au motif que l'académie ne peut engager des Hanovriens que pour travailler aux cuisines⁵¹⁰. Réduit à donner des cours d'allemand à des Anglais, Rehberg est repéré par Frederick, duc d'York et d'Albany et prince-évêque d'Osnabrück. Militaire de carrière, héritier présomptif de la Couronne d'Angleterre et de Hanovre jusqu'à sa mort, Frederick a notamment mené des campagnes durant la Première Coalition contre la France révolutionnaire, puis a réformé l'armée britannique durant les guerres napoléoniennes⁵¹¹. Il embauche Rehberg en tant que secrétaire du *Geheimes Ratskollegium* (conseil secret) de Hanovre⁵¹². Bien qu'il y règle de nombreuses affaires, Rehberg n'a pas le droit de vote : comme les autres secrétaires, il n'est que bourgeois. Ces années renforceront un sentiment qui l'anime depuis ses études universitaires : la recherche d'une certaine tempérance philosophique. Rehberg refuse de plonger dans le mysticisme ou le romantisme⁵¹³, mais il rejette de la même façon le triomphe

très large de sujets, des mathématiques aux preuves de l'existence de Dieu. Entre 1788 et 1790, alors qu'en France éclate la Révolution dont il est un défenseur, Kant publie ses ouvrages les plus importants : les fameuses *Critiques* (*Critique de la raison pratique*, *Critique de la raison pure*) mais également *Fondation de la métaphysique des mœurs*. Son héritage philosophique est considérable : il joue notamment un rôle dans la construction de l'idéalisme allemand, de la phénoménologie et de la pensée critique. Voir N. HINSKE, « Kant, Immanuel », *Neue Deutsche Biographie* [en ligne], vol. 11, 1977, consulté le 22/05/2022.

⁵⁰⁹ Justus Möser (1720 à Osnabrück – 1794 dans la même ville) étudie le droit à Iéna et à Göttingen ; il n'en sortira pas diplômé, mais trouve un emploi de secrétaire pour la chevalerie de sa ville. Il gravit les échelons jusqu'à devenir le conseiller le plus écouté du gouvernement, et joue un rôle important dans la reconstruction de son pays suite aux ravages de la guerre de Sept ans. S'il n'a pas fait de l'écriture son métier, il n'en reste pas moins un auteur prolifique. Entre autres, il fonde, en 1766, le *Wochenlichen Osnabrückische Anzeiger*, apprécié des romantiques ; les articles visent à proposer des solutions concrètes pour des problèmes spécifiques, afin d'aider tous les citoyens à mieux connaître leurs droits et donc à mieux les défendre. Möser prend le parti de faire de l'histoire la clé de voûte de ses écrits, notamment dans son ouvrage intitulé *Von deutscher Art und Kunst* (1773) : selon lui, il faut chercher l'origine de l'ordre juridique, des coutumes et des valeurs d'un peuple dans son passé, notamment dans les contraintes économiques qu'il a pu traverser. Ainsi, le centre de l'histoire n'est plus occupé par la figure du prince, mais par une frange basse de la société ; les citoyens et paysans font l'histoire de manière horizontale, le gouvernement en prend acte. Cette conception préfigure l'approche historique qu'auront Hugo et Savigny. À ce sujet, voir W. F. SHELDON, « Möser, Justus », *Neue Deutsche Biographie* [en ligne], vol. 17, 1998, consulté le 22/05/2022.

⁵¹⁰ F. C. BEISER, « August Wilhelm Rehberg », *op. cit.*, p. 3.

⁵¹¹ Voir D. WINTERBOTTOM, *The Grand Old Duke of York. A life of Prince Frederick, Duke of York and Albany, 1763-1827*, Barnsley, Pen & Sword - Military, 2016.

⁵¹² Le conseil secret de Hanovre était une sorte de conseil délégué du Roi composé d'artistocrates ; spécialisé dans les questions de relations étrangères, il gérait *de facto* les affaires du royaume de Hanovre en l'absence du roi : ce dernier devait normalement ratifier ses décisions, mais une lettre mettant une semaine à traverser la Manche, le conseil obtient vite une délégation plus large, lui permettant de réagir immédiatement aux diverses situations qui peuvent se présenter. Voir R. G. ASCH, *Hannover, Großbritannien und Europa. Erfahrungsraum Personalunion 1714-1837*, Göttingen, Wallstein Verlag, 2014.

⁵¹³ Les Rehberg étaient pourtant très proches des Schlegel, dont deux frères (August Wilhelm et Friedrich) comptent parmi les fondateurs du courant romantique. La sœur d'August Rehberg, Caroline, est même le premier amour de Friedrich Schlegel ; il en fera la Luise de son roman *Lucinde*, paru en 1800. F. C. BEISER, « August Wilhelm Rehberg », *op. cit.*, p. 4.

de la Raison. Cette position se révèle dans l'un de ses premiers essais, *De la relation entre la métaphysique et la religion (Über das Verhältnis der Metaphysik zu der Religion)*⁵¹⁴.

Deux ans après sa parution, la Révolution française éclate. Il est intéressant de remarquer que Rehberg n'est pas initialement hostile au projet révolutionnaire : il suit même avec une certaine satisfaction les développements des États généraux et les réclamations du Tiers-État. Son rejet de la Révolution française s'intensifie lorsqu'il réalise le tournant radical pris par la Constituante ; en tant que sceptique, Rehberg se méfie des excès du rationalisme, de l'égalitarisme et de la démocratie. Les guerres révolutionnaires le confortent dans son opinion et sa lutte devient acharnée : il s'agit d'empêcher les idées radicales françaises de contaminer les États d'Allemagne⁵¹⁵.

C'est dans cette perspective que Rehberg commence à écrire pour l'*Allgemeine Literatur-Zeitung*. Entre 1789 et 1792, il rédige une série de critiques sur les faits révolutionnaires ; c'est cette œuvre qui le fait connaître dans tout le pays, davantage que son essai philosophique – Rehberg se sentait davantage philosophe que politique, mais n'a jamais trouvé le temps de systématiser ou même d'exprimer la complexité de sa pensée. En 1793, il réunit ces articles au sein d'un ouvrage unique, *Études sur la Révolution française (Untersuchungen über die Französische Revolution)*⁵¹⁶. Cet ouvrage a valu à Rehberg d'être comparé au parlementaire anglais Edmund Burke⁵¹⁷, détracteur le plus connu de la Révolution française à l'époque. Il est vrai que les juristes de Hanovre lisent Burke avec enthousiasme : *Reflections on the Revolution*

⁵¹⁴ A. REHBERG, *Über das Verhältnis der Metaphysik zu der Religion*, Berlin, Mylius, 1787.

⁵¹⁵ F. C. BEISER, « August Wilhelm Rehberg », *op. cit.*, p. 12 à 13.

⁵¹⁶ A. REHBERG, *Untersuchungen über die französische Revolution*, Hannovre, Ritscher, 1793, traduction française par L. K. SOSOE, *Recherches sur la Révolution Française*, Paris, Librairie Philosophique J. Virin, 1998.

⁵¹⁷ Edmund Burke (1729 à Dublin – 1797 à Beaconsfield) commence ses études au Trinity College de Dublin en 1744. Il y crée d'ailleurs l'*Edmund Burke's club*, la plus vieille association d'étudiants encore en activité de nos jours sous le nom de *College Historical Society*. Sa licence en poche en 1748, il poursuit ses études à Londres et rejoint le *Middle Temple*, fameuse école du barreau – il y est encouragé par son père avocat. Il la quitte rapidement cependant : durant une période peu documentée entre 1750 et 1756, Burke se détache de son père et des études de droit ; il voyage à travers l'Europe et notamment en France. En 1757, il publie sa contribution à la théorie de l'esthétique, *A Philosophical Enquiry into the Origin of Our Ideas of the Sublime and Beautiful*, qui est remarqué au Royaume-Uni, mais aussi à l'étranger, notamment par Kant et Diderot ; la même année, il se marie et étend son réseau d'amitiés dans le milieu artistique. Sa carrière politique débute en 1765, lorsqu'il entre à la Chambre des Communes en tant que *whig* ; ce groupe soutiendra toute sa carrière parlementaire. En 1789, alors qu'une partie des anglais s'accommode plutôt bien des premiers temps de la Révolution, Burke, déjà effaré par ce qui se produit en France, entend le sermon d'un pasteur protestant qui s'en réjouit ; cela creuse d'avantage son antagonisme vis-à-vis de la Révolution, dont il devient un détracteur farouche. Voir Ch. W. PARKIN, « Edmund Burke », *Encyclopedia Britannica* [en ligne], 2020, consulté le 22/05/2022.

in France, publié en 1790 en Grande-Bretagne, connaît un immense succès sur tout le continent et est traduit en 1793 par Friedrich von Gentz, connaissance de Rehberg. Ce dernier perdrait à la comparaison avec Burke, dont il ne serait qu'un disciple ou un copieur, tandis que Gentz est considéré comme le contre-révolutionnaire allemand le plus doué (il remplacera d'ailleurs Rehberg dans sa tribune à l'*Allgemeine Literatur Zeitung*). Cette appréciation doit être nuancée : les deux hommes présentent des écrits d'un niveau comparable ; Rehberg a écrit ses premiers articles contre-révolutionnaires avant le succès de Burke ; du reste, les deux hommes se distinguent par leur opinion au sujet de la période prérévolutionnaire. Contrairement à Burke, Rehberg ne cherche pas à atténuer les vicissitudes de l'ancien régime français : il a conscience des travers de la monarchie absolue, des afflictions des populations confrontées à des taxes lourdes et des disettes fréquentes, et en somme, du fait que le pays avait un besoin désespéré de réformes⁵¹⁸. Mais comme la plupart des Hanovriens de l'époque, Rehberg espérait que la France se dirigerait vers un régime de monarchie parlementaire sur le modèle britannique. Ainsi, alors qu'il est considéré comme l'un des représentants majeurs du courant contre-révolutionnaire en Allemagne, Rehberg adopte en réalité une position modérée. À tel point que ses *Études* lui vaudront une réponse de Fichte⁵¹⁹, dans laquelle ce dernier dénonce les contradictions de sa recherche d'équilibre politique et philosophique : soit la société est contractuelle, soit elle ne l'est pas ; soit l'on embrasse l'Église romaine, soit l'on est un libre penseur, mais il ne peut y avoir de troisième voie dans le protestantisme ; en somme, comme Fichte le dit en s'adressant à Rehberg : « Ne faites pas les choses à demi »⁵²⁰.

Au centre de sa pensée politique, on trouve le *Stände* — la forme traditionnelle de la société allemande d'Ancien Régime construite sur des classes, équivalent de la tripartition sociale française. Rehberg est en effet le porte-parole des « Hanoverian Whigs », un groupe partisan de la monarchie modérée et de la tolérance à l'égard des protestants⁵²¹. Ils prônent la conservation du *Stände*, mais avec quelques réformes, notamment un plus grand accès des bourgeois talentueux aux fonctions normalement réservées aux aristocrates – une idée chère au cœur de Rehberg. S'il est à raison présenté comme un chef de file du conservatisme allemand du XIX^e

⁵¹⁸ F. C. BEISER, « August Wilhelm Rehberg », *op. cit.*, p. 12.

⁵¹⁹ J. G. FICHTE, *Beitrag zur Französischen Revolution*, 1793, réédité à Mannheim, 1843.

⁵²⁰ B. BINOCHÉ, *La raison dans l'Histoire. Échantillons pour une histoire comparée des philosophies de l'Histoire*, Paris, Presses Universitaires de France, 2007, p. 196.

⁵²¹ À ce sujet, voir B. S. SIROTA et A. I. MACINNES, *The Hanoverian Succession in Great Britain and its Empire* (dir.), Woodbridge, Boydell & Brewer, 2019.

siècle, son soutien de la coutume et des anciennes lois n'est pas aveugle. Il n'est pas opposé à leur réforme selon les besoins de l'époque⁵²². C'est ce Rehberg, sceptique, conservateur et modéré, qui rédige en 1814 le pamphlet auquel répliquera Thibaut.

B. A propos du Code Napoléon et son introduction en Allemagne

Dans cet essai⁵²³, Rehberg réaffirme la position contre-révolutionnaire qui l'a fait connaître avant l'invasion française⁵²⁴. En critiquant la Révolution de 1789, Rehberg critique un principe commun aux Lumières européennes : le triomphe nécessaire de la Raison. Selon lui, la Révolution française est la preuve la plus édifiante de l'incompatibilité de la Raison avec la pratique politique⁵²⁵. La raison pure peut être un indicateur pour des principes moraux, mais elle n'est pas un programme de gouvernement concret ; en voulant anéantir tout l'ancien régime (puisque contraire à la Raison), les révolutionnaires français ont suivi un schéma de pensée fallacieux⁵²⁶ ; et ce schéma s'est traduit dans leur codification. Ainsi, lorsque l'occupation française s'achève, Rehberg a le réflexe de reprendre ces arguments afin d'attaquer le Code Napoléon. Son analyse du Code est accablante :

« [...] quiconque a sérieusement examiné le Code Napoléon affirmera plutôt le fait que l'Allemagne ne laisse pas au hasard l'obtention de son code : elle se soumet sciemment et délibérément à un code qui détruit tout ce qu'il y a de particulier dans ses relations internes, fait des Allemands des outils méprisables et méprisés des Français, et les obligera à l'imiter de bien d'autres façons, si les Allemands ne répudient pas le droit français avant qu'il ait saccagé la nation.

⁵²² F. C. BEISER, « August Wilhelm Rehberg », *op. cit.*, p. 14.

⁵²³ A. W. REHBERG, *Über den Code Napoleon und dessen Einführung in Deutschland (À propos du Code Napoléon et de son introduction en Allemagne)*, Hanovre, 1814.

⁵²⁴ F. C. BEISER, « August Wilhelm Rehberg », *op. cit.*

⁵²⁵ À ce sujet, voir K. EPSTEIN, *Die Ursprünge des Konservativismus in Deutschland. Der Ausgangspunkt : Die Herausforderung durch die französische Revolution 1770 – 1806. Aus dem Englischen von Johann Zischler*, Francfort-sur-le-Main, Propyläen-Verlag, 1973 ; P.-L. WEINACHT, « Les États de la Confédération... », *op. cit.* ; L. K. SOSOE, *Recherches...*, *op. cit.*, p. 26.

⁵²⁶ Il serait possible de voir un héritage kantien dans cette critique de la raison ; il faut cependant le nuancer : Kant n'opère pas de distinction entre la théorie et la pratique politique, puisqu'il pense que les principes moraux sont directement traduisibles dans la pratique. Ce point illustre les sentiments complexes de Rehberg à l'égard de Kant, dont il a été un excellent élève. Il le défend d'abord face aux wolffiens, puis réalise que certains principes de Kant – notamment l'impératif catégorique et l'autonomie de la volonté – ressortent comme une légitimation a posteriori du contractualisme selon Rousseau. Dès lors, pour tuer intellectuellement la Révolution française, il faut vaincre Kant. À ce sujet, voir *Ibid.* ; H. F. KLEMMME, « La pratique de la moralité. Le lien entre théorie et pratique dans la philosophie kantienne » *Revue germanique internationale* [en ligne], 1996, mis en ligne le 9 septembre 2011, consulté le 22/05/2022.

Il [le Code] est entièrement calculé pour promouvoir les grands objectifs de la Révolution : l'anéantissement complet de toutes les relations sociales entre les hommes qui existaient jusqu'alors, et l'expansion sans limites de la domination du peuple français. Ces deux points principaux de la Révolution vont de pair »⁵²⁷.

Selon Rehberg, le Code serait donc le produit direct de l'idéologie révolutionnaire. Or, affirmer que le Code Napoléon est « entièrement calculé pour promouvoir les grands objectifs de la Révolution » mérite une mise en perspective. S'il matérialise certains principes révolutionnaires (le jusnaturalisme moderne, le légicentrisme, la sécularisation des relations humaines, l'égalité des droits) et plusieurs réformes (l'état-civil, la propriété individuelle, le divorce, une certaine égalité successorale), le Code est d'abord conçu, dans les années 1798-1804, comme un instrument de contrôle social et de rétablissement de la paix publique, visant justement à mettre un terme aux tumultes révolutionnaires. Il convient de rappeler que le Code civil a été conçu par des juristes de l'ancien régime, conservateurs et en recherche d'ordre ; s'il a pu hériter de certains principes révolutionnaires aussi bien formels (unité, sacralisation de la loi, rationalisme) que substantiels (en matière d'état-civil et de successions par exemple), c'est avant tout un code réactionnaire, qui se caractérise par un retour à une société patriarcale assise sur la propriété foncière⁵²⁸. Au lendemain de sa promulgation, le Code n'était pas prévu pour être un véhicule de promotion ou d'expansion du modèle juridique français en Europe ; il n'affichait pas dès son origine la volonté d'universalisme que portait par exemple la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, ou le premier projet de code Cambacérés (1793). Il s'agissait avant tout d'un moyen d'unir la nation française en mettant un terme à son insécurité juridique ; comme le dit le professeur Sylvain Soleil, « pour les rédacteurs comme pour Bonaparte, comme pour tous les promoteurs du Code, il s'agit de la genèse du Code civil des Français, et non d'un Code pour l'Europe et le monde »⁵²⁹. C'est au fil des conquêtes

⁵²⁷ « [...] Wer [...] den Code Napoleon ernstlich geprüft hat, wird vielmehr behaupten, daß Deutschland es nicht dem Zufalle überläßt, ob es in ihm ein brauchbares Gesetzbuch erhalte: sondern daß es sich wissentlich und vorsätzlich einem Gesetzbuche unterwirft, welches alles Eigenthümliche in den innern Verhältnissen zerstört, die Deutschen zu verächtlichen und verachteten Werkzeugen der Franzosen macht: und fie nöthigen wird, fie in noch vielem Andern nachzuahmen, wofern der deutsche Sinn nicht das französische Recht wieder von sich stößt, ehe es die Nation durchwühlt hat. Es ist vollkommen darauf angelegt, die großen Zwede der Revolution zu befördern: die gänzliche Vernichtung aller bisher bestandnen Socialverhältnisse unter den Menschen, und die gränzenlose Ausdehnung der Herrschaft des französischen Volks. Diese benden Hauptpunkte der Revolution gehen Hand in Hand » (A. W. REHBERG, *Über den Code Napoleon... op. cit.*, p. 91).

⁵²⁸ À ce sujet, voir J. LECLAIR, « Le Code civil des Français de 1804 : une transaction entre révolution et réaction », *Revue juridique Thémis*, vol. 36, 2002, p. 1 à 82.

⁵²⁹ S. SOLEIL, « Le Code civil de 1804 a-t-il été conçu comme un modèle juridique pour les nations ? », *Histoire de la justice*, n°19, 2009, p. 8.

napoléoniennes que le Code a acquis un potentiel d'exportation – un potentiel étroitement lié à sa nature autoritaire et organisée, permettant une implantation rapide dans les territoires occupés. Les rédacteurs ne réalisent ce potentiel que progressivement, comme en témoignent l'évolution de leurs discours et la correspondance de Bonaparte lui-même⁵³⁰.

Toutefois, dans le contexte allemand des années 1804-1814, ce code peut être interprété de façon différente, tout d'abord, parce que Napoléon, dans l'imaginaire européen de l'époque, est fréquemment pensé comme le continuateur et le bras armé de la Révolution ; les vieilles monarchies n'ont pas oublié son rôle durant les premières guerres révolutionnaires⁵³¹. Ensuite, de façon théorique, Rehberg et ses contemporains comparent moins le Code civil au droit et à l'idéologie des premières années révolutionnaires, qu'à leur propre droit et à l'idéologie dominante en Allemagne. Il s'agit moins ici d'une erreur de perspective que d'une différence de perspectives : le système auquel ils comparent le Code Napoléon les induit à penser ce code comme le produit de la Révolution plutôt que celui de la réaction des années 1795-1800. Enfin, de façon concrète, même incomplet, l'héritage révolutionnaire du Code introduit des changements radicaux dans les pays où il est implanté. Sans avoir vécu leur propre Révolution, Rehberg et les siens voient s'imposer la fin de la féodalité et des notions nouvelles telles que l'état-civil, le divorce ou encore l'égalité successorale⁵³². Autrement dit, si le Code Napoléon n'est pas le pur produit de la Révolution, il est effectivement vécu comme un droit révolutionnaire dans les pays occupés. En se le réappropriant, affirme Rehberg, les territoires allemands devraient assumer un droit étranger, anhistorique et inadapté à leurs besoins. Et à ce titre, il doit être combattu.

Face à ce fléau, un remède : l'abolition immédiate du Code Napoléon dans les États où ce code a été adopté, et le retour à la tradition juridique allemande – le « bon vieux » droit⁵³³, composé de droit romain, de coutumes, de législations royales et de constitutions impériales. On trouve déjà, chez Rehberg, l'évocation de la préséance de l'ancien droit national sur tout droit nouveau étranger, et la nécessité d'étudier cet ancien droit. Cela lui vaut d'être identifié, avec Möser, comme un prédécesseur intellectuel de l'École historique. La réponse ne se fait pas attendre :

⁵³⁰ *Ibid.*, p. 14.

⁵³¹ A. SOBOUL, « Le héros et l'histoire », *Annales historiques de la Révolution française*, n°199, 1970, p. 5.

⁵³² *Ibid.*, p. 4.

⁵³³ A. GAILLET, « La question de la codification en Allemagne ... », *op.cit.*, p. 3.

quelques semaines après sa parution, l'Über den Code Napoleon fait l'objet d'une recension.

II) La ferveur de Thibaut

Anton Friedrich Justus Thibaut⁵³⁴ naît en 1772 à Hamelin, au sein d'une famille protestante. Il partage ses études de droit entre trois facultés, Göttingen, Königsberg – où il suit les cours d'Emmanuel Kant – et Kiel. Il devient professeur en 1805 à Heidelberg. Comme Savigny, Thibaut fait du droit romain (des « pandectes ») le fondement de ses recherches. Il rédige dans ce domaine des ouvrages notables : son *System des Pandektenrechts* connaît un grand succès. Cependant, ses recherches restent limitées à des observations isolées : il ne s'en sert pas pour construire une théorie systématique comme Savigny a pu le tenter. De façon plus inattendue, Thibaut a joué un rôle dans la redécouverte et la promotion de la musique classique ; mélomane, il n'hésite pas à envoyer des assistants à l'étranger sur ses fonds personnels pour récupérer des partitions anciennes, et organise des concerts fréquentés par des compositeurs en vogue, tel que Robert Schumann. Son expertise dans le domaine musical influence la philosophie de Hegel. Comme nous l'avons vu, la bataille de Leipzig renverse de façon décisive le cours des guerres napoléoniennes. La marche des soldats allemands sur Paris en 1814 unit les territoires germaniques en une exaltation commune. C'est dans ce contexte qu'Anton Thibaut, professeur de droit romain réputé et respecté, rédige un court ouvrage : *De la nécessité d'un droit civil général pour toute l'Allemagne*⁵³⁵. L'étude de cet ouvrage (A) nous permettra de comprendre la proposition de Thibaut (B).

A. Aux sources de l'*Über die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland*

L'essai de Thibaut ne manque pas d'audace : le contexte nous permet de comprendre que l'essai naît à la fois de la libération de l'Allemagne et d'une lecture critique de Rehberg (1) ; le contraste avec ce dernier est d'autant plus visible que Thibaut attaque sévèrement l'ancien droit allemand (2).

⁵³⁴ Voir J. RÜCKERT, « Thibaut, Anton », *Neue Deutsche Biographie* [en ligne], vol. 26, 2016, consulté le 22/05/2022.

⁵³⁵ A. F. J. THIBAUT, *Über die Nothwendigkeit...*, *op. cit.*

1) Un texte à deux matrices : libération et recension

Ce qui transparait d'abord dans ce texte est l'enthousiasme débordant de l'auteur, tant par la rapidité de l'écriture que par la chaleur du ton. Thibaut semble croire que la joie de la libération est le déclencheur dont les territoires allemands avaient besoin pour s'unir en une nation indivisible ; si son pressentiment ne s'est pas vérifié, cela indique le degré de cette euphorie et son empreinte sur le romaniste au moment où il écrit : « Plusieurs signes de l'époque me poussent à formuler rapidement les vœux suivants. Les Allemands se sont réveillés d'un long sommeil il y a un an »⁵³⁶. Vingt-cinq ans, il reviendra sur cette ferveur patriotique, dans une revue :

« [...] en 1814, alors plein d'espérances, je logeais de nombreux soldats allemands qui voulaient marcher sur Paris, j'avais l'esprit en ébullition. De nombreux amis de ma patrie vivaient et vaquaient alors avec moi dans l'idée qu'il était possible d'améliorer fondamentalement l'état de notre droit, et c'est ainsi que je rédigeai, en quinze jours tout au plus, et de toute la chaleur de mon cœur, un opuscule sur la nécessité d'un droit civil général pour toute l'Allemagne, où je cherchais à montrer ce qui suit : notre droit positif, à savoir le droit de Justinien, n'est adapté ni matériellement ni formellement à nos peuples actuels, et rien ne pourrait être plus salutaire pour les Allemands qu'une codification du droit civil pour toute l'Allemagne élaborée en utilisant les forces des juristes les mieux formés, chaque pays pouvant garder cependant, pour le peu qu'exigent ses conditions locales, ses particularités propres »⁵³⁷.

Cependant, la libération n'est pas le seul déclencheur de la prise de parole de Thibaut. À l'origine, Thibaut réagit à l'*Über den Code Napoleon* de Rehberg : il en publie d'abord une

⁵³⁶ « Mehrere Zeichen der Zeit swingen mich saft, die folgenden Wünsche schnell zu äussern. Die Deutschen sind dem letzten Jahre aus einem langen Schlummer erwacht » (A. F. J. THIBAUT, *Über die Notwendigkeit... op. cit.*, p. 11).

⁵³⁷ « [...] im Jahre 1814, als ich viele deutsche Soldaten, welche auf Paris marschiren wollten, mit frohen Hoffnungen im Quartier hatte, war mein Geist sehr bewegt. Viele Freunde meines Vaterlandes lebten und webten damals mit mir in dem Gedanken an die Möglichkeit einer gründlichen Verbesserung unsres rechtlichen Zustandes, und so schrieb ich, – höchstens nur in vierzehn Tagen, – recht aus der vollen Wärme meines Herzens eine kleine Schrift über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland, worin ich zu zeigen suchte: unser positives Recht, namentlich das Justinianische, sey weder materiell noch formell unsern jetzigen Völkern anpassend, und den Deutschen könne nichts heilsamer seyn, als ein, durch Benutzung der Kräfte der gebildetsten Rechtsgelehrten verfaßtes bürgerliches Recht für ganz Deutschland, wobei aber doch jedes Land für das Wenige, was seine Localität erfordere, seine Eigenheiten behalten möge » (*Ibid.*, p. 392).

recension dans le *Heidelbergische Jahrbücher der Litteratur*⁵³⁸. C'est cette recension, moins connue, qui servira de base à Thibaut pour son essai⁵³⁹. Il est à remarquer que l'article développe déjà les arguments de l'*Über die Nothwendigkeit* : le Code n'est haï que depuis l'occupation française, alors qu'il était ignoré – voire apprécié – par la doctrine allemande au début du XIX^e siècle⁵⁴⁰ ; la comparaison de deux universalismes étrangers, codification française et droit romain, pousse sans conteste à choisir le Code Napoléon pour ses qualités techniques et synthétiques. La fin de sa recension loue ainsi l'entreprise codificatrice de l'empereur français :

« [...] l'impartialité doit reconnaître qu'au cours des négociations sur le Code, l'Empereur s'est distingué par un talent civiliste heureux ; et de toute évidence, de tous les participants, il avait le sens le plus profond de ce que devait être réellement un code civil. Son souhait le plus cher était que le Code soit l'expression exacte de la justice civile (s'il est le reflet exact de la justice civile, il sera éternel - ce sont ses mots) ; et il sentait très bien où mènerait la mollesse habituelle des Conseils d'État, comme le montre son exclamation dans une occasion où l'on voulait à nouveau accabler la science des conséquences de la mollesse et de l'inefficacité législatives : on ne peut rendre les lois extrêmement simples, sans couper le nœud plutôt que de le délier, et sans livrer beaucoup de choses à l'incertitude de l'arbitraire »⁵⁴¹.

Thibaut donne donc un avertissement pragmatique : l'abrogation brutale du Code ne serait, pour plusieurs raisons, pas bénéfique pour les Allemands⁵⁴², pour plusieurs raisons. La première est l'absence d'alternative acceptable : le Code abrogé, les États allemands retrouveraient leur ancien droit, dans sa diversité et sa complexité ; il s'agirait d'un recul pour les droits des

⁵³⁸ A. F. J. THIBAUT, « Über den Code Napoleon und dessen Einführung in Deutschland », *Heidelbergische Jahrbücher der Litteratur*, vol. 7, n°1, 1814, p. 1 à 32.

⁵³⁹ A. GAILLET, « La question de la codification en Allemagne ... », *op. cit.*, p. 3.

⁵⁴⁰ *Ibid.*, p. 1-2.

⁵⁴¹ « [...] die Unparteylichkeit muß es anertennen, daß der Kaiser im Lauf der Verhandlungen über den Code sich durch ein glückliches civilistisches Talent sehr auszeichnete ; und offenbar hatte er von allen Theilnehmern den mehresten Sinn für das, was eigentlich ein Civil-Gesetzbuch seyn sollte. Sein lauter Wunsch war, daß der Code ein ges nauer Ausdruck bürgerlicher Gerechtigkeit sey (S'il est resultat exact de la justice civile, il sera eternel, - das sind seine Worte) ; und daß er recht wohl fühlte, wohin die gewöhnliche Schlawheit der Staatsräthe führe, zeigt sein Ausruf bey einer Gelegenheit, wo man wieder die Folgen gesetzgebender Trägheit und Unbehülflichkeit der Wissenschaft anbürden wollte : on ne peut rendre les lois extrêmement simples, sans couper le nœud plutôt que de le délier, et sans livrer beaucoup de choses à l'incertitude de l'arbitraire » (A. F. J. THIBAUT, « Über den Code Napoleon... », *op. cit.*, p. 29 à 30).

⁵⁴² « Uebrigens fen es uns erlaubt, an diesem Orte noch einen, mit den obigen Ideen sehr genau zusammenhängenden Wunsch auszusprechen, nämlich daß man in den Deutschen Ländern, wo der Code angenommen ist, dessen Aufhebung ist nicht übereilen möge [Soit dit en passant, nous sommes autorisés à exprimer un souhait à ce stade, qui est très étroitement lié aux idées ci-dessus, à savoir que dans les pays allemands où le code a été adopté, l'annulation ne doit pas être précipitée] » (*Ibid.*, p. 30).

justiciables, qui ne pourraient plus accéder à la justice aussi aisément qu'avec le système français.

« [...] qu'est-ce qu'on obtiendrait maintenant au lieu de la nouveauté ? Rien que l'ancien droit, dont la meilleure partie (le droit romain), qui a grandement favorisé notre étude scientifique, mais qui en tant que code de droit a certainement autant de défauts que le Code, et dans certains cas des défauts encore plus grands [...]. Qu'est-ce qu'une abrogation aussi rapide va donc entraîner ? Le peuple reviendra d'un mauvais état, qui existait autrefois, à un autre similaire, et devra à nouveau survivre à l'état de convulsion et d'impuissance qui est lié à chaque grand changement de lois »⁵⁴³.

La difficulté d'une transition des codes français à l'ancien droit allemand réside, selon Thibaut, dans une obligation faite aux juristes d'osciller entre deux systèmes, en vertu du principe de non-rétroactivité de la loi – puisque durant l'occupation française, les justiciables allemands ont pu contracter sous l'empire du Code.

« En effet, on ne commettra pas la terrible injustice d'appliquer à nouveau immédiatement et sans condition l'ancien droit pour des relations juridiques passées qui se sont formées légalement selon les principes de base du Code. Nos fonctionnaires devront donc appliquer l'ancienne et la nouvelle loi ensemble pendant un certain temps, et une confusion imprévisible ne peut donc pas du tout être évitée. [...] »⁵⁴⁴.

Thibaut en profite pour fustiger les auteurs qui demandent une abolition totale et immédiate : leur approche de la transition juridique est selon lui irresponsable. Pour gérer la transition au mieux, il faudrait mettre en place une grande loi nationale réglant définitivement les questions de rétroactivité ; selon Thibaut, au vu de la conjoncture, personne n'en est capable. Cette prévision pessimiste rejoint sa crainte principale : que les juristes allemands ne profitent de

⁵⁴³ « [...] was hat man nun wieder statt des Neuen ? Nichts als das alte Recht, dessen bester Theil (das Römische Recht) zwar unsre wissenschaftliche Bildung sehr beförderte, welches aber als Gesetzbuch ganz gewiß eben so viel Mängel hat, als der Code, und zum Theil noch größere [...] ...] Was wird also eine solche schnelle Aufhebung mit sich führen? Das Volk kehrt aus einem schlechten Zustande, welcher doch nun einmal im Gange war, in einen andern gleichen zurück, und hat dabei wieder den krampfhaften, ohnmächtigen Zustand zu überstehen, welcher mit jedem großen Wechsel der Gesetze verknüpft ist ». (A. F. J. THIBAUT, « Über den Code Napoleon... », *op. cit.*, p. 31).

⁵⁴⁴ « Denn die scherende Ungerechtigkeit wird man doch nicht begehen, dass man für vergangene Rechtsverhältnisse, welche sich gesetzmäßig nach den Grundbässen des Code bildeten, das alte Recht sofort unbedingt wieder anwendet ? Unsre Beamten werden also das alte und neue Recht eine geraume Zeit hindurch vereinigt anzuwenden haben, und dabei ist eine unabsehbare Verwirrung gar nicht abzuwenden » (*Ibid.*).

l'abolition des codes français pour revenir à l'éclatement juridique qui caractérisait l'Allemagne pré-napoléonienne.

« Donc, si nous voulions rétablir la tranquillité et nous opposer aux nombreux juristes qui ont jusqu'à présent traité ce principe comme un enfant avec un couteau à double tranchant, nous devrions en même temps présenter une loi de grande portée, au sein de laquelle nous devrions établir des dispositions précises quant à la force rétroactive des lois. Mais qui, dans les temps actuels de troubles, de fatigue et de tension, a la capacité d'exécuter une telle loi ; et où trouvera-t-on des hommes à qui on pourrait confier de bonne grâce une tâche aussi herculéenne, si l'on retombe immédiatement dans la vieille pensée que chaque province allemande doit avoir sa propre cause séparée, et doit commander sa maison de façon entièrement séparée de l'autre, et exclusivement par ses propres serviteurs seulement ? »⁵⁴⁵

Il est possible de remarquer que l'argument du droit étranger se retrouve autant chez Thibaut que chez Rehberg. La tentative d'esquisser un droit national implique de se distinguer de modèles universalistes étrangers. Si Rehberg le fait clairement en réclamant l'abrogation immédiate des codes français dans les territoires où ils ont pu être imposés, Thibaut, dans sa recension, commence par reconnaître le caractère étranger de la codification française, mais rappelle qu'on peut faire le même reproche à une partie de l'ancien droit allemand ; ainsi, il ne resterait qu'à comparer pragmatiquement la qualité des deux modèles, et à se rendre compte que l'ancien droit allemand ne peut pas rivaliser avec le système français. Cet angle d'attaque se retrouve dans l'essai que Thibaut rédige dans la foulée de son article.

2) L'attaque contre l'ancien droit allemand

Dans l'*Über die Notwendigkeit*, Thibaut dresse un tableau très sombre de l'état de la doctrine de son pays :

⁵⁴⁵ « Man müsste sich also, wenn man Ruhe schaffen, und den vielen Rechtsgelehrten, welche bisher mit jenem Grundsatz, wie Kinder mit einem zweiseitigen Messer, umgingen, gehörig entgegenarbeiten wollte, auch zugleich mit einem großen, tief eingreifenden Gesetz hervortreten, worin man genaue Bestimmungen über die rückwirkende Kraft der Gesetze träge. Allein wer hat in den jetzigen Zeiten der Unruhe, Ermattung und Spannung die Fähigkeit zur Ausarbeitung eines solchen Gesetzes; und wo werden sich überhaupt Männer finden, denen man mit Sicherheit eine solche, fast herkulische Arbeit übertragen könnte, wenn man gleich wieder in den alten Gedanken fällt, daß jede Deutsche Provinz ihr Apartes haben, und gänzlich getrennt von der andern allein durch ihre eignen Diener ihr Haus bestellen müsse? » (A. F. J. THIBAUT, « Über den Code Napoleon... », *op. cit.*, p. 31 à 32).

« Toute notre législation nationale est un amas sans fin de préceptes variés et contradictoires qui s'annulent, formés de manière à séparer les Allemands les uns des autres et à empêcher les juges et les avocats d'avoir une connaissance approfondie du droit. Mais une connaissance exacte de ce fouillis chaotique ne nous conduit pas non plus très loin. Parce que toute notre législation nationale est si incomplète que sur cent litiges, quatre-vingt-dix doivent être tranchés – et c'est inexcusable – conformément à des codes étrangers réceptionnés : le droit canon et le droit romain. Mais c'est précisément là notre malheur atteint le plus haut sommet »⁵⁴⁶.

La question du droit canonique est rapidement expédiée : l'auteur considère qu'il n'est « pas digne de mention », et n'est qu'un assemblage de « dispositions obscures, mutilées et incomplètes » ; parce qu'elles sont imprégnées de spiritualité et d'ignorance, « aucun gouvernant sage ne peut y obéir ». On peut se demander si la religion protestante de Thibaut n'a pas joué dans cette appréciation du droit canonique « dès qu'il quitte la Constitution de l'Église catholique pour entrer dans d'autres institutions civiles »⁵⁴⁷. Le ressentiment de Thibaut se concentre sur le droit romain. Il est possible d'y voir l'un des arguments qui a incité Savigny à répondre : dans cet extrait, Thibaut semble directement mettre ses confrères au défi de lui prouver que le droit romain est une source valide pour le droit national allemand. On y retrouve également une réflexion sur la place de la doctrine, et sur le cercle vicieux déjà illustré par Frédéric II : le droit romain est complexe ; pour l'expliquer, la doctrine ne peut être simple, et elle finit par se complexifier en suivant son objet ; s'installe peu à peu l'image d'une doctrine de pontifes, brumeuse et hermétique, qui garde jalousement ses connaissances pour les utiliser à son avantage. Thibaut met en garde ses confrères contre la tentation d'accaparer la connaissance du droit.

« La dernière et principale source du droit qui subsiste est donc le code romain, c'est-à-dire l'œuvre d'une nation étrangère établie durant une période de profonde décadence, dont elle présente des

⁵⁴⁶ « So ist also unser ganzes einheimisches Recht ein endloser Must einander widerstreitenber, vernichtender, bunts schackiger Bestimmungen, ganz dazu gartet, die Deutfden von einander zu trennen, und den Richtern und Unwalden die gründliche Kenntniß ses Rechts unmöglich zu machen. Aber auch eine vollendete Kenntniß dieses chaotischen dere Ter führt nicht weit. Denn unser ganzes einheie mifches Recht ist so ünouvftändig und leer, daß - en hundert Rechtsfragen immer wenigstens neunzig aus den recipirten fremden Gefebbüchern, dem Kanonischen und Roinischen Recht, entschice den werden müssen. Grade hier erreicht aber bas Ungemach den höchften Gipfel » (A. F. J. THIBAUT, *Über die Notwendigkeit...*, op. cit., p. 14 à 15).

⁵⁴⁷ « Das Kanonische Recht, so weit es nicht auf die Katholische Kirchenverfassung, sondern auf andre bürgerliche Einrichtungen geht, ist nicht des Nennens werth; ein Haufen dunkler, verstümmelter, unvollstân: diger Bestimmungen, zum Theil durch schlechte Ansichten der alten Ausleger des Römischen Rechts peranlaßt, und so despotisch in Unsehung des Einflusses der geistlichen Macht auf weltliche Ana gelegenenheiten, daß kein weiser Regent sich gang demselben fügen kann » (*Ibid.*, p. 15).

traces à tous les endroits ! Il faut un parti pris tout à fait passionné pour penser que les Allemands sont heureux de recevoir cette œuvre malheureuse et recommandent sa conservation. Certes, elle est infiniment complète, mais dans le même sens que les Allemands pourraient se dire infiniment riches de tous les trésors qui se trouvent sous leur sol jusqu'au centre de la Terre. S'ils pouvaient être déterrés sans efforts... la voilà, la difficulté ! Et il en va de même pour le droit romain ! Ça ne fait aucun doute que des juristes profondément instruits, astucieux et infatigables peuvent construire n'importe quelle théorie avec les extraits de ce code [...]. Mais les sujets ne se soucient pas que les bonnes idées soient stockées en toute sécurité dans des ouvrages imprimés, mais plutôt que la loi vive dans l'esprit des juges et des avocats, et qu'ils soient en mesure d'acquérir des connaissances juridiques approfondies. Mais cela restera toujours impossible en droit romain. Toute la compilation est trop sombre, faite trop légèrement, et il nous en manquera toujours la vraie clé »⁵⁴⁸.

Savigny, parmi d'autres, est d'ailleurs nommément cité par Thibaut. Il est rattaché à cette caste de savants romanistes, seuls capables de discuter du droit romain ; Thibaut en profite pour ironiser, une fois de plus : même un Savigny ne peut être sûr de ce qu'il sait. Les sources de droit romain sont si nombreuses, la tâche si immense, que la matière est en constante redécouverte. Or cette redécouverte sera forcément incomplète si elle est faite en Allemagne, puisque – on y revient – le droit romain est un droit étranger.

« [...] le droit romain nous est incroyablement offert dans un code, dont nous ne possédons pas le texte et dont le contenu est, par conséquent, comparable à un feu follet. Ce que nous avons reçu n'est pas un texte authentique ou fiable, mais ce que l'on pourrait appeler la loi idéale, qui se trouve dans les innombrables manuscrits existants, avec des versions complètement différentes. L'étendue de ces variantes est énorme. Dans la seule édition de Gebauer⁵⁴⁹, leur impression occupe autant de place

⁵⁴⁸ « Die letzte und hauptsächlichste Rechtsquelle bleibt daher für uns das Römische Gesetzbuch, also das Werk einer uns sehr ungleichen fremden Nation aus der Periode des tiefsten Verfalls derselben, die Spuren dieses Verfalls auf jeder Seite an sich tragend ! Man muß ganz in leidenschaftlicher Einseitigkeit verfangen sein, wenn man die Deutschen wegen der Annahme dieses griechischen Werkes glücklich preist, und dessen fernere Benbehaltung im Ernst anempfiehlt. Unendlich vollständig ist es zwar, aber etwa in eben dem Sinne, wie man die Deutschen unendlich reich nennen kann, weil ihnen alle Schätze unter ihrem Boden bis zum Mittelpunkt der Erde gehören. Wenn sich nur dies ohne Kosten ausgraben ließe: da liegt die leidige Schwierigkeit! Und so denn auch bey dem Römischen Recht! Es läßt sich nicht bezweifel, daß tief gelehrte, scharfsinnige, unermüdete Juristen über jede Theorie etwas Erschöpfendes aus den zerrissenen fragmenten dieses Gesetzbuchs zufammentragen können [...]. Allein den Unterthanen liegt nichts daran, daß gute Ideen sicher in gedruckten Werken aufbewahrt werden, sondern daß das Recht lebendig in den Köpfen der Richter und Anwältel wohne, und daß es diesen möglich sei, sich umfassende Rechtskenntnisse zu erwerben. Dieß wird aber bey dem Römischen Recht stets unmöglich bleiben. Die ganze Compilation ist zu dunkel, zu flüchtig gearbeitet, und der wahre Schlüssel dazu wird uns ewig fehlen » (A. F. J. THIBAUT, *Über die Notwendigkeit...*, op. cit., p. 15 à 16).

⁵⁴⁹ Georg Christian Gebauer (1690 à Breslau – 1773 à Göttingen) est un juriste et historien, professeur à Leipzig et Göttingen. Il est notamment connu pour son travail sur les Pandectes : il parvient à se procurer, en les achetant aux enchères, les notes du juriste néerlandais Brenkman, qu'il utilise pour fournir la réédition la plus complète

qu'un quart du texte ; or il est notoire que, dans cette édition, pas même un centième des fonds indispensables n'a été utilisé. Lorsque, il y a quelques semaines seulement, un érudit a comparé de bons manuscrits ou de bonnes éditions, de nouvelles variantes surprenantes se sont révélées, et il ne fait aucun doute qu'une bonne partie des opinions juridiques traditionnelles devraient être écartées si nos Cramer⁵⁵⁰ et Savigny avaient la chance de pouvoir passer dix ans à Rome, où Brenkman⁵⁵¹ a essayé de servir la cause de son mieux. Par conséquent, le bonheur de nos citoyens dépend du fait que nos savants soient ou non traités libéralement à Rome et à Paris et qu'ils s'appliquent ou non à leur travail de compilation ! »⁵⁵²

possible des textes de droit romain. Il donne des nouvelles de l'état de ses recherches en 1764 dans *Narratio de Henrico Brenkmanno, de manuscriptis Brenkmannianis etc.* ; il meurt avant d'avoir pu publier les résultats. Trois ans plus tard, le théologien August Gottlieb Spangenberg publie le *Corpus Iuris Civilis* dit « de Göttinger » ou « de Gebauer », de son titre complet *Corpus iuris civilis codicibus veteribus manuscriptis et optimis quibusque editionibus collatis recensuit Georgius Christianus Gebauer*. À ce sujet, voir F. FRENSDORFF, « Gebauer, Georg Christian », *Allgemeine Deutsche Biographie* [en ligne], vol. 8, 1878, consulté le 22/05/2022.

⁵⁵⁰ Il s'agit probablement ici d'Andreas Wilhelm Cramer (1760 à Copenhague – 1833 à Kiel), bibliothécaire et romaniste avec qui Thibaut entretient des contacts. Cramer partage ses études entre Leipzig et Kiel, avant de s'installer comme professeur de droit romain dans cette ville, qu'il ne quittera plus jamais. Son attachement à sa région est tel qu'il lui rend hommage en 1822, dans un ouvrage intitulé *Hauschronik* (« Chronique du foyer »). On peut d'ailleurs se demander si Thibaut ne se moque pas de ce caractère casanier dans l'extrait étudié. Contrairement à Savigny, Cramer ne tente pas de bâtir un système d'ensemble du droit romain : il se contente d'étudier des passages isolés des *Pandectes* pour répondre à des problématiques spécifiques. S'il est apprécié de ses élèves et pleinement intégré dans le milieu académique – il s'intéresse aux doctrines de Thibaut ou de Feuerbach – il ne reste pas dans la postérité comme un grand théoricien du droit. Cependant, il a beaucoup fait pour le développement des générations futures de juristes : ses conseils à la faculté permettent une amélioration des enseignements ; lorsqu'il prend la direction de la bibliothèque de l'université de Kiel en 1826, il en augmente considérablement les fonds et en améliore les classements. À ce sujet, voir H. RATJEN, « Cramer, Andreas Wilhelm », *Allgemeine Deutsche Biographie* [en ligne], vol. 4, 1876, consulté le 22/05/2022.

⁵⁵¹ Henrik Brenkman (1681 à Rotterdam – 1736 à Culemborg), également orthographié Henrik Brenckman en français, Henrik Brenkman en néerlandais ou Hendrik Brinkman en allemand, est un juriste néerlandais, auteur de plusieurs traités et commentaires. Il étudie le droit à Leyde et obtient un doctorat ; brillant élève, il se met au droit romain. Très tôt, il est habité par la volonté de retracer l'histoire des manuscrits de droit romain, afin de trouver un jour un texte pur des *Pandectes* ; cette recherche occupe toute sa carrière. Après une première tentative dans des *Pandectae Iuris Civilis*, il entreprend un voyage en Italie en 1709 ; il passe par Florence, où il étudie le fameux manuscrit florentin qui l'intéresse tout particulièrement, puis par Rome, Naples, avant de revenir à Florence. Il s'y construit un réseau et obtient un doctorat honorifique. Ses recherches sur le manuscrit florentin font l'objet de son œuvre majeure, l'*Historia Pandectarum*, publié en 1722. L'ouvrage, d'une grande importance, est encore étudié aujourd'hui. Brenkman ne parvient cependant pas à publier sa version des *Pandectes* : miné par des problèmes de santé, il met fin à ses jours en 1736. Il laisse ses notes à la bibliothèque de son mécène Bijnkerschoek, qui n'aboutit pas non plus à leur édition. Après de nombreux voyages et changements de propriétaire, les notes atterrissent entre les mains de Gebauer (cf. *supra*). À ce sujet, voir A. J. A. FLAMENT, « Brenkman, Hendrick », *Nieuw Nederlandsch Biografisch Woordenboek*, 1911, p. 460 à 461, consulté le 20/05/2022.

⁵⁵² « [...] in dem Römischen Recht ein Gesetzbuch haben, dessen Text wir nicht besitzen, und dessen Inhalt insofern einem Irrlicht zu vergleichen ist. Kein authentischer oder patentisirter Text ist aufgenommen, sondern das ideale Recht, wie man es nennen möchte, welches sich in den, ganz verschieden lautenden vorhandenen zahllosen Handschriften vorfindet. Die Masse dieser Varianten ist nun aber ungeheuer. Bloß in der Gebauerschen Ausgabe nimmt ihr Abdruck so viel Raum ein, als ein Viertheil des Textes ; und doch ist es bekannt genug, daß ben dieser Ausgabe nicht der hundertste Theil der unentbehrlichen Hilfsmittel benützt ist. Wie ein Gelehrter nur ein Paar Wochen lang gute Handschriften oder Ausgaben, vergleicht, entdecken sich immer neue überraschende Varianten, und es läßt sich gar nicht bezweifeln, daß ein guter Theil herkömmlicher Rechtsansichten über den Haufen geworfen werden müßte, wenn unsre Cramer und Savigny so glücklich wären, zehn Jahre zu Rom an der Stelle zu

B. Une proposition : un code unique fondé sur la Raison

L'Allemagne a besoin d'un Code civil unique pour tous ses territoires, un code qui unirait tous ses peuples en une seule nation. Parce que ce Code doit avant tout être un progrès en faveur des justiciables, il faut qu'il soit organisé, clair, accessible. Thibaut propose une solution relativement simple : celle de modeler ce nouveau Code civil allemand sur le Code Napoléon⁵⁵³. Ainsi, la ferveur de l'auteur et son attaque contre l'ancien droit s'accompagnent d'un dernier morceau de bravoure : à un moment où l'occupation française est encore très récente, Thibaut n'hésite pas à louer les caractéristiques de la codification de l'envahisseur. Il va jusqu'à considérer ce système comme idéal pour sa patrie. Il fournit d'ailleurs des éléments de réponse anticipée aux réactions négatives qu'il prévoit. L'argument est développé en deux temps.

D'abord, Thibaut emploie des techniques rhétoriques pour détourner l'attention du lecteur d'une réalité politique gênante pour son argumentaire : le mot « Napoléon » n'apparaît qu'une seule fois dans tout l'essai⁵⁵⁴. Thibaut condamne avec force « le subtil poison de l'exemple et de l'influence des Français »⁵⁵⁵, sans pour autant rappeler que les codes napoléoniens en faisaient partie. Il considère que le rejet de la codification vient d'une fierté mal placée des juristes allemands. Il n'hésite pas à mettre l'accent – non sans humour – sur l'entre-soi désespérant de la doctrine, et ironise sur l'incorruptibilité que certains revendiquent face à un droit étranger alors même qu'ils reçoivent le droit romain, pourtant bien éloigné des besoins de la population.

« Au milieu de ces controverses de haute érudition, les praticiens doivent se tenir, comme l'âne de Buridan, entre deux bottes de foin, la tête toujours au milieu ; ou bien se décider à remuer les juges, comme l'a fait ce Français qui a acheté à Hanovre un alphabet allemand et, cet alphabet en main, a demandé au Dieu des Allemands : « fais-en une prière ! » Sinon, comment aurait-il été possible que de nobles juristes allemands aient pu supporter ces temps d'ignominie et d'oppression, et néanmoins recommander avec sérieux à leur pays la réception du nouveau droit civil français ? Bien sûr, la

fißen, wo Brenkmann nach dem Maaß seiner Kräfte der guten Sache zu dienen suchte. Also hängt das Glück unsrer Bürger davon ab, ob unsre Gelehrten in Rom und Paris liberal behandelt werden, und fleißig sammeln, oder nicht ! » (A. F. J. THIBAUT, *Über die Notwendigkeit...* op. cit., p. 20 à 21).

⁵⁵³ R. ZIMMERMANN, « L'héritage de Savigny... » op. cit., p. 97.

⁵⁵⁴ A. F. J. THIBAUT, *Über die Notwendigkeit...* op. cit., p. 37.

⁵⁵⁵ *Ibid.*, p. 5.

réception du droit romain a souvent été très favorable à nos activités savantes, en particulier pour l'étude de la philologie et de l'histoire [...]. Mais le citoyen pourra toujours affirmer qu'il n'a pas été créé à l'usage des juristes [...]. Toute votre érudition, toutes vos variations de conjectures, tout cela a troublé de mille manières la sécurité paisible du citoyen et n'a rempli que les poches des avocats »⁵⁵⁶.

Le deuxième temps consiste en la défense à proprement parler du Code civil. Il convient de rappeler l'état de la doctrine antérieure à l'occupation : une partie des auteurs défendait déjà l'idée d'un droit codifié, car il s'agissait d'une revendication répandue chez les Lumières. Et ils défendaient la codification pour les mêmes raisons que Thibaut : une plus grande clarté formelle du droit pour une plus grande accessibilité, et la consécration de principes qui concourent au bien-être de la population.

« Deux exigences peuvent et doivent être exigées de toute législation : qu'elle soit formellement et matériellement parfaite. C'est-à-dire qu'elle formule ses préceptes d'une manière claire, non équivoque et exhaustive, et qu'elle ordonne les institutions civiles d'une manière sage et commode, en pleine conformité avec les besoins de ses sujets »⁵⁵⁷.

Les codes napoléoniens réalisent ces trois souhaits ; cela peut expliquer que Thibaut n'éprouve pas de dissonance idéologique lorsqu'il propose de s'en inspirer, et il invite les justiciables à ne pas éprouver ce genre de scrupules. Les codes français peuvent, parmi d'autres sources, servir d'inspiration à l'élaboration d'un nouveau droit : les rédacteurs du code allemand devraient adopter une démarche pragmatique et parcourir toutes les sources existantes pour y opérer un tri.

⁵⁵⁶ « Die Praktiker müssen aber bei solchen hochgelehrten Streitigkeiten, wie Buridans gedulds diges Thier zwischen seinen beiden Heubündeln, mit unbewegtem Kopf in der Mitte stehen bleiben, oder sich entschließen, ihre Richter so in Bewegung zu regen, wie jener Franzose den lieben Gott, in dem er für den Deutschen Gott in Hannover ein Deutsches UBC kaufte, und es mit der Bitte gen Himmel hielt: mach dir selbst ein Vater unser daraus! Wäre dieß alles nicht, wie würde es dann auch möglich gewesen seyn, daß edle Deutsche Rechtsgelehrte es über sich hätten erhalten können, in den Zeiten der Schmach und Unterdrückung dennoch ihre in Vaterlande die Annahme des Neu - Französischen Civil Rechts in voller Ernster zu empfehlen? Frenlich ist es nicht zu leugnen, daß die Einführung des Römischen Rechts unserm gelehrten Treiben vielfach sehr förderlich war, besonders dem Studio der Philologie und Geschichte [...]. Allein der Bürger wird immer darauf bestehen dürfen, daß er nun einmal nicht für den Juristen geschaffen ist [...]. Alle eure Gelehrsamkeit, alle eure Varianten und Conjecturen, alles dies hat die friedliche Sicherheit des Bürgers tausendfältig gestört, und nur den Anwälten die Taschen gefüllt » (A. F. J. THIBAUT, *Über die Notwendigkeit... op. cit.*, p. 21 à 23).

⁵⁵⁷ « Man kann und muss an jede Gesetzgebung zwen Forderungen machen; dass sie formell und materiell vollkommen sey ; also dass sie ihre Bestimmungen klar, unzweideutig und erschöpfend ausstelle, und dass si die bürgerlichen Einrichtungen eise und zweckmäßig, ganz nach den Bedürfnissen der Unterthanen, anordne » (*Ibid.*, p. 12 à 13).

« [...] si l'on examine de plus près les avantages de la collaboration de juristes érudits et expérimentés de tous les pays de l'Empire, on peut difficilement nier que seule une telle assemblée est capable de réunir tout ce qui est bon et de mettre fin à tout ce qui est mauvais. Si un code national allemand doit être le résultat de l'énergie nationale, alors ce qui a été fait jusqu'à présent dans tous les pays en termes de législation doit y être pleinement utilisé. En effet, aucun pays ne peut montrer rien de parfait sous ce rapport ; mais, néanmoins, de bonnes idées isolées sont disséminées partout ; et il n'y a certainement aucune loi particulière, même lorsqu'elle a été formée par des ordonnances occasionnelles des souverains, dans laquelle ne figurent pas des idées originales, sages et très utiles »⁵⁵⁸.

Le but final de ce travail est d'assurer l'unité juridique des territoires allemands, garante d'un commerce florissant et d'un désengorgement des tribunaux. Thibaut ne demande pas l'union politique des États allemands ; mais le code général serait un moyen de protéger les justiciables des contraintes et des injustices que leur fait risquer l'éclatement territorial⁵⁵⁹.

⁵⁵⁸ « Erwägen [...] genauer die Vortheile des Zusammenwirkens gelehrter und geübter Rechtskenner aus allen deutschen Reichsländern, so wird es fast unwidersprechlich, daß nur eine solche Versammlung im Stande ist, alles Gute zu vereinigen, und allem schlechten ein Ende zu machen. Wenn ein deutsches National-Gesetzbuch das Resultat der National-Kraft seyn sol, so muß dabei durchaus benützt werden, was bisher in jedem lande für Gefetzgebung geschah. Rein Land kann zwar in dieser Hinsicht etwas Vollendetes aufweisen; aber einzelne gute Ideen finden sich doch zerstreut überall; und es gibt gewiß kein Particular-Recht, selbst so weit es durch gelegentliche landesherrliche Verordnungen ausgebildet ist, worin nicht sehr nußbare, weise originelle Ideen vorkommen » (A. F. J. THIBAUT, *Über die Notwendigkeit... op. cit.*, p. 31 à 32).

⁵⁵⁹ « Unsre Deutschen Länder können allein durch einen lebhaften, inneren, wechselseitigen Verkehr ihren Wohlstand erhalten, und von dem schneidenden Volks-Egoismus, den der Französische Code ausspricht, darf ben uns durchaus nichts gehört werden. Ist also keine Gleichheit des Rechts, so entsteht das fürchterliche Unwesen der Collision der Gesetze, woben denn noch wieder der leidige Umstand eintritt, daß es, noch Hert, wenigstens hundert und dren und drenßig Streitfragen über jene Collision gibt, die armen Unterthanen also ben ihrem Verkehr in folche ewige Stockungen gerathen, und in eine solches Labyrinth von Unficherheit und Schwanken verfrickt werden, daß ihr ärgster Feint sie nicht übler berathen könnte. Die Einheit des Rechts würde dagegen den Weg des Bürgers von dem einen Lande in das andre eben und sicher machen, und schlechte Anwäldwürden nicht mehr Gelegenheit finden, ben dem Berkauf ihrer Rechtsgeheimnisse die armen Ausländer schändlich auszusaugen und zu mißhandeln. Betrachten wir nun aber noch das Recht in feinem innern Senn und Wesen, so muß sich dem Unparthenischen von selbst die Ueberzeugung aufdringen, daß ein weises, tief durchdachtes, einssaches und geistvolles Gesetzbuch grade dasjenige ist, was der Deutsche Bürger zu seiner Stärkung und Erhebung unentbehrlich bedarf, damit die politische Zersplitterung, und die mit derselben unzertrennlich verknüpften Kleinlichkeiten ein tüchtiges Gegengewicht erhalten [...] [Nos pays allemands ne peuvent maintenir leur bien-être qu'au moyen d'un intense commerce intérieur réciproque, et, entre nous, il ne faut pas prêter attention à l'égoïsme populaire incisif auquel répond le code français. S'il n'y a pas d'égalité juridique, il se produit alors la confusion effrayante de la collision des lois, à la suite de quoi [...], réapparaît la situation douloureuse dans laquelle cette collision donne lieu à au moins cent trente-trois procès, avec pour résultat que les pauvres sujets souffrent d'une stagnation éternelle dans leurs relations et sont impliqués dans un tel labyrinthe d'insécurité et d'instabilité que même leur ennemi le plus acharné ne pourrait leur conseiller de faire pire. L'unité du droit, en revanche, rendrait la vie du citoyen dans un autre pays plus douce et plus sûre, et les mauvais avocats ne trouveraient plus l'occasion de pressurer et de maltraiter sans vergogne les pauvres étrangers en vendant leurs secrets juridiques. Mais si nous

Lorsqu'il rédige son essai, Thibaut jouit d'une réputation considérable. Dans le domaine romaniste, seulement deux hommes l'égalent en prestige : Gustav Hugo⁵⁶⁰ et Friedrich Carl von Savigny. C'est ce dernier qui relèvera le défi posé par son confrère.

Section 2. La réponse de Savigny : une approche historique

Friedrich Carl von Savigny⁵⁶¹ naît en 1779 à Francfort-sur-le-Main, dans une famille protestante originaire de France – Savigny est le nom d'un domaine en Moselle. Il devient orphelin à 13 ans et est pris en charge par son tuteur, Constantin von Neurath, assesseur à la Chambre de commerce de l'Empire. Il choisit des études de droit, qu'il suit dans plusieurs villes (Iéna, Leipzig, Göttingen et Halle) avant d'obtenir un poste de professeur à Marbourg. Il enseigne le droit pénal et le *ius commune*. Sa carrière est féconde dans de nombreux domaines : il est connu des historiens du droit en ce qu'il a fondé l'école historique ; des internationalistes, car il a posé les fondements du droit international moderne en étudiant la notion de conflit de lois ; des romanistes également, car il a essayé de systématiser le *ius commune*⁵⁶².

Savigny et son œuvre font l'objet d'une masse d'ouvrages en augmentation constante. En témoigne une bibliographie abondante produite par des auteurs allemands⁵⁶³, qui sont allés

considérons maintenant le droit dans sa nature et son essence, l'observateur impartial doit lui-même se convaincre qu'un code sage, profondément réfléchi, simple et complet est exactement ce dont le citoyen allemand a besoin pour se renforcer et s'élever, afin que le démembrement politique et la mesquinerie qui lui est inséparable soient adéquatement contrebalancés [...] » (A. F. J. THIBAUT, *Über die Notwendigkeit... op. cit.*, 33 à 34).

⁵⁶⁰ Gustav Hugo (1764 à Lörrach – 1844 à Göttingen) étudie le droit à Göttingen. Quand il obtient son doctorat à Halle, il est aussitôt nommé professeur à Göttingen. Auteur très prolifique, il construit un cours monumental de droit civil comprenant un paysage d'ensemble de la doctrine juridique, une étude du droit naturel comme philosophie du droit positif, ou encore une étude de l'histoire du droit romain. À l'image des figures de l'*Usus modernus* tels que Stryk ou Glück, Hugo s'intéresse à l'application contemporaine du droit romain. Son travail est souvent considéré comme une inspiration pour celui de Savigny. À ce sujet, voir K. LUIG, « Hugo, Gustav », *Neue Deutsche Biographie* [en ligne], vol. 10, 1974, consulté le 22/05/2022.

⁵⁶¹ D. NÖRR, « Savigny, Carl von », ... *op.cit.*

⁵⁶² Notamment dans son *Système du droit romain contemporain (System des heutigen römischen Recht*, traduit par *Traité de droit romain en France*), publié de 1840 à 1849, et son *Das Rechts des Besitzes : eine civilistische Abhandlung* (« Le droit de possession : un traité civiliste », traduit en France par *Traité sur la Possession selon les anciens principes du droit romain*).

⁵⁶³ À ce sujet, voir W. SCHOOF et I. SCHNACK, *Briefe der Brüder Grimm an Savigny*, Berlin, Bielefeld, 1953 ; H. HATTENHAUER, *Thibaut und Savigny, ihre programmatischen Schriften*, Berlin, Vahlen, 1973 ; K. LUIG et B. DÖLMEYER, « Alphabetisches Verzeichnisd der neueren Literature über Friedrich Carl von Savigny (1779-1861) », *Quaderni fiorenti per la storia del penso jiuirido moderna*, n°8, 1976, p. 501 à 539 ; X. FLUME, « Savigny und die

jusqu'à concevoir une monographie des notes de cours rédigées par Savigny⁵⁶⁴, ou des portraits faits de lui au cours de sa vie⁵⁶⁵. Savigny intéresse également les professeurs étrangers, qui réaliseront un nombre important d'articles à son sujet⁵⁶⁶. Côté français, Olivier Jouanjan, qui considère Savigny comme l'un des plus grands juristes de l'histoire du droit européen⁵⁶⁷, l'intègre dans son ouvrage remarquable sur l'histoire doctrinale allemande. Face à une littérature si riche, il convient de se concentrer sur ce qui intéresse cette thèse, c'est-à-dire la réflexion de Savigny à l'égard des codes français, donc sa réponse à Thibaut dans le *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*⁵⁶⁸. Nous nous appuyons pour cela sur la traduction d'Alfred Dufour, première traduction française intégrale du *Vom Beruf*, et sur les documents qui l'entourent⁵⁶⁹. L'excellente qualité de ce travail atténue le regret de l'avoir

Lehre von der juristischen Person », *Festschrift für Franz Wieacker zum 70. Geburtstag*, Göttingen, Vandenhoeck und Ruprecht, 1978 ; H. COING, « Savigny und die deutsche Privatrechtswissenschaft », *Savigny e la ciencia jurídica del siglo XIX*, Grenade, Annales de la chaire Francisco Suarez, 1978-1979, p. 83 à 100 ; du même auteur, « Savignys rechtspolitische und methodische Anschauungen in ihrer Bedeutung für die gegenwärtige deutsche Rechtswissenschaft », *Gesammelte Aufsätze zu Rechtsgeschichte, Rechtsphilosophie und Zivilrecht : 1947-1975*, Francfort-sur-le-Main, Vittorio Klostermann, 1982 ; G.-K. KALTENBRUNNER, « Savigny als Rechtsdenker », *Zeitbühne*, vol. 5, 1979, p. 48 à 54 ; H. F. GAUL, « Die Entwicklung der Rechtskraftlehre seit Savigny und der heutige Stand », *FS für Werner Flume*, t. 1, Köln, Schmidt, 1978 ; J. BONHERT, « Viersehn Briefe Puchtas an Savigny », *Narichten der Afkademie der Wissenschaften in Göttingen*, cours donné en 1979 ; S. BUCHHOLZ, « Savignys Stellungnahme zum Ehe- und Familienrecht. Eine Skizze seiner rechtssystematischen und rechtspolitischen Überlegungen », *Ius commune*, n°8, 1980, p. 148 à 191 ; J. RÜCKERT, *Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl von Savigny*, Francfort-sur-le-Main, Vittorio Klostermann, 1984 ; D. NÖRR, *Savignys philosophische Lehrjahre : Ein Versuch*, Francfort-sur-le-Main, Klostermann, 1994 ; J. RÜCKERT et TH. DUVE, *Savigny international?*, Francfort-sur-le-Main, Vittorio Klostermann, 2015.

⁵⁶⁴ À ce sujet, voir J. RÜCKERT et F. L. SCHÄFER, *Repertorium der Vorlesungsquellen zu Friedrich Carl von Savigny*, Francfort-sur-le-Main, Vittorio Klostermann, 2016.

⁵⁶⁵ À ce sujet, voir J. RÜCKERT, B. RITZKE et L. FOLJANTY (dir.), *Savigny-Portraits*, Francfort-sur-le-Main, Vittorio Klostermann, 2011.

⁵⁶⁶ A. MAZZACANE, *Savigny e la storiografia giuridica tra storia e sistema*, Naples, Liguiri Editore, 1976 ; G. MARINI, *Friedrich Carl von Savigny*, Naples, Guida Editori, 1978 ; F. CALASSO, « Savigny e l'Italia », *Annali di storia del diritto*, n°8, 1964 ; P. CARONI, « Savignys « Beruf » und die heutige Krise der Kodifikation », *TRG*, n°39, 1971 ; A. TROMBETTA, « Il contratto e la traditio nel « sistema » di Savigny », *Il Foro Italiano*, vol.107, n°10, octobre 1981, p. 269 à 280 ; J. L. DE LOS MOZOS, « La doctrina de F.C von Savigny en torno a la transmission del dominio », *Revista general de legislacion y jurisprudencia*, 1967, p. 72 à 141 ; M. FIGUERRAS, « Notas sobre la introducion de la Escuela Historica de Savigny en Espana », *Savigny y la ciencia jurídica del siglo XIX*, Grenade, Annales de la chaire Francisco Suarez, 1978-1979, p. 371 à 393 ; dans le même ouvrage, M. LOSANO, « Savigny en la correspondencia de Ihering y Gerber », p. 321 à 340 ; dans le même ouvrage, A. OLLERO, « Savigny ante la interpretacion del derecho : el legalismo aplazado », p. 171 à 198 ; J. E. TOEWS, « The Immanent Genesis and Trascendent Goal of Law : Savigny, Stahl, and The Ideology of the Christian German State », *The American Journal of Comparative Law*, vol. 37, n°1, hiver 1989, p. 139 à 169 ; dans le même ouvrage, M. H. HOEFELICH, « Savigny and His Anglo-American Disciples », p. 17 à 37 ; dans le même ouvrage, H. KLENNER, « Savigny's Research Program of the Historical School of Law and Its Intellectual Impact in 19th Century Berlin », p. 67 à 80 ; S. SOLEIL, « "On the Vocation of our Age for Codes." Le recours à Savigny lors de la controverse anglo-américaine sur la codification du *common law* (1820-1835) », *Historia & Ius*, n°18, 2021, p. 1 à 31.

⁵⁶⁷ O. JOUANJAN, « De la vocation de notre temps pour la science du droit : modèles scientifiques et preuve de la validité des énoncés juridiques », *Revue européenne des sciences sociales*, t. XI, n° 128, 2003, p. 129.

⁵⁶⁸ F. C. VON SAVIGNY, *Vom Beruf...*, *op. cit.*

⁵⁶⁹ F. C. VON SAVIGNY, *De la vocation de notre temps...*, *op. cit.*

attendu si longtemps : si la francophonie a dû patienter jusqu'au début du XXI^e siècle, le *Vom Beruf* a été traduit dans plusieurs pays dès 1831⁵⁷⁰.

De la vocation de notre temps est publié en 1814, dans la foulée des pamphlets de Rehberg et Thibaut. Il s'agit donc du quatrième acte de la controverse. Il s'agit donc déjà du quatrième texte dans la chaîne de la controverse. Étudier les circonstances de son élaboration permet d'émettre des hypothèses quant aux motivations de Savigny à entrer dans ce débat (I) ; l'étude de son contenu révèle deux arguments déjà rencontrés dans les débats doctrinaux de l'Europe prénapoléonienne : la tentative d'ébauche d'un droit national qui serait le reflet de son peuple (II), qui engendre la méfiance à l'égard des Lumières et du triomphe de la raison (III).

I. L'entrée en controverse de Savigny : réaction ou manifeste ?

C'est une question qui doit précéder toute étude du *Vom Beruf* : pourquoi Savigny décide-t-il de répondre à Thibaut, et que souhaite-t-il tirer de ce débat ? S'agit-il d'une réplique « à chaud » faite à Thibaut, ou d'une œuvre mûrement réfléchie, pensée pour fonder une nouvelle école doctrinale ? Trois indices, pris ensemble, peuvent nous suggérer une réponse.

Le premier est d'ordre chronologique. Les publications évoquées jusqu'à présent sont très rapprochées : s'il fallait proposer un calendrier, on peut situer la réaction de l'ouvrage de Rehberg entre fin décembre 1813 et janvier 1814 ; sa recension par Thibaut est publiée dans les deux premiers numéros du *l'Heidelbergische Jahrbücher der Litteratur* en janvier 1814 ; le pamphlet patriotique de Thibaut est rédigé pendant la campagne de France, entre février et avril 1814. Si la date exacte de la parution du *Vom Beruf* demeure assez floue, la correspondance de Savigny permet de la situer aux alentours d'octobre⁵⁷¹. Savigny a donc rédigé son ouvrage en six mois environ. D'un point de vue purement chronologique, donc, on ne retrouve pas la précipitation qui peut se voir dans les textes de Thibaut.

Le deuxième indice est d'ordre formel. L'opuscule de Savigny, dans sa première édition, se

⁵⁷⁰ Au sujet des traductions en langue anglaise, italienne, espagnole et japonaise, *ibid.*, p. 67 à 68.

⁵⁷¹ Le 20 septembre, il confie que l'ouvrage sera publié sous deux à trois semaines. F. C. VON SAVIGNY, *De la vocation de notre temps...*, *op.cit.*, p. 57.

compose de quelques 150 pages organisées en douze chapitres. À l'exception du septième chapitre, qui fait une critique des trois grands codes contemporains (Code Napoléon, code autrichien et code prussien), ces subdivisions sont de longueurs équivalentes. Leurs titres, formulés en des termes généraux, font penser à un cours magistral ou à un manifeste didactique, plutôt qu'à la réplique contre un texte en particulier. La comparaison avec la recension de Rehberg faite par Thibaut est éclairante : le texte de Savigny n'est pas principalement orienté contre l'essai de Thibaut. Au contraire, la réponse à Thibaut en tant que telle est cantonnée au onzième chapitre, juste avant la conclusion. Savigny aurait pu, comme Thibaut avant lui, produire une recension de l'Über die Nothwendigkeit puis rédiger son essai distinct, avec son programme général pour l'avenir du droit allemand. Il fait le choix de répondre à Thibaut de façon presque secondaire. Cette position nous paraît révélatrice du double objectif de Savigny : d'un côté, montrer une opposition franche à une proposition qu'il juge inopportune ; de l'autre, utiliser cette opposition pour mettre en valeur un véritable programme pour la pensée juridique.

Cette idée nous amène à un troisième indice : à l'époque, Savigny aurait pu choisir un autre adversaire. Le départ des Français ouvre le champ des possibles en termes de propositions doctrinales pour l'avenir du droit allemand. Savigny aurait pu répondre directement à Rehberg ; sa réponse aurait été bien moins virulente, car si Rehberg est moins ambitieux dans son opuscule⁵⁷², sa position vis-à-vis de la codification française est très similaire. Il reprend d'ailleurs largement les arguments contre-révolutionnaires de Rehberg dans la partie du *Vom Beruf* consacrée à la critique du Code Napoléon, et l'Über den Code Napoleon compte parmi ses sources lors de la préparation de son ouvrage⁵⁷³. De fait, répondre à Rehberg n'aurait pas créé un débat aussi éclatant ; le *Vom Beruf* n'aurait pas eu la même aura. Savigny aurait pu répondre à d'autres opinions, telle que l'adoption d'un code national distinct dans chaque État

⁵⁷² « Malgré ces convergences de doctrine, l'ouvrage de Rehberg, trop limité à la critique du Code français restait insuffisant, certainement, aux yeux de Savigny. Il fallait élargir le propos et attaquer le principe même de codification. Pour ce faire, il ne suffisait pas d'en appeler aux droits historiques, à la tradition *en général*. Il fallait resserrer l'argument historique, l'inscrire plus spécialement dans une *conception du droit*, dans une théorie proprement juridique à partir de laquelle déterminer, pour l'époque, les capacités, les *vocations* respectives de la législation et de la science juridique. Autrement dit, ce qui manquait à l'attaque de Rehberg, c'était une *réflexion de la science juridique sur elle-même* » (O. JOUANJAN, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918). Idéalisme et conceptualisme chez les juristes allemands du XIXe siècle*, Paris, Presses Universitaires de France, 2005, p. 22).

⁵⁷³ F. C. VON SAVIGNY, *De la vocation de notre temps...*, *op. cit.*, p. 246 à 247.

allemand⁵⁷⁴, portée par Harscher von Almendingen⁵⁷⁵. Mais il écarte cette idée dès son introduction, en jugeant « condamnables l'objectif et le dessein »⁵⁷⁶. Pourquoi choisit-il Thibaut ? Dès son introduction, Savigny nie toute animosité dans sa réponse : « là où nous ne sommes pas d'accord, un débat amical est possible et pareil débat conduit, si ce n'est à l'accord des parties, du moins à une meilleure intelligence de l'ensemble »⁵⁷⁷. Il s'agirait donc d'un échange amical et enrichissant entre deux professeurs de grande réputation. Savigny tient à le réaffirmer dans son onzième chapitre, lorsqu'il essaie de désamorcer toute tension avec son confère :

« Thibaut assure au seuil de son écrit qu'il parle en ardent patriote et il a certainement le droit de s'exprimer ainsi. Car à l'époque du Code [Napoléon], il a soutenu dans une série de recensions la dignité de la science juridique allemande, quand nombreux étaient ceux qui se réjouissaient dans une folle allégresse de la nouvelle sagesse, voire de l'hégémonie à laquelle celle-ci conduisait. L'objectif même de sa proposition, à savoir le raffermissement de l'unité de la nation, confirme ces bonnes dispositions que je reconnais avec joie. Jusque-là nous sommes donc d'accord, et c'est pourquoi notre controverse n'est pas polémique ; le même objectif nous tient sérieusement à cœur, et nous délibérons et nous concertons sur les moyens de le réaliser »⁵⁷⁸.

Néanmoins, dans sa correspondance, Savigny est beaucoup moins suave... le 20 septembre 1814, il écrit à son beau-frère Achim von Arnim : « Thibaut a écrit une infamie, il propose un Code général, je vais entre autres lui tomber dessus, en deux à trois semaines mon petit livre sera imprimé »⁵⁷⁹. Cette seule phrase porte en elle toute la dualité de la démarche savignienne.

⁵⁷⁴ À ce sujet, voir L. H. VON ALMENDINGEN, *Politische Ansichten über Deutschlands Vergangenheit und Zukunft*, Wiesbaden, 1814.

⁵⁷⁵ Ludwig Harscher von Almendingen (1766 à Paris – 1827 à Dillenburg) étudie le droit à Göttingen avant de s'engager dans une carrière judiciaire. Il est tour à tour professeur au lycée de Herborn, Conseiller à la cour d'appel de la maison Nassau, vice-directeur du tribunal de Wiesbaden, puis vice-président du tribunal de Dillenburg. Il écrit des ouvrages traitant principalement de contentieux civil et de droit pénal ; comme Thibaut, il est influencé par les Lumières françaises et anglaises, et prône l'égalité de tous les citoyens devant la loi. Dans le même temps, il affirme que la nation allemande possède son essence propre et doit être indépendante. En 1807, il tente de combiner ces deux visions en adaptant le Code Napoléon pour le duché de Nassau. Il finit sa vie en conflit avec le gouvernement prussien, pour avoir défendu des positions libérales en tant qu'avocat devant le tribunal de Berlin. W. STRUCK, « Almendingen, Ludiwig Harscher von », *Neue Deutsche Biographie* [en ligne], vol. 1, 1953, consulté le 22/05/2022.

⁵⁷⁶ F. C. VON SAVIGNY, *De la vocation de notre temps...*, op. cit., p. 74.

⁵⁷⁷ *Ibid.*

⁵⁷⁸ F. C. VON SAVIGNY, *De la vocation de notre temps...*, op. cit., p. 174.

⁵⁷⁹ A. STOLL, *Friedrich Carl von Savigny. Ein Bild seines Lebens mit einer Sammhung seiner Briefe*, vol. 2, Berlin, 1922, p. 117. Cité dans F. C. VON SAVIGNY, *De la vocation de notre temps...*, op. cit., p. 57.

Le *Vom Beruf* procède sûrement, pour partie, d'une matrice émotionnelle ; comme Thibaut l'a fait pour Rehberg, Savigny réagit face à une position qu'il juge intenable – et cela se ressent d'ailleurs dans la fermeté, parfois l'âpreté des arguments contenus dans l'ouvrage, comme nous le verrons ensuite. Le ressort impulsif de son écrit est d'ailleurs mis en avant quelques années plus tard, lorsque Savigny est utilisé dans la controverse anglo-américaine autour de la codification. Le raisonnement est expliqué par Sylvain Soleil :

« C'est à l'occasion d'une recension de la Lettre de Reddie que la revue britannique *The Jurist* cherche à résoudre le problème posé par Savigny dans un long article, publié en janvier 1829⁵⁸⁰ et intitulé : « Written and unwritten law ». [...] l'auteur de la recension se déclare surpris de la façon dont l'ouvrage de Savigny, totalement négligé depuis tant d'années, a fait irruption au Royaume-Uni. Il a, affirme-t-il, été mobilisé par tactique et avec mauvaise foi. [...] L'auteur replace le texte dans son contexte : l'occupation française, la transposition du code Napoléon à l'étranger, la fièvre patriotique des juristes allemands, la défaite de Napoléon, la proposition faite par Thibaut de profiter du moment pour faire un code de droit pour toute l'Allemagne, la réplique de Savigny. Ce contexte explique l'emportement de ce dernier et sa détermination à ne voir que du mauvais dans le droit français, deux éléments, précise l'auteur, sur lesquels Savigny est d'ailleurs revenu dans la préface de la seconde édition où il raconte qu'il a écrit la première version du *Vom Beruf* sous l'empire d'une excitation grandissante »⁵⁸¹.

Cependant, cette réaction est utilisée comme une antichambre qui permet d'introduire le lecteur dans l'objectif réel de l'auteur : poser les bases d'une nouvelle école doctrinale, texte que Savigny préparait de longue date⁵⁸². Contre Rehberg, le contraste n'aurait pas été aussi saisissant ; s'emparer d'une position qui lui est radicalement contraire permet à Savigny de découper plus nettement la silhouette de sa pensée juridique. Il utilise ainsi le texte de Thibaut comme un modèle de répulsion : à un discours enflammé, aux accents idéalistes et politiques, Savigny oppose une étude longuement mûrie, organisée avec soin, attachée à la rigueur scientifique. En somme, comme Savigny le dit lui-même, le *Vom Beruf* réagit à Thibaut « entre autres ». Surtout, il synthétise de manière remarquable la pensée savignienne – Gustav Hugo se réjouira « d'avoir lu le livre et d'y avoir retrouvé tout Savigny »⁵⁸³ – et fonde une nouvelle école

⁵⁸⁰ ANONYME, « Written and unwritten law », *The Jurist*, n°2, 1828-1829, p. 181.

⁵⁸¹ S. SOLEIL, « “On the Vocation of our Age...” », *op. cit.*, p. 20 à 22.

⁵⁸² F. C. VON SAVIGNY, *De la vocation de notre temps...*, *op. cit.*, p. 36 à 37.

⁵⁸³ H.-P. HAFERKAMP, *Die Historische Rechtsschule*, Francfort-sur-le-Main, Vittorio Klostermann, 2018, p. 125.

doctrinale : l'École historique du droit.

II. L'attachement à la tradition : droit et *Volksgeist*

Il convenait de réserver un titre à ce seul terme qui est, selon nous, à la fois une fulgurance et une difficulté. Une fulgurance, parce que composé de deux mots simples – « *Volk* » pour « peuple », et « *Geist* » pour « esprit », « âme » ou « génie », ce mot illustre de façon claire ce qui constitue l'un des piliers de l'École historique. S'il faut le résumer, le droit serait une manifestation de la conscience commune et intangible d'un peuple. Il est intéressant de remarquer que dans son *Vom Beruf*, Savigny n'utilise pas le terme « *Volksgeist* ». Il parle de « *Bewusstsein des Volkes* », soit la « conscience du peuple »⁵⁸⁴. On peut penser qu'il a été influencé pour cela par Johan Herder⁵⁸⁵, mais surtout par Justus Möser⁵⁸⁶, considéré comme l'un des inspirateurs de l'École historique⁵⁸⁷. Herder et Möser admiraient Montesquieu, qui

⁵⁸⁴ F. C. VON SAVIGNY, *De la vocation de notre temps...*, op. cit., p. 236.

⁵⁸⁵ Johann Gottfried Herder (1744 à Mohrungen – 1803 à Weimar) poursuit des études multiples à Königsberg : théologie, philosophie, astronomie, géographie... il est surtout impressionné par l'un de ses professeurs, Emmanuel Kant, et lit avec intérêt Jean-Jacques Rousseau. Il enchaîne des ministères religieux à Riga, ce qui lui permet de fréquenter les élites de la région, et rédige plusieurs poèmes et ouvrages sur la littérature. C'est lui qui sensibilise son cadet Goethe à Homère, Ossian, Shakespeare et au folkore allemand. Son travail d'auteur fait de lui le champion du *Strum und Drang*, un mouvement politique et littéraire consistant en une radicalisation de l'*Aufklärung* allemand, plus critique et plus passionnée. Goethe suivra lui aussi cette voie avec *Les Souffrances du jeune Werther*. Herder évoque la notion de « caractère national » dès 1764 dans son essai *Sur la pratique de plusieurs langues savantes* ; il y ajoute la notion d'historicité en 1774 dans son pamphlet *Une autre philosophie de l'Histoire*, où il ébauche une étude historique sceptique face au progrès à tout prix, et détachée de la fatalité de la décadence. À ce sujet, voir H.-W. JÄGER, « Herder, Johann Gottfried », *Neue Deutsche Biographie* [en ligne], vol. 8, 1969, consulté le 22/05/2022.

⁵⁸⁶ Justus Möser (1720 à Osnabrück – 1794 dans la même ville) étudie le droit à Iéna et à Göttingen ; il n'en sortira pas diplômé, mais trouve un emploi de secrétaire pour la chevalerie de sa ville. Il gravit les échelons jusqu'à devenir le conseiller le plus écouté du gouvernement, et joue un rôle important dans la reconstruction de son pays suite aux ravages de la guerre de Sept ans. S'il n'a pas fait de l'écriture son métier, il n'en reste pas moins un auteur prolifique. Entre autres, il fonde le *Wochenlichen Osnabrückische Anzeiger* en 1766, apprécié par les romantiques ; les articles visent à proposer des solutions concrètes pour des problèmes spécifiques, afin d'aider tous les citoyens à mieux connaître leurs droits et donc à mieux les défendre. Möser prend le parti de faire de l'histoire la clé de voûte de ses écrits, notamment dans son ouvrage intitulé *Von deutscher Art und Kunst* » (1773) : selon lui, il faut chercher l'origine de l'ordre juridique, des coutumes et des valeurs d'un peuple dans son passé, notamment dans les contraintes économiques qu'il a pu traverser. Ainsi, le centre de l'histoire n'est plus occupé par la figure du prince, mais par une frange basse de la société ; les citoyens et paysans font l'histoire de manière horizontale, le gouvernement en prend acte. Cette conception préfigure l'approche historique qu'auront Hugo et Savigny. À ce sujet, voir W. F. SHELDON, « Möser, Justus », *Neue Deutsche Biographie* [en ligne], vol. 17, 1994, consulté le 22/05/2022.

⁵⁸⁷ Savigny mentionne volontiers Möser dans son *Vom Beruf*, au côté de son autre source d'inspiration, Gustav Hugo : « Parmi les juristes allemands, c'est à Hugo que revient le grand mérite d'avoir combattu méthodiquement dans la plupart de ses écrits les conceptions dominantes. Un grand hommage doit également être rendu à la mémoire de Möser, qui a cherché partout avec un esprit très élevé à donner un sens à l'histoire, souvent aussi en

utilise l'expression « esprit général d'une nation » dans le livre XIX de son *Esprit des Lois*⁵⁸⁸. « *Volksgeist* » est utilisé pour la première fois par Hegel en 1801, et apparaît sous la plume d'un disciple de Savigny, Georg Puchta⁵⁸⁹, en 1828⁵⁹⁰. Savigny réutilise ensuite le terme dans ses propres écrits. Mais le raisonnement est là dès le *Vom Beruf* : le droit né du *Volksgeist* présente des traits caractéristiques. Il peut être décrit comme traditionnel, organique et horizontal.

Il est traditionnel, parce qu'il s'est construit au fil des siècles ; il a suivi les évolutions du groupe qui l'a pratiqué génération après génération. On peut donc dire qu'il a une dimension « praxéologique »⁵⁹¹ ; et donc, par essence, le droit ne saurait être appréhendé autrement qu'avec sa continuité temporelle, par une étude historique. Pour Savigny et son École historique, le développement de la science juridique ne s'envisage que par l'histoire du droit ; car connaître le droit, c'est prendre en compte sa « relation indissoluble avec la totalité du passé »⁵⁹². Il faut rappeler que Savigny est d'autant plus poussé vers l'historicisme que son entourage adhère au courant romantique, et donc à l'étude du passé allemand, réel et fantasmé. En 1804, il épouse Kunigunde Brentano, sœur du poète Clemens Brentano, figure du romantisme de Heidelberg ; et sa rencontre avec Goethe quelques années plus tard est chaleureuse⁵⁹³. Durant son professorat à Marbourg, il a pour étudiants Jacob et Wilhelm Grimm, qu'il initie aux auteurs romantiques – Jacob travaillera pour lui comme assistant durant un voyage académique à Paris, et s'il s'éloigne du droit après 1804, c'est pour se lancer avec son

relation avec le droit civil ; il fallait s'attendre à ce que cet exemple soit resté dans sa plus grande partie inaperçu des juristes, car Möser n'appartenait pas à leur corporation et il n'a ni donné de cours ni écrit de manuels » (F. C. VON SAVIGNY, *De la vocation de notre temps...*, *op. cit.*, p. 83).

⁵⁸⁸ G. BENREKASSA, « *L'Esprit des lois* », *Dictionnaire Montesquieu* [en ligne], ENS de Lyon, septembre 2016, § 14, consulté le 22/05/2022.

⁵⁸⁹ Georg Friedrich Puchta (1798 à Kadolzburg – 1846 à Berlin) fait ses études de droit à l'université d'Erlangen, dans une période où Glück (cf. *supra.*, p. 57) y enseigne ; il nourrit un profond respect pour le romaniste. Ce ne sera pas sa seule influence : Puchta se plonge rapidement dans les écrits de Savigny. Il finit par rencontrer le pontife en personne, ainsi que Hugo et Thibaut, lors d'un tour d'Allemagne entrepris pour nourrir son cursus. Le voyage dure un an, en 1821 ; c'est ce que l'on appelle une *peregrinatio academica*. À partir de là, il poursuit une carrière rapide et brillante : professeur à Erlangen, professeur de droit romain à Munich, puis Marburg, puis Leipzig, il prend le poste laissé par Savigny, qui est nommé ministre de la justice en 1842. Une maladie brutale l'emporte quatre ans plus tard. À ce sujet, voir P. LANDAU, « Puchta, Gorg », *Neue Deutsche Biographie* [en ligne], vol. 20, 2001, consulté le 22/05/2022.

⁵⁹⁰ R. E. RODES, « On the Historical School of Jurisprudence », *The American Journal of Jurisprudence*, n°49, 2004, p. 166.

⁵⁹¹ S. TZITZIS, « Le 'Volksgeist' entre philosophie et philosophie du droit. Le cas de l'École historique du droit », *'Peuple' et 'Volk' : réalité de fait, postulat juridique* » [en ligne], Journée d'étude, Université de Paris X Nanterre, 10 décembre 2005, consulté le 22/05/2022.

⁵⁹² F. C. VON SAVIGNY, *De la vocation de notre temps...*, *op. cit.*, p. 48.

⁵⁹³ *Ibid.*, p. 15 à 16.

frère dans la fameuse compilation des vieux contes populaires germaniques⁵⁹⁴. Savigny et Jacob Grimm partagent d'ailleurs la même attirance pour le *Volksgeist* : le premier la trouve dans le droit, le second dans la linguistique, puis dans la poésie et les mythes⁵⁹⁵. Cette empreinte romantique est décrite par Stamotios Tzitzis :

« Le *Volksgeist* comprend tous les éléments qui ont inspiré le romantisme allemand : la perpétuation de la tradition et des racines qui forment l'identité ; le perfectionnement de l'homme situé dans ses éléments naturels exprimés par son histoire ; l'union de l'homme avec son entourage, l'importance du langage comme expression de création et de re-création [...] »⁵⁹⁶.

Le droit né du *Volksgeist* est organique, parce qu'il procède d'une nécessité interne du peuple ; il fait partie, en quelque sorte, de son patrimoine génétique. Savigny met le droit à égalité avec les mœurs, la langue et la constitution du peuple ; or, tous ces éléments « n'ont pas d'existence à part »⁵⁹⁷. Tout individu porte le droit en lui, car il en hérite de ses aïeux – comme il hérite de ses traditions et de sa langue. S'en défaire équivaldrait à s'amputer. Cette organicité du droit est ouvertement exprimée par Savigny quand il précise son propos en 1816 :

« L'immutabilité du droit n'a en fait jamais été affirmée. Le corps humain non plus n'est pas immuable, mais grandit et se développe sans cesse ; et c'est ainsi que je considère le droit de chaque peuple comme un membre de son corps, et non comme un vêtement arbitrairement coupé et dont on peut tout aussi arbitrairement se défaire pour l'échanger contre un autre »⁵⁹⁸.

Jacob Grimm rejoint Savigny en décrivant le droit comme le « produit organique de la vie populaire »⁵⁹⁹. Il est possible de retrouver des arguments similaires chez Rehberg, qui était

⁵⁹⁴ L'amitié entre Savigny et les frères Grimm perdure bien après que ceux-ci aient abandonné la sphère juridique ; en témoigne leur correspondance régulière. En 1816, Jacob Grimm publie un essai intitulé *Vom der Poesie im Recht* ; il est publié dans le deuxième numéro de la *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* fondée par Savigny. À ce sujet, voir M. BRETONE, « Il 'senso artistico' del diritto », *Belfagor*, vol. 66, n°3, mai 2011, p. 285 ; D. WERKMÜLLER, *Über Aufkommen und Berbreitung der Weistümer : Nach der Sammlung von Jacob Grimm*, Berlin, Erich Schmidt Verlag, 1972, p. 34 à 41 ; Th. SCHULER, « Jacob Grimm und Savigny : Studien über Gemeinsamkeit and Abstand », *Zeitschrift der Savigny – Stiftung für Rechtsgeschichte*, vol. 80, 1963, p. 197 à 305.

⁵⁹⁵ Th. SCHULER, *op. cit.*, p. 232 à 250.

⁵⁹⁶ S. TZITZIS, « Le 'Volksgeist' ... », *op. cit.*

⁵⁹⁷ F. C. VON SAVIGNY, *De la vocation de notre temps...*, *op. cit.*, p. 78.

⁵⁹⁸ *Ibid.*, p. 47 à 48.

⁵⁹⁹ J. GAUDEMET, « Les Ecoles historiques du droit en France et en Allemagne au XIX^e siècle », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la culture juridique*, n°19, 1998, p. 97.

également – comme nous l’avons vu – partisan d’une vision traditionnelle du droit⁶⁰⁰. Selon lui, celui-ci serait le produit d’une conscience populaire, l’illustration des particularités d’une nation : « [...] un peuple qui doit renoncer à la situation, aux lois, aux coutumes et à la langue dont il a hérité, sera dégradé »⁶⁰¹. Il faut noter ici le rapprochement entre le droit d’un peuple et sa langue. Cette comparaison est récurrente chez les disciples de l’École historique. Elle se retrouve chez Savigny :

« [...] le droit vit, tout comme la langue, dans la conscience du peuple. [...] ce lien organique du droit avec l’essence et le caractère du peuple se vérifie aussi aux époques ultérieures et ici encore c’est à la langue qu’il faut le comparer. Comme elle, le droit ne connaît pas un instant de totale stagnation ; il est soumis, comme toute autre manifestation du peuple, au même mouvement et à la même évolution, et cette évolution est soumise à la même loi de nécessité interne qui en régit la prime apparition. Le droit grandit ainsi avec le peuple, il se développe avec celui-ci et finit par disparaître tout comme le peuple vient à perdre ses caractéristiques »⁶⁰².

Enfin, le droit issu du *Volksgeist* peut être décrit comme horizontal ; nous expliquons ce qualificatif par le fait que selon l’École historique, puisque le droit ne peut pas s’envisager comme un phénomène extérieur au peuple, il ne peut pas être imposé verticalement par le législateur. Le cas échéant, c’est le contraire qui est nécessaire : s’il veut faire œuvre de codification, le législateur doit connaître et remonter à lui tout le droit créé horizontalement par l’esprit du peuple. Cette approche peut également être étudiée sous l’angle de l’anthropologie juridique : l’École historique s’inscrirait dans une défense de la coutume, une conception du droit selon laquelle l’ordre juridique naît de façon spontanée et non-écrite de tous les individus composant une société, et non seulement des professionnels⁶⁰³. Comme l’explique John E. Toews, dans cette configuration, le droit est une « tâche commune » assurée par le peuple⁶⁰⁴.

Cela étant dit, on comprend rapidement pourquoi le terme « *Volksgeist* » constitue également une difficulté : il décrit de façon très éloquente une réalité qui l’est beaucoup moins. Une fois

⁶⁰⁰ Au sujet de l’historicisme de l’œuvre de Rehberg, voir F. C. BEISER, « August Wilhelm Rehberg » ..., *op.cit.*, p. 24 à 26.

⁶⁰¹ « [...] ein Volk, das seine angeerbten Verhältnisse, Gesetze, Sitten und Sprache aufs geben muß, wird herabgewürdigt ». A. W. REHBERG, *Über den Code Napoleon...* *op. cit.*, p. xii-xiii.

⁶⁰² F. C. VON SAVIGNY, *De la vocation de notre temps...*, *op. cit.*, p. 78 à 80.

⁶⁰³ L. ASSIER-ANDRIEU, « Le juridique et les anthropologues », *Droit et société*, n°5, 1987, p. 92.

⁶⁰⁴ J. E. TOEWS, « The Immanent... », *op. cit.*, p. 142.

sorti de l'abstraction, le *Volksgeist* a-t-il une signification unique ? Les deux mots qui le composent sont, chacun de son côté, déjà sujets à discussions.

D'abord, qu'est-ce que le *Volk* ? Dans son *Vom Beruf*, Savigny ne propose pas de définition claire du peuple ; et pourtant, il ne se prive pas de donner des éléments de mesure. On apprend ainsi que les peuples connaissent trois stades de développement juridique, trois stades mécaniquement liés : les « peuples jeunes » ont le droit le plus individualisé et le mieux défini, mais ont aussi le moins d'outils pour l'exprimer et ne savent pas codifier ; vient ensuite une période « intermédiaire », dans laquelle la connaissance et l'expression du droit sont au contraire à leur sommet, et font paraître inutile toute codification ; et enfin, les peuples en « décadence » qui ont perdu à la fois la connaissance de leur droit et la capacité de le codifier. Mais cela étant dit, on ignore quels sont les contours exacts du sujet : à partir de quand un groupe de personnes est-il considéré comme un peuple ? Quand fabrique-t-il son droit particulier ?

Se pose déjà la question de l'unité géographique : comme nous avons pu le mentionner, les États allemands se trouvent à un tournant de leur histoire en 1814. Le Saint-Empire germanique a disparu, la Confédération du Rhin également, et l'éclatement politique du territoire allemand devient une probabilité. Dans ce contexte, à quelle aire géographique faire correspondre le *Volksgeist* ? Parle-t-on du peuple prussien, du peuple allemand, du peuple germanique ? Un individu peut-il appartenir à plusieurs peuples, cumuler plusieurs identités nationales ? Peut-on isoler strictement chacun des peuples allemands en ignorant un fonds juridique qu'ils pourraient avoir en commun ? Peut-on parler indifféremment de peuple et de nation ? Cette incertitude transparaît déjà en 1815, quand Karl Friedrich Eichhorn⁶⁰⁵, ami de Savigny, écrit dans la toute

⁶⁰⁵ Karl Friedrich Eichhorn (1781 à Iéna – 1854 à Cologne) étudie le droit et l'histoire à Göttingen, où il aura notamment pour professeur Gustav Hugo. Il obtient un doctorat dans ces deux matières et est nommé professeur à Francfort dès 1805, puis à Berlin en 1811 au côté de Savigny. Il se porte volontaire durant la guerre de libération et participe à la bataille de Leipzig au rang d'officier. En 1816, il est nommé professeur d'allemand et de droit canonique à Göttingen. Ses cours sont très populaires, à tel point qu'il doit louer des locaux plus grands pour les assurer ; ses étudiants le surnomment affectueusement *Rittmeister Markulk* en référence à la célèbre collection de formules médiévales. Mais ce travail est également très énergivore. Eichhorn refuse un autre poste à Berlin prend sa retraite dès 1829, épuisé. Il se consacre surtout à la recherche, et n'accepte que du bout des lèvres un poste à Berlin en 1832. Il devient également conseiller d'État prussien en 1838, et reçoit en 1842 l'Ordre du mérite pour la science et les arts. Ses problèmes de santé le rattrapent vite et il se retire de nouveau en 1847. Eichhorn est considéré comme le « père de l'histoire du droit allemande », surtout pour son œuvre majeure intitulée *Deutschen Staats und Rechtsgeschichte (Histoire de l'État et du droit en Allemagne)*, publiée en 5 tomes. À ce sujet, voir K. S. BADER, « Eichhorn, Karl Friedrich », *Neue Deutsche Biographie* [en ligne], vol. 4, 1959, consulté le 22/05/2022.

nouvelle *Zeitschrift für geschichtliche rechtswissenschaft* :

« [...] pas un seul de tous les droits particuliers allemands n'a d'existence propre et aucun d'entre eux ne peut en avoir, car aucun pays allemand n'a jamais été entièrement séparé du reste de l'Allemagne par son identité et son histoire nationales. On se méprendrait grandement si l'on croyait que j'ai l'intention de nier toute spécificité aux droits particuliers allemands ; elle se retrouve dans tous les droits particuliers à un degré plus ou moins élevé, et la possibilité de l'expliquer à partir de l'histoire des différents pays donne à l'étude de certains droits particuliers un haut degré d'intérêt scientifique. Cette affirmation ne peut être liée qu'au fait que, pour ces raisons, la constitution juridique de chaque État allemand doit être pensée dans un lien interne avec celle du reste de l'Allemagne »⁶⁰⁶.

Pour répondre à cette interrogation, il faut à notre sens en revenir aux critères cités par Savigny : la langue, les mœurs, la constitution. Un peuple est avant tout une communauté d'individus, unis par une langue, des pratiques et une organisation sociale qui leur sont propres. Cette individualité par rapport à d'autres communautés les détermine en tant que peuple, et les lie de façon indissoluble dans un même ensemble social et juridique⁶⁰⁷. Le peuple est un peuple parce qu'il possède une « conviction commune », « le même sentiment de nécessité interne »⁶⁰⁸. Son passé commun est le marqueur de son identité, et permet aux membres de se rapprocher⁶⁰⁹. Dans cette conception, en théorie, les frontières physiques ne déterminent pas toujours le peuple, ce qui peut expliquer l'existence de diasporas. En réalité, Savigny croit en l'existence

⁶⁰⁶ « Allein kein einziges von allen Deutschen Particularrechten hat ein abgesondertes für sich bestehendes Daseyn, und keines von ihnen kann es haben, weil kein Deutsches Land durch Volkseigenthümlichkeit und Geschichte jemals ganz von dem übrigen Deutschland getrennt gewesen ist. Man würde mich sehr mißverstehen, wenn man glaubte, ich wollte damit den Deutschen Particularrechten alle Eigenthümlichkeit absprechen ; sie findet sich bei allen in einzelnen Rechtsverhältnissen in einem höheren oder geringeren Grade, und durch die Möglichkeit, sie aus der Bildungsgeschichte der einzelnen Länder zu erklären, erhält gerade das Studium besonders einiger Particularrechte in einem hohen Grade ein wissenschaftliches Interesse. Jene Behauptung darf bloß darauf bezogen werden, daß aus jenen Gründen, die Rechtsverfassung jedes Deutschen Landes in einem inneren Zusammenhang mit der des übrigen Deutschlands gedacht werden müsse » (K. F. EICHORN, « Über das geschichtliche Studium des Deutschen Rechts », *Zeitschrift für geschichtliche rechtswissenschaft*, vol. 1, 1815, p. 124 à 126).

⁶⁰⁷ « ... un vif amour du tout ne peut justement résulter que de la participation vivante à toutes les relations particulières qui le constituent, et seul celui qui dirige bien sa maison sera un bon citoyen. Aussi est-ce une erreur de croire que la vie du tout tirera profit de la destruction des relations particulières. Si au sein de chaque ordre, de chaque ville, et même de chaque village, pouvait naître un véritable sentiment de son individualité particulière, l'ensemble gagnerait une nouvelle vigueur de cette vie individuelle plus intense et plus diverse » (F. C. VON SAVIGNY, *De la vocation de notre temps...*, *op. cit.*, p. 103).

⁶⁰⁸ *Ibid.*, p. 78.

⁶⁰⁹ S. TZITZIS, « Le 'Volkgeist'... », *op. cit.*

d'un peuple allemand – un point commun avec Thibaut⁶¹⁰. Le fait que ce peuple soit diffracté juridiquement et politiquement ne change pas le fait que par sa langue, ses mœurs, son organisation en classes, il présente déjà les traits d'une nation.

À côté du *Volk*, le même flou entoure le mot « *Geist* », qui peut signifier à la fois « esprit », « âme » ou « génie ». La complexité du terme peut sembler vertigineuse. Dans le *Deutsches Wörterbuch*,⁶¹¹ Rudolf Hildebrand⁶¹² lui consacre une entrée de 223 pages⁶¹³, dans lesquelles sont listées pas moins de trente catégories de « *Geist* ». Le sens le plus proche de celui que nous étudions, c'est-à-dire le *Geist* rattaché au peuple (on retrouve les termes « *Geist eines Volkes* », « *Genius des Volkes* »), n'est décrit qu'en 29^e position⁶¹⁴. On peut donc constater l'infinie richesse de ce mot à l'origine incertaine, exposée d'une façon historique et passionnée empruntée aux romantiques. Le *Geist* « est individuel au pluriel, et universel au singulier, il est capable de s'accroître, et de s'unir avec d'autres pour augmenter et intensifier sa force et son énergie ». Il représente « cette relation infiniment mutuelle entre l'individu et le tout, l'ensemble, qui constituent la vue, la langue, l'histoire humaine »⁶¹⁵. Le *Geist* est un concept spirituel, un phénomène organique et universel. Cette universalité se retrouve d'ailleurs chez

⁶¹⁰ « À vrai dire aucun état du droit civil ne paraît plus propice à cet objectif politique que celui qui était autrefois la situation commune de l'Allemagne : une grande multiplicité et une spécificité des droits particuliers, mais avec pour base partout le droit commun, qui rappelait toujours aux tribus germaniques leur indissoluble unité » (*Ibid.*, p. 107).

⁶¹¹ Le dictionnaire de la langue allemande (abrégé DWB) est démarré par les frères Grimm en 1838, mais ne commence à paraître qu'en 1854 ; les volumes se succéderont jusqu'en 1961. C'est une œuvre monumentale, comprenant plus de 600 000 entrées réparties entre 80 rédacteurs, dont les Grimm ne pourront superviser qu'une petite partie : Wilhelm meurt en 1859 et Jacob en 1863. À eux deux, ils ne seront allés que jusqu'à la lettre F. Le DWB présente l'intérêt de ne pas être un simple « dictionnaire d'usage » : chaque mot fait l'objet d'une étude approfondie de son histoire, de ses multiples évolutions et de ses emplois. Le but des frères Grimm est de montrer la richesse de la langue allemande, et d'éveiller ainsi chez leurs lecteurs un sentiment d'appartenance nationale. Cette richesse linguistique n'est pas synonyme d'élitisme : le DWB intègre également des mots injurieux, une première historique pour un dictionnaire. La première édition complète paraît d'abord chez S. Hirzel Verlag ; en 1999, les 33 volumes sont publiés en une édition poche encore disponible. La mise à jour des articles « historiques » travaillés par les frères Grimm fait l'objet d'une coopération entre RDA et RFA en pleine guerre froide ; l'Académie de Berlin met un terme définitif à ce projet en 2012. Voir J. et W. GRIMM (dir.), *Deutsches Wörterbuch*, 1854-1961, mise en ligne par l'Université de Trèves, consulté le 22/05/2022.

⁶¹² Heinrich Rudolf Hildebrand (1824 à Leipzig – 1894 dans la même ville) étudie la philologie à Leipzig. Il travaille comme traducteur et comme professeur, avant d'obtenir un poste de professeur d'allemand et de littérature à l'Université de Leipzig en 1869. Il est surtout connu pour sa contribution au dictionnaire des Grimm ; il écrit également des ouvrages l'apprentissage de la langue allemande et sur l'histoire des chansons populaires allemandes. À ce sujet, voir A. ELSCHENBROICH, « Hildebrand, Rudolf », *Neue Deutsche Biographie* [en ligne], vol. 9, 1972, consulté le 22/05/2022.

⁶¹³ À ce sujet, voir H. GÜNTHER, « Une 'phénoménologie de l'esprit' en lexicographie. L'article 'Geist' de Rudolf Hildebrand » [en ligne], *Revue des sciences philosophiques et théologiques*, vol. 80, n°1, 1996, p. 58 à 70.

⁶¹⁴ *Ibid.*, p. 66.

⁶¹⁵ *Ibid.*, p. 66 à 67.

Herder, avant de se resserrer autour du peuple allemand sous la plume des tenants de l'École historique qui insistent sur son caractère naturel et spontané⁶¹⁶. Il s'agit d'une force vive, d'une nécessité interne qui se trouve en chaque individu ; c'est la somme de ces nécessités individuelles qui construit une conscience nationale.

En somme, si la notion de *Volksgeist* n'est pas présente de façon directe dans le *Vom Beruf*, ce dernier n'en reste pas moins l'ouvrage qui a placé l'esprit du peuple au centre de l'histoire ; et l'histoire comme génitrice du droit. Le *Vom Beruf* est donc le manifeste de création de l'École historique du droit et a été pensé comme tel, si l'on accepte l'idée qu'il a été réfléchi bien avant la lecture, par Savigny, de l'essai de Thibaut. La conception traditionnelle, organique et horizontale du droit germe sur le terreau de controverses préexistantes, opposant ancien droit et droit rationnel moderne. Pour choisir son camp et proposer sa voie, Savigny se sert d'un nouveau facteur dont se sont déjà emparés Rehberg et Thibaut : la codification française. Un an plus tard, Savigny, Eichhorn et Friedrich Göschen⁶¹⁷ réaffirment leur vision historique de la doctrine juridique en fondant la *Zeitschrift für geschichtliche rechtswissenschaft*, ou « *Revue pour une science historique du droit* ». La revue paraît jusqu'en 1850 ; elle offre une tribune aux juristes allemands qui se mettent à leur tour à l'histoire du droit, comme nous l'étudierons par la suite.

Nous avons pu montrer que la force doctrinale fédératrice du *Vom Beruf*, si elle tient en majeure partie de la prestigieuse réputation de son auteur, s'explique également en ce qu'elle s'affirme par contraste avec le postulat de Thibaut. Cela préfigure un des pans les plus caractéristiques de l'École historique : son opposition véhémente à un mouvement européen de codification.

III. L'École historique contre la codification moderne

⁶¹⁶ S. TZITZIS, « Le 'Volksgeist'... », *op. cit.*

⁶¹⁷ Johann Friedrich Ludwig Göschen (1778 à Königsberg – 1837 à Göttingen) entame des études de droit dans sa ville natale pour les poursuivre à Göttingen, où il s'intéresse en parallèle aux sciences naturelles et à l'économie. Grâce aux encouragements de Savigny, il termine ses études de droit à Berlin et obtient son doctorat en 1811. Il est nommé professeur deux ans plus tard. Sur la suggestion de Savigny, il part à Vérone en 1817 pour y étudier un manuscrit de Gaius tout juste découvert. L'édition déchiffrée complète du manuscrit est sa première publication majeure en 1820. Il obtient une chaire à l'Université de Göttingen en 1822 et devient membre de son quorum. À son sujet, voir E. STEFFENHAGEN, « Göschen, Friedrich Johann Ludwig », *Allgemeine Deutsche Biographie* [en ligne], vol. 9, 1879, consulté le 22/05/2022.

Ce que nous voyons s'esquisser dans le *Vom Beruf* est une vision presque romantique de la genèse du droit. Certes, Savigny opère une distinction entre l'élément « politique » du droit et son élément « technique ». On pourrait imaginer que Savigny introduit ainsi une facette plus scientifique, plus rationnelle de l'étude du droit ; mais il ne faut pas s'y tromper. Savigny affirme d'abord que la science technique du droit découle directement de l'étude du droit pur, tel qu'il a été créé par la conscience populaire ; ensuite, que le développement de cet élément technique a été préjudiciable pour l'étude du droit (A). Il appuie son constat sur une étude technique du Code Napoléon et de la doctrine qui a été utilisée pour le rédiger (B).

A) Le rejet du rationalisme et de l'ahistoricité

Selon Savigny, la complexification des législations et la professionnalisation des juristes ont en quelque sorte arraché le droit à sa source naturelle, le peuple. Le prix de la technicité, c'est la rupture avec l'organicité :

« Avec l'essor de la civilisation, en effet, toutes les activités du peuple se différencient toujours davantage, et ce qui était d'ordinaire l'affaire de tous échoit maintenant à des ordres distincts. C'est comme ordre à part qu'apparaissent dès lors les juristes. Aussi le droit se développera-t-il désormais dans le langage, prenant une orientation scientifique, et de même qu'auparavant le droit subsistait dans la conscience du peuple tout entier, de même il devient maintenant l'affaire de la conscience des juristes, par lesquels le peuple est désormais représenté dans cette fonction. L'existence du droit est dorénavant plus artificielle et plus complexe, attendu qu'il a maintenant une double vie, d'une part, comme partie de la totalité de la vie du peuple – ce qu'il ne cesse pas d'être –, d'autre part, comme science spécifique entre les mains des juristes. C'est le concours de ces deux principes vitaux qui explique toutes les vicissitudes ultérieures du droit, car on peut à présent concevoir comment cette infinité de dispositions détaillées a pu naître de façon purement organique, sans véritable arbitraire, ni intention délibérée »⁶¹⁸.

Selon cette logique, le travail des juristes et du législateur devrait consister en la retranscription d'un droit préexistant, historique, qu'ils trouvent dans l'âme même du peuple qu'ils accompagnent. Cette vision s'oppose de fait à l'un des fondements du courant des Lumières, à savoir la volonté de faire triompher la Raison. Dès son introduction, Savigny essaie d'expliquer

⁶¹⁸ F. C. VON SAVIGNY, *De la vocation de notre temps...*, *op. cit.*, p. 81.

– comme s’il cherchait, faussement, à se convaincre lui-même – la position de Thibaut. Il la situe dans un contexte d’abandon de l’historicité au profit d’une recherche de perfection technique du droit, qui justifierait de créer une législation ex nihilo et de l’imposer à la population.

« Le sens et le sentiment de la grandeur et de la particularité d’autres époques ainsi que du développement naturel des peuples et des constitutions, en un mot tout ce qui doit rendre l’histoire salubre et féconde, avait disparu : tout cela avait fait place à une attente démesurée du temps présent, que l’on croyait appelé à rien de moins qu’à la réalisation effective d’une perfection absolue »⁶¹⁹.

C’est une critique par extension du courant des Lumières, tel qu’il a influencé la société durant la seconde moitié du XVIII^e siècle – à ce titre, Savigny semble même se permettre un trait d’esprit : « À cette époque s’était fait jour à travers toute l’Europe une fièvre culturelle fort peu éclairée »⁶²⁰. Pour décrire cette fièvre, l’auteur file une métaphore médicale, de ses effets à ses symptômes, en passant par les circonstances de sa propagation. L’essor du rationalisme et de l’ahistoricité est de la responsabilité collective des anciennes monarchies, de leur inertie, voire de leur complicité active ; les juristes n’ont fait que suivre cette nouvelle donne.

« Cette fièvre se manifestait dans tous les domaines : les effets qu’elle a produits en matière de religion et de constitution de l’État sont connus et il est indéniable qu’elle a à cet égard, par un mouvement de réaction naturel, préparé partout le terrain à une ardeur nouvelle et plus fervente. Cette fièvre s’est manifestée également en droit civil. On exigeait de nouveaux codes qui, par leur exhaustivité, devaient garantir à l’administration de la justice une sécurité mécanique, dans la mesure où le juge, dispensé de tout jugement propre, serait réduit à une application littérale de la loi ; en même temps, ces codes ne devaient tenir compte d’aucune particularité historique et être également applicables par pure abstraction à tous les peuples et à toutes les époques. Ce serait une grande erreur d’attribuer cette fièvre et ses conséquences pratiques à quelques sophistes isolés : cela correspondait, à quelques très honorables exceptions près, à l’opinion des peuples. Aussi n’était-il pas au pouvoir des gouvernements d’en éviter toutes les conséquences, et leur simple atténuation ou leur limitation pouvait déjà souvent être considérée comme très méritoire et témoigner d’une certaine vigueur intérieure »⁶²¹.

⁶¹⁹ *Ibid.*, p. 75.

⁶²⁰ *Ibid.*

⁶²¹ *Ibid.*, p. 75 à 76.

Il convient de s'interroger sur le tableau que Savigny dresse des Lumières. Il semble présenter ce courant comme opinion populaire en Europe. Ce constat peut être nuancé. Que ce soit dans les États italiens⁶²², en Espagne⁶²³ ou en Allemagne⁶²⁴, c'est plutôt l'inverse qui est observable : le rayonnement des Lumières touche une élite minoritaire de nobles et de bourgeois lettrés (plus uniquement des universitaires), qui essaie, en tant que minorité éclairée proche des appareils de l'État, de faire profiter le reste du pays de ses nouvelles idées. La grande majorité de la population n'est pas atteinte de cette « fièvre », même si le XVIII^e siècle voit une progression importante de l'alphabétisation en Europe et un intérêt grandissant des habitants pour la science⁶²⁵. Si certaines monarchies européennes se sont éprises des philosophes, c'est en les rencontrant ou en tout cas en les lisant ; s'ils projettent des réformes de modernisation de l'État, c'est pour accomplir dans la pratique politique ce qu'ils trouvent décrit et prôné dans les écrits des Lumières. En Prusse où écrit Savigny par exemple, Frédéric II⁶²⁶ est un exemple de ce chemin de pensée : son initiation aux Lumières n'a pas été forcée par l'opinion populaire, mais il a voulu, de sa propre initiative et par admiration des Lumières françaises, incarner la figure

⁶²² V. FERRONE, « L'Illuminismo italiano e la rivoluzione napoletana del '99 », *Studi Storici*, vol. 40, n°4, octobre-décembre 1999, p. 998.

⁶²³ S. LENTINI, « Francisco Goya y lucientes : il tempo dell 'Arte Rivoluzionaria' e dell'educazione del popolo », *Annali della facoltà di Scienze della formazione*, n°13, 2014, p. 112.

⁶²⁴ J. SCHLOBACH, « Französische Aufklärung und Deutsche fürsten », *Zeitschrift für Historische Forschung*, vol. 17, n°3, 1990, p. 343.

⁶²⁵ N. TREUHERZ, « Useful lies: the Limits of Enlightening the Common Law. Frederick the Great and Franco-German Cultural Transfer », *Intellectual and Political Elites of the Enlightenment*, Helsinki, Helsinki Collegium for Advanced Studies, 2014, p. 61.

⁶²⁶ Frédéric II, roi en Prusse (1740-1772) puis roi de Prusse (1772-1786), également prince-électeur de Brandebourg comme ses prédécesseurs (1740-1786) est considéré comme le souverain qui a définitivement installé son État parmi les puissances européennes de premier plan. Il est le premier souverain à porter le titre de roi de Prusse ; ses prédécesseurs étaient restés « rois en Prusse », car leurs terres s'inséraient en grande partie dans le Saint-Empire. Frédéric II est vu comme l'archétype du « despote éclairé ». Ses nombreuses conquêtes territoriales, son amour des arts et des sciences et sa forte implication dans tous les domaines de son gouvernement ont permis un développement important de la Prusse, tant sur le terrain diplomatique que sur le terrain économique. Selon sa propre devise, Frédéric II se considère comme « le premier serviteur de l'État » et veut, en tant que tel, faciliter la vie de sa population : son règne marque la construction en masse d'écoles, malgré des enseignements de qualité variable ; le système fiscal est révisé pour un modèle indirect, moins lourd ; la production agricole est favorisée avec la création de nouvelles terres cultivables et l'introduction de nouvelles espèces ; s'il ne parvient pas à abolir le servage sur tout le territoire, le roi s'attache à ne pas y recourir sur ses propres domaines. Cet état d'esprit est également appliqué au domaine judiciaire : le fameux épisode partiellement légendaire des « Juges à Berlin » est utilisé pour montrer qu'en Prusse à cette époque, même les gens les plus modestes ont une confiance profonde en l'égalité de la justice, au point d'être prêts à un litige face au roi lui-même. Il tient en grand respect la culture française, dont il se détachera cependant à la fin de sa vie (Voltaire était pour lui le dernier grand classique français). Malgré sa misanthropie grandissante, les prussiens garderont pour lui une relative affection, qui lui vaut le surnom de « *der alte Fritz* » (« le vieux Fritz ») à la fin de sa vie. À ce sujet, voir T. BLANNING, *Frederick...*, *op. cit.* ; A. BAILLO et B. WEHINGER, « Frédéric II... », *op. cit.*, p. 317 à 332.

du Roi-Philosophe⁶²⁷. Les Lumières apparaissent donc comme l'action d'une minorité proche des élites, qui finit par bénéficier à toutes les strates de la société.

Si l'on se rappelle l'adversaire choisi par Savigny, il est plus probable que ce passage fasse référence aux conséquences des idées des Lumières en France. La Raison est quasiment devenue une divinité durant la Révolution française, couplée à une idéologie légicentriste inspirée en partie de Rousseau – Rousseau, en tant que théoricien de l'autonomie de la Raison, est d'ailleurs l'une des cibles principales de Rehberg, qui note de nombreuses imprécisions dans son discours⁶²⁸. Durant la Révolution française, la table rase juridique et l'instauration d'un droit nouveau codifié deviennent une priorité. L'attachement à la codification a survécu sous le Consulat puis l'Empire, même si tous deux sont largement revenus sur la table rase dans le domaine juridique. Malgré cela, le souvenir de la Révolution hante toujours l'inconscient collectif européen. Les conservateurs en gardent l'image d'un soulèvement populaire chaotique, une déferlante de travailleurs modestes qui, fanatisés par les Lumières et le processus révolutionnaire, en viennent à réclamer la tête de leur roi. Sans doute, cette impression de masse s'est-elle imprimée dans l'esprit de Savigny. En effet, cette peur de la foule qui balaie tout sur son passage est déjà véhiculée par Rehberg en 1793 dans ses *Recherches sur la Révolution* :

« Une fois que cette grande masse est mise en mouvement, ses incitateurs doivent bientôt lui obéir et accomplir ses desseins, qui ne peuvent être rien d'autre que voler et détruire. Elle ne respecte pas plus la propriété que les droits politiques. L'instinct lui dit que s'il s'agit de fouler aux pieds toutes les obligations, plus aucune n'est sacrée. En de telles occasions, les passions telles l'envie et la vengeance se montrent très actives ; et il ne manque pas d'advenir que la masse des mendiants détruit ce qu'elle ne peut acquérir. Elle incendie et tue »⁶²⁹.

On remarque donc que Savigny partage les vues contre-révolutionnaires de Rehberg. Il les partage à tel point que dans le septième chapitre consacré aux « trois nouveaux Codes », l'étude du Code Napoléon démarre par une critique de la Révolution française qui est en fait un résumé

⁶²⁷ J. SCHLOBACH, « Langue universelle... », *op. cit.*, p. 330.

⁶²⁸ F. C. BEISER, « August Wilhelm Rehberg », *op. cit.*, p. 19.

⁶²⁹ A. W. REHBERG, traduit par L. K. SOSOE, *Recherches...*, *op. cit.*, p. 116.

de l'Über den Code Napoleon, « écrit très pénétrant » auquel Savigny renvoie directement⁶³⁰. Il consolide ainsi le pont doctrinal construit par Rehberg, et réaffirme la continuité entre le rejet de l'idéologie révolutionnaire et le rejet du Code Napoléon :

« La Révolution avait en effet détruit en même temps que l'ancienne Constitution de la France une grande partie de son droit civil, l'une et l'autre plus par une aveugle aversion contre l'ordre établi et par une attente excessive et insensée d'un avenir incertain que par le mirage d'un nouvel état de choses tenu pour plus parfait. Mais lorsque Bonaparte soumit tout à son despotisme militaire, il conserva de la Révolution la partie qui lui était la plus utile et qui excluait tout retour à l'ancienne Constitution, brûlant de faire disparaître tout le reste, dont tous étaient désormais écœurés et qui aurait pu contrarier ses desseins [...] »⁶³¹.

Savigny perçoit lui aussi Napoléon comme un continuateur de la Révolution ; il convient cependant d'y apporter une nuance. Si l'on s'attarde sur la description qu'en fait Savigny, le lien entre Napoléon et l'œuvre révolutionnaire se limite à ce qui semblait opportun aux objectifs de l'empereur. Savigny a conscience que l'héritage révolutionnaire du Code civil est moins important que ne le pensent Rehberg ou Thibaut, et il comprend qu'il s'agit d'un code réactionnaire ; selon lui, l'empreinte révolutionnaire sur la codification napoléonienne est surtout politique, et utilisée à des fins autoritaires :

« Pour l'Allemagne [...], que la malédiction de cette Révolution n'avait pas frappée, le Code, qui faisait en partie rétrograder la France, représentait bien plutôt un pas en avant vers une situation révolutionnaire et il était pour elle en conséquence plus pernicieux et plus funeste que pour la France elle-même. Mais toutes ces opinions n'ont heureusement pour nous Allemands plus qu'un intérêt historique. Napoléon l'avait certes entendu autrement. Le Code lui servait comme un fer de plus pour enchaîner les peuples, et c'est pourquoi il aurait été pour nous funeste et abominable, même s'il avait eu toutes les qualités intrinsèques qui lui font défaut »⁶³².

Ce parti pris contre le droit révolutionnaire n'est pas étonnant : Savigny y voit l'antithèse de ce

⁶³⁰ « Dans le Code Napoléon, les éléments politiques de la législation ont exercé une plus grande influence que les éléments techniques et il a pour cette raison entraîné davantage de changements dans le droit existant que les Codes allemands. Les raisons et la nature de cette influence prédominante ont été récemment exposées dans un écrit très pénétrant de façon si complète que je puis me contenter de résumer ici brièvement ses idées » (F. C. VON SAVIGNY, *De la vocation de notre temps...*, *op.cit.*, p. 111).

⁶³¹ *Ibid.*, p. 111 à 112.

⁶³² F. C. VON SAVIGNY, *De la vocation de notre temps...*, *op.cit.*, p. 12.

que devraient être le droit et la science du droit. Dans la perspective défendue par Thibaut, le code serait offert au peuple, lui assurant l'accessibilité et la clarté du droit. Ces deux caractéristiques permettraient aux Allemands de défendre leur position devant le juge, et ce, quel que soit leur adversaire : l'absence d'union politique et le retour des anciennes familles régnantes n'atteindraient pas le droit civil, sanctuarisé dans un code. Les procès deviendraient donc plus brefs, moins chers et plus justes. Cette préoccupation se retrouvait déjà chez Frédéric II, comme nous l'avons vu ; le code a donc une fonction protectrice du peuple, même – le cas échéant – contre le souverain qui le promulgue. Il est intéressant de remarquer que dans une réédition de ses traités civilistes en compilation durant l'année 1814, Thibaut ajoute un paragraphe à la version initiale d'*Über die Nothwendigkeit*, écrite quelques mois plus tôt et commentée par Savigny. Ce paragraphe confirme ce qui était déjà au cœur dans l'essai originel : le code est un don que tout souverain se doit de faire à son peuple, et ce don a pour avantage de renforcer la puissance de l'État.

« Donnez donc au citoyen le bonheur inestimable d'être placé sous la protection de lois vigoureuses et sans artifice, libre, sûr, et fier à tous égards devant ses concitoyens, et que sans aucune inquiétude et crainte de ses concitoyens il puisse jouir des siens comme père de famille, comme propriétaire, et comme homme d'affaires. Cela excitera de nouveau le véritable esprit germanique, donnera à l'État des défenseurs énergiques, et nous débarrassera des nombreux monstres qui ont si bien entrepris d'acclimater notre peuple à toutes les affectations et déformations françaises »⁶³³.

Or selon Savigny, cette approche est erronée. D'abord pour une raison philosophique : Thibaut propose un code anhistorique, rationnel et imposé « par le haut ». Or un code promulgué de façon verticale ne peut pas rejoindre les aspirations du peuple, puisque la formation même du droit est intrinsèquement liée au peuple. Rationaliser le droit quitte à faire table rase équivaudrait à une amputation, l'arrachement du droit au tout historique dont il devrait être issu. Comme il faudrait impérativement constituer un collège de rédacteurs, la question se pose également de la composition de ce collège, qui ne sera jamais satisfaisante ; ces juristes

⁶³³ « Gebt also dem Bürger das unschätzbare Glück, daß er unter dem Schutz kräftiger, ungekünstelter Gesetze in allen Beziehungen frei, rüder und troßig gegen seinen Mitbürger auftreten, und ohne alle Aengstlichkeit und Nächstenfurcht sich des Seinigen als Familienvater, Eigenthümer und Geschäftsmann erfreuen kann. Das wird den ächten germanischen Sinn wieder aufregen, dem Staat rüstige Bertheidiger schaffen, und uns von den zahlreichen Ausgeburten befreien, welche bisher so recht eigentlich darauf ausgingen, alle französische Zierereyen und Verzerrungen bei unserm Volke einheimisch zu machen » (A. F. J. THIBAUT, « Über die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland », *Civilistische Abhandlungen von Anton Friedrich Justus Thibaut*, Heidelberg, Mohr & Zimmer, 1814, p. 443).

devraient trier les sources nationales, ce qui conduirait à un « montage purement mécanique », un « produit dépourvu de vie ». En effet, cette construction artificielle du code romprait l'organicité du droit⁶³⁴. Le résultat d'une telle opération ne peut être bénéfique aux justiciables.

B) Le rejet technique et politique d'une codification à la française

À côté des considérations philosophiques, Savigny développe des arguments plus concrets pour rejeter les codes français. Le premier est pratique : qui devrait rédiger le code, en combien de temps, et sur quelle base le travail devrait-il démarrer ? Pour Thibaut, il suffirait de « deux, trois ou quatre années »⁶³⁵ pour offrir un code général à toute l'Allemagne ; ce code serait conçu par un collège de professeurs, de praticiens et de législateurs. Pour démontrer la faisabilité de l'entreprise, Thibaut cite en exemple les Codes autrichien et prussien ; mais, au chapitre 7 du *Vom Beruf*, Savigny leur consacre une analyse critique tout aussi sévère que celle du Code Napoléon. Si l'on rappelle ses critères de réflexion – historicité, horizontalité, organicité – les trois grands codes contemporains présentent, à des degrés divers, les mêmes défauts techniques. Aucun n'accomplit pleinement le travail de connaissance complète du droit national qui lui serait indispensable : soit il ignore des pans entiers du droit allemand et de ses juristes pour favoriser un pays particulier, comme le Code autrichien⁶³⁶ ; soit il n'a pas pris le temps de dresser un véritable système de son droit national et se perd en précisions, comme le code prussien⁶³⁷. Si les deux codes germaniques sont traités avec un relatif équilibre - le code prussien fait même l'objet de quelques compliments⁶³⁸, le Code Napoléon ne bénéficie pas de

⁶³⁴ F. C. VON SAVIGNY, *De la vocation de notre temps...*, *op.cit.*, p. 76 à 77.

⁶³⁵ A. F. J. THIBAUT, *Über die Notwendigkeit...* *op. cit.*, p. 49.

⁶³⁶ « La coopération des jurisconsultes du reste de l'Allemagne paraît avoir été tout à fait négligeable, bien plus, il semble qu'on ne l'ait pas tenue pour très souhaitable [...]. Ainsi cette entreprise, qui, de sa nature, ne pouvait être fondée que sur l'état de la science de toute la nation, a été menée comme une affaire courante d'un pays particulier » (F. C. VON SAVIGNY, *De la vocation de notre temps...*, *op.cit.*, p. 132 à 133).

⁶³⁷ « La tendance propre de la loi en vigueur est aujourd'hui encore de dénombrer de manière exhaustive tous les divers cas en tant que tels et de les trancher tous individuellement. [...] la plupart des dispositions du Code prussien n'atteignent ni le niveau d'universalité des principes dirigeants, ni l'évidence de l'individuel, mais flottent à mi-distance entre ces deux extrêmes » (*Ibid.*, p. 129 à 130).

⁶³⁸ « Tout gouvernement qui ignore ou qui dédaigne les opinions de son temps mérite le blâme. À cet égard toutefois, la législation prussienne n'a certainement à craindre aucun reproche. On a sollicité et écouté non seulement l'avis de ses propres experts, mais encore de tous les savants allemands, et tout observateur impartial conviendra que ce qui a été fait ou omis correspondait pleinement aux sentiments et aux conceptions du temps. [...] Il n'y a pas de risque qu'il puisse de ce fait pâtir injustement d'adversaires partiels, car parmi les hommes d'esprit et de culture dont le nombre fait à bon droit la fierté de la Justice prussienne, il s'en trouverait certainement plusieurs pour réagir à une telle injustice » (*Ibid.*, p. 131 à 132).

la même magnanimité.

La première raison de cette sévérité tient au fait que le Code est français. Contrairement à Thibaut qui le mentionne assez peu et dénonce surtout les malheurs de l'occupation, Savigny rattache le Code Napoléon au schéma général de domination européenne établi par l'Empire français. Il en profite pour dénoncer, sans citer de noms, les juristes et hommes d'État francophiles :

« Nous sommes délivrés de cet outrage [l'implantation du Code Napoléon] et il n'en restera bientôt guère plus que le souvenir de tant de juristes allemands qui, sans aucune sollicitation extérieure, se sont délectés à jouer de cet instrument et nous ont promis le salut de ce qui était destiné à causer notre perte. Maintenant le Code [Napoléon] a pris une autre place au regard de l'Europe et nous pouvons le juger en toute sérénité et en toute impartialité comme un Code pour la France »⁶³⁹.

Après cette mise en contexte politique – très inspirée, comme nous l'avons vu, de Rehberg, l'impartialité promise aboutit à un portrait très négatif du Code. La nouveauté et l'originalité de ce dernier sont fortement nuancées. Il est intéressant de remarquer que selon Savigny, la partie technique du Code n'est pas tributaire de son terreau politique : le Code « serait concevable sans aucune Révolution »⁶⁴⁰, puisqu'il contiendrait une part de droit romain et une part de droit français. Cette dualité ne pouvait satisfaire personne en France, puisque chaque moitié du pays allait être conduite à rejeter la part du code contraire à l'esprit de sa population : en simplifiant, le Sud serait contraint à rejeter les dispositions tirées des coutumes – notamment de la Coutume de Paris, tandis que le Nord devait nécessairement mal accueillir les emprunts au droit romain. On peut s'étonner de cette façon de décorréliser le Code de la Révolution, non seulement parce qu'il traduit toutes les mutations idéologiques des années 1789-1799, mais encore parce que, plus loin dans sa démonstration, Savigny traite du problème d'interprétation de « toutes les parties du Code provenant de la Révolution », pour lesquelles « le droit antérieur ne jouit d'aucune protection contre l'arbitraire le plus aveugle »⁶⁴¹.

Ceci s'explique par l'idée savignienne selon laquelle les idées révolutionnaires elles-mêmes ne seraient pas originales : elles prennent leur inspiration dans des concepts anciens. On peut

⁶³⁹ F. C. VON SAVIGNY, *De la vocation de notre temps...*, *op.cit.*, p. 12 à 13.

⁶⁴⁰ *Ibid.*, p. 13.

⁶⁴¹ *Ibid.*, p. 123.

illustrer cela par la question du divorce. En France, par la loi des 20-25 septembre 1792, l'Assemblée nationale laïcise l'état civil, entraînant la création du mariage civil et l'autorisation le divorce ; le mariage rompait ainsi avec l'Ancien Régime et le droit canonique : un sacrement, où l'engagement des deux époux est scellé avec Dieu. La laïcisation du mariage rend possible sa dissolution, puisque le sacrement liant trois personnes devient un contrat entre deux parties : le consentement des deux époux a fait le contrat, leur consentement peut le défaire⁶⁴². De même, une demande unilatérale de divorce est possible, puisque l'on n'est engagé qu'avec le conjoint contre lequel on soulève des griefs. Cette approche correspondait à l'idéologie révolutionnaire selon laquelle, pour régénérer la société, il fallait en changer le noyau. Les législateurs ont déterminé que ce noyau devrait être, plutôt que l'autorité patriarcale, le couple partageant une quête du bonheur ; et pour que des couples libres et heureux se forment et se maintiennent, il fallait leur offrir la possibilité de se délier⁶⁴³. Le conservatisme post-thermidorien entend revenir sur cette législation divorciaire – d'abord sur la possibilité de divorcer en elle-même, mais aussi sur l'égalité entre les deux époux. Cette tendance se poursuit durant le Consulat : Bigot de Préameneu et Maleville sont hostiles au divorce ; Tronchet considère le mariage comme « le plus saint des engagements »⁶⁴⁴, une sorte de sacrement républicain. Toutefois, la conception contractuelle du mariage demeure un héritage de la Révolution : Portalis le décrit comme un « contrat perpétuel par sa destination »⁶⁴⁵.

Or en matière de divorce, on remarque une contradiction entre le discours des rédacteurs et le contenu du Code civil : le divorce est sauvegardé, y compris par consentement mutuel⁶⁴⁶. Mais le pilier de la société redevient l'autorité patriarcale, avec l'institution de l'incapacité juridique totale de la femme mariée⁶⁴⁷ ; cela touche ses droits en matière de divorce avec l'exemple du

⁶⁴² G. BIGOT, « Impératifs politiques du droit privé. Le divorce “sur simple allégation d'incompatibilité d'humeur ou de caractère” (1792-1804) », *Clio@Themis* [en ligne], n°3, 2010, p. 4 à 5, consulté le 22/05/2022.

⁶⁴³ *Ibid.*, p. 8.

⁶⁴⁴ S. BLOQUET, « Le mariage, un “contrat perpétuel par sa destination” (Portalis) », *Napoleonica. La Revue*, vol. 2, n°14, 2012, p. 77.

⁶⁴⁵ *Ibid.*

⁶⁴⁶ COLLECTIF, « Livre Premier. Titre VI : Du divorce », *Code civil des Français*, Paris, Imprimerie de la République, 1804, art. 229 à 311.

⁶⁴⁷ « Les incapables de contracter sont, les mineurs, les interdits, les femmes mariées, dans les cas exprimés par la loi, et généralement tous ceux auxquels la loi a interdit certains contrats » (COLLECTIF, *Code civil des Français*, Paris, Imprimerie de la République, 1804, art. 1124).

traitement de l'adultère⁶⁴⁸, expliqué par Savigny. Selon lui, tout le titre VI s'expliquerait par une profonde méconnaissance du droit romain. Le droit révolutionnaire avait déjà ressuscité la notion romaine de divorce pour concurrencer le monopole du droit canonique en matière d'état civil ; mais cette notion a été déformée par le législateur révolutionnaire puis par les rédacteurs du code, ce qui explique la distinction opérée par l'article 230⁶⁴⁹. Cet exemple précis s'inscrit dans le deuxième argument principal de Savigny contre le Code Napoléon : l'incompétence de ses rédacteurs, nourrie par celle de la doctrine française en général.

Ce point doit être souligné : en tant que manifeste de la nouvelle École historique du droit, le *Vom Beruf* fournit une réflexion sur la science juridique. Les doctrines sont comparées sur leur capacité à prendre en compte les critères de la législation : historicité, horizontalité, organicité. La meilleure doctrine nationale est celle qui sera capable de remonter le plus loin dans l'histoire de son droit, d'en comprendre les racines et d'intégrer à son étude toutes les sources, toutes les strates juridiques accumulées au fil des siècles. L'étalon de référence pour cette comparaison est la science juridique romaine⁶⁵⁰, qui est à la fois traditionnelle, organique et horizontale :

« Ce que nous avons donc exigé ici de l'étude du droit ne doit pas être conservé dans des livres, ni confié à quelques savants seulement, mais devenir le patrimoine commun de tous les juristes qui veulent œuvrer pour leur profession avec sérieux et ouverture d'esprit. Il doit donc se former une école vivante, tout comme l'ensemble des juristes romains, et non seulement les Sabinien ou les Proculien chacun pour soi, ont formé effectivement une seule grande École »⁶⁵¹.

La comparaison des trois grands codes contemporains est donc également prétexte à comparer les opinions et les écoles qui ont participé à leur élaboration, puisque selon Savigny, c'est de la qualité de la science juridique que dépend la qualité (et même la possibilité) d'un code. Pour

⁶⁴⁸ « Le mari pourra demander le divorce pour cause d'adultère de sa femme » ; « La femme pourra demander le divorce pour cause d'adultère de son mari, lorsqu'il aura tenu sa concubine dans la maison commune » (COLLECTIF, *Code civil...*, *op. cit.*, art. 229 et 230).

⁶⁴⁹ F. C. VON SAVIGNY, *De la vocation de notre temps...*, *op. cit.*, p. 15 à 16.

⁶⁵⁰ « À Rome, [...] un *ingenium* collectif, incarné par une élite nombreuse, gérait un patrimoine juridique dont on n'avait pas le souvenir qu'il fût primitivement l'émanation d'un seul. Cette intelligence commune était érigée en institution puisque, selon l'analyse qu'en donnait Cicéron, chaque juriste valait moins par ses qualités personnelles que par l'*auctoritas* attachée à son statut de juriste. Selon cet idéal, le droit romain n'apparaît pas comme fondé ou décidé, mais comme transmis et interprété » (T. YAN, « La romanistique allemande et l'État depuis les pandectistes », *Die späte römische Republik. La fin de la République romaine. Un débat franco-allemand d'histoire et d'historiographie*, Rome, École française de Rome, 1997, p. 116).

⁶⁵¹ F. C. VON SAVIGNY, *De la vocation de notre temps...*, *op. cit.*, p. 154.

cela, il lui faut extraire les « principes dirigeants » de son droit national⁶⁵². Ce sont ces principes qui devront, à terme, être mis en cohérence pour former un ensemble homogène – en somme, un système ; et c'est sur ce système seul qu'une éventuelle codification pourra s'appuyer. Négliger ce travail de systématisation pourrait aboutir à l'effacement, voire à la disparition du droit véritable : le droit issu de l'esprit du peuple⁶⁵³. On retrouve ici l'attachement de Savigny à la systématisation. Si la démarche systématique peut faire penser à une rationalisation de la science juridique, il s'agit surtout, dans le cas de Savigny, d'une méthode de reconnaissance du droit véritable : seule une étude systématisée pourra pleinement révéler l'organicité, l'horizontalité, l'historicité du droit. Ainsi, davantage même que l'étude de l'histoire du droit, c'est la systématisation de la science du droit qui intéresse Savigny⁶⁵⁴ ; c'est elle qui peut donner des pistes pour l'avenir de l'ordre juridique. Savigny renforcera d'ailleurs cette perspective plus de vingt ans plus tard, lorsqu'il publiera son œuvre principale, *Système du droit romain contemporain*.

Si l'on se fonde sur la part accordée à l'histoire du droit, la doctrine qui reçoit le plus d'éloges de Savigny est prussienne ; les législateurs qui ont préparé le code prussien ne se sont pas contentés de consulter leurs propres juristes, mais ils ont fait appel à « tous les savants allemands »⁶⁵⁵, et Savigny exhorte le ministère de la Justice à publier les discussions et les travaux produits par ces savants dans le cadre de l'élaboration du code, afin de « remonter à la

⁶⁵² « [...] chaque partie de notre droit comprend des éléments qui font que les autres sont donnés : nous pouvons les appeler les principes dirigeants. C'est l'une des tâches les plus difficiles de notre science que de dégager ces principes et de saisir à partir de là la cohérence interne et le genre de rapport existant entre tous les concepts et principes juridiques, c'est même là ce qui confère à notre travail son caractère proprement scientifique » (F. C. VON SAVIGNY, *De la vocation de notre temps...*, *op.cit.*, p. 88).

⁶⁵³ « Or, si le code prend forme en une époque qui ne maîtrise pas cet art, il en résulte inévitablement les maux suivants. [...] le code va [...] attirer toute l'attention sur lui en la détournant de la véritable source du droit, de telle sorte que celle-ci, réduite à une existence obscure et passant inaperçue, sera privée des forces spirituelles mêmes de la nation, qui seules pourraient lui assurer un statut convenable. [...] il faut aussi considérer la forme du code, car l'auteur du code aura beau avoir totalement pénétré le droit qu'il traite, son travail manquera néanmoins son objectif, s'il ne possède pas en même temps la capacité d'exposer. Il est plus facile de faire sentir à travers des applications réussies ou ratées comment doit être réalisé cet exposé que de formuler des règles générales à ce propos » (*Ibid.*, p. 88 à 89).

⁶⁵⁴ « Rechtsgeschichte kam im "System" so gut wie nicht mehr vor. Und eben hier liegt der naheliegende Anknüpfungspunkt für manche, den eigentlichen Kern der historischen Rechtsschule doch nicht in der Rechtsgeschichte, sondern in einer konstruktiv-systematischen Begriffslehre zu sehen [L'histoire du droit était pratiquement absente du "Système" [*Système du droit romain*]]. Et c'est précisément ici que se trouve le point de contact évident pour certains de voir le noyau réel de l'école historique du droit non pas dans l'histoire du droit après tout, mais dans une doctrine conceptuelle constructive-systématique] » (J. BENEDICT, « Savigny ist tot ! Zum 150 Todestag von Friedrich Carl von Savigny und zu seiner Bedeutung für die heutige Rechtswissenschaft », *JuristenZeitung*, n°22, 2011, p. 1077).

⁶⁵⁵ F. C. VON SAVIGNY, *De la vocation de notre temps...*, *op.cit.*, p. 131.

prime genèse intellectuelle de l'entreprise »⁶⁵⁶. Il n'a aucun doute sur le fait qu'une telle publication fera pencher la balance du côté du code prussien, en démontrant sa supériorité sur le Code Napoléon :

« Ces matériaux doivent être incomparablement plus instructifs que les matériaux imprimés sur le Code [Napoléon], car ces derniers ne concernent généralement que le passage du projet au Code ; ils ne donnent aucun éclaircissement sur l'origine du projet lui-même, ce qui est de loin la chose la plus importante, à moins que l'on ne doive considérer comme de tels éclaircissements les vaines déclamations de la plupart des discours [...] »⁶⁵⁷.

Si certaines parties d'un code sont de piètre qualité, cela est donc dû au mauvais état de la science juridique qui a accompagné à son élaboration. Savigny reprend la notion de « principes dirigeants » du droit national, que la science juridique a pour tâche d'isoler afin de pouvoir les codifier. Tâche qui n'a pas été accomplie correctement par les Français :

« [...] difficile en soi est le choix des dispositions dans les matières effectivement traitées, et partant la découverte des règles qui devront régir à l'avenir la masse des cas particuliers. Ici, il s'agissait d'être soi-même en possession des principes dirigeants, dont dépendent toute la sécurité et toute l'efficacité dans l'activité du juriste, et en quoi les Romains nous tiennent lieu de si grands modèles. Mais précisément de ce point de vue le travail des Français nous apparaît des plus affligeants [...] »⁶⁵⁸.

De façon générale, les propos tenus contre les auteurs français dans le *Vom Beruf* sont particulièrement rudes : les rédacteurs du Code ont hérité de leurs illustres prédécesseurs une littérature déjà émaillée de déformations et d'erreurs, ce qui a mis à mal leurs connaissances historiques. Cette mauvaise compréhension des racines du droit français est un handicap non seulement pour le Code lui-même, mais aussi pour agir en cas de silence, de lacune ou de doute. La littérature juridique française ne peut donc ni jouer un rôle dans la création du droit, ni être un guide pour la pratique :

« La deuxième source qui peut valoir à titre supplétif pour le Code, c'est la théorie scientifique.

⁶⁵⁶ F. C. VON SAVIGNY, *De la vocation de notre temps...*, *op.cit.*, p. 132.

⁶⁵⁷ *Ibid.*

⁶⁵⁸ *Ibid.*, p. 117.

Portalis la décrit une fois de fort belle manière : elle serait comme la mer, les lois en seraient les rivages. En France, à vrai dire, cette mer n'a pas une très grande importance, car une science juridique qui ne repose pas sur de solides connaissances historiques ne fournit à proprement parler que des services de greffier à la jurisprudence »⁶⁵⁹.

Ce triste portrait de la doctrine juridique française et du Code Napoléon amène naturellement Savigny à rejeter ce dernier. Le Code est une « maladie politique désormais surmontée »⁶⁶⁰. Cependant, une fois le code français écarté, Savigny se montre plus conciliant à l'égard des deux autres : le code prussien qui a subsisté durant toute l'occupation française, et le code autrichien qui désormais s'étend à des territoires acquis à l'occasion du Congrès de Vienne, comme par exemple en Lombardie-Vénétie. À propos des États où ils sont déjà appliqués, Savigny n'exige pas leur abrogation, mais il demande à ce que ces codes soient correctement interprétés et appliqués ; pour cela, il revient à la nécessité de l'étude historique du droit⁶⁶¹. Quant aux États où il n'y a pas encore de code, Savigny n'entend pas perturber l'évolution organique du droit ; il préconise de retrouver l'ancien droit, tout en y adjoignant une science juridique puissante afin d'aider à sa compréhension, son interprétation, son application.

Tout cela signifie-t-il que Savigny condamne la codification en tant que telle ? Il s'agit là de l'une des questions centrales que se pose tout lecteur du *Vom Beruf*. Nous ne prétendons pas y apporter une réponse définitive ; nous pouvons cependant remarquer qu'en la matière, l'ouvrage lui-même n'est pas explicite. Quand Savigny condamne le Code civil français, c'est avant tout pour régler ses comptes avec la Révolution et l'envahisseur français, pour tracer sa voie doctrinale et montrer les insuffisances des auteurs et des rédacteurs français. Plus qu'opposée à la codification, l'École historique naissante se définit surtout par son rejet du rationalisme dans ce qu'il peut avoir d'anhistorique. En effet, que ce soit le code prussien, le code autrichien ou le code Napoléon, aucun ne passe complètement le test de la légitimité historique ; aucun de ces peuples n'avait la maturité doctrinale suffisante pour codifier son droit⁶⁶². Il en ressort qu'une codification n'est pas impossible en soi, mais qu'elle est impossible

⁶⁵⁹ F. C. VON SAVIGNY, *De la vocation de notre temps...*, *op.cit.*, p. 123 à 124.

⁶⁶⁰ *Ibid.*, p. 160.

⁶⁶¹ *Ibid.*, p. 160.

⁶⁶² « Si ce jugement sur les trois nouveaux Codes est bien fondé, il constitue une confirmation de mon opinion selon laquelle notre temps n'a aucune vocation à entreprendre la rédaction d'un code, et il s'agit assurément d'une éclatante confirmation » (*Ibid.*, p. 139).

ex nihilo ; elle ne peut naître hors de l’histoire, et ne peut pas non plus exister hors de l’histoire. Elle doit être le fruit d’une doctrine juridique aux connaissances historiques étendues ; doctrine qui, grâce à cette sagesse historique, sera ensuite capable de faire vivre les codes, en les interprétant et en guidant les praticiens dans leur application. Dans la conception de l’École historique, donc, l’étude de l’histoire ne serait pas seulement utile au passé : elle devrait accompagner la législation présente et aider à esquisser la législation future.

Or, c’est à ce niveau qu’apparaît ce que nous pourrions appeler le paradoxe savignien : si l’on suit la logique de Savigny⁶⁶³, seul un peuple parvenu à la parfaite connaissance historique de son droit serait capable de codifier ; mais un peuple qui a atteint un tel stade n’a pas besoin de codifier : il développe et applique naturellement son droit organique. Toute codification future se heurtera donc à un obstacle qui lui est inhérent : sa possibilité signifiera de fait son inutilité. Cette boucle logique, mais auto-contradictoire, peut expliquer l’incertitude de l’historiographie autour de la position de Savigny vis-à-vis de la codification, en ce qu’elle peut donner naissance à plusieurs interprétations subjectives. Savigny rejette-t-il en bloc le principe même de la codification ? La réserve-t-il à un futur idéal dans lequel la civilisation aurait atteint un ordre juridique parfait ? La condamne-t-il par avance en la conditionnant à une situation où elle sera dispensable ? A-t-il utilisé une stratégie discursive pour rester volontairement évasif et se préserver de critiques à venir⁶⁶⁴ ? Le *Vom Beruf* ouvre ces quatre pistes, qui ne sont pas exclusives l’une de l’autre. Choisir supposerait de connaître les intentions de Savigny au moment où il écrit ; mais les indices dont nous disposons, que ce soit sa correspondance ou ses autres écrits, ne suffisent pas à se prononcer de façon certaine. La question d’une codification future garde ainsi une part d’incertitude, comme d’autres sujets abordés par le *Vom Beruf*.

On peut se demander si le *Vom Beruf*, en plus d’être un manifeste contre la codification

⁶⁶³ F. C. VON SAVIGNY, *De la vocation de notre temps...*, *op.cit.*, p. 56 à 57.

⁶⁶⁴ Sylvain Soleil, par exemple, considère que l’apparente tolérance de Savigny à l’idée d’une codification future n’est qu’une posture qui vise à mieux faire accepter sa position, et rallier davantage de lecteurs à la cause de l’École historique. Pour appuyer cette thèse, il s’appuie entre autres sur une recension d’un ouvrage de Meyer, parue en 1831 dans *The American Jurist*. L’auteur de la recension, anonyme, « résume les objections de Savigny à l’égard de la codification et ne se laisse pas abuser par l’idée de l’auteur allemand selon laquelle, un jour, le moment sera venu pour la codification. Avant, ce serait trop tôt. Après, ce sera trop tard... Car « lorsque la civilisation a atteint sa perfection, le maximum de forces et d’intelligence, le besoin d’un code n’est plus ressenti ». Bref, si l’on suivait Savigny, « la seule période où une nation est capable de former un code et où ses jurisconsultes sont capables de le développer et de l’appliquer est celle où il serait inutile » » (S. SOLEIL, « “On the Vocation of our Age...” », *op.cit.*, p. 28).

moderne, n'est pas avant tout un éloge de l'historicité face aux sirènes modernes d'un droit anhistorique. Savigny tente de transformer en atout ce que Thibaut et les auteurs inspirés des Lumières considèrent comme une calamité : la masse colossale de sources du droit accumulée au fil des siècles, elle-même alourdie par le poids de tous les commentaires⁶⁶⁵. Pour l'École historique, le problème des sources du droit n'est pas leur quantité ou leur caractère obscur ; la question réside dans les efforts que les peuples sont prêts à fournir pour comprendre et s'appropriier l'intégralité de leur droit national. Ces efforts passent par une approche scientifique et historique. C'est sans doute là le principal enseignement de l'ouvrage de Savigny : un peuple ne peut pas se détacher de son droit – rappelons la métaphore d'un membre qu'on ne saurait s'amputer. Puisqu'il est impossible pour les juristes d'un pays de se dissocier complètement de leur histoire juridique, il est vital de l'embrasser plutôt que de la fuir ; une idée qui se trouve défendue de façon vibrante dans le *Vom Beruf*.

« Cette matière [notre droit] nous enveloppe et nous conditionne de tous côtés, souvent à notre insu : on pourrait songer à l'anéantir en tentant de rompre tous les liens de l'histoire et en commençant une vie toute nouvelle, mais cette entreprise reposerait sur une illusion. Car il est impossible de réduire à néant la manière de voir et la culture des juristes vivant aujourd'hui ; il est impossible de transformer la nature des rapports juridiques existants ; et c'est sur cette double impossibilité que se fonde l'indissoluble lien organique qui existe entre les générations et les siècles, et entre lesquels on ne peut concevoir qu'une évolution, mais non un terme et un commencement absolu »⁶⁶⁶.

C) L'exception allemande

Le *Vom Beruf* se projette au-delà de la controverse sur la codification. En écrivant son pamphlet, Savigny entend construire une méthode d'étude du droit, et ouvrir une nouvelle voie pour la doctrine nationale. Son opuscule enjoint les auteurs à réfléchir sur leur rôle dans l'ordre juridique – dans la compréhension de son passé, dans son application présente, puis dans son évolution future. L'opuscule de Savigny semble donc complet : une fois repoussé le

⁶⁶⁵ « Si nous considérons en effet notre situation telle qu'elle est, nous nous trouvons au milieu d'une masse prodigieuse de concepts et d'opinions juridiques qui se sont transmis et accumulés de génération en génération. Telles que sont aujourd'hui les choses, nous ne possédons ni ne maîtrisons cette matière, mais nous sommes au contraire déterminés et pressés par elle malgré nous. C'est là la raison de toutes les plaintes sur l'état présent de notre droit, dont je ne méconnais pas le bien-fondé, et c'est à partir de là que se sont élevés tous les appels à des codes » (F. C. VON SAVIGNY, *De la vocation de notre temps...*, *op.cit.*, p. 145).

⁶⁶⁶ *Ibid.*, p. 145 à 146.

rationalisme de la codification moderne, on y trouve une des propositions positives, une vision pour le futur du travail doctrinal allemand, et un constat de la situation doctrinale européenne. De fait, ses successeurs n'ont pas cherché à discuter ou à faire des ajouts aux notions qu'il a posées, tels que le *Volksgeist* ou la systématisation de la science juridique. Le résultat peut être jugé regrettable : plusieurs auteurs historicistes de l'époque n'ont ainsi pas été étudiés, réédités ou traduits. Cela peut expliquer que le nom de Savigny soit le premier et quasiment le seul à émerger lorsque l'on évoque l'École historique. L'historiographie allemande elle-même commence à réaliser cette lacune dans l'étude de sa propre doctrine, comme le note Hans-Peter Haferkamp lorsqu'il conclut son ouvrage récent sur l'École historique⁶⁶⁷.

C'est pourquoi, non seulement la querelle entre Rehberg, Thibaut et Savigny, mais encore la thèse et le programme proposés par ce dernier occupent une place à part dans la façon de penser les codes français en fonction de l'actualité politique. Ailleurs, dans l'Europe encore occupée ou dans l'Europe déjà libérée ou proche de la libération, il n'existe aucune voix comparable à celle de Savigny et des siens : soit on continue à expliquer les codes français, soit on les passe sous silence pour ne pas insulter l'avenir ou parce qu'on s'intéresse au droit de façon théorique et non technique. La controverse allemande se saisit de la question des codes français dans une logique différente. Une formule pourrait à elle seule signifier la façon savignienne de concevoir le code français : c'est, dit-il, un cancer qui ronge l'Allemagne. Il associe ainsi la méthode codificatrice, le contenu du code et son utilisation politique à une maladie de l'organisme social qui, par le mécanisme des métastases, se répand dans le corps jusqu'à la mort du malade. Il ne s'agit donc ni de le commenter, ni de le passer sous silence, mais d'opérer le patient, c'est-à-

⁶⁶⁷ « Dabei wurden zwei Probleme deutlich: Erstens wurde die Frage nach der Historischen Rechtsschule als Schulzusammenhang seit Ernst Landsberg 1910 nicht mehr gestellt, weil seit den 1920er Jahren in Deutschland eine weitgehende Identifizierung der Schule mit Friedrich Carl von Savigny stattfand. Im Zentrum des Schulbildes stand der Kodifikationsstreit, Savignys Schulaufuf von 1815 und der "Beruf" als Programm der Schule. Von hier aus wurde die Schule bestimmt, andere Autoren fanden nahezu keine Beachtung. Daraus resultierten erstaunliche Defizite der Forschung. Während für Savigny inzwischen weite Teile auch seiner unverliegen über die meisten anderen Anhänger der Historischen Rechtsschule nahezu keine Untersuchungen vor. Die Historische Rechtsschule wird bisher mit Savigny identifiziert, als Schule ist sie weitgehende terra incognita [Deux problèmes sont apparus : d'abord, la question de l'École historique de droit en tant que contexte scolaire n'a pas été soulevée depuis Ernst Landsberg en 1910, parce que depuis les années 1920 en Allemagne il y avait une identification répandue de l'école avec Friedrich Carl v. Savigny. Au centre de l'image de l'école se trouvent la controverse sur la codification, l'appel de Savigny de 1815 et la profession comme programme de l'école. À partir de là, l'École a été déterminée, les autres auteurs n'ont reçu presque aucune attention. Cela a entraîné des déficits étonnants dans la recherche. Alors que, pour Savigny, de grandes parties de ses textes inédits, en particulier sa correspondance et ses conférences, ont été éditées, il n'existe pratiquement aucune étude sur la plupart des autres adeptes de l'École historique de droit. L'école historique de droit à jusqu'à présent été identifiée à Savigny, mais en tant qu'école, elle est largement *terra incognita*] » (H.-P. HAFERKAMP, *Die Historische...*, *op.cit.*, p. 325).

dire les territoires allemands et, plus généralement, l'espace européen contaminé. Si l'on synthétise, Savigny et son école naissante proposent premièrement d'expliquer scientifiquement les vices du code français, deuxièmement de diffuser leurs critiques par des ouvrages et les revues, troisièmement de faire abroger le code partout où il a été transféré ou transposé, quatrièmement d'inaugurer une autre voie juridique en Allemagne.

En 1813, une caricature paraît à Amsterdam. Intitulée *Napoléon dans la presse*⁶⁶⁸, elle dépeint Napoléon Bonaparte, paré de ses regalia – manteau d'hermine rouge brodé d'abeilles, couronne de lauriers, main de justice et croix de la Légion d'honneur – coincé sous la presse d'une machine d'imprimerie. La presse est actionnée par quatre hommes de gauche à droite, un Autrichien, un Anglais, un Prussien et un Russe. Écrasé, l'Empereur vomit des papiers : les noms des pays qu'il a annexés, dont la Hollande, l'Espagne, des États allemands et la Pologne. En arrière-plan, des soldats français prennent la fuite avec leurs drapeaux, brodés de mots évoquant ce que l'Empire a tenté d'imposer en territoire conquis : « Manufacture impériale » ou encore le droit fiscal, décrit sous le nom de « Droit Réunis »⁶⁶⁹.

⁶⁶⁸ Il s'agit d'un double-sens : « *presse* » signifie ici à la fois la machine d'imprimerie et la presse en tant que média d'information. Le dessinateur transcrit le travail de propagande accompli par la Coalition : Napoléon est littéralement écrasé par les journaux et productions satiriques qui le caricaturent abondamment durant cette période. Le jeu de mots est repris dans une version reproduite de moindre qualité conservée à la Bibliothèque Nationale de France ; dans cette copie, les drapeaux des « manufactures » et des « droits réunis » ne sont pas emportés par des soldats en fuite, mais écrasés sous le talon du soldat russe. Voir ANONYME, « La Presse des Alliés », *Collection de Vinck. Un siècle d'histoire de France par l'estampe, 1770-1870*, vol. 73, 1813.

⁶⁶⁹ ANONYME, *Napoleon in de pers*, 1813, Hollande, conservé au Rijksmuseum, Atlas van Stolk 6261, FMH 5914-b.



Anonyme, Napoleon in de pers, 1813. Suivent quatre vers : « Qu'est-ce qu'il est maintenant pressé, que ses côtes craquent, / Obligé de vomir tous les biens volés / Il déborde de dépit, mais cela ne l'aide pas, / Comme il voit son délire orgueilleux révélé ».

Cette caricature de 1813 témoigne d'une unité dans l'opposition au système européen voulu par Napoléon : les Anglais font de Bonaparte le héros ridicule d'une série de chants⁶⁷⁰ ; les Allemands le dessinent en enfant bercé par le Diable⁶⁷¹ ; les Espagnols dépeignent toute sa famille sous les traits de mendiants intéressés⁶⁷². Cette ébullition de la production satirique

⁶⁷⁰ « Ils ont mis le feu à sa queue, alors Boney s'enfuit. Ô pauvre Boney, Boney à longue tête, Boney aux jambes courtes, nous t'aurons bientôt maintenant. » : telles sont, parmi d'autres, les paroles triviales que l'on peut lire sur les *broadside*s distribués dans leurs rues anglaises en 1813. Sur l'identité de « Boney », peu de mystère : Napoléon Bonaparte vient d'être défait par les coalisés à Leipzig. ANONYME, *Bonaparte's Mistake at Germany*, Harding 25, n°247, 1813. On peut aussi mentionner par exemple *The Devil's Own Darling* (1814), *The Corsican Tyrant* (1814) ou encore *Boney's Total Defeat, and Wellington Triumphant* (1815). Voir le site *Broadside Ballads Online from the Bodleian Libraries* [en ligne].

⁶⁷¹ ANONYME, *Das ist mein lieber Sohn an dem ich Wohlgefallen habe* (« Voici mon fils bien-aimé, qui m'a tant réjoui »), 1813-1814, dessin allemand. Conservé au British Museum, 1989, 1104.120.

⁶⁷² « Écoutez Talleyrand, voici mes proches ; faites-les travailler et enrôler dans la Légion d'honneur » (ANONYME, *Caricature de la famille de Napoléon*, conservée à la Bibliothèque digitale Mémoire de Madrid, numéro d'inventaire 4652, entre 1808 et 1821).

traduit une réalité : l'occupation française a provoqué, partout où elle s'est établie, le ressentiment des populations – plus ou moins viscéral selon la contrée, mais toujours bien réel. La littérature juridique entre 1811 et 1814 s'inscrit donc dans des pays qui partagent la même situation : l'irruption forcée, dans leur ordre juridique, d'un droit étranger qui a connu une Révolution. Or une dynamique doctrinale existait en Europe avant l'occupation française. En effet, les doctrines des pays concernés connaissaient déjà des situations similaires à celle qu'elles ont eu à affronter à la libération. Elles devaient déjà réfléchir aux contours de leur droit national, et ces contours se concevaient en réaction – ou en adéquation – avec des sources juridiques existantes. Cette littérature juridique avait déjà deux mobiles principaux et antagonistes : d'un côté, la défense des traditions juridiques nationales face à l'homogénéisation et la modernisation du droit ; de l'autre, la volonté de rationaliser le droit.

C'est pourquoi la littérature juridique dans l'Europe en voie de libération ne s'organise pas toujours autour de la codification française et des codes eux-mêmes. Plus libres qu'on ne pourrait le croire, nombreux sont les auteurs qui tiennent à distance le droit français pour continuer à traiter de sujets doctrinaux qui étaient à la mode au moment où les Français ont occupé leurs territoires respectifs. La logique de l'occupation suggérerait plutôt une littérature pratique, complaisante à l'égard des codes français, puisqu'ils entrent en vigueur çà et là. Tout au plus, pouvait-on imaginer des auteurs en retrait à l'égard de l'actualité juridique. Mais il était difficile d'imaginer que, partout dans l'Europe occupée, les auteurs avaient pu poursuivre des études, continuer des controverses et professer des opinions doctrinales qui, mettant de côté les codes français, plaçaient au cœur des préoccupations leur droit national ou, indépendamment du droit français, le droit romain, les projets juridiques des Lumières et les réformes initiées antérieurement. Dans cette perspective doctrinale, c'est comme si les codes français et la codification à la française étaient des éléments inscrits certes dans l'actualité juridique, mais aussi dans une perspective beaucoup plus large et beaucoup plus longue qui permet d'en minimiser le périmètre juridique réel.

Après avoir dressé un paysage européen de la littérature juridique autour des codes napoléoniens dans les dernières années de l'occupation française, une question se pose naturellement à nous : existe-t-il un moyen de regrouper ce paysage sous une description brève et homogène ? La réponse est a priori négative. En effet, à première vue, l'éparpillement des doctrines européennes, des voies qu'elles empruntent et des inspirations qu'elles choisissent

d'invoquer, va de pair avec l'incertitude politique de l'époque. Certes, la production doctrinale était déjà abondante au siècle précédent en Europe ; on y trouvait des représentants des Lumières, des conservateurs, des pragmatiques ; les auteurs réfléchissaient déjà aux contours de leur droit national, et voyaient dans cet exercice théorique un réel intérêt politique. Tous partaient de leur tradition juridique nationale – une tradition qui leur était propre, faite de droit romain, de coutume, de droit canonique.

Mais les conquêtes napoléoniennes ont fait de l'entrée dans le XIX^e siècle une période charnière pour la littérature juridique : la tentative de sujétion forcée de plusieurs pays européens, au même moment, à un même système de codification moderne aux visées assimilationnistes, crée une configuration juridique inédite. Imprégnés de controverses et de courants préexistants, les auteurs européens doivent affronter un nouveau facteur : il leur faut désormais prendre en compte les codes français. L'occupation française, quoique brève, a ajouté un degré de complexité à un paysage doctrinal déjà riche. Entre 1814 et 1825, entre la censure, les bouleversements politiques et des évolutions juridiques inédites, la littérature juridique des pays libérés est fragmentée à l'extrême, car elle dépend de la conjoncture européenne et des convictions personnelles des auteurs. Dans le même temps, les codes français forment un centre de gravité commun ; les auteurs d'Europe libérée sont obligés, ouvertement ou silencieusement, de décider quel sera pour eux le destin de la codification française.

Partie II. Le destin de la codification à la française dans la littérature juridique européenne des restaurations

« Habitants de Paris ! [...] Depuis vingt ans l'Europe est inondée de sang et de larmes. [...] Les souverains alliés cherchent de bonne foi *une autorité salubre en France*, qui puisse cimenter l'union de toutes les nations et de tous les gouvernements. [...] C'est dans ces sentiments que *l'Europe en armes* devant vos murs s'adresse à vous »⁶⁷³.

Tel est le ton de la proclamation qui est affichée, le vendredi 1^{er} avril 1814, « dans tous les journaux » et « aux coins des rues »⁶⁷⁴. Les puissances alliées, par l'intermédiaire de leur représentant le maréchal-prince de Schwarzenberg⁶⁷⁵, veulent répandre au maximum la nouvelle : la bataille de Paris a été gagnée la veille. L'incertitude est terminée : c'est la fin de l'Empire français. Deux intérêts peuvent être dégagés de ce discours, tant sur le fond que sur la forme : sur le fond, on peut y lire les aspirations des alliés ; sur la forme, on remarque une évolution brutale de la presse nationale et donc, du relais de l'opinion publique. En l'occurrence, tous deux se rejoignent.

Les alliés souhaitent donner l'image de vainqueurs magnanimes. Le comte de Nesselrode⁶⁷⁶, représentant du Tsar Alexandre, ordonne au préfet de police la libération des prisonniers de

⁶⁷³ Ch.-Ph. DE SCHWARZENBERG, *Le Moniteur Universel* [en ligne], n°91, 1^{er} avril 1814, p. 1.

⁶⁷⁴ *Ibid.*

⁶⁷⁵ Karl Philipp de Schwarzenberg (1771 à Vienne – 1820 à Leipzig) se distingue à la guerre dès ses dix-huit ans ; il n'en a pas trente quand il est nommé *feld-maréchal-lieutenant*. Ses hauts faits se multiplient durant les guerres napoléoniennes ; ambassadeur pour Napoléon (il s'occupera de son mariage avec Marie-Louise d'Autriche), il reprend les armes lors de la campagne de Russie, d'abord sous les ordres de Napoléon, puis contre lui, quand l'armée autrichienne se retourne contre l'Empereur. Il joue un rôle capital dans la campagne de France et, à terme, dans la prise de Paris en 1814. Voir Ch. MULLIÉ, *Biographie des célébrités militaires des armées de terre et de mer de 1789 à 1850*, Paris, 1852, p. 527.

⁶⁷⁶ Karl Vassilievitch de Nesselrode (1780 à Lisbonne – 1862 à Saint-Pétersbourg) fait ses études à Berlin, mais dans les traces de son père ambassadeur de Russie, il entame sa carrière dans ce pays. D'abord soldat de la marine impériale et aide de camp de Paul I^{er}, Nesselrod devient diplomate sous le règne d'Alexandre I^{er}. Il joue un rôle clé lorsqu'il prend un poste à Paris en 1807 ; en effet, il communique au Tsar les détails de préparations militaires faites en secret par Bonaparte. Il participe au congrès de Vienne en 1814 et en 1821, il est nommé Ministre des Affaires étrangères ; il est en partie responsable de l'isolement diplomatique progressif de la Russie, par ses mauvais choix d'alliances et sa défaite dans la guerre de Crimée. Voir H. П. ТАНЫШИНА (N. P. TANSHINA), *К. В. Нессельроде. Искусство быть дипломатом* (K. V. de Nesselrode. *L'art d'être diplomate*), Saint-Pétersbourg, Éditions Eurasie, 2021.

guerre ; les alliés promettent de ne pas causer davantage de troubles à Paris⁶⁷⁷. Ni Napoléon, ni son titre ne sont clairement mentionnés dans la déclaration. Les alliés y font allusion cependant ; Bonaparte est désigné comme « obstacle insurmontable à la paix », pierre angulaire d'un gouvernement qui opprimait les Français avant d'opprimer l'Europe⁶⁷⁸. La volonté des alliés est donc double : oublier le passé – notamment en se détachant de l'ombre napoléonienne, et préparer l'avenir – en rassurant la population le temps que se négocient les conditions définitives de l'abdication.

La publication de la proclamation dans le *Moniteur Universel*, colonne vertébrale de la presse française à l'époque, laisse deviner un basculement dans la manière dont les événements sont communiqués au public à la charnière entre mars et avril 1814. Jusqu'alors, le *Moniteur*, organe de propagande napoléonienne, ne se privait pas de nier ou de minimiser la progression de la Coalition. La bataille de Leipzig et les jours suivants reçoivent un traitement semblable à celui de la guerre d'indépendance espagnole : les rapports de l'étranger témoignent des échecs des adversaires et de la force toujours intacte de l'Empire ; les défaites de la Grande Armée sont entièrement ignorées. Jusqu'à la date fatidique de la bataille de Paris, le *Moniteur* considère invariablement les coalisés comme des « ennemis ». On peut cependant remarquer la montée d'une certaine fébrilité. Les envolées patriotiques et les manifestations de loyauté à l'égard de l'Empire se multiplient dans les colonnes du *Moniteur*, qui retranscrit par exemple un extrait du *Courrier Milanais* du 19 octobre 1813 :

« S. M. l'Impératrice a dit au Sénat de France : *Je connais mieux que personne ce que nos peuples auraient à redouter s'ils se laissaient jamais vaincre.* [...] Elle a passé ses premières années, entourée de ceux-là mêmes qui ont excité son père à porter encore une fois les armes contre nous⁶⁷⁹.

⁶⁷⁷ « La conservation et la tranquillité de votre ville, seront l'objet des soins et des mesures que les alliés s'offrent de prendre avec les autorités et les notables qui jouissent le plus de l'estime publique : aucun logement militaire ne pèsera sur la capitale » (Ch.-Ph. DE SCHWARZENBERG, *Le Moniteur...*, *op. cit.*)

⁶⁷⁸ *Ibid.*

⁶⁷⁹ Le contexte est particulier : Marie-Louise d'Autriche (1791 à Vienne – 1847 à Parme) a été donnée en mariage à Napoléon par son père, l'empereur François Ier d'Autriche, suite à la défaite autrichienne à Wagram en 1809. Le mariage est censé cimenter le traité de Schönbrunn conclu la même année. Marie-Louise n'est pas aimée des français ; elle-même se souvient que ce pays a exécuté sa grand-tante, Marie-Antoinette, il y a un peu moins de vingt ans. Dans son discours au Sénat, Marie-Louise, alors régente en l'absence de Napoléon, évoque le retournement des Autrichiens contre la Grande Armée durant la campagne de Russie. L'impératrice se trouve en quelque sorte entre le marteau et l'enclume – entre son pays de naissance et son pays d'adoption. Après la capitulation en 1814, elle décide de ne pas suivre son mari en exil, malgré les critiques violentes de l'opinion publique, et se réfugie à Vienne avec son fils. Le congrès de Vienne lui octroie le titre de duchesse de Parme,

Elle l'a dit. *Elle sait mieux que personne les sentiments dont ils sont animés, le sort qu'ils nous feraient subir s'ils parvenaient à nous vaincre.* Italiens ! Si les sentiments dont nos ennemis sont animés doivent exciter le courage et la résistance des Français, combien parlent-ils encore plus haut à notre patriotisme et à notre valeur ? »⁶⁸⁰

Le ton change le 1^{er} avril 1814. Au niveau temporel, tout d'abord : les informations pouvaient souffrir de délais durant la campagne de France – le *Moniteur* publiait des rapports quelques jours après leur rédaction ; mais l'arrivée des troupes coalisées à Paris conduit à un suivi des événements quasi en direct. Au niveau formel, ensuite : à partir de la proclamation, les « ennemis » sont désormais appelés « alliés », l'utilisation de majuscules est abandonnée pour le mot « empereur ». Si le *Moniteur* devient le seul journal officiel du gouvernement provisoire par arrêté du 3 avril 1814, on y retrouve néanmoins le double objectif des puissances européennes, tant pour le passé que pour l'avenir. Une fois que le Sénat déclare par décret la déchéance de l'Empereur Napoléon et de sa famille, ce dernier n'est plus désigné comme « héros » de la France, mais comme « celui qui l'a ravagée »⁶⁸¹. La trahison de Bonaparte est également mise en avant dans une retranscription de l'audience donnée par le Tsar au Sénat : « Un homme qui se disait mon allié [...] est arrivé dans mes États en injuste agresseur ». Tout en s'éloignant de l'ancien empereur, le *Moniteur* se projette vers l'avenir. L'acte d'abdication de Napoléon est simplement recopié en un paragraphe au début du numéro du 12 avril⁶⁸² ; le reste est consacré à décrire des scènes d'apaisement et de communion nationale. L'accent est mis sur les intentions pacificatrices des coalisés, dont les interactions respectueuses avec les Français sont volontiers rapportées. Ainsi le *Moniteur* décrit-il la cérémonie qui a suivi l'abdication de Napoléon, à laquelle étaient présents les souverains de Russie, de Prusse et

Plaisance et Guastalla. Alors âgée de 24 ans, Marie-Louise applique une gouvernance éclairée qui lui vaut la sympathie des Parmesans. A son sujet, voir F. HERRE, *Maria Luigia. Il destino di un'Absburgo da Parigi a Parma*, Milan, Mondadori, 1997.

⁶⁸⁰ ANONYME, *Le Moniteur Universel* [en ligne], n°299, 26 octobre 1813, p. 1. On peut également citer l'adresse de la ville de Gournay à l'Impératrice suite à son discours au Sénat, dans le numéro suivant : « Madame, au récit de ce qui s'est passé dans le Sénat [...], toutes les âmes françaises se sont émues, la jeunesse guerrière vole aux armes, et l'Empire ne compte plus un sujet qui ne brûle du désir de défendre le trône, la patrie et l'honneur. [...] Non, il ne sera pas vaincu le peuple que NAPOLÉON a élevé jusqu'à un si haut degré de splendeur et de gloire, qui a déjà fait tant de sacrifices pour son indépendance, qui n'a porté ses armes chez nos ennemis que pour assurer la civilisation de l'Europe, et qui associe ses destinées à celle d'un héros dont la postérité doit un jour cimenter son bonheur ». E. L. DESTABENRATH MARC, A. LABBÉ, *Le Moniteur Universel* [en ligne], 27 octobre 1813, p. 1.

⁶⁸¹ GOUVERNEMENT PROVISOIRE, *Le Moniteur Universel* [en ligne], n°93, 3 avril 1814, p. 1.

⁶⁸² « Les puissances alliées ayant proclamé que l'Empereur Napoléon était le seul obstacle au rétablissement de la paix en Europe, l'Empereur Napoléon, fidèle à son serment déclare qu'il renonce, pour lui et ses héritiers, aux trônes de France et d'Italie, et qu'il n'est aucun sacrifice personnel, même celui de sa vie, qu'il ne soit prêt à faire à l'intérêt de la France ». NAPOLÉON, *Le Moniteur Universel* [en ligne], n°102, 11 avril 1814, p. 1.

d'Autriche :

« [...] Paris en conservera un ineffaçable souvenir : aucun de ses citoyens ne pourra oublier ce jour, où dans nos murs préservés par la sagesse et la magnanimité des souverains moins conquérants que libérateurs, des armées victorieuses et protectrices et une immense population, se livrant à l'espoir du plus heureux avenir, se sont réunis pour rendre grâces au Ciel d'avoir écouté les vœux de l'humanité, et secondé les généreux efforts de nos alliés pour la restauration de la France, le rétablissement de l'antique Maison de ses Souverains et la paix du Monde »⁶⁸³.

La paix est le but premier recherché par les puissances européennes ; et pour espérer la paix, il est urgent de rétablir une stabilité en Europe. Le Congrès de Vienne s'ouvre le 18 septembre 1814, durant lequel deux opinions s'affrontent sur la place que doit occuper la France. Pour la Russie et l'Autriche, toute stabilité est impossible sans une France solide⁶⁸⁴ ; il faut donc, au maximum, éviter d'écraser le pays et sauvegarder sa dignité. Pour la Prusse et l'Angleterre, il faut au contraire achever l'ennemi tant qu'il est à terre ; il faut priver la France, dangereuse matrice de la Révolution puis de Bonaparte, de tout moyen de rétablissement pour au moins dix ans⁶⁸⁵. Leur conviction se renforce lors des Cent-Jours ; selon les Prussiens notamment, en accueillant Napoléon de retour de l'île d'Elbe, les Français confirment qu'ils n'ont jamais eu l'intention de se débarrasser de leur tyran et qu'ils seraient prêts à le suivre de nouveau. La France n'échappe pas à l'occupation militaire cette fois-ci, et la population subit de nombreuses exactions par les armées coalisées.

Cependant, les Cent-Jours n'empêchent pas le Congrès de Vienne de poursuivre son travail en gardant comme objectif central l'équilibre européen. Si la plupart des forces en présence – plus de quatre-cents princes et diplomates – profitent surtout de cette réunion sans précédent pour s'adonner à des mondanités, les quatre principaux vainqueurs de Napoléon s'attèlent à redessiner concrètement l'Europe. L'acte final du Congrès est signé le 9 juin 1815, neuf jours avant la bataille de Waterloo. La France est « sécurisée » par la création d'États tampons à ses

⁶⁸³ ANONYME, *Ibid.*

⁶⁸⁴ « [...] il est juste, il est sage de donner à la France des institutions fortes et libérales qui soient en rapport avec les lumières actuelles. Mes alliés et moi nous ne venons que protéger la liberté de vos décisions » (Transcription de l'audience d'Alexandre Ier devant le Sénat, *Le Moniteur Universel* [en ligne], n°93, 3 avril 1814, p. 1).

⁶⁸⁵ Н. П. ТАТЬШИНА (N. P. TANSHINA), « Русско-французский диалог в годы оккупации Франции союзными войсками. 1814–1818 гг. » (« Le dialogue franco-russe durant l'occupation de la France par les troupes coalisées, 1814-1818 »), *Французский ежегодник 2018: Межкультурные контакты в период иностранной оккупации (L'annuaire français 2018 : les contacts interculturels durant une occupation étrangère)*, 2018, p. 220 s.

frontières. Il s'agit de retrouver la relative pérennité de l'Ancien Régime : l'Europe du Congrès de Vienne est avant tout une Europe des restaurations, remettant sur le trône de nombreuses familles royales. En cela, le congrès ne prend pas en compte les multiples revendications nationalistes et libérales qui sont apparues par opposition à Napoléon durant l'occupation⁶⁸⁶.

Cette tension entre volonté de stabilité et aspiration au changement se traduit, entre autres, dans le domaine juridique. En effet, le départ des Français laisse en suspens le maintien des codes de Napoléon dans les pays libérés. Dans les années qui suivent les restaurations, la codification est donc d'actualité, soit qu'on veuille l'abolir et revenir à l'Ancien Régime juridique, soit qu'on souhaite le maintien des codes français, soit qu'on veuille utiliser leur modèle pour codifier le droit national, soit qu'on en rejette le principe au profit d'une nouvelle science du droit. La littérature juridique traduit une hésitation permanente entre volonté de modernisation du droit et nostalgie de l'ancien ordre juridique, tension d'autant plus visible que le départ des Français permet souvent une libération de la production doctrinale.

En effet, on remarque une inversion à la fois quantitative et substantielle au sein de la littérature juridique européenne, entre les dernières années de l'occupation française, et celles qui suivent la fin de l'Empire. La première période étudiée montre une littérature partagée entre deux courants majoritaires : des ouvrages explicatifs et exégétiques des codes français, rendus nécessaires par les besoins immédiats de la pratique, et d'autre part, des textes de théorie plus générale qui semblent poursuivre un calendrier éditorial éloigné des codes – comme si ces derniers étaient considérés comme un épiphénomène. Parmi ceux-ci, des ouvrages s'interrogeant sur la modernisation du droit national, et des travaux nostalgiques de la tradition juridique. Durant la seconde période, les blocs au sein de la littérature juridique se répartissent différemment : les ouvrages didactiques sur les codes ne sont plus immédiatement utiles à la pratique du droit, et leur nombre s'amenuise – ils sont parfois remplacés par des ouvrages sur le caractère rétroactif du droit français, visant à prendre en compte la parenthèse durant laquelle, par exemple, des contrats ont été conclus sous l'empire des codes. En parallèle, les ouvrages de théorie générale évoluent : les codes français deviennent l'un des modèles examinés durant la mise au programme de la codification du droit national ; pour les nostalgiques de la tradition juridique, la codification française devient un modèle-repoussoir, et la nostalgie semble se muer

⁶⁸⁶ J.-O. BOUDON, *La France et l'Europe de Napoléon*, Paris, Armand Colin, 2006, p. 309 à 312.

en réaction – voire en création, comme nous le verrons dans le cas de la *Zeitschrift*. On trouve donc, en bref, un bloc de textes sur les questions transitoires, un bloc de textes pro-modernisation du droit et pro-codification, et un troisième bloc réactionnaire, anti-codification.

Dans tous ces cas, les textes s'interrogeant sur la réforme du droit intègrent les codes français dans un raisonnement comparatif : ceux-ci deviennent l'une des voies à prendre en compte dans l'esquisse du futur ordre juridique national. Car au-delà des opinions en elles-mêmes, la méthodologie qu'elles utilisent, le rôle qu'elles se donnent au sein de leur ordre juridique national, l'échange de leurs idées témoignent d'un fait nouveau : les auteurs de l'Europe libérée connaissent et pratiquent la comparaison juridique. Pour étudier, comprendre, défendre ou contrer un système, ils n'hésitent pas à le réduire à quelques traits saillants : en cela, ils créent des modèles et les utilisent en tant que méthode de simplification conceptuelle. Dans ce contexte, la codification française joue un rôle de modèle de référence, positif ou négatif ; mais elle a aussi une fonction de mise en dialogue des divers courants doctrinaux en Europe : à partir de la même référence, les auteurs comparent, les idées circulent, les réseaux se constituent, avec des méthodes qui sont méconnues en France et qui, souvent, la contournent.

À un premier niveau de lecture, on constate donc que la codification française, de façon explicite ou implicite, occupe l'espace doctrinal car la question qui se pose, pour les auteurs réactionnaires comme pour les auteurs favorables au legs français, est celle de l'avenir immédiat des textes qui ont été promulgués et que l'on a commencé à appliquer. Faut-il les abroger ? Les maintenir ? Faire un tri ? Or, à l'époque, cette question renvoie nécessairement aux avantages et aux inconvénients de la codification du droit : qu'ils en rejettent ou qu'ils en défendent le principe, la majorité des auteurs réfléchissent à partir de la codification française, sa logique, sa forme, son contenu, dans les domaines du droit civil, du droit du commerce et du droit commercial. Cette réflexion, d'un bout à l'autre de l'Europe libérée, assure le destin de la codification française dans la littérature des années 1814-1820 (Titre III). À un second niveau de lecture, toute cette production scientifique s'articule et se développe selon un schéma nouveau et cohérent. Les auteurs, pour en arriver à opter pour ou contre la codification, utilisent en effet des méthodes comparatives voisines. Leur souci commun est de penser l'avenir du droit, d'opérer une modernisation. Aussi la mode est-elle à la comparaison du système français à d'autres systèmes juridiques pour en tirer des modèles à suivre ou à écarter. Cette logique a deux conséquences pour l'évolution de la pensée juridique dans l'Europe du premier XIX^e

siècle. D'une part, elle aboutit à fabriquer des modèles, à les catégoriser, à les enrichir, à les louer ou à les critiquer. D'autre part, elle conduit à faire circuler les réflexions juridiques en Europe, à créer une émulation et les bases d'une pensée juridique commune (Titre IV). Pour mettre en lumière ces phénomènes, la méthode de l'échantillonnage cède la place à celle des choix : nous assumerons le choix d'ouvrages ou d'auteurs très spécifiques, qui occupent une place intellectuelle propre. Soit parce qu'ils forment un chaînon avec la doctrine ultérieure ; soit parce qu'ils cherchent à convaincre face à un public hésitant ; soit parce qu'ils sont des chambres d'écho pour un auteur étranger majeur. Sans eux, la photographie de la littérature juridique de l'époque ne serait pas complète.

Titre III. La codification à la française et les débats sur le maintien du droit napoléonien

L'historiographie européenne nous enseigne que les défaites françaises sur tous les fronts s'accompagnent partout d'une revendication unanime : en finir avec le système français, revenir aux institutions et au droit d'Ancien Régime⁶⁸⁷. Aussi serait-il tentant de croire que les jurisconsultes, les éditeurs et les revues excluent désormais les codes français de leurs projets par un réflexe de réaction juridique. La réalité éditoriale est plus nuancée.

On observe ainsi un certain nombre d'auteurs, partout en Europe, qui promeuvent la codification du droit – et par extension, la codification à la française. Les raisons de cette opinion, a priori surprenante, sont multiples ; si les arguments utilisés pour promouvoir la codification du droit révèlent un contexte propre aux pays libérés, les discussions autour de mécanismes spécifiques au sein des codes rejoignent, quant à elles, des discussions semblables qui ont lieu au même moment en France (*Chapitre V – La mise au programme de la codification*). Il ne faut cependant pas nier qu'une partie de la littérature juridique rejette la codification du droit. Pour ces auteurs, le départ des Français permet de réaffirmer la légitimité de leur ancien droit national ; voire de transformer la réaction en création, en assurant l'essor d'une troisième voie : le *rechtswissenschaft* qui se déploie désormais dans les ouvrages, les revues et les échanges intellectuels (*Chapitre VI – La mise à distance de la codification*).

⁶⁸⁷ Y.-M. BERCÉ, *La fin de l'Europe napoléonienne. 1814 : la vacance du pouvoir*, Paris, Henri Veyrier et Kronos, 1990 ; B. SIMMS, « The Eastern Empires from the Challenge of Napoleon to the Restoration, c.1806-30 », *Themes in Modern European History. 1780-1830*, Londres, New-York, Routledge, 1994, p. 96 s. ; M.-R. DI SIMONE, *Istituzioni e fonti normative in Italia dall'Antico Regime al Fascismo*, Turin, Giappichelli, 2007, p. 145 s. ; I. SOFFIETTI, « La Restauration dans le royaume de Sardaigne : un conflit de rémanences », *Bibliothèque de l'Ecole des Chartes*, vol. 156, n°1, 1998 ; M. ORTOLANI, « Les conséquences de l'occupation française du Comté de Nice (1792-1814) », *Cahiers de la Méditerranée*, n°74, 2007, p.39 à 71 ; J.-Ph. LUIS, « L'influence du modèle napoléonien en Espagne (1814-1815) », *Annales historiques de la Révolution française*, n°336, 2005, p. 199 s. ; J.-R. SURATTEAU, « La Suisse », *Occupants et occupés 1792-1815*, Bruxelles, ULB, 1969, p. 165 s. ; I. HERRMANN, *Genève entre République et canton. Les vicissitudes d'une intégration nationale (1814-1846)*, Laval, Presses Universitaires de Laval, 2003 ; A. PADOA-SCHIOPPA, « Dal Code Napoléon al Codice Civile del 1942 », *Il Codice Civile. Mélanges Passarelli*, Rome, Accademia Nazionale dei Lincei, 1993, p. 43 s. ; T. NIPPERDEY, *Deutsche Geschichte 1800-1866. Bürgerwelt und starker Staat*, Munich, Beck, 1983 ; A. KLIMASZEWSKA, « Une transposition inachevée. L'exemple du Code de procédure civile français dans le duché de Varsovie et le royaume de Pologne », *Que faire...*, op. cit., p. 163 s.

Chapitre V. La mise au programme de la codification

Le départ des Français laisse les pays d'Europe dans une situation d'instabilité. Entre le retour des anciens maîtres et le maintien des nouvelles élites, la question principale est de savoir ce qui sera maintenu de l'ordre institutionnel et juridique transposé par l'occupant et ce qui sera abrogé. Au milieu de ce gué, de nombreux auteurs proposent la voie de la codification. Plusieurs raisons peuvent y concourir. En premier lieu, la sécurité juridique apparaît à certains comme une donnée fondamentale, ce qui les conduit à désigner les codes comme autant de moyens de protéger l'ordre public, de garantir les rapports entre commerçants ou entre particuliers et d'assurer le bon fonctionnement de l'appareil judiciaire. Les codes français sont prêts à l'emploi. En deuxième lieu, beaucoup vantent la valeur technique des codes et leur qualité formelle. Ayant commencé à les étudier ou à les appliquer, ils ne souhaitent pas revenir aux affaires de l'ancien droit. En troisième lieu, il ne faut pas négliger l'enjeu politique du maintien des codes français : la stabilité juridique peut favoriser la stabilité du nouveau gouvernement, qui voit dans une codification du droit le moyen d'unifier et de mieux contrôler le droit national. C'est en ce sens que certains auteurs, certes minoritaires, louent le modèle français comme la voie idéologique, institutionnelle et juridique dont il ne faut pas dévier. Pour l'une, l'autre ou l'ensemble de ces raisons, on voit ainsi se déployer une littérature juridique qui défend la codification à la française et qui entend en convaincre les lecteurs (Section 1). Néanmoins, au-delà du principe de la codification, les auteurs opèrent de multiples mises au point. Maintenir les codes français ne signifie pas, sous leur plume, en conserver l'intégralité. De nombreuses exceptions sont prévues qui tournent autour des mécanismes et principes les plus décriés. Les discussions autour de ces points particuliers présentent d'ailleurs des similitudes avec les discussions doctrinales qui ont cours en France, elle aussi en pleine Restauration (Section 2).

Section 1. Codes français et codification à la française

Parmi les auteurs qui défendent la codification du droit après la libération, trois profils apparaissent particulièrement intéressants. Ils ont des points communs : parce qu'ils s'attachent à promouvoir le maintien des codes français ou leur transcription complète dans une

codification nationale, et parce qu'ils écrivent dans l'urgence, il s'agit, chez eux, de convaincre le pouvoir, mais aussi les autres juristes et (parfois) l'opinion publique que le maintien des codes français ou la codification du droit sur le modèle français sont la meilleure voie pour l'avenir du droit national. Ils adoptent, chacun, un angle d'attaque spécifique et s'y tiennent. L'auteur polonais Bandtkie défend précisément le maintien des codes français, notamment le Code civil (processus, forme et fond)⁶⁸⁸. Comme il est délicat de défendre directement les codes de l'envahisseur, on remarque l'utilisation de techniques rhétoriques pour contourner cette question, par exemple l'argument romain, observable chez d'autres partisans des codes français en Europe durant cette période (I). L'Abruzzais Pasquale Liberatore défend, pour sa part, la logique codificatrice parce qu'elle est basée sur les principes des Lumières⁶⁸⁹ (II). Le Néerlandais Meyer utilise une tactique singulière en considérant la codification à la française comme acquise⁶⁹⁰ (III).

I. Bandtkie et l'argument romain

S'il n'a pas eu l'empreinte historiographique européenne d'un Savigny, Jan Wincenty Bandtkie⁶⁹¹ est loin d'être inconnu des juristes polonais. C'est un auteur majeur dès que l'on s'intéresse au sort juridique du Royaume du Congrès après le départ des troupes françaises. Bandtkie naît à Lublin, à l'extrême Est de l'actuelle Pologne, six ans avant la Révolution française. Son père est d'origine allemande ; durant toute son enfance, il fréquente une école privée germano-polonaise. Il poursuit en quittant la Pologne : entre 1803 et 1806, il suit un cursus de droit à l'université de La Halle, université où Gustav Hugo a obtenu son doctorat. Bandtkie aurait d'ailleurs pu suivre les cours de Hugo, si ce dernier n'avait pas refusé les offres qui lui étaient faites à La Halle, pour rester à Göttingen. S'il ne semble pas avoir rencontré Hugo en personne, Bandtkie en conservera le souvenir dans le développement de sa doctrine. De même qu'il a été marqué par les enseignements du recteur de la faculté de la Halle entre 1801 et 1804 : Ludwig Heinrich von Jakob, politologue, économiste et philosophe, aborde ces

⁶⁸⁸ J. W. BANDTKIE, *Uwagi o potrzebie nauki prawa w naszym kraju w szczególności, a o użytku onéyże w ogólności*, Varsovie, 1814.

⁶⁸⁹ P. M. LIBERATORE, *Saggio sulla giurisprudenza penale del Regno du Napoli*, Naples, 1814.

⁶⁹⁰ J. D. MEYER, *De la nécessité d'une haute-cour provisoire pour le royaume des Pays-Bas*, La Haye, 1817.

⁶⁹¹ Pour la biographie de Bandtkie (1763 à Lublin – 1846 à Varsovie), voir S. KUTRZEBKA, « Bandtkie Jan Wincenty », *Polski Słownik Biograficzny*, t. 1, Varsovie, Académie des sciences polonaises, 1935, p. 259 à 260.

différents domaines d'une manière qui se veut scientifique et pragmatique. Il s'intéresse par exemple au concept d'économie nationale, de fortune nationale, et à la manière de les préserver ; il fait également plusieurs propositions dans le domaine juridique, par exemple en droit pénal. À cette approche pragmatique, s'ajoute une appétence pour le droit naturel et les idées libérales – Jakob est considéré comme l'un des premiers vecteurs de diffusion de la littérature d'Adam Smith en Allemagne. Autre source d'inspiration, plus intime celle-ci : son frère Jerzy Samuel⁶⁹², de presque vingt ans son aîné, est un philologue et historien reconnu. Champion de la langue et de l'identité polonaises contre les influences étrangères, il entend les défendre en étudiant l'histoire du pays et en la rendant accessible à la jeunesse. Pour Jerzy Samuel, déjà, la connaissance de l'histoire nationale est un préalable nécessaire à tout développement scientifique et doctrinal. L'historicisme, le patriotisme, mais aussi le pragmatisme et le droit naturel, semblent donc avoir une forte influence sur le jeune étudiant qu'est alors Bandtkie. Lorsqu'il rentre en Pologne en 1806, il entame sa carrière comme assesseur à la Cour d'appel de Varsovie ; deux ans plus tard, il est nommé à la fois professeur et directeur de l'École de droit et de l'administration de Varsovie⁶⁹³. C'est à ce poste qu'il rédige deux textes complémentaires : *Uwagi o potrzebie nauki prawa w naszym kraju w szczególności, a o użytku onejże w ogólności* (« *Remarques sur la nécessité d'une science du droit dans notre pays en particulier, et sur son utilité en général* ») (A), et une note à l'intention d'Adam

⁶⁹² Jerzy Samuel Bandtkie (1768 à Lublin – 1835 à Cracovie) étudie lui aussi à la Halle ; à la différence de son frère, il suit un cursus en théologie, histoire et philologie. Il voyage partout en Europe, à Berlin, à Pétersbourg ou encore à Dresde, et se crée un réseau solide d'hommes politiques et d'historiens. Parmi eux, Tadeusz Czacki, une connaissance qu'il a en commun avec son frère. Bibliothécaire, historien, philologue, linguiste et éditeur, il s'érige en défenseur de l'identité polonaise, notamment contre les autorités prussiennes qui, à la fin du XVIII^e siècle, tentent de germaniser l'éducation des jeunes polonais. Dans cette perspective, il publie de nombreux ouvrages didactiques sur l'apprentissage du polonais, des manuels de grammaire et des lexiques. Il entend démocratiser la connaissance et la défense des particularismes polonais en publiant *Krótkie wyobrażenie dziejów Królestwa Polskiego* (« *Brève présentation de l'histoire du Royaume de Pologne* ») en 1810, qu'il réédite à plusieurs reprises en l'augmentant, jusqu'à *Dzieje narodu polskiego* (« *Histoire de la nation polonaise* ») en 1835. Parmi ses principaux travaux éditoriaux, il est intéressant de mentionner également la réédition d'un ouvrage polonais de 1769 intitulé *Przysłowia mów potocznych albo przestrogi obyczajowe, radne i wojenne* (« *Proverbes du langage courant, ou mises en garde pour la morale, le conseil et la guerre* ») ; un hommage à la sagesse locale, semblable à la démarche des frères Grimm en Allemagne. Ses études des divers fonds documentaires existants en Pologne ont contribué à répertorier la littérature nationale dans divers domaines, et ainsi à dresser un profil de l'état des sciences polonaises. À ce sujet, voir A. LESKIEN, « Bandtkie, Georg Samuel », *Allgemeine Deutsche Biographie* [en ligne], vol. 2, 1875, consulté le 22/05/2022.

⁶⁹³ Il occupe ce poste jusqu'en 1816, date à partir de laquelle il devient professeur de droit romain et polonais à l'Université royale de Varsovie – chaire qu'il a coorganisée. Il deviendra d'ailleurs le premier doyen de la Faculté de droit de Varsovie en 1816. M. GAŁĘDEK et A. KLIMASZEWSKA, « A controversial transplant? Debate over the adaptation of the Napoleonic Code on the Polish territories in the early 19th century », *Journal of Civil Law Studies*, vol. 11, n°2, 2018, p. 281.

Czartoryski, l'homme fort du nouveau Royaume du Congrès⁶⁹⁴ (B).

A) « Remarques sur la nécessité d'une science du droit dans notre pays en particulier, et sur son utilité en général »

Bandtkie publie ses Remarques en 1814, un an après l'effondrement de facto du Duché et alors que s'ouvre le Congrès de Vienne. Le titre même de l'ouvrage interpelle : s'il est très difficile de déterminer le mois exact de sa parution, sa proximité avec le *Vom Beruf*, publié la même année, est remarquable. Comme Savigny, Bandtkie insiste sur la nécessité d'une doctrine juridique nationale forte ; il juge l'étude du droit aussi vitale pour une société que la présence d'un médecin – par cette comparaison, la doctrine juridique est donc en quelque sorte érigée au rang de thérapie et de science exacte. Ainsi évoque-t-il les pays qui, selon lui, apprécient l'œuvre de doctrine à sa juste valeur :

« Celui qui, dans ces pays, oserait discuter de la nécessité d'une culture juridique serait probablement comparé, avec un sourire, à un orateur discutant de la nécessité d'un médecin dans la

⁶⁹⁴ Adam Jerzy Czartoryski (1770 à Varsovie – 1861 à Montfermeil) est l'un des hommes d'État les plus connus de l'histoire polonaise. Issu d'une famille princière, reçoit une éducation aristocratique majoritairement en français. Il voyage à travers l'Europe durant son adolescence, aussi bien en Bohême qu'en Allemagne ou encore en Angleterre. En 1795, lors de la dissolution de l'État polonais, il se réfugie en Russie ; il s'y lie d'amitié avec le tsarévitch Alexandre, qui une fois tsar, le nomme ministre des affaires étrangères. Pendant une vingtaine d'années, Czartoryski fait montre d'une grande loyauté à l'égard du tsar. Cette période correspond d'ailleurs à l'apogée des relations entre les autorités russes et l'élite polonaise. À la chute de Napoléon, Czartoryski œuvre au sein du congrès de Vienne. Il joue un rôle important dans la création d'un Royaume du congrès sous tutelle russe ; nommé président du Sénat polonais – la charge de vice-roi lui échappe – il s'attèle à la reconstruction du pays. Il est également curateur de l'université de Wilno, et à ce titre, pilote la politique de l'éducation polonaise. Sa période de grâce avec les autorités russes se termine au cours des années 1820 : le russe Nikolaï Novosiltsev, lui aussi proche du tsar, prend sa place comme curateur à Wilno ; un an plus tard, Alexandre I^{er} meurt. Son successeur, Nicolas I^{er}, entend poursuivre la voie sur laquelle s'engageait déjà Alexandre à la fin de sa vie : la restriction sans cesse plus grande de l'autonomie polonaise. Czartoryski ne se sent pas lié au nouveau tsar ; Alexandre mort, il se considère libéré de toute attache à l'empire russe. En 1830, lorsqu'éclate la révolte de Varsovie, il choisit de s'engager aux côtés des insurgés. En 1831, élu chef du Gouvernement national après la destitution du tsar, il tente de négocier les intérêts de son pays auprès des puissances européennes ; mais les troupes russes écrasent la révolte et le prince est contraint de fuir le pays. Il passe par Cracovie, l'Autriche, la Grande-Bretagne, et finit par s'installer à Paris. L'hôtel Lambert, sa résidence sur l'île St-Louis, sert de port d'attache pour de nombreux réfugiés politiques polonais et devient un centre culturel où se croisent de nombreuses personnalités (dont George Sand, Frédéric Chopin, Honoré de Balzac ou encore Eugène Delacroix). Czartoryski tient également à faire rayonner la littérature et la culture polonaises à l'abri de la censure russe, en fondant entre autres la Bibliothèque polonaise de Paris. Il continue, les vingt dernières années de sa vie, à défendre la cause polonaise en Europe. Malgré son excellente réputation et le respect que lui portent les diplomates étrangers, son souhait de voir l'indépendance de la Pologne ne se réalise pas. À ce sujet, voir M. K. DZIEWANOWSKI, « Czartoryski and His Essai sur la Diplomatie » *Slavic Review*, vol. 30, n°3, 1971, p. 589 à 605 ; dans le même numéro, Ch. MORLEY, « Czartoryski as a Polish Statesman », *Slavic review*, vol. 30, n°3, septembre 1971, p. 606 à 614.

maladie, de la nécessité d'éteindre un incendie, et d'autres besoins similaires, dont l'existence, convaincue par les maux quotidiens, ne permet à personne ayant un sens de la santé de douter. Je n'entends pas me lancer dans la démonstration que l'étude du droit est également et nécessairement nécessaire dans notre pays, mais je crois qu'il ne sera pas déplacé d'énumérer brièvement quelques réflexions démontrant ceci :

Dans notre pays, plus que dans d'autres, il existe un besoin pour l'étude du droit »⁶⁹⁵.

Comme Savigny, Bandtkie insiste sur l'importance de l'histoire. Toutefois, l'analogie s'arrête là. Dans le *Vom Beruf*, la connaissance de l'histoire a un aspect quasi mystique – l'histoire du droit permet de montrer la manifestation du *Volksgeist* ; dans l'argumentaire de Bandtkie, la connaissance de l'histoire paraît plus fonctionnelle. Lorsque dans sa première partie, consacrée à la Pologne en particulier, Bandtkie dresse un résumé d'une vingtaine de pages de l'histoire du droit national, c'est un préalable pour prouver que son pays a plutôt négligé la science du droit ; or cette science est un besoin ancien et vital. C'est un outil intellectuel permettant de poser les bases de tout raisonnement juridique⁶⁹⁶ et d'assurer des jugements éclairés – autrement dit, une voie pour la modernisation du droit. En cela, l'historicisme de Bandtkie se met au service des principes de la raison, voire du droit naturel :

« Tout ce qui a été dit jusqu'ici nous convainc que l'étude du droit, qui a été négligée dans notre pays pendant des siècles, est d'autant plus nécessaire qu'il est vrai que l'administration de la justice est un des sujets les plus importants du gouvernement ; qu'il ne fait aucun doute qu'un verdict juste et légal, bien que sévèrement injuste, est moins dommageable pour le public qu'un verdict basé sur l'arbitraire hasardeux et vacillant du juge ; qu'il s'agit d'une propriété inaliénable et naturelle [...]. Décomptons les différentes lois qui s'imposent à nous, [...] et nous verrons que notre pays exige une préparation extraordinaire et un apprentissage exemplaire. [...] Il est vrai que le manque d'une éducation approfondie en droit, la négligence de la magistrature, le défaut de perfectionnement de la législation, nous ont conduits à une multitude de lois nombreuses et diverses, dont la connaissance

⁶⁹⁵ « Ktoby w owych kraiach śmiał dziś nad potrzebą umiętności prawa się rozwodzić, byłby zapewne z uśmiechem przyrównany do mowcy, rozprawiającego o potrzebie lekarza w chorobie, o potrzebie gaszenia pożaru, i o tym podobnych potrzebach, o których bycie codzienne dolegliwości przekonywając, nikomu cokolwiek zdrowomyślącemu powątpiwać niedozwalaia. Nie jest moim zamiarem, puszczać się w ów zawód dowodu, że nauka prawa jest i u nas równie i koniecznie potrzebną, lecz mniemam, że nie będzie od rzeczy, wyjawić w krotkości nie które myśli wykazujące : Że w naszym kraiu, większa iak w inych, jest potrzeba nauki prawa » (J. W. BANDTKIE, *Uwagi o potrzebie...*, *op. cit.* , p. 6).

⁶⁹⁶ J. W. BANDTKIE, *Myśli o zmianie prawodawstwa krajowego*, 7 décembre 1815, imprimé dans W. SOBOCIŃSKI, « Jan Wincenty Bandtkie obrońcą Kodeksu Napoleona », *Rocznik Lubelski*, t. 3, 1960, p. 160.

exige une préparation plus approfondie, une étude plus zélée »⁶⁹⁷.

Cette vision historico-fonctionnelle d'un droit qui se développerait en fonction des besoins humains et de leur évolution, avait été observée, chez Bandtkie, par Józef Bieliński dès 1912. Il avait appelé cela le concept des « lois universelles de l'histoire »⁶⁹⁸. Cette approche pragmatique de l'historicisme se retrouve dans la deuxième partie, consacrée à l'utilité de la science du droit en général. En la matière, l'histoire juridique de l'Occident – brièvement rappelée – montre la supériorité du droit romain. Les compilations de Justinien représentent, selon Bandtkie, l'apogée de la connaissance du droit ; il n'est donc pas étonnant qu'elles se soient répandues en Europe, en faisant naître une nouvelle soif de connaissances dans un Moyen-Âge qu'il juge obscur⁶⁹⁹. Bandtkie termine son ouvrage par une défense exaltée de l'étude du droit, en recommandant la plus grande accessibilité ; il est possible d'y voir un parallèle avec la démarche de son frère aîné dans les domaines littéraires et philologiques. Là encore, la connaissance du passé sert d'exemple vers lequel tendre. Cet exemple, sans surprise, est celui du système romain⁷⁰⁰ :

« Il faut espérer, dans l'intérêt des pays et des gouvernements, que l'étude du droit sera diffusée le plus largement possible. La connaissance du droit nous protège non seulement de nombreux malheurs, mais nous vaut aussi la reconnaissance de nos concitoyens, car nous sommes capables de donner des conseils avisés à nous-mêmes et aux autres. [...] L'histoire du passé nous a conservé l'exemple de Rome : les jeunes Romains apprenaient par cœur les lois des Douze Tables [...], admiraient les juristes éminents, visitaient le palais de justice pour commencer à être de bons

⁶⁹⁷ « Wszystko, co dotąd powiedziano, przekonywa, że nauka prawa u nas od wieków zaniedbana, iest tém potrzebniejszą, iezeli prawda, że wymiar sprawiedliwości iest iednym z nayważniejszych przedmiotów rządu ; iezeli nie wątpliwa, że wyrok sprawiedliwy, zgodny z prawem, chociaź ostrém inieszuszném, iest mniéy szkodliwy dla ogółu, od wyroków na niebespiecznéy, chwieiącéy się, sarbitalności sędziiego zasadzonych ; iezeli niezawodną, przyrodzona [...]. Jest ieszcze inna okoliczność, większą u nas, iak gdzie indziéy, wykazująca potrzebę nauki tak zbawiennéy. Obliczmy rozmaite prawa nas obowiązujące, [...] a przekonamy się, że nasz kray wymaga nadswyxyzaynego przysposobienia i besprzykładnéy nauki. [...] Tak iest zaiste, brak odwienczny nauki gruntownéy prawa, zaniedbanie sądownictwa, nieudoskonalenie prawodawstwa wprowadziło nas w tę mnogość rozlicznych i rozmaitych praw, których poznanie wymaga tém gruntowniejszego przysposobienia, tém gorliwszéy nauki » (J. W. BANDTKIE, *Uwagi o potrzebie...*, *op. cit.*, p. 23 à 24).

⁶⁹⁸ J. BIELIŃSKI, *Królewski Uniwersytet Warszawski*, t. 3, Varsovie, 1912, p. 297 à 300.

⁶⁹⁹ J. W. BANDTKIE, *Uwagi o potrzebie...*, *op. cit.*, p. 30.

⁷⁰⁰ Il est possible de remarquer que le romanisme de Bantkie est étroitement lié au droit naturel. Ce rapprochement peut s'expliquer par sa double recherche d'universalisme et de progrès. Rapprocher le droit romain d'un autre modèle qui se veut universel permet de mettre en harmonie deux éléments complémentaires : la stabilité et la perfection formelle du droit romain, avec le respect des droits individuels. Selon Władysław Sobociński, on peut retrouver dans ses propos une conception physiocratique du droit romain. W. SOBOCIŃSKI, « Jan Wincenty Bandtkie obrońcą... », *op. cit.*, p. 164.

citoyens, que ce soit dans un bureau ou dans l'intimité de leur foyer. Rome a très tôt reconnu l'importance de l'étude du droit, lui a donné le splendide nom de *jurisprudentia* »⁷⁰¹.

Le génie du droit romain, l'importance de l'histoire, l'intérêt de la science du droit : on pourrait en conclure que Bandtkie adopte les thèses de Savigny. Il n'en est rien. Un extrait en particulier retient l'attention dans la conclusion de Bandtkie : toute sa démonstration consiste à exalter la place de la législation. L'auteur y décrit en effet la loi comme « la plus forte barrière contre les querelles, un bastion de tranquillité, un manuel de soumission et d'obéissance à ses règles, et une incitation commune à aimer le pays et le gouvernement »⁷⁰². La suite des événements semble montrer que Bandtkie a trouvé, dans la codification française, l'opportunité de réaliser ce « manuel ».

B) La note à Czartoryski

Entre 1814 et 1815, le gouvernement du tout nouveau Royaume du Congrès fait appel à Bandtkie pour le volet juridique de la réforme nationale. Les frères Bandtkie connaissent Adam Czartoryski, alors homme clé de la restauration polonaise et président du Sénat⁷⁰³. Le prince entend réformer le droit polonais ; pour cela, il a fondé une commission pour la réforme civile⁷⁰⁴. Quatre-vingt-douze séances se déroulent entre juin 1814 et juillet 1815⁷⁰⁵. Si le but initial est d'abroger au plus vite les codes français, cette détermination s'amenuise au fil du

⁷⁰¹ « Godzi się życzyć, dla dobra kraiów i rządów, by nauka prawa iak naybardziéy upowszechnianą była. Znaiomość prawa zabezpiecza nie tylko nas samych częstokroć od licznych nieprzyjemności, lecz iedna nam wdzięczność u współobywateli, skoro i sobie i drugim bezinteresownéy zdrowéy rady udzielać umiemy. [...] Dzieie przeszłości zachowały nam przykład w Rzymie : uczyła się młodzież Rzymska praw XII. tablic na pamięć [...] zapatrywała się na wziętych prawników, zwiedzała mieysca sądu, aby czy w urzędzie, czy w zaciszu domowym mieć zaczzyt dobrego obywatela. Znał Rzym wczesnie powagę i ważność nauki prawa, zaszczycił onéż wspaniałem imieniem *jurisprudentia* » (W. SOBOCIŃSKI, « Jan Wincenty Bandtkie obrońcą... », *op. cit.*, p. 37 à 38).

⁷⁰² « Znaiomość prawa iest naymocniejszą tamą pieniactwa, warownią spokoyności, rękoymia podległości i posłuszeństwa iego przepisom, i powszechnie pobudką do zamiłowania kraiu i rządu » (*Ibid.*, p. 37).

⁷⁰³ Son frère Jerzy Samuel entretient une correspondance avec le prince dès 1812. À ce sujet, voir A. SKURA et R. ERGETOWSKI, « Kontakty J. S. Bandtkiego z uczonymi czeskimi i słowackimi », *Kwartalnik Historii Nauki i Techniki*, vol. 30, n°3-4, 1985, p. 715 à 742.

⁷⁰⁴ Sur la composition et le travail de la commission de réforme civile, voir M. GAŁĘDEK, « The Problem of Non-Adaptability of National Legal Heritage. Discussion on the Reform of Civil Law in Poland in the Course of Work of the Reform Committee in 1814 », *Romanian Journal of Comparative Law*, vol. 8, n°1, 2017, p. 7 à 38 ; M. GAŁĘDEK et A. KLIMASZEWSKA, « The Work of the Civil Reform Committee on the New Regulation of Catholic Marriages in 1814 », *Krakowskie Studia z Historii Państwa i Prawa*, 2018, p. 181 à 204.

⁷⁰⁵ *Ibid.*, p. 181.

temps : l'alternative envisagée, une codification basée sur l'ancien droit polonais et les statuts du royaume de Lituanie, n'est pas attractive et peine à prendre forme ; les membres réalisent que cette voie ne peut pas donner de résultats satisfaisants, du moins à court terme⁷⁰⁶.

La commission consulte d'abord Bandtkie en tant qu'aide extérieure, faisant de lui un membre occasionnel. Par la suite, il sera nommé membre de la nouvelle commission pour la codification, créée par Czartoryski le 25 septembre 1815. Le prince, qui, à ce moment-là, participe au Congrès de Vienne, lui demande de rédiger une « note » qu'il pourra lire à son retour. Les questions qui lui sont posées sont d'ordre pratique : comment parvenir concrètement à une codification nationale polonaise, et quelles seraient les mesures préliminaires à prendre pour faire de cette codification une réussite ? Bandtkie transmet sa note le 7 décembre. Il entend convaincre la commission, et donc le gouvernement, de sa solution, à la fois pragmatique et audacieuse : il faut codifier le droit polonais, certes ; mais dans l'idéal, plutôt que de codifier ex nihilo, il serait plus avantageux de reprendre la codification française.

« [...] les lois actuellement en vigueur [les lois françaises] doivent-elles être complètement supprimées, de nouvelles lois créées et adoptées à leur place ? La législation française est l'une des plus récentes ; la nation française a développé depuis longtemps une connaissance approfondie des lois, avant même les Allemands, et se targue encore d'un haut degré de connaissances scientifiques. [...] il serait insensé de conclure que le droit français est complètement et en tout, ou du moins en grande partie, imparfait, et qu'il mérite donc d'être complètement aboli dans notre pays. Au contraire, il faut admettre que ses rédacteurs ont fait un excellent usage des dispositions consultatives de Justinien, ainsi que des lois et livres de droit nationaux et étrangers, et qu'ils ont surpassé toute la législation antérieure, souvent d'une longueur fastidieuse, par la concision de son style [...]. Il y a une connexion et une harmonie étonnantes entre les détails et l'ensemble. Il n'y a pas de règlements scientifiques inutiles, mais des ordres partout, la voix du législateur, pas celle de l'enseignant [...] »⁷⁰⁷.

⁷⁰⁶ W. SOBOCIŃSKI, « Jan Wincenty Bandtkie obrońcą ... », *op. cit.*, p. 165 ; M. GAŁĘDEK, « The Problem of Non-Adaptability... », *op. cit.*, p. 21.

⁷⁰⁷ « [...] czy prawa dziś obowiązujące całkiem odsunięte a na ich miejsce nowe przysposobione i utworzone być mają? Legislacja francuska jest jedną z najpóźniejszych, naród francuski celował gruntowną nauką praw dawno i wcześniej od Niemców, a szczyli się dotąd wysokim stopniem cświaty naukowej. [...] byłoby śmiałością wnosić, że prawo francuskie zupełnie i we wszystkim, lub w większej przynajmniej części jest niedoskonałe, że zasługuje zatem u nas na uchylenie całkowite. Przyznać i owszem należy, że układacze a onego korzystali wybornie z przepisów doradczych Justyniana, z ustaw i ksiąg prawodawczych krajowych i obcych, że przewyższyli stylem zwięzłym wszystkie dotychczasowe legislacje, częstokroć do znudzenia rozwlekłe, [...]. Zdziwiający jest związek i harmonia w szczegółach do ogółu. Nie ma bezużytecznych naukowych przepisów, lecz wszędzie są nakazy, wszędzie głos prawodawcy nie nauczyciela [...] » (J. W. BANDTKIE, *Myśli o zmianie...*, *op. cit.*, p. 168).

Bandtkie en profite pour écarter la piste jusque-là privilégiée par les commissions, à savoir le retour à l'ancien droit. Selon lui, il s'agit d'une impasse, l'ancien droit étant largement dépassé :

« [...] nous entendons souvent des personnes éminentes dire qu'elles voudraient abolir immédiatement les lois actuelles, car elles semblent alambiquées, sinueuses et ridicules, ou inappropriées à la nationalité, au climat, au caractère - et rétablir les anciennes lois nationales ou au moins le statut lituanien. Cela reviendrait à revenir à une route pire que celle prise en 1808. [...] Le désordre et la confusion seraient le résultat inévitable d'une résolution qui rendrait à l'une ou l'autre des anciennes compilations nationales la dignité qu'elle a perdue ; car ce qui était bon pour le XVI^e siècle ne serait pas pertinent pour le XIX^e, et aucune partie de l'ancienne législation nationale n'est meilleure que les lois qui nous lient aujourd'hui. Il y en aura d'autres qui seront convaincus du contraire, mais ce contraire, personne ne pourra le prouver. Les dispositions du statut lituanien sur le statut du gospodar⁷⁰⁸, sur la main-d'œuvre commune, sur la sorcellerie, les restitutions, les honneurs de tête, et une foule d'autres, dont, il est vrai, on ne trouve rien dans le code français, seraient-elles appropriées aujourd'hui ? [...] La nécessité actuelle exige soit le maintien des lois actuellement en vigueur avec des modifications, soit un nouveau texte »⁷⁰⁹.

Lorsque l'on délimite les trois arguments principaux dans la rhétorique de Bandtkie en faveur de la codification française, il est possible de faire le rapprochement avec son ouvrage de 1814. Bandtkie applique les critères qu'il a lui-même fixés au préalable ; en l'occurrence, il considère que ces critères sont tous réunis dans la codification française. D'abord, sa valeur doctrinale : cette codification serait la plus récente, elle résulterait donc d'un tri savant effectué par des rédacteurs dotés d'un « haut degré de connaissances scientifiques ». Ensuite, sa qualité formelle, et donc son accessibilité : Bandtkie évoque la concision de son style, par contraste

⁷⁰⁸ Terme issu du proto-slave signifiant « seigneur, maître ». S'il n'a plus de valeur juridique, le terme et ses dérivés sont encore utilisés aujourd'hui dans certains pays slaves comme marque de respect envers un aîné ou un supérieur hiérarchique.

⁷⁰⁹ « Słyszemy [...] często od mężów znakomitych życzenia gorliwe, by znieść od razu dzisiejsze prawa jako niby zawile, krętarskie i bałamutne, albo do narodowości, klimatu, charakteru niestosowne — a przywrócić powagę prawom dawnym krajowym lub przynajmniej Statutowi litewskiemu. Byłoby to wracać na drogę gorszą od tej, którą w roku 1808 wskazano. [...] Nieład i zamięszanie byłyby skutkiem niezawodnym uchwały przywracającej któremu z zbiorów dawnych krajowych powagę przedawnioną, bo co było dobrem dla wieku XVI, nie byłoby miernem dla wieku XIX, a żadna część krajowego prawodawstwa dawnego nie jest lepszą od praw dziś nas obowiązujących. Znajdą się inaczej przekonani, lecz nikt nie dowiedzie przeciwnego twierdzenia. Czyż przepisy Statutu litewskiego o personie gospodarskiej, o pospolitem ruszeniu, o czarach, o nawiązkach, o główszczyznach, i mnóstwo innych, któremi — prawda — kodeks francuski się nie szczyci, byłyby dziś stosowne ? [...] To co wyżej o prawach krajowych wyznać obowiązek mi kazał, przekonywa, że potrzeba dzisiejsza wymaga albo zachowania praw teraz obowiązujących z zmianami, albo układu nowego. » (J. W. BANDTKIE, *Myśli o zmianie...*, op. cit., p. 173 à 174).

avec la masse de sources composant l'ancien droit polonais ; c'est d'ailleurs sur ce point en particulier que la codification française se détacherait des autres codifications européennes. Les codes français satisfont donc l'historicisme tel que Bandtkie le prône : ils sont le fruit d'une connaissance profonde du droit et de son histoire, mise au service de principes rationnels et universels.

C'est dans le troisième argument que l'attachement au droit romain se manifeste. S'il occupe une bonne partie de l'ouvrage de 1814, il paraît discret dans la note. Mais sa présence et la manière dont il est utilisé par l'auteur présente un intérêt particulier : il relève pleinement de la stratégie discursive et vise moins à faire accepter les codes eux-mêmes, qu'à fournir des clés pour les défendre. Bandtkie ne mentionne pas une seule fois Napoléon dans sa note ; il ne parle quasiment jamais de « codes français », plutôt de « législation » ; en revanche, il précise très tôt que les rédacteurs français ont une connaissance profonde du droit, en premier lieu celui de Justinien. Bandtkie cherche à détourner l'attention de la commission des racines françaises, révolutionnaires et impériales des codes. Cette stratégie se confirme lorsque l'on remarque ce qui semble être une contradiction dans la note : la législation française est d'abord décrite comme « la plus récente », sa modernité serait d'ailleurs un atout ; or un peu plus loin, on relève l'affirmation suivante :

« Si, au contraire, on jugeait nécessaire de créer des codes entièrement nouveaux – soit parce qu'il est plus difficile de changer des lois existantes que d'en créer de nouvelles, soit au nom de l'honneur national, pour ne pas être régi par des lois étrangères – dans ce cas, il faudrait regarder les législations autrichienne et bavaroise, postérieures à la française, et avoir constamment sous les yeux le style concis, ferme et noble de la législation française ; il faudrait prendre celle-ci comme la norme, le modèle, les autres n'étant que des ouvrages auxiliaires et complémentaires »⁷¹⁰.

Pourquoi invalider l'un de ses arguments précédents, en admettant que les codes français ne sont finalement pas les plus récents ? En réalité, l'avantage de la temporalité n'est qu'accessoire : la qualité des codes français surpasse de toute façon celle des législations postérieures. Bandtkie est conscient que la majorité de la commission est hostile aux codes

⁷¹⁰ « Gdyby zaś, czy to z powodu, że zmiany są może trudniejsze od nowych układów, czy dla honoru narodowego, by się nie rządzić prawami obcemi, uznano konieczność tworzenia zupełnie nowych kodeksów — w tym razie należałoby się zapatrywać na późniejsze od francuskiego prawodawstwa austriackie i bawarskie, a mieć nieustannie przed oczyma styl zwięzły, jędrny i szlachetny legislacji francuskiej, wziąć wypadłoby też za normę, za wzór, tamte za pomocnicze i posiłkowe tylko dzieła » (J. W. BANDTKIE, *Myśli o zmianie...*, *op.cit.*, p. 174)

français, et n'assumerait pas de s'en inspirer⁷¹¹. Mais il est aussi conscient que la commission comprend la nécessité de codifier, et qu'elle ne parvient pas à le faire sur les bases de l'ancien droit. Ayant ces deux paramètres en tête, il propose une solution qui rendrait possible l'inspiration des codes français, sans pour autant l'assumer : la commission peut utiliser des cautions extérieures – les législations autrichiennes et bavaroises, mais aussi et surtout, comme Bandtkie le mentionne au début de sa note, le droit de Justinien. Officiellement donc, la nouvelle codification polonaise ne serait pas « à la française », mais « à la romaine », puisqu'elle reprendrait simplement les principes universels du droit romain – qui ont pu être transcrits, de façon secondaire, dans les codes français.

On comprend facilement l'intérêt d'un tel argument pour Bandtkie. Le clergé polonais, appliquant le droit romano-canonique, est très puissant ; l'élite polonaise qu'il cherche à convaincre est fondée sur la propriété foncière, or les dispositions du droit romain en la matière, reprises dans le Code civil, les avantagent. Bandtkie s'assure donc de faire correspondre l'image de la codification française aux besoins de ses lecteurs. Sont éclipsés les points discutables de cet argument : d'une part, les racines romaines de la codification française, si elles sont réelles, ne sont pas exclusives, et la codification française tient davantage de la recherche d'un droit national français que de la résurrection universelle du droit romain ; d'autre part, en Pologne même, le droit romain n'est pas massivement présent et n'a pas de réelle force exécutoire⁷¹². Bandtkie le voit plutôt comme un élément de la *ratio scripta*, la « raison écrite » ; c'est un trésor de sagesse juridique intemporelle, dans lequel il serait bon de piocher pour l'élaboration de son droit – et c'est ce qu'ont fait les codificateurs français.

Bandtkie n'est pas le seul défenseur des codes français à emprunter ce détour intellectuel. Dans les toutes premières années de la Restauration, la codification à la française fait l'objet d'un dilemme. Bien souvent, la situation des pays libérés rend nécessaire la stabilisation et l'unification rapides du droit ; pour cela, la codification à la française, prête à l'emploi et techniquement performante, semble être le modèle idéal. Mais il est difficilement envisageable,

⁷¹¹ Si la position de Bandtkie est minoritaire au sein de la commission, elle est notamment proche de celle du magistrat Antoni Bieńkowski, l'administrativiste Andrzej Horodyski, ou encore le journaliste Tadeusz Matuszewicz. M. GAŁĘDEK et A. KLIMASZEWSKA, « The Work of the Civil Reform... », *op. cit.*, p. 184.

⁷¹² « [...] quand le Code Napoléon a migré vers le Duché de Varsovie en 1808, ses éléments romanistes n'étaient certainement pas attractifs pour les juristes polonais ; et ils n'ont pas contribué à surmonter les obstacles rencontrés par le Code » (J. KODREBSKI, « Prawo rzymskie a Kodeks Napoleona w Polsce XIX Wieku », *Folia Iuridica*, vol. 38, 1988, p. 161-162).

que ce soit pour les dirigeants ou pour les commissions législatives, de promouvoir l'héritage de l'envahisseur tout juste chassé. Les auteurs de doctrine qui, très tôt, décorrèlent les codes de l'adversaire qui les a imposés, semblent comprendre qu'une liste des avantages techniques de la codification ne suffira pas à convaincre les gouvernements. Les méthodes de contournement, notamment celle qui consiste à insister sur l'identité romaine du code, sont donc régulièrement utilisées non seulement par des collègues polonais de Bandtkie, mais partout ailleurs dans le reste de l'Europe libérée. Dans le duché de Parme, un Code civil est commandé en août 1814 par l'empereur François II, père de Marie-Louise d'Autriche ; celle-ci nomme une commission qui a deux ans pour travailler. En 1816, un premier projet est présenté. Dans son introduction, Giuseppe Pelleri, président de la commission, développe son argumentaire. Il ne se contente pas de choisir un camp entre droit romain et droit français : il les lie l'un à l'autre. Pour contourner un point qui semble inévitable (les correspondances évidentes entre le projet parmesan et le Code Napoléon), Pelleri invoque pour son code des racines bien plus anciennes, celles du droit romain⁷¹³. On trouve des réflexes similaires dans l'ex-Royaume d'Italie ou dans les États pontificaux⁷¹⁴.

Certes, Bandtkie souligne aussi les apports des codes français en matière de droit naturel, mais cet angle humaniste – couplé, là aussi, à une approche historique et évolutive – est plutôt le cœur de l'argumentaire d'autres auteurs, parmi lesquels Pasquale Liberatore, en matière pénale.

II. Liberatore et le pas vers la Restauration

Deux éléments sautent aux yeux lorsque l'on se penche sur la vie de Pasquale Liberatore⁷¹⁵ :

⁷¹³ C. E. TAVILLA, « L'acquasanta e il diavolo. L'influenza dei codici di Maria Luigi nel ducato estense della Restaurazione », *Diritto, cultura giuridica e riforme nell'età di Maria Luigia*, Monte, Università Parma, 2011, p. 166.

⁷¹⁴ En 1813 – quelques mois avant la fin du Royaume d'Italie, Onofrio Taglioni reprend ce raisonnement dans *Codice civile di Napoleone il Grande col confronto delle leggi romane*. Il pourrait être objecté que cet ouvrage est *a priori* conjoncturel ; il sera pourtant réédité en 1838, quinze ans après la mort de Taglioni. La mention « *il Grande* » sera supprimée, laissant simplement « *Codice civile di Napoleone* ». Autre exemple : dans les États pontificaux, lorsque Pie VII annonce un nouveau Code civil en 1816, il le confie à Vincent Bartolucci, ancien conseiller d'État de Napoléon. Le Code Napoléon apparaît dès lors comme modèle incontournable pour la rédaction du code pontifical. Alexis Artaud, diplomate français, écrit à ce sujet : « "Dans le fait, nous disaient les Romains, votre code n'est qu'un extrait des lois romaines : il a seulement déclaré loi positive ce qui était contredit et incertain dans la jurisprudence romaine " ». Sur la question de l'argument romain, voir C. TOUCHE, « L'argument romain. Quand la doctrine de l'Europe libérée déguise le Code Napoléon », *Que faire..., op. cit.*, p. 381 à 397.

⁷¹⁵ Au sujet de Liberatore (1763 à Lanciano – 1842 à Gragnano), voir G. FAZZINI, « LIBERATORE, Pasquale Maria », *Dizionario Biografico degli Italiani* [en ligne], vol. 65, 2005, consulté le 22/05/2022.

d'une part, son parcours chaotique – tant pour des raisons politiques que pour des raisons de santé, toujours mauvaise ; d'autre part, la constance de son intérêt pour la codification française. Liberatore naît à Lanciano, dans les Abruzzes, en 1763. À dix-huit ans, il part à Naples pour des études supérieures en droit. Il suit les cours de Marino Guarano⁷¹⁶, francophile convaincu, qui a accueilli l'arrivée des troupes françaises avec une ode – sa collaboration entraînera d'ailleurs sa condamnation à la prison à vie puis à l'exil lors de la restauration de 1799. Guarano introduit Liberatore au salon culturel très sélectif de la maison Grimaldi. Il y fait la connaissance de Gaetano Filangieri⁷¹⁷. Cette rencontre marque profondément Liberatore, qui des années plus tard, défendra Filangieri contre ses détracteurs, par exemple contre Lerminier⁷¹⁸. Dès lors, il est aisé de comprendre ce qui a pu nourrir la doctrine future de l'Abruzzais : l'admiration pour le droit français et la volonté de moderniser et de codifier le droit national.

Comme son maître Guarano, il rédige un bref texte en l'honneur des troupes révolutionnaires en 1799. Son opinion lui vaut d'être détenu, puis assigné à résidence dans les Pouilles lors de la première restauration des Bourbons. Revenu à Lanciano après l'armistice de Florence, Liberatore propose ses premières réformes pour le pays : *Pensieri civili ed economici sul miglioramento della Provincia di Chieti* (« *Réflexions civiques et économiques pour l'amélioration de la province de Chieti* »)⁷¹⁹ s'applique en réalité à tout le royaume de Naples, et couvre les sujets de prédilection de l'auteur : abolition de la féodalité, nécessité de codifier, importance des principes de justice et de raison.

En 1814, le royaume de Naples est plongé dans l'incertitude. Le roi en place, Joachim Murat⁷²⁰,

⁷¹⁶ Voir A. BORRELLI, « GUARANO, Marino », *Dizionario biografico degli italiani* [en ligne], vol. 60, Rome, 2003, consulté le 22/05/2022.

⁷¹⁷ Pour la biographie de Filangieri, cf. *supra*.

⁷¹⁸ P. M. LIBERATORE, « Filangieri vindicato dalle inguirie di E. Lerminier », *Filologia abruzzese*, vol. I, 1836, p. 23 à 28.

⁷¹⁹ P. M. LIBERATORE, *Pensieri civili ed economici sul miglioramento della Provincia di Chieti*, Naples, 1806.

⁷²⁰ Joachim Murat (1767 à Labastide-Fortunière – 1815 à Pizzo) est le onzième enfant d'une famille d'aubergistes. D'abord voué à une carrière religieuse, son fort tempérament, ses dettes et sa tendance au conflit le poussent à s'enrôler dans l'armée. Là encore, bien que très cultivé, il est renvoyé pour insubordination ; l'année de la Révolution, il n'a d'autre choix que de rentrer dans sa région natale, où il devient épicier. Il se réengage dans l'armée et, remarqué, est sélectionné pour faire partie de la garde constitutionnelle du Roi, qu'il quitte rapidement – républicain chevronné, il juge ses collègues trop modérés. Revenu parmi les chasseurs, il gravit les échelons. En Italie, il passe sous le commandement de Napoléon, et se distingue à ses côtés durant les guerres révolutionnaires. Décisif durant le coup d'État du 18 brumaire – il mène les grenadiers qui s'introduisent dans la salle des Cinq-Cents – il épouse Caroline Bonaparte et entre dans l'entourage proche de Napoléon. Il se charge de sa sécurité en

est rentré de la bataille de Leipzig avec la ferme intention de détacher sa destinée de celle de son illustre beau-frère. Partiellement responsable de la débâcle russe et pressentant la chute de l'empereur, il est rentré en catastrophe dans la région de Naples ; il trahit alors Napoléon et s'allie à l'Autriche et l'Angleterre pour prendre les troupes françaises à revers en Italie. Après la première abdication de Napoléon, Murat espère que le Congrès de Vienne, qui vient de s'ouvrir, jouera en sa faveur et lui cèdera définitivement le royaume⁷²¹. Il est toujours perçu comme un « parvenu » et un « usurpateur »⁷²² ; or il se voit comme un souverain à part entière, non plus comme un homme de Bonaparte ; il veut légitimer son règne pour survivre à l'Empire, et faire partie de la nouvelle carte des dynasties européennes⁷²³. Cette impression semble partagée par les Napolitains eux-mêmes, très attachés à ce roi arrivé depuis six ans et qui, malgré son goût pour l'apparat, entend poursuivre les réformes engagées lors de l'occupation française⁷²⁴. Parmi celles-ci, la réforme du droit : Joseph Bonaparte s'était attaché à transposer

tant que gouverneur de Paris, tout en continuant de chevaucher à ses côtés en campagne, où il se distingue encore par sa bravoure. Au lendemain de l'institution de l'Empire, Murat est fait maréchal d'Empire. Il est ensuite nommé grand amiral de l'Empire, et donc par extension, sénateur. Ses victoires militaires s'enchaînent ; Murat devient lieutenant-général de l'Empereur. Le premier revers significatif est subi en Espagne : chargé de tenir Madrid, Murat réprime dans le sang la révolte de la ville. À sa grande déception, il voit le trône d'Espagne lui échapper : Napoléon l'offre à son frère Joseph. Au départ, Naples est pour Murat un lot de consolation ; il se fait cependant rapidement au trône napolitain, porté par le bon accueil de la population. Ses relations avec Napoléon se détériorent ; d'un point de vue personnel, Bonaparte l'humilie à répétition ; d'un point de vue politique, le blocus continental imposé par l'Empire empêche le développement de son royaume. La campagne de Russie est un point de bascule : dédaigné par Napoléon, Murat subit la retraite qui dévaste sa cavalerie. Rentré à Naples, il entre en négociations avec les Autrichiens, qui eux aussi se sont retournés contre Napoléon. Il quitte définitivement l'armée napoléonienne après Leipzig, et malgré une tentative de réconciliation avec l'Empereur dans les derniers mois de l'Empire, il reste finalement attaché à son trône napolitain, qu'il tente de reprendre en 1815 malgré la décision du Congrès de Vienne d'y restaurer les Bourbons. La bataille de Tolentino le chasse de Naples le 2 mai 1815 ; rejeté par Napoléon durant les Cent-Jours, il tente une nouvelle reconquête, mais est arrêté lors de son débarquement en Calabre. Le roi Ferdinand, le fait exécuter le même jour. À ce sujet, voir V. HAEGELE, *Murat. La solitude du cavalier*, Perrin, Paris, 2015 ; S. DE MAJO, « GIOACCHINO NAPOLEONE Murat, re di Napoli », *Dizionario Biografico degli Italiani* [en ligne], vol. 55, 2001, consulté le 22/05/2022.

⁷²¹ En effet, la légitimité de Murat fait l'objet de discussions durant le Congrès de Vienne, qui finira par lui préférer les Bourbons. P.-M. DELPU, « Les napolitains face aux souvenirs de l'Empire (1815-1860) : reconstruction mémorielles et mobilisation politique », *Le royaume de Naples à l'heure française. Revisiter l'histoire du decennio francese (1806-1815)*, Villeneuve d'Ascq, Presses Universitaires du Septentrion, 2018, p. 407.

⁷²² Ces termes sont notamment utilisés par les principaux rivaux de Murat, les représentants de la dynastie Bourbon, encore en exil à l'époque. R. DE LORENZO, « Mobilità e regalità : usurpatori e conquistatori dei regni nella costruzione delle nazioni », *Rileggere l'Ottocento. Risorgimento e nazione*, Turin, Carocci Editore, 2010, p. 83.

⁷²³ R. DE LORENZO, « Mobilità e regalità... », *op. cit.*, p. 82.

⁷²⁴ « Giunto a Napoli nel 1808 ricevendo un'accoglienza molto calorosa dal popolaccio, affascinato da quest'uomo dall'aspetto mediterraneo, così diverso dai pallidi Borbone, Murat costruì con Carolina Bonaparte una regalità da parvenus, basata sul lusso, sull'esteriorità, di cui fu simbolo il Palazzo Reale, ma cavalcò anche aspetti di mobilità sociale già evidenti nel percorso settecentesco del regno. [Murat arrive à Naples en 1808 et reçoit un accueil très chaleureux de la part des gens du peuple, fascinés par cet homme à l'allure méditerranéenne, si différent des pâles Bourbons. Avec Caroline Bonaparte, Murat construit une royauté parvenue fondée sur le luxe et l'extériorité, dont le palais royal est le symbole, mais il exploite également des aspects de la mobilité sociale déjà évidents dans le développement du royaume au XVIIIe siècle] » (*Ibid.*, p. 83).

les codes français au royaume ; quasiment deux mois après l'abdication de Napoléon, Murat crée une commission chargée de dessiner les contours de l'avenir juridique du pays⁷²⁵. Là encore, le but est de légitimer et de pérenniser son règne, tout en se détachant de l'héritage napoléonien. Liberatore intervient fin décembre 1814⁷²⁶ ; soit deux mois avant les Cent-Jours, et trois mois avant la déchéance de Murat.

Sa position peut sembler délicate : tout juste nommé procureur général de la Haute cour criminelle de Naples, il souhaite adresser au roi ses remarques et ses propositions pour une codification future du droit pénal napolitain⁷²⁷. Naturellement, c'est la codification qu'il veut défendre ; et c'est la codification française qui a sa préférence. Or, la chute de l'empire a pour conséquence immédiate une volonté de préférence nationale : Liberatore sait que si le système codifié est toujours privilégié, le gouvernement désire désormais affirmer une identité juridique propre, afin de marquer son indépendance vis-à-vis de l'empereur déchu. Cette démarche est rendue d'autant plus complexe par la longévité du droit français sur ce territoire, où les institutions révolutionnaires puis les codes ont pu être transposés au plus tôt.

Liberatore doit donc ménager à la fois les nouvelles velléités patriotiques au sein du royaume et la stabilité d'un droit déjà éprouvé, tout en s'assurant que les progrès sociaux apportés par le *decennio francese* restent acquis. La stratégie discursive de Liberatore consiste à légitimer et projeter. Légitimer, en transformant en atout la longévité de la codification à la française dans le royaume (A) ; projeter, en admettant que cette codification est imparfaite, mais qu'elle n'est plus seulement un droit d'habitude : il s'agit de la meilleure perspective pour la modernisation du droit napolitain (B).

A) Légitimer la codification à la française

Pour justifier la codification française, Liberatore adopte une démarche progressive : sous prétexte de mieux contextualiser ses propositions, il présente, au cœur de son ouvrage, une succession de chapitres consacrés à l'évolution du droit pénal dans le royaume, de l'ancien droit

⁷²⁵ P. M. LIBERATORE, *Saggio sulla giurisprudenza...*, *op. cit.*, p. 74 à 75.

⁷²⁶ Son adresse au ministre de la Justice en début d'ouvrage est datée du 20 décembre 1814. *Ibid.*, premières pages non numérotées.

⁷²⁷ P. M. LIBERATORE, *Saggio sulla giurisprudenza...*, *op. cit.*, premières pages non numérotées.

(Chapitre II) à la transposition des codes et l'état actuel du droit pénal (Chapitre V). Les chapitres III et IV sont respectivement dédiés à la réforme du droit pénal en France, puis à la première réforme – révolutionnaire – du droit pénal du royaume⁷²⁸. Procédé habile : la codification française se fonde ainsi dans l'histoire juridique nationale napolitaine ; elle en devient un élément intrinsèque. Dès lors, la logique de Liberatore se rapproche de celle de Bandtkie : son rappel historique est fonctionnel. Il a pour objectif de mettre en évidence les faiblesses de l'ancien droit, afin de mieux mettre en avant les apports de la réforme française. Ainsi résume-t-il l'ancien droit pénal napolitain :

« Tels étaient les deux grands défauts de notre ancienne législation pénale : le manque de proportion et le manque de précision. L'un et l'autre produisaient l'arbitraire, et, ayant retiré la plus grande valeur à la loi, ils bouleversaient les idées de justice. Personne n'a reçu de la nature le droit de se prononcer sur l'honneur et la vie d'autrui ; ceux qui jouissent de ce droit doivent donc l'avoir acquis par quelque convention. Mais qui peut accepter d'être jugé arbitrairement par ses semblables ? »⁷²⁹

Le contraste avec le chapitre suivant, consacré à la réforme de la justice pénale française, est frappant. La première phrase reflète les convictions profondes de Liberatore : « La flamme de la philosophie a enfin commencé à éclairer l'obscurité du système juridique »⁷³⁰. Liberatore cite ceux qui ont, selon lui, allumé cette flamme : Montesquieu d'abord, puis des « concitoyens » – Beccaria, Pagano, et naturellement Filangieri, aux travaux trop célèbres pour être rappelés⁷³¹. Cette précision permet à Liberatore d'atteindre directement le but recherché : il s'entoure de figures prestigieuses, et ajoute que ces figures s'adressaient aux gouvernements pour les

⁷²⁸ « CAP. II. Stato in cui era la Giurisprudenza penale nel Regno riguardo alla sanzione, alla procedura. CAP. III. Prima riforma della Giurisprudenza penale in Francia. CAP. IV. Prima riforma della Giurisprudenza penale nel Regno. CAP. V. Seconda riforma della Giurisprudenza penale, e suo stato attuale nel Regno [CHAPITRE. II. L'état du droit pénal dans le Royaume en ce qui concerne la punition, la procédure. CHAPITRE. III. Première réforme de la jurisprudence pénale en France. CHAPITRE IV. IV. Première réforme du droit pénal dans le Royaume. CHAPITRE V. V. Deuxième réforme de la jurisprudence pénale et son état actuel dans le Royaume] » (P. M. LIBERATORE, *Saggio sulla giurisprudenza...*, *op. cit.*, sommaire).

⁷²⁹ « Furono questi i due grandi difetti dell'antica nostra legislazione criminale : mancanza di proporzione ; mancanza di precisione. L'una e l'altra produssero l'arbitrio ; e tolto per conseguenza il pregio maggiore alla legge, sconvolsero le idee della giustizia. Niuno ha ricevuto dalla natura il dritto di pronunziare sull'onore, e sulla vita altrui : bisogna dunque che coloro i quali godono di questo dritto l'abbiano acquistato mercè di una qualche convenzione. Ma chi mai potè consentire ad essere giudicato arbitrariamente da' suoi simili ? » (*Ibid.*, p. 15).

⁷³⁰ « La face della filosofia cominciò finalmente a rischiarare le tenebre del sistema forense » (*Ibid.*, p. 25).

⁷³¹ « Meritano fra essi di brillare ne' primi ordini due benemeriti nostri concittadini : il Cavalier FILANGIERI e MARIO PAGANO, le opere dei quali a malgrado delle disgrazie dei tempi, resero a questa parte della scienza del Dritto servigi trop po segnalati, e troppo noti per esser qui ripetuti » (*Ibid.*, p. 25).

conseiller sur leurs réformes ; il trace ainsi un parallèle avec sa propre démarche⁷³². Cependant, les idées des philosophes ne se suffisent pas à elles-mêmes. Liberatore déplore qu'elles aient été méprisées, moquées par les tribunaux, en l'absence de consécration légale⁷³³. C'est la France, « nation puissante », qui a résorbé cette fracture entre les idées philosophiques et la pratique juridique. Le code pénal de 1791, puis le code des délits et des peines de 1795 sont un « grand pas vers la perfection », stoppé par les circonstances politiques⁷³⁴.

Selon Liberatore, le code pénal de 1810 et la codification à la française en général marquent enfin le triomphe des idées des Lumières en pratique : « [...] jamais la cause de l'humanité n'a été mieux traitée, jamais la philosophie n'a été mieux soutenue dans ses efforts ; et le tribunal criminel n'a plus présenté le spectacle de lois absurdes ou inefficaces »⁷³⁵. Le chapitre IV est ainsi dédié à lister les bienfaits apportés au royaume de Naples par la codification, avantages tournant autour des principaux thèmes des Lumières :

« Pour la première fois, le pouvoir judiciaire est séparé du pouvoir exécutif et le roi est indépendant. [...] Est également aboli le nom des gouverneurs qui, uniquement pour leur propre intérêt, parcouraient les provinces en gouvernant les municipalités avec une volonté arbitraire et despotique [...]. L'obligation de motiver les jugements et de citer la loi n'est pas nouvelle pour nous, car elle a déjà été adoptée par le passé, de plus ordonnée, mais votée peu après [...], et elle semble être la seule digue contre l'arbitraire et le frein le plus puissant pour empêcher le juge de précipiter une opinion. La stricte uniformité du droit, principe le plus important de l'ordre judiciaire, est assurée par l'institution de la Cour de cassation [...] »⁷³⁶.

Ainsi, par l'argument de sa longévité, de sa conformité avec les Lumières et de ses avantages

⁷³² *Ibid.*, p. 25.

⁷³³ *Ibid.*, p. 26.

⁷³⁴ P. M. LIBERATORE, *Saggio sulla giurisprudenza...*, *op. cit.*, p. 26 à 29.

⁷³⁵ « [...] mai la causa dell'umanità non fu meglio trattata, nè mai fu meglio secondata la Filosofia ne' suoi sforzi ; ed il Foro criminale non presentò più lo spetta colo di leggi assurde, o inefficaci » (*Ibid.*, p. 31).

⁷³⁶ « « Si vidde allora per la prima volta il potere giudiziario separato dal potere esecutivo, e re so indipendente. [...] Abolito anche il nome de' Governatori che solo pel proprio interesse giravano le Provincie governando i Comuni con arbitrario e dispotico volere [...]. L'obbligo di motivare i giudizi e di citar la legge non nuovo per noi, perchè venne altra volta ordinato ma rivotato poco dopo [...], e si co nobbe esser la sola diga contra l'arbitrario il freno più possente a ritener il giudice dal precipitare un' opinione. Assicurata l'uniformità rigorosa della legge , il più importante principio dell'ordine giudiziario, collo stabilimento della Corte di cassazione [...] » (*Ibid.*, p. 33 à 34).

techniques, Liberatore tente de légitimer la codification à la française comme un incontournable du paysage italien. Tout incontournable qu'il est, ce système codifié n'en recèle pas moins des défauts ; Liberatore va, là encore, en faire des atouts, en développant le deuxième volet de son argumentation : la projection dans la Restauration.

B) Se projeter avec la codification à la française

Liberatore ne se contente pas de lister les avantages de la codification française. Au contraire, il s'attache à en dresser un portrait équilibré, et ne se prive pas d'en faire une critique détaillée. Le principe de codification est le bon ; les codes français en eux-mêmes recèlent de nombreuses faiblesses. Elles tiennent, selon lui, au degré de réalisation des aspirations des Lumières. En effet, si la codification française représente un progrès important dans ce sens, elle reste imparfaite. En matière pénale, Liberatore signale d'abord qu'il est urgent de rendre effectifs au sein du royaume des décrets signés depuis plusieurs années qui visaient à ajuster le droit criminel et la procédure pénale⁷³⁷. L'auteur distingue d'une part les décrets de l'empereur, alors qu'il cherchait à retoucher certains points de ses codes nationaux, et d'autre part les *Reali Decreti*, décrets pris cette fois par les Bonaparte pour Naples. En outre, Liberatore recommande un certain nombre d'améliorations à apporter aux textes français. Il mentionne entre autres l'insuffisance de définitions pour beaucoup de notions clés, qui pourrait égarer le juge et faire obstacle au procès équitable⁷³⁸ ; mais on retrouve aussi, pêle-mêle, la difficulté de calcul de la prescription pour des crimes commis durant l'ancien régime⁷³⁹, ou encore le cas des meurtres intrafamiliaux⁷⁴⁰.

Selon Liberatore, ces correctifs sont nécessaires pour une raison simple, mais rhétoriquement efficace : « [...] même dans ce travail [la codification française], l'expérience a également mis

⁷³⁷ Liberatore cite plus de 40 décrets pris entre 1809 et 1813, dont certains n'ont même pas été publiés au bulletin. Les thèmes portent par exemple sur le régime de procédure extraordinaire pour certains délits atteignant particulièrement pour la tranquillité publique, sur la distinction entre action publique et l'action privée, sur la procédure pour abus de pouvoir, sur les conflits entre juridictions judiciaires et administratives, etc. P. M. Liberatore, *Saggio sulla giurisprudenza...*, op. cit., p. 37 à 44.

⁷³⁸ *Ibid.*, p. 45 à 46.

⁷³⁹ *Ibid.*, p. 46.

⁷⁴⁰ *Ibid.*, p. 46 à 47.

en évidence les lacunes les plus importantes et les plus nombreuses »⁷⁴¹. L'auteur en profite ici pour accentuer l'intégration des codes français dans l'ordre juridique napolitain : au même titre que les autres sources du droit, les codes doivent faire l'objet d'études et de retouches, basées sur l'expérience nationale. Celle-ci est donc mise en avant par Liberatore, afin de désacraliser la codification napoléonienne et rassurer la commission sur la singularité de son système juridique. En soulignant les marges d'amélioration, il offre une perspective intéressante au pouvoir : se projeter dans l'avenir avec une codification à la française, mais en ayant toute liberté de la perfectionner pour la rendre plus fidèle aux enseignements d'un Montesquieu, d'un Beccaria, d'un Bentham ou d'un Filangieri⁷⁴².

Au-delà de l'ajustement à l'expérience nationale, ce qui intéresse en réalité Liberatore, c'est que la codification ainsi corrigée s'approcherait un peu plus de l'idéal philosophique des Lumières, fil rouge de ses développements. S'il faut déterminer la grande orientation de la réforme juridique napolitaine, ce doit être celle-ci. Dans cette logique, pérenniser les codes français tout en les libéralisant devrait ouvrir la voie vers un droit pénal moderne et rationalisé. En témoigne sa note aux lecteurs, au début de l'ouvrage :

« [...] en examinant les dispositions pénales en vigueur, je n'ai voulu sacrifier que la vérité et la modération, me gardant scrupuleusement de critiquer ou d'aduler quoi que ce soit à dessein. Au contraire, sans m'altérer à aucun des systèmes immigrés à mes vues particulières, je me suis efforcé de suivre plutôt les enseignements de l'expérience et les lumières des meilleurs juristes modernes, en honorant en particulier la mention épaisse de quatre grands hommes, dont on ne répétera jamais assez les noms, MONTESQUIEU, BECCARIA, BENTHAM et FILANGIERI. La pureté des intentions qui sera reconnue à chaque page de cet essai méritera, je l'espère, l'indulgence du Gouvernement, des Magistrats et du Public. Si mes faibles efforts peuvent contribuer à supprimer un seul inconvénient et à améliorer un seul article de notre système pénal, mon audace sera justifiée et mon travail suffisamment rémunéré »⁷⁴³.

⁷⁴¹ « [...] pure anche in questo lavoro l'esperienza additò de' vuoti e più importanti, e' più numerosi » (*Ibid.*, p. 43).

⁷⁴² À ce sujet, voir I. BIROCCHI, « Traduzioni e cultura giuridica nell'Italia dell'Ottocento », *Justement traduire. Les enjeux de la traduction juridique* [en ligne], Toulouse, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2020, p. 31 à 55.

⁷⁴³ « [...] nel porre a scrutinio le vigenti disposizioni penali, io non ho voluto sacrificare che alla verità, ed alla moderazione, guardandomi scrupolosamente dal criticare, o adular tutto di proposito. Anzi senza altenermi a qualche mio immaginario sistema, nè esclusivamente alle mie particolari vedute, io mi sono studiato di seguire piuttosto gli ammaestramenti dell'esperienza, ed i lumi dei migliori moderni giuspublicisti, onorandumi

La suite des événements exaucera le souhait de Liberatore. Dans un premier temps, l'exécution de Murat et le retour des Bourbons enterrent le *Saggio* à peine soumis. L'auteur pense échapper aux représailles durant quelques années, et est même nommé juge à la Haute Cour civile de Naples après l'instauration du royaume des Deux-Siciles ; mais ses positions trop libérales finissent par lui nuire et en 1821, il est définitivement écarté de toute charge publique. Frappé par les difficultés financières, puis la mort de son deuxième fils, de son épouse puis de sa fille, Liberatore se réfugie dans le travail. Il devient un auteur et un traducteur prolifique⁷⁴⁴, ouvre sa maison à des étudiants pour y donner des cours de droit. Son commentaire sur les lois civiles du royaume des Deux-Siciles ainsi que son introduction au droit du royaume font forte impression sur les auteurs de doctrine de l'époque. En 1842, Mancini affirme dans sa biographie de Liberatore que le *Saggio* de 1814 a en fait été une source d'inspiration extensive pour le code pénal des Deux-Siciles, promulgué en 1819. Mancini ajoute, non sans ironie, que les améliorations proposées par Liberatore ont abouti à une codification qui a surpassé en qualité le modèle français⁷⁴⁵. Ainsi, son *Saggio* aura finalement rempli son but ; comme les grands philosophes des Lumières qu'il respecte tant, Liberatore a pu inspirer son gouvernement dans l'esquisse de son droit futur. Il a fait un pas vers ce que sera le droit napolitain sous la Restauration : un droit qui intègre les codes français, mais qui conçoit de pouvoir les modifier.

L'incorporation de la codification à la française au droit national est la stratégie que choisit d'adopter le troisième et dernier auteur, que nous avons déjà croisé : Jonas Daniel Meyer.

III. Meyer et l'incorporation d'office des codes français

À la lecture de son profil, Meyer⁷⁴⁶ n'apparaît pas seulement comme un important auteur

particolarmente della spessa menzione di quattro uomini sommi, i di cui nomi non potranno esser mai ripetuti abbastanza, MONTESQUIEU, BECCARA, BENTHAM, e FILANGIERI. La purità delle intenzioni che si riconoscerà in ogni pagina di questa *Saggio*, gli meriterà, spero, l'indulgenza del Governo, dei Magistrati, e del Pubblico. Che se i miei deboli sforzi potranno cooperare a fardisparire un solo inconveniente, amigliorare un solo articolo nel nostro Sistema penale, il mio ardimento sarà giustificato, e la mia fatica compensata abbastanza » (P. M. LIBERATORE, *Saggio sulla giurisprudenza...*, *op. cit.*, premières pages non numérotées).

⁷⁴⁴ Pour l'œuvre complète de Liberatore, production originales et traductions, voir G. FAZZINI, « LIBERATORE, Pasquale Maria... », *op. cit.*

⁷⁴⁵ P. S. MANCINI, *Della vita e delle opere di Pasquale Liberatore. Discorso letto all'Accademia Pontaniana*, Naples, 1842, p. 17 à 18.

⁷⁴⁶ Pour la biographie de Meyer, cf. *supra*.

hollandais : son réseau impressionnant témoigne d'une réputation européenne. Il est membre associé de l'Académie de Nîmes, membre de l'Académie française, de la Royal Academy de Londres, de la Société néerlandaise de littérature, des académies de Bruxelles et de Batave, mais également des académies de Göttingen et de Turin. La bonne réputation de Meyer fait de lui une figure stable de l'élite hollandaise⁷⁴⁷. Le départ des Français semble ne pas entraver la poursuite de sa carrière : en 1813, il participe à la régence provisoire d'Amsterdam et intègre son conseil municipal ; en 1815, Guillaume I^{er}⁷⁴⁸ le nomme secrétaire d'une commission pour la création d'une nouvelle constitution hollandaise.

Confronté à l'antisémitisme de ses pairs et sans perspective de promotion, Meyer se retire de la commission et renonce à toute charge publique en 1817. Redevenu avocat, il rédige un ouvrage qu'il intitule *De la nécessité d'une haute-cour provisoire pour le Royaume des Pays-Bas*. S'il considère que l'instauration du Royaume uni des Pays-Bas a créé une division entre provinces (A), cette division peut, selon lui, être atténuée par la sauvegarde des codes napoléoniens sur le territoire (B).

⁷⁴⁷ Une biographie rédigée de son vivant en 1822, considère qu'il occupe « un des rangs les plus distingués parmi les savants de son pays ». Sa notice nécrologique, publiée en 1835, le dit « aussi recommandable par la noblesse de son caractère que par ses talents ». *Ibid.* ; F. DE REIFFENBERG, « Notice nécrologique », *Bulletins de l'Académie royale des Sciences et Belles-Lettres de Bruxelles*, t. 2, 1835, p. 11.

⁷⁴⁸ Guillaume Frédéric d'Orange-Nassau (1772 à La Haye – 1843 à Berlin), fils de Guillaume V d'Orange, se révèle rapidement un prince plus énergique que ne l'était son père. Il est mis à la tête de l'armée des Provinces-Unies durant les guerres révolutionnaires, et est vaincu par les Français ; Guillaume V se réfugie au Royaume-Uni, emmenant ses fils avec lui. Guillaume Frédéric tente de revenir avec une coalition anglo-russe en 1799, comptant sur une vague de soutien populaire ; mais les hollandais l'ignorent pour la plupart. Heurté, il se rend à Saint-Cloud en 1802, où il lie des relations cordiales avec Napoléon ; dans le cadre d'un accord franco-prussien en marge du traité d'Amiens, son père, Guillaume V d'Orange-Nassau obtient quelques terres allemandes en consolation de ses pertes territoriales. Il les confie à son fils aîné. 1806 marque la reprise de la guerre franco-prussienne et la mort de Guillaume V ; son fils se range du côté des prussiens et prend la tête d'une division. À nouveau vaincu, Guillaume Frédéric perd ses terres allemandes, confisquées en représailles par l'Empire français dont il est censé être le vassal. Il s'allie alors aux Autrichiens ; blessé à la bataille de Wagram, il s'exile au Royaume-Uni. En 1813, tandis que la présence française reflue, les orangistes rentrent nombreux au pays. Un gouvernement provisoire se forme pour administrer le pays en attendant les décisions du Congrès de Vienne ; il rappelle Guillaume Frédéric. Ce dernier refuse d'abord le trône qu'on lui propose. Sans doute a-t-il une certaine rancune pour son pays, et pour la tiédeur de la population à son égard. Après l'obtention d'une constitution favorable au pouvoir monarchique et encouragé par le congrès de Vienne, effrayé par le retour de Napoléon de l'île d'Elbe, il se proclame roi des Pays-Bas en 1815. Les progrès économiques et scientifiques ne suffiront pas à apaiser les tensions dans le pays : 1830, les provinces du sud se révoltent. La répression des révolutionnaires s'éternise et éclipse les efforts du roi dans les autres domaines. Les Belges finissent par obtenir gain de cause : le royaume uni des Pays bas est dissous par le traité de Londres en 1839, ce qui ouvre les discussions pour une nouvelle constitution. Marqué par la perte de la Belgique et incapable d'accepter les changements de la constitution future, Guillaume I^{er} abdique en 1840, trois ans avant sa mort. Son fils, Guillaume Frédéric II, qui a toujours cherché la paix avec la Belgique, devient roi des Pays-Bas. Voir P. L. MÜLLER, « Wilhelm », *Allgemeine Deutsche Biographie* [en ligne], vol. 43, 1896, consulté le 22/05/2022.

A) La création du royaume uni des Pays-Bas : un facteur de division

Un premier élément est à commenter : le choix de la langue. Sur des questions politiques ou doctrinales pouvant intéresser la scène européenne – ici, la constitution d'un État européen tout juste institué, Meyer écrit en français, afin de toucher davantage de lecteurs. Il n'en reste pas moins patriote ; par exemple en 1817, il fait partie des auteurs des *Brieven van eenige regstgeleerden over de aanstande wetgeving* (« Lettres de quelques jurisconsultes sur la législation future »), rédigées en néerlandais⁷⁴⁹. En l'espèce, *De la nécessité d'une haute-cour* est rédigé à la fois en français et en hollandais. Meyer explique lui-même qu'il a de bons espoirs pour la diffusion de ce texte, laissant présumer de l'importance qu'il lui attache : « J'ai supposé un lecteur instruit de notre Loi fondamentale, mais je n'ai point écrit exclusivement pour des jurisconsultes ou des administrateurs : j'ai cru que mon sujet pouvait être à la portée de chacun »⁷⁵⁰.

Le sujet de Meyer devrait pouvoir être à la portée de chacun, parce que le problème que Meyer souhaite régler est commun à tout le pays : c'est la désorganisation, la désharmonie entre des territoires qui ont été annexés à la France « à des époques différentes », puis soudés entre eux sans avoir « jamais formé ensemble un corps de nation »⁷⁵¹. Le Congrès de Vienne a conçu le Royaume Uni des Pays-Bas comme un État tampon entre la France et les territoires allemands ; cette création artificielle ne tient pas compte des particularismes des nations qui la composent. Les crispations avec les provinces du Sud, territoires de la future Belgique, marquent le règne de Guillaume I^{er} dès ses débuts. Le roi tente d'unir son pays par des réformes économiques et scientifiques, mentionnées d'ailleurs par Meyer⁷⁵² ; mais l'ordre judiciaire n'a pas été mobilisé. Or pour l'auteur, c'est la clé de la pacification du pays : si des tensions naissent entre les provinces, cela provient de l'anarchie judiciaire dans laquelle sont plongées les différentes régions du royaume. Cette anarchie provient d'une part du vide laissé par le départ des Français, dans des territoires où ils étaient présents depuis les guerres révolutionnaires⁷⁵³, et d'autre part

⁷⁴⁹ COLLECTIF, *Galerie historique des contemporains ou nouvelle Biographie*, seconde édition, t. 7, Bruxelles, 1822, p. 75.

⁷⁵⁰ J. D. MEYER, *De la nécessité...*, *op. cit.*, p. 6.

⁷⁵¹ *Ibid.*, p. 14 à 19.

⁷⁵² « Déjà cette réorganisation s'avance à pas rapides : l'administration intérieure, les finances, l'armée, la marine, tout ce qui constitue le gouvernement, tant à l'intérieur qu'à l'extérieur, a subi une réforme totale » (*Ibid.*).

⁷⁵³ *Ibid.*, p. 8.

de l'absence de volonté politique claire de la royauté en matière de réforme judiciaire⁷⁵⁴. En attendant de donner un droit unique au royaume, il est nécessaire d'instituer une haute-cour provisoire, soit un « tribunal supérieur commun au Royaume entier », pour « réunir les parties éparses »⁷⁵⁵ et ainsi assurer l'harmonie de la jurisprudence nationale. Meyer exige en réalité une « Cour régulatrice », inspirée de la Cour de cassation⁷⁵⁶. L'instauration d'un outil de contrôle pose la question de l'ensemble à contrôler. Quel serait ce droit dont la haute-cour devrait assurer l'unité ?

B) Le maintien des codes français : un facteur d'union

Contrairement à Bandtkie et Liberatore, qui écrivent dans les premiers mois suivant la libération et qui doivent convaincre un public encore traumatisé par l'occupation, Meyer intervient près de trois ans après l'Empire. Il lui est donc plus aisé de modérer les passions, et d'appeler à un réexamen posé de la codification française. Cette reconsidération permet de peser la qualité intrinsèque des codes, indépendamment de leur charge politique :

« La Loi fondamentale veut une législation nationale, adaptée aux mœurs du Royaume, et préférable à toute autre, par cela seul qu'elle est nationale. Le premier moment d'enthousiasme, qui seul aurait pu faire adopter avec une confiance aveugle tout nouveau projet, à raison de cette nouveauté et parce qu'il aurait offert quelque ressemblance avec l'ancien état de choses, est passé, et nous sommes rentrés dans cette tranquillité calme et paisible qui, en permettant un examen mûr, peut seule conduire à une perfection complète : la prévention contre tout ce qui était étranger, un peu diminuée, nous a fait entrevoir que les lois françaises, malgré des défauts qu'on ne peut méconnaître, malgré des dispositions qui ne conviennent ni à notre pays, ni à nos mœurs, ni à nos usages, ne sont pas si mauvaises qu'il faille substituer à leur place tout autre projet quelconque [...] »⁷⁵⁷.

Ce retour à une tranquillité relative est donc un avantage pour Meyer, qui va pouvoir plus aisément convaincre son public des bienfaits du maintien des codes français ; il emploie pour cela une technique singulière : l'incorporation de facto du droit français dans l'ordre juridique néerlandais. À plusieurs reprises dans son texte, Meyer part du principe que la législation

⁷⁵⁴ *Ibid.*, p. 9.

⁷⁵⁵ *Ibid.*, p. 27.

⁷⁵⁶ J. D. MEYER, *De la nécessité...*, *op. cit.*, p. 126.

⁷⁵⁷ *Ibid.*, p. 9.

française est le droit par défaut du Royaume. Il commence par rappeler que les codes français n'ont pas encore été abrogés :

« Depuis la restauration des Pays-Bas et leur érection en Royaume indépendant, il s'est élevé plusieurs tribunaux d'exception, jugeant soit d'après d'anciennes lois renouvelées, qui n'ont rien de commun avec nos lois civiles, soit d'après des lois nouvelles, mais faites dans un temps où l'on croyait fermement que les lois françaises allaient être abrogées sous peu, et qui par conséquent ne sont pas en harmonie avec leurs principes »⁷⁵⁸.

En effet, au moment où Meyer écrit, plusieurs projets de codes nationaux sont nés. Mais la procédure prévue pour leur examen est longue et fastidieuse ; leur adoption est incertaine. Au final, l'état intermédiaire dans lequel se trouve le droit néerlandais risque de durer encore quelques années⁷⁵⁹. Cela étant dit, Meyer en profite pour continuer son travail de persuasion. Il loue le processus de création des codes français, porté par des juristes de grande qualité, et dont tous les détails sont connus grâce à la publication des discussions préalables⁷⁶⁰. Il compare ce procédé à l'élaboration des codes néerlandais qu'il juge peu transparente et confiée à un groupe de non-spécialistes⁷⁶¹.

Deuxième remarque, plus subtile : Meyer évoque la possibilité que les futurs codes néerlandais contiennent des droits « entièrement nouveaux », voire « étrangers à quelques parties du royaume » ; dans la même phrase, il précise « qu'à l'exception des lois françaises, aucune disposition n'a été adoptée dans toute son étendue »⁷⁶². Autrement dit, si le royaume dans son ensemble a besoin d'un droit national uni, un seul système a pu remplir cet objectif – le système français. Détail qui peut paraître paradoxal, Meyer met en garde sur la présence possible de lois étrangères dans les futurs codes néerlandais ; soit qu'il choisit d'ignorer les circonstances de la réception des codes français, soit qu'il considère, au vu de leur longévité sur le territoire, qu'ils

⁷⁵⁸ J. D. MEYER, *De la nécessité...*, *op. cit.*, p. 64.

⁷⁵⁹ *Ibid.*, p. 10 à 11. La prévision de Meyer se révélera juste : les codes français resteront le droit en vigueur jusqu'au 16 mai 1829, date à laquelle ils seront alors révisés par une loi royale – à l'exception du Code pénal, qui est conservé tel quel. F. STEVENS, « Guillaume I^{er}, codificateur du royaume des Pays-Bas et la “renationalisation” du droit (1815-1831) », *Légiférer, gouverner et juger : Mélanges d'histoire du droit et des institutions (IXe-XXIe siècles) offerts à Jean-Marie Cauchies à l'occasion de ses 65 ans*, Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, 2016.

⁷⁶⁰ *Ibid.*, p. 29 à 31.

⁷⁶¹ *Ibid.*, p. 29 à 32.

⁷⁶² *Ibid.*, p. 10 à 11.

se sont entièrement intégrés à l'ordre juridique national et ne peuvent plus être considérés comme externes.

Selon Meyer, l'anarchie juridique ne vient donc pas du maintien des codes français. La désorganisation de la jurisprudence et l'incertitude de la pratique viennent de la réapparition de lois anciennes, ou de la mise à l'écart prématurée des codes français dans l'attente de leur abrogation, afin de satisfaire ponctuellement des besoins de cas d'espèce. C'est ici que réside la menace d'une fragmentation juridique du pays : une multiplication de décisions spontanées, en l'absence d'un contrôle supérieur, qui fragilise l'unité du Royaume, laquelle ne peut s'appuyer que sur l'unité des codes français.

« L'uniformité de lois existe ; on n'a qu'à la maintenir intacte ; et rien de plus facile que de substituer à la législation actuelle toute autre qui sera jugée convenable. Accoutumés à voir dans la loi une disposition du souverain, égale pour tous, sans y attacher quelque rapport particulier, les magistrats, les juriconsultes, les sujets se plieront sans difficulté à toute autre, qu'ils pourraient même juger moins bonne ; mais du moment que chacun croit avoir quelque intérêt à la loi particulière, que le juge et le juriconsulte la regardent comme leur ouvrage, le peuple comme son privilège, il devient bien plus difficile de rétablir cette uniformité. Une fois que des jurisprudences et coutumes locales seront introduites par le défaut d'une Cour supérieure, il devient impossible de retourner à une seule législation, du moins sans de grands sacrifices, sans une constance à toute épreuve, et même sans une sévérité imperturbable »⁷⁶³.

Si l'on suit jusqu'au bout les préconisations de Meyer pour la gestion de la période intermédiaire dans le royaume, on aboutit à la transposition du système français : les codes français, appliqués par les juges de tout le pays sous la vigilance d'une cour supérieure unique. L'urgence de réinstaurer cette haute-cour vient d'ailleurs du fait que le royaume ne peut plus compter sur la Cour de cassation de Paris⁷⁶⁴. Or, si la haute-cour est censée être provisoire, il est impossible de savoir combien ce « provisoire » durera. Ce que Meyer envisage, finalement, c'est une reprise du système judiciaire français aux Pays-Bas pour une durée indéterminée. Dans l'attente d'éventuels codes néerlandais, il serait préférable de sauvegarder le statu quo, et d'assurer son efficacité ; or, ce statu quo, c'est celui laissé par les Français.

⁷⁶³ *Ibid.*, p. 29.

⁷⁶⁴ *Ibid.*, p. 61 à 62.

Si les argumentaires de Bandtkie, Liberatore et Meyer adoptent des angles d'attaque spécifiques, ils se rejoignent sur trois points. D'abord, les trois auteurs cherchent à faire perdurer la codification à la française dans leur pays. Ensuite, pour convaincre les commissions législatives, ils n'hésitent pas à user de stratégies discursives. Ces stratégies peuvent présenter des traits communs : déconsidération de l'ancien droit national et des alternatives potentielles, légitimation de la codification française par la mention de sa longévité ou de ses sources universelles (de droit romain, de droit naturel). Enfin, aucun de ces trois auteurs ne demande un maintien pur et simple des codes français : ceux-ci doivent faire l'objet de modifications plus ou moins importantes, nécessaires à une pleine adaptation au pays récepteur. Car si la codification à la française est acceptée dans l'ensemble, certains principes contenus dans les codes français font l'objet de débats, chez trois auteurs et, plus généralement, dans l'ensemble des ouvrages et revues de l'époque.

Section 2. Principes et mécanismes français discutés

La littérature juridique de l'Europe libérée ne se contente pas de réfléchir au fait de codifier ; elle s'interroge sur des principes et des mécanismes de fond. Pour tenter de mesurer la fréquence des sujets abordés, nous avons passé en revue notre bibliographie d'ouvrages et d'articles juridiques publiés entre 1814 et 1825, et traduit les termes et concepts sur lesquels ces textes s'attardent le plus. Notre corpus est représentatif, pas exhaustif, mais il permet d'avoir une idée des tendances qui se dégagent à l'époque dans les discussions doctrinales :



Les sujets les plus abordés, à savoir le divorce, le jury criminel et les successions, s'accompagnent de questions secondaires : le divorce pose des questions en termes de droit de la famille, d'état-civil, ou de tutelles ; le jury implique de s'interroger sur la preuve et les droits de la défense ; le droit des successions s'accompagne de discussions sur les privilèges, le fidéicomis ou les hypothèques, ce qui explique leur forte présence statistique. Enfin, l'abrogation des codes napoléoniens annoncée dans la plupart des territoires libérés peut expliquer la fréquence du sujet de la rétroactivité. Il est possible de remarquer que les sujets principaux sont rattachés aux codes français et à leur implantation. Cela est compréhensible si l'on examine trois facteurs. Premier facteur, la nouveauté : les codes napoléoniens, à des degrés différents, apportent avec leur promulgation un certain nombre d'innovations. Ces innovations sont très ressenties dans les pays de l'Europe libérée, qui n'ayant pas détruit leur ancien droit, reçoivent comme révolutionnaires des principes qui ont déjà été modérés par l'Empire. Le départ des Français permet aux auteurs d'exprimer un avis plus tranché sur des principes redevenus étrangers, et auxquels ils n'ont plus à se soumettre. Deuxième facteur, l'impératif pratique : certains de ces mécanismes sont restés en vigueur dans les pays concernés pendant plusieurs années ; certains citoyens ont été arrêtés, jugés et punis sous l'empire de ces lois ; certains se sont mariés, ont divorcé⁷⁶⁵, ont contracté, ont hérité, ont agi en justice sous l'empire de ces lois. Ici ou là, une génération entière d'étudiants a même été formée selon les codes français. Il est donc nécessaire que les praticiens et les professeurs locaux évoquent ces apports particuliers des codes français, en ce qu'ils ont laissé des traces concrètes dans la vie de leurs compatriotes. Troisième facteur, les restaurations : les auteurs qui défendent l'idée formelle de codification souhaitent un droit modernisé, certes, mais un droit national. Pour ces auteurs, il est aisé de faire un tri : si l'on justifie comme bénéfique la rédaction d'un code simple, aux maximes claires et universelles, on peut, dans le même temps, écarter certains mécanismes français qui n'auront aucune chance d'être acceptés. Car le droit, même codifié, ne doit pas fragiliser les piliers d'une société ; il doit plutôt les consacrer.

Détail intéressant : ces sujets débattus en Europe se télescopent avec les sujets débattus en France, à la même période. La monarchie restaurée abroge le divorce, conserve l'égalité

⁷⁶⁵ À ce sujet, voir notamment S. SOLIMANO, *Amori in causa. Strategie matrimoniali nel Regno d'Italia napoleonico (1806-1814)*, Turin, Giappichelli Editore, 2017 ; du même auteur, « Le problème du divorce dans le Royaume d'Italie (1806-1814). Un essai de Wirkungsgeschichte », *Napoléon et le droit. Droit et justice sous le Consulat et l'Empire*, Paris, CNRS Éditions, 2017, p. 223 à 237.

successorale, et s'interroge longuement sur le jury criminel⁷⁶⁶. Lorsque l'on observe les arguments des auteurs français et ceux des auteurs européens dans ces domaines, on y trouve également des similitudes. Les interrogations dans les pays d'Europe libérée ont-elles leurs particularismes, ou ne sont-elles qu'un écho de la situation française ? Il est vrai que la France, elle aussi, a vu revenir un roi ; qu'elle a, comme tous les pays restaurés d'Europe, songé à l'avenir de son ordre juridique. Malgré les controverses et la volonté de réaction de la part de la Chambre ultra, la stabilité voulue par Louis XVIII l'emporte : tous les codes sont finalement conservés, moyennant l'abrogation du divorce et quelques retouches⁷⁶⁷. La monarchie catholique restaurée entend surtout estomper l'héritage révolutionnaire. Parmi les partisans des réformes, on trouve des détracteurs de la Révolution et de Napoléon qui ont vécu la première période comme un renversement complet des repères ancestraux et la seconde comme une atteinte aux libertés. Les références à l'autoritarisme de l'empereur représentent l'un des points communs les plus frappants entre les auteurs français et les auteurs européens.

Cependant, il existe une différence évidente entre la France de la Restauration et les pays libérés : l'extranéité. La France a enfanté une révolution, des réformes, un empereur et des codes qui ont mobilisé les dirigeants, les assemblées et divers acteurs du monde juridique français : les tribunaux ont participé à la discussion sur les projets ; les auteurs et les praticiens ont pu s'informer lors des débats. Lorsque les auteurs français de la Restauration s'expriment à l'égard des codes, ils prennent position sur du droit français. À l'inverse, les pays occupés se sont vu imposer un ensemble de textes étrangers. Certaines élites ont parfois accompagné et salué le transfert ou la transposition des réformes et des codes, mais tous savaient que la source était étrangère : le modèle était français. Dès lors, dans les pays libérés, chez les auteurs qui soutiennent la codification, les contestations portent sur certaines institutions et règles parce qu'elles sont françaises (et visées comme telles) autant que parce qu'elles sont jugées néfastes. Nous évoquerons les trois sujets les plus discutés par les partisans de la codification : le divorce (I), le droit successoral (II) et le jury criminel (III).

⁷⁶⁶ Au sujet du droit français sous la Restauration, voir J.-L. HALPÉRIN, *Histoire...*, *op. cit.* ; O. TORT, « La magistrature française face aux deux Restaurations », *Revue d'histoire du XIX^e siècle*, n°49, 2014, p. 93 à 107 ; A. LAUBA, *La restauration (1814-1830). Bilan juridique et institutionnel*, en deux tomes, Chisinau, Éditions Universitaires Européennes, 2010.

⁷⁶⁷ S. SOLEIL, « Le jury criminel en procès. Les opinions doctrinales des auteurs français (1750-1830) », *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 7, n°2, 2021, p. 785.

I. « *Nata fra i delirj di una rivoluzione feroce* » : la question du divorce

Le Code Napoléon a repris, limité et réorganisé les règles du divorce telles qu'elles avaient été fixées dans la législation révolutionnaire⁷⁶⁸. Le divorce est mentionné dans le Livre I, au pénultième chapitre du Titre V – Du contrat de mariage et des droits respectifs des époux :

« Le mariage se dissout,

1° Par la mort de l'un des époux ;

2° Par le divorce légalement prononcé ;

3° Par la condamnation devenue définitive de l'un des époux, à une peine emportant mort civile. »⁷⁶⁹

Cependant, ses conditions et les modalités de sa mise en œuvre sont détaillées dans l'intégralité du Titre VI : Du divorce. La logique structurelle du Code apparaît une fois de plus ici : la mention brève du divorce juste avant le titre qui lui est consacré sert l'enchaînement de l'exposé et fait montre d'une certaine élégance rédactionnelle. Mais surtout, dans ce cas précis et outre le nom même du Titre V, le plan devient un moyen de réaffirmer que le mariage est bien un contrat civil en droit français. En effet, la présentation du mariage, comme pour tout autre contrat, suit une ligne chronologique ; de sorte que le Code présente la « naissance » du mariage⁷⁷⁰, sa « vie »⁷⁷¹, puis sa « mort »⁷⁷².

Le caractère contractuel du mariage ne naît pas avec le Code civil. Les révolutionnaires l'actent en 1791 ; ils ôtent alors à l'Église le monopole qu'elle a pu détenir tout au long de l'Ancien Régime sur l'institution du mariage, et écartent l'application du droit canonique en la matière. En 1791, pour être valide aux yeux de la loi, le mariage n'a plus à être un sacrement religieux. Par conséquent, il ne se contracte qu'entre les deux époux, et non plus avec Dieu - ce qui le

⁷⁶⁸ À ce sujet, voir D. VEILLON, « Le divorce en France du Code civil de 1804 à la loi du 26 mai 2004 », *Slovenian Law Review*, vol. III, n°1-2, 2006, p. 45 à 62 ; F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, « Droit des personnes et de la famille : de 1804 au pacs (et au-delà...) », *Pouvoirs*, n°107, 2003-2004, p. 37 à 53 ; R. BEAUTHIER, « Construction du divorce et des relations entre époux dans les travaux préparatoires du Code Napoléon », *Les femme et le droit : constructions idéologiques et pratiques sociales*, Bruxelles, Presses de l'Université de Saint-Louis, 1999, p. 75 à 98 ; M. PAILLARES, *Le divorce et la séparation de corps de la codification napoléonienne à la loi Bonald dans les Pyrénées-Orientales – 1804-1816*, Th. Droit, Université de Perpignan, 2021 ; COLLECTIF, *Napoleonica. La Revue, Napoléon Ier et la famille : questions de droit, questions de société*, vol. 14, n°2, 2012.

⁷⁶⁹ *C. Nap.*, 1804, art. 227.

⁷⁷⁰ *Ibid.*, art. 144 – 202.

⁷⁷¹ *Ibid.*, art. 203 – 226.

⁷⁷² *Ibid.*, art. 227 – 311.

rend dissoluble. Autre conséquence, non des moindres : le contrat de mariage est réellement fondé sur le seul consentement des époux, ce qui n'était pas le cas sous l'Ancien Régime – alors que le droit canon prévoit ce principe, l'Église de France avait dû céder aux pressions des familles et intégrer la nécessité d'un accord parental⁷⁷³. Selon Yves Bruley, « L'acte civil n'a aucune valeur religieuse ; l'acte religieux n'a plus de valeur civile »⁷⁷⁴. Pourtant, au début du XIX^e siècle, la question du divorce fait l'objet d'un débat intense au sein de la doctrine nationale (A). Des éléments de ce débat se retrouvent dans les pays libérés ; cependant, il convient de noter que pour les auteurs favorables à la codification, le rejet du divorce est souvent lié à un rejet de l'expérience révolutionnaire française, étrangère à leur histoire nationale (B).

A) Les hésitations doctrinales françaises

Les rédacteurs du Code s'inscrivent dans une ambiance idéologique où les audaces juridiques révolutionnaires, surtout celles de la Convention, sont dénoncées comme les causes des malheurs des temps : le désordre, l'instabilité, l'insécurité, la dislocation des liens politiques et sociaux⁷⁷⁵. Parmi ces audaces : le divorce qui, dès Thermidor, a fait l'objet de critiques à cause de l'augmentation rapide des cas⁷⁷⁶. Dans son discours préliminaire sur le projet de code civil prononcé le 24 thermidor an VIII (12 août 1800), Portalis tente de construire un pont entre les radicalités de la période révolutionnaire et la conception pluriséculaire du mariage portée par l'Église :

« La vieillesse, s'il est permis de le dire, n'arrive jamais pour des époux fidèles et vertueux. Au milieu des infirmités, de cet âge, le fardeau d'une vie languissante est adouci par les souvenirs les plus touchants, et par les soins si nécessaires de la jeune famille dans laquelle on se voit renaître, et qui semble nous arrêter sur les bords du tombeau.

Tel est le mariage, considéré en lui-même et dans ses effets naturels, indépendamment de toute loi positive. Il nous offre l'idée fondamentale d'un contrat proprement dit, et d'un contrat perpétuel par

⁷⁷³ Y. BRULEY, « Mariage et famille sous Napoléon : le droit entre religion et laïcité », *Napoleonica. La Revue*, vol. 14, n°2, 2012, p. 111-126.

⁷⁷⁴ *Ibid.*, p. 114.

⁷⁷⁵ À ce sujet, voir S. SOLIMANO, *Verso il code Napoléon. Il progetto...*, *op. cit.* ; X. MARTIN, *Mythologie du code Napoléon. Aux soubassements de la France moderne*, Paris, Dominique Marin Morin, 2003.

⁷⁷⁶ À ce sujet, voir M. FARAUD et R. SZRAMKIEWICZ, *La Révolution française et la famille*, Poitiers, Presses Universitaires de Poitiers, 1978 ; Th. MCBRIDE, « Authority and Private Lives: Divorce after the French Revolution », *French Historical Studies*, vol. 17, n°3, 1992, p. 749 à 750.

sa destination. »⁷⁷⁷

Cet argument ne rassure pas les tribunaux interrogés sur le projet de Code civil. La stabilité du mariage est capitale selon eux, en ce qu'elle est nécessaire à la stabilité des familles et au développement de l'enfant ; du fait des désordres révolutionnaires, la famille revient au centre des préoccupations. Lorsqu'il est accepté, le divorce est désormais moins conçu comme un droit, conforme à la liberté de s'engager et de se désengager, que comme une solution extrême. Le tribunal de Limoges, par exemple, l'exprime clairement : « Les suites du divorce sont si funestes aux enfants, qu'on ne peut l'admettre que comme un mal nécessaire pour prévenir de plus grands maux »⁷⁷⁸. La confusion des caractères contractuel et religieux du mariage se retrouve encore dans le rapport du tribunal de Montpellier, qui prévient des conséquences de l'autorisation du divorce et, à l'instar de Limoges, le considère comme l'extrême solution :

« Le peuple français s'est trop longtemps familiarisé avec les sentiments religieux qui réprouvent ce genre de dissolution du plus saint des contrats, pour qu'il puisse en prendre encore une idée favorable. L'opinion qui doit préparer l'empire de la loi, plus révoltée du remède que du mal, condamnera sans ménagement les époux divorcés dont les tribunaux auront couronné les désirs. [...] si le divorce peut être autorisé, il sera toujours envisagé comme un moyen violent et odieux qu'il faut renfermer dans les plus étroites bornes. Nulle considération politique, pas même le besoin de la population, ne fait à la loi civile une nécessité de le favoriser. »⁷⁷⁹

Le Code de 1804 refond la législation du divorce issue de la loi du 20 septembre 1792, des décrets de l'an II et des lois réactionnaires votées sous la Convention thermidorienne et le Directoire⁷⁸⁰. Le divorce par consentement mutuel n'est conservé qu'avec des conditions drastiques. Le divorce pour faute ne peut plus être prononcé que pour quatre raisons : adultère de l'épouse, adultère de l'époux ayant « tenu sa concubine dans la maison commune », sévices et injures, et condamnation de l'un des époux à une peine infamante. En parallèle, la procédure elle-même pour l'obtention du divorce est allongée, et rendue plus coûteuse⁷⁸¹. C'est encore trop pour la monarchie restaurée : dans un contexte où le courant conservateur revient en force,

⁷⁷⁷ P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 1, Videcoq, Paris, 1836, p. 485.

⁷⁷⁸ *Ibid.*, t. 4, 1836, p. 6.

⁷⁷⁹ P.-A. FENET, *Recueil...*, *op. cit.*, p. 480.

⁷⁸⁰ J.-L. HALPÉRIN, *Histoire...*, *op. cit.*, p. 7 à 16.

⁷⁸¹ Th. MCBRIDE, « Authority... », *op. cit.*, p. 750.

des auteurs réclament et obtiennent l'abolition pure et simple du divorce⁷⁸². L'un des chefs de file de ce mouvement est le vicomte de Bonald⁷⁸³. Entre 1801, en cachette des autorités, il rédige le *Divorce considéré au XIX^e siècle*, ouvrage dans lequel il réaffirme l'indissolubilité du mariage catholique. Les rédacteurs du Code de 1804 prennent connaissance du traité et Bonald, profitant d'avoir leur attention, complète son travail. Il rédige ainsi un Résumé sur la question du divorce, suivi d'une Lettre au Citoyen Portalis⁷⁸⁴. Sa cause centrale est celle de la « société domestique » – autrement dit la famille. La famille est indissociable de la « société politique » et de la « société religieuse » ; elle est à la fois le microcosme et l'élément fondateur de la « société civile », qui englobe toutes les autres sociétés. Dès lors, la formation et surtout la conservation de la famille sont vitales : de sa pérennité dépend la longévité et l'harmonie de la société civile. Ce raisonnement influe également sur l'organisation de la famille : puisqu'elle est à la fois le reflet et la base de la société civile, les fonctions doivent y être strictement réparties, comme dans les sociétés politique et religieuse. Bonald considère que dans toute famille, on doit trouver le « Pouvoir », le « Ministre » et le « Sujet ». Le Pouvoir est représenté par le père, et ce pouvoir est indivisible, indépendant et absolu. La mère est le ministre : si elle doit obéir au Pouvoir, elle n'en détient pas moins une autorité sur le Sujet – en l'occurrence, l'enfant. Celui-ci ne peut qu'obéir, pour son propre bien, puisque son jeune âge le rend vulnérable. Le Pouvoir dirige, le Sujet obéit, le ministre met en cohésion le Pouvoir et le Sujet : ainsi la famille devient le premier facteur de conservation de la société civile⁷⁸⁵. Le divorce, c'est la destruction de la société domestique. La loi instituant le divorce serait doublement

⁷⁸² Sur la controverse française autour du divorce, voir D. DESSERTINE, « Chapitre IV. Partisans et adversaires du divorce », *Divorcer à Lyon : Sous la Révolution et l'Empire*, Lyon, Presses universitaires de Lyon, 1981.

⁷⁸³ Louis-Gabriel-Ambroise de Bonald (1754 à Millau – 1840 dans la même ville) est maire de sa ville natale de 1785 à 1789. D'abord enthousiaste vis-à-vis de la Révolution, il la rejette lors de l'adoption de la Constitution civile du clergé, qui impose des restrictions à l'Église catholique romaine en France. Bonald démissionne de la présidence de l'administration de l'Aveyron, qui venait tout juste de lui être attribuée, et s'exile à Heidelberg. Sa *Théorie du pouvoir politique et religieux* (1796) est jugée très royaliste par le Directoire : lorsqu'il revient en 1797, Bonald fait profil bas à Paris. Il y écrit ses ouvrages les plus connus : *Essai analytique sur les lois naturelles et l'ordre social I* (1800), *Du divorce* (1801), *Législation primitive, considérée dans les derniers temps par les seules lumières de la raison* (1802). Cette littérature lui vaut de reprendre sa carrière publique lors de la Restauration bourbonnienne. En 1816, il est nommé à l'Académie française – il prend le siège de Cambacérès, qui a été exclu ; il devient vicomte en 1821, puis pair de France en 1823. Grande figure du légitimisme, défenseur de l'autorité monarchique et des intérêts de l'Église, Bonald démissionne de sa pairie en 1830 lors de la Révolution de Juillet. Il se retire dans sa ville natale jusqu'à son décès dix ans plus tard. À son sujet, voir C. CAPITAN PETER, « BONALD Louis-Ambroise de (1754-1840) », *Encyclopædia Universalis* [en ligne], consulté le 22/05/2022.

⁷⁸⁴ Selon de Bonald, c'est Portalis en personne qui lui a demandé de publier le *Divorce considéré au XIX^e siècle*. F. BERTRAN de BALANDA, « Louis de Bonald et la question du divorce, de la rédaction du Code civil à la loi du 8 mai 1816 », *Histoire, Economie et Société*, vol. 36, n°3, 2017, p. 76.

⁷⁸⁵ *Ibid.*, p. 75 à 76.

injuste, à la fois pour la femme et pour l'enfant⁷⁸⁶ ; en encourageant l'individualisme, elle représenterait un « crime contre la société »⁷⁸⁷.

Lorsque la relation conjugale devient intenable, la séparation de corps peut être envisagée comme une alternative dé-laïcisée au divorce ; mais de Bonald ne la conçoit que comme temporaire, puisque si elle s'éternise, elle entraînera les mêmes effets délétères que le divorce : misère pour la femme, orphelinat pour l'enfant. Le vicomte reprend ces idées lorsqu'il devient rapporteur de la loi qui, en 1816, abolit le divorce. Dans son discours à la Tribune le 25 août, il résume en trois phrases sa théorisation du lien matrimonial : « Messieurs, vous avez pourvu, par des lois sévères, à la tranquillité de l'État. Il faut aujourd'hui assurer, par des lois fortes, la stabilité de la famille. [...] Dans l'ordre primitif et régulier de la société, la famille devient l'État [...] ». L'humanité a démarré par la constitution d'une famille ; la famille est inextricablement liée à l'État, la société domestique à la société civile⁷⁸⁸. Cet argumentaire à la fois social, historique, religieux et politique se retrouve lorsque l'on observe le traitement du divorce dans les pays d'Europe libérée.

B) Le rejet doctrinal européen

En 1806 déjà, Joseph Bonaparte prévient Napoléon de la réticence des Napolitains à adopter le divorce avec le Code civil. L'empereur lui répond alors⁷⁸⁹ : « Si le divorce vous gêne pour Naples, je ne vois pas d'inconvénient de cartonner cet article ; [...] si vous le croyez nécessaire,

⁷⁸⁶ En effet selon de Bonald, si le mari quitte le mariage avec son pouvoir intact, l'épouse perd la dignité qu'elle avait placée dans l'union. Les effets sont pires encore pour l'enfant : c'est d'ailleurs cet enfant, ou même l'éventualité d'un enfant futur, qui selon de Bonald rend impossible la dissolubilité. En effet, le mariage serait un contrat non pas à deux, mais à trois personnes : les époux ne peuvent pas rompre au préjudice de leur enfant, car cela reviendrait à laisser le Sujet, vulnérable, sans protection. *Ibid.*, p. 77.

⁷⁸⁷ *Ibid.*

⁷⁸⁸ Cette conviction d'un lien profond entre famille et État est partagée par de nombreux auteurs de la première moitié du XIX^e siècle, tels que Locré ou Demolombe. Réformer le mariage, c'est risquer de troubler l'équilibre social. J.-L. HALPÉRIN, *Histoire ...*, *op. cit.*, p. 77.

⁷⁸⁹ Cette lettre est restée célèbre et a fait l'objet de nombreuses citations par l'historiographie, en ce qu'elle expose l'enjeu politique de l'instauration des codes napoléoniens sur les territoires conquis : « il faut établir le code chez vous ; il consolide votre puissance, puisque, par lui, tout ce qui n'est pas fidéicommiss tombe, et qu'il ne reste plus de grandes maisons que celles que vous érigez en fiefs. C'est ce qui m'a fait prêcher un Code civil, et m'a porté à l'établir » (N. BONAPARTE, « Lettre à Joseph à Saint-Cloud, 5 juin 1806 », *Mémoires et correspondance politique et militaire du roi Joseph*, t. II, p. 276). P. MASTROLIA, *La scheggia dello specchio. Cultura giuridica e prassi nel regno di Napoli (1809-1815)*, Th. Droit, Université de Macerata, 2014, p. 14.

changez-le »⁷⁹⁰. Le ton se durcit d'ailleurs lorsque Murat récupère la couronne ; peut-être à cause des tensions entre les deux hommes, ou parce que l'ambition assimilatrice de Napoléon se renforce⁷⁹¹. Même problème dans le milanais, où le ministre de la Justice, Giuseppe Luosi, laisse le divorce à l'écart des autres institutions mises en place avec le Code civil⁷⁹². Levée de boucliers également en Pologne : le clergé catholique tente à plusieurs reprises de faire modifier le Code sur ce point précis. Les évêques polonais considèrent que pour les actes religieux et sacramentels, « aucun juriste ne peut se substituer aux lois de l'Église » ; ils insistent sur l'insuffisance du Code civil en la matière⁷⁹³ et demandent à récupérer leurs compétences matrimoniales⁷⁹⁴. Mais ils se voient opposer un refus des autorités du Duché ; celles-ci n'imaginent pas porter atteinte à l'œuvre de leur protecteur : le code leur a été offert avec leur Constitution, et leur paraît intouchable⁷⁹⁵. Après le départ des Français, ce rejet se confirme.

Si l'on revient à la note de Bandtkie, celle-ci ne se contente pas de défendre les codes français dans leur ensemble : l'auteur passe en revue, dans plusieurs domaines, quelques changements qu'il juge nécessaires afin de faire davantage correspondre le droit actuel à l'identité nationale. Bandtkie tient à être synthétique comme la commission le lui a demandé : il énumère jusqu'à six points d'amélioration par matière. Cela lui permet aussi d'évacuer rapidement les questions qui pourraient gêner son argumentaire. Alors qu'il est l'un des défenseurs les plus assumés des codes napoléoniens en Pologne, le divorce est, après l'état-civil, le deuxième sujet spécifique qu'il aborde dans sa note à Czartoryski. Bandtkie traite la question de façon lapidaire :

« Les divorces et les motifs de divorce, qui semblent incompatibles avec l'enseignement moral et l'état de notre civilisation, doivent être modifiés. L'exemple d'un gouvernement catholique, à savoir celui de l'Autriche, pourrait et devrait nous servir de guide. L'opinion du clergé sera toujours biaisée

⁷⁹⁰ N. BONAPARTE, « Lettre à Joseph... », *op. cit.*, p. 276.

⁷⁹¹ N. BONAPARTE, « Lettre à Joachim Napoléon, roi des Deux-Siciles, à Aranda, 27 novembre 1808 », *Correspondance de Napoléon I^{er}*, t. 18, p. 85.

⁷⁹² Dans le milanais, l'instauration du divorce posait un problème d'ordre constitutionnel, puisque le catholicisme était la religion d'État. Plusieurs juristes et traducteurs locaux ont tenté de prendre des mesures pour régler ce problème, telles que l'autorisation du divorce aux seuls non catholiques. Voir P. MASTROLIA, *La schiegga...*, *op. cit.*, p. 18 ; S. SOLIMANO, « Le problème du divorce... », *op. cit.*, p. 224.

⁷⁹³ COLLECTIF, *Sześćcioletnia korespondencya władz duchownych z rądem świeckim Xięstwa Warszawskiego*, Varsovie, 1816, p. 529.

⁷⁹⁴ *Ibid.*, p. 30.

⁷⁹⁵ P. Z. POMIANOWSKI, *Rozwód...*, *op. cit.*, p. 66.

en la matière »⁷⁹⁶.

Le modèle autrichien auquel Bandtkie se réfère est celui des codifications de 1786 et 1797, reconduit dans le Code civil autrichien (ABGB) de 1811. Il s'agit d'un système mixte : le mariage religieux est obligatoire et le divorce est impossible pour tout mariage catholique, mais les affaires matrimoniales sont du ressort des tribunaux séculiers⁷⁹⁷. Si Bandtkie ne promeut pas la laïcisation du mariage en lui-même, son administration juridique peut, quant à elle, être sécularisée. De façon assez vague, Bandtkie explique d'abord ce choix par une incompatibilité de mœurs ; la mention qui suit, « l'état de notre civilisation », est révélatrice : on peut y voir la différence fondamentale entre l'expérience doctrinale française et le vécu des auteurs européens. Bandtkie semble rappeler que la civilisation polonaise n'a pas connu les bouleversements révolutionnaires français ; cette empreinte civilisationnelle rejoint celle du clergé, qui durant l'occupation, évoquait déjà le chaos révolutionnaire⁷⁹⁸.

Dans les États italiens comme en France, la restauration est l'occasion pour les conservateurs de revenir sur le devant de la scène doctrinale. De Bonald est traduit et cité⁷⁹⁹ ; les auteurs saluent le retour des Français dans le droit chemin⁸⁰⁰. La littérature française devient une source d'arguments pour les opposants au divorce. La question transcende le débat autour de la conservation de la codification à la française : pour ses défenseurs européens, le divorce doit être une exception à la transcription des codes napoléoniens. C'est ce qui se produit en 1819, lorsqu'est promulguée la première série de codes de l'Italie pré-unitaire : le Code pour le royaume des Deux-Siciles est le fruit de la commission nommée par Ferdinand I^{er} après la destitution de Murat⁸⁰¹. La commission, composée de juristes prestigieux⁸⁰², a pour but de faire

⁷⁹⁶ « Rozwody i przyczyny do rozwodów, które z nauką moralności i z stanem naszej cywilizacji zdają się być niezgodne, wymagają zmiany. Kogo w tern sędzią ustanowić, przykład rządów katolickich, mianowicie austriackiego, mógł i powinienby być dla nas skazówką. Zdanie duchownych zawsze w tern będzie stronniczem » (J. W. BANDTKIE, *Myśli o zmianie...*, op. cit., p. 170).

⁷⁹⁷ À ce sujet, voir J. VON SCHMÄDEL, « The history of marriage law in Austria and Germany: from sacrament to civil contract », *Hitotsubashi Journal of Law and Politics*, n°37, 2009, p. 41 à 47.

⁷⁹⁸ COLLECTIF, *Sześćcioletnia korespondencya...*, op. cit., p. 116.

⁷⁹⁹ L. DE BONALD, *La legislazione primitiva considerata in questi ultimi tempi*, Traduction, Modène, 1818.

⁸⁰⁰ ANONYME, « Introduzione », *L'amico d'Italia*, vol. 1, p. 23 à 24.

⁸⁰¹ Le Code comprend en réalité cinq parties : les lois civiles, les lois pénales, les lois de procédure civile, les lois de procédure pénale, et les lois d'exception en matière commerciale. On retrouve ici une organisation à la française.

⁸⁰² Sur la composition de la commission et son travail, voir F. MASTROBERTI et G. MASIELLO, *Il codice per lo regno delle Due Sicilie. Elaborazione, applicazione e dimensione europea del modello codistico borbonico*, Naples, Editoriale Scientifica, 2020.

le lien entre le *decennio francese* et la recherche d'une codification nationale. La première partie du code est commentée⁸⁰³ par Francesco Magliano et Filippo Carrillo : juristes civilistes, inspirés par les idées des Lumières, ils admirent la codification à la française et entendent rationaliser le droit national sur son modèle, tout en préservant leur identité nationale :

« Pendant la longue période de l'occupation militaire, nous avons été obligés d'adopter le nouveau Code civil des Français, qui avait habilement réuni les meilleures lois tirées des codes de droit romain et quelques-unes de leurs institutions locales, reconnues utiles par l'expérience⁸⁰⁴. Il faut avouer que cette législation, loin de recevoir parmi nous le moindre mépris ou la moindre contradiction dans les tribunaux, a suscité partout les applaudissements et l'admiration des savants, et a tiré de la pratique l'heureuse rémunération de la gratitude la plus impartiale. Cependant la législation civile des Français, écrite pour des peuples qui admettaient des systèmes religieux différents, n'était pas parfaitement conforme à la religion que nous avons la gloire d'observer, ni à nos usages et à nos besoins : il a fallu souvent la restreindre, et souvent l'élargir »⁸⁰⁵.

Dans cette perspective, l'un des changements les plus radicaux opérés par rapport aux codes français⁸⁰⁶ se trouve dans le Chapitre VII, « De la dissolution du mariage ». On y trouve un seul article : « Le mariage se dissout par la mort de l'un des conjoints »⁸⁰⁷. Les observations faites par les deux juristes s'attachent à expliquer l'abolition du divorce. Pour ce faire, les auteurs récapitulent les arguments qui ont émaillé la controverse à ce sujet : l'origine française du divorce est, pour les deux auteurs, un point clé du débat. Les principaux arguments en faveur du divorce consistent à « défranciser » l'institution : ainsi, le divorce n'a pas toujours été interdit par l'Église, et n'était pas exclu expressément par la Bible ; il était d'ailleurs pratiqué par les Romains, les Lombards ou encore l'empire carolingien⁸⁰⁸. Magliano et Carrillo ajoutent que des religions non catholiques connaissent toujours le divorce, par exemple le culte

⁸⁰³ F. MAGLIANO et F. CARRILLO, *Commentarj sulla prima parte del codice per lo Regno delle Due Sicilie, relativa alle leggi civili*, Naples, 1819.

⁸⁰⁴ On remarque ici que Magliano utilise l'argument romain pour défendre l'inspiration française du code sicilien. Il rappelle que certes, le Code Napoléon a été imposé par la force, mais qu'il a finalement rendu aux États italiens la meilleure part de leur droit national.

⁸⁰⁵ F. MAGLIANO et F. CARRILLO, *Commentarj...*, *op. cit.*, p. 13.

⁸⁰⁶ Le divorce est en réalité aboli dès le 13 juin 1815, par décret royal. Toutes les demandes de divorces sont gelées à cette date ; les divorcés se voient interdire tout nouveau mariage jusqu'à la mort de leur ex-conjoint. F. DE ANGELIS, *Storia del Regno di Napoli sotto la dinastia borbonica*, t. IV, Naples, 1817, p. 118.

⁸⁰⁷ *Ibid.*, p. 365.

⁸⁰⁸ F. MAGLIANO et F. CARRILLO, *Commentarj...*, *op. cit.*, p. 365.

orthodoxe grec⁸⁰⁹. À l'inverse, ses détracteurs rappellent quasi systématiquement sa matrice révolutionnaire, et la décadence de la civilisation française qui en est arrivée à séculariser le mariage contre les préceptes de la religion chrétienne⁸¹⁰. Les Français auraient, en quelque sorte, exporté leur propre faillite morale dans les pays occupés⁸¹¹.

Le rejet du divorce vient principalement des pays catholiques, pour lesquels son instauration par les codes a été un bouleversement. Cette spécificité est d'autant plus visible si l'on compare brièvement les situations polonaise et italienne avec la situation néerlandaise. Meyer aborde très vite la question du divorce en marge de son ouvrage : selon lui, le divorce fera partie des points qui seront probablement décidés « d'une manière très-divergente » et nécessiteront des révisions⁸¹². Le sujet est en effet complexe dans le Royaume Uni des Pays-Bas : la région témoigne d'une forte diversité confessionnelle ; les Provinces-Unies ont reconnu la liberté de conscience dès l'époque moderne. La tradition catholique y cohabite avec une majorité protestante, encore renforcée après la révocation de l'Édit de Nantes⁸¹³ ; or les protestants ne considèrent pas le mariage comme un sacrement, et donc admettent le divorce. Cependant, Meyer a conscience qu'au sein du Conseil d'État, siègent des Belges fortement opposés à la dissolubilité du mariage⁸¹⁴. Contrairement aux positions tranchées des pays catholiques, l'avenir du divorce est donc plus qu'incertain dans le royaume. Il le restera durant les quinze premières années de la restauration.

Le rejet du divorce est souvent lié à la question religieuse. La question du droit successoral

⁸⁰⁹ *Ibid.*, p. 365 à 366.

⁸¹⁰ *Ibid.*, p. 365.

⁸¹¹ « Una recente legislazione nata fra i delirj di una rivoluzione feroce, abbracciò volentieri tutte quelle inconseguenze perchè aveva bisogno di estendere una indisciplinata libertà sopra tutti gli oggetti [Une législation récente, née dans les délires d'une révolution féroce, a embrassé volontiers toutes ces incohérences parce qu'elle avait besoin d'étendre une liberté indisciplinée sur tous les objets] » (V. PALMIERI, *Analisi ragionata de' sistemi e de' fondamenti dell'ateismo e dell'incredulità*, t. VII, Genève, 1814, p. 67). Voir également P. SPERANZA, *Manuale Del Diritto di Matrimonio Austriaco Civile Ecclesiastico*, Vienne, 1817, p. 189 ; F. DE ANGELIS, *Storia del Regno...*, *op. cit.*, p. 118 ; F. ANFOSSI, *La Ragione e la Fede in collera con F. C. per la sua dissertazione sulla leggedel divorcio*, Rome, 1814, p. 48.

⁸¹² J. D. MEYER, *De la nécessité...*, *op. cit.*, p. 10.

⁸¹³ Sur la diversité confessionnelle des territoires des Provinces-Unies, voir Th. ALLAIN, A. NIJENHUIS-BESCHER, et R. THOMAS, *Les Provinces-Unies à l'époque moderne. De la Révolte à la République batave*, Paris, Armand Colin, 2019, p. 173 à 203.

⁸¹⁴ Le roi lui-même, qui a participé en personne à certaines discussions, réclame certaines restrictions : il propose par exemple que le « coupable » du divorce ne puisse plus jamais se remarier. Malgré l'imprécision de la notion de « coupable », sa proposition est largement adoptée, notamment grâce aux belges. F. STEVENS, « Guillaume I^{er}... », *op. cit.*

français, pour sa part, met en lumière la force de certains particularismes sociaux et économiques.

III. « *Il piacer dell'eguaglianza* » : l'égalité successorale

Le droit des successions est probablement l'un des domaines les plus symptomatiques de la fragmentation juridique de la France d'ancien régime. Les partages successoraux s'articulent a priori autour de deux profils principaux : les partages inégalitaires et les partages égalitaires. On peut observer que dans le Sud, pays de droit écrit, les familles préfèrent les partages inégalitaires, le plus souvent en suivant la tradition de la primogéniture ; les pratiques égalitaires se retrouvent davantage dans le Nord coutumier, et pourraient être attribuées à des racines de droit germanique. Cependant cette distinction, trop schématique, doit être nuancée⁸¹⁵. En réalité, chaque région présente ses nuances en matière de partage successoral. Il n'était pas rare, par exemple, de trouver des pratiques inégalitaires dans des pays de droit coutumier⁸¹⁶. S'il est un principe que l'on peut dire commun à toutes les régions de France, c'est celui de la liberté de disposer à l'égard des héritiers. Dès lors, l'éclatement des modes de partage successoraux dans le royaume est à la fois la conséquence et la preuve de la liberté de tester dont jouissaient les familles sous l'ancien droit. Or, à la Révolution, cette liberté de tester entre en confrontation directe avec les nouveaux principes d'égalité et d'unité constitutionnelle posés dans la nuit du 4 août⁸¹⁷. Cela peut expliquer que pour certains auteurs tels que Merlin, le partage successoral devient une priorité absolue de la réforme du droit⁸¹⁸. Merlin propose, dès 1790, d'instaurer une égalité de partage pour les successions ab intestat ; la Constituante enterre le projet. Les députés arguent de la timidité des propositions de Merlin afin, selon Jean Hilaire, de trouver un

⁸¹⁵ J. BART, *Histoire du droit privé de la chute de l'Empire romain au XIX^e siècle*, Paris, Montchrestien, 1998, p. 367 s.

⁸¹⁶ *Ibid.*, p. 121. Voir également M. PEGUERA POCH, *Aux origines de la réserve héréditaire du Code civil : la légitime en pays de coutumes (XVI^e-XVIII^e siècles)*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2009.

⁸¹⁷ Au sujet du droit des successions durant la Révolution, voir J. J. CLERE, « De la Révolution au Code civil : les fondements philosophiques et politiques du droit des successions », *Mémoires de la Société pour l'Histoire du Droit et des Institutions des anciens pays bourguignons, comtois et romands*, n°43, 1986, p. 7 à 57 ; J. POUMARÈDE, *Itinéraire(s) d'un historien du Droit : Jaques Poumarède, regards croisés sur la naissance de nos institutions*, Toulouse, Presses Universitaires du Midi, 2011, p. 307 à 318.

⁸¹⁸ J. HILAIRE, « Vivre sous l'empire du Code civil : les partages successoraux inégalitaires au XIX^e siècle », *Bibliothèque de l'école des chartes*, t. 156, 1998, p. 119.

prétexte : en réalité, la majorité n'est pas favorable à l'égalité successorale⁸¹⁹. C'est la Convention montagnarde qui institue l'égalité. La loi du 17 nivôse an II (6 janvier 1794) restreint la capacité de disposer. Le testateur ne peut disposer que d'un dixième de ses biens s'il y a des héritiers en ligne directe – un sixième s'il n'y en a pas – et sans jamais pouvoir en profiter pour avantager l'un des héritiers. Parallèlement, les Conventionnels reconnaissent aux enfants naturels reconnus les mêmes droits successoraux qu'aux enfants légitimes, par la loi du 2 novembre 1793⁸²⁰. Dans l'ambiance réactionnaire du Directoire, ce système est fortement critiqué. Le 4 germinal an VIII (25 mars 1800), le Consulat rétablit la liberté testamentaire puisqu'il s'agit de rétablir la puissance paternelle⁸²¹. La quotité disponible est alors fixée à un quart des biens du disposant s'il y a trois enfants ou moins, un cinquième s'il y en a quatre, un sixième s'il y en a cinq (et ainsi de suite) et le bénéficiaire du legs peut être l'un des héritiers, lequel est dispensé de rapport. Dans le Code civil, l'égalité successorale est confirmée dans les articles 745 et suivants, les enfants naturels en sont exclus a priori – s'ils sont reconnus, ils peuvent prétendre à une part variable de la portion héréditaire due aux enfants légitimes –, mais la quotité disponible de l'article 913 est de nouveau augmentée : la moitié des biens s'il y a un enfant, au tiers s'il y en a deux, au quart s'il y en a trois ou plus. Les rédacteurs du code estiment avoir trouvé l'équilibre entre l'égalité des descendants et la liberté des pères, entre la réserve héréditaire et la quotité disponible⁸²². C'est ce droit successoral certes égalitaire, mais moins égalitaire que celui de la Convention, qui a été exporté avec le Code civil et imposé dans les pays occupés. Au départ des Français, les auteurs abordent le droit des successions pour des raisons plus didactiques qu'idéologiques (A). Plusieurs facteurs peuvent expliquer ce profil doctrinal (B).

A) Une littérature didactique

L'introduction du droit successoral français dans les pays occupés⁸²³ aurait pu provoquer des

⁸¹⁹ *Ibid.*, p. 119 à 120.

⁸²⁰ J. BLOQUET, « “La société n'a pas intérêt à ce que des bâtards soient reconnus” (Napoléon) », *Napoleonica*, n°14, 2012, p. 53.

⁸²¹ X. MARTIN, *Mythologie...*, *op. cit.*, p. 255 à 256.

⁸²² J. HILAIRE, « Vivre sous l'empire... », *op. cit.*, p. 76.

⁸²³ À ce sujet, voir E. BESTA, *Le successioni nella storia del diritto Italiano*, Milan, Giuffrè, 1961 ; A. R. NITZBURG, « Polish systems of inheritance », *The Polish Review*, vol. 12, n°1, 1967, p. 12 à 38 ; J. BECKERT, « The “Longue Durée” of Inheritance Law : Discourses and Institutional Development in France, Germany, and the United States since 1800 », *European Journal of Sociology*, vol. 48, n°1, 2007, p. 79 à 120.

remous importants, à cause de ses implications économiques, sociales, voire politiques.

Les implications économiques sont les plus concrètes : le partage égalitaire, répété de génération en génération, conduirait à un « morcellement des propriétés »⁸²⁴. En effet, l'inégalité successorale n'est pas une pratique exclusive de l'ancienne noblesse : elle a également cours dans la noblesse de robe et au sein de la bourgeoisie, ce qui explique d'ailleurs les réticences de certains révolutionnaires en 1791. Mais c'est surtout pour une grande partie de la paysannerie que ce partage inégal est nécessaire : de lui dépend la survie économique de la famille, puisqu'il s'agit de conserver l'intégrité de l'exploitation⁸²⁵. Quant à la dimension sociale et politique, elle correspond à un projet conscient des révolutionnaires : affaiblir l'ancienne noblesse foncière pour supprimer les corps intermédiaires entre les citoyens et le pouvoir central, favoriser le développement de la bourgeoisie dont la richesse était davantage mobilière, limiter la richesse dynastique pour encourager la construction de fortunes individuelles, bref, parachever la métamorphose de l'ancienne hiérarchie sociale. Comme le résume Antonio Liserre : la propriété n'est plus considérée comme « morceau du lignage », mais elle s'ouvre à « une succession individuelle ab intestat, clairement liée à la nouvelle conception privée des relations familiales »⁸²⁶. Le Code civil continue sur cette voie, malgré quelques éléments de modération. En témoigne d'ailleurs l'emplacement du droit des successions dans le plan du Code : les rédacteurs l'ont placé au milieu du livre III, parmi les « Différentes manières dont on acquiert la propriété ». L'héritage est écarté du livre sur les personnes. Il est ainsi réduit à sa plus stricte acception économique, puisque le statut civil est le même pour tous⁸²⁷. Or ces considérations ne peuvent pas s'appliquer aux pays occupés : ils n'ont pas connu de révolution, n'ont pas proclamé des principes constitutionnels d'égalité qui auraient précédé l'égalité successorale. Comme dans le cas du divorce, le droit successoral de 1804 est le produit de deux ères qui se sont entrechoquées ; le choc n'a pas eu lieu dans les pays concernés.

⁸²⁴ Ph. STEINER, « L'héritage au XIXe siècle en France. Loi, intérêt de sentiment et intérêts économiques », *Revue économique*, t. 1, vol. 59, 2008, p. 78.

⁸²⁵ Ph. STEINER, « L'héritage... », *op. cit.*, p. 129.

⁸²⁶ « La proprietà non è più considerata “corredo del lignaggio, aprendosi [...] a una successione in chiave individualistica della successione ab intestato, chiaramente correlata alla nuova concezione privatistica dei rapporti familiari” » (cité par V. PEIRONA, *I diritti successori del coniuge superstite*, Th. Droit, Université de Turin, 2018, p. 13 à 14).

⁸²⁷ *Ibid.*, p. 15.

À ces éléments, il faut enfin ajouter les ambitions politiques de Napoléon. Si le droit révolutionnaire conçoit déjà l'égalité successorale comme une arme contre la noblesse terrienne, l'empereur saisit rapidement les avantages que ce système peut avoir à l'échelle européenne. Ainsi, en 1806, Napoléon explique sa stratégie à son frère Joseph, alors roi de Naples. Détail intéressant : le sujet semble lui importer bien plus que le divorce, qu'il évoque dans la même lettre, mais dont il ne considère pas la transposition comme urgente⁸²⁸.

« J'ai exigé aussi que les titulaires [de majorats] aient une maison à Paris, parce que c'est là qu'est le centre de tout le système ; et je veux avoir à Paris cent fortunes, toutes s'étant élevées avec le trône et restant seules considérables, puisque ce sont des fidéicommiss, et que ce qui ne sera pas elles, va se disséminer par l'effet du Code civil. [...] il faut établir le Code civil chez vous ; il consolide votre puissance, puisque, par lui, tout ce qui n'est pas fidéicommiss tombe »⁸²⁹.

Pour retracer la logique de Napoléon, il convient de partir de la définition du fidéicommiss. C'est un dispositif permettant de confier tout ou partie d'un patrimoine à un bénéficiaire apparent, qui doit ensuite remettre ce patrimoine à un bénéficiaire réel, nommément désigné dans le contrat. À l'époque, cette opération est aussi appelée « substitution » ; or, la substitution est interdite par le Code civil⁸³⁰. Napoléon est d'ailleurs l'un des artisans de cette prohibition, puisqu'il manifeste une opposition farouche à la substitution durant les discussions autour du Code civil dès 1803⁸³¹. Pourtant, à partir de 1806 et avec l'expansion des conquêtes françaises, se met en place un mécanisme d'exception propre à l'Empire : sur les pays qu'il occupe, Napoléon se réserve une partie des revenus et des biens de l'État, pour pouvoir les redistribuer aux personnes de son choix. Cette redistribution concerne notamment des « grands-fiefs », constitués dans la foulée de chaque conquête. L'Empereur peut choisir de confier ces grands-fiefs à des gens de confiance – proches, famille, soldats ; à charge pour eux de transmettre le domaine à leur fils aîné. Il s'agit donc d'une forme particulière de fidéicommiss, en l'occurrence des majorats, qui échappent au droit successoral commun. Bonaparte entend utiliser ce système pour remodeler la noblesse du continent, et créer une aristocratie qui lui est loyale. Dès lors, les dynasties européennes qui n'auront pas été choisies par Bonaparte, seront condamnées à

⁸²⁸ Cf. *supra*.

⁸²⁹ N. BONAPARTE, « Lettre à Joseph... », *op. cit.*, p. 276

⁸³⁰ « Les substitutions sont prohibées. Toute disposition par laquelle le donataire, l'héritier institué ou le légataire, sera chargé de conserver et de rendre à un tiers, sera nulle, même à l'égard du donataire, de l'héritier institué ou du légataire » (COLLECTIF, *Code civil des Français*, Paris, 1804, Art. 896).

⁸³¹ J. HILAIRE, « Vivre sous l'empire... », *op. cit.*, p. 130.

l'émiettement progressif de leurs terres et de leur fortune⁸³².

Enfin, il faut insister sur les problèmes techniques de l'introduction des règles nouvelles. Maria Benedetta Carosi rapporte l'exemple de Gênes, où du jour au lendemain, les notaires reçoivent les nouvelles règles testamentaires. La loi exige que le testament soit en langue française, et reprenne mot pour mot les volontés dictées par le testateur ; or dans le pays, la plupart des testateurs ignorent le français. Cela engendre des situations laborieuses, relatées par les notaires eux-mêmes dans les formules qui accompagnent parfois leurs actes :

« [...] lequel testateur l'a dicté en langue italienne et a été rédigé et écrit entièrement par moi notaire en langue française en présence des témoins soussignés et d'abord a été en ladite présence lu par moi dit notaire au testateur en dite langue italienne, lequel a déclaré bien comprendre le tout et y persévérer comme étant entièrement conforme à ses intentions »⁸³³.

Ces trois types de problèmes pourraient nous amener à penser que le droit successoral français a fait l'objet d'un rejet unanime dès le départ des Français. Pourtant, l'observation de la bibliographie permet de dresser un constat différent. D'un point de vue législatif, le rejet n'a pas été unanime : par exemple, si les États italiens ont pour la plupart préféré revenir à leur ancien droit successoral⁸³⁴, la Pologne, quant à elle, a conservé le système français – elle lui a apporté quelques correctifs en 1826⁸³⁵. En effet, durant les premières années de la Restauration, des thèmes plus symboliques tels que le mariage ou la procédure pénale semblent occuper les auteurs de doctrine. Certes, de nombreux textes paraissent partout en Europe en matière successorale, mais ils n'ont pas la portée polémique des écrits concernant le jury ou le divorce,

⁸³² Au sujet des substitutions fidéicommissaires dont les majorats, voir É. HADDAD, « Les substitutions fidéicommissaires dans la France d'Ancien Régime : droit et historiographie », *Mélanges de l'École française de Rome – Italie et Méditerranée modernes et contemporaines* [en ligne], t. 124, n°2, 2012, consulté le 22/05/2022 ; E. PIERSON, *Etude de la noblesse d'Empire créée par Napoléon Ier*, Th. en Droit, Université d'Orléans, 1910 ; A.-G. KSON-BOUVET, *Recherche sur les instruments de contournement de la réserve héréditaire des descendants. Une histoire de famille*, Th. en droit, Paris, Université Panthéon-Assas, 2018 ; M. SENKOWSKA, « Les majorats français dans le Duché de Varsovie (1807-1813) », *Annales historiques de la Révolution française*, n°177, 1964, p. 373 à 386 ; J. TULARD, *Napoléon et la noblesse d'Empire*, Paris, Tallandier, 2003.

⁸³³ Rapporté par M. B. CAROSI, « L'autonomia del testatore e i suoi limiti nelle riforme dell'età napoleonica », *Tradizione e modernità del diritto ereditario nella prassi notarile*, Milan, Gruppo24Ore, 2016, p. 194.

⁸³⁴ V. PEIRONA, *I diritti...*, *op. cit.*, p. 15 à 16.

⁸³⁵ J. BIEDA et D. WIŚNIEWSKA-JÓŹWIĄK, « Zasady dziedziczenia ustawowego na ziemiach Królestwa Polskiego po 1826 roku », *Czasopismo Prawno-Historyczne*, t. LXVI, n°1, 2014, p. 105 à 106.

car il s'agit surtout de guides pratiques, de manuels destinés aux praticiens⁸³⁶. Leur contenu ne témoigne d'aucune volonté de théorisation ou de contradiction à propos de l'égalité successorale. Surtout, lorsqu'il s'agit de se concentrer sur l'étude du droit des successions français, les auteurs européens traduisent volontiers des auteurs français, en se contentant de notes ponctuelles et de renvois vers leur droit national⁸³⁷.

Dans la littérature, ce qui l'emporte de très loin est le traitement technique des questions successorales. Les praticiens réclament avant tout des manuels. C'est ce qui explique la présence importante de la question successorale au sein des sujets abordés. Par exemple, le *Giornale pratico-legale* de Florence présente divers cas pratiques en matière successorale, dans lesquels le Code français peut encore s'appliquer malgré le retour à l'ancien droit. On trouve ainsi l'exemple de Maria Lunghi, veuve Bacci, décédée sous l'empire du Code français, et dont la fille réclame une part d'héritage égale à celle de ses frères :

« La Signora Caterina Bacci [...] a saisi [...] des sommes dues au Signor Ranieri Bacci, son frère et détenteur de l'héritage de sa mère, afin de garantir sa part dudit héritage.

La demande de confirmation de saisie a été contestée par ledit Monsieur Ranieri Bacci ainsi que son frère Gio Battista Bacci [...], déduisant que la question devait être tranchée conformément au statut siennois [...] selon lequel, puisqu'il y a des mâles, les filles doivent être exclues des trois quarts inaliénables de l'héritage de leur mère [...].

De la part de Mme Caterina Bacci née Sacchetti il a été répondu que dans le cas en question, la disposition de la loi siennoise n'était pas fiable, puisque comme Mme Maria Lunghi, veuve Bacci, est décédée au moment où le Code français était encore en vigueur en Toscane, selon celui-ci les droits de succession à son héritage devraient être réglés, et pour cette raison elle a demandé que conformément aux dispositions du même Code elle soit déclarée avoir le droit de succéder à l'héritage de sa mère. [...]

⁸³⁶ A ce sujet, voir L. PICCOLI, *Delle successioni legittime, e della porzione dovuta ai legittimarj*, Milan, 1815 ; A. FERRERO, *Delle successioni intestate secondo il dritto novissimo conciliato col jus regio, colle decisioni dei supremi magistrati e cogli usi del foro con tavole genealogiche sui diversi ordini di successione, trattato teorico-pratico*, Alba, 1823 ; ANONYME, *Manuale pratico e nuovo stule per gli uscieri*, Naples, 1823 ; COLLECTIF, *Giornale pratico-legale. Anno 1815*, vol. 1, Florence, 1817 ; J. M. ZIMMERL, *Handbuch für Richter, Advokaten und Justizbeamte in den K. K. Erbstaaten*, Vienne, 1819.

⁸³⁷ Beaucoup de ces traductions sont publiées à Naples, sans doute pour préparer les praticiens à la transition vers le nouveau Code du royaume des Deux-Siciles : J. GRENIER, *Trattato delle donazioni, de' testamenti, e di ogni altra disposizione a titolo gratuito secondo i principj del codice civile preceduto da un discorso storico su l'antica legislazione per tal materia*, traduit par F. CAFARO, Naples, 1824 ; R.-J. POTHIER, *Trattati diversi sulle successioni del sig. Pothier resi conformi al Codice civile ed alle nuove leggi dal sig. Hutteau ; con un'appendice sul nuovo sistema delle successioni, e con la raccolta di tutte le leggi emanate dopo il 1790 riguardo questa parte di legislazione*, Naples, 1821 ; G.-A. CHABOT DE L'ALLIER, *Quadro della legislazione antica sulle successioni, e della novella stabilita dal codice civile*, traduit par G. LANDOLFI, Naples, 1824, etc.

La disposition claire du Code français, sous l'empire duquel est morte la Signora Maria Lunghi, veuve Bacci, a assuré à la Signora Caterina Sacchetti, ainsi qu'aux défendeurs ses frères, un droit égal à la succession sur l'héritage de sa mère, sans que les frères Bacci puissent lui opposer sa qualité d'homme, qualité qui, en ce qui concerne le droit [...] de succession, avait été complètement abolie par ledit Code »⁸³⁸.

Ces besoins techniques peuvent également expliquer les traductions des traités et manuels français en la matière. Le droit successoral français apparaît alors comme une simple source parmi d'autres, soumises aux besoins éventuels d'un cas d'espèce. Pour le praticien, maîtriser le droit successoral français permet de guider ses clients. Comment expliquer un tel profil doctrinal, surtout lorsqu'on le compare avec d'autres controverses de l'époque sur des mécanismes français ?

B. Les causes d'une sobriété doctrinale européenne

La sobriété ne signifie pas l'absence d'opinions. Le sujet semble ignoré des revues périodiques – l'espace habituel des controverses – mais il donne lieu à quelques réflexions d'ordre idéologique sur le droit des successions. C'est par exemple le cas dans l'ouvrage de Domenico Capiteli, *La filosofia del dritto e l'arte di bene interpretarlo*⁸³⁹. L'auteur y décrit un idéal du droit successoral inspiré de la conception révolutionnaire française, fondée sur l'utilité sociale et économique de l'individu :

« Sont productifs ceux qui produisent de l'abondance, ou des richesses : telle est la loi qui donne au propriétaire d'un bien le choix de conserver comme sa propriété la plantation, ou le bâtiment, que

⁸³⁸ « La Signora Caterina Bacci [...] sequestrò [...] alcuni assegnamenti spettanti al Signore Ranieri Bacci di lei fratello detentore della materna eredità, all'effetto di assicurare la quota, che sù detta eredità gli apparteneva. Alla domanda di conferma di sequestro si oppose il detto Sig. Ranieri Bacci unitamente al Signor Gio. Battista Bacci di lui fratello [...], deducendo, che la questione doveva decidersi a ternini dello statuto Senese [...] che esistendo i maschi restino escluse le figlie dalle tre quarte parti inalienabili dell'eredità materna [...]. Per parte della Signora Caterina Bacci ne Sacchetti fù replicato che era inattendibile nel caso in questione la disposizione dello statuto Senese, giacchè essendo la Sig. Maria Lunghi Vedova Bacci morta nel tempo, in cui vigeva ancora in Toscana il Codice Francese secondo questo dovevano regolarsi i diritti di successione alla di lei eredità, e per ciò domandò ancora, che a forma delle disposizioni del Codice medesimo fosse dichiarata aver diritto di consuccedere nella detta eredità materna. [...] La chiara disposizione del Codice Francese, sotto la di cui influenza morì la Signora Maria Lunghi Vedova Bacci, assicurava alla Signora Caterina Sacchetti, egualmente che ai rei convenuti di lei fratelli un egual diritto di consuccedere all'eredità materna, senza che potesse dai Signori fratelli Bacci opporsi la qualità masculina, qualità, che rapporto al diritto [...] di consuccessione era stata dal detto Codice intieramente abolita » (COLLECTIF, *Giornale pratico-legale...*, op. cit., p. 193 à 194).

⁸³⁹ D. CAPITELLI, *La filosofia del dritto e l'arte di bene interpretarlo*, Naples, 1822.

d'autres y ont fait à son insu, moyennant l'indemnité des dépenses faites et du prix du travail ; telles sont les lois qui favorisent la liberté et la possibilité d'acquérir et d'aliéner ; celles qui facilitent et multiplient directement les moyens d'acquisition et d'aliénation, tels que les contrats, les donations, les testaments, etc. De même sont les moyens qui produisent le plaisir de l'égalité des droits : de ce genre est la loi qui appelle tous les enfants à la succession ab intestat et légitime en parties égales, sans égard à la primogéniture, au sexe, à la providence, ni à la nature des biens [...] »⁸⁴⁰.

La protection de l'égalité successorale intéresse également la Pologne : le Royaume du Congrès sauvegarde en particulier le principe de la réserve héréditaire⁸⁴¹. C'est aussi le cas de la ville libre de Cracovie, créée par le Congrès de Vienne au sud de l'ancien Duché de Varsovie : Felix Słotwinsky⁸⁴², dans son traité de droit naturel privé⁸⁴³, affirme que cette réserve est nécessaire, « pour des raisons de loi morale et de finalité de la société civile »⁸⁴⁴. Słotwinsky pose clairement l'équilibre recherché entre liberté de tester et droits des héritiers. Il insiste aussi sur l'importance du respect des droits des héritiers, mais aussi de ceux des tiers ayants droit : l'héritage ne concerne pas seulement la liberté du testateur, mais aussi la sécurité de ses éventuels créanciers, qui devraient pouvoir récupérer leurs créances malgré la mort de leur débiteur⁸⁴⁵. Pour illustrer ce principe, l'auteur cite l'article 794 du Code Napoléon. Ainsi, les répercussions économiques de la succession semblent comprises par la littérature juridique polonaise.

L'hypothèse la plus convaincante est que le principe – l'égalité successorale – masque un

⁸⁴⁰ « Sono produttivi quelli, che producono l'abbondanza, o ricchezze : tal' è la legge, che dà la scelta al padrone di un fondo di ritenere quale oggetto di sua pertinenza la piantagione, o l'edificio, che altri vi fece, sua insaputa, salva l'indennità delle spese erogate, e del prezzo della mano d'opera : tali sono quelle leggi, che favoriscono la libertà e la capacità di acquistare, e di alienare ; quelle, che facilitano direttamente, e moltiplicano i mezzi di acquisto, e di distrazione, quali, sono i contratti, le donazioni, i testamenti etc. Sono della stessa natura que' mezzi, che producono il piacer dell'eguaglianza dei dritti : di tal genere è la legge, che chiama tutti, ed in parti eguali i figli alla successione intestata, ed alla legittima, senza tener conto della primogenitura, del sesso, della provenienza, o della natura de' beni [...] » (D. CAPITELLI, *La filosofia...*, *op. cit.*, p. 63 à 64).

⁸⁴¹ M. SZEWCZAK-DANIEL, « Ochrona praw dziedziców koniecznych na ziemiach polskich w XIX i XX w. », *Studia Iuridica Lublinensia*, vol. XXV, n°3, 2016, p. 897 s.

⁸⁴² Felix (ou Feliks) Słotwinsky (1788 à Borowy – 1863 à Cracovie) est diplômé en histoire à ses dix-sept ans, à l'université de Lviv ; puis en droit, trois ans plus tard, à l'université de Jagellone. Avocat fiscaliste, membre de la société scientifique de Cracovie, il devient membre du *Sejm* de Cracovie entre 1817 et 1833, et participe au comité législatif de la République. Il est également élu doyen de la faculté de droit de Jagellone à plusieurs reprises à partir de 1820. À son sujet, voir M. KOCZYŃSKI, « Feliks Leliwa Słotwinsky (Wspomnienie pośmiertne) », *Czasopismo Poświęcone Prawu i Umiejętnościom Politycznym*, n°3, 1863, p. 189 à 192.

⁸⁴³ F. SŁOTWINSKY, *Prawo natury prywatne, połączone z uwagami nad prawem Rzymskim, Kodexem galicyjskim i francuzkim*, vol. 1, Cracovie, 1825.

⁸⁴⁴ *Ibid.*, p. 343 à 344.

⁸⁴⁵ *Ibid.*, p. 347.

équilibre qui, en réalité, n'a pas échappé aux auteurs. Le code français permet toujours de fabriquer un aîné, grâce au testament et à la quotité disponible. En somme, une fois compris et expliqué, le système français ne semble plus aussi dangereux qu'il pouvait l'apparaître. La transposition du Code civil n'a jamais réellement menacé l'organisation sociale des pays occupés. Si l'on reprend les considérations dont nous avons pu parler – économique, sociale et politique, on constate que celles-ci n'ont pas eu les effets cataclysmiques prévus par certains auteurs. Sur le plan économique, l'atomisation de la propriété foncière tant crainte par les révolutionnaires ne s'est pas réalisée en France. C'est en tout cas ce que répond un traducteur au célèbre Thomas Malthus⁸⁴⁶, dont il retranscrit les Principes d'économie politique :

« Cette loi est en vigueur depuis vingt-cinq ans en France, et elle n'a encore produit aucun des résultats que M. Malthus paraît tant redouter ; des lois semblables ont d'ailleurs régi d'autres pays pendant des époques bien plus longues, et elles ont eu des effets diamétralement opposés à ceux que M. Malthus attribue à ce qu'il lui plaît de nommer une dangereuse expérience. Puisqu'il convient qu'il est trop tôt pour pouvoir juger des effets de la loi française, pourquoi se presse-t-il d'en prédire les suites fâcheuses ? »⁸⁴⁷

En réalité, l'absence de fragmentation foncière est moins un signe du succès de l'égalité successorale que le symptôme de son non-respect. Les Français ont trouvé des moyens détournés pour sauvegarder leur liberté de tester. La quotité disponible est prévue pour soulager les familles à la fortune modique qui souhaitent préserver une exploitation viable⁸⁴⁸. Elle devient un instrument commode pour avantager l'un de ses enfants, souvent l'aîné, reproduisant ainsi une forme de primogéniture. Cette technique est repérée et pratiquée dans les pays européens : les monarchies restaurées, tout en gardant le principe, essaient d'encadrer l'attribution de la part disponible. Ainsi dans leur commentaire du Code des Deux-Siciles, Magliano et Carrillo évoquent la quotité disponible une dizaine de fois au fil de leurs observations, afin d'en préciser les limites⁸⁴⁹. On peut donc imaginer que dans les pays libérés

⁸⁴⁶ Th. MALTHUS, *Principes d'économie politique considérés sous le rapport de leur application pratique*, t. 2, Paris, 1820, p. 154 à 156.

⁸⁴⁷ M. F. S. CONSTANCIO, commentant Th. MALTHUS, *Principes d'économie...*, *op. cit.*, p. 155.

⁸⁴⁸ J. HILAIRE, « Vivre sous l'empire... », *op. cit.*, p. 128 ; M. PEGUERA POCH, *Aux origines...*, *op. cit.*, p. 309 à 314.

⁸⁴⁹ Les auteurs détaillent par exemple un système de rééquilibrage entre enfants : les donations entre vifs comme les dispositions testamentaires excédant la quotité disponible au profit d'un enfant résulteront en une réduction de sa part réservée ; cette réduction sera proportionnelle à l'excédent par rapport à la quotité disponible. F. MAGLIANO et F. CARRILLO, *Commentarj...*, *op. cit.*, p. 33, 364 s., 445 s., 516 s.

comme en France, les justiciables ont trouvé des parades pour contourner l'égalité successorale du Code civil ; quand l'inconvénient n'est pas endigué en revenant en grande partie à l'ancien droit. C'est ce qui se produit par exemple dans les États italiens. L'aristocratie, comme la paysannerie, traverse la période sans changement fondamental de leurs habitudes successorales ; ceux qui connaissent déjà l'égalité entre héritiers ajoutent des éléments du droit français à la pratique ; quant aux familles qui privilégient toujours un seul héritier, il semblerait que leurs stratégies d'adaptation se soient poursuivies durant la Restauration, accompagnées là encore par les praticiens. Les auteurs traduisent cette relative tranquillité à l'égard du droit successoral français.

Le troisième sujet le plus rencontré dans la littérature juridique de l'époque s'éloigne des considérations civiles et tend plutôt à une réflexion politique sur la nature des restaurations, sur l'équilibre entre la puissance de l'État et les droits des citoyens : il s'agit de la question du jury criminel.

III. « *Consejo de hombres buenos* » : la question du jury criminel

Par la loi d'organisation judiciaire des 16-24 août 1790, les révolutionnaires français font table rase en matière de procédure pénale. Le système inquisitoire et secret d'Ancien Régime, tel qu'il existait depuis l'ordonnance de 1670, est anéanti. Au cœur de ce changement, une nouvelle conception de la justice : celle-ci ne doit plus être rendue au nom du roi, mais au nom du peuple français. Dès lors, les juges deviennent – selon le mot de Montesquieu – les « bouches de la Loi », chargés d'appliquer à la lettre l'expression de la volonté générale. Ils jugent aux côtés d'assesseurs citoyens, représentants de la nation dans la fonction judiciaire⁸⁵⁰ : le jury est instauré par le code pénal de 1791⁸⁵¹. Il s'agit d'un jury double : d'abord le jury d'accusation, au niveau du district, qui choisit ou non d'envoyer l'affaire devant le tribunal criminel ; ensuite

⁸⁵⁰ S. SOLEIL, « Le jury criminel... », *op. cit.*, p. 771.

⁸⁵¹ À ce sujet, voir R. ALLEN, *Les tribunaux criminels sous la Révolution et l'Empire : 1792-1811*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2005 ; R. MARTINAGE et J.-P. ROYER (dir.), *Les destinées du jury criminel*, Lille, Ester éditions, 1990 ; J.-C. FARCY, *L'histoire de la justice française de la Révolution à nos jours : trois décennies de recherches*, Paris, Presses universitaires de France, 2001, p. 186 s. ; A. BERGER, *La justice pénale sous la Révolution : les enjeux d'un modèle judiciaire libéral*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2015 ; W. SAVITT, « Villainous Verdicts ? Rethinking the Nineteenth-Century French Jury », *Columbia Law Review*, vol. 96, n°4, 1996 ; M.-S. DUPONT-BOUCHAT, X. ROUSSEAU (dir.), *Révolutions et justice pénale en Europe : modèles français et traditions nationales, 1780-1830*, Paris, L'Harmattan, 1999.

le jury criminel, au niveau du département, qui rend le verdict final de culpabilité. Les députés adoptent donc avec enthousiasme une procédure inspirée du système anglais, accusatoire et public. Cette décision découle d'un long travail de promotion du modèle anglais par les philosophes des Lumières, tout au long du XVIII^e siècle⁸⁵². Cependant, le système trouve rapidement ses limites en France (A) ; cette expérience française est utilisée de façon variable par les pays libérés lorsqu'ils réfléchissent à la réforme de leur droit pénal (B).

A) Forces et faiblesses du jury à la française

Puisque la nation ne peut se tromper, le jury peut juger sur sa seule conviction, sans preuves légales⁸⁵³, et l'appel est aboli. Dans le même temps, le légicentrisme révolutionnaire engendre une légalité stricte des délits et des peines. Ces facteurs combinés ont un effet considérable sur la pratique : les jurés sont toujours placés face un choix de type « tout ou rien ». S'ils déclarent l'accusé coupable, celui-ci est directement condamné à la peine prévue par le Code, sans personnalisation possible. Dès lors, nombreux sont les jurés qui préfèrent acquitter, soit parce qu'ils ont un doute sur la culpabilité de l'accusé, soit parce qu'ils le savent coupable, mais refusent de le condamner à une peine démesurée au vu du cas d'espèce⁸⁵⁴. Il faut y ajouter une forte solidarité régionale : les jurés sont la plupart du temps choisis au sein de petites assemblées locales, ce qui pousse à trouver des circonstances atténuantes propres au pays – crime d'honneur en Corse, ivresse dans les régions viticoles, etc⁸⁵⁵. Ce constat est fait par Henri Hurtin sur le jury de la période révolutionnaire :

« un jury breton jugeait des Bretons ; un jury bordelais jugeait des Gascons ; un jury du Poitou jugeait des Poitevins. [...] Il en résultait une sorte de distribution de la justice automatiquement, inconsciemment appropriée aux passions, aux élans comme aux faiblesses des accusés qui comparaissaient vraiment devant leurs pairs »⁸⁵⁶.

Tout ceci mène à un système qui paraît très favorable à l'accusé, d'autant plus que la décision

⁸⁵² S. SOLEIL, « Le jury criminel... », *op. cit.*, p. 769 à 770.

⁸⁵³ H. HURTIN, « La crise du jury criminel », *Revue de Métaphysique et de Morale*, t. 37, n°2, 1930, p. 260 à 261.

⁸⁵⁴ E. CLAVERIE, « De la difficulté de faire un citoyen : les « acquittements scandaleux » du jury dans la France provinciale du début du XIX^e siècle », *Études rurales*, n°95-96, 1984, p. 146.

⁸⁵⁵ *Ibid.*, p. 266 à 267.

⁸⁵⁶ H. HURTIN, « La crise... », *op. cit.*, p. 267 à 268.

du jury est définitive. Le ministère public parle ainsi d'« acquittements scandaleux » ; il est vrai que selon l'étude de Robert Allen, entre 1792 et 1811, les acquittements représentent en moyenne 45% des verdicts en France. Cependant, il convient de nuancer ces chiffres, qui dépendent fortement du type de délit jugé. C'est là une autre caractéristique de ces acquittements massifs : ils concernent surtout des crimes contre l'ordre public. Si les crimes et délits contre les biens et les personnes sont compris et bien punis, les crimes contre l'ordre public paraissent abstraits ; la qualification criminelle et les peines qui y sont rattachées ne sont pas acceptées⁸⁵⁷. Dans ce cas, les acquittements ne manifestent pas un réel militantisme antirépublicain, mais plutôt une rupture entre le pragmatisme des jurés et le projet politique du pouvoir – au grand dam de ce dernier. Le législateur tente rapidement de rectifier l'institution du jury. Mais malgré plusieurs mesures – instauration de l'unanimité ou au moins de la majorité pour le verdict, tri politique des jurés – le taux d'acquiescement reste stable⁸⁵⁸. Cela n'est pas étonnant, puisque ses causes premières, à savoir le dilemme entre condamnation trop sévère et acquiescement abusif, la sensibilité régionale et la déconnexion vis-à-vis des crimes politiques, ne sont pas traitées.

Ces dysfonctionnements expliquent que durant le consulat, le jury à l'anglaise fasse l'objet d'une première controverse doctrinale. Les tribunaux et les cours d'appel criminels, consultés sur la réforme du Code pénal à venir, ne cachent pas leur dépit : le jury est en quelque sorte un symbole de ce que la bonne volonté révolutionnaire a pu produire de plus hasardeux. Les juges dépeignent des jurys incompetents, laxistes, prompts à une « commisération abusive »⁸⁵⁹. Certains jurés seraient naturellement prompts (répétition) à la pitié ; les magistrats les décrivent faibles, craintifs, timides. Selon une partie des magistrats consultés, l'institution du jury n'est tout simplement pas adaptée au caractère national français⁸⁶⁰. La commission nommée en 1801 pour travailler sur un nouveau code pénal est elle-même tiraillée : d'une part, les rédacteurs restent attachés à certains acquis révolutionnaires ; d'autre part, la transplantation du système anglais les a désenchantés. L'incertitude se poursuit lorsque le Conseil d'État se penche sur le

⁸⁵⁷ R. GEENS, *Les jurys d'accusation et de jugement dans le département de Sambre-et-Meuse durant le Directoire (1796-1800). Analyse comparative de leur composition socioprofessionnelle et de leur activité*, Mémoire en Histoire, Université catholique de Louvain, 2017-2018, p. 165 à 166.

⁸⁵⁸ W. SAVITT, « Villainous Verdicts... », *op. cit.*, p. 1029 à 1030.

⁸⁵⁹ L'expression vient de G. LANDRON, « À propos de la “commisération abusive” du jury criminel de la Révolution », *Histoire de la Justice*, n°389, 1994, p. 75-88.

⁸⁶⁰ E. RAVENSTEIN, « “*In dubio pro reo*” : à propos de la mansuétude supposée des jurés sous la Révolution », *Annales historiques de la Révolution française*, n°4, 2019, p. 94 à 95.

projet. Le maintien du jury devient, une fois de plus, le principal point de débat⁸⁶¹. Comme en matière civile, il s'agit de trouver un équilibre entre les conservateurs et les révolutionnaires ; entre le retour pur et simple à l'ordonnance criminelle de 1670, et la sauvegarde du système révolutionnaire consacré par la Constitution de l'an VIII. Napoléon se décide à un compromis : dans le Code d'instruction criminelle de 1808, le jury d'accusation est supprimé, le jury de jugement conservé. L'étape de l'accusation redevient inquisitoire, et est confiée aux magistrats de la Chambre des mises en accusation de la Cour d'appel⁸⁶². Les jurés de jugement, quant à eux, devraient être choisis dans une liste composée par le préfet et transmise au président de la Cour d'Assises quinze jours avant chaque session. Un tel fonctionnement accorde au préfet, autrement dit au gouvernement, un contrôle total sur la composition du jury – et donc, souvent, sur sa décision.

Cette « option du pouvoir » est conservée durant la Restauration, à une période où les délits politiques et les délits de presse sont soumis à un jury⁸⁶³. Certes, l'institution des jurés fait partie de la Charte, ce qui la ferait voir comme une garantie de protection des droits individuels ; mais la formation des listes de jurés telle qu'elle est prévue permet les abus de pouvoir des préfets et une ingérence de ceux-ci dans les affaires sensibles. Les modifications napoléoniennes sont vivement discutées lors de la Restauration : on observe un retour en grâce du jury chez une partie des auteurs⁸⁶⁴, qui en fait un symbole de liberté politique. Dans cette deuxième controverse au sujet du jury, on peut mentionner le cas de Philippe Dupin⁸⁶⁵. En 1819, il publie

⁸⁶¹ M.-S. DUPONT-BOUCHAT, X. ROUSSEAU (dir.), *Révolutions...*, op. cit., p. 126 à 128.

⁸⁶² E. BERGER, X. ROUSSEAU, « Le jury criminel sous le Premier Empire : origines et perspectives », *L'Empire napoléonien : une expérience européenne ?*, Armand Colin, Paris, 2014, p. 230.

⁸⁶³ A. BUCHÈRE, « Étude historique sur les origines du jury », *Revue historique de droit français et étranger (1855-1869)*, vol. 8, 1862, p. 197 à 198.

⁸⁶⁴ On peut citer à titre d'exemple la bibliographie fournie par la *Thémis* en 1819 : « *De l'Administration de la Justice criminelle en Angleterre, et de l'Esprit du Gouvernement anglais* ; par M. Cottu, conseiller à la Cour royale de Paris, secrétaire général du Conseil de la Société royale des Prisons et du Conseil spécial des Prisons de Paris. *Observations sur le Jury en France* ; par M. LEGRAVEREND maître des requêtes. *Recherches historiques sur le Jury* ; par M. GUERNON DERANVILLE, docteur en droit, avocat à la Cour royale de Caen. *De la Procédure par Jurés en matière criminelle* ; par M. Ch. DE RÉMUSAT. *Coup-d'oeil sur le Jury tel qu'il est et tel qu'il pourrait être en France* ; par M. B. ; deuxième édition. *Considérations sur le pouvoir judiciaire et sur le Jury* ; par M. HEUILHARD DE MONTIGNY, conseiller à la Cour royale de Bourges. *Des Pouvoirs et des Obligations des Jurys* ; par sir RICHARD PHILIPS ; traduit de l'anglais par M. COMTE » (Ph. DUPIN, « Analyse d'ouvrages concernant le jury », *Thémis*, t. 1, Paris, 1819, p. 329 à 330).

⁸⁶⁵ Philippe Simon Dupin, dit « Dupin jeune » (1795 à Varzy – 1846 à Nice), devient avocat en 1816. Il intègre le cabinet de son frère aîné André, déjà renommé. Lorsque celui-ci décide de se consacrer intégralement à la politique, Philippe prend la direction du cabinet et mène une carrière brillante. Il est davantage connu pour ses illustres clients, parmi lesquels la Ville de Paris ou la Chambre des notaires, que pour ses brèves incursions dans la

l'analyse d'un corpus d'ouvrages sur le jury dans les pages de la toute jeune *Thémis*⁸⁶⁶, et en profite pour donner son propre avis en la matière. Dupin travaille à légitimer historiquement le jury, en évoquant la première monarchie constitutionnelle sans mentionner nommément la Révolution, et en faisant remonter les racines du jury à des temps préféodaux ; il présente le jury comme une institution perfectible, mais précieuse :

« Dans les premiers âges de la monarchie, c'était un privilège de nos ancêtres, d'être jugés par leurs pairs. [...] Toutes les affaires, tant civiles que criminelles, étaient jugées par cette espèce de jury, établi sur des bases si populaires. Mais bientôt ce droit de n'être jugé que par ses pairs, s'altéra et se perdit comme presque toutes les franchises de nos ancêtres. [...] Ce n'est qu'en 1791 que la France a ressaisi ce précieux privilège ; et c'est un des nombreux services que la liberté et l'humanité doivent au bon et vertueux Louis XVI, et aux philanthropiques travaux de l'Assemblée constituante. [...] Tous les bons esprits, je crois, sont convaincus que l'institution du jury est la plus sûre garantie de la liberté, de la sûreté, de l'honneur et de la vie des citoyens. Quelques hommes opiniâtres et routiniers, ennemis de toute amélioration, de toute liberté, poussés par la passion ou par de vieux préjugés, sont les seuls qui se refusent à l'évidence, et contestent les avantages du jugement par jurés. Mais quelle institution humaine n'a pas ses défauts, ses inconvénients et ses détracteurs ? Au surplus, il ne s'agit plus aujourd'hui de disputer sur le mérite de l'institution ; elle est garantie par la Charte, ce pacte d'alliance entre le Roi et le peuple »⁸⁶⁷.

Il faudra attendre 1848 pour que le jury criminel gagne son indépendance vis-à-vis du pouvoir administratif ; malgré les tensions politiques et les régimes qui se succèdent, l'institution du jury, en tant que telle, est sauvegardée en France. Dans les pays libérés, les controverses doctrinales mènent parfois à des résultats différents : si de nombreux auteurs européens sont partisans d'une codification de la procédure pénale, leurs avis concernant le jury sont très divers et témoignent de certaines spécificités locales.

B) L'avenir du jury à la française en Europe libérée

L'institution du jury fait l'objet d'une transposition inégale en Europe, après une occupation

politique : Philippe Dupin est deux fois député, dont un mandat d'un an et un second durant lequel il décède. À son sujet, voir A. ROBERT et G. COUGNY (dir.), « Dupin (Simon-Philippe) », *Dictionnaire des parlementaires français*, vol. 2, Paris, 1890, p. 494 à 495.

⁸⁶⁶ Au sujet de l'apport de la *Thémis* en matière de législation comparée, voir Y. FALELAVAKI, *L'histoire d'une conversion...*, *op. cit.*

⁸⁶⁷ Ph. DUPIN, « Analyse d'ouvrages concernant le jury », *op. cit.*, p. 329 à 330.

plus ou moins longue par les troupes françaises. Certains territoires, occupés durant la période révolutionnaire, connaissent d'abord le jury à l'anglaise avant sa modification ; c'est par exemple le cas des provinces belges⁸⁶⁸. D'autres se voient imposer le jury du Code de 1808, comme la Hollande, annexée en 1810⁸⁶⁹. À l'inverse, il est des pays où les Français ne peuvent pas l'instituer – l'Espagne – ou ne veulent pas l'instituer – l'Italie – au motif que le système ne serait pas bon entre des mains italiennes⁸⁷⁰. Ces facteurs peuvent aider à comprendre le comportement des auteurs de doctrine, qui varie selon les pays libérés.

Il est intéressant de remarquer que dans le Royaume Uni des Pays-Bas, alors que la matière pénale fait l'objet de longues discussions, le jury est très rapidement supprimé : deux décrets y mettent un terme, en décembre 1813 pour le Nord et en novembre 1814 pour le Sud. Il serait possible de penser qu'il s'agit là d'un rejet conjoncturel, lié à la libération ; c'est l'interprétation de Geert Bossers, qui met en avant le sentiment anti-français bien présent en Hollande depuis l'annexion⁸⁷¹. Quelques éléments permettent de nuancer cette thèse : les auteurs des décrets de 1813 et 1814 sont des praticiens, en l'occurrence des magistrats, qui occupaient des postes prestigieux au sein des institutions françaises durant l'occupation, et prêtent leur concours au gouvernement provisoire qui se forme après la chute de Napoléon⁸⁷². Ces juges ne manifestent pas le désir de détruire toute la procédure qu'ils appliquaient durant la période française. De plus, si sentiment anti-français il y a, ce sentiment semble sélectif ; en effet, le Code de procédure criminelle qui sera adopté quinze ans plus tard est entièrement basé sur le Code de 1808, excepté le jury : les députés de la Seconde Chambre refuseront sa réinstauration par une large majorité⁸⁷³. Cela laisse entendre que l'institution du jury, en particulier, a posé problème

⁸⁶⁸ À ce sujet, voir R. GEENS, *Les jurys...*, *op. cit.*

⁸⁶⁹ À ce sujet, voir G. BOSSERS, 'Welk eene natie, die de jurij gehad heeft, en ze weder afschaft!' *De jury in de Nederlandse rechtspraak, 1811-1813*, Th. Droit, Université d'Amsterdam, 1987.

⁸⁷⁰ Le jury figure à l'article 61 de la Constitution de Bayonne, projet de constitution proposé aux représentants espagnols durant l'exil de Ferdinand VII. Ce projet, quasi-copie de la Constitution française, n'entre pas en vigueur ; il est cependant intéressant de noter qu'au moment du vote, l'article 61 en particulier est mal reçu par les représentants, qui en demandent le report par quarante-et-une voix contre trente-sept. A. RISCO, « Les origines du jury en Espagne : influences et résistances », *IAHCCJ Newsletter*, n°9, 1985, p. 51 à 52.

⁸⁷¹ G. BOSSERS, *Welk eene natie...*, *op. cit.*, p. 92 s.

⁸⁷² Les auteurs sont C.F. van Maanen (1769-2849), premier président de la Cour d'appel impériale française en Hollande, puis premier président de la Cour suprême du royaume ; A.W. Philipse (1766-1845), avocat général à la Cour d'appel impériale, puis procureur général à la Cour suprême, et à partir de 1838 président de la Cour suprême ; et A. van Gennep (1766-1846), président de la Cour d'appel impériale, puis membre du Conseil d'État. C. JANSEN, « The participation of laymen in the Dutch judiciary. 1811-2011 », *Fundamina (Pretoria)*, vol. 20, n°1, 2014, p. 428.

⁸⁷³ F. STEVENS, « Guillaume I^{er}... », *op. cit.*

aux Néerlandais. Pourquoi ce blocage ?

Une fois de plus, la situation géopolitique du Royaume Uni des Pays-Bas peut offrir un début d'explication : les magistrats du Nord rejettent le jury tel qu'il a été créé par l'Empire, considérant qu'il provoque une ingérence de l'opinion publique dans les affaires de la justice, et heurte le respect dû aux juges⁸⁷⁴ ; les Belges, annexés à la France depuis le Directoire, ont encore en tête les dérives du double-jury. Ces deux opinions combinées ont pu entraîner un rejet pur et simple de l'institution. Cela ne veut pas dire pour autant que personne n'a défendu le jury : on sait par exemple que Meyer en est partisan. Dans son ouvrage phare, *Esprit, origine et progrès des institutions judiciaires des principaux pays de l'Europe*, il critique la réticence des Pays-Bas à adopter le jury criminel comme la France l'a fait, dès le XVIII^e siècle ; mais il attaque précisément l'argument donné en 1813 et 1814, sur la considération des magistrats :

« La procédure secrète était favorisée par les habitudes devenues familières au bout de trois siècles ; [...] En sacrifiant cette procédure inique et barbare, en suivant franchement l'exemple de la France moderne, qui avait [...] emprunté aux Anglais l'idée d'une procédure par jurés, toute difficulté cessait : mais la vaine gloriole des magistrats, qui préféraient au bien public leur autorité particulière ; l'opinion générale influencée par la magistrature perdrait de son pouvoir et par conséquent de sa considération ; la persuasion intime que tout ce qui était ancien ne pouvait être abandonné sans danger, alors même qu'on ne se donnait pas la peine de rechercher la véritable origine, ne permit pas de réforme totale [...] ; la seule idée qui parût occuper les législateurs, fut celle de concilier l'abolition de la torture avec la procédure secrète et de remplir le vide qui séparait ses deux institutions, nécessairement liées »⁸⁷⁵.

Le lien fait entre procédure secrète et torture implique une plus grande vulnérabilité du justiciable soumis à la procédure inquisitoire, et un plus grand arbitraire du Ministère public – donc de l'État – pour parvenir à une condamnation. Cette idée se retrouve dans l'argumentaire d'autres auteurs néerlandais. C'est par exemple le cas d'un texte paru dans le numéro 8 de *De weegschaal*⁸⁷⁶ en août 1819, sous une rubrique *Wetgeving* (« Législation »). Pour défendre le

⁸⁷⁴ C. JANSEN, « The participation... », *op. cit.*, p. 428 à 429.

⁸⁷⁵ J. D. MEYER, *Esprit, origine et progrès des institutions judiciaires des principaux pays de l'Europe*, t. IV, La Haye, 1820, p. 298 à 299.

⁸⁷⁶ *De Weegschaal* (« La Balance ») est une revue critique sur des thèmes de société, publiée à Rotterdam entre 1818 et 1832.

jury, l'auteur invoque d'ailleurs le nom de Meyer⁸⁷⁷, avant d'utiliser un argument particulier : le jury serait une telle garantie de liberté, que même le dictateur Bonaparte n'a pas osé s'y attaquer. Le régime napoléonien devient l'étalon de l'autoritarisme dont il faut se distinguer après la libération :

« La première condition, sans laquelle aucune nouvelle législation ne devrait être adoptée, devrait donc être la certitude de trouver dans le projet de code la publicité de la procédure, ainsi que le Jury, ou des juges qui ne se prononcent pas à la fois sur l'existence du fait et l'application du droit. Le Jury, le banc des jurés, est une barrière si forte contre toute influence indue par laquelle on parvient à obtenir des condamnations, que le ministère public impérial français, plus d'une fois, [...] n'a pas osé contester son verdict. Et quel que soit le désir évident de ce gouvernement d'abolir cette institution très républicaine, et d'appeler à son aide, pour cela, tous les préjugés des vieilles pratiques françaises, Napoléon n'a cependant pas osé employer des moyens directs pour détruire le jury de jugement ; car avant 1811 il y avait deux jurys, le jury d'accusation et le jury de jugement : le premier a été aboli en 1810 et les chambres d'accusation ont pris sa place »⁸⁷⁸.

Plusieurs éléments de la controverse néerlandaise sur le jury se retrouvent en Espagne⁸⁷⁹. Comme pour le Royaume Uni des Pays-Bas, il est possible de distinguer une tendance conservatrice et une tendance libérale ; l'Espagne a cela de particulier que ces deux tendances se succèdent du fait de son instabilité politique. Durant l'occupation, le Code d'instruction criminelle (comme les autres codes napoléoniens) n'a pas pu être transposé, ce qui fait que les Espagnols n'ont pas vu le jury français à l'œuvre sur leur territoire. À l'époque, la décision est prise par la *Diputación general de los españoles*, dont les membres sont pourtant sympathisants

⁸⁷⁷ ANONYME, « Wetgeving », *De Weegschaal*, vol. 2, p. 249.

⁸⁷⁸ « De eerste voorwaarde, buiten welke geene nieuwe wetgeving moest worden aangenomen, behoorde mitsdien de zekerheid te zijn van in dle Project Wetboeken de publiciteit der procedure te zullen vinden, mitsgaders den Jury, of Regters, die niet tevens over de existentie van het feit en de toepassing der wetuitspraak doen. De Jury, de Regtbank der Gezworenen is een zoo sterke breidel tegen allen ongeoor Joofden invloed, door welken men condempnatie weet te verkrijgen, dat het Fransch Keizerlijk Staatsministerie het niet meer dan ééns [...] heeft durven wagen de uitspraak van den Jury aau te randen ; en hoe zeer dat Gouvernement kennelijk de opheffing dezer zoo zeer Republikeinsche instelling begeerde, en daartoe alle de vooroordeelen der oude Fransche practica tot hulp inriep, zoo heeft Napoleon echter geene regtstreeksche pogingen durven aanwenden om den jury de jugement te vernietigen ; want voor 1811 had men tweederlei Jury, den jury d'acculation en den jury de jugement : de eerste is in 1810 afgeschafte en de kamers van beschuldiging zijn in de plaats ge komen ». (*Ibid.*, p. 255 à 256).

⁸⁷⁹ À ce sujet, voir J. VÁSQUEZ ROSSI, *Crisis de la justicia penal y tribunal de jurados*, Dorrego, Editorial Juris, 1998 ; J. A. ALEJANDRE, *La justicia popular en España. Analisis de una experiencia historica : Los tribunales de jurados*, Madrid, Editorial de la Universidad Complutense, 1981 ; R. E. TORRES BAS, « El jurado popular », *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, n°12, 1955 ; Á. ARIAS DOMÍNGUEZ, « Estudio bibliográfico sobre el Jurado », *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, n°16, 1998, p. 117 à 142.

de Napoléon ; mais certains d'entre eux sont magistrats, et comme les juges néerlandais, ils craignent une incursion dans leurs affaires ; d'autres, en rejetant le jury, rejettent surtout le modèle anglais⁸⁸⁰. Une fois les Français chassés, il est inimaginable pour les *Cortes* libérales de s'inspirer de l'envahisseur napoléonien en général, et surtout en matière de procédure pénale. En effet, durant la Guerre d'indépendance, Joseph Bonaparte applique en Espagne un système pénal à deux volets, militaire et civil, qui devient l'instrument juridique de la répression contre des guérilleros ou des émeutiers souvent modestes⁸⁸¹. À la libération, un basculement doctrinal s'opère donc entre des conservateurs anglophobes, et des libéraux davantage acquis aux idées des Lumières. La constitution de Cadix, en son article 307, admet la possibilité d'instaurer des jueces del hecho (« juges de fait » autrement dit non-professionnels, par distinction des jueces del derecho, « juges du droit »). Le terme jurados n'est pas utilisé⁸⁸². Le sujet est mis en suspens lorsque Ferdinand VII rentre en Espagne ; mais en 1820, le roi doit prêter serment à la Constitution. Les *Cortes* libérales reprennent leur quête de modernisation et de rationalisation juridique ; ils préparent notamment une codification du droit pénal espagnol. L'anglophilie couplée au refus de l'inspiration française est une constante, comme en témoigne par exemple Santiago Jonama⁸⁸³ dans son ouvrage sur « La preuve par jurés, c'est-à-dire le conseil des hommes de bien »⁸⁸⁴ :

« Il est indispensable que l'infraction soit exprimée, comme en Angleterre, sur un ton technique qui inclut la peine et toutes ses conséquences, ou bien que la peine soit exprimée d'une manière claire et précise, de sorte que lorsque les jurés prononcent coupable, ils savent tout ce qu'implique ce mot terrible. [...] Les Français, par des subtilités où l'orgueil national n'est pas pour rien, se sont tellement obstinés à ne pas voir la Lumière, et ont tellement embrouillé la question, que nous ne serions pas

⁸⁸⁰ A. RISCO, « Les origines... », *op. cit.*, p. 52.

⁸⁸¹ J.M. LAFON, « Justices d'exception napoléoniennes, militaire et civile, dans l'Espagne occupée : l'exemple de l'Andalousie (1810-1812) », *Crime, Histoire et Sociétés*, vol. 13, n°2, 2009, p. 67 à 87.

⁸⁸² A. RISCO, « Les origines... », *op. cit.*, p. 52.

⁸⁸³ Santiago Jonama i Bellsolá (v. 1780 à La Bisbal – 1823 à La Coruña) est une figure de la presse périodique libérale en Espagne. Diplomate, dans les premières années de l'occupation française, il est dépêché à Manille, d'où il envoie des *Mémoires* à la Junte centrale. Il rentre des Philippines en 1811 et s'implique dans divers journaux, dont *El Conciso*, *El Redactor General* ou encore *El Revisor Político* ; durant le triennat libéral, il est rédacteur pour *El Eco de Padilla*, *El Independiente* et *El Tribuno*. En 1822, il finit par prendre la direction d'*El Patriota Español*, dont le libéralisme est jugé trop radical : d'abord opposé aux libéraux, Jonama change radicalement d'avis. Devenu communiste, il va jusqu'à appeler à une révolution. Expulsé de Madrid, il rejoint Cadix, où il est arrêté par les libéraux modérés et envoyé en prison à La Coruña. Il y meurt dans un cachot. La sœur de Santiago serait Lucía Jonama, qui s'illustre durant la Guerre d'indépendance : elle commande l'une des compagnies de femmes qui ont défendu Gérone lors du siège de la ville. À ce sujet, voir L. GONZÁLEZ CORRALES, « Jonama, Santiago », *Biblioteca Virtual de la Filología Española* [en ligne], consulté le 22/05/2022.

⁸⁸⁴ S. JONAMA, *De la prueba por jurados o sea consejo de humbres buenos*, Madrid, 1820.

étonnés qu'ils abolissent cette institution comme inutile ; en effet, on ne peut guère en attendre d'utilité dans l'état où ils l'ont. Là, le magistrat présente aux jurés une série interminable de questions écrites, qu'ils résolvent aveuglément, et qui, une fois résolues, laissent au magistrat la plus grande latitude pour faire d'elles, de l'accusé et de la loi ce qu'il veut »⁸⁸⁵.

La suppression partielle du jury français est utilisée pour attaquer la figure de Napoléon dans *El Censor* en 1820 ; le Code d'instruction criminelle est toujours perçu comme une arme de l'oppression napoléonienne :

« [...] l'égalité devant la loi, la liberté de pensée, la représentation nationale, les jurés en matière criminelle ; tout leur était promis par les constitutions consulaires et impériales, et tout leur était refusé dans les faits par la combinaison rusée des lois organiques. Il ne leur restait que la triste gloire de dévaster des nations pour assouvir l'ambition débridée de leur nouveau chef »⁸⁸⁶.

Les partisans du jury triomphent en 1820 : une loi instaure le jury double, sur le modèle anglais, mais avec quelques ajustements faisant penser au système français et une adaptation aux institutions nationales⁸⁸⁷. Les députés ont approuvé le projet présenté par Martinez de la Rosa ; il a voyagé en Angleterre et a observé son système pénal avec admiration. Martinez de la Rosa croit à la nécessité du jury non seulement pour les affaires criminelles, mais surtout pour les affaires relatives à la liberté de l'écrit et de la presse. Il tient cette position du fait qu'en Angleterre, un siècle avant toute loi sur l'imprimerie, les jurés ont, par leur travail seul, préservé la liberté de l'opinion écrite⁸⁸⁸. Le sujet ne manque pas d'être débattu : *El Censor* publie un article mettant en garde sur les dangers d'une telle réforme, considérant que l'appréciation du caractère

⁸⁸⁵ « Es indispensable que aquel delito venga como en Inglaterra expresado con una voz técnica que envuelva en sí la pena y todas sus consecuencias, ó bien es preciso que aquella pena se exprese de una manera clara y precisa, de suerte que cuando los Jurados pronuncien "culpado", sepan todo lo que envuelve aquella terrible palabra. [...] Los franceses á fuerza de sutilezas en que no tiene poca parte el orgullo nacional, se han obstinado de tal modo en no ver la luz, y han embrollado la cosa á tal punto, que no deberemos extrañar llegue el caso de que supriman aquella institucion por inútil, á la verdad poquísima utilidad puede esperarse de ella en el estado en que la tienen. Allí el magistrado presenta á los Jurados una interminable serie de cuestiones por escrito, que ellos resuelven á ciegas, y que despues de resueltas, dejan al magistrado la mayor latitud para hacer de ellas, del reo, y de la ley todo lo que quiera » (*Ibid.*, p. 91 à 92).

⁸⁸⁶ « [...] igualdad ante la ley, libertad del pensamiento, representación nacional, jurados para las causas criminales ; todo les fue prometido por las constituciones consular é imperial, y todo les fue negado en el hecho por la astuta combinación de las leyes orgánicas. Solo les dejó la triste gloria de devastar las naciones para saciar la desapidada ambición de su nuevo gefe » (ANONYME, « Examen de los actos de la autoridad publica », *El Censor*, n°1, août 1820, p. 43).

⁸⁸⁷ A. RISCO, « Les origines... », *op. cit.*, p. 53.

⁸⁸⁸ *Ibid.*, p. 53.

« subversif, séditieux, obscène, etc. » d'une œuvre doit être laissée à des juges professionnels, ayant une certaine expertise dans le domaine⁸⁸⁹. D'autres députés s'opposent à la réforme telle qu'elle est adoptée. C'est par exemple le cas José Maria Calatrava, magistrat et futur ministre de la Grâce et de la Justice ; comme Martinez de la Rosa, il a voyagé en Angleterre, où il s'est imprégné des idées de Bentham ; il pense, lui aussi, que le jury est nécessaire dans un pays qui respecte les libertés individuelles⁸⁹⁰. Voici donc deux anglophiles qui s'affrontent par discours interposés. Calatrava voit d'un mauvais œil le recours au jury pour les affaires touchant la liberté de la presse⁸⁹¹. Il regrette la précipitation à imposer le jury avant la promulgation d'un code, qui permettrait de tester l'institution et l'adapter selon les besoins nationaux. Son inquiétude principale tient aux emprunts encore trop français de la loi. Exigence d'une majorité plutôt que d'une unanimité, rôle du Conseil municipal dans la formation des listes, sont pour lui autant d'occasions ratées de tendre vers le modèle anglais, meilleur selon lui :

« Quand nous aurons un code, ce qui, je l'espère, ne tardera pas, ce sera, à mon avis, l'occasion opportune d'introduire le jury, mais pas de manière générale, mais à titre d'essai dans certains cas des plus faciles et avec certains tempéraments, jusqu'à ce que nous voyions quels avantages ou inconvénients il produit parmi nous, et si le peuple espagnol dans toutes les provinces est ou non disposé à cette institution. [...] D'un autre côté, outre les inconvénients que, selon moi, cela peut apporter à la liberté même de l'imprimerie de la soumettre maintenant à cette procédure, quand bien même on proposerait un jury égal à celui qui produit de si bons effets dans les autres nations, je dois avouer que celui que propose la commission n'a rien de commun avec celui que recommandent les auteurs. Quelle similitude y a-t-il entre le jury de ce projet et celui de l'Angleterre, qui est celui reconnu comme le modèle ? car ne parlons pas de celui de la France, qui n'est un jury que de nom. La liberté du citoyen y est autant compromise que dans les tribunaux légaux de l'ancien système ; avec elle, les accusés sont autant soumis à l'arbitraire qu'auparavant ; en un mot, elle n'est pas jugée si elle mérite d'être mentionnée »⁸⁹².

⁸⁸⁹ ANONYME, « Actas de las Cortes. Libertad de Imprenta », *El Censor*, vol. 1, n°11, octobre 1820, p. 335 s.

⁸⁹⁰ J. M. CALATRAVA, *Diario de las Cortes. Sesión extraordinaria de la noche del 26 de setiembre de 1820*, n°3, p. 7.

⁸⁹¹ A. RISCO, « Les origines... », *op. cit.*, p. 53.

⁸⁹² « Cuando tengamos código, que espero no tardará mucho, entonces en mi concepto será la ocasión oportuna de introducir el jurado, pero no generalmente, sino por vía de ensayo en ciertos casos de los más fáciles y con ciertos temperamentos, hasta ver qué ventajas ó desventajas produce entre nosotros, y si el pueblo español en todas las provincias está ó no dispuesto a esta institución. [...] Por otra parte, además de los inconvenientes que en mi concepto puede traer contra la misma libertad de imprenta el sujetarla ahora á ese ensayo, aunque se propusiera un jurado igual al que surte tan buenos efectos en otras naciones Dester confesar que el que propone la comisión no se parece en nada al que los escritores recomiendan. ¿ Qué semejanza hay en tre el jurado de este proyecto y el de la Inglaterra, que es el que se reconoce como modelo ? porque no hablemos del de Francia, que no tiene de jurado

Cette intervention n'empêche pas la loi d'être adoptée, et dans le code pénal de 1822, le jury est un acquis. Cependant, son expérimentation est brève : au printemps 1823, la fin du triennat libéral met un nouveau coup d'arrêt à la réforme.

En somme, au Royaume Uni des Pays-Bas et en Espagne, le système français sert de repoussoir, mais de façon inversée. D'un côté, la monarchie restaurée néerlandaise rejette viscéralement l'institution du jury, après l'avoir vue implantée sur son territoire. De l'autre, l'Espagne libérale adopte le jury avec enthousiasme, notamment parce qu'il n'a pas été introduit par les Français. Dans les deux cas, les auteurs sont marqués par le sentiment anti-français et par l'exemple de l'Angleterre, patrie du jury criminel moderne, dont l'aura est présente dans tous les débats. Ainsi, dans les discussions européennes autour de l'institution du jury, l'expérience française semble s'éclipser derrière l'original que sa Révolution a tant voulu copier.

L'étude de la littérature européenne favorable à la codification du droit révèle une dualité constante : d'une part, la volonté, chez ces auteurs, de promouvoir une modernisation et une rationalisation du droit national les conduit à considérer la codification à la française comme la meilleure voie ; d'autre part, leur patriotisme et leur inquiétude à l'égard de leur identité juridique les poussent à interroger, à commenter, voire à rejeter certains mécanismes instaurés par les codes français. S'il l'on revient à nos trois auteurs défenseurs de la codification française, les trois sujets que nous avons étudiés apparaissent dans leurs travaux. Nous avons ainsi pu constater que Meyer est favorable au jury criminel ; s'il n'exprime pas d'avis personnel sur le divorce et la succession à la française, mais il les met au nombre des sujets qui seront probablement « décidés de manière très-divergente » en cas d'élaboration de nouveaux codes par le Conseil d'État du Royaume⁸⁹³. Quant à Liberatore, s'il ignore les deux sujets de droit civil dans son ouvrage concentré sur le droit pénal, il s'exprime « fermement » en faveur du jury criminel « sagement établi dans le Code d'instruction criminelle français » : selon lui, seul un jury « librement récusable, et inconnu de l'accusateur, et de l'accusé, peut être sans préjugés, et donc sentir la force de la vérité sans qu'aucune passion affaiblisse son sentiment »⁸⁹⁴.

sino el nombre. En él está tan com prometida la libertad del ciudadano, como en los tribunales colegiados del sistema antiguo : con él los acusados estan tan es puestos á la arbitrariedad como antes : en suma, aquel no es juzgado ai merece que se le mencione » (J. M. CALATRAVA, *Diario...*, *op. cit.*, p. 7 à 9).

⁸⁹³ J. D. MEYER, *De la nécessité...*, *op. cit.*, p. 10.

⁸⁹⁴ P. M. LIBERATORE, *Saggio sulla giurisprudenza...*, *op. cit.*, p. 204.

Bandtkie, lui aussi, soutient l'idée du jury criminel, comme « moyen d'éduquer le public » et « garantie de confiance dans le gouvernement ». Il mentionne cependant que le désaccord à ce sujet est important parmi les juristes, puisqu'il juge nécessaire de préciser qu'il est pour le jury « quoi qu'on en dise, même en cas de désaccord entre nous ». Il justifie sa position en rappelant que « l'Angleterre comme la France, nations qui excellent dans le monde scientifique, considèrent cette institution comme bonne »⁸⁹⁵. En revanche, le Polonais est plus nuancé en matière civile. Comme nous l'avons vu, il juge les modalités et causes de divorce telles qu'elles sont prévues dans le droit français « incompatibles avec l'état de notre civilisation »⁸⁹⁶ ; quant au droit successoral, s'il n'en parle pas directement, Bandtkie évoque l'institution chargée de s'en occuper. Selon lui, le notaire doit être un acteur clé de la future réforme juridique ; il affirme la supériorité du notariat français, qui serait reconnue par les Prussiens eux-mêmes⁸⁹⁷.

Cette ambivalence montre que les auteurs pro-codification ne sont pas pour autant francophiles ; mais leur raisonnement technique et leur attachement aux idées des Lumières leur permettent de reconnaître les bénéfices, au moins formels, de la codification napoléonienne. Toutefois, il est une autre littérature juridique qui refuse autant la codification que les codes et leurs contenus. Au-delà des principes et mécanismes français, c'est toute la codification du droit qu'ils rejettent.

⁸⁹⁵ J. W. BANDTKIE, *Myśli o zmianie...*, *op. cit.*, p. 172.

⁸⁹⁶ *Ibid.*, p. 170.

⁸⁹⁷ *Ibid.*, p. 172 à 173.

Chapitre VI. La mise à distance de la codification

L'idée même de codification est rejetée par des auteurs minoritaires, mais très actifs ; ceux-ci préfèrent se consacrer pleinement à l'étude de leur héritage juridique. Une approche nouvelle apparaît cependant au lendemain de la libération. En effet, la littérature juridique publiée dans les dernières années de l'occupation suivait deux logiques : elle pouvait suivre un calendrier éditorial qui avait été fixé avant l'occupation ce qui conduisait les auteurs à écarter la mention des codes français ; elle pouvait aussi faire référence à l'ancien droit par nostalgie, par regret.

Les ouvrages répondant à la première logique continuent à être publiés, sans lien apparent avec les événements contemporains, la chute de l'empire et la restauration : il s'agit, pour les auteurs comme pour les éditeurs, de continuer à assurer la parution d'œuvres fondamentales consacrées à l'ancien droit et l'ancien régime. Ces textes, à nouveau considérés comme des indispensables, s'adressent moins aux législateurs contemporains qu'aux étudiants. *L'Histoire du droit public et des législations de l'Allemagne*, démarrée par Eichhorn en 1808, s'achève en 1823 ; *l'Histoire des princes et des rois polonais* (« *Historia książąt y królów polskich* »⁸⁹⁸), qui retrace l'œuvre politique et législative des souverains d'ancien régime jusqu'à la fin du XVIII^e siècle, est réimprimée de façon régulière entre 1770 et 1818 ; son auteur, le piariste Teodor Waga⁸⁹⁹, meurt pourtant en 1801. Certes, on remarque chez certains quelques incursions de nature politique. Nous mentionnerons ces exemples sans les étudier en détail : s'ils s'éloignent de l'historiographie pure, ils restent d'ordre général et n'abordent la codification que de façon superficielle – quand ils l'abordent. Il ne s'agit donc pas d'opposition active à la codification du droit national, surtout si l'on examine la biographie de leurs auteurs, des libéraux sensibles

⁸⁹⁸ T. WAGA, *Historia książąt i królów polskich krótko zebrana, z niektórymi uwagami nad dziełami narodu dla oświecenia młodzi narodowej*, Varsovie, 1770, 1786, 1789, 1795, 1806, 1808, 1809, 1816, 1818.

⁸⁹⁹ Teodor Waga (1739 dans le pays de Visen – 1801 à Varsovie) suit des études de sciences humaines au séminaire de Rzeszów, qu'il complète par des études de philosophie. Professeur de littérature, d'histoire et de droit dans diverses écoles piaristes, il rédige de nombreux ouvrages à l'attention des étudiants : son *Abrégé de géographie polonaise* (« *Wyciąg z geografii polskiej* »), publié en 1767, est souvent réimprimé, tout comme son *Histoire des princes et rois polonais* ; il est également connu pour son *Inwentarz praw statutów, konstytucji koronnych i Wielkiego księstwa Litewskiego* (« *Inventaire des lois, statuts, constitutions de la Couronne et du Grand-Duché de Lituanie* »), publié en 1782, qui lui vaut d'être cité notamment au côté de Teodor Ostrowski (cf. *supra*) comme figure de l'étude historique polonaise. Ce statut lui est attribué dès 1820 par Józef Krasieński, dans son : « Peu de Nations possèdent autant d'historiens que la Pologne. [...] la Pologne compte encore un grand nombre d'historiens modernes, parmi lesquels on distingue Ostrowski [...], Waga, [...], Bandtkie, [...], et beaucoup d'autres [...] » (J. KRASIŃSKI *Guide du voyageur en Pologne et dans la république de Cracovie*, Varsovie, 1820). À ce sujet, voir J. ŁOŚ, « Waga (Teodor) », *Энциклопедический словарь Брокгауза и Ефрона* (« Dictionnaire encyclopédique Brockhaus et Efron »), t. 5 (9), 1891, p. 333.

aux idées modernes ; leurs ouvrages cherchent à étudier l'histoire par une démarche scientifique, comme les Lumières entendaient le faire dans tous les domaines de connaissances. De 1819 à 1823, Luigi Bossi⁹⁰⁰ publie *De l'histoire de l'Italie antique et moderne* (« *Della istoria d'Italia antica e moderna* »⁹⁰¹), une œuvre monumentale en dix-neuf volumes, qu'il termine par un récapitulatif de l'histoire italienne et un commentaire sur la législation dans la péninsule. Loin d'être opposé à la codification, il exalte le rayonnement de l'Italie en la matière, et sa capacité à se réappropriier les codes étrangers pour les rendre compatibles avec ses particularismes – l'argument romain apparaît d'ailleurs en filigrane⁹⁰². En 1814, puis 1816, paraît le *Recueil de l'histoire du royaume de Naples* (« *Compendio della istoria del regno di Napoli* »⁹⁰³), dans lequel le prêtre Domenicantonio Merenda présente, entre autres, l'évolution juridique du pays, avec pour seule ambition de rendre davantage accessible la connaissance de l'ancien régime aux nouvelles générations⁹⁰⁴. L'édition suivante, en 1820, adopte certes un ton plus polémique : Merenda y critique ouvertement l'occupation française et le gouvernement muratien⁹⁰⁵ ; tout en déplorant la disparition de l'ancien régime, il insiste sur les conséquences de cette période pour la jeunesse – et donc, pour l'avenir du pays⁹⁰⁶ ; pour autant, il ne se penche pas sur la codification en particulier. En Espagne, entre 1822 et 1823, Juan Sempere⁹⁰⁷ publie

⁹⁰⁰ Luigi Bossi Visconti (1758 à Milan – 1835 dans la même ville) se destine d'abord à une carrière ecclésiastique. Il étudie le droit – civil et canonique – notamment à Pavie. Directeur du *Journal littéraire de Milan*, organe de communication de la franc-maçonnerie en Lombardie, il est lui-même franc-maçon. Il se trouve à Venise lorsque celle-ci tombe aux mains des français. Bossi est apprécié de Bonaparte, et connaît une carrière brillante sous son règne : ministre de la République cisalpine, ambassadeur en République ligure, préfet des bibliothèques et archives de la République, conseiller d'État, président du Conseil des commissaires aux comptes, membre de l'Institut royal des Sciences et des Lettres. Il vit un temps à Turin et rentre à Milan en 1808 ; là, assisté de trois secrétaires, il entame un travail massif de réorganisation et de rangement des archives locales. Son implication dans le régime français lui porte préjudice à la chute de l'Empire : dépouillé de tous ses postes prestigieux, Bossi tente de vivre de sa plume, en publiant *Della storia d'Italia*, mais aussi un *Dictionnaire de géologie, lithologie et minéralogie*, ou encore un roman historique, *L'Ermite de Lampedusa*, que sa mort laisse inachevé. Ses écrits ne suffisent pas : il meurt dans une relative pauvreté, dans une chambre fournie par la Compagnie de Jésus. À son sujet, voir L. SEBASTIANI, « BOSSI, Luigi », *Dizionario Biografico degli italiani*, vol. 13, 1971.

⁹⁰¹ L. BOSSI, *Della istoria d'Italia antica e moderna*, Milan, 1819-1823.

⁹⁰² *Ibid.*, p. 653 à 654.

⁹⁰³ D. MERENDA, *Compendio della istoria del regno di Napoli dalla deacadenza dell'impero romano sino all'anno MDCCXXV*, Naples, 1814, 1816, 1820.

⁹⁰⁴ *Ibid.*, première page non numérotée.

⁹⁰⁵ *Ibid.*, p. 207 à 212.

⁹⁰⁶ *Ibid.*, p. 207 à 208.

⁹⁰⁷ J. Sempere y Guarinos (1754 à Elda – 1830 dans la même ville) obtient son doctorat en théologie, ainsi qu'un diplôme en droit civil et canonique à l'université d'Orihuela. Ses études sont l'occasion pour lui de découvrir l'humanisme et les idées des Lumières. Devenu avocat à Madrid, Sempere se révèle être un auteur prolifique ; s'il traduit les *Réflexions sur le bon goût* de Muratori (cf. *supra*), confortant son affiliation aux Lumières, il est également passionné par l'histoire des institutions et de la littérature juridique espagnoles, qu'il étudie dans de

une *Histoire du droit espagnol* (« *Storia del derecho español* »⁹⁰⁸) qu'il termine en exprimant son amertume face à l'enlèvement doctrinal de son pays dans les dernières années de l'ancien régime⁹⁰⁹ ; mais son ouvrage ne couvre pas la période d'occupation française.

Cependant, la seconde logique, l'approche nostalgique de l'ancien droit, évolue au moment de la libération. Le retour des anciennes monarchies pose la question du retour à l'ancien ordre juridique national : celui-ci n'est plus appréhendé comme un élément du passé, mais comme une voie possible pour une réforme juridique à venir. Dès lors, certains auteurs remettent en avant leur droit national d'ancien régime, et le font coïncider avec la restauration. Dans cette opération de soudure, il s'agit d'évacuer entièrement l'expérience française, simple parenthèse, pour mettre en avant l'expérience locale. Il est intéressant de remarquer que ces ouvrages adoptent le plus souvent une approche historique : au-delà du droit, c'est le patrimoine politique, économique, artistique du pays qui est retracé. Le but est de légitimer l'ancien régime dans sa durée, de marquer son indépendance vis-à-vis des influences étrangères ; dans cette perspective, l'ancien droit, tel que la tradition juridique l'a formé et tel que les monarques l'ont administré avant l'arrivée des Français, est le seul droit compatible avec le pays. Ce qui a été pratiqué pendant des siècles a vocation à revenir, et à perdurer. Ainsi, l'évocation de l'ancien droit n'est plus seulement passive et nostalgique : au lendemain de la libération, elle devient d'autant plus élogieuse que son rétablissement est possible.

En Allemagne, la libération ouvre une nouvelle voie : celle de la science du droit (*rechtswissenschaft*), prônée par Savigny dans le *Vom Beruf*. Son École historique se développe à partir de 1815 au sein de la *Revue pour une science historique du droit* (« *Zeitschrift für geschichtliche rechtswissenschaft* »). L'opposition à la codification y est dépassée : la revue

nombreux ouvrages. En 1790, il devient procureur public pour la Chancellerie de Grenade ; l'invasion française le place dans une situation délicate : Sempere est tiraillé entre le rejet de l'envahisseur – il fait partie du conseil de défense de Grenade, adresse les contributions de la ville aux *Cortes* – et son attraction pour les idées nouvelles apportées par la France. Il finit par devenir un *afrancesado* et s'allie au gouvernement de Joseph Bonaparte ; cela lui vaut d'être disgracié dès 1810. Ses biens confisqués, il est emprisonné en 1812 ; deux ans plus tard, il s'exile en France, où il continue d'écrire : *Histoire des Cortes d'Espagne* (1815) sort en langue française. Sempere adopte une position médiane, critiquant à la fois les libéraux utopistes et les réactionnaires. S'il lui est permis de rentrer durant le triennat libéral, la restauration absolutiste de 1823 l'oblige à fuir de nouveau. Son ressenti vis-à-vis de la monarchie sert de motivation à sa dernière œuvre, *Considérations sur les causes de la grandeur et de la décadence de la monarchie espagnole* (1826). Sempere se réfugie dans sa ville natale pour les dernières années de sa vie ; il ne sera pas réhabilité par le pouvoir. À son sujet, voir G. NOVALES, « Sempere y Guarinos, Juan (1754-1830) », *MCNBiografias* [en ligne], consulté le 22/05/2022.

⁹⁰⁸ J. SEMPERE, *Historia del Derecho español*, Madrid, 1822-1823.

⁹⁰⁹ J. SEMPERE, *Historia del Derecho...*, op. cit., p. 388 à 389.

cherche à bâtir une communauté de chercheurs capables de systématiser le droit national, d'en trouver les racines, pour éventuellement influencer sur l'avenir juridique allemand. Ainsi, alors que des auteurs suisses, italiens ou espagnols passent de la nostalgie à la réaction (Section 1), le *rechtswissenschaft* bascule de la réaction vers la création (Section 2).

Section 1. De la nostalgie à la réaction : le retour à l'ancien régime

Pour étudier la littérature juridique prônant la codification du droit, nous nous sommes concentrés sur trois stratégies discursives, illustrées par trois auteurs ; nous avons ensuite observé les controverses portant sur le fond des codes, en nous concentrant sur trois mécanismes français parmi les plus discutés. Appréhender les partisans de l'ancien régime nécessite un angle différent : puisque les auteurs en question sont minoritaires, il nous paraît intéressant de nous concentrer sur trois ouvrages, dont nous montrerons qu'ils présentent un raisonnement commun.

En 1820, le suisse Charles-Louis de Haller⁹¹⁰ publie *Sur la constitution des Cortes espagnoles* (« *Über die Constitution der Spanischen Cortes* »⁹¹¹), ouvrage dans lequel il critique vivement les réformes des libéraux espagnols – et par extension, l'évolution libérale de l'ordre juridique européen. En 1825, Antonio Minutolo⁹¹², prince de Canosa, publie *De l'utilité*

⁹¹⁰ Charles-Louis de Haller (1768 à Berne – 1854 à Soleure) fait ses études à Berne, avant d'embrasser une carrière publique. Très tôt, il est confronté aux guerres révolutionnaires, durant lesquelles il effectue des missions diplomatiques pour sa ville. Ces missions l'amènent à rencontrer Napoléon en 1797. Il s'oppose à l'instauration de la République helvétique en fondant les *Annales helvétiques*, journal qui devient populaire dans les milieux fédéralistes. Le journal est rapidement censuré, et Haller doit s'exiler à Vienne entre 1799 et 1805. Son retour à Berne marque le début d'une carrière académique : il devient professeur de droit public et vice-recteur de l'académie de Berne, puis membre du Grand Conseil de la république de Berne sous la Restauration en 1814. En 1816, un an avant de quitter l'enseignement, Haller publie son œuvre phare : *Restauration de la science politique* (« *Restauration der Staatswissenschaft* »), un éloge vibrant à l'Ancien régime qui lui vaut une renommée internationale en tant que champion de la cause réactionnaire. Son influence se ressent chez certains auteurs contemporains, par exemple de Maistre ou de Bonald, ou encore Müller. Des problèmes religieux lui valent une dizaine d'années d'exil supplémentaires, en France cette fois, où il travaille au Ministère des affaires étrangères ; il rentre en Suisse dans les années 1830 et reste actif dans les milieux antirévolutionnaires jusqu'à sa mort. À son sujet, voir A. PORTMANN-TINGUELY, « Haller, Karl Ludwig von », *Dictionnaire historique de la suisse (DHS)* [en ligne], consulté le 22/05/2022.

⁹¹¹ Ch.-L. DE HALLER, *Über die Constitution der Spanischen Cortes*, 1820. Traduit en français par lui-même, *De la constitution des Cortes d'Espagne*, Modène, 1821.

⁹¹² Antonio Capece Minutolo (1768 à Naples – 1838 à Pesaro) descend de l'une des plus anciennes familles de la noblesse sicilienne. Il suit une éducation poussée à Rome ; son extraction noble et ses études, centrées sur la philosophie religieuse et le droit romain, le poussent rapidement à rejeter les idées libérales. Lorsque les Français

de la religion chrétienne (« *Sull'utilita della religione cristiana* »⁹¹³), afin de rejeter en bloc tous les apports du libéralisme dans la péninsule italienne – et ce alors même que certains États italiens ont déjà promulgué de nouveaux codes. Enfin, en 1818, paraît le premier volume de l'*Apologie de l'autel et du trône* (« *Apologia del altar y del trono* »⁹¹⁴) ; le deuxième volume suit en 1825, après le triennat libéral. Son auteur, l'évêque Rafael de Vélez⁹¹⁵, entend défendre la primauté de la religion catholique en Espagne et rejette toute codification moderne. Ces trois ouvrages manifestent deux sentiments complémentaires : l'éloge de l'ancien régime et de l'ancien droit (I) fonde le rejet d'un droit nouveau, *a fortiori* d'une codification moderne du droit national (II).

I. Éloge de l'ancien régime, éloge de l'ancien droit

Les trois ouvrages ont en commun une vision très positive de l'ancien régime. La période qui précède la fin du XVIII^e siècle devient un idéal, une période d'équilibre parfait entre la religion et la royauté. Haller consacre le cinquième titre de son ouvrage aux *Tribunaux* ; il décrit l'ancien

envahissent la région, Capece Minutolo participe activement à sa défense, en finançant troupes et fortifications. Si la république napolitaine chute dès 1799, la restauration remercie mal le prince : celui-ci est arrêté et emprisonné. Il est libéré sur ordre de Napoléon, en 1801, et suit le roi de Sicile en exil. Il lui faut attendre la deuxième restauration pour que le roi le nomme Ministre de la police. Capece Minutolo publie alors son ouvrage le plus connu : *I piffari di montagna* (« *Les flûtistes de montagne* »), un pamphlet à charge contre le poison libéral et une éloge l'Ancien régime. À son sujet, voir G. PALADINO, « CANOSA Antonio Capece Minutolo », *Enciclopedia Italiana* [en ligne], 1930, consulté le 22/05/2022.

⁹¹³ A. CAPECE MINUTOLO, *Sull'utilita della religione cristiana, cattolica, romana per la tranquillita, e pace dei popoli, e per la sicurezza dei troni*, Naples, 1825.

⁹¹⁴ R. DE VÉLEZ, *Apologia del altar y del trono*, en deux volumes, Madrid, 1818-1825.

⁹¹⁵ Rafael de Vélez, de son nom de naissance Manuel José Anguita Téllez (1777 à Vélez-Málaga – 1850 à Padrón) se destine dès ses quinze ans à une carrière religieuse. Il rejoint le noviciat de Grenade, puis suit des études de philosophie et de théologie. À partir de 1807, il donne des cours à son tour ; durant la guerre d'indépendance, Vélez devient enseignant en théologie au couvent de Cadix, où de nombreux étudiants se réfugient. Vélez prend position contre l'occupation française : son premier ouvrage s'intitule *Protection contre l'irréligion ou les plans de la philosophie contre la religion et l'État, exécutés par la France pour soumettre l'Europe, suivis par Napoléon dans la conquête de l'Espagne et enfantés par certains de nos sages au détriment de notre patrie* (1812) ; lorsque Ferdinand VII revient en 1814, Vélez entame l'élaboration de l'*Apologie*. Le titre d'« écrivain général de la province et des Indes » lui permet de s'éloigner de sa carrière d'enseignant pour se concentrer sur son œuvre doctrinale. Sa carrière ecclésiastique connaît une avancée sous la monarchie absolue : en 1816, il devient évêque de Ceuta. L'*Apologie* est terminée en 1818 ; dès sa parution, elle devient un indispensable pour les penseurs réactionnaires espagnols, et assure à son auteur une certaine proximité avec le pouvoir. Cette proximité lui vaut d'être poursuivi lors du triennat libéral. En 1823, de retour sur avec les pleins pouvoirs, Ferdinand VII le fait chevalier grand-croix de l'Ordre royal de Carlos III. Devenu archevêque, Vélez s'attache à développer des établissements de santé et des maisons pour les prêtres vulnérables ; il essaie de rétablir le prestige de l'Église, mais le retour des libéraux en 1833 l'oblige à fuir de nouveau. Il termine sa vie à Minorque. À son sujet, voir S. A. ESPASA-CALPE, « Vélez, Rafael », *Enciclopedia Universal Ilustrada Europeo-Americana*, t. 67, 1929, p. 702 à 704.

droit comme une évidence façonnée par les siècles :

« Nos pères, sans être savants et encore moins philosophes, croyaient que la juridiction n'était autre chose qu'un secours impartial porté aux parties, et qu'elle s'exerçait en petit par chaque supérieur envers ses inférieurs ; que par conséquent il existait une juridiction paternelle, seigneuriale, ecclésiastique, militaire, etc. ; mais qu'un roi, comme le plus puissant de tous, avait la juridiction la plus étendue, la juridiction suprême et en dernier ressort, parce qu'il a la puissance d'aider à tous, et que lui-même n'était soumis qu'à Dieu ; c'est-à-dire aux lois naturelles de la justice et de la bienveillance. Il était permis aux rois d'exercer la juridiction par eux-mêmes, comme l'ont fait David et Salomon, comme cela s'est pratiqué dans tous les temps et dans tous les lieux, et comme cela se fait encore aujourd'hui [...] ; mais comme les rois ne pouvaient pas suffire à un grand nombre d'affaires particulières, ils nommèrent des officiers pour les soulager dans cette fonction, et ceux-ci administrèrent la justice au nom du roi, ou en d'autres termes, firent connaître aux sujets la loi naturelle ou positive, et leur prêtèrent un secours efficace pour les maintenir dans leur droit. Ces officiers, judiciaires, nommés et salariés par les rois, en recevaient aussi des instructions et des lois, et par conséquent n'étaient pas soustraits à toute relation de dépendance. [...] s'ils violaient évidemment leur devoir, ils pouvaient être destitués, ou même punis par le roi ; d'ailleurs, en établissant des tribunaux, les rois n'avaient point renoncé au droit de juger eux-mêmes, tout comme il leur est bien permis d'écrire une lettre de leur propre main [...]. Il ne leur était pas défendu d'entendre des parties qui s'adressaient directement à eux, d'évoquer des cas particuliers dans des circonstances extraordinaires, de recevoir des appels, etc., etc. Voilà les anciens principes : nous croyons qu'ils sont encore à présent conformes à la nature, et que si on les prenait pour guides, la véritable justice serait mieux administrée qu'elle ne l'est aujourd'hui, malgré les erreurs dans lesquelles tous les hommes peuvent tomber »⁹¹⁶.

Haller élude les défauts traditionnellement reprochés à l'ancien droit par les libéraux : l'accumulation de sources, la fragmentation à l'échelle nationale, la lenteur et la lourdeur des institutions judiciaires. Le « labyrinthe complexe » évoqué par Sempere n'est pas abordé. Haller préfère se concentrer sur l'administration de la justice, car son organisation est un microcosme de la société d'ancien régime, société que Haller souhaite retrouver. La société, comme la justice, est composée d'entités interdépendantes, représentatives de divers groupes sociaux : le groupe familial (juridiction « paternelle »), la noblesse (juridiction « seigneuriale »), le clergé (juridiction « ecclésiastique »), l'armée (la juridiction « militaire »). Tous ces groupes ne détiennent qu'une puissance judiciaire partielle, puisqu'elle leur a été déléguée par le roi, juge suprême, lui-même placé sous l'autorité de Dieu. Haller insiste sur le

⁹¹⁶ Ch.-L. DE HALLER *De la constitution...*, *op. cit.*, p. 64 à 68.

fait que le dernier mot revient toujours aux rois. Ceux-ci détiennent le pouvoir de justice en dernier ressort et peuvent toujours prendre des décisions par lettres, « quoiqu'ils aient des ministres et des secrétaires »⁹¹⁷. Il s'agit finalement d'une description assez classique de la souveraineté, telle qu'elle a pu être théorisée par les promoteurs de la monarchie de droit divin aux XVI^e-XVIII^e siècles. La partie citée, si elle ne mentionne pas Jean Bodin, semble directement tirée des *Six Livres de la République* à propos du concept de justice retenue⁹¹⁸. Cette pensée se retrouve dans l'ouvrage de l'espagnol. À la première page de son premier volume, Vélez cite l'encyclopédiste Lorenzo Hervás⁹¹⁹, mais aussi Augustin Barruel⁹²⁰, qui en plus de ses fameux *Mémoires*⁹²¹, a rédigé des articles antirévolutionnaires dans *Les*

⁹¹⁷ Ch.-L. DE HALLER *De la constitution...*, *op. cit.*, p. 67.

⁹¹⁸ « [...] il peut se faire qu'on donne puissance absolue à un, ou plusieurs à certain temps, lequel expiré, ils ne sont plus rien que sujets : et tant qu'ils sont en puissance, ils ne se peuvent appeler Princes souverains, vu qu'ils ne sont que dépositaires, et gardes de cette puissance, jusqu'à ce qu'il plaise au peuple ou au prince de la révoquer, qui en demeure toujours saisi ; [...] la personne du souverain est toujours exceptée en termes de droit, quelque puissance et autorité qu'il donne à autrui ; et n'en donne jamais tant, qu'il n'en retienne toujours davantage ; et il n'est jamais exclus de commander, ou de connaître par prévention, ou concurrence, ou évocation, ou ainsi qu'il lui plaira des causes dont il a chargé son sujet, soit commissaire, soit officier [...] » (J. BODIN, *Les Six Livres de la République*, Paris, 1576. Réédité à Paris en 1579, p. 121).

⁹¹⁹ Lorenzo Hervás y Panduro (1735 à Horcajo de Santiago – 1809 à Rome) fait ses études dans un collège jésuite ; à seulement quatorze ans, il intègre la Compagnie de Jésus et fait son noviciat à Madrid. Il est ordonné prêtre en 1760. Hervás devient à son tour enseignant au collège jésuite de Cáceres, et se distingue comme un excellent professeur de latin. Esprit très curieux, il est l'auteur d'une œuvre prolifique dans des domaines multiples : cosmographie, calcul, architecture, trigonométrie, philosophie. Comme Barruel, il est touché par la suppression de la Compagnie de Jésus en 1773 ; alors réfugié en Italie, il devient précepteur, et continue d'écrire. Il reste fidèle à la langue espagnole, et espère créer une encyclopédie comme l'ont fait les Lumières. Ignoré par l'Espagne malgré l'envoi des premiers volumes en espagnol, Hervás se résigne à poursuivre son œuvre en italien. Entre 1778 et 1792, il publie vingt-et-un volumes de *Idea dell'Universo*. Il ouvre encore son champ de recherches au début du XIX^e siècle en s'intéressant à la philologie : il publie un *Catálogo de las lenguas de las naciones conocidas* en cinq volumes, quatre ans avant sa mort. À son sujet, voir V. PÉREZ MOREDA, « Lorenzo Hervás y Panduro », *Diccionario Biográfico Español* [en ligne], consulté le 22/05/2022.

⁹²⁰ Augustin Barruel (1741 à Villeneuve-de-Berg – 1820 à Paris) voue très tôt sa vie à la religion. Déterminé, il tient à poursuivre ses études de théologie malgré l'expulsion des jésuites du Royaume de France par Louis XV. Il entame alors une carrière européenne, en se faisant recruter tant en Pologne comme en Bohême, où il se fait enfin ordonner prêtre en 1786. Alors que la Compagnie de Jésus est supprimée par Clément XIV en 1773, Barruel rentre en France pour servir en tant que précepteur. D'abord agréablement disposé vis-à-vis de la Révolution, il est rebuté par la Constitution civile du clergé et, comme Bonald, rédige de nombreux textes polémiques pour s'opposer aux idées des Lumières, aux encyclopédistes et aux franc-maçons. Exilé à Londres en 1792, il vit chez Edmond Burke, antirévolutionnaire notoire (cf. *supra*), qui bien que franc-maçon lui-même, apprécie ses écrits. Barruel rentre en France en 1799, suite au coup d'État du 18 brumaire ; il est d'abord soutenu par l'Empire, pour son soutien au Concordat. Sa théorie du complot prend une nouvelle tournure en 1806 : Barruel crée de toutes pièces les lettres d'un certain Simonini, soldat florentin admirateur de son œuvre, qui contiennent des informations précieuses sur le complot révolutionnaire maçonnique, permettant d'y adjoindre l'influence juïaïque. Mais un désaccord sur la nomination de l'archevêque de Paris lui fait d'être emprisonné en 1811. Lorsque la compagnie de Jésus est rétablie, il souhaite la réintégrer à tout prix, et suit sans hésiter le noviciat imposé, malgré ses 73 ans. Il meurt quatre ans après sa profession définitive. Au sujet de Barruel et de ses théories, voir M. RIQUET, *Augustin de Barruel : un jésuite face aux jacobins francs-maçons, 1741-1820*, Paris, Éditions Beauchesne, 1989.

⁹²¹ A. BARRUEL, *Mémoires pour servir l'histoire du jacobinisme*, Hambourg, 1798 -1799.

*Helviennes*⁹²² entre 1781 et 1788. Tous deux ont, selon lui, commenté la dégradation de la société européenne et par extension, de la société espagnole. Les *Mémoires* de Barruel introduisaient la théorie selon laquelle la Révolution, provoquée par une machination maçonnique, aurait ensuite été réécrite par des profanes tels qu'Alphonse de Lamartine afin d'en faire un phénomène spontané. Il est à noter que le complot tel que le détaille Barruel n'est que peu repris par les auteurs français contemporains ; il faut attendre les années 1870 pour qu'il connaisse un certain retentissement en France⁹²³. Or il semblerait qu'il ait trouvé des échos à l'étranger dès sa publication. En effet, Vélez n'hésite pas à évoquer l'existence d'un complot à l'échelle continentale ourdi depuis des années par la « pseudo-philosophie » contre le trône et l'Église, et visant à une régénération européenne⁹²⁴. Le complot maçonnique est également évoqué par Minutolo⁹²⁵.

Si Haller paraît s'inspirer de Bodin, Vélez est davantage marqué par la pensée de Jean-Bégnine Bossuet⁹²⁶, en ce qu'il insiste sur l'origine divine du pouvoir monarchique. L'éloignement entre Couronne et religion est voulu par la conspiration libérale, puisque cet éloignement fait du tort à la royauté. C'est parce qu'il est sacré que le roi peut faire œuvre de justice et garantir une société heureuse. Dès lors, les deux institutions, malmenées par les libéraux, sont en réalité indissociables et indispensables au bien-être des peuples. Lorsqu'une page plus loin, Vélez dépeint l'ordre idéal de la société, il renvoie rapidement à l'évêque de Meaux, qui est lui-même repris par Barruel⁹²⁷ :

⁹²² A. BARRUEL, *Les Helviennes, ou lettres provinciales philosophiques*, Amsterdam et Paris, 1781-1788.

⁹²³ P.-A. TAGUIEFF, « L'invention du "complot judéo-maçonnique". Avatars d'un mythe apocalyptique moderne », *Revue d'Histoire de la Shoah*, n°198, 2013, p. 33.

⁹²⁴ R. DE VÉLEZ, *Apologia...*, *op. cit.*, p. 1 et 14 à 15.

⁹²⁵ A. CAPECE MINUTOLO, *Sull'utilita...*, *op. cit.*, p. 98 à 100.

⁹²⁶ Jacques-Bégnine Bossuet (1627 à Dijon – 1704 à Paris) se destine lui aussi à un avenir dans le clergé ; en 1683, il devient évêque de Meaux. Son éloquence et le caractère mémorable de ses oraisons et sermons, dont nombre sont improvisés, lui donnent le surnom d'« Aigle de de Meaux ». Précepteur du Dauphin de France, membre de l'Académie française, champion des conversions de protestants, Bossuet est très demandé à Paris, où il donne plusieurs sermons devant un public prestigieux. Il est notamment connu pour son opposition farouche et répétée à Fénelon, qu'il accuse de soutenir le quiétisme ; cette accusation sans fondement vise en réalité à écarter un rival, précepteur du duc de Bourgogne. Bossuet tient des propos violents contre les Juifs, propos qui ont pu nourrir le ressentiment de Barruel envers le judaïsme. À son sujet, voir J. MEYER, *Bossuet*, Paris, Plon, 1993.

⁹²⁷ « Le roi est le représentant de Dieu sur la terre et, à ce titre, il est le juge suprême. Il dirige donc le pouvoir judiciaire, mais la volonté royale, dans le domaine de la justice, est limitée par la justice divine à laquelle le roi, lui-même, est soumis et Barruel reprend les idées de Bossuet à ce sujet » (J. GODECHOT, *La contre-révolution*, Paris, Presses Universitaires de France, 1984, p. 48) ; dans son *Journal ecclésiastique*, Barruel déplore que la leçon de l'« oracle de la nation française » ait été « complètement négligée ». Sur les correspondances entre Bossuet et Barruel, voir L. GUERCI, « Barruel, Bossuet e la democrazia nel 1789 », *Studi Francesi. Rivista quadrimestrale fondata da Franco Simone*, n°149, 2006, p. 319 à 332.

« Dieu, seul auteur de la société et de la religion, a confié le gouvernement de la seconde à ses prêtres, et celui de la première, il l'a placée au pouvoir des princes, auxquels il a donné son autorité. Le roi, comme le berger le plus bas, est obligé de se soumettre aux dogmes de la foi et aux préceptes de la morale : Le sacerdoce et l'empire sont deux pouvoirs différents (Bossuet, *Politique sacrée*, livre 7, article 5, proposition 12, p. 281⁹²⁸), mais le souverain est le sujet de Dieu. S'il renverse cet ordre de Dieu, c'est lui qui ressentira le premier le châtement de sa transgression. Le prêtre est le gardien de l'autel, l'unique médiateur entre Dieu et son peuple, celui qui seul préserve les relations du ciel à la terre, du créateur à la créature, de l'homme à son Dieu. Sans cette union intime, l'univers cesserait d'exister. Le prince est le ministre de Dieu. En son nom, il gouverne les peuples qui lui sont soumis ; par son ordre, il administre la justice ; par sa volonté expresse, il établit les lois. Il est l'oint du Seigneur. Celui qui attaque le souverain, qui complotte contre sa vie, qui se révolte contre lui résiste à l'ordre de Dieu, détruit son œuvre même : par un seul crime, il se révolte contre Dieu et contre le prince, il rompt les liens les plus sacrés de la société et de la religion, il est coupable de lèse-majesté envers les hommes et envers Dieu »⁹²⁹.

Le roi exerce les fonctions législative et judiciaire. Vélez considère cela comme une garantie protectrice : l'ancien droit correspond aux spécificités de la péninsule. Après un rappel historique à propos de la formation et des sources du droit espagnol, Vélez évoque avec fierté la tradition compilatrice ; il s'agit de « notre législation », autrement dit, la législation propre à la patrie :

« [...] Chaque royaume gardait ses propres coutumes : certaines avec plus de liberté en faveur du peuple, d'autres étaient plus soumises au chef qui les commandait. [...] Chaque roi, selon les

⁹²⁸ « Le sacerdoce dans le spirituel, et l'empire dans le temporel, ne relèvent que de Dieu. Mais l'ordre ecclésiastique reconnaît l'empire dans le temporel ; comme les rois dans le spirituel, se reconnaissent humbles enfants de l'église. Tout l'état du monde roule sur ses deux puissances. C'est pourquoi elles se doivent l'une à l'autre un secours mutuel » (J. B. BOSSUET, « Le sacerdoce et l'empire sont deux puissances indépendantes, mais unies », *Politique tirées des propres paroles de l'Écriture sainte*, Paris, 1709, p. 352).

⁹²⁹ « Dios, autor único de la sociedad y de la religion, ha fiado el gobierno de ésta á sus sacerdotes, y el de aquella lo ha puesto en el poder de los principes, á quienes tiene dada su autoridad. El rei, como el mas infimo pastor está obligado á someterse á los dogmas de la fe, y á los preceptos de la moral : El sacerdocio y el imperio son dos potestades diversas (Bossuet Política sagrada, lib. 7. art. 5. proposicion 12. pág. 281), pero el soberano es súbdito de Dios. Si trastorna este orden de Dios , él será el que sienta primero la pena de su transgresion. El sacerdote es el que vela sobre los fueros del altar, el único mediador entre Dios y su pueblo, el que solo conserva las relaciones del cielo con la tierra, del criador con la criatura, y del hombre con su Dios. Sin esta intima union dejaria de existir el universo. El príncipe es el ministro de Dios. A su nombre rige los pueblos que le estan sujetos : por su órden administra la justicia : por su espresa voluntad establece leyes. Él es el ungido del Señor. El que acometa al soberano, el que maquine contra su vida, el que se subleve contra él resiste la orden de Dios, destruye su misma obra : con un solo delito se rebela contra Dios y contra el príncipe, rompe los mas sagrados vínculos de la sociedad y de la religion, haciéndose reo de lesa magestad para con los hombres y para con Dios » (R. DE VÉLEZ, *Apologia...*, op. cit., p. 2).

circonstances, émettait ses décrets pour le meilleur gouvernement de son peuple. Ils les ont reçus, et les juges les ont fait obéir et respecter. Les monarques qui leur ont succédé les ont compilés plus tard. Les lois rassemblées ont formé nos *partidas*, nos *fueros*, nos compilations. C'est notre législation »⁹³⁰.

Minutolo pousse encore cette conception divine du pouvoir : il remonte logiquement à l'Ancien Testament pour prouver que la loi est l'une des nombreuses preuves de l'amour de Dieu pour l'humanité, avant même l'envoi de Jésus Christ sur Terre⁹³¹. À la vision modernisatrice des libéraux, qui cherchent l'unification de l'État par l'harmonisation juridique, Minutolo oppose l'universalisme chrétien, seul capable d'unir non seulement un pays, mais toute la communauté chrétienne. Il présente ainsi l'Évangile comme une « loi universelle qui, adaptée à tous les hommes, à tous les âges, à toutes les régions, devait faire de toutes les nations une grande Cité, une grande famille, gouvernée par le Christ lui-même »⁹³². Dès lors, la seule législation garante d'une société paisible est celle qui est inspirée par le catholicisme :

« [...] il a été démontré mille fois et sous mille formes, que tous les caractères de la vérité énoncée sont réunis dans la Religion chrétienne, catholique, romaine, qui, mieux que toute autre, s'adaptant aux buts de tout législateur religieux humain, peut seule rendre les Cités tranquilles, rendre les habitants heureux autant que l'injustice humaine l'implique ; [...] cette Sainte Religion, en prêtant la plus solide protection tant à ceux qui commandent qu'à ceux qui obéissent dans la société, consolide ainsi le Trône des Rois [...] »⁹³³.

En somme, on remarque déjà deux similitudes principales entre les trois ouvrages. D'une part, concernant leurs auteurs : tous sont attachés à la religion catholique ; Haller, protestant, se convertit au catholicisme en 1820 ; Vélez et Minutolo sont eux-mêmes des ecclésiastiques d'un

⁹³⁰ « [...] cada reino conservó sus propias costumbres : unos con mas libertad a favor de los pueblos, otros se sujetaron mas á la cabeza que los mandaba. [...] Cada rei, segun lo exigian las circunstancias, daba sus decretos para el mejor régimen de sus pueblos. Es tos los recibian, las justicias los hacian obedecer y cumplir. Los monarcas que les sucedieron los hicieron compilar despues. Las leyes reunidas formaron nuestras partidas, nuestros fueros, nuestras recopilaciones. Esta es nuestra legislacion. » (R. DE VÉLEZ, *Apologia...*, *op. cit.*, vol. 2, p. 45).

⁹³¹ A. CAPECE MINUTOLO, *Sull'utilita...*, *op. cit.*, p. 23.

⁹³² « [...] quella legge universale che adattata per tutti gli uomini, età, e regioni, formar dovea di tutte le Nazioni una sola massima Città, e grande famiglia , governata dallo stesso Cristo » (*Ibid.*, p. 26).

⁹³³ « [...] è siato mille volte e in mille forme di mostrato, che i caratteri tutti della verità enuncia ta si riuniscono nella Religione Cristiana, Cattolica, Romana, questa, meglio che ogni altro adattandosi alle mire di ogni umano religioso legislatore, può sola rendere le Città tranquille , rendendone gli abitanti felici per quanto l'umana in dolo comporta ; [...] prestando questa Santa Religione la più solida guarentigia tanto a quelli che comandano quanto a quelli che in società obbediscono, così viene in conseguenza a consolidare il Trono dei Re [...] » (A. CAPECE MINUTOLO, *Sull'utilita...*, *op. cit.*, p. 18 à 19).

rang assez élevé. Tous semblent s'inspirer d'auteurs phares issus du clergé, voire les citent nommément. Dans le cas de Vélez et Minutolo, les auteurs formés par les jésuites sont mis à l'honneur, tels que Barruel, Bossuet ou encore Hervás ; Haller, comme Minutolo, fait l'éloge de la Compagnie de Jésus dans son ouvrage⁹³⁴. D'autre part, l'organisation juridique de la société prônée par les trois auteurs correspond à une représentation traditionnelle : tous trois s'inspirent de théoriciens français de l'absolutisme monarchique de droit divin, tel qu'il s'est imposé en Europe continentale durant les XVII^e et XVIII^e siècles. Leur démarche s'inscrit dans un contexte commun à toutes les restaurations européennes : l'absolutisme revient en force après la chute de l'Empire ; les monarchies restaurées entendent rétablir leur autorité au plus vite, et cherchent à contrer la montée des idées libérales. La contre-révolution est notamment portée par l'Église catholique : Pie VII, d'abord intrigué par les idées de 1789, se place comme adversaire de Napoléon et en vient à condamner tout changement, tant dans ses propres États que dans tous les États catholiques⁹³⁵. Mis à mal par l'occupation française, les clergés entendent réaffirmer leur autorité. Dans le cas espagnol, cette réaction est d'autant plus forte qu'elle découle d'un contexte politique instable⁹³⁶ : le clergé alterne entre des périodes de méfiance durant le triennat constitutionnel puis le triennat libéral, et des périodes de regain lors du moment absolutiste⁹³⁷. Quand le gouvernement leur rend la parole, il est nécessaire pour les auteurs ecclésiastiques de rétablir le prestige de l'Église, en exaltant l'universalisme et le poids politique du catholicisme.

Cependant, la restauration monarchique ne s'accompagne pas d'une restauration idéologique totale : les idées libérales, développées durant le XVIII^e siècle, se sont enracinées dans une partie de la littérature juridique et influencent les réformes entreprises après le départ des Français. Ainsi, bien qu'attachées à l'ancien régime, les monarchies européennes souhaitent moderniser leur droit national, notamment par sa codification – au grand dam des auteurs conservateurs.

⁹³⁴ Ch.-L. DE HALLER, *De la constitution...*, *op. cit.*, p. 132 à 133 ; A. CAPECE MINUTOLO, *Sull'utilita...*, *op. cit.*, p. 267.

⁹³⁵ A. M. PRADA, « En torno a la Revolución Liberal y la Iglesia española del siglo XIX », *Ler Història*, n°69, 2016, p. 31 à 50.

⁹³⁶ Sur les tensions entre patriotisme libéral et patriotisme catholique en Espagne, voir J. VARELA SUANZES, « Los dos nacionalismos españoles durante el siglo XIX », *Revista Española de Derecho Constitucional*, n°65, 2002, p. 359 à 379.

⁹³⁷ À ce sujet, voir R. V. RUIZ, « El lenguaje reaccionario de la prensa eclesiástica española. Referencias de finales del siglo XIX », *El Argonauta español* [en ligne], n°9, 2012, consulté le 22/05/2022.

II. « *La plus absurde tyrannie* », « *putredini della filosofia* », « *diseño horrible* » : le fléau de la codification moderne

Il est intéressant de comparer la manière dont les trois auteurs abordent le sujet de la codification du droit national. Dans leur logique, il est impossible d'accepter la codification telle qu'elle est envisagée par les gouvernements restaurés : si elles prévoient de rester fidèles à la tradition juridique, les monarchies entendent malgré tout accomplir un travail de rationalisation et d'organisation de leur ordre juridique, parfois entamé avant l'arrivée des Français. Or cette volonté modernisatrice prend ses origines dans les idées des Lumières, contre lesquelles ces auteurs luttent. La codification française est un symbole de ce système intellectuel honni, en ce qu'elle représente à la fois la tyrannie napoléonienne et les ravages de la Révolution ; mais c'est plus généralement la codification moderne qui est rejetée, par opposition à l'ancien droit.

Dans les pays où les codes napoléoniens ont été appliqués, les auteurs trouvent des arguments concrets de rejet : ils peuvent désormais démontrer que l'expérience codificatrice française n'a apporté que des inconvénients à l'ordre juridique national, et qu'il n'est donc pas opportun – tant techniquement que politiquement – de s'en inspirer. C'est par exemple le cas de Haller, mortifié par le caractère unificateur et synthétique des codes. Il annonce son argumentaire de façon claire : « [...] *au risque de heurter encore ici les idées dominantes, nous soutiendrons hardiment qu'un code uniforme, civil, criminel et de commerce, [...] serait la plus absurde tyrannie que l'on pût imaginer, un véritable fléau, que nous devons aussi au despotisme philosophique* »⁹³⁸. Selon lui, la codification telle que l'ont faite les Français, et telle que certaines monarchies restaurées veulent la faire, est contre nature ; puisqu'elle porte une atteinte directe aux usages populaires et ne peut qu'entraîner des inégalités entre les justiciables :

« Si l'on en excepte les édits et les rescrits des empereurs romains [...], quelques essais modernes [...], enfin le code Napoléon, qui a fait à cet empereur plus d'ennemis que ses troupes mêmes, on ne connaissait guère de code civil donné par le souverain. Partout les lois civiles consistaient dans les usages et les conventions entre particuliers, et dans un petit nombre d'ordonnances royales supplémentaires, qui obligeaient plutôt les juges que les citoyens. Cette espèce de lois, les seules

⁹³⁸ Ch.-L. DE HALLER, *De la constitution...*, *op. cit.*, p. 70.

pour ainsi dire qui regardent les sujets, les peuples se les imposaient eux-mêmes, non pas au moyen d'une délibération collective dans des assemblées nationales [...], mais par leurs engagements mutuels, et par des coutumes volontairement adoptées, qui ne sont autre chose que des conventions tacites. C'est en cela que consistait la liberté civile ou privée, la seule qui soit utile à tout le monde, qui soit à la portée de chacun, et qui, de tout temps, été respectée même par tous les tyrans, exceptés par les tyrans philosophes [...] »⁹³⁹.

Haller prétend que l'ancien droit, fait de coutumes et de particularismes, est justement celui qui protégeait le mieux les droits individuels, et que sa suppression serait un acte despotique. L'argument est voisin de celui de Savigny, qui rejette la verticalité des codes modernes, quand le droit national devrait pouvoir s'extraire d'un réseau horizontal. Les termes « despotisme philosophique », « tyrans philosophes » peuvent se référer aux despotes éclairés, qui avant même les Français, ont entamé le processus de modernisation et de centralisation étatique du droit. Ces despotes sont d'ailleurs nommés par Minutolo et Vélez. Les hommes d'Église visent tout particulièrement Frédéric II de Prusse : le Roi-Philosophe est dénoncé près de soixante reprises dans l'*Apologia*, souvent au côté de son complice Voltaire, comme l'un des principaux artisans du complot contre l'Église – complot ensuite mis en œuvre par d'autres gouvernements européens⁹⁴⁰. Minutolo reproche au roi d'avoir protégé et soutenu les Lumières, qu'il considère comme une « famille bestiale »⁹⁴¹.

Haller se concentre précisément sur l'œuvre de codification. Il montre, matière par matière, comment un code unique pourrait engendrer des conséquences néfastes. Les domaines choisis reprennent la classification à la française : matières civile, pénale, commerciale. Le premier paragraphe, concernant le droit civil, met en lumière l'attachement de l'auteur à une conception organique, horizontale et traditionnelle de l'ordre juridique :

« [...] se mêler par des lois arbitraires, ou par ce qu'on appelait jadis des coups d'autorité, de la matière et de la forme de toutes les conventions privées, vouloir commander dans d'intérieur de chaque maison, régenter chaque contrat de location, ou chaque bail à ferme, est le moyen le plus sûr de tourmenter un peuple [...]. Avoir la prétention de prescrire aux hommes de toutes les classes et de tous les états les mêmes formes pour leurs promesses de mariage ou autres contrats obligatoires, sans s'embarrasser du désagrément qui peut en résulter pour les parties, ni même de la possibilité de

⁹³⁹ Ch.-L. DE HALLER, *De la constitution...*, *op. cit.*, p. 71.

⁹⁴⁰ R. DE VÉLEZ, *Apologia...*, *op. cit.*, vol. 2, p. 310.

⁹⁴¹ A. Capece Minutolo, *Sull'utilità...*, *op. cit.*, p. 244.

leur observation, est tout aussi ridicule, tout aussi absurde que si on voulait leur ordonner d'user d'aliments et de boissons uniformes, ou de se servir des mêmes vases ou des mêmes ustensiles. Cette fureur de faire des lois offre un singulier contraste avec nos cris de liberté ; elle est encore un effet de l'impiété dominante, de ce mépris de la loi naturelle dont on étouffe le respect, et à la place de laquelle on nous impose le joug de fer des ordonnances humaines »⁹⁴².

L'aspect contre-nature du droit moderne, d'origine humaine, est critiqué tant par Haller que par Vélez. L'ancien droit était légitime, en ce qu'il provenait d'une part des usages séculaires des peuples, et d'autre part d'un monarque de droit divin. Le droit moderne, tel qu'il est imaginé par les philosophes et mis en application par les codes, est artificiel : il ne repose sur aucun fondement historique ou religieux. Sans racines, il ne peut perdurer – comme l'ont prouvé les monarchies européennes restaurées en manifestant leur rejet des codes français. La notion de volonté générale, utilisée pour légitimer les réformes juridiques des révolutionnaires et libéraux, serait illusoire. Haller ironise sur la brièveté de cette volonté générale, lorsque le retour de Ferdinand VII en Espagne met fin à la constitution de Cadix. La distinction entre droit « de papier » et droit de nature, entre droit moderne et ancien droit, y apparaît de façon nette :

« Il ne fallut qu'une proclamation, que le roi donna à sa rentrée dans son royaume, et à laquelle toute la nation applaudit, pour anéantir ce prétendu résultat de la volonté générale. Comme ses modèles, il avait pris le chemin de tout ce qui, n'étant pas fondé dans la nature, ne sort que du caprice des hommes, et, n'est imprimé que sur le papier »⁹⁴³.

Vélez rejoint Haller dans son rejet de la modernisation juridique. Non sans amertume, il retourne la notion de volonté générale contre les *Cortes* libéraux, arguant que selon cette même notion qu'ils défendent, ils ne seraient pas légitimes à faire œuvre constituante ou à réformer le droit. En effet, l'opinion publique espagnole, étrangère à l'entreprise des *Cortes* extraordinaires, défend l'Église et la monarchie⁹⁴⁴ ; selon Vélez, elle l'a prouvé lors du retour de Ferdinand VII en 1814. L'archevêque prédit une fin malheureuse aux réformes libérales ; celles-ci ne pourront créer qu'un système éphémère, inadapté au caractère national, qui sera rapidement abandonné par la population :

⁹⁴² Ch.-L. DE HALLER, *De la constitution...*, *op. cit.*, p. 70 à 73.

⁹⁴³ Ch.-L. DE HALLER, *De la constitution...*, *op. cit.*, p. 2.

⁹⁴⁴ R. DE VÉLEZ, *Apologia...*, *op. cit.*, vol. 2, p. 280.

« [...] la constitution qui se forme, même si le peuple accepte plus tard qu'elle le commande, sans son intervention, ne sera plus d'aucune utilité, car elle ne sera jamais l'expression de la volonté générale du peuple souverain. C'est l'essence de la loi, selon nos réformateurs, et si ce principe qui la constitue fait défaut, ni l'assentiment du peuple, ni le passage du temps, ni la violence et les mandats répétés de ceux qui veulent l'appliquer, ne seront d'aucune utilité à l'avenir [...] pour lui donner la validation qui lui manquait. Ce qui était nul et non avvenu au départ, le temps ne le rend pas valide.

Que nos députés disent qu'ils sont les représentants du peuple, tant mieux pour eux ; alors, exécutez ses ordres, soyez à son gré, n'usurpez pas le pouvoir qui ne vous a pas été donné. Qu'un seul député dise qu'il a reçu de vos mandants l'ordre de faire une constitution ; qu'un peuple ou un autre, ou plutôt les quelques électeurs qui ont fait un député, lui ont dit de réclamer l'élaboration d'un nouveau code : est-ce suffisant ? Est-ce la volonté générale ? Ces pouvoirs suffisent-ils pour changer toutes les lois, pour bouleverser l'État, et pour ne rien laisser à dire à l'Espagne, gothique, antique, comme le répétaient triomphalement à chaque pas ceux qui nous réformaient ? *Ai !* Les principes mêmes des Cortès expriment de façon claire et nette, que les Cortès de Cadix n'avaient pas le pouvoir de nous donner une nouvelle constitution différente de celle que nous avons »⁹⁴⁵.

Pour Vélez, la codification annoncée dans l'article 258 de la *Pepa* représente la destruction pure et simple de l'ancien droit, au profit d'un plagiat du droit français. Cette transition serait d'autant plus catastrophique qu'elle donnerait raison aux multiples offenses qu'aurait subi l'Espagne, de la part d'auteurs étrangers et notamment français. Réformer le droit reviendrait à se soumettre aux idées des envahisseurs et des ennemis de la patrie :

« Notre législation, ces lois dont se sont inspirés les Romains, les Goths et toutes les nations de l'Europe ; notre législation, admirée par tous les peuples, comme la plus sage, la plus juste et la plus analogue à toute la société ; notre législation, qui a duré plusieurs siècles, va disparaître en une seule année. Ce n'est pas seulement cela qui affligera l'honnête Espagnol...

⁹⁴⁵ « [...] la constitution que se forme , aunque despues convengan los pueblos que ella mande, no babiendo éstos intervenido, de nada servirá en lo sucesivo, pues jamas será la espresion de la voluntad general del pueblo soberano. Esta es la esencia de la lei, segun nuestros reformadores, y faltando á este principio que la constituye, de nada servirán despues, [...] ni la aquiescencia de los pueblos, ni el transcurso de los tiempos, ni menos las violencias y repetidos mandatos de los que quieran hacerla observar podrán darles la validacion que les faltaba. Lo que en un principio fue nulo, el tiempo no lo hace válido. Digan nuestros señores diputados que son los representantes de los pueblos : enhorabuena lo sean ; pues cumplan sus órdenes, esten á sus voluntades, no usurpen el poder que no se les ha dado. Diga un solo diputado si tu órden de sus comitentes para hacer constitucion ; demos el que un pueblo ú otro, ó mas bien los pocos electores que hicieron un diputado, le dijeran que se pidiese la formacion de un nuevo código : es esto bastante ? Es esta la voluntad general ? Son estos poderes suficientes para mudar todas las leyes, trastornar el estado, y no dejar nada que dígese á España gotica, antigua, como en tono de triunfo repetian á cada paso los que nos reformaban ? *Ai !* Los mismos principios de las cortes dicen con ecos perceptibles y claros, las cortes de Cadiz no tenian facultad para darnos nueva constitucion distinta de la que tenemos jurada. » (R. DE VÉLEZ, *Apologia...*, *op. cit.*, vol. 2, p. 104 à 105).

Tout ce qui a été dit contre l'Espagne par Nebot⁹⁴⁶, l'Encyclopédie, Voltaire, et d'autres auteurs étrangers, émules de nos gloires, et ignorant nos lois, nos coutumes, notre éducation, notre politique, notre gouvernement, et même notre situation géographique, sera répété par les Espagnols eux-mêmes. Ce seront les successeurs de tous ceux qui, au cours des siècles passés, ont insulté l'Espagne. Le portrait de cette nation, dressé par nos réformateurs, sera des plus dégradants. [...] Ne nous plaignons plus des étrangers : crions contre les fils fallacieux de l'Espagne, qui, profitant des défauts inséparables de tous les États, causent notre déshonneur, publient notre ignominie, exagèrent nos faiblesses, et ont le goût de verser sur nos plaies des sels caustiques qui aggravent nos blessures, augmentent nos douleurs, et remplissent nos yeux de larmes. [...] Dans les coryphées des réformes, [l'Espagne] n'a reconnu que les réformateurs de la France : dans les journaux et les feuilles publiques, elle lisait le bouleversement le plus complet de notre ancienne morale, de notre législation, de nos coutumes, de nos usages [...] »⁹⁴⁷.

⁹⁴⁶ Joseph Nebot suit des études brillantes dans sept domaines différents à l'université de Valence ; s'il apprécie tout particulièrement la médecine et excelle en la matière, il devient finalement docteur en droit et avocat dans la même ville. Il est notamment connu pour sa correspondance importante avec Gregorio Mayans y Siscar (1699 à Oliva – 1781 à Valence) ; ce juriste, historien et linguiste, considéré comme l'un des premiers représentants des Lumières en Espagne ; brimé par ses compatriotes, il entretient des relations suivies et nombreuses avec des gens de lettres et imprimeurs partout en Europe. Par l'intermédiaire de Mayans, Nebot se trouve ainsi intégré dans les premiers réseaux internationaux des Lumières. À ce sujet, voir A. MOREL-FATIO, « Un érudit... », *op. cit.*, p. 157 à 226. Nous disposons de peu d'informations sur la vie de Nebot ; en préface de l'ouvrage publiant ses échanges avec Mayans, l'éditeur le compare à ce dernier, et admet que Nebot « n'a pas été d'un aussi grand nom ». Il tient cependant à rendre hommage au juriste : « Fue el primer Letrado do Valencia que supo hermanar el estudio de la teórica con el de la practica, manifestándolo asi en los muchos papeles en derecho que publicó, en los cuales hizo ver que las Leyes no están reñidas ni enemistadas con la Erudicion, con la Historia, con las Antigüedades, con la Medicina, con las Matematicas, con las otras ciencias y con el buen gusto. Estos Papeles pueden servir de pauta y modelo en que aprendan todos el modo de argüir y convencer, el primor de la Oratoria, el arte en proponer las cosas, la sencillez y dulzura del estilo, y todo lo demas que puede contribuir i formar un perfecto Abogado. [Il fut le premier lettré de Valence qui sut combiner l'étude de la théorie avec celle de la pratique, ce qui se manifesta dans les nombreux articles de droit qu'il publia, dans lesquels il montra que les lois ne sont pas en contradiction ou en inimitié avec l'érudition, avec l'histoire, avec les antiquités, avec la médecine, avec les mathématiques, avec les autres sciences et avec le bon goût. Ces documents peuvent servir de guide et de modèle pour que chacun puisse apprendre la manière d'argumenter et de convaincre, le raffinement de l'art oratoire, l'art de proposer des choses, la simplicité et la douceur du style, et tout ce qui peut contribuer à former un avocat parfait] » (J. VILLARROYA, *Coleccion de cartas eruditas escritas por D. Gregorio Mayans y Siscar a D. Joseph Nebot y Sans*, Valence, 1791, p. v à vi).

⁹⁴⁷ « Nuestra legislacion, aquellas leyes de quien apren dieron los romanos, los godos y naciones todas de la Europa ; nuestra legislacion, admirada de todos los pueblos , como la mas sábia, la mas justa y la mas análoga á toda sociedad ; nuestra legislacion, que ha durado multitud de siglos, va á desaparecer en un solo año. No es esto solo lo que afligirá al honrado español... Cuantos dicerios han dicho contra la España Neblot, la Enciclopedia, Volter y demas autores estrangeros, émulos de nuestras glorias, é ignorantes de nuestras leyes, costumbres, instruccion, política, gobierno, y aun situacion geográfica, todo se nos va a repetir por los mismos españoles. Estos escederán á cuantos en los siglos pasados han insultado á la España. El cuadro de esta nacion, dibujado por nuestros reformadores será el mas degradante. [...] No nos quegemos ya de los estrangeros : alcemos el grito contra los hijos espurios de la España, que validos de los defectos inseparables de todos los estados, causan nuestro deshonor, publican nuestra ignominia, exageran nuestras debilidades, y tienen como por gusto echar en nuestras llagas sales causticas, que empeorando las heridas, nos aumentan el dolor, y llenan nuestras megillas de lágrimas. [...] En los corifeos de las reformas no reconoció sino á los reforma dores de la Francia : en los periódicos y papeles públicos leyó el trastorno mas completo de nuestra antigua mo narquia, legislacion, costumbres, usos [...] » (R. DE VÉLEZ, *Apologia...*, *op. cit.*, vol. 2, p. 98 et 295).

Minutolo déplore lui aussi le recul du droit national, un droit issu de la sagesse chrétienne, face aux codes à la française. Les gouvernements qui songeraient à les maintenir trahiraient la religion catholique, au même titre que les protestants, auxquels Minutolo compare les réformateurs italiens :

« Quel jugement porterons-nous sur [...] ceux qui, déguisés en zèle religieux, cherchent à détruire la discipline catholique, et prétendant vouloir la rétablir dans sa pureté primitive, qui désirent tant de réformes, et en particulier l'émancipation des évêques [...] ? Mais si tout cela, qui se produit chez beaucoup de particuliers, doit surprendre un sage observateur, combien ne doit-il pas être frappé d'étonnement, et quel jugement doit-il porter sur tant d'hommes publics, et sur certains gouvernements aussi, qui tout en se déclarant catholiques, conservent dans leurs royaumes des codes édictés à l'époque effrayante de la révolution, et pour la révolution, et qui, nées de la fermentation des différentes putréfactions de la philosophie, des sectes, de la démocratie, furent substituées aux anciennes législations écrites avec l'inspiration catholique, et avec la sagesse chrétienne ? Comment, dès lors, le sage peut-il supposer que l'on puisse jamais croire que ces codes sont adaptés aux sujets chrétiens, alors qu'ils ont été composés par les ennemis de toute religion ? »⁹⁴⁸

Face à cette perspective cataclysmique, les auteurs ne font que peu de propositions concrètes. Cependant, les exhortations politiques sont claires : il convient de se dresser contre l'héritage des philosophes pour le chasser définitivement. Parmi les trois auteurs, Haller est celui dont les conseils s'apparentent le plus à un programme réactionnaire. Il s'adresse directement aux « princes et pères du peuple », qui sont « encore assis » sur leurs trônes⁹⁴⁹ ; il leur demande « des actions, des lois et des institutions qui reposent sur des principes opposés à ceux que l'on suit depuis un demi-siècle »⁹⁵⁰. En somme, le Suisse prône le retour pur et simple à l'ancien régime et à l'ancien droit. Pour ce qui est des exemples précis, il demande notamment l'abolition de réformes d'inspiration révolutionnaire adoptées avec les codes :

⁹⁴⁸ « Quale giudizio daremo di quelli, [...] che, mascherandosi collo zelo religioso, cercano atterrare la cattolica disciplina, e fingendo volerla ricondurre alla primitiva sua purità, tante riforme bramano e quella in particolare della emancipazione dei Vescovi [...] ? Ma se tutto ciò, che si verifica in molte persone pri vate, deve sorprendere un saggio osservatore, da quanta maggiore meraviglia non dovrà essere colpito, e quale giudizio darà di tanti uomini pubblici, e di certi governi ben anche, i quali nel punto stesso, che si dichiarano cattolici tengono nei loro regni in vigore codici, i quali furono emanati nell' epoca spaventevole della rivoluzione, e per la rivoluzione e che nati dalla fermentazione delle differenti putredini della filosofia, delle sette, della democrazia, vennero sostituite alle antiche legislazioni scritte con ispirito cattolico, e con sapienza cristiana ? Come potrà dunque il saggio supporre, che questi codici possano mai credersi adattati per sudditi cristiani, quando sono stati composti dai nemici di ogni religione ? » (A. CAPECE MINUTOLO, *Sull'utilità...*, *op. cit.*, p. 264 à 265).

⁹⁴⁹ Ch.-L. DE HALLER, *De la constitution...*, *op. cit.*, p. 147.

⁹⁵⁰ *Ibid.*, p. 153.

« Avant tout, rois et princes de la terre, sachez ce que vous êtes, et dans quel rang la Providence vous a placés ; vous n'êtes ni les valets, ni les fonctionnaires du peuple [...]. Vous êtes au contraire des hommes puissants et libres [...], doués par Dieu de beaucoup de moyens, de biens et de possessions, afin d'exercer et de maintenir sa loi sur la terre, de faire et d'encourager le bien, d'éviter vous-mêmes le mal ; et de chercher constamment à le réprimer. À cet effet, honorez avant tout la religion [...]. Là où l'Église universelle existe [...], laissez-la libre dans ce qui est de son ressort ; vous trouverez en elle un appui solide, une amie fidèle et éclairée [...] ; rassemblez autour de vous les premiers et les principaux de votre pays pour entendre leurs conseils et leurs vœux [...] ; entourez-vous [...] des véritables états provinciaux de vos royaumes, tels que la nature les a formés, et non de ces prétendus représentants du peuple [...]. Écoutez les vœux de vos états fidèles, mais maintenez toujours l'autorité suprême [...] ; fuyez le mot de Constitution : [...] qui vous a demandé ces constitutions ? Personne [...]. Favorisez les propriétés considérables et permanentes [...] ; laissez un libre cours à la faculté de tester [...]. N'enviez pas aux pères le plaisir de transmettre à leurs descendants les avantages d'une fortune bien acquise ; n'empêchez pas ces beaux établissements de substitutions fidéicommissaires [...]. Honorez enfin la sainteté du mariage, cette union intime des âmes [...] ; ne permettez pas de le dissoudre [...]. Rendez aux pères leur autorité légitime [...]. C'est ainsi seulement que vous réussirez à rattacher les liens qui unissent les hommes entre eux, à rétablir l'ordre naturel, c'est-à-dire la constitution divine : à relever enfin avec ses branches et ses feuilles cet arbre de la vie sociale, dont vous êtes la racine et le tronc »⁹⁵¹.

Quant aux réformateurs libéraux, désignés comme « jacobins », « il faut leur déclarer franchement et formellement la guerre »⁹⁵². Haller compte sur le soutien de l'opinion publique, qui selon lui, ne s'est jamais détournée de l'ancien régime et s'alliera aux monarchies⁹⁵³. L'exaltation de la volonté populaire se retrouve dans l'ouvrage de Vélez, qui relie directement la lutte contre la réforme juridique à la lutte pour l'indépendance espagnole ; il faut chasser les spectres révolutionnaires de la péninsule, comme l'Espagne a chassé Napoléon. Quand Haller parle aux princes, Vélez préfère se tourner directement vers le peuple. Il se demande d'abord ce qu'est l'Espagne (« ¿ Qué es hoi la España ? »), et dépeint alors, de façon idéalisée, une péninsule unie sous un seul roi et résistante à toute incursion ; l'Espagne serait « une seule

⁹⁵¹ Ch.-L. DE HALLER, *De la constitution...*, *op. cit.*, p. 153 à 170.

⁹⁵² *Ibid.*, p. 182.

⁹⁵³ « Déclarez la guerre à ces sophistes, et ils tremblent : vous serez vous-mêmes surpris combien est faible et petite cette secte que l'on vous représente comme si nombreuse et si puissante ; et comment, d'un autre côté, des millions d'honnêtes gens se rallieront à vous, pour former un mur d'airain autour de votre personne » (*Ibid.*, p. 182 à 183).

famille, unie par l'amour et le respect de son père adoré »⁹⁵⁴. Si cette image est éloignée de la réalité espagnole de l'époque, elle contribue à conforter la propagande absolutiste. Vélez peut s'en servir pour répondre à la deuxième question : « que pourrait être et que devrait être » l'Espagne ? (« ¿ Qué podía y debía ser ? »). L'unité et l'indépendance du pays entraînent le rejet de toute réforme juridique qui serait inspirée par l'étranger :

« [...] Je n'ai qu'à brosser un petit tableau des crimes horribles, des plans, des réformes, des actes et des attentats de ceux qui ont entrepris de régénérer l'Espagne, en la mettant au même niveau que les autres puissances régénérées par Napoléon et la philosophie infernale. Cet horrible dessein, gravé dans nos cœurs à force de blessures mortelles, nous parle [...]. L'Espagne devait devenir une autre France régénérée par les jacobins. [...] Mais selon l'esprit des enfants de l'Espagne, selon les idées des Espagnols, l'Espagne ne pouvait et ne devait pas être autre chose que ce qu'elle a été jusqu'à présent, le royaume de la foi, [...] le gouvernement le plus modéré, le plus paternel, le plus juste. C'est l'idée que toutes les puissances se sont faites de l'Espagne ; c'est ce que l'Europe pense de sa situation actuelle. Nous avons repris notre place parmi les gouvernements légitimes [...]. Tous les peuples d'Aragon, de Valence et de Catalogne ont manifesté leur amour déterminé pour leur roi [...]. Toute l'Espagne déclare qu'il règne comme ses prédécesseurs l'ont fait par la loi et la coutume. Ferdinand a vu dans la constitution de Cadix la constitution de la France. Fernando a vu l'Espagne exposée par la constitution à une révolution perpétuelle, comme nous l'avons été tout le temps qu'elle a duré. Ferdinand refuse de jurer, et toute l'Espagne voit dans son décret du 4 mai le jour de sa rédemption, de sa liberté »⁹⁵⁵.

Il est à remarquer que pour les auteurs étudiés, le rejet de la codification du droit s'inscrit dans une perspective plus large. Refuser la codification, ce n'est pas seulement terminer la guerre

⁹⁵⁴ R. DE VÉLEZ, *Apologia...*, *op. cit.*, vol. 2, p. 319 à 320.

⁹⁵⁵ « ¿ Qué podía y debía ser ? [...] no tengo mas que poner en peque ño el cuadro horroroso de los crímenes, planes, reformas, hechos y atentados de los que se propusieron rege nerar la España, poniéndola al nivel de las otras poten cias regeneradas por Napoleon y la infernal filosofia . Es te diseño horrible, grabado en nuestro corazon á fuerza de mortales heridas, nos habla [...]. La España vendria á ser otra Francia regenerada por los jacobinos. [...] Mas por el ánimo de sus hijos, por las ideas de los españoles, España ni podía, ni debía ser mas que lo que hasta aqui ha sido, el reino de la fe, [...] el gobierno mas moderado, mas paternal, mas justo. Esta es la idea que tienen formada de la España tedas las potencias ; esto es lo que piensa la Europa de su ac tual situacion. Volvimos al lugar propio que teniamos entre los gobiernos legítimos [...]. Los pueblos todos del Aragon, Valencia y Cataluña manifestaron su decidido amor por su rei [...]. Toda la España se declara porque reine como sus predecesores tenian de lei y de costumbre. Fernando ve en la constitucion de Cadiz la constitucion de Francia. Fernando ve espuesta la Espana por la constitucion, á una perpétua revolucion, como lo habiamos estado todo el tiempo de su duracion. Fernando rehusa jurar, y toda la España ve en su decreto 4 de mayo el día de su redencion, de su libertad » (R. DE VÉLEZ, *Apologia...*, *op. cit.*, vol. 2, p. 320 à 321 et 336 à 337).

contre Napoléon, mais c'est aussi refuser la modernisation du droit ; refuser la modernisation du droit, ce n'est pas seulement éviter la transposition de principes révolutionnaires, mais c'est aussi se préserver de l'influence néfaste des Lumières. Comme dans la littérature juridique sous l'occupation, les auteurs poursuivent une lutte antirévolutionnaire et antimoderne entamée avant l'arrivée des Français. Cependant – et c'est là un point de bascule par rapport à la littérature antérieure – Haller, Vélez et Minutolo écrivent alors que les codes français ont été appliqués dans une grande partie des pays occupés. Si l'influence des Lumières a pu inspirer les monarchies européennes de manière diffuse durant le siècle dernier, l'exportation des codes français a constitué la réception forcée et brutale d'un modèle étranger d'inspiration révolutionnaire. Elle a donné aux conservateurs un exemple concret d'application despotique des idées des Lumières. Dès lors, l'opposition à la codification du droit poursuit deux buts : d'une part, nourrir l'agenda réactionnaire préexistant des auteurs antirévolutionnaires ; d'autre part, mettre en garde contre tout maintien, toute résurgence de la menace libérale les gouvernements qui réfléchissent à codifier.

Si leurs propositions aux souverains et aux peuples restent générales, un courant particulier de réaction anti-codificatrice choisit d'aller plus loin. En parallèle des études de l'ancien droit, l'École historique poursuit son approche scientifique de l'étude juridique. Cette approche est visible dans la revue co-fondée par Savigny en 1815, la *Revue pour une science historique du droit* (« *Zeitschrift für geschichtliche rechtswissenschaft* »).

Section 2. De la réaction à la création : le *rechtswissenschaft* selon la *Zeitschrift*

Deux faits sont à rappeler en ce qui concerne Savigny. D'abord, le professeur allemand ne s'est pas arrêté à la publication du *Vom Beruf* en 1814 ; il envisage son pamphlet comme l'impulsion d'une dynamique doctrinale nouvelle, qu'il entend organiser et nourrir. Ensuite, Savigny ne s'engage pas seul dans la construction de son École historique. Certes, son nom vient en premier quand l'on évoque le sujet ; en réalité, Savigny s'appuie sur un réseau de collègues qui, bien avant 1813, partageaient déjà sa passion du droit allemand, du droit romain et de leurs sources. Ce réseau et ses caractéristiques apparaissent dans les sommaires de la *Zeitschrift*. La revue est

co-fondée par Savigny, Eichhorn et Friedrich Göschen⁹⁵⁶, un an après la parution du *Vom Beruf* ; elle offre une tribune aux juristes allemands qui s'intéressent à l'histoire de leur droit, et cherchent une alternative à la voie codificatrice. Au lendemain du départ des Français, la *Zeitschrift* symbolise l'essor d'un nouveau courant doctrinal : la science du droit, ou *rechtswissenschaft*.

Nous entendons étudier la *Zeitschrift* en tant que microcosme de la science du droit allemande à ses débuts. La revue paraît jusqu'en 1850, mais nous nous en tiendrons à l'étude des cinq premiers volumes, publiés entre 1815 et 1825 : la première décennie d'existence de la revue témoigne d'une ébullition intellectuelle autour de la science juridique, ébullition dont nous tâcherons d'appréhender les multiples facettes. Quelques remarques d'ordre général et statistique nous permettront de dresser un profil de la revue, et de démontrer que par celle-ci, Savigny entend dépasser le stade de la réaction aux codes napoléoniens (I). L'étude d'un article du premier volume, représentant deux directions prises par le *rechtswissenschaft*, nous permettra ensuite de démontrer que très tôt, la science du droit allemande manifeste une vigueur qui dépasse la vision de Savigny (II).

I. Le *rechtswissenschaft* de Savigny : une émancipation vis-à-vis de l'esprit français

Les cinq premiers volumes de la *Zeitschrift* comptent 71 articles. Pour pouvoir étudier cet ensemble dans sa globalité, nous choisirons de dresser des schémas statistiques et d'en tirer des remarques. Ces remarques concernent les auteurs qui y contribuent, la fréquence de leurs contributions (A) ainsi que les thèmes qu'ils abordent (B).

⁹⁵⁶ Johann Friedrich Ludwig Göschen (1778 à Königsberg – 1837 à Göttingen) entame des études de droit dans sa ville natale pour les poursuivre à Göttingen, où il s'intéresse en parallèle aux sciences naturelles et à l'économie. Grâce aux encouragements de Savigny, il termine ses études de droit à Berlin et obtient son doctorat en 1811. Il est nommé professeur deux ans plus tard. Sur la suggestion de Savigny, il part à Vérone en 1817 pour y étudier un manuscrit de Gaius tout juste découvert. L'édition déchiffrée complète du manuscrit est sa première publication majeure en 1820. Il obtient une chaire à l'Université de Göttingen en 1822 et devient membre de son quorum. À son sujet, voir E. STEFFENHAGEN, « Göschen... », *op. cit.*

A) Le profil des auteurs : un réseau de familiers

La comptabilisation des auteurs ayant contribué à la première décennie de la revue permet d'obtenir le nuage de mots ci-dessous :



Ce schéma nous permet de faire deux constats : d'une part, Savigny et sa vision occupent une place fondamentale dans la revue (1) ; d'autre part, cette prépondérance Savignienne a des effets directs sur le reste des contributeurs (2).

1) La prépondérance de Savigny et de sa vision

Parmi les auteurs récurrents, il n'est pas surprenant de voir Savigny au centre de la nébuleuse : s'il n'a pas fondé la *Zeitschrift* seul, c'est lui qui a donné l'impulsion originelle. En effet, lorsque Savigny rédige le *Vom Beruf*, il le conçoit déjà comme la première pierre sur laquelle il bâtira son École⁹⁵⁷ ; école qui doit à tout prix se détacher du droit anhistorique et figé des codes

⁹⁵⁷ Si l'on veut remonter aux origines de la pensée historiciste de Savigny, il est possible de la retrouver dès 1802, dans son cours de méthodologie donné à Marbourg. « Sous le titre “Méthodique absolue de la discipline juridique”

français. Le professeur allemand développe ses intentions dans le texte même du *Vom Beruf* : au droit mort apporté par la codification moderne, Savigny veut opposer « une école vivante ». Pour esquisser les contours de cette école, les Romains sont invoqués une fois de plus. « L'ensemble des juristes romains [...] ont formé effectivement une grande école »⁹⁵⁸ ; les juristes allemands doivent réitérer la prouesse, pour extraire la science du droit du piège de la codification. On remarque déjà une dualité inhérente au *Rechtswissenschaft* tel qu'il est conceptualisé par Savigny, dualité qui se retrouve dans la *Zeitschrift* fondée l'année suivante : l'École historique entend légitimer l'étude historique du droit en l'établissant comme une science, mais elle rejette le rationalisme des Lumières. Il s'agit d'élaborer une approche entièrement nouvelle, mais basée sur l'histoire. Pour satisfaire ces deux exigences, le *rechtswissenschaft* doit, selon Savigny, viser la réforme de la littérature juridique au sens large. C'est toute l'approche doctrinale du droit qui doit être historique, de l'archéologie documentaire à la méthodologie. Ainsi, la littérature juridique allemande se renouvellera perpétuellement, tout en restant indépendante de l'influence des Lumières. L'ambition doctrinale de Savigny se précise en 1815. Lorsqu'il publie son article programmatique « *Sur le but de la présente revue* » (« *Über den Zweck dieser Zeitschrift* »⁹⁵⁹), il signe « l'acte de baptême de l'École historique »⁹⁶⁰ :

« Une telle entreprise [la formation de l'École] peut être envisagée avec un espoir renouvelé, précisément maintenant que les plus nobles forces sauvent les plus grands biens de la nation. Car toute étude historique, surtout patriotique, devait donner un sentiment de déchirement au cours des tristes années passées ; elle a maintenant reçu un attrait neuf et frais. C'est pourquoi les fondateurs seraient particulièrement heureux s'ils parvenaient à donner une nouvelle impulsion à l'étude historique du droit patriotique »⁹⁶¹.

Le ton est donné : Savigny ne souhaite pas seulement confirmer son rejet de l'influence

(*absolute Methodik der Jurisprudenz*), on trouve énoncé trois “principes” : 1/ “La *Jurisprudenz* est une science historique » ; 2/ “Elle est une science philosophique” ; 3/ “Combinaison de l'élément exégétique et de l'élément systématique : dans cette combinaison, accomplissement de la méthode juridique”. Cette combinaison [...] suppose, à la fois et réciproquement, que l'élément historique soit “histoire du système en sa totalité” et que “le système lui-même soit pensé comme progressant” ». O. JOUANJAN, *Une histoire de la pensée...*, op. cit., p. 38.

⁹⁵⁸ F. C. VON SAVIGNY, *De la vocation de notre temps...* op.cit., p. 154.

⁹⁵⁹ F. C. VON SAVIGNY, « *Über den Zweck dieser Zeitschrift* », *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, vol. 1, Berlin, 1815, p. 1 à 17, traduit en français par O. JOUANJAN dans *L'esprit de l'École historique du droit. Textes inédits de F.C. von Savigny et G. F. Puchta*, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 2004.

⁹⁶⁰ O. JOUANJAN, *Une histoire de la pensée...*, op. cit., p. 35.

⁹⁶¹ F. C. VON SAVIGNY, « *Über den Zweck...* », op. cit., p. 7.

française, qu'il évoque en de sombres termes ; il compte transformer cette réaction en création. La *Zeitschrift* sera un lieu d'émulation intellectuelle permanente, un terrain de recherches expérimentales ; autrement dit, le laboratoire de la science historique du droit. Comme l'explique Olivier Jouanjan dans son *Histoire de la pensée juridique allemande*, le *Rechtswissenschaft* tel qu'il est envisagé par Savigny doit pouvoir concurrencer, par sa liberté et sa vigueur, le rayonnement de la doctrine française :

« [...] c'est abusivement réduire l'ampleur et l'enjeu du propos [du *Vom Beruf*] que de complètement le rabattre sur la politique contre-révolutionnaire de Savigny. C'est chez lui un souci véritable et profond, et sans doute le souci premier, que de penser les conditions théoriques et pratiques d'une régénération de la science juridique en Allemagne. [...] C'est aussi parce que la question de la science juridique est pour lui centrale que le combat contre la codification se poursuit dès 1815 par la fondation de la *Revue pour la science historique du droit*. [...] Il fallait [...] imaginer une vision du droit qui poursuive, sur ce terrain aussi, la libération allemande par rapport à l'esprit français [...] »⁹⁶².

Pour cela, Savigny doit s'entourer. La rénovation du *rechtswissenschaft* ne peut réussir que par l'effort collectif de la communauté scientifique allemande. Savigny l'annonçait déjà dans le *Vom Beruf* : une fois la période de réaction passée, la science du droit devra devenir l'affaire de tous, un « patrimoine commun ». Savigny espère que mécaniquement, plus l'émulation intellectuelle sera large, et plus elle engendrera de la création doctrinale ; la quantité produira la qualité :

« Ce que nous avons donc exigé ici de l'étude du droit ne doit pas être conservé dans des livres, ni confié à quelques savants seulement, mais devenir le patrimoine commun de tous les juristes qui veulent œuvrer pour leur profession avec sérieux et ouverture d'esprit. [...] Aussi [...] n'est-ce que d'une telle collaboration vivante, étendue à l'ensemble des juristes, que peut émerger le petit nombre de ceux qui sont appelés par leur esprit à une création proprement dite, et c'est un pernicieux préjugé que de croire qu'il pourrait toujours s'en trouver, quel que soit l'état de l'École »⁹⁶³.

Dès lors, l'attachement de Savigny à l'Université est une constante. Cela n'est pas étonnant, si l'on considère qu'elle représente à elle seule les deux composantes de l'École historique :

⁹⁶² O. JOUANJAN, *Une histoire de la pensée...*, *op. cit.*, p. 34.

⁹⁶³ F. C. VON SAVIGNY, *De la vocation de notre temps...* *op. cit.*, p. 153 à 154.

présente depuis des siècles, elle est un vivier de jeunes chercheurs, une source inépuisable de renouvellement et de création doctrinale. Selon Savigny, c'est dans les facultés que le *Rechtswissenschaft* doit chercher sa régénération ; il faut à tout prix favoriser les échanges, non seulement au sein des facultés, mais plus généralement entre les universités germanophones⁹⁶⁴. Dans cette communauté scientifique rêvée, « toutes les Universités se soutiendraient et se stimuleraient mutuellement et l'expérience de chacune d'entre elles deviendrait le patrimoine commun de toutes »⁹⁶⁵. À nouveau, cette vision collective et inclusive de la science du droit est réaffirmée dans le premier article de la *Zeitschrift* :

« Les fondateurs de cette revue, qui adhèrent avec conviction à l'école historique, souhaitent, par leur entreprise commune, favoriser le développement et l'application des vues de cette école : en partie par leurs propres travaux, en partie en offrant un point d'association à des amis qui partagent leurs idées »⁹⁶⁶.

Ce passage décrit avec précision la politique éditoriale adoptée par Savigny : nourrir sa revue avec ses propres travaux, tout en invitant de nombreuses connaissances de son cercle intellectuel. Ce choix explique la répartition des contributions à la revue et le profil de leurs auteurs.

2) *Les auteurs de la galaxie savignienne*

À côté de la présence imposante de Savigny, les co-fondateurs de la revue, Eichhorn et Göschen (Cf *supra*), paraissent en retrait. Cette impression se confirme si l'on convertit le nuage de noms

⁹⁶⁴ F. C. VON SAVIGNY, *De la vocation de notre temps... op.cit.*, p. 171 à 173. Voir également F. C. VON SAVIGNY, « Wesen und Werth der deutschen Universitäten », *Historisch-politische Zeitschrift*, vol. 1, 1832, p. 569 à 592, étude traduite en français par O. JOUANJAN dans la *Revue d'Histoire des Facultés de droit et de la science juridique*, n°23, 2003, p. 173 à 195.

⁹⁶⁵ *Ibid.*, p. 173.

⁹⁶⁶ « Die Herausgeber dieser Zeitschrift, welche mit voller Überzeugung der geschichtlichen Schule zugethan sind, wünschen durch ihre gemeinschaftliche Unternehmung die Entwicklung und Anwendung der Ansichten dieser Schule zu befördern : theils durch eigene Arbeiten, theils indem sie gleichgesinnten Freunden einen Punkt der Vereinigung darbieten. Eine solche Unternehmung darf gerade jetzt, da durch die edelsten Kräfte die höchsten Güter der Nation gerettet find, mit frischer Hoffnung begonnen werden. Denn alle geschichtliche Untersuchung, zumal die vaterländische, musste in den legten traurigen Jahren ein zerreißendes Gefühl geben, wie sie jetzt einen neuen frischen Reiz erhalten hat. Und so würden sich die Herausgeber besonders freuen, wenn es ihnen gelingen sollte, der geschichtlichen Ergründung des vaterländischen Rechts eine neue Anregung zu geben » (F. C. VON SAVIGNY, « Über den Zweck... », *op. cit.*, p. 7).

en pourcentages⁹⁶⁷. En effet, l'auteur du *Vom Beruf* rédige à lui seul 27% des contributions ; Göschen est le deuxième contributeur, mais avec 8% des articles. L'écart est encore plus important avec le troisième co-fondateur, Eichhorn, avec 4% des publications, au même titre que Haubold⁹⁶⁸. C'est moins que Cramer (Cf *supra*), pourtant auteur extérieur, qui produit 6% des contributions ; fait intéressant, c'est aussi moins que Jacob Grimm (Cf *supra*), qui sans être juriste de spécialité, se situe au même pourcentage que Cramer. Cette sur-représentation de Grimm peut s'expliquer par les forts liens personnels l'unissant à Savigny et l'adhésion commune au *Volksgeist*. Les autres auteurs, avec deux articles, représentent seulement 3% des contributions chacun ; on y compte Hugo (Cf *supra*), Dirksen⁹⁶⁹, Niebuhr⁹⁷⁰ et Biener⁹⁷¹.

⁹⁶⁷ Pour améliorer le confort de lecture, nous arrondirons les pourcentages à l'unité supérieure.

⁹⁶⁸ Christian Gottlieb Haubold (1766 à Dresden – 1824 à Leipzig) fait ses études de droit à Leipzig. Il devient professeur de droit antique et de droit saxon. En parallèle, il intègre la franc-maçonnerie de Leipzig, et mène une carrière dans la magistrature : nommé assesseur de la Haute-Cour en 1791, il retrouve un poste de juge en 1816. C'est un auteur prolifique en matière de droit romain, qui a rédigé plus de dix ouvrages en langue latine, dont *Institutiones iuris Romani litterariae* (1809), *Oratio qua ostenditur quantum fructum ceperit iurisprudentia Romana* (1820), ou encore *Antiquitatis Romanae monumenta legalia* publié à titre posthume en 1830. À ce sujet, voir G. SCUBART-FIKENTSCHER, « Haubold, Christian Gottlieb », *Neue Deutsche Biographie* [en ligne], vol. 8, 1969, consulté le 22/05/2022.

⁹⁶⁹ Heinrich Eduard Dirksen (1790 à Königsberg – 1863 à Berlin) débute ses études universitaires dès ses seize ans dans sa ville natale. Il suit un cursus en philologie et en philosophie, puis se rend deux ans plus tard à Heidelberg pour entamer des études de droit. Dirksen a la particularité d'avoir rencontré les deux acteurs de la controverse sur la codification : il y rencontre Anton Thibaut à Heidelberg, mais lorsqu'il arrive à Berlin en 1810 pour changer à nouveau d'université, il se rapproche de Savigny. Il obtient son doctorat en droit en 1812. Sa carrière est rapide : agrégé quelques mois plus tard, puis professeur titulaire, il est finalement élu vice-recteur. Il quitte cependant ces postes quand l'université Friedrich-Wilhelms, à Berlin, lui fait miroiter la possibilité d'une chaire. Cela ne se produira pas : Dirksen voulait se rapprocher davantage de Savigny, mais les partisans du pont berlinois lui reprochent ses liens avec Thibaut. Membre de l'Académie royale des sciences de Prusse à partir de 1841, Dirksen continue d'enseigner à Göttingen jusqu'à sa mort. Sa bibliographie est exclusivement tournée vers le droit romain. À son sujet, voir M. FUHRMANN, « Dirksen, Eduard », *Neue Deutsche Biographie* [en ligne], vol. 3, consulté le 22/05/2022.

⁹⁷⁰ Barthold Goerg Niebuhr (1776 à Copenhague – 1831 à Bonn) ne termine pas ses études à l'université de Kiel : il entame rapidement une carrière de fonctionnaire au service du gouvernement danois. Son absence de diplôme ne l'empêche pas de devenir professeur à Kiel, avant de reprendre ses responsabilités de fonctionnaire. À partir de 1806, il travaille pour l'État prussien, dont il devient l'historiographe en 1810, date à laquelle on lui confie la chaire d'histoire ancienne à l'université Humboldt de Berlin. Il abandonne une fois de plus sa carrière académique pour être l'émissaire de la Prusse au près du Vatican ; il s'installe enfin comme professeur à Bonn. L'œuvre de Niebuhr, résolument antiquisante, est régulièrement critiquée pour ses approximations trop fréquentes ; Niebuhr admet lui-même se baser parfois sur ses « divinations », de simples intuitions, pour tirer ses conclusions. On lui doit cependant une partie de l'essor de l'historicisme allemand, et l'affirmation de l'histoire comme une discipline à part entière : durant ses travaux, Niebuhr a mis au jour de nombreux manuscrits, et a participé à un renouveau de l'étude de l'Antiquité romaine. Son attachement à cette dernière est visible jusqu'après sa mort : la tombe qu'il partage avec son épouse, au vieux cimetière de Bonn, imite le style classique. À son sujet, H. CHISHOLM, « Niebuhr, Barthold Georg », *Encyclopedia Britannica* [en ligne], vol. 19, Cambridge University Press, 1911, consulté le 22/05/2022 ; G. WALTHER, « Niebuhr, Barthod Georg », *Neue Deutsche Biographie* [en ligne], vol. 19, consulté le 22/05/2022.

⁹⁷¹ Friedrich August Biener (1787 à Leipzig – 1861 à Dresde) obtient son doctorat en droit, puis une habilitation de professeur particulier à l'université de Leipzig. Il suit les pas de son père, Christian Gottlob Biener, lui-même professeur de droit dans la même université. En 1810, Biener postule pour devenir professeur titulaire à l'université

Parmi les auteurs occasionnels, on trouve quatorze noms : Buttman⁹⁷², Hudtwalcker⁹⁷³,

de Berlin, tout juste fondée. Sa candidature est rejetée par Hugo et Haubold, mais soutenue par Savigny, qui plaide sa cause auprès du ministre des affaires scolaires de Prusse, Georg Heinrich Nicolovius. Biener obtient des cours de droit pénal et de droit féodal l'année de sa candidature ; il est par la suite élu, et à plusieurs reprises, doyen de la Faculté de droit de l'Université de Berlin. De santé fragile, il demande son éméritat à quarante-sept ans et s'installe à Dresde, où il continue à écrire. Le début de sa bibliographie est romaniste, souvent en langue latine ; Biener s'intéresse surtout au *Corpus iuris civilis*. Cependant, à partir de son éméritat, Biener s'ouvre à de nouveaux thèmes : on lui doit par exemple *A propos des propositions les plus récentes visant à améliorer les procédures pénales en Allemagne (Über die neueren Vorschläge zur Verbesserung des Criminalverfahrens in Deutschland*, Berlin, 1844), les *Traité du domaine d'histoire du droit (Abhandlungen aus dem Gebiete der Rechtsgeschichte*, en 2 volumes, 1846-1848), ou encore *Le jury anglais (Das englische Geschworenengericht*, en 3 volumes, 1852-1855). À son sujet, voir J. GERATS, « Friedrich August Biener (1787-1861). Der erste Dekan der juristischen Fakultät », *Forschen und Wirken. Beiträge zur wissenschaftlichen und politischen Entwicklung der Universität*, vol. 1, Berlin, Verlag der Wissenschaften, 1960, p. 65 à 71 ; Th. MUTHER, « Biener, Friedrich August », *Allgemeine Deutsche Biographie* [en ligne], vol.2, 1875, consulté le 22/05/2022.

⁹⁷² Philipp Karl Buttman, de son nom français Philippe Charles Boudemont (1764 à Francfort-sur-le-Main – 1829 à Berlin) naît au sein d'une famille protestante française. À partir de 1789, il est bibliothécaire à la Bibliothèque royale de Berlin ; il devient par la suite professeur de philologie, et précepteur en langues anciennes pour l'héritier royal de Prusse. Auteur prolifique, il publie des rééditions d'auteurs classiques et des textes sur l'antiquité, mais surtout nombreux ouvrages de grammaire d'excellente réputation qui sont utilisés dans de plusieurs écoles à travers le pays. À ce sujet, voir A. BUTTMANN, « Buttman, Philipp Karl », *Allgemeine Deutsche Biographie* [en ligne], vol. 3, consulté le 22/05/2022.

⁹⁷³ Martin Hieronymus Hudtwalcker (1787 à Hambourg – 1865 dans la même ville) fait ses études de droit à l'université de Heidelberg, puis de Göttingen. Il doit fuir lorsque Hambourg est annexée par Napoléon, et se réfugie à Vienne. Revenu quatre ans plus tard à Hambourg, il est élu sénateur de la ville ; il ne voulait pas de ce poste, mais les statuts de la ville prévoient une déchéance de citoyenneté en cas de refus de l'élection. Hudtwalcker conserve sa charge de sénateur durant quarante ans ; il travaille notamment sur des réformes judiciaires importantes, telles que l'élaboration du Code des tutelles (1831) ou encore des codes pénaux et de procédure pénale pour la ville de Hambourg. Il s'intéresse également à l'aspect social de la criminalité, considérant que la prison ne peut toujours être la solution pour la délinquance juvénile ; ainsi crée-t-il, en 1833, une « école pénale » permettant aux jeunes condamnés d'échapper aux dangers de la prison générale. À son sujet, voir H. L. BEHN, « Hudtwalcker, Martin Hieronymus », *Allgemeine Deutsche Biographie* [en ligne], vol. 13, consulté le 22/05/2022.

Dolliner⁹⁷⁴, Mittermaier (Cf *supra*), Hagemeister⁹⁷⁵, Henke⁹⁷⁶, Heise⁹⁷⁷, Förster⁹⁷⁸, Bluhme⁹⁷⁹,

⁹⁷⁴ Thomas Dolliner (1760 à Dörfen, actuelle Slovénie – 1839 à Vienne) termine ses études de droit à Vienne en 1788 ; il devient professeur l'année suivante à la *Ritterakademie* (académie des chevaliers thérésiens), puis à l'Université de Prague, et enfin à Vienne. Il enseigne de multiples matières : droit naturel privé et général, droit constitutionnel, droit international et droit canon ; assesseur à la Cour de justice, il est commissionné pour participer à la rédaction du Code civil autrichien. Il prend sa retraite en 1831 à soixante-dix ans ; trois ans plus tard, paraît son ouvrage le plus connu, le *Manuel du droit matrimonial autrichien (Handbuch des Österreichisches Eherechts)* en cinq volumes (1834-1836). Très complet et systématisé, le manuel offre des réponses concrètes à plusieurs incertitudes qui persistaient jusque-là en matière matrimoniale. Il connaît un succès important dès sa sortie et devient un classique nécessaire à chaque période de réforme du droit, tant pour les praticiens que pour les législateurs. À ce sujet, voir K. RIEGER, « Dolliner, Thomas », *Allgemeine Deutsche Biographie* [en ligne], vol. 5, consulté le 22/05/2022.

⁹⁷⁵ Emanuel Friedrich Hagemeister (1764 à Greifswald – 1819 à Berlin) fait ses études de droit à Göttingen, puis à Halle, où il obtient son doctorat et un poste d'adjoint dès l'année suivante. Ensuite nommé professeur agrégé, puis professeur titulaire, il est enfin élu recteur de la Faculté de droit de Halle en 1801. Il mène en parallèle une carrière de praticien, en tant qu'avocat et conseiller près le Tribunal supérieur. Durant l'occupation française de la Poméranie suédoise, il est intégré au gouvernement provisoire napoléonien ; cela ne freine pas sa carrière sous la Restauration prussienne : il devient alors membre du Conseil d'État supérieur du royaume, responsable des nouvelles provinces prussiennes. Sa bibliographie témoigne d'intérêts variés en matière juridique ; on peut notamment citer ses *Contributions au droit international général et européen (Beiträge zum allgemeinen und europäischen Völkerrecht, 1790)*, ou encore son *Introduction à la science du droit féodal suédo-poméranien (Einleitung in die Wissenschaft des Schwedisch-Pommersche Lehnrechts, 1800)*. À son sujet, voir Th. PYL, « Hagemeister, Emanuel Friedrich », *Allgemeine Deutsche Biographie* [en ligne], vol. 10, 1879, consulté le 22/05/2022.

⁹⁷⁶ Hermann Wilhelm Eduard Henke (1783 à Braunschweig – 1869 dans la même ville) fait ses études de droit à Göttingen, puis Helmstedt. Il y obtient son doctorat en 1806, pour une thèse de droit pénal sur le crime de lèse-majesté. D'abord professeur de droit à l'université de Landshut, il devient assesseur pour le tribunal municipal de Nuremberg en 1813. Il reprend sa carrière académique dès 1814 en obtenant une chaire de droit romain et de droit pénal à l'Université de Berne, puis un poste de professeur à l'Université de Halle, où il restera jusqu'en 1857. Henke écrit de nombreux ouvrages de droit pénal, notamment le *Manuel de droit pénal et de politique pénale (Handbuch des Criminalrechts und der Criminalpolitik)* en quatre volumes (1823-1838), qui offre une étude très complète des législations pénales étrangères. À son sujet, voir A. TEICHMANN, « Henke, Eduard », *Allgemeine Deutsche Biographie* [en ligne], vol. 11, 1880, consulté le 22/05/2022.

⁹⁷⁷ Georg Arnold Heise (1778 à Hambourg – 1851 à Lübeck) obtient son doctorat en droit à Göttingen en 1802, pour une thèse en droit successoral. Il commence à enseigner dans la même université juste après avoir soutenu sa thèse, mais sans pour autant élaborer un parcours scientifique personnel – il doit surtout reprendre des cours vacants. Il se forge cependant une bonne réputation qui lui permet d'obtenir une chaire à Iéna, puis, sur la recommandation de son ami Savigny, à Heidelberg. Ses dix ans à Heidelberg confortent sa réputation de chercheur, mais aussi d'enseignant brillant. C'est ainsi qu'en 1814, Göttingen le rappelle pour un poste de professeur de droit romain. Il abandonne pourtant la carrière académique pour déménager à Hanovre, la ville de son épouse. Alors qu'il a quitté l'université, celle-ci le nomme son représentant à l'assemblée législative de Prusse. Heise accepte le poste avec enthousiasme : il souhaitait rentrer à Hambourg depuis un moment, et après le départ des Français, la ville nécessite une réorganisation judiciaire complète. Nommé premier président de la Haute cour d'appel des quatre villes libres (Brême, Francfort-sur-le-Main, Hambourg et Lübeck, établies par le congrès de Vienne), il occupe cette position jusqu'à sa mort. Ses talents d'arbitre le font appeler par les gouvernements : il règle ainsi plusieurs conflits entre les États de la Confédération germanique. Son œuvre doctrinale la plus connue, *Plan pour un système de droit civil commun à tous les cours de Pandectes (Grundriss eines Systems des gemeinen Civilrechts zum Behuf von Pandecten-Vorlesungen, 1807, réédité en 1819)*, témoigne d'une démarche systématique proche de celle de Savigny. À son sujet, voir H. SCHULTZE VON LASAULX, « Heise, Georg Arnold », *Neue Deutsche Biographie* [en ligne], vol. 8, consulté le 22/05/2022.

⁹⁷⁸ August Wilhelm Förster (1790 à Breslau – 1826 dans la même ville) obtient son doctorat de droit à la faculté de Breslau en 1812. Il défend une thèse dans le domaine du droit matrimonial romain. L'année suivante, il s'engage pour participer aux guerres de libération. La guerre finie, le jeune Förster se rend en Italie. Il voyage à travers la péninsule avec son ami, l'archéologue August Wilhelm Kephallides ; rentré à Breslau en 1816, il y devient

Kopp⁹⁸⁰, Hach⁹⁸¹, Spangenberg⁹⁸², Bethmann-Hollweg⁹⁸³. Il convient d'y ajouter un certain

professeur agrégé, professeur titulaire, puis recteur. À son sujet, voir H. MEYER, « Foerster, Franz », *Allgemeine Deutsche Biographie* [en ligne], vol. 48, 1904, consulté le 22/05/2022.

⁹⁷⁹ Friedrich Bluhme (1797 à Hambourg – 1874 à Bonn) suit des études de droit à Göttingen, à Berlin puis à Iéna, où il obtient son doctorat en 1820. L'année suivante, il part en Italie pour un tour des bibliothèques, dont il veut étudier l'histoire. Il rentre en Allemagne en 1823 ; il devient alors professeur à Halle, puis à Göttingen, et enfin à Bonn, où il est élu recteur. Il enseigne le droit religieux, le droit privé, le droit criminel et le droit romain. Grand ami des frères Grimm et de Savigny, il entretient avec eux une correspondance considérable. Son voyage en Italie lui permet de publier deux comptes-rendus détaillés, l'*Iter italicum* en 4 volumes (1824-1836) et ses *Ecrits des arpenteurs romains* (*Die Schriften der römischen Feldmesser*, 1955). À son sujet, voir R. BUCHNER, « Bluhme, Friedrich », *Neue Deutsche Biographie* [en ligne], vol. 2, 1955, consulté le 22/05/2022.

⁹⁸⁰ Joseph Eutych Kopp (1793 à Beromünster – 1866 à Lucerne) suit des études de philologie classique à l'université de Fribourg-en-Brigau de 1814 à 1814 ; l'année qui suit est l'occasion d'un séjour d'études, et Kopp se retrouve ainsi à Paris quand surviennent la fin de l'Empire et le début de la Restauration. Rentré en Suisse, il devient maître de langues anciennes au lycée de Lucerne en 1819 ; il garde ce poste jusqu'en 1865, refusant un poste à Vienne en 1852. Son travail d'historien se fait rapidement remarquer : Kopp a pour règle de systématiquement interroger ses sources, de ne se baser que sur des écrits, et d'écarter la tradition populaire, insuffisamment scientifique selon lui. Sa méthode est sujette à polémiques, mais lui permet de se forger une réputation ; Kopp devient membre de l'académie des sciences de Vienne, de Munich et de Berlin. L'université de Bâle lui décerne un doctorat *honoris causa*. À son sujet, voir H. BOSSARD-BORNER, « Joseph Eutych Kopp », *Dictionnaire historique de la Suisse* [en ligne], traduit de l'allemand, consulté le 22/05/2022.

⁹⁸¹ Johann Friedrich Hach (1769 à Lübeck – 1851 dans la même ville) entame des études de théologie à l'université de Iéna, mais leur préfère rapidement le droit ; il se transfère alors à Göttingen à partir de 1790. L'année suivante, il devient avocat à Lübeck. Son doctorat obtenu à Kiel, Hach est nommé procureur au tribunal municipal de Lübeck. Durant l'occupation de Lübeck par les troupes françaises, il est chargé de la gestion des hôpitaux, de l'application de la politique fiscale française, mais aussi de l'introduction du Code Napoléon sur le territoire. Malgré cela, au départ des Français, la ville de Lübeck confie à Hach sa représentation au congrès de Vienne ; Hach parvient à sauvegarder l'indépendance de Lübeck, qui fait partie des quatre villes libres allemandes. Hach se retire de sa carrière politique en 1820 pour devenir juge à la Haute Cour d'appel des quatre villes libres, présidé par Heise (cf. *supra*). À son sujet, voir O. AHLERS, « Hach, Friedrich », *Neue Deutsche Biographie* [en ligne], vol. 7, 1966, consulté le 22/05/2022.

⁹⁸² Ernst Peter Johann Spangenberg (1784 à Göttingen – 1833 à Celle) entame des études de droit en 1803 à l'université de Göttingen, et obtient une habilitation dès 1806. Après deux ans entant que professeur particulier, il s'oriente vers une carrière dans la fonction publique. Assesseur au tribunal de Göttingen, il devient ensuite juge au tribunal de Verden, puis avocat général à Hambourg durant l'occupation française. Il écrit alors plusieurs ouvrages utilitaires sur le modèle français, telles que les *Institutiones juris civilis Napoleonei* (1808) et un *Commentaire du Code Napoléon* (1810-1811). Sa carrière connaît son pic lorsqu'en 1831, il est nommé assesseur pour le conseil royal à Hanovre. Son œuvre doctrinale après l'occupation se fait variée : il publie différents ouvrages de droit romain, par exemple *Juris romani tabulae negotiorum sollemnium* (1822), mais aussi des études de droit médiéval, comme les *Contributions aux droits allemands du Moyen-Âge* (*Beiträge zu den deutschen Rechten des Mittelalters*, 1822). À son sujet, voir A. R. VON EISENHART, « Spangenberg, Ernst Peter Johann », *Allgemeine Deutsche Biographie* [en ligne], vol. 35, 1895, consulté le 22/05/2022.

⁹⁸³ August von Bethmann-Hollweg (1795 à Francfort-sur-le-Main – 1877 au château de Rheineck) étudie le droit à Göttingen, puis à Berlin. Particulièrement influencé par Savigny et alors qu'il n'est encore qu'un étudiant, il participe au déchiffrement du manuscrit de Gaius découvert à Vérone par Niebuhr. Après sa conversion au christianisme en 1817, il rencontre le futur Frédéric Guillaume IV de Prusse, qui plus tard lui accordera un titre de noblesse. Il obtient son habilitation à Berlin et y devient professeur titulaire, puis recteur. Il choisit de se concentrer sur l'histoire de la procédure civile, et met en valeur une approche historique, détachée des opinions dominantes et hors de toute polémique. En effet, Bethmann-Hollweg n'est pas à l'aise avec les affaires politiques, et évite au possible de s'en mêler, contrairement à certains de ses collègues. En 1829, il prend un poste à l'université de Bonn ; lorsque Frédéric Guillaume III meurt en 1841, son fils Frédéric Guillaume IV le fait entrer dans la noblesse héréditaire, et le nomme administrateur de la faculté de Bonn. Bethmann-Hollweg prend son rôle très à cœur et s'attache à améliorer le bien-être de ses étudiants. Pour cela, il se résout à se rapprocher du gouvernement à Berlin, et s'intéresse davantage aux affaires politiques ; mais la révolution de 1848 le traumatise. Effrayé par les

professeur F. L. Hoffmann de Düsseldorf⁹⁸⁴, sur lequel nous n'avons pas d'informations, ainsi que des correspondants étrangers, et ceux qui font l'objet de recensions. L'étude des pourcentages révèle une dualité intéressante : certes, ces auteurs pris seuls représentent chacun 1% des articles ; mais ensemble, ils atteignent 23% des contributions. Ce contraste est révélateur de la nature ouverte de la *Zeitschrift* : malgré l'influence importante de Savigny, la revue peut se targuer d'attirer un nombre important d'auteurs – non seulement allemands, mais aussi suisses (Kopp), autrichiens (Dolliner) ou italiens⁹⁸⁵. L'absence de contributeur français est remarquable. En nous intéressant aux profils des auteurs en particulier, nous pouvons pousser davantage l'analyse de cette dynamique doctrinale.

Lorsque l'on passe en revue les membres de la nouvelle École historique, on remarque que, dans ses jeunes années, celle-ci est cantonnée à un cercle restreint. La moyenne d'âge des contributeurs lorsqu'ils écrivent pour la revue est de 38 ans ; à deux ans près, c'est l'âge de Savigny lors de la fondation de la revue. Si les doyens, Hach et Dolliner, ont 56 ans, 70% des auteurs ne dépassent pas la quarantaine ; un tiers a moins de trente ans. On peut donc constater que le pari initial de la revue – fournir une tribune à une *nouvelle* génération de chercheurs en vue de fonder une *nouvelle* École du droit – est un pari tenu. La plupart des auteurs partagent un profil type : celui du docteur en droit, de confession protestante, ayant rejoint le professorat, la magistrature ou la haute fonction publique. Le schéma ci-dessous, comptabilisant les *alma mater* des contributeurs ainsi que les facultés où ils obtiennent une chaire, met en évidence le poids de la « reine des universités »⁹⁸⁶ :

révolutionnaires démocrates, révilés par les réactionnaires, il cherche avant tout à préserver le pays. En 1858, Bethmann-Hollweg devient ministre de l'éducation, de la médecine et de la culture du royaume de Prusse. Il prend sa retraite en 1862, et publie alors son ouvrage le plus connu : *La procédure civile générale dans son évolution historique (Der Civilprozeß des Gemeinen Rechts in geschichtlicher)* en 4 volumes (1863-1879), quarante ans après ses *Règles fondamentales pour les cours sur la procédure civile générale (Grundregeln zu Vorlesungen über den allgemeinen Civilprozeß, 1821)*. À son sujet, voir F. FISCHER, « Bethmann Hollweg, August von », *Neue Deutsche Biographie* [en ligne], vol. 2, 1955, consulté le 22/05/2022.

⁹⁸⁴ F. L. HOFFMANN, « Versuch eine Stelle des Cicero, Topicor. Cap. 4 zu erklären Von Herrn Doctor F. L. Hoffmann in Düsseldorf », *Zeitschrift...*, *op. cit.*, vol. 3, 1817, p. 309 à 327.

⁹⁸⁵ COLLECTIF, « Correspondenznachrichten aus Italien », *Zeitschrift...*, *op. cit.*, vol. 2, 1816, p. 271.

⁹⁸⁶ Fondée en 1737, l'université de Göttingen joue un rôle fondamental dans le relais des idées des Lumières, mais aussi dans le développement du courant romantique. La fin du XVIII^e siècle est une période d'intense activité intellectuelle, durant laquelle l'université acquiert un rayonnement mondial et promeut un plus large accès à des carrières scientifiques (elle accueille des étudiantes dès 1770 et la première soutenance de thèse d'une femme en 1787). Les plus grands savants d'Allemagne y enseignent. Durant la période française, les professeurs sont solidaires des étudiants dans leurs protestations contre les occupants ; c'est notamment le cas de Hugo avec les étudiants en droit, qui lui en resteront reconnaissants à la libération – même si nombre d'entre eux s'exilent à



Il est donc possible de constater que ces hommes sont tous issus du circuit universitaire, en particulier dans la capitale prussienne et dans facultés fréquentées par Savigny : Marbourg, Iéna, Leipzig et surtout Göttingen. Malgré cette apparente homogénéité des profils individuels, des divergences sont observables dans les thématiques abordées au sein de la revue.

B) Le profil thématique de la revue : un équilibre précaire

Pour étudier la nature des soixante-et-onze articles de la *Zeitschrift*, nous avons procédé de la même manière que pour les auteurs. Un passage en revue de la thématique générale de chaque article, puis la mise en commun de ces données, nous permet d’aboutir au visuel suivant :

Heidelberg durant l’occupation. Le congrès de Vienne porte un coup au libéralisme au sein de la faculté : dans les années 1820, c’est surtout la tradition allemande qui revient en force, avec une réaffirmation du nationalisme allemand par les étudiants. À ce sujet, voir J. STACKELBERG, *Zur geistigen Situation der Zeit der Göttinger Universitätsgründung 1737. Eine Vortragsreihe aus Anlaß des 250jährigen Bestehens der Georgia Augustana*, Göttingen, Göttinger Universitätschriften, série A, vol. 12, 1988. Voir également la description qu’en fait G. Krebs : « Beaucoup plus ancienne et plus réputée que l’université de Bonn, Göttingen était fréquentée par l’élite de l’Allemagne du Nord, notamment par toute l’aristocratie hanovrienne. [...] Celle que l’on surnommait la “reine des universités” marquait de son empreinte toute la ville : sur 10 000 habitants il y avait 1 500 étudiants et, alors qu’on disait ailleurs qu’une ville avait son université, Göttingen était une université qui avait sa ville » (G. KREBS, « Heine, Göttingen et l’Allemagne : histoire d’une intégration manquée », *Heine voyageur*, Toulouse, Presses Universitaires du Mirail, 1996, p. 151).

Droit romain

Questions
Compléments
Général
Codes
Addendum
Correspondance
Thémis
Droit coutumier
Recension
Corrections
Biographie

Droit germanique

Ce visuel inspire deux remarques. Premièrement, les codes ou la codification ne sont pas les thèmes majeurs choisis par les contributeurs. Sur l'intégralité des articles, seulement deux étudient les codes – dont un de Savigny, le bien connu « *Voix pour et contre les nouveaux codes* » (« *Stimmen für und wider neue Gesetzbücher* »⁹⁸⁷), qui prolonge et développe les propos du *Vom Beruf*. Dans l'ensemble, les auteurs de la *Zeitschrift* ne cherchent pas des moyens de maintenir ou d'opérer un tri parmi les codes français. Ils n'écrivent pas non plus pour les rejeter. De même, on ne voit pas de commentaires d'autres codes qui auraient pu faire concurrence aux codes napoléoniens, tels que les codes prussien ou autrichien. La revue tient donc la promesse faite par ses créateurs : offrir un espace quasiment préservé de l'influence française, plus largement un sanctuaire hors de la problématique codificatrice.

Deuxièmement, les centres d'intérêt de la nouvelle école apparaissent clairement dans les thématiques traitées. Le thème largement prépondérant dans la revue est celui du droit romain, qui représente 56% des articles. Nous comptons ici seulement les articles dont le titre se réfère explicitement au droit romain ; si l'on vérifie le thème des recensions et correspondances, ce chiffre augmente encore de façon significative, puisque les correspondances discutent de la découverte de textes latins. Ce paradigme romaniste est facilement explicable, en ce qu'il est révélateur du parcours de ses fondateurs : la majorité des co-fondateurs de la *Zeitschrift*, Savigny et Göschen, sont avant tout romanistes. Une grande partie des contributeurs de la

⁹⁸⁷ F. C. VON SAVIGNY, « *Stimmen für und wider neue Gesetzbücher* », *Zeitschrift...*, *op. cit.*, vol. 3, 1815, p. 1 à 52, traduit en français par A. DUFOUR dans *De la vocation de notre temps...* *op. cit.*, p. 189 à 224.

Zeitschrift se passionnent pour le droit romain, voire l'enseignant. Ces auteurs restent étroitement attachés à l'étude du droit antique, et s'inspirent de méthodes enseignées par Hugo, illustre pro-recteur de la faculté de Göttingen⁹⁸⁸ – en ce sens, on pourrait presque parler d'une « école de Göttingen ». Les premiers auteurs historicistes d'Allemagne sont pandectistes⁹⁸⁹. Ils considèrent que le droit allemand doit se mettre à l'école du droit romain, de son histoire et de ses commentateurs ; cette dynamique, initiée par Hugo à l'extrême fin du XVIII^e siècle, est perpétuée notamment par Savigny qui lui appliquera une méthode systématique. Le droit romain en tant que source reste compatible avec l'École historique allemande, car pour Savigny, c'est la démarche qui compte : l'acte de réception du droit romain fait partie du *Volksgeist*, car il est une manifestation du génie collectif allemand inspiré par la culture européenne⁹⁹⁰. Paradoxalement, celui qui cherche à fonder une grande École historique et patriotique manifeste aussi la conscience d'un fonds doctrinal commun aux pays européens.

Dans cette configuration, le vieux droit germanique-allemand semble en retrait. En comptant les articles qui le mentionnent explicitement, le droit germanique représente 21% des publications ; le seul fondateur germaniste, Eichhorn, contribue six fois moins que Savigny et deux fois moins que Göschen. Là encore, la vision du *rechtswissenschaft* selon Savigny domine : une science du droit rationalisée à l'extrême, visant la connaissance et la systématisation d'un droit civil commun potentiellement applicable en pratique. En réalité, entre 1815 et 1825, deux courants se détachent dans les sommaires de la *Zeitschrift* : la branche romaniste et la branche germaniste. Savigny annonce cette binarité dès le départ dans son article programmatique ; il prévient ainsi que la revue contiendra des contributions sur « toutes les parties de la science du droit actuelle, mais de préférence du droit romain et du droit germanique »⁹⁹¹. La distinction est explorée dans le premier article d'Eichhorn pour la *Zeitschrift* ; article qui contient déjà les germes de ce qui constituera une des principales divergences au sein de l'École historique.

⁹⁸⁸ H.-P. HAFERKAMP, *Die Historische...*, *op.cit.*, p. 31 à 46.

⁹⁸⁹ J. MICHAEL RAINER, « Le premesse storiche degli studi di diritto romano nel mondo germanico », *Nel mondo del diritto romano*, Rome, Jovene Editore, 2017, p. 185.

⁹⁹⁰ U. WOLTER, « La réception du droit romain dans les pays germaniques à la fin du Moyen-Âge et ses répercussions sur la pensée juridique européenne. Un psychogramme de la science de l'histoire du droit allemand des deux derniers siècles », *Revue d'histoire des Facultés de droit et de la science juridique*, n°13, 1992, p. 94

⁹⁹¹ « Ihr Inhalt im Einzelnen ist schon durch die Bachhändleranzeige folgendermaßen angekündigt worden : I. Abhandlungen aus allen Teilen der positiven Rechtswissenschaft, vorzugsweise jedoch aus dein Römischen und Germanischen Rechte » (F. C. VON SAVIGNY, « Über den Zweck... », *op. cit.*, p. 12).

II. Romanistes et Germanistes : l'émancipation vis-à-vis du *rechtswissenschaft* savignien

Si le premier article de la revue décrit les grandes orientations de l'École historique, il est intéressant de remarquer que Savigny n'est pas le seul fondateur à proposer un texte programmatique. Göschen, son collègue romaniste, entre directement dans le vif du sujet : il dédie sa première contribution à un texte de Gaius, dont il examine à la fois le contenu et les études⁹⁹². Mais le troisième co-fondateur, Eichhorn, choisit de donner à son premier article un titre général : *De l'étude historique du droit allemand (Über das geschichtliche Studium des Deutschen Rechts)*⁹⁹³. L'article inaugural d'Eichhorn est intéressant à de multiples niveaux. Il prouve d'abord, comme le mentionne Olivier Jouanjan, que l'abandon de la branche germaniste par l'École historique savignienne n'est pas un péché « originel » ; puisque pour prouver l'attachement du *Rechtswissenschaft* régénéré au droit germanique, la revue ne se contente pas d'un paragraphe dans le premier article de Savigny⁹⁹⁴ : elle laisse son co-fondateur germaniste poser la deuxième pierre. Dès la création de l'École historique, Eichhorn en est considéré comme un pilier par Savigny.

Le contenu est aussi intéressant que la démarche. Savigny a assuré une place au droit germanique au sein de son École ; à Eichhorn de déterminer cette place. S'il témoigne d'un véritable enthousiasme pour la vision globale de Savigny (A), son article n'en exprime pas moins les difficultés des Germanistes à s'intégrer pleinement dans le *rechtswissenschaft* savignien (B).

A) Une adhésion apparente à la vision savignienne

D'une part, Eichhorn insiste sur le fait que les « livres de droit ont besoin d'une nouvelle édition critique et de commentaires complets, surtout historiques ». Cette proposition correspond à la

⁹⁹² G. J. GÖSCHEN, « Über die *Res quotidianae* des Gajus », *Zeitschrift...*, *op. cit.*, vol. 1, 1815, p. 54 à 77.

⁹⁹³ K. F. EICHHORN, « Über das geschichtliche Studium des Deutschen Rechts », *Zeitschrift...*, *op. cit.*, vol. 1, 1815, p. 124 à 126.

⁹⁹⁴ O. JOUANJAN, *Une histoire de la pensée...*, *op. cit.*, p. 82.

volonté d'une réforme générale et profonde de la science du droit ; et c'est en quelque sorte ce qu'Eichhorn lui-même a entrepris avec son *Histoire du droit public et des législations de l'Allemagne*, qui devient un incontournable pour ses successeurs germanistes⁹⁹⁵. D'autre part, il se réjouit de la tournure collective que Savigny souhaite donner à la science du droit, louant la mise en commun des recherches et la jonction des efforts :

« Il serait particulièrement souhaitable, pour le traitement de l'histoire allemande spéciale, d'unir les forces de plusieurs personnes dans le même but, d'autant plus que, pour une histoire fondée sur des documents, dont la présentation n'est en fait qu'un but secondaire, la division du travail est permise et la recherche ne peut pas aller trop loin dans les détails. Dans une histoire nationale, l'histoire de [...] de chaque ville, de chaque territoire qui existait autrefois en tant que tel, constitue en quelque sorte un tout susceptible d'être étudié séparément, de sorte que les matériaux nécessaires à une histoire nationale plus vaste peuvent être réunis par des individus et traités eux-mêmes dans une certaine mesure. Les faits les plus importants pour le droit privé du pays et de ses différentes parties peuvent en outre être étudiés beaucoup plus facilement et complètement par plusieurs personnes, qui sont favorisées par des relations officielles, que par une seule »⁹⁹⁶.

De la même façon, Eichhorn rejoint Savigny sur son projet d'unification du droit allemand, hors de la codification. Il considère en effet que si les sources du droit germanique sont multiples, certaines présentent assez de points communs pour former un ensemble national. Cette harmonisation, Eichhorn parvient à la lire dans les réflexes doctrinaux eux-mêmes : les Germanistes sont contraints par la nature des sources à procéder par comparaison, distinction et rapprochement. De fait, pour parfaire la compréhension des droits qu'ils étudient, ils trouvent naturellement des droits qui leur sont voisins, afin de compléter d'éventuelles lacunes. La somme de ces analogies de fait serait révélatrice d'une analogie supérieure, qui formerait la toile de fond de l'ancien droit allemand :

⁹⁹⁵ G. DILCHER, « The Germanists... », *op. cit.*, p. 35.

⁹⁹⁶ « Besonders wünschenswert wäre für die Bearbeitung der Deutschen Spezialgeschichte die Vereinigung der Kräfte mehrerer für denselben Zweck, zumal da bei einer auf Urkunden gegründeten Geschichte, welcher die Darstellung eigentlich nur untergeordneter Zweck ist, Teilung der Arbeit zulässig ist, und die Forschung nicht zu weit ins Einzelne gehen kann. In einer Landesgeschichte macht die Geschichte [...] jeder Stadt, jedes einzelnen früherhin für sich bestehenden Territoriums gewissermaßen ein Ganzes aus, das einer abgesonderten Untersuchung fähig ist, so dass die Materialien für eine größere umfassende landesgeschichte von Einzelnen zusammen gebracht und selbst bis auf einen gewissen Grad verarbeitet werden können. Die wichtigsten Tatsachen für das Privatrecht des Landes und seiner einzelnen Teile können überdies von mehreren, welche durch amtliche Verhältnisse begünstigt werden, viel leichter und vollständiger erforscht werden, als von einem. » K. F. EICHHORN, « Über das... », *op. cit.*, p. 139 à 140.

« [...] le droit civil avait un centre visible et une forme scientifique, d'où devait nécessairement découler un effort pour former un système juridique complet pour toutes les situations rencontrées. Néanmoins, certains ont cru qu'il nous manquait une telle ressource, parce que là où ni le droit particulier ni le droit romain ne suffisaient, il faut procéder par analogie avec le droit particulier ; et donc que ce que l'on applique sous le nom de droit commun allemand, s'il est réellement applicable, ne peut être appelé que droit particulier analogique. Mais il ne peut y avoir d'analogie suffisante pour tous ces cas [...], car elle supposerait un système complet de ce droit particulier. Les partisans de cette opinion le reconnaissent d'ailleurs eux-mêmes, puisque pour trouver cette analogie, ils s'aident d'autres droits particuliers dans lesquels on trouve le même concept et les mêmes dispositions générales que dans celui pour lequel on cherche en fait la disposition analogique »⁹⁹⁷.

Dans l'absolu donc, la dispersion des sources du droit allemand ne devrait pas faire obstacle à leur systématisation ; elle n'est pas non plus incompatible avec la pratique, puisqu'une partie de l'ancien droit allemand subsiste dans le droit actuel. Selon Eichhorn, le droit germanique-allemand est donc prêt à participer à la régénération du *rechtswissenschaft* telle que l'envisage l'École historique :

« [...] dans les livres qui ont la réputation d'être particulièrement minutieux, le *Miroir des Saxons* est encore considéré comme un droit territorial saxon, et le dit *Miroir des Souabes* comme un recueil de coutumes juridiques de l'Allemagne méridionale, bien qu'une comparaison seulement superficielle de leur contenu suffise pour se convaincre qu'ils sont tous deux un seul et même livre de droit, dont les différents manuscrits ne se distinguent que par des préfaces et des gloses ultérieures différentes. [...] Il n'est pas rare d'entendre dire qu'ils ne contenaient que des antiquités juridiques, ce qui prouve que l'on a complètement oublié l'origine de nombreux éléments du droit actuel »⁹⁹⁸.

⁹⁹⁷ « [...] das bürgerliche Recht einen sichtbaren Mittelpunkt und eine wissenschaftliche Gestalt gehabt, von welcher notwendig ein Bestreben ausgehen musste, für alle vorkommende Verhältnisse ein vollständiges Rechtssystem auszubilden [...]. Dennoch haben Einige geglaubt, dass uns eine solche Entscheidungsquelle fehle, und die Rechtslehren, welche man gewöhnlich mit dem Namen des gemeinen Deutschen Privatrechts bezeichnet, diese Benennung nicht verdienten, indem da, wo weder das Partikularrecht noch das Römische Recht ausreiche, nach der Analogie des Partikularrechts gesprochen werden müsse, und daher das, was man dann unter dem Namen des gemeinen Deutschen Rechts zur Anwendung bringe, so sein es wirklich anwendbar sei, nur analogisches Partikularrecht genannt werden könne. Allein eine für alle jene Fälle ausreichende, [...] kann es nicht geben, da sie ein vollständiges System in jenes partikulären Rechts voraussetzen würde. Die Anhänger jener Meinung erkennen dies auch selbst, indem sie als Hilfsmittel für die Auffindung jener Analogie, andere Partikularrechte betrachten, in welchen derselbe Begriff und dieselben allgemeinen Bestimmungen angetroffen werden, wie in jenem, für welches eigentlich die analogische Bestimmung gesucht werde » (*Ibid.*, p. 128).

⁹⁹⁸ « So wird selbst in Büchern, welche den Ruf besonderer Gründlichkeit haben, der Sachsenspiegel noch immer als ein Sächsisches Landrecht, und der sogenannte Schwabenspiegel als eine Sammlung von Rechtsgewohnheiten des südlichen Deutschlands betrachtet, ohnerachtet eine nur oberflächliche Vergleichung ihres Inhalts hinreicht, sich zu überzeugen, dass beide ein und dasselbe Rechtsbuch sind, dessen verschiedene Handschriften sich nur durch verschiedene spätere Vorreden und Glosseme unterscheiden. [...] man doch nicht selten vernommen, dass

Malgré cette démonstration de bonne volonté, Eichhorn reconnaît que, pour les Germanistes, la tâche à accomplir pour réformer la science du droit s'annonce ardue.

B) Les difficultés identifiées par les Germanistes

Dès les premières lignes de son article, Eichhorn admet la différence de traitement entre droit romain et droit allemand. Plus encore, il affirme que la concentration sur les études romanistes engendre une connaissance incomplète du droit national. Elle serait donc, selon les critères mêmes de l'École historique, un obstacle au développement du *rechtswissenschaft* :

« Dans notre droit civil actuel, on peut distinguer dans tous les pays d'Allemagne deux éléments fondamentaux : le droit romain et le droit germanique. Plus ce dernier prend de l'importance dans les rapports juridiques individuels, bien que le droit romain ait l'avantage d'une application plus générale, et plus le traitement de la matière qui appartient à notre propre spécificité nationale doit susciter un intérêt national, plus il est frappant de constater que la formation scientifique du droit privé allemand se trouve encore à un niveau assez bas. [...] Que le droit romain constitue une partie principale de ce droit commun, et que les institutions juridiques allemandes notamment puissent être jugées à partir de celui-ci, dans la mesure où il existe pour elles un principe de décision analogue dans le droit romain, cela ne fait aucun doute. Mais il est tout aussi certain que le droit romain ne suffit pas pour juger tous les rapports juridiques civils, parce qu'il n'y a pas, et ne peut pas y avoir, d'analogie pour tous dans le droit romain, puisqu'il n'est pas directement lié à notre état juridique antérieur, mais qu'il n'y est lié que par le droit allemand qui se trouve à côté de lui. Il doit donc exister, en dehors du droit romain, une source de décision de droit commun à partir de laquelle le droit particulier peut être complété »⁹⁹⁹.

sie eigentlich bloß Rechtsaltertümer enthielten - ein Beweis, dass die Abstammung vieler Sätze des heutigen Rechts ganz vergessen worden ist » (*Ibid.*, p. 142 à 143).

⁹⁹⁹ « In unserem heutigen bürgerlichen Recht, lassen sich in allen Ländern von Deutschland zwei Grundbestandteile unterscheiden, Römisches und Germanisches Recht. Je bedeutender das letztere in praktischer Beziehung bei einzelnen Rechtsverhältnissen hervortritt, obwohl das Römische das Interesse einer allgemeiner verbreiteten Anwendbarkeit vor ihm voraus hat, und je mehr nationales Interesse die Bearbeitung des Stoffs erregen muss, der unserer eigenen Volkseigentümlichkeit angehört, um so auffallender ist es, dass gerade die wissenschaftliche Ausbildung des Deutschen Privatrechts noch auf einer ziemlich niederen Stufe steht. [...] Das von diesem gemeinen Rechte das Römische Recht einen Hauptbestandteil ausmache, und dass aus diesem namentlich auch Deutsche Rechtsinstitute beurteilt werden können, so sein es für sie im Römischen Recht ein analogisches Princip der Entscheidung gibt, ist außer Zweifel. Aber eben so gewiss ist es, dass das Römische Recht zur Beurteilung aller bürgerlichen Rechtsverhältnisse nicht hinreicht, weil es nicht für alle eine Analogie im Römischen Rechte gibt, und nicht geben kann, da es nicht unmittelbar mit unserem frühes im Rechtszustand zusammenhängt, sondern erst durch das neben ihm stehende Deutsche Recht damit verknüpft wird. Es muss also

Toutes les sources du droit national prendraient donc racine dans un terreau commun, issu de la conscience populaire ; et ce terreau serait le droit germanique-allemand. Pour accomplir les objectifs posés par l'École historique, les juristes doivent donc remonter aux origines de la tradition juridique allemande. En cela, les Germanistes, peut-être davantage que les Pandectistes, sont proches des cercles littéraires romantiques qui fleurissent à l'époque : si Savigny rattache la pandectique au romantisme par le truchement du *Volkgeist*¹⁰⁰⁰, les Germanistes, eux, se trouvent directement au cœur de l'esprit romantique : ils entendent retrouver les racines de leur droit national, tel qu'il aurait été bâti par les peuples allemands¹⁰⁰¹.

La greffe germaniste sur l'École savignienne est encore remise en question lorsqu'Eichhorn aborde le problème de la nature des sources. La volonté de coopération universitaire et de mise en commun des sources peut être attribuée à l'adhésion d'Eichhorn à l'École historique, mais pas seulement. Il convient de rappeler les caractéristiques du droit germanique-allemand, qu'Eichhorn désigne simplement sous le nom de « droit allemand indiquez-le en langue allemande » : quand les textes de droit romain favorisent une construction en système, les sources de droit germaniques sont hétéroclites. On y trouve tant le *Miroir des Saxons* (*Sachsenspiegel*) que les statuts municipaux, ou encore des lois locales dont certaines sont encore en vigueur. La diversité de ces sources et leur caractère parfois incomplet, obligent les germanistes à adapter leur méthode de travail. C'est donc naturellement qu'ils font entrer d'autres disciplines dans le champ du droit : les multiples langues utilisées nécessitent des connaissances en philologie ; la dispersion géographique et temporelle des textes exige de connaître différents contextes économiques, sociaux et politiques¹⁰⁰². Il apparaît qu'Eichhorn se base en réalité sur un historicisme pragmatique « à l'ancienne », étudiant le passé pour le

noch außer dem Römischen Recht. eine gemeinrechtliche Entscheidungsquelle geben, aus welcher das Partikularrecht ergänzt werden kann. Ja sie hätte sich notwendig seit der Einführung des Römischen Rechts bilden müssen, wenn es wahr wäre, dass es vorher gar kein gemeines Recht in Deutschland gegeben habe, das neben dem Römischen hätte fort dauern, und sich mit diesem verbinden und unter dessen Einfluss weiter fortbilden können » (K. F. EICHORN, « Über das... » *op. cit.*, p. 124 et 127).

¹⁰⁰⁰ La greffe n'est pas évidente : le rationalisme et la systématisation voulus par Savigny restent en tension avec le courant romantique. La pensée savignienne touche au romantisme sur d'autres points : l'unification du droit comme l'unification d'une seule langue, l'exaltation du génie populaire. G. DILCHER, « The Germanists... », *op. cit.*, p. 21.

¹⁰⁰¹ *Ibid.*, p. 29.

¹⁰⁰² G. DILCHER, « The Germanists... », *op. cit.*, p. 31.

passé, sans projection de l'histoire dans l'avenir juridique¹⁰⁰³. De fait, ce que Savigny voit comme le programme d'une réforme complète du *rechtswissenschaft*, Eichhorn semble le voir comme un moyen pratique de faire progresser les recherches germanistes :

« Notre richesse en documents est en fait devenue un obstacle à leur utilisation. L'énorme masse de documents publics et privés imprimés est dispersée dans les ouvrages les plus divers, où souvent on ne les cherche même pas, et c'est justement dans les grandes collections que l'on ne trouve généralement que peu de documents qui présentent un intérêt pour le droit civil. Ce serait donc un travail très méritoire que d'établir une collection de documents qui ne serait calculée que pour le droit privé, ou du moins de rassembler dans un répertoire, selon un ordre scientifique, ce qui existe de documents imprimés qui concernent les rapports du droit privé et qui ont un intérêt juridique. Comme un tel travail n'a en soi que peu d'attrait, et qu'il doit en même temps être d'une très grande ampleur s'il doit donner des résultats importants, il ne peut naturellement pas être entrepris par un seul individu ; mais la collaboration de plusieurs à une telle collection ou à un tel inventaire de documents est non seulement admissible, mais même particulièrement avantageuse, car on peut alors lui donner la plus grande extension possible. En général, la division du travail semble être le meilleur moyen d'utiliser le matériel qui a été rassemblé jusqu'à présent pour l'étude scientifique du droit allemand »¹⁰⁰⁴.

Ces deux obstacles principaux – obstacle théorique, obstacle pratique – ne trouvent pas de solution dans l'École historique, et les Germanistes ne parviendront pas à pratiquer le *rechtswissenschaft* tel que le conçoit Savigny. En effet ce dernier, malgré sa volonté d'englober les deux branches, reste fondamentalement romaniste¹⁰⁰⁵ ; or la *Zeitschrift*, c'est Savigny. Si les

¹⁰⁰³ Cette approche était notamment celle de la génération précédente de Göttingen, celle de Gustav Hugo. Voir G. DILCHER, « The Germanists... », *op. cit.*, p. 31 ; O. JOUANJAN, *Une histoire de la pensée...*, *op. cit.*, p. 48 à 54.

¹⁰⁰⁴ « Unser Reichtum an Urkunden ist neimlich für den Gebrauch ein Hindernis geworden. Die ungeheure Masse von öffentlichen und Privaturkunden, welche gedruckt find, ist in die verschiedenartigsten Werke zerstreut, wo man sie oft gar nicht sucht, und gerade in den größeren Sammlungen findet man meist nur wenige, die für das bürgerliche Recht ein Interesse haben. Es möchte daher eine sehr verdienstliche Arbeit fein, eine Urkundensammlung anzulegen, die bloß sir das Privatrecht berechnet wäre, oder wenigstens in einem Repertorium nach einer wissenschaftlichen Ordnung zusammenzustellen, was von gedruckten Urkunden, die Verhältnisse des Privatrechts betreffen, und ein juristisches Interesse haben, vorhanden ist. Da eine solche Arbeit an sich wenig Anziehendes hat, und zugleich von sehr großem Umfang sein muss, wenn sie bedeutende Resultate geben soll, so sann sie natürlich nicht von einem Einzelnen unternommen werden ; allein die Mitwirkung mehrerer zu einer solchen Sammlung oder einem solchen Urkunden-Inventarium ist nicht nur zulässig, sondern sogar besonders vorteilhaft, weil man ihr dann die möglichst größte Ausdehnung geben kann. Überhaupt scheint durch Teilung der Arbeit das Material, welches bis jetzt für die wissenschaftliche Bearbeitung des Deutschen Rechts zusammengebracht ist, am besten benutzt werden zu können » (K. F. EICHHORN, « Über das... » *op. cit.*, p. 144 à 145).

¹⁰⁰⁵ Jakob Grimm, autre représentant incontesté du courant germaniste, semble d'ailleurs déplorer le détachement de Savigny vis-à-vis du droit germanique : « Jakob Grimm rappelle qu'on trouve même, dans les premiers tomes

différences de méthodes sont encore gérables dans les premières années de la revue, comme le montre l'enthousiasme d'Eichhorn, des tensions politiques viendront creuser le fossé entre le *Rechtswissenschaft* savignien et une nouvelle génération de Germanistes, libéraux et constitutionnalistes, pour qui ce même Eichhorn est une référence¹⁰⁰⁶. La rupture éditoriale rejoint la rupture doctrinale en 1837 : la branche germaniste se détache alors de la *Zeitschrift* pour créer sa propre publication, la *Revue pour le droit allemand et la science juridique allemande*¹⁰⁰⁷.

Articles programmatiques, contributeurs d'âges proches aux parcours académiques similaires, intégration dans un réseau restreint, volonté de régénérer la science du droit à l'échelle nationale : l'accumulation de ces éléments est inédite pour une revue juridique à l'époque, et permet de distinguer l'expérience de la *Zeitschrift* du simple recueil d'articles. La revue entend accomplir, dans la pratique, le *rechtswissenschaft* imaginé par Savigny : une science du droit historique, patrimoine de tous. L'entreprise a un tel succès qu'elle finit par dépasser Savigny : la *Zeitschrift* ne parvient pas à une harmonie thématique ; le caractère hétéroclite de son contenu, présent dès les premiers numéros, finit par avoir raison de l'unité intellectuelle voulue dans l'article programmatique. L'éloignement progressif des centres d'intérêt et des auteurs peut s'expliquer par un facteur temporel : l'unité originelle des contributeurs s'est construite contre la modernité des Lumières et la codification. Dans un premier temps, leur rejet de la codification est plus fort que ce qui les divise. Mais, au fur et à mesure que la haine de Napoléon et de son système – en somme, l'*esprit de réaction* – s'éloigne, ce rejet commun s'estompe du fait de la dynamique des recherches et des publications respectives, et la division devient de plus en plus nette.

C'est pourquoi, alors que la plupart des contributeurs originels sont liés à Savigny, son École historique va évoluer, se complexifier, tout en gardant une place centrale dans le paysage doctrinal allemand du XIX^e siècle¹⁰⁰⁸. Son existence indépendante de son créateur et sa longévité confirment, *a posteriori*, ce que la *Zeitschrift* annonce : dès 1815, des juristes

de l'Histoire du droit romain au Moyen âge, un "bel exposé des droits populaires germaniques", pour ajouter cependant aussitôt : "Ce furent les seules pages dans lesquelles sa recherche s'approcha du droit allemand, aux spécificités duquel, pour le reste, il demeura aveugle" » (O. JOUANJAN, *Une histoire de la pensée...*, *op. cit.*, p. 82).

¹⁰⁰⁶ *Ibid.*, p. 82.

¹⁰⁰⁷ Sur le conflit de Hanovre, les « Sept de Göttingen » et les objectifs de la revue, voir *Ibid.*, p. 79 à 82.

¹⁰⁰⁸ *Une histoire de la pensée...*, *op. cit.*, p. 45.

allemands ont su dépasser le stade de la réaction aux codes français ; ils se sont appuyés sur le réseau universitaire pour trouver une alternative non pas législative, mais purement doctrinale, au débat sur la codification ; ils ont organisé cette alternative pour en faire une véritable force de résistance à l'influence étrangère, force qui perdurera durant des décennies dans littérature juridique allemande. En somme le *rechtswissenschaft*, promu par la *Zeitschrift*, accomplit un tour de force alors unique en Europe : « sauver la science face aux codes »¹⁰⁰⁹.

La réception des codes français, malgré sa brièveté, marque profondément la littérature juridique des pays libérés. Les réactions observées sont de deux types. D'une part, la majorité des auteurs désirent la modernisation de leur droit national ; or si cette modernisation est déjà désirée, voire en cours sous les monarchies éclairées du XVIII^e, l'introduction des codes napoléoniens apparaît comme un facteur décisif. En effet, le bouleversement du droit national par les Français, puis leur départ brutal, laissent un paysage juridique à reconstruire ; et les codes français, alors qu'ils ont servi à l'assimilation des territoires occupés, deviennent une opportunité viable de rétablir l'ordre dans les États restaurés. Cette opportunité est comprise par un certain nombre d'auteurs, tels que Bandtkie, Meyer ou Liberatore, qui n'hésitent pas – parfois quelques mois seulement après la libération – à défendre une inspiration française, souvent face à des commissions législatives frileuses. Cette défense ne peut pas encore être franche et enthousiaste ; en témoignent les stratégies discursives utilisées à l'époque, qu'elles invoquent l'argument romain, fassent le lien avec le siècle des Lumières, ou considèrent simplement les codes français comme acquis. Cependant, l'acceptation du principe même de la codification n'emporte pas l'acceptation du contenu des codes français. Partout où les auteurs défendent le système à la française, les réserves semblent être les mêmes : certains mécanismes contenus dans les codes – divorce, jury criminel, successions – font l'objet de discussions animées. Dans des pays qui n'ont pas vécu les événements et les débats ayant mené à ces réformes en France, ces principes ne parviennent pas à prendre racine et sont le plus souvent écartés. Preuve que si les codes napoléoniens peuvent attirer techniquement, ils sont rejetés sur ce qu'ils ont de typiquement français : l'héritage, même atténué, de la table rase et des réformes révolutionnaires.

D'autre part, il subsiste une minorité d'auteurs conservateurs et réactionnaires opposés à toute

¹⁰⁰⁹ Gustav Hugo, cité par A. DUFOUR dans F. C. VON SAVIGNY, *De la vocation de notre temps... op.cit.*, p. 41.

codification moderne du droit national. Leur littérature s'inscrit dans le rejet des Lumières et de ce qu'elles ont inspiré ; pour ces auteurs souvent religieux, les invasions napoléoniennes sont la conséquence et la preuve de l'impiété qui gangrène l'Europe. Le point d'orgue de cette impiété est la Révolution française, dont le spectre hante les ouvrages de Haller, Vélez et Minutole. Dans leur cas, les codes napoléoniens ne sont qu'une confirmation : ils démontrent concrètement ce contre quoi ils mettent en garde ; autrement dit, la menace que représentent les Lumières en général, et les Français en particulier, pour l'Europe chrétienne. Contre ce danger, deux mesures à prendre : purger définitivement le système juridique national de toute trace française, s'abstenir de s'en inspirer pour l'avenir, et revenir purement et simplement à l'ancien droit, à la tradition juridique. L'on passe ainsi d'une nostalgie passive sous l'occupation, à une réaction active après la libération. Mais il est encore un territoire où même le stade de la réaction est dépassé. Certains juristes allemands ne comptent pas seulement détruire les influences juridiques de l'envahisseur ; sur leurs ruines, ils veulent bâtir une École. C'est Savigny qui, sans doute plus que tout autre auteur de l'époque, rebondit de la façon la plus remarquable après le départ des Français. Il ne propose pas de modernisation en s'inspirant de leur système, mais il ne se contente pas non plus de prôner un simple retour au passé. Face aux défenseurs des codes français et aux réactionnaires, qui appellent de leurs vœux une réforme législative, l'École historique du droit choisit de chercher le salut du droit national dans le *rechtswissenschaft*.

La confrontation de ces deux courants, l'un libéral, l'autre conservateur, l'un pro-codification, l'autre anti-codification, nous conduit cependant à une remarque fondamentale : tous partagent un fort sentiment national. L'attachement à la patrie, la préservation de l'honneur national, la loyauté au pays natal, sont affirmées par chacun des auteurs que nous avons pu étudier¹⁰¹⁰. Ce

¹⁰¹⁰ « Gdyby zaś, czy to z powodu, że zmiany są może trudniejsze od nowych układów, czy dla honoru narodowego, by się nie rządzić prawami obcemi, uznano konieczność tworzenia zupełnie nowych kodeksów [Si, au contraire, on jugeait nécessaire de créer des codes entièrement nouveaux – soit parce qu'il est plus difficile de changer des lois existantes que d'en créer de nouvelles, soit au nom de l'honneur national, pour ne pas être régi par des lois étrangères] » (J. W. BANDTKIE, *Myśli o zmianie...*, *op.cit.*, p. 174) ; « La nazione attende con impazienza e con fiducia da questo lavoro la rettificazione e il compimento dell'edifizio del suo siste ma penale : lavoro che farà parte del generale esame cui si è sottoposta tutta la giurisprudenza , on de renderla più adatta alle circostanze, agli usi, ai bisogni del nostro Regno [La nation attend avec impatience et confiance la rectification et l'achèvement de la construction de son système pénal : ce travail fera partie de l'examen général auquel toute jurisprudence a été soumise, afin de la rendre plus appropriée aux circonstances, aux coutumes et aux besoins de notre Royaume] » (P. M. LIBERATORE, *Saggio sulla giurisprudenza...*, *op. cit.*, adresse au lecteur) ; « [...] j'ai rempli l'objet que je m'étais proposé dans cet écrit. Trop heureux si mes raisonnemens pouvaient être de quelque

qui diverge, c'est la vision de ce qu'est la véritable patrie, ou de ce qu'elle devrait être ; c'est la date à laquelle on situe l'âge d'or de son pays, et donc la date sur laquelle il faudrait s'aligner pour les réformes ; c'est la question de l'intégration – ou non – de l'héritage des Lumières à l'histoire nationale, de l'intégration – ou non – de l'expérience française et des codes napoléoniens à l'ordre juridique national. Mais quel que soit leur alignement politique, les auteurs discutant des codes français ont la même préoccupation : trouver ce qui est selon eux, le meilleur modèle juridique pour leur pays. Dans cette entreprise, le début du XIX^e siècle apporte son lot de défis.

Qu'elle admire ou conspuie les codes napoléoniens, la littérature juridique des années 1814-1825 vit un phénomène commun à toute l'Europe : ses sujets d'études potentiels se multiplient. La complexification de la situation politique, sociale et économique s'accompagne d'une complexification juridique, puisque l'expansion des codes napoléoniens ajoute un facteur supplémentaire à prendre en compte pour tout juriste qui souhaite commenter son droit national, voire en proposer la réforme. Il devient inenvisageable de maîtriser toutes les sources du droit, de connaître en profondeur tous les systèmes existants. Or au départ des Français, les auteurs européens ont justement besoin d'une connaissance juridique la plus large possible ; c'est tous les pans du droit qu'il faut rediscuter, éventuellement réformer. La méthode comparative s'impose alors : pour distinguer le meilleur projet pour son droit national, il faut d'abord en étudier plusieurs, en écarter certains et en retenir d'autres ; il faut simplifier les systèmes afin

avantage à ma patrie, je me bornerai à la conviction intime de n'avoir recherché que son utilité [...] » (J. D. MEYER, *De la nécessité...*, *op. cit.*, p. 133) ; « [...] il est bon de n'être pas seul [...] afin que la masse des honnêtes gens du pays sache auprès de qui elle doit se rallier, et où elle doit reconnaître la véritable patrie » (Ch.-L. DE HALLER *De la constitution...*, *op. cit.*, p. 157) ; « Este es el carácter del español. En ellos ha blaba su piedad, el amor á su rei y su religion, su valor. Ellos inflamaron los pueblos, [...], les pusieron las armas en las manos, alegres caminan á los combates, no se les oye mas que religion... patria... Fernando... [Tel est le caractère de l'Espagnol. En eux se trouvait leur piété, leur amour pour leur roi et leur religion, leur courage. Ils enflammèrent le peuple, [...] leur mirent des armes dans les mains, ils marchèrent joyeusement aux combats, on n'entendit d'eux rien d'autre que religion... patrie... Ferdinand...] » (R. DE VÉLEZ, *Apologia...*, *op. cit.*, vol. 2, p. 41) ; « [il] rivoluzionario torrente [...] orgoglioso avanzavasi per atterrare e sommergere unitamente al Santuario, ogni patria indipendenza, i costumi, il Solio e l'autonomia [...] le torrent révolutionnaire [...] s'avancait fièrement pour mettre à terre et submerger, avec l'Église, toute indépendance nationale, toute coutume, tout Sol et toute autonomie » (A. CAPECE MINUTOLO, *Sull'utilità...*, *op. cit.*, p. 103 0 104) ; « Eine solche Unternehmung dars gerade jetzt, da durch die edelsten Kräfte die höchsten Güter der Nation gerettet sind, mit frischer Hoffnung begonnen werden [Une telle entreprise doit être entreprise avec un espoir renouvelé, maintenant que les biens les plus précieux de la nation sont sauvés par les forces les plus nobles] » (F. C. VON SAVIGNY, « Über den Zweck... », *op. cit.*, p. 7) ; « [...] kein Deutsches Land durch Volkseigentümlichkeit und Geschichte jemals ganz von dem übrigen Deutschland getrennt gewesen ist. [...] die Rechtsverfassung jedes Deutschen Landes in einem inneren Zusammenhang mit der des übrigen Deutschlands gedacht werden müsse [...] aucun pays allemand n'a jamais été complètement séparé du reste de l'Allemagne par sa spécificité nationale et son histoire. [...] la constitution juridique de chaque Land allemand doit être en relation interne avec celle du reste de l'Allemagne. Il faut penser à l'ensemble de l'Allemagne » (K. F. EICHHORN, « Über das... », *op. cit.*, p. 126) ; etc.

de mieux les confronter ou les rapprocher ; il faut, enfin, compter sur la circulation des idées doctrinales, dans une Europe où les échanges se multiplient. La fin de l'Empire marque ainsi, en Europe, un déploiement de la législation comparée.

Qu'elle admire ou conspue les codes napoléoniens, la littérature juridique des années 1814-1825 vit un phénomène commun à toute l'Europe : ses sujets d'études potentiels se multiplient. La complexification de la situation politique, sociale et économique s'accompagne d'une complexification juridique, puisque l'expansion des codes napoléoniens ajoute un facteur supplémentaire à prendre en compte pour tout juriste qui souhaite commenter son droit national, voire en proposer la réforme. Il devient inenvisageable de maîtriser toutes les sources du droit, de connaître en profondeur tous les systèmes existants. Or au départ des Français, les auteurs européens ont justement besoin d'une connaissance juridique la plus large possible ; c'est tous les pans du droit qu'il faut rediscuter, éventuellement réformer. La méthode comparative s'impose alors : pour distinguer le meilleur projet pour son droit national, il faut d'abord en étudier plusieurs, en écarter certains et en retenir d'autres ; il faut simplifier les systèmes afin de mieux les confronter ou les rapprocher ; il faut, enfin, compter sur la circulation des idées doctrinales, dans une Europe où les échanges se multiplient. La fin de l'Empire marque ainsi un déploiement de la législation comparée sur le continent.

Titre IV. La codification à la française et le déploiement de la législation comparée

Avant d'étudier ce phénomène, il convient de circonscrire substantiellement et temporellement la notion de comparaison juridique. Si l'on en garde une définition large et concrète, il est possible de retenir celle de Sylvain Soleil : selon lui, il s'agit « de rapprocher dans l'espace et/ou le temps des institutions, des principes, des mécanismes, voire des systèmes juridiques entiers, d'en signaler les particularités, les différences et les ressemblances »¹⁰¹¹. Il nous semble que cette définition contient deux démarches doctrinales différentes, présentant chacune des caractéristiques méthodologiques. D'une part, le fait de rapprocher « des institutions, des principes, des mécanismes » : cette méthode est souvent utilisée par des auteurs engagés dans la réforme du droit national, qui procèdent à une étude approfondie des institutions, principes et mécanismes en question, afin de les comparer et d'en tirer des points d'amélioration concrets pour leur droit national. Dans cette perspective, leur étude se concentre sur un domaine du droit, voire une institution, et poursuit un but précis : la réforme juridique. Ce qui en résulte est bien de la comparaison juridique ; une comparaison que nous qualifierons de *pratique*. D'autre part, rapprocher « des systèmes juridiques entiers » nous paraît découler d'un raisonnement différent : cette fois, il s'agit pour l'auteur de peindre le paysage d'ensemble de son ordre juridique par rapport aux ordres étrangers, ou plus largement d'insérer toutes les législations étrangères dans une fresque commune. Le but peut être de mettre en avant son droit national, de justifier son ouverture à des apports étrangers, de prôner une circulation ou une harmonisation juridique ; il peut s'agir de découvrir un éventuel tronc commun entre toutes les législations, ou de comprendre les facteurs qui ont pu les éloigner les unes des autres. Le travail peut porter sur tous les domaines du droit pris ensemble, ainsi que tous les principes, mécanismes et institutions contenus dans ces domaines, puisqu'ils sont insérés dans un seul système juridique. Nous qualifierons cette comparaison de *scientifique*.

Cette distinction entre « praticiens spécialistes » et « spéculateurs généralistes », entre « office

¹⁰¹¹ S. SOLEIL, « Pourquoi comparait-on les droits au XIX^e siècle ? », *Clio@Themis* [en ligne], n°13, 2017, consulté le 22/05/2022.

pratique » et « office scientifique » est posée dès 1857 par Emerico Amari dans sa *Critique d'une science des législations comparées* (« *Critica di una scienza delle legislazioni comparate* »¹⁰¹²). Amari fonde ses observations sur une rétrospective des travaux comparatifs de l'Antiquité à la période contemporaine. Il comprend donc dans son étude la période qui nous intéresse, qu'il décrit comme « une ère nouvelle d'imitation, de transmission constante et très rapide de codes et de lois »¹⁰¹³.

Or, le constat s'impose : durant les années 1814-1825, la littérature européenne appréhende la comparaison juridique comme un moyen, et non comme un sujet d'étude à part entière. Il faut attendre la moitié du XIX^e pour que des auteurs s'intéressent à l'acte de comparaison pour lui-même, et tentent d'en déterminer les mobiles ou les profils. Ce phénomène s'accroît à partir du XX^e siècle, lorsque *la législation comparée* devient *le droit comparé*, une discipline à part entière¹⁰¹⁴. Auparavant – et cela est vrai notamment lorsque Napoléon disparaît de la scène européenne, certains auteurs correspondent déjà aux catégorisations qui seront faites par l'historiographie ultérieure ; leur comparaison peut être pratique comme scientifique ; mais elle ne s'introspecte pas. C'est une comparaison *réflexe* ; autrement dit, les auteurs que nous avons vu à l'œuvre comparent sans rétrospective, sans typologie, sans théorie de leur propre démarche comparative. S'ils comparent, c'est parce qu'ils y sont amenés par les circonstances. Certes, la littérature juridique n'a pas attendu les guerres napoléoniennes pour comparer les législations¹⁰¹⁵. Mais la fragmentation des territoires, la multiplication des réformes et des

¹⁰¹² E. AMARI, *Critica di una scienza delle legislazioni comparate*, Palerme, 1857, p. 46.

¹⁰¹³ *Ibid.*, p. 65.

¹⁰¹⁴ Sur le développement des études portant sur la comparaison juridique, voir la bibliographie fournie par S. SOLEIL : « J. Husa, *A New Introduction to Comparative Law*, Oxford, Portland, Bloomsbury, 2015, p. 6 s. ; R. Legeais, « Pour une introduction au droit comparé : développement du droit comparé et diversification de ses fonctions », *Grands systèmes de droit contemporain. Approche comparative*, Paris, LexisNexis, Litec, 2008, p. 433 s. ; H. P. Glenn, « Vers un droit comparé intégré ? », *Revue internationale de droit comparé*, 1999, p. 841 s. ; K. Zweigert et H. Kötz, *Einführung in die Rechts-vergleichung*, Tübingen, Mohr, 1996, p. 47 s. ; M. Ancel, « Les grandes étapes de la recherche comparative au XX^e siècle », *Studi in memoria di Andrea Torrente*, Milan, Giuffrè, 1968, 2 volumes, t. 1, p. 20 s. » (*Ibid.*) ; voir également H. PIHLAJAMÄKI, « Comparative Contexts in Legal History : Are We All Comparatists Now ? », *The Method and Culture of Comparative Law. Essays in Honour of Mark Van Hoecke*, Hart, Oxford, 2014, p. 121 à 132 ; O. PFERSMANN, « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », *Revue internationale de droit comparé*, n°2, 2001, p. 275 à 288 ; H.-J. LÜSEBRINK et R. REICHARDT, « Histoire des concepts et transferts culturels, 1770-1815. Note sur une recherche », *Genèses*, n°14, 1994, p. 27 à 41 ; J. GORDLEY, « Is Comparative Law a Distinct Discipline ? », *The American Journal of Comparative Law*, vol. 46, n°4, 1998, p. 607 à 615.

¹⁰¹⁵ R. DAVID, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Paris, Dalloz, 2016, p. 1. À ce sujet, voir également C. DONAHUE, « Comparative Law before Napoleon », *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, Oxford, University Press, 2006 ; R. BAUMAN, « Comparative law in ancient times », *Law and Australian Thinkin*

échanges internationaux, expliquent un réflexe dans le réflexe : la volonté de modéliser. Comme l'explique Meyer au sujet du droit allemand, on ne peut prétendre « examiner toutes les particularités [...], qui, seules, exigeraient la vie entière de l'homme le plus laborieux »¹⁰¹⁶. Il apparaît donc que bien des auteurs des années 1814-1825 procèdent à la modélisation des systèmes juridiques qu'ils examinent.

in the 1980s, Organizing Committee of the 12th International Congress of Comparative Law, 1986, p. 99 s. ; G. GORLA, « Prolegomeni ad una storia del diritto comparato europeo », *Foro italiano*, vol. 180, 1980, p. 11 s. ; H. E. YNTEMA, « Comparative Law and Humanism », *The American Journal of Comparative Law*, vol. 7, n°4, 1958, p. 493 à 499 ; A. PETERS et H. SCHWENKE, « Comparative Law beyond Post-Modernism », *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 49, n°4, 2000, p. 800 à 834 ; G. DAVY, « Les lois de Rollon au XVIII^e siècle : remarques sur le souvenir du pouvoir normatif ducal dans l'historiographie juridique normande des Lumières », *Revue historique de droit français et étranger*, vol. 87, n°2, 2009, p. 181 à 209.

¹⁰¹⁶ J. D. MEYER, *Esprit, origine et progrès des institutions judiciaires des principaux pays de l'Europe*, vol. 4, Paris, 1823, p. 7.

Chapitre VII. Comparaison, modélisation et classification juridique

Les auteurs de la libération utilisent les substantifs « comparaison », « systématisation » et « classification », mais pas le terme de « modélisation », un substantif dérivé du terme « modèle » qui a deux sens différents :

« Pour le juriste, les mots "modèle juridique" qualifient [...], d'un côté, un système juridique type que l'on réduit à quelques traits majeurs et que l'on différencie des autres modèles, pour qu'il serve de référence et qu'il soit utile à l'étude et la comparaison. On parle ainsi du modèle parlementaire à l'anglaise par opposition au modèle présidentiel à l'américaine ou du modèle de la propriété intellectuelle par opposition au modèle du copyright [...]. D'un autre côté, les mots "modèle juridique" qualifient un système juridique qui sert de modèle, qui est imité, qui suscite des greffes, des emprunts, des réceptions, des transferts, des transpositions, des acculturations – autant de mots pour qualifier des logiques voisines, mais différentes »¹⁰¹⁷.

Les modèles ne préexistent pas à leur théorisation : ils doivent être créés, délimités. Pour qu'il y ait modèle, il faut donc qu'il y ait modélisation¹⁰¹⁸. Nous pouvons délimiter deux acceptions du modèle qui correspondent aux deux distinctions faites par Sylvain Soleil dans sa définition : « d'un côté », le modèle *référence* ; « d'un autre côté », le modèle *imitation*. Le modèle *référence* correspond à ce que nous appellerons le modèle *fonctionnel*. Il s'agit d'un outil intellectuel, utilisé lorsque l'objet d'études est trop large ou lorsque la stratégie discursive que l'on a choisie s'y prête. Il recèle des qualités et des failles méthodologiques, comme tout instrument de comparaison. En l'occurrence, si le modèle en tant que méthode permet une observation globale de plusieurs systèmes juridiques et facilite leur classification, c'est un objet incomplet par essence, puisqu'il résulte d'une simplification. Une simplification certes assumée, mais une simplification tout de même. Il implique que pour pouvoir prendre du recul sur son monde juridique, le comparatiste jongle avec des fictions¹⁰¹⁹. La seconde acception du

¹⁰¹⁷ S. SOLEIL, *Le modèle juridique français dans le monde. Une ambition, une expansion (XVI^e-XIX^e siècle)*, Paris, IRSJS Editions, 2014, p. 7 à 8.

¹⁰¹⁸ Nous entendons étudier la modélisation dans le cadre temporel de notre étude, dans un contexte de comparaison active entre systèmes juridiques par des auteurs réfléchissant à l'avenir de leur droit national. Sur la modélisation juridique dans son sens contemporain, notamment en matière contractuelle et économique, voir A. MARTIN-SERF, « La modélisation des instruments juridiques », *La mondialisation du droit*, Paris, Litec, 2000, p. 178 s.

¹⁰¹⁹ Sur les failles de la modélisation juridique et des rapprochements qu'elle permet, voir C. VALCKE,

modèle, que nous dirons *idéaliste*, correspond au modèle *imitation*. Dans ce cas, le modèle n'est plus seulement un outil méthodologique, mais il devient un idéal à imiter et à atteindre. En somme, le modèle *fonctionnel* est un moyen ; le modèle *idéal* est une fin. Cette distinction nourrit deux processus doctrinaux : la *recherche* de l'idéal par le fonctionnel, et la *confirmation* de l'idéal par le fonctionnel. Dans le premier cas, le modèle idéal découle d'une hiérarchisation *a posteriori*. L'auteur crée plusieurs modèles fonctionnels et les compare de façon neutre ; le meilleur système émerge mécaniquement, par élimination ; ce modèle « gagnant » quitte alors son statut d'instrument intellectuel neutre, et devient un modèle à imiter. Dans le deuxième cas, le modèle idéal découle d'une hiérarchisation *a priori* : l'auteur considère, avant toute étude, que son modèle favori est le meilleur ; dès lors, la comparaison de modèles fonctionnels sert à confirmer sa conviction, et à prouver que le modèle choisi au départ est celui à imiter.

Revenons-en à nos auteurs qui, entre 1814 et 1825, s'attachent à modéliser les systèmes juridiques qui les entourent. Quelques-uns utilisent le terme « modèle » dans le sens d'un système qui a leur préférence et qu'il conviendrait d'imiter. Aucun ne s'y réfère, du moins de façon directe, dans le sens d'un système simplifié qui doit servir à la comparaison et la réflexion. Leur réflexe modélisateur est retraceable à l'aune de l'historiographie postérieure. Cette archéologie de la méthode comparative nous permet de démontrer que partout en Europe, au lendemain du départ des Français, des auteurs suivent une logique comparative motivée par des mobiles communs et selon des méthodes semblables (Section 1) ; cette logique donne naissance à diverses classifications où l'on oppose plusieurs modèles juridiques (Section 2).

Section 1. Logique comparative, mobiles et méthodes

Afin de démontrer que le réflexe comparatif et modélisateur s'est répandu à l'échelle européenne, nous nous attacherons à comparer les ouvrages de cinq auteurs entre 1814 et 1825. Dès 1815, le Vicentin Giovanni Maria Negri publie *Des défauts du code civil italien*, qui porte le titre de code Napoléon (« *Dei difetti del codice civile italico, che porta il titolo di codice*

« Comparative Law as Comparative Jurisprudence: The Comparability of Legal Systems », *The American Journal of Comparative Law*, vol. 52, n°3, 2004, p. 713 à 740 ; S. M. F. GEEROMS, « Comparative Law and Legal Translation : Why the Terms Cassation, Revision and Appeal Should Not Be Translated », *The American Journal of Comparative Law*, vol. 50, n°1, 2002, p. 201 à 228 ; I. ZAJTAY, « Réflexions sur le problème de la division des familles de droits », *Rabels Zeitschrift*, vol. 37, n°2, 1973, p. 210 à 216.

Napoleone »¹⁰²⁰). Il s'agit d'un long réquisitoire contre le Code civil français, par confrontation avec un modèle qui lui est directement concurrent : celui de l'Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB), implanté en Lombardie-Vénétie suite à l'attribution de la région à l'Autriche par le Congrès de Vienne. Jonas Daniel Meyer (Cf supra) publie en 1819 *Esprit, origine et progrès des institutions judiciaires de l'Europe*¹⁰²¹ ; le texte, en langue française – donc à visée internationale – est édité à Paris. En 1820, le piémontais Francesco Gambini¹⁰²² publie ses *Observations sur certains principes de la législation pénale* (« Osservazioni sopra alcune massime di legislazione penale »¹⁰²³). Karl Joseph Anton Mittermaier (Cf Supra) s'intéresse quant à lui à la procédure civile, et s'attache à partir de 1822 à comparer les modèles français et prussiens dans un ouvrage en plusieurs volumes sur *Le procès civil allemand* (« Der gemeine deutsche bürgerliche Process »¹⁰²⁴). Enfin, l'Asturien Francisco Martínez Marina¹⁰²⁵ attend le triennat libéral de 1820-1823 pour exprimer son amertume devant l'état de la littérature

¹⁰²⁰ G. M. NEGRI, *Dei difetti del codice civile italiano, che porta il titolo di codice Napoleone*, Vicenza, 1815.

¹⁰²¹ J. D. MEYER, *Esprit, ...*, op. cit, en 5 volumes, Paris, 1818-1823.

¹⁰²² Francesco Gambini (1759 à Baldichieri d'Asti – 1835 à Monale d'Asti) est un notable de la région d'Aste, une ville du Piémont. Si l'on connaît peu de détails sur ses études ou sa vie personnelle, Gambini mène cependant une carrière publique importante. Représentant de la délégation d'Aste au sein du Corps législatif français, il y défend les intérêts de sa patrie, ses droits et ses particularismes. À la fin de l'Empire, Gambini se concentre sur l'écriture. Il s'intéresse aux domaines juridique et économique. Il publie ainsi trois ouvrages entre 1819 et 1820 : *Delle legge frumentarie in Italia* (1819), *Osservazioni sulla proibita estrazione della seta greggia dal Piemonte* (1820), et ses *Observations sur certains principes du droit pénal* (1820). À son sujet, voir G. M. DE ROLANDIS, « Gambino, Francesco », *Notizie sugli scrittori astigniani*, Aste, 1912, p. 68 à 70.

¹⁰²³ F. GAMBINI, *Osservazioni sopra alcune massime di legislazione penale*, 1820.

¹⁰²⁴ K. J. A. MITTERMAIER, *Der gemeine deutsche bürgerliche Process in Vergleichung mit dem preussischen und französischen Civil-verfahren und mit den neuesten Fortschritten der Prozeszgesetz-ggebung*, Bonn, 1822.

¹⁰²⁵ Francisco Martínez Marina (1754 à Corrada del Obispo – 1833 à Saragosse) démarre des études de théologie en 1769 à l'université d'Oviedo, capitale de la Principauté des Asturies. Il poursuit dès la deuxième année en Tolède, et est ordonné en 1777. Marina obtient son doctorat à Tolède, devient bibliothécaire du Collège de San Ildefonso, recteur de l'université d'Alcalá – le tout en 1778, alors qu'il n'a que vingt-quatre ans. Brièvement aumônier de Charles III d'Espagne, il entre en 1786 dans l'Académie royale d'histoire. D'abord membre par correspondance, il y gravit rapidement les échelons, et devient tour à tour bibliothécaire, archiviste, trésorier et président nommé à deux reprises. Ses tendances libérales et son statut d'ecclésiastique le placent au cœur de la tourmente lors de la guerre d'indépendance : il est une prise de guerre idéale pour les *afrancesados* qui tentent de le rallier à leur cause. Joseph Bonaparte lui confie même des postes à responsabilités dans son gouvernement, alors qu'il n'a jamais caché son patriotisme. Il subit cependant les représailles de la restauration absolutiste, qui censure certains de ses livres ; persécuté par l'Inquisition, Marina doit notamment s'isoler entre 1818 et 1820, alors que les Académies continuent à le défendre. Le triennat libéral le remet au devant de la scène publique : il devient député des Asturies au sein des Cortes. Trois ans plus tard, la monarchie absolutiste l'assigne à résidence à Saragosse ; il ne la quittera pas jusqu'à sa fin. Marina est respecté pour son érudition dans de multiples domaines, en philologie, en droit, en histoire ou encore en politique. C'est un défenseur vigoureux des *Siete Partidas*, ou du moins de leur méthode d'élaboration, qu'il juge semblable – voir supérieure – à celle qui a été appliquée pour les codes modernes. Sa volonté de remonter aux origines du droit espagnol et de retracer les enjeux à l'œuvre dans sa conception en font un précurseur de l'histoire du droit en tant que discipline en Espagne : les premières chaires en la matière sont fondées en 1833, année de sa mort. À son sujet, voir C. C. LLAMAS, « D. Francisco Martínez Marina : el hombre y su obra », *Medievalismo*, n°2, 1992, p. 219 à 225 ; J. A. ESCUDERO LÓPEZ, « Francisco Martínez Marina y el liberalismo español del XIX », *Asamblea : revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, n°1, 1999, p. 3 à 10.

juridique espagnole ; dans son Jugement critique sur la *Novísima Recopilación*¹⁰²⁶, l’auteur ne se prive pas de comparer le système espagnol à d’autres profils européens, notamment français et allemand. Dans ces œuvres, les mêmes traits sont observables : un mobile commun – la recherche du modèle idéal (I), et une méthode comparative commune – la modélisation fonctionnelle (II).

I. Un mobile commun : la recherche du meilleur modèle

Indépendamment de leurs affinités politiques, les cinq auteurs cités ont pour but de trouver la meilleure voie pour le droit national. Ce mobile ressort moins d’une mode doctrinale que d’une nécessité conjoncturelle : c’est parce qu’il est nécessaire de délimiter l’avenir du droit national que les auteurs vont user de la comparaison. Dans leurs ouvrages, les occurrences du mot « modèle » en tant que tel s’inscrivent dans une conception idéale ; autrement dit, le modèle-exemple, le modèle-imitation. Meyer explique ainsi que les Parlements français ont servi de « modèle »¹⁰²⁷ à la procédure des Cours de justice permanentes¹⁰²⁸ aux Pays-Bas. Gambini enjoint aux réformateurs qui s’attaquent à l’ancien droit de ne pas considérer les réformes déjà accomplies comme des « modèles parfaits »¹⁰²⁹. Marina, lorsqu’il retrace la genèse de la *Recopilación*, présente un ouvrage qui selon lui, a été donné au gouvernement comme « un modèle pour son nouveau plan de réforme »¹⁰³⁰. Dans tous ces cas, l’apparition du terme est anecdotique, et son acception reste classique : il s’agit d’un idéal vers lequel les législateurs tendent, parfois au grand dam des auteurs.

Cependant, on constate que si les auteurs ne théorisent pas leur méthode modélisatrice au préalable, ils en expliquent volontiers l’objectif : chacun entend, que ce soit a priori ou a posteriori, dégager par la comparaison le meilleur modèle juridique. Negri, sans utiliser le terme, laisse comprendre dès son introduction quel modèle a sa préférence :

¹⁰²⁶ F. M. MARINA, *Juicio crítico de la novísima recopilación*, Madrid, 1820.

¹⁰²⁷ J. D. MEYER, *Esprit, ...*, *op. cit.*, vol. 5, p. 236.

¹⁰²⁸ Sur les Cours et Hautes-Cours de justice néerlandaises, voir I. PAQUAY, « Le prince, le maire, les échevins et les clercs, acteurs de la mémoire judiciaire et urbaine : Le cas de la Haute Cour de Namur au XV^e siècle », *Une histoire de la mémoire judiciaire : De l’Antiquité à nos jours* [en ligne], Publication de l’École nationale des chartes, 2009, consulté le 22/05/2022.

¹⁰²⁹ F. GAMBINI, *Osservazioni...*, *op. cit.*, p. 8.

¹⁰³⁰ F. M. MARINA, *Juicio crítico...*, *op. cit.*, p. 274.

« [...] j'ai ajouté en divers endroits l'autorité de la législation autrichienne comme preuve supplémentaire, formant ainsi une comparaison utile entre les défauts du soi-disant Code italien, qui doit être abandonné, et les exigences du Code civil autrichien, qui sera activé dans ces États également. Si donc on trouve quelques réflexions sur certains points où les deux législations sont uniformes ou analogues, si on voit quelques allusions sur quelques autres particularités, je les soumets ici comme pures opinions [...] »¹⁰³¹.

L'opinion au sujet de la codification française est différente chez Marina. Mais lui aussi déclare a priori la supériorité d'un certain modèle – le modèle codificateur moderne, inspiré des Lumières et de la raison, notamment porté par les Français. Cette supériorité est d'autant plus visible lorsque les codes modernes sont comparés avec la *Recopilación*, pourtant publiée au lendemain de la promulgation du Code Napoléon :

« Les efforts de la raison et l'influence de la philosophie ont produit successivement une multitude de codes qui font honneur aux nations qui les ont promus, et aux Princes qui les ont sanctionnés. [...] Le code danois de l'année 1683, le plus ancien de son genre, le suédois, le code de Frédéric, le sarde, le thérésien, le français, qui à mon avis les surpasse tous, ne sont ni complets ni parfaitement achevés. Mais le code espagnol [...] leur est inférieur à tous [...] »¹⁰³².

Ce modèle juridique nouveau, rationalisé et moderne, est également loué par Gambini. L'auteur évoque comme un ensemble les réformes en matière civile et pénale à l'échelle européenne ; il en fait un « nouvel édifice » qu'il oppose ensuite au modèle précédent, celui de l'ancien droit. Des caractéristiques fortes – la féodalité, la barbarie, etc. – servent à l'identifier de façon simple, marquée, et à en démontrer les effets néfastes. Comme dans la comparaison de Negri entre code français et code autrichien, les défauts du modèle ancien accentuent les avantages du modèle nouveau. Gambini entend ainsi prouver que même les restes du modèle ancien sont

¹⁰³¹ « [...] ho anche in varj luoghi aggiunta a maggior prova l'autorità dell' Austriaca legislazione, formando così un utile confronto tra li difetti del così detto Codice Italico, che deve cessare, e li pregi del Codice civile Austriaco, che sarà per attivarsi anche in questi Stati. Se poi si troveranno alcuni riflessi anche sopra qualche punto, in cui le due legislazioni sono uniformi, o analoghe, se si vedranno alcuni cenni sopra qualche altro particolare, io già li assoggetto come pure opinioni [...] » (G. M. NEGRI, *Dei difetti...*, *op. cit.*, p. v).

¹⁰³² « Los esfuerzos de la razon y el influjo de la filosofía produjeron sucesiva mente una multitud de códigos que dan honor a las naciones que los han promovido, y á los Príncipes que los sancionaron. [...] El código dinamarqués del año de 1683, el mas antiguo en su clase : el sueco, el código Federico, el sardo, el teresiano, el francés, que á mi juicio se aventaja á todos, ni son completos ni estan perfectamente acabados. Pero el código español [...] es inferior á todos [...] » (F. M. MARINA, *Juicio crítico...*, *op. cit.*, p. 28).

dommageables, et que la transition vers la modernité doit être complète :

« Presque toutes les nations de l'Europe furent bientôt dirigées vers la réforme de leurs codes criminels et civils, qui consistaient généralement en une masse informe de dispositions en partie absurdes, incohérentes entre elles et en contraste avec l'esprit et l'état actuel du peuple. La féodalité, les privilèges, l'inégalité des personnes devant la loi, formaient, entre autres choses, dans la partie civile, un sujet de réforme si essentiel, que la tranquillité intérieure et la prospérité des États ne permettaient pas de s'en écarter davantage. La réforme des lois pénales n'était pas moins urgente et, avec la réforme des lois civiles, elle a déjà été réalisée dans plusieurs pays. Cette nouvelle législation n'est certes pas comparable à l'ancienne barbarie pénale, mais il en reste quelques vestiges qui, comme des traits gothiques, semblent nuire à la majesté du nouvel édifice »¹⁰³³.

Le caractère récent du modèle juridique moderne est également noté par Meyer :

« Il n'y a pas longtemps que les lois n'étaient autre chose qu'une rédaction écrite des usages, auxquels le législateur se permettait tout au plus quelques modifications, soit par des dispositions partielles, soit par la décision de quelques cas douteux : depuis l'édit perpétuel, compilé sous l'empereur Adrien, jusqu'aux temps les plus modernes, les codes, les législations n'ont été autre chose, et une grande partie de l'Europe manque encore de lois systématiques »¹⁰³⁴.

L'ouvrage de Mittermaier se distingue par sa volonté de symbiose. L'allemand semble ne pas prendre de parti a priori entre les trois modèles qu'il présente. Au contraire, il semble envisager un modèle commun, au sein duquel s'articuleraient trois modèles piliers : le procès selon l'ancien droit allemand, le procès à la prussienne et le procès à la française. Dans cette perspective, le modèle idéal de Mittermaier est celui de l'équilibre :

« À une époque où l'activité législative est vive dans tous les États allemands, où l'on oublie si facilement les avantages de l'ancien, dont on ne parvient souvent pas à saisir le sens, parce que le

¹⁰³³ « Quasi tutte le Nazioni d'Europa si son vedute in breve tempo rivolte alla riforma de' loro Codici sì criminali che civili, i quali per verità consistevano generalmente in un informe ammasso di disposizioni in parte assurde, fra loro incoerenti, e collo spirito, e stato attuale de' popoli singolarmente contrastanti. La feudalità, i vincoli prediali, e l'inegual diritto delle persone al cospetto della legge formavano fra le altre cose, nella parte civile, un sì essenzial soggetto di riforma, che l'interna tranquillità, e prosperità degli Stati, non permettevano di differirla più oltre. La riforma delle leggi criminali non era da meno urgenti motivi reclamata ; ed unitamente a quella delle leggi civili, vedesi di fatto in diversi paesi già eseguita. Questa nuova legislazione non am mette certamente paragone alcuno coll' antica criminal barbarie ; ma di questa barbario medesima vi si scorgono ancora alcune reliquie, che, come gotici tratti, pajono deturpar non poco la maestà del nuovo edificio » (F. GAMBINI, *Osservazioni...*, *op. cit.*, p. 1 à 2).

¹⁰³⁴ J. D. MEYER, *Esprit...*, *op. cit.*, vol. 1, p. V à VI.

nouveau séduit et brille, à une époque où l'on vante tour à tour le procès commun allemand, français et prussien, et que l'on cherche à rassembler les institutions de toutes les formes de procès en un ensemble nouveau, d'une manière souvent hétéroclite, il n'est pas sans mérite de comparer les trois formes fondamentales entre elles, de les ramener à leurs principes principaux, de suivre leurs ramifications et leurs applications pratiques, et de les examiner dans toutes les doctrines procédurales particulières »¹⁰³⁵.

Cette vision englobante s'explique par la position politique de Mittermaier, qui se trouve à la charnière entre conservatisme et modernité. S'il ne participe pas encore à l'activité politique et législative de sa région – il est membre de la Commission législative de Baden à partir de 1829, Mittermaier semble déjà vouloir concevoir un ordre juridique compatible avec tous les courants. Son activité de rédacteur pour le *Deutsche Zeitung*¹⁰³⁶ et le *Rotteck-Welckersches Staatslexikon*¹⁰³⁷ le confirmeront d'ailleurs par la suite comme figure du libéralisme modéré dans le Sud-ouest allemand. Le caractère modéré du professeur de Landshut contraste avec l'innovation sans concession de l'École historique : en effet, son travail ne repose pas sur une réaction face aux codes étrangers¹⁰³⁸.

¹⁰³⁵ « In einer Zeit, in welcher in allen deutschen Staaten eine lebendige gesetzgeberische Tätigkeit sich regt, in welcher die Vorzüge des Alten, dessen Sinn man oft nicht ergründen mag, so leicht vergessen werden, weil das Neue reizt und glänzt, in der Zeit, in welcher man wechselweise den gemeinen deutschen, französischen, und preußischen Prozess rühmt, und aus allen Prozessformen auf eine oft buntscheckige Weise die Institute zu einem neuen Ganzen zusammenzutragen sucht, ist es nicht unverdienstlich, die drei Grundformen miteinander zu vergleichen, sie auf ihre Haupt-Grundsätze zurückzuführen, ihren Verzweigungen und praktischen Anwendungen zu folgen, und sie in allen einzelnen prozessualischen Lehren zu prüfen » (K. J. A. MITTERMAIER, *Der gemeine...*, *op. cit.*, p. ix à x).

¹⁰³⁶ Le *Deutsche Zeitung* (« *Journal allemand* ») est un journal entre 1847 et 1850. Les circonstances de sa création sont politiques : en pleine révolution de mars, un certain nombre de députés libéraux partisans de l'unification allemande, souhaitent diffuser leurs idées libérales bourgeoises. Ceux-ci veulent diffuser leurs idées au maximum dans les diverses principautés du pays. Aussi la programmation du *Deutsche Zeitung* vise-t-elle toute l'Allemagne, ce qui est rare à l'époque, avec un tirage de départ de trois-mille exemplaires – exceptionnel là aussi. Malgré ces moyens importants, la rencontre avec les lecteurs est mitigée, principalement à cause de la polarisation de la révolution : le *Deutsche Zeitung* connaît un grand succès auprès des classes allemandes supérieures ; mais les revues de gauche, plus synthétiques et agressives, rassemblent un lectorat solide chez les populations d'artisans, d'ouvriers ou d'agriculteurs. À ce sujet, voir U. VON HIRSCHHAUSEN, « Liberalismus und Nation. Die Deutsche Zeitung 1847-1850 », *Beiträge zur Geschichte des Parlamentarismus und der politischen Parteien*, n°115, Düsseldorf, Droste Verlag, 1998.

¹⁰³⁷ Le *Rotteck-Welckersches Staats-Lexikon*, ou « *dictionnaire d'État de Rotteck et Welcker* », du nom de ses deux fondateurs, est une compilation de connaissances dans le domaine des sciences politiques. Comme le *Deutsche Zeitung*, il s'agit avant tout d'un moyen d'expression des opinions libérales de ses contributeurs, destiné à un public bourgeois. Ce genre de dictionnaires idéologiques paraissent tout au long de la seconde moitié du XIX^e siècle : on peut mentionner par exemple le *Deutschen Staatswörterbuch* (« *Dictionnaire d'État* ») de Bluntschli et Brater (en onze volumes, 1857-1870), ou encore le *Staatslexikon der Görres-Gesellschaft* (« *Dictionnaire d'État des Görres* ») aux éditions Herder (en cinq volumes, 1889-1897). À ce sujet, voir R. GRAWERT, « Die Staatswissenschaft des Rotteck-Welcker'schen "Staats-Lexikons" », *Der Staat*, n°31, 1992, p. 114 à 128.

¹⁰³⁸ Il est intéressant de remarquer que Mittermaier participe à la *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*

Ainsi les auteurs étudiés, s'ils n'ont pas les mêmes opinions, partagent le même attachement à leur patrie ; et donc, ils partagent le même mobile : chacun souhaite que son pays se conforme au meilleur modèle juridique possible. Dans les cas de Marina et de Negri, par exemple, ce modèle semble arrêté a priori ; il s'agira de confirmer sa supériorité. Chez les auteurs modérés, promesse est faite de dégager le modèle idéal a posteriori, au terme du travail comparatif de l'ouvrage. Quelle que soit la position de départ, le moyen de parvenir au modèle idéal reste la modélisation fonctionnelle.

II. Une méthode commune : la modélisation des systèmes

À l'époque, les auteurs ne connaissent pas le substantif « modèle » comme un outil, comme une méthode, comme un processus de modélisation. Pour qualifier cette démarche qui consiste à créer des types en simplifiant et en réduisant les législations du temps à quelques traits caractéristiques, ils usent tous du terme « système » (A). Meyer parle ainsi de « systèmes de législation »¹⁰³⁹, ou de « systèmes de lois »¹⁰⁴⁰. Le terme est régulièrement utilisé par Marina afin de déplorer les travers de la *Recopilación*¹⁰⁴¹ ; Gambini décrit le « système des Codes modernes »¹⁰⁴² ou « système des nouveaux Codes »¹⁰⁴³. Il étudie également le « système inquisitoire »¹⁰⁴⁴. De même, Mittermaier se réfère régulièrement au « système processuel prussien »¹⁰⁴⁵ ou au « système processuel civil »¹⁰⁴⁶. Cette utilisation du mot « système » traduit, chez eux, la volonté de systématisation – voire de modélisation (B).

en 1816, alors qu'il est jeune recteur de la faculté de Landshut. Sa contribution, porte sur l'histoire du régime matrimonial, du droit successoral et de la liberté de tester au Moyen-Âge. L'article, sans introduction ni conclusion générale, consiste en une étude point par point des institutions mentionnées. K. J. A. MITTERMAIER, « Beiträge zur Geschichte der ehelichen Gütergemeinschaft, des Erbrechts und der Freiheit zu testiren im Mittelalter », *Zeitschrift...*, *op. cit.*, vol. 2, p. 318 à 362.

¹⁰³⁹ J. D. MEYER, *Esprit...*, *op. cit.*, vol. 1, p. 14, 15, 18, 20.

¹⁰⁴⁰ *Ibid.*, p. 13, 19, 24.

¹⁰⁴¹ F. M. MARINA, *Juicio crítico...*, *op. cit.*, p. 30.

¹⁰⁴² F. GAMBINI, *Osservazioni...*, *op. cit.*, p. 51.

¹⁰⁴³ *Ibid.*, p. 8.

¹⁰⁴⁴ *Ibid.*, p. 100.

¹⁰⁴⁵ K. J. A. MITTERMAIER, *Der gemeine...*, *op. cit.*, p. 131.

¹⁰⁴⁶ *Ibid.*, p. 134.

A) La délimitation du système juridique

Le système juridique possède certes une délimitation propre. Néanmoins, il n'en existe pas de définition unique, et les définitions existantes diffèrent selon les courants doctrinaux ; si bien que pour les comparer, leur simplification est nécessaire¹⁰⁴⁷. Catherine Valcke confronte deux grands modèles de système juridique : le modèle naturaliste et le modèle positiviste ; il nous semble intéressant de nous demander à quelles caractéristiques répond la systématisation opérée par nos auteurs. D'une part, le modèle naturaliste : pour ses partisans, le droit est « un tout uni et autonome », une structure intellectuelle complète et cohérente, une abstraction pure qui transcende l'imperfection des actions humaines, et dont on peut comprendre la logique par une étude rationnelle¹⁰⁴⁸. Or la conception naturaliste conçoit comme système la loi dans son ensemble, quel que soit son pays d'origine ou son contexte politique. Il n'y a pas de place pour une subdivision interne entre plusieurs matières, plusieurs institutions, plusieurs mécanismes¹⁰⁴⁹. On ne pourrait donc pas, en théorie, isoler le « système des nouveaux Codes » en particulier au sein du système juridique global, comme le fait Gambini ; on ne pourrait pas, au sein du « système italien », isoler le « système hypothécaire » comme le fait Negri¹⁰⁵⁰ ; on ne pourrait pas non plus différencier plusieurs systèmes de législation au sein d'un même pays, ce que fait Mittermaier. Dans cette configuration, nos auteurs, qui subdivisent les systèmes juridiques à des fins de comparaison, de confrontation ou de rapprochement, ne conçoivent pas le système dans son approche naturaliste.

D'autre part, propose Catherine Valcke, le modèle positiviste : ses partisans adoptent une démarche opposée à celle des naturalistes ; le droit est le pur produit des actions humaines, et est factuellement défini par sa promulgation et son application par la structure étatique. Une règle ne peut être qualifiée de juridique que si elle a été établie par la procédure en vigueur dans l'État concerné ; c'est la somme de ces règles juridiques étatiquement validées qui forme un

¹⁰⁴⁷ À ce sujet, voir M. VAN DE KERCHOVE et F. OST, *Legal System Between Order and Disorder*, Oxford, Clarendon Press, 1994 ; J. S. MARTINEZ, « Towards an International Judicial System », *Stanford Law Review*, vol. 56, n°2, 2003, p. 429 à 529.

¹⁰⁴⁸ C. VALCKE, « Comparative Law... », *op. cit.*, p. 722.

¹⁰⁴⁹ « In sum, while the naturalist conception does present law as a system (the juridical system), which could eventually be compared with other sub-systems of human knowledge (the philosophical system, the economic system, etc...), it does not allow for the possibility of law itself forming a plurality of systems. It does not, in other words, allow for the possibility of system-based comparisons within law » (*Ibid.*, p. 723).

¹⁰⁵⁰ G. M. NEGRI, *Dei difetti...*, *op. cit.*, p. 160.

système homogène. Dès lors, la production constante de nouvelles règles juridiques par l'État afin de mieux remplir ses fonctions assure non seulement le fonctionnement, mais surtout l'existence même du système. Le système juridique national apparaît comme une entité « auto-régénératrice »¹⁰⁵¹, qui doit sa survie à l'action de l'État. Il ne s'agirait donc plus d'un système abstrait, conceptuel, mais d'un système pratique¹⁰⁵². Cette acception du système juridique comme une somme de lois validées par l'autorité étatique, comme un organisme dont le fonctionnement et l'avenir dépendent du législateur et de la communauté juridique, se retrouve dans une certaine mesure dans les ouvrages étudiés. En effet selon nos auteurs, la rénovation du système doit être accomplie par le législateur et la science du droit, puis sanctionnée par les souverains. Pour Marina, c'est aux juristes de travailler sur la codification du droit pour honorer leur Prince¹⁰⁵³ ; Gambini loue les réformateurs du droit d'avoir pris les mesures nécessaires à la « prospérité des États »¹⁰⁵⁴.

Une telle vision du système juridique implique une plus grande individuation nationale, et donc un plus grand risque de voir le système s'effondrer lorsqu'il fait face à des éléments extérieurs. Dans ces cas, soit le système national incorpore les éléments étrangers et les fait siens, en les insérant dans son circuit législatif et dans la jurisprudence de ses tribunaux¹⁰⁵⁵ ; soit il rejette en bloc le corps étranger et reste inchangé ; soit les changements sont trop massifs pour être digérés, et le système national en place disparaît pour être remplacé par un autre¹⁰⁵⁶. Parmi les chocs mettant en danger le système juridique d'un pays, on retrouve les révolutions ou l'occupation ennemie. Cette remarque, faite par Herbert Hart dans son fameux *Concept de Droit* (« *The Concept of Law* »¹⁰⁵⁷) en 1961, est rétrospectivement intéressante si l'on observe la façon dont nos cinq auteurs distinguent l'ancien droit d'un côté, et les systèmes de lois nouvelles de l'autre. Tous situent le point de bascule entre l'ancien et le moderne au tournant des XVIII^e et XIX^e siècles, période durant laquelle l'Europe connaît trois phénomènes successifs : l'essor

¹⁰⁵¹ C. VALCKE, « Comparative Law... », *op. cit.*, p. 725.

¹⁰⁵² B. LEITER et M. X. ETCHEMENDY, « Naturalism and Legal Philosophy », *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* [en ligne], consulté le 22/05/2022.

¹⁰⁵³ F. M. MARINA, *Juicio crítico...*, *op. cit.*, p. 26 à 28.

¹⁰⁵⁴ F. GAMBINI, *Osservazioni...*, *op. cit.*, p. 1.

¹⁰⁵⁵ N. ROULAND, *Introduction historique...*, *op. cit.*, p. 38.

¹⁰⁵⁶ C. VALCKE, « Comparative Law... », *op. cit.*, p. 725.

¹⁰⁵⁷ H. L. A. HART, *The Concept of Law*, Oxford University Press, 1961, p. 114 à 115. Au sujet de sa controverse avec Raz, voir S. COYLE, « Hart, Raz and the Concept of a Legal System », *Law and Philosophy*, vol. 21, n°3, 2002, p. 275 à 304.

des idées des Lumières, leur triomphe sous la Révolution française, et l'expansion de l'Empire napoléonien. Ils ont conscience que leur système national est évolutif, et peut subir des influences extérieures ; en somme, qu'il doit pouvoir accomplir une transition juridique¹⁰⁵⁸.

Ainsi pour Meyer :

« [...] ce n'est que depuis un temps assez borné que la révolution causée dans les esprits, la bigarrure des législations [...], les défauts des anciens usages et d'autres considérations non moins importantes, ont fait naître l'idée des systèmes de lois nouvelles [...]. [...] un changement général dans les lois [...] pourrait être nécessité par de grands événements politiques, tels que la réunion de différents pays sous un même souverain, des changements dans leur forme de gouvernement, ou autres pareils dont le siècle actuel et la fin de celui qui vient de s'écouler ont offert de si nombreux exemples » »¹⁰⁵⁹.

Pour Marina, le système juridique ancien doit se renouveler pour laisser place à un « code complet de législation [...] analogue aux progrès de la civilisation, aux idées, aux opinions et aux circonstances politiques et morales produites par les révolutions passées [...] »¹⁰⁶⁰.

À côté du conflit entre naturalistes et positivistes, qui s'intéressent principalement au contenu et à l'origine du système, Joseph Raz cherche à définir le système juridique en tant que concept. Pour cela, dans son ouvrage de 1970¹⁰⁶¹, il propose de résoudre quatre problématiques fondamentales afin de délimiter un système, résumées par Daniel Oliver-Lalana :

« [...] l'existence (quels sont les critères d'existence d'un système juridique ?), identité et appartenance (quels sont les critères qui déterminent à quel système appartient une loi donnée ? Quelles sont les lois qui forment un système juridique ?), la structure (existe-t-il une structure commune à tous les systèmes juridiques ?), et enfin le contenu (existe-t-il des lois qui apparaissent dans tous les systèmes juridiques ? Existe-t-il un contenu commun à tous les systèmes

¹⁰⁵⁸ Au sujet de la transition juridique, voir Th. FOURNIER, « Construction et déconstruction d'un système juridique : l'exemple philippin », *Les Cahiers Portalis*, n°6, 2019, 147-155.

¹⁰⁵⁹ J. D. MEYER, *Esprit...*, *op. cit.*, vol. 1, p. V à VI, XIV à XV.

¹⁰⁶⁰ « [...] un código completo de legislación acomodado al carácter y genio nacional, capaz de proveer a todas las necesidades del estado y del pueblo, análogo a los progresos de la civilización, a las ideas, opiniones y circunstancias políticas y morales producidas por las revoluciones pasadas [...] » (F. M. MARINA, *Juicio crítico...*, *op. cit.*, p. 27).

¹⁰⁶¹ J. RAZ, *Concept of a Legal System: An Introduction to the Theory of Legal system*, 1970, réédition à Oxford, Clarendon Press, 2003.

juridiques ?) »¹⁰⁶².

Or une fois de plus, la conception du système juridique diverge chez nos auteurs ; ceux-ci n'entendent pas décrire de façon encyclopédique un ensemble cohérent de lois. On remarque plutôt que le terme « système » sous-entend une confrontation : il se dessine par rapport à d'autres. L'utilisation du mot « système » par nos auteurs relève donc en réalité du raccourci sémantique : ce qui est traité n'est pas le système juridique en tant que tel, mais une version simplifiée et réduite à quelques traits principaux de ce système, afin d'aider à sa comparaison avec d'autres.

B) Le système comme proto-modèle

La spécificité de la période 1814-1825 entraîne une concomitance étroite entre systématisation scientifique et comparaison pratique. Certes, les auteurs restent attachés à la notion de système juridique telle que l'historiographie antérieure l'a développée, c'est-à-dire le fait de relier entre eux des principes majeurs pour donner une cohérence à leur ensemble. Cette méthode vise d'abord la connaissance scientifique des législations étrangères, leur typologie, et l'étude de leur éventuelle compatibilité¹⁰⁶³. Cependant, la complexification du paysage juridique avec l'arrivée des codes napoléoniens rend une approche exhaustive non seulement impossible, mais surtout inopportune : le but premier de la littérature juridique est de nourrir les réflexions pratiques pour une réforme juridique nationale à venir. Ainsi, la plupart des auteurs choisissent de se concentrer sur le commentaire – parfois la critique – de certains mécanismes ou institutions. Ceux-ci sont traités de manière approfondie, dans leurs avantages et leurs défauts ; ils servent à révéler, par extension, les divergences et les rapprochements entre des systèmes de pays différents, ou entre systèmes anciens et systèmes nouveaux. Dans cette perspective, le choix des sujets sur lesquels développer n'est pas anodin : il se porte sur les points qui, selon l'auteur, servent le mieux son objectif. Negri, par exemple, se concentre notamment sur le

¹⁰⁶² « According to Raz, a theory of the legal system can address four basic problems: "existence" (What are the criteria for the existence of a legal system?), "identity" and "membership"(What are the criteria which determine the system to which a given law belongs? Which laws form a given system?), "structure" (Is there a structure common to all legal Systems?) and "content" (Are there any laws which recur in all legal Systems? Is there any content common to all legal systems?) ». D. OLIVER-LALANA, « Analytical Theories of Legal System », *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, vol. 97, n°2, 2011, p. 275.

¹⁰⁶³ N. ROULAND, *Introduction historique...*, op. cit., Paris, Presses Universitaires de France, 1998.

système hypothécaire tel qu'il est prévu dans le Code Napoléon. En le résumant à ses traits saillants négatifs, le juriste vicentin présente le système français comme un modèle-repoussoir :

« Le plan du système hypothécaire établi par ce code italien, illustré et soutenu ensuite par le décret du 25 octobre 1808, est déjà connu. [...] On ne peut nier que ces législations tirent, en ce qui concerne les hypothèques conventionnelles, un grand confort pour les parties contractantes [...]. Toutefois, les réflexions suivantes peuvent être faites sur ce système hypothécaire italique¹⁰⁶⁴.

1. Selon les lois antérieures en vigueur sous l'ancien gouvernement vénitien, le créancier en cas d'insuffisance des biens de son débiteur, pouvait réclamer sur les fonds qui, au moment du crédit notifié, appartenaient à son débiteur, mais qui sont ensuite passés à un tiers possesseur ayant un titre notifié ultérieurement. [...] Mais cet avantage a été [...] supprimé par ce mode d'hypothèque [le modèle français] [...]. On ne peut nier que cela est très grave et très gênant pour les vendeurs [...].

2. Une autre grande commodité fait également défaut à ce système, car puisqu'il n'est pas possible d'inscrire par voie d'hypothèque conventionnelle sauf pour les titres, qui sont notariés avec la constitution d'un fonds, il n'est plus possible de détecter aux bureaux des hypothèques si telle personne a précédemment contracté avec d'autres des obligations d'une autre nature [...]. C'est à juste titre [...] que le Code allemand établit les inscriptions de ces derniers, afin que l'inscrivant puisse jouir de la préemption, et que tout le monde puisse connaître les engagements, qui avaient été contractés antérieurement avec d'autres sur la même chose. [...]

3. Même l'hypothèque judiciaire établie par le Code Italique perturbe quelque peu l'accord, l'utilité et la sécurité des parties contractantes, puisque celle-ci, inscrite ou non, affecte généralement tous les biens présents et futurs du débiteur jugé [...]

4. Enfin, il est difficile de comprendre comment la deuxième partie de l'art. 2123 prescrit que l'hypothèque judiciaire doit également découler de la reconnaissance des signatures dans un acte d'obligation prolongé dans un acte privé. Sous cette forme, une obligation, même générale, faite dans un acte privé [...] peut être inscrite contre lui comme une hypothèque judiciaire. [...] on donne plus de force [...] à une charte privée qu'à un acte authentique solennel [...] »¹⁰⁶⁵.

¹⁰⁶⁴ Le terme « italique » désigne ici le système français, adopté en 1808 en Lombardie-Vénétie.

¹⁰⁶⁵ « E già nota la pianta del sistema ipotecario stabilita da questo Codice Italico, illustrata poi, e suffragata dal Decreto to 25. ottobre 1808. [...] Non può negarsi che da queste legislazioni derivi quanto alle ipoteche convenzionali un sommo comodo ai contraenti [...]. Tuttavia sopra questo sistema ipotecario italico possono farsi li seguenti riflessi. Primo. Per le leggi anteriori che vigevano sotto l'ex-Veneto Governo il creditore nella deficienza dei beni del proprio debitore, poteva rivogliersi sopra que' fondi che al tempo del notificato credito erano del suo debitore, ma che erano poi passati in un terzo possessor avente un titolo posteriormente notificato. [...] Questo beneficio però fu [...] tolto da questo metodo ipotecario [...]. Non può negarsi che ciò sia assai grave ed incomodo per li venditori [...]. Secondo. Manca altresì per questo sistema un altro gran comodo, giacchè non essendo inscrivibili in via d'ipoteca convenzionale se non se que'titoli, che si formino notarilmente colla costituzione di un fondo non si può più rilevare agli ufficj delle ipoteche se un tale abbia contratte anteriormente con altri delle obbligazioni di altra natura [...]. Ben a ragione [...] il Codice tedesco stabili le iscrizioni anche di questi, onde l'iscrivente possa godere della prelazione, e perchè ognuno possa sapere gl' impegni, che fossero stati

Mittermaier, quant à lui, semble rester fidèle à une comparaison scientifique : il n'entend pas opérer de hiérarchie entre les systèmes prussien, français et de droit germanique-allemand. Son ouvrage consiste en une présentation des trois systèmes à la suite, puis une description du procès civil en suivant la chronologie de ce dernier. Ainsi, par son plan même, le Badois place les trois systèmes étudiés comme parties intégrantes du système processuel général qu'il entend étudier. On peut considérer qu'en cela, l'ouvrage de Mittermaier est un exemple de la systématique allemande, telle qu'elle apparaît notamment dans la *Zeitschrift für geschichtliche rechtswissenschaft* à la même époque : il s'agit, par une étude empirique et historique de sources factuelles, de rechercher les liens possibles entre différents systèmes juridiques. Or, pour faciliter cet exercice, la présentation des systèmes doit être synthétique ; elle n'échappe donc pas à la simplification. Cette démarche simplificatrice est visible dans l'ouvrage de Mittermaier : s'il n'utilise jamais le mot « modèle », il désigne trois « systèmes processuels » de trois origines distinctes par un ensemble de caractéristiques choisies. Le système français en particulier fait l'objet d'un portrait en plusieurs points spécifiques, éléments de différenciation vis-à-vis des systèmes allemands. Si l'extrait suivant peut sembler long, nous souhaitons mettre en valeur sa structuration, qui témoigne (comme chez Meyer) d'une volonté de réduire la complexité à un ensemble de particularités :

« Si nous considérons notre procès allemand commun [...], l'espoir d'une législation d'un seul jet, adaptée à nos conditions et cohérente, disparaîtrait si l'on considérait simplement que ses sources sont constituées par trois législations élaborées en l'espace de deux millénaires par des nations différentes dans des circonstances tout à fait différentes [...] Le procès prussien se présente comme un ensemble hautement respectable, respectable par la haute idée que le grand législateur avait en tête, par l'originalité de la tentative, par le soin avec lequel la législation a été préparée et travaillée pendant plus de cinquante ans, en contraste avec le procès commun. [...]

Le procès français a également plusieurs points communs avec le procès allemand ordinaire. [...]

Cependant, le procès français présente de nombreuses particularités importantes.

I. L'organisation judiciaire repose sur le principe de la plus grande indépendance de la justice. Alors

anteriamente assunti con altri sopra la cosa medesima. [...] Terzo. Anche la ipoteca giudiciale istituita dal Codice Italico turba alquanto il coinodo, l'utilità, e la sicurezza dei contraenti, giacchè questa, iscritta che sia, affetta tutti generalmente li beni presenti, e futuri del giudicato debitore. [...] Quarto. Non si può finalmente ben comprendere, come nella seconda parte dell'art. 2123. sia stato prescritto, che la ipoteca giudiciale derivar dovesse pur anco dalle ricognizioni fatte in giudizio delle sottoscrizioni apposte in un atto d'obbligo esteso in una privata scrittura. In tal forma una obbligazione sebben generale fatta in una privata carta [...] potrà iscriversi a di lui carico in via d'ipoteca giudiciale. [...] si diede maggior forza [...] ad una carta privata, che ad un solenne atto autentico [...] » (G. M. NEGRI, *Dei difetti...*, op. cit., p. 192 à 194).

que les tribunaux allemands sont confrontés à une multitude d'affaires [...] étrangères, la Cour de justice française n'a que la compétence de juger les procès.

II. pour s'occuper d'une partie de ces différentes affaires, il existe une autorité propre (ministère public) aux multiples ramifications [...].

III. d'autre part, des établissements distincts, à savoir le bureau de la conservation des hypothèques, le notariat, l'Institut des registres de l'état civil, dispensent le tribunal de l'administration de la juridiction gracieuse [...].

IV. Le procès français ne considère pas, comme le procès allemand, l'ensemble de la procédure [...] comme un continuum, mais admet que le procès [...] n'arrive au tribunal que lorsque les deux parties ont déjà pu présenter oralement leurs prétentions [...] devant le tribunal. [...]

VII Une instruction de procès au sens allemand est inconnue du procès français. [...] La communication d'écrits d'une partie à l'autre, par le tribunal lui-même, est inconnue du procès français. [...]

VIII. Les débats proprement dits, qui se déroulent en séance devant le tribunal réuni, sont publics, sans que tout le procès le soit pour autant [...].

IX. Les débats devant le tribunal sont oraux, les avocats exposant au tribunal, lors de la procédure orale, leurs allégations, leurs moyens et leurs demandes [...].

X. Le procès français ne connaît que deux instances. En revanche, la Cour de cassation ne doit pas être considérée comme un troisième degré de juridiction, alors qu'elle est la gardienne de la loi [...] et doit donc être discutée séparément »¹⁰⁶⁶.

¹⁰⁶⁶ « Betrachten [...] nach [...] unseren gemeinen deutschen Prozess, so möchte bei der einfachen Erwägung, dass seine Quellen aus drei in einem Zeitraum von 2 Jahrtausenden bei verschiedenen Nationen unter ganz verschiedenen Verhältnissen ausgebildeten Gesetzgebungen bestehen, die Hoffnung einer aus Einem Güsse hervorgegangenen, unseren Verhältnissen anpassenden und zusammenhängenden Gesetzgebung verschwinden [...]. Als ein höchst achtungswürdiges ganzes, achtungswürdig durch die hohe Idee, welche dem großen Gesetzgeber vorschwebte, durch die Originalität des Versuchs, durch die Sorgfalt, mit welcher über 50 Jahre hindurch die Gesetzgebung vorbereitet und bearbeitet wurde, steht in den Gegensatz mit dem gemeinen Prozess gestellt, der preußische Prozess da. Schon vor der Thronbesteigung Friedrichs des Großen begannen die Arbeiten zur späten Justizreform [...]. Dem genialen Herrscher, dessen Kraft alle Hindernisse überwand, konnten die Klagen über die Langsamkeit der Justizpflege nicht verborgen bleiben, ihm, dessen kühner Geist jede Langsamkeit verschmähte, musste der Glaube entstehen, dass in dem Prozesse Aktes gewonnen wäre, wenn nur der Prozessgang schneller würde [...] Auch der französische Prozess hat mit dem gemeinen deutschen mehrere gemeinschaftliche Grundlagen. [...] Allerdings bietet der französische Prozess viele wichtige Eigentümlichkeiten dar. I. Die Gerichtsverfassung beruht auf dem Grundsatz der höchsten Unabhängigkeit der Justiz. Während den deutschen Gerichten eine Menge fremdartiger [...], kommt dem französischen Gerichtshofe nur die Gerichtsbarkeit, die Entscheidung von Prozessen zu. II. Zur Besorgung eines Teils dieser verschiedenen Geschäfte steht eine eigene mit vielen Verzweigungen unter sich zusammenhängende Behörde (ministère public) [...] III. Auf der andern Seite befreien eigene Anstalten und zwar das Hypothekenbewährungsamt, das Notariat, das Institut der Zivilstandsregister, das Gericht von der Verwaltung der freiwilligen Gerichtsbarkeit [...] IV. Der französische Prozess betrachtet nicht wie der deutsche das ganze Verfahren [...] als ein continuum, sondern nimmt an, dass der Prozess [...] erst dann an das Gericht komme, wenn bereits beide Parteien im Gerichte ihre Ansprüche [...] mündlich vortragen können. [...] VII. Eine Prozessinstruktion im deutschen Sinne ist dem französischen Prozesse unbekannt. [...] Mitteilung von Schriften von einer Partei zur andern, durch das Gericht selbst kennt der französische Prozess nicht. [...] VIII. Ade eigentlichen Prozessverhandlungen, welche vor versammeltem Gerichte in den Sitzungen vorkommen, sind öffentlich, ohne dass deswegen der ganze Prozess öffentlich wäre [...] IX. Die

Marina, quant à lui, n'utilise pas le mot « système » pour décrire un ensemble cohérent de règles juridiques : il s'en sert pour commenter la voie choisie par le droit espagnol durant l'ancien régime, autrement dit le modèle compilateur. C'est ainsi qu'il intitule le premier article de son ouvrage *Défauts consécutifs au système adopté et suivi pour toutes les compilations des lois du royaume* (« Defectos consiguientes al sistema adoptado y seguido en todas las compilaciones de las leyes del reino »¹⁰⁶⁷). Dans le cas de Gambini, l'intention de synthétiser et de réduire le système pénal à quelques traits principaux est annoncée dès le titre : il s'agit d'observations sur « quelques principes de droit pénal » ; dès lors, pour appuyer son propos, Gambini choisit certains traits saillants – en l'occurrence, des traits négatifs – qu'il lie au droit pénal codifié. Il ne procède donc pas à une étude exhaustive, ni à une démarche de systématisation du droit pénal dans sa globalité. Gambini rattache dans le même paragraphe les notions de « système » et de « modèle » ; critiquer certaines lacunes du système pénal permet de modérer les louanges des nouveaux modèles juridiques :

« Le système pénal des nouveaux Codes souffre d'exceptions plus graves que celles qui concernent le système judiciaire, et ses défauts ne peuvent être aussi facilement corrigés dans la pratique que ceux de l'autre le sont largement par les deux moyens proposés. On a donc pensé qu'il ne fallait pas laisser passer inaperçues certaines de ses lacunes ; et qu'il ne serait pas vain de mettre en garde ceux qui, en réformant les anciennes lois pénales, seraient disposés à regarder les réformes déjà faites comme des modèles parfaits »¹⁰⁶⁸.

L'équivoque sémantique entre système et modèle est particulièrement observable chez Meyer. Sur les cinq tomes de son œuvre, le néerlandais utilise le terme « système » deux-cent-quarante fois. Au départ, il semble distinguer les deux notions, puisqu'il désigne sous le nom de « législations systématiques » les modèles de droit codifié, par opposition aux « usages ». Les

Verhandlungen vor dem Gerichte sind mündlich, indem die Anwälde im mündlichen Vors trage ihre Behauptungen, Rechtsgründe und Gesuche dem Gerichte auseinandersetzen [...] X. Der französische Prozess kennt nur zwei Instanzen. Als eine dritte Instanz darf dagegen der Cassationshof nicht betrachtet werden, während derselbe als Wächter des Gesetzes, [...] und daher abgesondert erörtert werden soll » (K. J. A. MITTERMAIER, *Der gemeine...*, *op. cit.*, p. 11, 21, 28 à 34).

¹⁰⁶⁷ F. M. MARINA, *Juicio crítico...*, *op. cit.*, p. 25.

¹⁰⁶⁸ « Il sistema penale de' nuovi Codici è soggetto ad eccezioni più gravi, che non siarro quelle, che riguardano il giudiziario, nè a' suoi difetti si può si facilmente supplire in pratica, come coi proposti due mezzi si supplisce in gran parte a quelli dell'altro. Si è dunque creduto, che alcune delle sue massime non dovessero lasciarsi correre inosservate ; e che non sarebbe forse inutile il mettere in avvertenza quelli, che prendendo a riformar le antiche leggi crimali, fossero per avventura disposti a riguardare le già fatte riforme come perfetti modelli » (F. GAMBINI, *Osservazioni...*, *op. cit.*, p. 8).

codes sont la première spécificité de la législation systématique, puisqu'ils construisent le droit comme un ensemble cohérent et organisé¹⁰⁶⁹. Pourtant, Meyer ne tarde pas à présenter la controverse entre deux modèles, l'ancien droit et le droit codifié moderne ; dans cette perspective, il résume des traits saillants pour chacun d'eux, et finit par les désigner tous deux en tant que « systèmes » :

« Les partisans des législations systématiques ne manquent pas d'arguments en faveur de leur opinion ; ils s'appuient de l'opposition existant nécessairement entre les résultats produits dans le droit par des lois d'occasion et des usages, dont l'origine tient à des mœurs étrangères au temps actuel ; ils allèguent que les lois doivent être en harmonie avec les circonstances du moment et que les anciennes coutumes ne peuvent convenir aux temps modernes ; qu'une jurisprudence basée sur des lois et des usages exclusivement appartenant aux siècles passés ne peut marcher avec le siècle, et que si elle reste en arrière on s'expose à voir des décisions barbares au milieu d'institutions libérales, des jugements qui rappellent l'ignorance du moyen âge, tandis que la société actuelle est au-dessus de ces préjugés. D'un autre côté, ceux qui sont contraires aux nouveaux systèmes de législation réclament l'expérience des siècles et le peu de succès de la plus grande partie des lois nouvelles ; ils prétendent qu'on n'impose point à un peuple des lois qui ne s'accordent pas avec ses mœurs ; qu'une nation repousse des lois étrangères à sa manière d'être ; que les lois systématiques sont toujours insuffisantes et ne peuvent prévoir tous les cas, tandis que les usages, fondés sur les habitudes de ceux mêmes qui les pratiquent, pourvoient à toutes les espèces qui peuvent se présenter ; que les lois romaines, celles des anciens Germains, les coutumes des provinces de la France et des Pays-Bas, la loi commune de l'Angleterre, les principes les plus généralement admis en Allemagne ne doivent leur mérite et la durée de leur force obligatoire qu'à cette seule raison, qu'elles sont le résumé des habitudes consigné par écrit ; que l'usage s'épure par le temps, et que les dispositions du droit romain, celles surtout du Digeste, n'ont été de tout âge reconnues comme raison écrite, que parce qu'elles n'ont pas été faites d'un jet, mais produites par les habitudes d'un peuple éminemment sage, et recueillies dans les ouvrages de jurisconsultes qui sentaient toute l'importance de leur tâche. Mais est-il besoin d'admettre cette diversité de systèmes de jurisprudence théorique et pratique ? »¹⁰⁷⁰.

Cette indifférenciation sémantique tend à montrer que le système est en quelque sorte un « proto-modèle » : il permet aux auteurs d'accomplir un travail de confrontation, de

¹⁰⁶⁹ « Est-il plus avantageux de posséder des systèmes de législation, des codes de lois introduites simultanément ; ou bien ne doit suivre que les usages ? C'est une question qui pourrait paraître ne pas admettre de doute, et qui est cependant un sujet de controverse entre les auteurs les plus savants » (J. D. MEYER, *Esprit,...*, *op. cit.*, vol. 1, p. VII).

¹⁰⁷⁰ *Ibid.*, vol. 1, p. VII à IX.

rapprochement de systèmes juridiques trop vastes pour être appréhendés dans leur totalité. Ainsi, le mot « système » sert un travail de modélisation fonctionnelle. Ce constat est renforcé si l'on observe que Meyer, parmi nos cinq auteurs, semble le plus proche d'annoncer l'utilisation de la modélisation fonctionnelle pour son ouvrage. En effet, au terme de son étude historique des institutions françaises, Meyer explique la raison qui le pousse à la modélisation, à savoir que l'ensemble à étudier est trop hétéroclite et s'étend sur plusieurs périodes radicalement différentes ; or pour lui permettre d'accomplir son travail final – la réflexion sur des éventuelles solutions pratiques pour une réforme judiciaire future – il faut qu'il lui soit possible de comparer plusieurs systèmes étrangers, et de passer de l'un à l'autre aisément. Ainsi, le Néerlandais juge « utile » une simplification du système français par le choix de traits saillants :

« Les observations que nous avons cru devoir faire sur les institutions de la France moderne et depuis l'époque de la révolution ne sont point aussi susceptibles d'être réunies en un seul tableau que celles qui se rapportent aux autres pays de l'Europe : la succession rapide des événements, les changements qu'ont éprouvés les institutions mêmes, le peu d'unité qui existe entre les différentes époques de cette révolution, sont les motifs de cette difficulté. Il est cependant quelques traits généraux, qu'il pourrait être utile de faire ressortir plus vivement, et qui peuvent donner lieu à des remarques intéressantes, dont l'application pourra être faite par la suite »¹⁰⁷¹.

Section 2. Logique comparative et classifications

Après nous être intéressés au mobile et à la méthode des auteurs comparatistes, il convient d'en étudier le résultat. Ainsi, motivés par la recherche du meilleur modèle juridique pour leur droit national, les auteurs recourent à la comparaison par systématisation-modélisation, qui leur permet d'aboutir à des classifications. Ces classifications, enfin, servent soit à confirmer une position a priori, soit à trouver une réponse a posteriori. Afin de présenter les classifications proposées, reprenons Negri, Marina, Mittermaier et Meyer pour le droit civil et le procès civil (I), Meyer et Gambini pour le droit pénal et la procédure criminelle (II), auxquels nous ajouterons les études de Giovanni Castinelli pour le droit commercial (III).

¹⁰⁷¹ J. D. MEYER, *Esprit, ...*, *op. cit.*, vol. 4, p. 530.

I. Les classifications en droit civil et procédure civile

En observant les classifications proposées en matière civile, on peut remarquer deux démarches assez distinctes. D'une part, Meyer et Mittermaier semblent procéder à une comparaison plutôt scientifique : ils n'identifient pas leur modèle préféré a priori ; la classification est alors, expliquent-ils, un moyen de trouver le modèle idéal (A). À l'inverse, les ouvrages de Marina et Negri annoncent dès le départ le modèle de leur choix ; leur approche est davantage pratique, puisqu'il s'agit d'interpeler directement un adversaire, les législateurs ou les praticiens pour qu'ils réfléchissent à l'avenir de l'ordre juridique national. La classification est alors un moyen de confirmer leur modèle idéal (B).

A) Délimiter le modèle idéal : la classification scientifique

Si l'on observe la construction des ouvrages de Mittermaier et de Meyer, les résultats sont très similaires. Tous deux choisissent la classification des modèles par pays, avec des présentations historiques pour chacun d'eux ; ils utilisent ensuite leurs conclusions pour rédiger une partie générale, dans laquelle ils peuvent comparer de manière confortable les systèmes qu'ils viennent de modéliser. Cette articulation d'une classification géographique avec une partie globale semble moins visible dans l'œuvre de Meyer, qui compte cinq tomes ; elle est en réalité plus poussée que chez Mittermaier, et devient claire lorsque l'on met bout à bout les cinq tables des matières. En effet, les tomes sont divisés en livres consécutifs, qui suivent une trame chronologique. Le premier tome, sous-titré « partie ancienne », traite du gouvernement et des institutions des « anciens germains, tant avant qu'après la conquête de l'Empire Romain »¹⁰⁷². Les quatre autres tomes sont sous-titrés « partie moderne ». Le deuxième tome introduit l'Angleterre en livre troisième, et la France en livre quatrième¹⁰⁷³. Les gouvernements n'y sont pas traités ; Meyer se concentre sur les institutions judiciaires. Le livre cinquième, contenu dans le troisième tome, porte uniquement sur les institutions des Pays-Bas, pays natal de Meyer, tandis que le quatrième tome s'intéresse au modèle allemand, puis revient au modèle français

¹⁰⁷² J. D. MEYER, *Esprit, ...*, *op. cit.*, vol. 1. Livre premier, sur le gouvernement, p. 1 s. ; livre deuxième, sur l'ordre judiciaire, p. 251 s.

¹⁰⁷³ *Ibid.*, vol. 2. Livre troisième, sur les institutions judiciaires de l'Angleterre, p. 1 s. ; livre quatrième, sur les institutions judiciaires de l'ancienne monarchie française, p. 319 s.

postrévolutionnaire¹⁰⁷⁴. Le modèle français fait donc l'objet non pas d'une, mais de deux études : comme Meyer le reconnaît lui-même (Cf supra), le droit français, contrairement à celui des autres pays européens, a connu une rupture trop grande pour être traité en un seul livre. Ainsi, ce que Mittermaier traite en quarante pages, Meyer l'aborde en quatre tomes et le détaille, matière par matière. Son livre huitième – le dernier – est la raison pour laquelle il s'est prêté au jeu de la comparaison. Le livre est intitulé « Résultats de l'expérience pour des législations futures », ce qui accentue l'esprit scientifique de la démarche ; il consiste à réutiliser les modèles classifiés dans les livres précédents¹⁰⁷⁵, afin de les juxtaposer et d'en tirer des propositions de réformes. Mittermaier, quant à lui, souhaite montrer, dans sa partie générale, que le procès civil allemand ne peut se concevoir sans influences étrangères ; qu'il en est l'héritier, et pourrait encore s'améliorer en s'en inspirant.

En somme, des rapprochements significatifs peuvent être faits entre les deux auteurs : d'abord, des propos introductifs visant à expliquer le but de l'ouvrage et à en poser les bases théoriques ; puis la présentation des systèmes de divers pays européens l'un après l'autre, résumés et replacés brièvement dans leur contexte historique ; enfin une partie générale qui découle de cette classification – description du modèle processuel allemand dans son ensemble pour Mittermaier, tentative de propositions réformatrices pour Meyer. Si la taille des parties varie d'un auteur à l'autre, une proximité de structure apparaît lorsque l'on compare les tables des matières fournies par Mittermaier¹⁰⁷⁶ et Meyer¹⁰⁷⁷ :

¹⁰⁷⁴ *Ibid.*, vol. 4. Livre sixième, sur les institutions judiciaires de l'Allemagne, 1 s. ; livre septième, institutions judiciaires de la France moderne, p. 353 s.

¹⁰⁷⁵ « Notre objet est d'utiliser pour les législations futures les résultats de l'expérience, et toute la partie historique n'est qu'une introduction au dernier volume, qui est destiné à ces résultats » (*Ibid.*, p. 335).

¹⁰⁷⁶ « I. Einleitung. II. Zusammenhang des Prozesses mit politischen Einrichtungen. III. Forderungen an die Civilprozeß Gesetzgebung. IV. Gemeiner deutscher Prozess. V. Preußischer Prozess. VI. Französischer Prozess. VII. Ausbildung des Prozesses durch Particulargesetzgebungen. VIII. Verhandlungs- und Untersuchungsmaxime. IX. Deffentlichkeit des Verfahrens. X. Entfernung der Rechtsbeistände. XI. Wechselseitiges Verhältnis der Parteien zueinander. XII. Vergleichsversuche. XIII. Eventualmaxime. XIV. Mündliches und schriftliches Verfahren. XV. Anbringung der Plage bei Gericht. XVI. Trennung des faktischen Vorbringens der Parteien vom Vortrage der Rechtsgründe. XVII. Mittel zur erschöpfenden Herstellung des Streitpunktes. XVIII. Einrichtung der Schlussverhandlungen zur Sicherheit der Parteien » (K. J. A. MITTERMAIER, *Der gemeine..., op. cit.*, table des matières).

¹⁰⁷⁷ Voir J. D. MEYER, *Esprit..., op. cit.*, vol. 1, 2, 3, 4, 5.

	Mittermaier	Meyer
Propos introductifs	<p>I. Introduction</p> <p>II. Lien entre le procès et les institutions politiques.</p> <p>III. Exigences relatives à la législation sur la procédure civile.</p>	<p>Introduction</p>
Présentation des modèles	<p>IV. Procès commun allemand.</p> <p>V. Procès prussien.</p> <p>VI. Procès français.</p> <p>VII. Formation du procès par les droits particuliers.</p>	<p>Livre 1^{er}. Gouvernement des anciens Germains, tant avant qu'après la conquête de l'Empire Romain.</p> <p>Livre 2. Ordre judiciaire des anciens Germains, tant avant qu'après la conquête de l'Empire Romain.</p> <p>Livre 3. Des institutions judiciaires de l'Angleterre.</p> <p>Livre 4. Des institutions judiciaires de l'ancienne monarchie française.</p> <p>Livre 5. Des institutions judiciaires des Pays-Bas.</p> <p>Livres 6. Institutions judiciaires de l'Allemagne.</p> <p>Livre 7. Institutions judiciaires de la France moderne.</p>

Partie générale	<p>VIII. Principes de la négociation et de l’instruction.</p> <p>IX. Publicité de la procédure.</p> <p>X. Éloignement des conseils juridiques.</p> <p>XI. Relations mutuelles entre les parties.</p> <p>XII. Tentatives de conciliation.</p> <p>XIII. Maxime éventuelle.</p> <p>XIV Procédure orale et procédure écrite.</p> <p>XV. présentation de la plaidoirie au tribunal.</p> <p>XVI. Séparation de l’argumentation factuelle des parties de l’exposé des moyens de droit.</p> <p>XVII. Moyens d’établir exhaustivement la cause du litige.</p> <p>XVIII. L’organisation des débats finaux pour la sécurité des parties</p>	<p>Livre 8. Résultats de l’expérience pour des législations futures</p>
------------------------	--	---

Cette correspondance se retrouve-t-elle dans la description des systèmes ? Mittermaier comme Meyer, opèrent une distinction au sein même de chaque modèle national entre ancien droit et droit moderne. En matière civile et processuelle, les deux ouvrages ont deux sujets d’étude en commun : le modèle allemand et le modèle français. En comparant le traitement de ces modèles et en recoupant les caractéristiques sur lesquelles s’attardent les deux auteurs, des correspondances apparaissent. Commençons par le modèle allemand :

	Ancien droit		Droit actuel	
	Mittermaier	Meyer	Mittermaier	Meyer
Modèle allemand	<p>1. « Comme base [...], nous avons heureusement le droit romain [...] et ici le procès romain nous donne l'image réjouissante d'une procédure basée sur la plus grande liberté privée [...]. [...] le procès canonique, en tant que deuxième source du procès [...], fournit le moyen par lequel certaines dispositions romaines nous sont parvenues [...]. [...] une étude approfondie de la procédure allemande passe par l'étude du droit coutumier qui [...] a toujours été une source de la législation procédurale » (p. 18, 21, 24).</p> <p>2. « Pour des raisons souvent peu</p>	<p>1. « Il s'établit une lutte sourde [...] entre les anciennes coutumes locales, le droit romain et le droit canon » (vol. 4, p. 178).</p> <p>2. « De toutes les circonstances particulières à l'Allemagne, aucune ne contribua aussi efficacement à donner une couleur distincte à ses institutions [...] que l'usage généralement adopté de consulter l'opinion des collègues supérieurs de justice et des facultés de droit » (vol. 4, p. 233).</p>	<p>1. « [...] nous n'avons pas de constitution judiciaire à laquelle se référerait le procès commun composé des trois sources, et il suffit de comparer les actes parvenus aux collègues de jugement de différents États allemands pour se convaincre du peu d'uniformité du procès commun » (p. 16).</p> <p>2. « [...] l'image semblait souvent vraie, lorsque Goldschmidt dit que les serviteurs de l'État font tourner lentement et avec dépit, dans l'obscurité, toute la machine judiciaire rouillée, souvent même les machines judiciaires » (p. 26-27).</p> <p>3. « L'une des</p>	<p>1. « La première observation qui résulte de nos recherches est le défaut d'unité de lois, d'usages et de formes en Allemagne [...] » (vol. 4, p. 435).</p> <p>2. « [...] ce n'est ni en France, ni en Angleterre, qu'on se plaint de la lenteur des procédures [...] ; mais c'est surtout en Allemagne où le secret des procédures et la spontanéité des tribunaux est portée au plus haut</p>

	<p>avouables, l'opinion selon laquelle les collègues administratifs [...] s'accompagnent d'un caractère de violence, s'étendit aussi aux collègues de juges ; [...] et une certaine [...] dureté apparut dans le procès, à laquelle s'ajoutèrent un certain secret enveloppé de cérémonies et certains inconvénients du fonctionnement des collègues » (p. 26).</p>		<p>conceptions les plus néfastes de l'époque moderne a été d'arracher le code de procédure à son lien naturel avec [...] la constitution judiciaire [...]. [...] le meilleur code de procédure doit d'abord prendre vie et sens grâce aux juges [...]. S'il s'avère que les règles sagement données dans le code de procédure pour la recherche de la vérité, par exemple dans le procès prussien, ne peuvent pas du tout être suivies, alors tout le code de procédure n'est éblouissant que sur le papier et la procédure devient un ensemble de formalités dans lesquelles les juges ne voient que leur observation [...] » (p. 9).</p>	<p>point » (vol. 4, p. 255-256).</p> <p>3. « [...] depuis la Bavière et la Prusse, qui prouvèrent à l'Europe étonnée qu'une législation entièrement nouvelle était possible, plusieurs autres états de l'empire eurent leurs nouveaux codes [...] » (vol. 4, p. 248).</p>
--	---	--	--	---

Et à propos du modèle français :

	Ancien droit		Droit actuel	
	Mittermaier	Meyer	Mittermaier	Meyer
Modèle français	<p>1. « [...] la Cour de cassation, issue du Conseil privé ou Conseil du roi, et l'institution de l'autorité de l'État, enseignent combien peu d'institutions apparemment nouvelles du droit français peuvent être comprises sans la connaissance de l'ancienne constitution judiciaire » (p. 46).</p> <p>2. « [...] il est trop souvent à déplorer que les rédacteurs n'aient pas pu se débarrasser plus vigoureusement des vieux préjugés et des abus de l'usage judiciaire » (p. 49).</p> <p>3. « Il n'est guère besoin de rappeler que</p>	<p>1. « Dès avant la révolution on connaissait en France des recours au conseil du roi, dit conseil des parties, en cassation des arrêts rendus par les parlemens et les cours souveraines, lorsqu'ils étaient déferés à l'autorité suprême, comme violant les lois existantes » (vol. 4, p. 412).</p> <p>2. « [...] la marche des tribunaux était timide, et quiconque était bien à la cour [...] se trouvait presque au-dessus de la loi : les tribunaux inférieurs étaient déconsidérés [...] » (vol. 2, p. 627).</p>	<p>1. « Ce n'est qu'en 1807 qu'arriva à maturité le Code de procédure encore en vigueur, [...] les législateurs s'efforçaient de simplifier les formes et de bannir les multiples abus qui s'étaient introduits dans l'ancien usage judiciaire [...] » (p. 49).</p> <p>2. « [...] la publicité nouvellement introduite, certains changements dans la constitution des</p>	<p>1. « Une seconde remarque digne d'attention est la force d'unité et d'exécution dans la France actuelle. Une législation uniforme est maintenue et conservée par une cour suprême [...] » (vol. 4, p. 533 à 534).</p> <p>2. « [...] indépendamment de la part directe accordée à la nation dans l'administration par ses députés, [...] une influence moins immédiate, mais non moins importante, est exercée par cette même nation, au</p>

<p>le procès français, dans ses éléments étrangers, le droit romain et canonique, s'accorde avec le procès allemand, et connaît les notions fondamentales de la même manière, c'est pourquoi, pour comprendre certaines dispositions des ordonnances, le procès romain et le procès canonique sont indispensables. [...] L'étude approfondie de la procédure française comprend [...] notamment les plus anciens monuments du droit français, le Conseil de Pierre Desfontaines, Beaumanoir, Bouteiller et les Édits de Saint Louis » (p. 45).</p>	<p>3. « La législation était une bigarrure d'anciennes lois émanées de souverains indépendants, ou de coutumes formées à des époques où chaque canton avait ses intérêts séparés, qui portaient l'empreinte du temps au quel elles devaient leur origine [...] » (vol. 2, p. 628).</p>	<p>tribunaux rendaient nécessaires de nouvelles dispositions originales [...] » (Ibid.).</p> <p>3. « Comme on le sait, la justice française a emprunté l'institution du juge de paix à la constitution anglaise. Mais c'est à tort que l'on considérerait le juge de paix anglais comme égal au juge de paix français ; tandis que le premier n'est qu'un fonctionnaire du peuple agissant par autorité morale et sans caractère judiciaire, le second apparaît</p>	<p>moyen de la publicité. [...] la publicité des audiences, et les motifs des jugements qui la mettent à même de connaître l'application et le mode d'exécution des lois [...] fait prendre à la nation une attitude plus imposante, et lui rend plus chers les devoirs qu'elle doit remplir » (vol. 4, p. 363 à 364).</p> <p>3. « [...] la France a emprunté à l'Angleterre beaucoup d'idées, tant en fait d'administration que relativement à l'ordre judiciaire [...] » (vol. 4, p. 530).</p>
--	--	---	--

			comme un serviteur de l'État dépendant souvent du gouvernement et rémunéré par lui, qui, en même temps, dans plusieurs cas, tranche lui-même des procès en tant que juge, et qui, par conséquent, est aussi peu apte à transiger qu'un juge civil allemand » (p. 132 à 133).	
--	--	--	--	--

Ces tableaux comparatifs, vis-à-vis du modèle allemand¹⁰⁷⁸ et du modèle français¹⁰⁷⁹ permettent de visualiser les caractéristiques que les deux auteurs choisissent d'évoquer : pour l'ancien droit civil et processuel allemand, la grande diversité des sources est admise d'entrée ; elle semble regrettée par Meyer, mais faire l'objet d'un intérêt historique sincère de la part de Mittermaier. Autre caractéristique, le recours au renvoi des pièces – autrement dit, le fait pour un juge indécis de transmettre l'affaire à un collège de juges supérieurs ou un à un collège de professeurs d'université. Ici, la divergence de ton entre les deux auteurs est intéressante : Mittermaier est un professeur respecté, membre de l'élite académique typiquement sollicitée lors d'un renvoi de pièces. Aussi évoque-t-il, sans trop les détailler, les « inconvénients dans le fonctionnement

¹⁰⁷⁸ Pour les citations de Meyer, voir, dans l'ordre, *Esprit...*, *op. cit.*, vol. 4, p. 178, p. 335, p. 255-256. Pour les citations de Mittermaier : « Als die Grundlage derselben besitzen wir zum Glücke das römische Recht, [...] und hier gibt uns der römische Prozess das erfreuliche Bild eines auf der höchsten Privatfreiheit beruhenden Verfahrens [...]. [...] der kanonische Prozess als die zweite Quelle unters Prozesses [...] ist uns doch wichtig, weil er das Medium liefert, durch welche manche römische Bestimmungen zu uns kamen [...]. [...] gehört zu einem gründlichen Studium des deutschen Prozesses die Erforschung des Gewohnheitsrechts, [...] von jeher eine Quelle der Prozessgesetzgebung war » (K. J. A. MITTERMAIER, *Der gemeine...*, *op. cit.*, p. 18, 21, 24) ; « Aus manchen oft nicht lauterer Gründen wurde die Ansicht, welche administrative Collegien [...] mit einem Charakter der Gewalt begleitet, auch auf die Richtercollegen ausgedehnt ; [...] und eine gewisse [...] sich äußernde Härte ward im Prozesse sichtbar, an welche eine gewisse in Ceremonien sich hüllende Heimlichkeit und manche Nachteile des Collegialganges sich anschlossen, die besonders bei den Untergerichten auf dem Lande schädlich wirken mussten » (*Ibid.*, p. 26) ; « [...] das Bild schien oft Wahrheit zu haben, wenn Goldschmidt sagt: dass Staatsdiener die ganze verrostete Justizmaschine, oft selbst Justizmaschinen, im Finstern langsam und verdrossen bewegen » (*Ibid.*, p. 26 à 27) ; « Es gehörte zu den nachtheiligsten Ansichten der neueren Zeit, welche die Prozessordnung aus ihrem natürlichen Zusammenhang mit ihrer Grundlage, der Gerichtsverfassung gerissen hat [...]. Man vergaß dabei, dass das beste Prozessgesetzbuch erst Leben und Bedeutung durch die Richter [...] Findet sich [...] dass die in der Prozessordnung weise gegebenen Vorschriften zur Aufsuchung der Wahrheit zum Beispiel wie in dem preußischen Prozesse gar nicht befolgt werden können, so ist das ganze Prozessgesetzbuch nur auf dem Papiere blendend und das Verfahren wird ein Inbegriff von Formen, bei welchen die Richter nur darauf sehen, dass die Form beobachtet werde, ohne Rücksicht darauf, wie sie befolgt wird » (*Ibid.*, p. 9).

¹⁰⁷⁹ Pour les citations de Meyer, voir, dans l'ordre, *Esprit...*, *op. cit.*, vol. 4, p. 412 ; vol. 2, p. 627, p. 628, p. 363-364 ; vol. 4, p. 530. Pour les citations de Mittermaier : « [...] wie wenig scheinbar neue Institute des französischen Rechts ohne Kenntnis der alten Gerichtsverfassung verstanden werden können, lehrt der Kassationshof, hervorgegangen aus dem Conseil privé oder Cons. du roi, und das Institut der Staatsbehörde » (K. J. A. MITTERMAIER, *Der gemeine...*, *op. cit.*, p. 46) ; « [...] es ist nur zu oft zu beklagen, dass die Redaktoren sich nicht kräftiger von alten Vorurteilen und Missbräuchen des Gerichtsgebrauchs losmachen konnten » (*Ibid.*, p. 49) ; « Es bedarf kaum der Erinnerung, dass der französische Prozeß in seinen fremden Elementen, dem römischen und canonischen Rechte mit dem deutschen Prozesse zusammenstimmt, und die Grundbegriffe auf die nämliche Art kennt, daher zum Verstehen mancher Bestimmungen der Ordonnances der römische und canonische Prozeß unentbehrlich ist [...]. Zum gründlichen Studium des französischen Prozesses gehören insbesondere [...] die ältesten Denkmäler des französischen Rechts, das Conseil von Pierre Desfontaines, Beaumanoir, Bouteiller und die Etablissements Ludwigs des Heiligen. » (*Ibid.*, p. 44 à 45) ; « Erst das Jahr 1807 brachte den noch jetzt geltenden Code de procédure zur Reife, [...] die Gesetzgeber sich bestrebten, die Formen zu vereinfachen und Vielfache in den älteren Gerichtsgebrauch eingeschlichen Mißbräuche zu verbannen [...] » (*Ibid.*, p. 49) ; « [...] die neu eingeführte Publizität, durch manche Veränderungen in der Gerichtsverfassung neue Originalvorschriften notwendig wurden [...] » (*Ibid.*) ; « [...] Bekanntlich hat die französische Justiz das Institut der Friedensrichter aus den englischen Verfassung entlehnt. Mit Unrecht würde man aber den englischen Friedensrichter mit dem französischen für gleich gestellt halten ; während der Erste nur ein durch sittliche Autorität wirkender Volksbeamter ohne richterlichen Charakter ist, erscheint der zweite als ein vielfach von der Regierung abhängiger, von ihr besoldeter Staatsdiener, welcher zugleich auch in mehreren Fällen selbst als Richter Prozesse entscheidet, und daher so wenig als ein deutscher Civilrichter zum Vergleichs stiften geeignet ist » (*Ibid.*, p. 133).

des collègues » ainsi qu'un « certain secret enveloppé de cérémonies ». Meyer, s'il est docteur, reste avant tout un praticien ; il dénonce en détail les effets délétères du renvoi¹⁰⁸⁰, qui dénature les décisions de justice. Le renvoi des pièces est réprouvé dès la seconde moitié du XVIII^e siècle par les partisans de la modernisation juridique. Ainsi, quand Frédéric II évoque la lenteur des procès en Prusse avant le début de ses réformes, il attribue directement cette lenteur aux professeurs, facilement corruptibles, qui par leurs interprétations et commentaires orientés se placeraient au-dessus de la justice :

« Autrefois dans ce pays les procès duraient au-delà d'un siècle : alors même qu'une cause avait été décidée par cinq tribunaux, la partie adverse, au plus haut mépris de la Justice, en appelaient aux universités, et les professeurs en droit réformaient ces sentences à leur gré. Un plaideur jouait bien de malheur qui, dans cinq tribunaux et je ne sais combien d'universités, ne trouvait pas des âmes vénales et corruptibles »¹⁰⁸¹.

Concernant le droit civil et processuel allemand actuel, les deux auteurs mentionnent la persistance de la diversité des droits et les difficultés rencontrées dans les procès – lenteurs, complexité. Si la codification apparaît chez les deux auteurs dans leur étude du modèle allemand moderne, elle est traitée différemment selon le profil de chacun. Mittermaier, plutôt historiciste, est assez critique envers la codification, dont il craint qu'elle s'éloigne de la pratique judiciaire. Meyer, au contraire, se montre plus intransigent envers l'ancien droit ; il loue le travail de codification initié par les États allemands, en ce qu'il ouvre la voie à la rationalité et l'unification du droit national.

Concernant le modèle civil et processuel français, la Cour de cassation représente une caractéristique récurrente, et ses origines historiques sont détaillées par les deux auteurs. De même, tous deux admettent la diversité des sources de l'ancien

¹⁰⁸⁰ J. D. MEYER, *Esprit...*, *op. cit.*, vol. 4, p. 234 à 240.

¹⁰⁸¹ FRÉDÉRIC II et J. H. S. FORMEY, *Dissertation sur les raisons d'établir ou d'abroger les loix, par l'auteur des Mémoires pour servir à l'histoire de Brandebourg. À laquelle on a joint l'Examen de l'usure, suivant les principes du droit naturel. Par M. Formey*, Utrecht, 1751, p. 56 à 57.

droit français – une « bigarrure » commune à la situation allemande. Mittermaier comme Meyer mentionnent que l'ancienne procédure civile française souffrait de faiblesses. Quant au modèle civil français moderne, selon Meyer, sa force réside dans sa codification : comme les premières codifications allemandes, elle œuvre à une harmonisation du droit national, et donc à une meilleure maîtrise de l'appareil judiciaire. Mittermaier, qui concentre son ouvrage sur la procédure, prend le temps de remonter aux origines du Code de 1807, en récapitulant ses précédents tels que l'ordonnance de 1667. S'il lui concède des qualités, il atténue néanmoins l'argument d'unité :

« [...] la procédure française a, dans la vie et dans l'expérience, un caractère tout à fait différent de ce que certains juristes allemands érudits, simplement familiarisés avec le Code, ont imaginé, et il ne faut pas négliger le fait que la procédure elle-même s'est exprimée dans la vie de différentes manières dans les différentes régions où elle est en vigueur. De ce point de vue, même la procédure en vigueur dans les grandes villes, par exemple à Paris, ne doit pas être considérée comme tout à fait identique à celle en vigueur dans les provinces, et il est évident que dans ces dernières, on trouve une procédure plus simple »¹⁰⁸².

Il apparaît que sur plusieurs points, Mittermaier semble reprendre les traits saillants sélectionnés par Meyer afin de les tempérer. Ce n'est pas un hasard : Mittermaier a lu Meyer. Ce fait est avéré lorsque l'on s'intéresse au dernier élément soulevé par les deux auteurs : l'inspiration anglaise du système français contemporain. Si Meyer l'énonce comme une évidence, Mittermaier cite directement le Néerlandais – en l'occurrence, le chapitre huit de son livre troisième consacré au « juge de paix » – afin de contredire une correspondance complète entre les institutions judiciaires françaises et anglaises¹⁰⁸³. Ce n'est pas le seul renvoi à Meyer que l'on peut trouver dans l'ouvrage : Mittermaier cite l'Esprit et origines en note de bas de page à sept reprises. Il mentionne même nommément Meyer dans son quatrième chapitre sur le procès

¹⁰⁸² « [...] hat das französische Prozessverfahren im Leben und der Erfahrung einen ganz anderen Charakter als mancher bloß mit dem Code vertraute gelehrte deutsche Jurist sich gedacht hat, und es darf nicht unbeachtet bleiben, dass sich das Verfahren selbst in verschiedenen Gegenden seiner Gültigkeit im Leben auf eine verschiedene Weise ausgedrückt hat. In dieser Rücksicht darf selbst das in großen Städten, z. B. in Paris, übliche Verfahren nicht völlig gleich, mit dem in den Provinzen herkömmlichen betrachtet werden, und offenbar findet sich in den letzteren ein einfacheres Verfahren » (K. J. A. MITTERMAIER, *Der gemeine...*, *op. cit.*, p. 50).

¹⁰⁸³ *Ibid.*, p. 45 à 46.

commun allemand :

« Nous devons aussi accuser une partie des jurisconsultes ; ceux qui ont introduit dans notre procès un philosophisme malheureux, qui se sont arbitrairement, sans tenir compte de leurs sources, établis sur certaines doctrines, par exemple la contestation de la loi, la désobéissance, etc. des notions fondamentales inconnues de la loi, et qui, en s'appuyant sur ces notions, ont ébranlé toutes les doctrines particulières liées aux notions légales, tandis qu'il était devenu à la mode de jouer avec les maximes, d'introduire quelque chose dans chacune d'elles et d'en déduire d'autres choses, d'ériger en règle générale un seul énoncé de la loi, et de continuer à philosopher en toute confiance. [...] Ne doit-on pas se consoler avec le mot d'esprit de Meyer : que partout l'excès du mal a amené le remède ? »¹⁰⁸⁴

Or, Mittermaier ne peut pas reprendre la totalité de l'œuvre de Meyer, et pour cause : son ouvrage paraît en 1822 ; la série de Meyer ne s'achève qu'en 1823. Mittermaier n'a donc à sa disposition que les quatre premiers volumes, comme il le dit lui-même¹⁰⁸⁵ ; soit la partie précisément dédiée à la classification des systèmes. Il semble donc que Mittermaier, pour certains éléments de son ouvrage, se soit basé sur les modèles construits par Meyer, tout en les questionnant. En ce sens, les caractéristiques isolées par Meyer pour délimiter les modèles allemand et français se sont transmises, et ont été réutilisées – parfois pour être réfutées – par un autre juriste européen.

Une fois les points de divergence pris en compte, la proximité entre les démarches de Mittermaier et Meyer dénote une volonté de dépasser la seule systématisation d'un pan du droit. Pour nourrir la partie générale, des modèles étrangers sont invoqués et commentés ; ici, la modélisation fonctionnelle débouche sur un résultat a posteriori. Comment s'articulent des ouvrages dans lesquels une opinion a priori entraîne la modélisation ?

¹⁰⁸⁴ « Auch einen Teil der Rechtsgelehrten müssen wir anklagen ; jene, welche ein unseliges Philosophiren in unseren Prozess gebracht, sich beliebig ohne Rücksicht auf Quellen über manche Lehren, z. B. Litiscontestation, Ungehorsam, u. a. Grundbegriffe aufstellten, die dem Gesetze unbekannt waren, und nun auf diesen Begriffen fortbauend alle einzelnen Lehren erschütterten, die mit den gesetzlichen Begriffen zusammenhingen, während es Mode wurde, mit Maximen zu spielen, in jede etwas hineinzutragen, und daraus weiter zu folgern, einen einzelnen Ausspruch des Gesetzes zur allgemeinen Regel zu erheben, und getrost darauf fortzuphilosophiren. [...] Soll man sich nicht mit dem geistreichen Aussprüche Meyers trösten dürfen: que partout l'excès du mal a amené le remède ? » (*Ibid.*, p. 29 à 30).

¹⁰⁸⁵ *Ibid.*, p. 22.

B) Promouvoir le modèle idéal : la classification pratique

Deux éléments particuliers relient les ouvrages de Negri et Marina. D'une part, les deux ouvrages répondent à un enjeu spécifique et concret, engendré par un contexte politique précis ; ils ont à cœur de promouvoir un modèle idéal devant les législateurs, ou devant les praticiens. D'autre part, pour mener à bien cette entreprise, le modèle favori est mis en valeur par sa confrontation avec un modèle repoussoir. Cette dynamique double apparaît dès les introductions : Negri souhaite favoriser une transition de la pratique entre le Code civil français et le code autrichien (1) ; Marina, quant à lui, tente de convaincre les législateurs de la nécessité d'une réforme profonde de la tradition compilatrice espagnole (2).

1) Negri : du repoussoir français à l'idéal autrichien

Negri publie en 1815. Un an auparavant, Eugène de Beauharnais a abdicé face à l'Autriche, déstabilisé par la capitulation de Napoléon à Paris et une alliance de Joachim Murat avec l'Autriche contre lui. Il abandonne son royaume et son armée pour partir à Munich. L'Autriche investit le territoire et dissout le royaume d'Italie. Le feld-maréchal autrichien de Bellegarde, vainqueur face à Eugène de Beauharnais, devient « commissaire plénipotentiaire » puis « gouverneur général » des « provinces autrichiennes en Italie ». L'ABGB¹⁰⁸⁶ de 1811 est alors transcrit en italien, pour être implanté sur ces nouveaux territoires¹⁰⁸⁷. Le Congrès de Vienne confirme l'annexion autrichienne et l'année suivante, est créé le royaume de Lombardie-Vénétie. Negri publie donc à un moment charnière pour son pays, qui passe d'un gouvernement à l'autre, d'un appareil juridique à l'autre. Il s'agit pour l'avocat de matérialiser cette transition par l'étude des deux codes – l'un qui n'est plus, l'autre qui arrive tout juste. Dans cette

¹⁰⁸⁶ Sur les caractéristiques de l'*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch*, voir G. LANDWER, « Das österreichische ABGB : eine neuständische Kodifikation », *Vestigia iuris romani. Festschrift für Gunter Wesener*, Graz, 1992, p. 67 s. ; W. OGRIS, « Zur Geschichte und Bedeutung des Österreichischen Allgemeinen Gesetzbuches », *Elemente europäischer Rechtskultur. Rechtshistorische Aufsätze aus den Jahren 1961-2003*, Vienne, Böhlau, 2003, p. 311 s.

¹⁰⁸⁷ À ce sujet, voir M. R. DI SIMONE, *Percorsi del diritto tra Austria e Italia (secoli XVII-XX)*, Giuffrè, Milan, 2006 ; du même auteur, « Le Code civil autrichien en Italie », *Revue historique de droit français et étranger (1922-)*, vol. 89, n°1, 2011, p. 115 à 125 ; F. RANIERI, « Einführung und Geltung des österreichischen ABGB in das Regno Lombardo-Veneto (1815-1859) », *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, vol. III, Munich, Verlag C. H. Beck, 1982, p. 226 s. ; B. ECCHER, « Das ABGB und die italienischen Privatrechtswissenschaft, *Storia, istituzioni e diritto in Carlo Antonio de Martini (1726-1800)*, Trente, Colloque européen Martini, 2002 ; E. DEZZA et P. CARONI, *L'ABGB e la codificazione asburgica in Italia e in Europa*, Pavie, CEDAM, 2006.

entreprise, Negri annonce une double intention. La première est de démontrer les imperfections nombreuses de l'ancien code, le Code civil français ; imperfections qui semblent relever de l'évidence, à tel point que des commentateurs français – parmi eux l'un des rédacteurs lui-même – l'admettent volontiers et attendent une réforme¹⁰⁸⁸. La seconde intention est de démontrer les bienfaits du nouveau gouvernement, et l'intérêt qu'auraient les Lombards-Vénitiens à s'inspirer de l'ABGB. Le déséquilibre de ton entre le portrait du code français et celui du code autrichien interpelle :

« Outre que [...] j'ai depuis lors signalé les vices radicaux de certaines des sanctions de ce Code, j'ai aussi parfois signalé l'ambiguïté et le doute de la loi, et parfois l'abus qu'on peut en faire, et dans certains cas la restriction excessive de la loi elle-même. [...] C'est ainsi que tel article est attaqué, lorsque ses expressions peuvent réellement induire le doute ; d'autres ont été accusés, lorsque la forme même dans laquelle ils sont conçus peut ouvrir la voie aux abus ; on a signalé l'imperfection, lorsque la loi est limitée à certains cas seulement' alors qu'elle devrait en comprendre d'autres. J'ai également mentionné quelques oublis et erreurs dans la compilation de ce code. Après que j'eusse esquissé ce recueil à cette époque, la domination autrichienne tant désirée revint en possession de ces États, et c'est donc avec une plus grande tranquillité que je me donnai à l'exécution de ce travail : mais entre-temps la version italienne du Code civil universel pour tous les États allemands héréditaires de la monarchie autrichienne arriva parmi nous en 1814, dictée à ces sujets par la MAJESTÉ SACRÉE de FRANCOIS I^{er}. EMPEREUR et ROI AUGUSTE Souverain, à la composition duquel prirent part les esprits les plus sublimes, les sujets les plus ostensibles et les Commissions et Magistratures les plus éminentes de cet Empire, qui avaient sous les yeux le présent Code Italien. J'ai donc observé que, précisément sur certains des articles transcrits ici, le droit civil autrichien est différent dans ces États »¹⁰⁸⁹.

¹⁰⁸⁸ G. M. NEGRI, *Dei difetti...*, *op. cit.*, p. III à IV.

¹⁰⁸⁹ « Oltre [...] di aver fin d'allora connotati li vizj radicali di alcune sanzioni di questo Codice, ho anche alcune volte rimarcata l'ambiguïtà, e dubbietà della legge, alcune altre l'abuso che può farsi di essa' ed in qualche caso la troppa restrizione della legge medesima. [...] Quindi fu attaccato un qualche articolo, quando le espressioni di esso possono realmente indurre la dubbietà : fu accusato alcun altro, quando la forma medesima con cui è concepito, può aprir l'adito all'abuso : fu indicata la imperfezione, allorchè la legge è limitata ad alcuni soli casi' quando dovrebbe comprenderne degli altri. Anche alcune sviste, ed alcune corse umissioni nella compilazione di questo Codice furono da me mentovate. Dopo che era stata da me abbozzata fin da que' tempi questa collezione, rientrò nel possesso di questi Stati la sospirata Dominazione Austriaca, e però con maggior' tranquillità mi diedi a compiere questo lavoro : ma' intanto' pervenne fra noi nel 1814 la versione Italiana del Codice civile universale per tutti gli Stati ereditarj tedeschi della Monarchia Austriaca, dettato a que' sudditi dalla SACRA MAESTA' di FRANCESCO I. IMPERATORE e RE Nostro AUGUSTO SOVRANO, nella composizione del quale ebbero parte le menti più sublimi, li Soggetti più cospicui, e le più eminenti Commissioni, e Magistrature di quell' Impero, che avevano dinanzi agli occhi il presente Codice Italico. Ho quindi osservato che appunto sopra alcuni degli articoli qui trascritti la legge civile Austriaca sunci diversamente in quegli Stati » (G. M. NEGRI, *Dei difetti...*, *op. cit.*, p. IV à V).

L'apparent enthousiasme de Negri pour la « domination autrichienne » peut surprendre, alors que le royaume vient juste d'être libéré du joug français. En réalité, l'entente entre les locaux et les Autrichiens n'est pas parfaite. D'abord pour des raisons structurelles : la Constitution offerte au Royaume par François I^{er}, avec pour symbole la Couronne de fer¹⁰⁹⁰, prévoyait officiellement un royaume partagé entre deux assemblées dotées d'une certaine autonomie ; dans les faits, la Lombardie comme la Vénétie sont étroitement pilotées depuis Vienne. Ensuite pour des raisons plus concrètes : le pouvoir autrichien tient les nobles lombards et vénitiens à l'écart des postes à responsabilités, et leur préfère le plus souvent des germanophones. Les notables locaux se sentent rejetés ; les Milanais, en particulier, accusent Vienne de favoriser leur isolement et la ruine de leur territoire¹⁰⁹¹.

Cela étant dit, du point de vue de l'ordre juridique et de la pratique judiciaire, ces tensions s'atténuent. C'est probablement la source de l'opinion de Negri : l'ABGB paraît bien plus compatible avec le droit Lombardo-Vénitien que ne l'a été le code français. Comme le rappelle Maria Rosa Di Simone, l'ABGB ne comporte pas de dispositions aussi révolutionnaires que le code Napoléon. Il cherche surtout un compromis entre Ancien Régime et philosophie des Lumières. Dès lors, si le code autrichien présente des liens de parenté avec le droit français, il est exempt des principes et mécanismes qui pouvaient effrayer les Italiens dans la codification napoléonienne¹⁰⁹². C'est ce modèle, c'est-à-dire un modèle d'équilibre, attaché à la tradition et symbole d'une stabilité retrouvée, qui est prôné par Negri ; à l'inverse, le modèle français, trop radical et éloigné de l'évolution historique du royaume, doit être définitivement rejeté. Pour appuyer sa démonstration, Negri entend créer une classification binaire, en « formant [...] une comparaison utile entre les défauts du soi-disant Code italien [français], qui doit être abandonné, et les exigences du Code civil autrichien, qui doit être activé [...] ». Il défend ainsi son modèle idéal – le modèle autrichien – par l'invocation d'un modèle fonctionnel, qu'il

¹⁰⁹⁰ La « Couronne de fer » est un objet emblématique du pouvoir lombard et, plus largement, de la royauté italienne. Datant supposément du VI^e siècle, il s'agit également d'une relique catholique puisqu'elle aurait été en partie forgée avec le fer d'un des clous de la Passion. Son prestige regagne en importance à l'époque contemporaine : lors de l'institution du royaume d'Italie, Napoléon est couronné à Milan et y reçoit la Couronne de Fer, bien que trop petite pour sa tête (des études récentes tendent à démontrer que la couronne n'aurait pas été faite pour être portée, mais aurait servi de couronne votive). Cet épisode illustre chez Napoléon Bonaparte le souci permanent de légitimer de sa position, par l'impact symbolique d'objets et de lieux historiques. Les autrichiens verront à leur tour l'aura de la Couronne ; ils en feront un emblème du royaume lombard-vénitien. À ce sujet, voir T. LENTZ, « Napoleon and Charlemagne », *Napoleonica. La Revue*, n°1, 2008, p. 45 à 68.

¹⁰⁹¹ Sur l'organisation théorique et réelle du royaume et les tensions internes, voir A. Monti, « Lombardo-Veneto », *Enciclopedia Italiana* [en ligne], consulté le 22/05/2022.

¹⁰⁹² M. R. DI SIMONE, « Le Code civil autrichien... », *op. cit.*, p. 117.

considère comme un modèle repoussoir : le modèle français. Cette démarche montre qu'il ne peut pas y avoir de modèle fonctionnel sans confrontation, puisque le processus de modélisation a besoin de l'altérité pour faire apparaître les traits principaux du système favori. En d'autres mots, Negri ne peut pas penser la supériorité de l'ABGB sans le code Napoléon.

Les traits saillants du système français sont donc ceux que Negri a listés pour disqualifier le droit français : il isole et glose certains articles choisis du code français. Il est possible de résumer les défauts du code français sur la forme et le fond. Sur la forme, Negri évoque la trop grande concision du code, qui selon lui rend l'ensemble difficile à comprendre¹⁰⁹³, voire incomplet¹⁰⁹⁴. Il déplore son plan, qu'il juge illogique : certains articles seraient « fuori di nicchio », ce que l'on pourrait traduire par « hors de leur case », « décalés »¹⁰⁹⁵. Sur le fond, le droit de la famille et le droit successoral occupent une place majeure ; d'autres sujets moins étoffés, en matière d'obligations ou de droit des biens, viennent compléter la construction du profil. L'ensemble brosse un portrait sévère du droit civil napoléonien : c'est le droit qui permet le divorce¹⁰⁹⁶, affaiblit la patria potestas¹⁰⁹⁷ et bloque injustement la reconnaissance des enfants naturels¹⁰⁹⁸ ; c'est un ennemi de la liberté de tester¹⁰⁹⁹ ; en somme, c'est le droit des abus révolutionnaires.

Le code Napoléon blesse, trouble, perturbe, scandalise ; les provisions du code autrichien sont faciles¹¹⁰⁰, précises¹¹⁰¹, prudentes¹¹⁰², sages¹¹⁰³, excellentes¹¹⁰⁴. En tout ce que le modèle français a produit de mauvais, le modèle autrichien a fait les bons choix. Ainsi sur la forme, le code autrichien « commence également par le chapitre sur les lois civiles en général » ; cette rubrique est concise, elle aussi, mais « elle contient beaucoup plus d'informations que celles

¹⁰⁹³ G. M. NEGRI, *Dei difetti...*, *op. cit.*, p. 206.

¹⁰⁹⁴ *Ibid.*, p. 207.

¹⁰⁹⁵ *Ibid.*

¹⁰⁹⁶ *Ibid.*, p. 14.

¹⁰⁹⁷ *Ibid.*, p. 50 à 51.

¹⁰⁹⁸ *Ibid.*, p. 48.

¹⁰⁹⁹ *Ibid.*, p. 75 à 77.

¹¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 142.

¹¹⁰¹ *Ibid.*, p. 126.

¹¹⁰² *Ibid.*, p. 139.

¹¹⁰³ *Ibid.*, p. 141.

¹¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 144.

contenues dans le titre préliminaire » du code français¹¹⁰⁵. Le plan de l'ABGB est « tout à fait admirable, comparé à la répartition des matières faite dans le Code italien [français] »¹¹⁰⁶. Le code autrichien est également bien plus à jour et complet, puisqu'il contient des éléments absents dans le code français¹¹⁰⁷. Sur le fond, même constat : le modèle autrichien est supérieur. Le gouvernement a suspendu la contractualisation du mariage pour la Lombardie-Vénétie dès mars 1814¹¹⁰⁸ ; le code autrichien restaure la patria potestas¹¹⁰⁹, règle de façon « clarissime » la question des devoirs du père envers ses enfants illégitimes¹¹¹⁰.

En somme, Negri admet en fin d'ouvrage qu'il n'avait pas l'intention de faire une étude complète des deux systèmes, qu'il s'est contenté de schématiser grâce à des articles choisis :

« On pourrait faire d'autres grands éloges de ce Code autrichien, mais ce n'est pas notre propos, tandis qu'en parlant des défauts du Code Napoléon, on ne compare ici que diverses lois civiles autrichiennes qui diffèrent providentiellement de plusieurs des articles ci-dessus transcrits ; et les lois opposées aux vicieuses, sont précisément les plus avantageuses.

Mais de toutes ces observations individuelles et générales, on peut dire que les déclarations suivantes, publiées en France en l'année 1809 sur le Code français appliqué à l'Italie, se sont avérées justes¹¹¹¹ : « Il faut avouer que le Code, tel qu'il est, laisse beaucoup à désirer ; plusieurs parties y sont imparfaites ; la rédaction n'est pas toujours claire, il y a plusieurs antinomies, et enfin le plan

¹¹⁰⁵ « Il Codice austriaco esordia esso pure dal capitolo delle leggi civili in genere. Sebbene questa rubrica sembrar possa più ristretta, pure sotto questa si trovano ben maggiori nozioni di quelle che si contengono pel titolo preliminare antedetto » (*Ibid.*, p. 206).

¹¹⁰⁶ « [...] la divisione, l'ordine, e la distribuzione delle cose, e dei titoli contenuti nel Codice austriaco, è in realtà sommamente ammirabile, al confronto della ripartizione delle materie fatte dal Codice italico » (*Ibid.*, p. 207).

¹¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 208.

¹¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 7.

¹¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 106.

¹¹¹⁰ *Ibid.*, p. 47.

¹¹¹¹ En retrouvant l'extrait originel, on peut remarquer que Negri cite une partie précise du raisonnement de l'auteur, mais reprend ses arguments et exemples dans son propre ouvrage : « Sans doute, le Code français n'est pas exempt de défauts : ouvrage des hommes, il tient de leur nature ; il est imparfait comme elle. Mais doit-on en conclure, avec certains auteurs, qu'il est totalement sans mérite ? Nous ne le pensons pas. Il nous semble, au contraire, que l'impartialité attentive y voit un très grand nombre de beautés. Les plus sages dispositions de Droit romain et des coutumes y sont conservées ; d'heureux changements ont été faits aux lois antérieures ; et dans beaucoup de cas, le législateur moderne s'est montré supérieur à ceux qui l'ont précédé. On doit cependant avouer que, tel qu'il est, le Code laisse beaucoup à désirer. Plusieurs parties en sont imparfaites ; telles sont celles qui concernent les enfants naturels, les hypothèques, etc. Il contient des omissions graves ; nous ne ferons remarquer que celle de la matière de la possession, sur laquelle on ne trouve qu'un petit nombre d'articles ; la rédaction n'en est pas toujours claire ; on y rencontre plusieurs antinomies, et enfin, le plan général de l'ouvrage n'est pas à l'abri de tout reproche » (F. MAUGUIN, « Essai sur le Code Napoléon », *Bibliothèque (ou journal) du barreau et des écoles de droit, première partie ou notices sur les principaux ouvrages français et étrangers qui ont rapport aux Codes Napoléon, du Commerce, de Procédure, etc.*, vol. II, Paris, 1809, 243 à 244).

général de l'ouvrage n'est pas à l'abri de tout reproche" »¹¹¹².

Or on sait que Negri est avocat. Il est possible qu'il ait élaboré une méthode technique afin de montrer à la pratique judiciaire, dont il fait partie, les avantages concrets du système autrichien. Le Vicentin apparaît comme un précurseur¹¹¹³ : il promeut l'ABGB à une époque où une partie de ses confrères s'appuient encore sur la doctrine française¹¹¹⁴. Cependant, son avance est courte : l'ABGB est implanté sur tout le territoire lombard-vénitien entre 1815 et 1816. Sa meilleure compatibilité avec le droit national et sa plus grande proximité avec le droit romain poussent plusieurs juristes du royaume à en faire l'exégèse. Ainsi en Lombardie-Vénétie, le premier quart du XIX^e siècle voit la publication de nombreux ouvrages pratiques et théoriques sur la codification autrichienne¹¹¹⁵ : la littérature juridique acte la transition d'un modèle étranger vers un autre.

2) Marina : du repoussoir compilé à l'idéal codifié

Marina écrit lui aussi dans un contexte particulier. Certes, depuis le départ des Français, la littérature juridique espagnole semble évoluer : l'opposition entre conservateurs et libéraux, entre derechos forales et droit central castillan, stimulent les controverses. Comme en

¹¹¹² « Altri sommi pregi potrebbero addursi di questo Codice austriaco, ma non è ciò del proposito nostro, mentre versando sui difetti del Codice Napoleone, qui soltanto s'indicarono di confronto varie leggi civili austriache provvidamente diverse da molti degli articoli di sopra trascritti ; e le leggi opposte alle viziose, sono appunto le pregevoli. Da tutte però queste osservazioni tanto individuali, quanto generali, potranno dirsi ben avverati li seguenti rimarcabili sensi, che sopra il Codice dei francesi applicato poi all'Italia furono già pubblicati in Francia nell'anno 1809 : “Si deve confessare che il Codice, tal qual é, lascia molto a desiderare ; molte parti sono imperfette ; la redazione non è sempre chiara , vi si riscontrano molte antinomie, ed in fine il piano generale dell'opera non è al coperto d' ogni rimprovero” » (*Ibid.*, p. 208).

¹¹¹³ C. VALSECCHI, « L'avvocatura veneta tra diritto comune e codici : il caso del vincentino Giovanni Maria Negri », *Avvocati e avvocatura nell'Italia dell'Ottocento*, Bologne, Il Mulino, 2009, p. 521 à 624.

¹¹¹⁴ S. T. SALVI, « “Avvocati oratori”. Eloquenza forense e trasformazioni di una professione tra Otto e Novecento », *Historia et ius*, n°12, 2017, consulté le 22/05/2022.

¹¹¹⁵ Voir, entre autres, F. ZEILLER, *Commentario sopra il Codice civile universale Austriaco*, en 4 volumes, traduction italienne par F. CALDERONI, Venise, 1815 ; O. TAGLIONI, *Commentario del Codice Civile Generale Austriaco*, en 10 volumes, Milan, 1816-1825 ; P. MANTEGAZZA, *Alcune osservazioni sul Codice Austriaco dei delitti e delle pene pel Regno Lombardo-Veneto*, Milan, 1816 ; S. JENULL, *Commentario Sul Codice E Sulla Processura Criminale Della Monarchia Austriaca Ossia Il Diritto Criminale Austriaco*, en 2 volumes, Milan, 1816 ; G.-A. CASTELLI, *Della prescrizione e dell'usucapione secondo il codice civile universale Austriaco ed il regolamento generale del processo civile*, Milan, 1821 ; S. ARCELLAZZI, *Osservazioni teoretiche al codice penale universale austriaco, parte prima, sezione prima, dei delitti e delle pene, coll'applicazione delle leggi romane*, 1822, Casalmaggiore, 1822 ; D. MARTINEZ, *Al codice civile austriaco*, en 2 volumes, Milan, 1823 ; A. ALBERTINI, *Del diritto penale nelle provincie Lombardo Venete*, en 3 volumes, Venise, 1824.

Allemagne, la libération provoque un nouvel intérêt pour l'étude de l'ancien droit, et une approche historique de la science juridique. Cependant, les habitudes de la littérature juridique espagnole ont la vie dure. Lorsque Marina, père de l'histoire du droit espagnol, publie son ouvrage, les chaires de *derecho patrio* n'existent que depuis sept ans ; l'ouvrage qui se rapproche le plus d'une unification du droit national est encore à l'époque la *Novísima Recopilación* de 1805, qui reste dans la veine de ses prédécesseurs. La compilation est une collection considérable de 4020 lois, rassemblées sous 340 titres en douze livres ; les neuf premiers concernent le droit administratif et les institutions, le livre X compile le droit civil, le livre XI la procédure civile, et le livre XII le droit pénal¹¹¹⁶. L'œuvre est un travail de commande : insensible au bouleversement codificateur qui se joue dans plusieurs pays européens, son auteur, Juan de Reguera Valdelomar¹¹¹⁷, entend perpétuer la tradition compilatrice espagnole. Il serait alors erroné de considérer la *Novísima Recopilación* comme une codification du droit espagnol. Il s'agit d'une vision quantitative de l'organisation du droit national, par opposition à une vision qualitative qui consisterait à clarifier, à synthétiser et surtout à systématiser le droit national¹¹¹⁸.

Dès avant l'occupation française, la *Novísima Recopilación* suscite des déceptions parmi les juristes espagnols. Francisco Martinez Marina est l'un d'eux. Le chanoine correspond au portrait typique de l'illustrado espagnol : c'est un religieux modéré, sensible au droit naturel et aux idées modernes. Néanmoins, il n'a jamais dissimulé son patriotisme, qu'il ne juge pas

¹¹¹⁶ Nous choisissons néanmoins de catégoriser cette étude dans les classifications en matière de droit civil et processuel ; en effet, pour ce qui est du droit privé, Marina se réfère principalement aux codes civils européens (notamment les codes français, prussien et autrichien). Au sujet de la *Novísima Recopilación*, voir E. GALVÁN RODRÍGUEZ, *Consideraciones sobre el proceso recopilador castellano*, Las Palmas de Grande Canarie, Université de Las Palmas de Gran Canaria, 2003, p. 53 s. ; P. GARCÍA TROBAT, « El Catedrático Nicolás M^a Garelly y la Novísima Recopilación », *Aulas y saberes*, t. 1, Valence, Université de Valence, 2003, p. 445 s. ; E. CEBREIROS ALVAREZ et M. ANGEL CHAMOCHO CANTUDO, « L'Espagne à l'épreuve de la codification civile française après la restauration de Fernando VII (1814-1833) », *Que faire...*, *op. cit.*, p. 113 à 135.

¹¹¹⁷ Juan de la Reguera Valdelomar (dates inconnues) est un juriste et auteur espagnol, surtout connu pour un nombre impressionnant d'études de lois publiées pour la seule année 1798, toutes à Madrid : *Extracto de las leyes del Fuero Juzgo, Resumen de la historia cronológica del Derecho y leyes de España, Extracto de las leyes del fuero viejo de Castilla con el primitivo fuero de León, Asturias y Galicia, se añaden el antiguo Fuero de Sepúlveda y los concedidos por Fernando a Córdoba y Sevilla, Extracto de las leyes del Fuero Real con las del Estilo*. Cette production attire l'attention du pouvoir, qui le commissionne la même année pour élaborer la *Novísima Recopilación*. En 1803, il devient magistrat du civil à titre honorifique pour la *Real Audiencia* de Grenade, la plus haute juridiction du sud de l'Espagne. Il publie en 1805 *Guía para el estudio del Derecho patrio*, soit un *Guide pour l'étude du droit national*. À son sujet, voir A. GIL NOVALES, « Reguera Valdelomar, Juan de la (s. XIX) », *MCNBiografías* [en ligne], consulté le 22/05/2022.

¹¹¹⁸ Y. CARTUYVELS, « L'idéal de la codification. Étapes et développements avant le 19^e siècle », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 31, n^o2, 1993, p. 86.

incompatible avec la révolution et la volonté de réformer le droit national. Cela peut expliquer que l'historiographie le désigne aujourd'hui par un oxymore : modéré radical. Paradoxalement, en ancrant les évolutions du droit espagnol dans l'histoire de la péninsule, Marina les légitime, et opère une bascule « révolutionnaire » dans la littérature juridique nationale¹¹¹⁹. Cette dualité apparaît déjà en 1808 dans son Essai historico-critique sur la législation ancienne des royaumes de Castille-et-Léon¹¹²⁰, lorsqu'il attaque non sans acrimonie l'œuvre de Reguera :

« [...] en l'an 1806, par ordre du roi Charles IV, fut publiée la *Novísima Recopilacion*, trésor de la jurisprudence nationale, riche monument de législation, ouvrage plus complet que tous ceux de son genre qui avaient été publiés jusqu'alors, varié dans son plan et sa méthode ; [...] et elle aurait évité un grand nombre des défauts considérables qu'on y voit, d'anachronismes, de lois importunes et superflues, d'errata et de leçons fallacieuses, [...] si la hâte avec laquelle on a travaillé à ce grand ouvrage pour répondre au besoin urgent de son édition, avait donné lieu à un long examen et à une comparaison de ses lois avec les sources originales dont elles sont tirées. Les lettrés et les jurisconsultes espagnols [...] reconnaissent dans la *Recopilación* [...] des défauts incorrigibles de par sa nature même : une œuvre immense et si volumineuse qu'à elle seule elle ferait grincer des dents les professeurs les plus laborieux ; une vaste masse érigée à partir de décombres et de ruines antiques ; un édifice monstrueux, composé de parties hétérogènes et d'ordres inconciliables ; une accumulation de lois anciennes et modernes, publiées à différentes époques et pour des causes et des raisons particulières, et tronquées de leurs originaux, qu'il faut consulter pour comprendre l'objet et le but de leur publication »¹¹²¹.

Cette critique n'est pas acceptée par Reguera ; en 1814, à la fin de la guerre d'indépendance, il

¹¹¹⁹ Au sujet du *radicalisme du centre* dans la littérature politique et juridique espagnole, voir L. ROURA I AULINAS, « Radicalisme ou extrême centre » dans le premier libéralisme espagnol », « *Extrême ?* » *Identités partisans et stigmatisation des gauches en Europe (XVIIIe-XXe siècle)*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2019, p. 170 s.

¹¹²⁰ F. M. MARINA, *Ensayo histórico-crítico sobre la antigua legislación de los reinos de León y Castilla*, Madrid, 1808, 3^{ème} édition à Madrid, 1845.

¹¹²¹ « [...] en el año de 1806 se publicó de orden del señor rey don Carlos IV la *Novísima Recopilacion*, tesoro de jurisprudencia nacional, rico monumento de legislacion, obra mas completa que todas las que de su clase se habian publicado hasta entonces, variada en su plan y método ; [...] y carecería de muchos defectos considerables que se advierten en ella, anacronismos, leyes importunas y superfluas, erratas y lecciones mendosas, [...] si la precipitacion con que se trabajó esta grande obra por ocurrir a la urgente necesidad de su edicion, hubiera dado lugar á un prolijo examen y comparacion de sus leyes con las fuentes originales de donde se tomaron. Los literatos españoles y los jurisconsultos sábios [...] reconocen en la *Recopilacion* [...] defectos incorregibles por su misma naturaleza : obra inmensa y tan voluminosa que ella sola acobarda a los profesores mas laboriosos: vasta mole levantada de escombros y ruinas antiguas : edificio monstruoso, compuesto de partes heterogéneas y ordenes inconciliables : acinamiento de leyes antiguas y modernas, publicadas en diferentes tiempos y por causas y motivos particulares, y truncadas de sus originales, que es necesario consultar para comprender el fin y blanco de su publicacion » (*Ibid.*, p. 437 à 439).

attaque Marina en justice devant le Conseil de Castille et réclame la censure de l'Ensayo. Il accuse le chanoine d'avoir utilisé la liberté de la presse à des fins litigieuses pour insulter sa compilation et par extension le « législateur suprême »¹¹²² qui l'a commandée. Non seulement son action échoue, mais elle provoque un retour de flamme : l'année suivante, Marina rétorque en publiant une charge de plus de trois cents pages dirigée exclusivement contre la *Novísima Recopilación*. Le *Juicio crítico* naît donc de deux volontés concomitantes : d'une part, mettre un terme à une controverse en balayant les prétentions de Reguera ; d'autre part, en profiter pour dénoncer la compilation traditionnelle et promouvoir la codification moderne.

Ainsi, l'introduction du *Juicio crítico* reprend en les résumant les arguments de Reguera avancés devant le Conseil de Castille¹¹²³. Le reste de l'ouvrage consiste en un récapitulatif de tous les traits négatifs de la *Novísima Recopilación*, listés en douze articles¹¹²⁴. Ainsi, comme dans l'ouvrage de Negri, la dissection de certains titres de l'œuvre commentée permet d'en peindre un portrait général. Comme dans le cas de Negri, le portrait obtenu est très négatif : il ne s'agit pas seulement de simplifier un système, mais de le montrer comme l'exemple à ne pas suivre. Dans cette perspective, on constate une certaine concordance entre les défauts que Marina attribue à la *Recopilación* et ceux que Negri attribue au Code civil français.

Sur la forme, la *Recopilación* manque de clarté ; son style est « diffus et trop prolix »¹¹²⁵. Son plan est « un corps difforme, sans unité, sans lien, sans harmonie ni proportion entre ses parties »¹¹²⁶. C'est une œuvre incomplète, une « bibliothèque » à laquelle « il manque nombre de lois d'une grande importance »¹¹²⁷. Sur le fond, de nombreux passages se contredisent¹¹²⁸ ; certaines lois sont inapplicables de fait, car obsolètes¹¹²⁹ ; l'« inutilité » de telle ou telle disposition est mentionnée en moyenne toutes les six pages. Comme Negri, Marina rappelle tout au long de sa charge contre la *Recopilación* ce que doit être selon lui le modèle idéal. Quand

¹¹²² F. M. MARINA, *Juicio crítico...*, op. cit., p. 21.

¹¹²³ *Ibid.*, p. 1 à 24.

¹¹²⁴ *Ibid.*, p. VII à VIII.

¹¹²⁵ *Ibid.*, p. 43.

¹¹²⁶ *Ibid.*, p. 43 à 44.

¹¹²⁷ *Ibid.*, p. 243.

¹¹²⁸ *Ibid.*, p. 48 à 50.

¹¹²⁹ *Ibid.*, p. 93.

le Vincentais promeut l'ABGB par rupture avec le code français, Marina entend promouvoir une codification à l'européenne, par rupture avec la compilation à l'espagnole. Pour cela, il répète de nombreuses fois les traits principaux du modèle à l'européenne, des traits positifs :

« La loi doit être nécessaire, utile, adaptée aux circonstances du moment et aux coutumes du pays. [...] la nation a toujours voulu que, dans la compilation des lois du royaume, on insère avec ordre celles qui sont vivantes, utiles et nécessaires, en excluant celles qui sont superflues, et qui, parce que les causes et même l'objet de leur institution ont cessé, ne peuvent servir que de monuments pour l'histoire. [...] L'ordre, la méthode et la clarté sont parmi les qualités les plus intéressantes et les plus estimées [...], et ont une influence puissante sur la propagation des connaissances humaines et le progrès de la science. Le haut degré auquel elles se sont élevées en Europe au cours des deux derniers siècles est la conséquence des efforts de la philosophie et de l'art de raisonner, de diviser et d'analyser. Cet art est d'autant plus nécessaire dans les codes et les grandes compilations juridiques [...] »¹¹³⁰.

Petite originalité : Marina ne propose pas seulement un code de droit civil, mais un code de toutes les matières qui seraient ainsi regroupées dans un seul ouvrage, que chaque citoyen pourrait avoir toujours sur lui. Il s'agirait du « livre classique et général de la nation »¹¹³¹. Dans le même temps, Marina utilise une stratégie intéressante : si Negri rappelle volontiers la compatibilité de l'ABGB avec les mœurs de son pays, Marina part d'un monument juridique espagnol, qu'il respecte, afin de prouver que son modèle idéal est atteignable. En effet, selon lui, les *Siete Partidas* représentent la tentative la plus poussée vers une codification moderne. Cette tactique permet une fois de plus de distinguer les codes modernes – et ce qui s'en approche – de la méthode compilatrice de la *Recopilación* :

« [...] les *Partidas* [...] sont sans doute les mieux délimitées et les mieux coordonnées parmi celles que nous avons en Espagne, et cette même méthode est observée dans les codes modernes de l'Europe. [...] il est difficile de comprendre comment le rédacteur de la *Novísima*, si savant, n'a pas

¹¹³⁰ « La ley debe ser necesaria, útil, acomodada á las circunstancias del tiempo y á las costumbres del pais. [...] la nacion deseó siempre que en la copilacion de las leyes del reino se insertasen ordenadamente las vivás, útiles y necesarias, con exclusion de las superfluas, y que por haber cesado las causas y aun el objeto de su institucion solo pueden servir de monumentos para la historia. [...] El órden, método y claridad es una de las prendas mas interesantes y estimadas [...], y lo que influye poderosamente en la propagacion de las luces y conocimientos humanos, y en los progresos de las ciencias. El alto grado á que éstas han subido en Europa de dos siglos á esta parte es una consecuencia de los esfuerzos de la filosofia y del arte de razonar, dividir y analizar. Arte tanto mas necesario en los códigos y grandes copilaciones legales [...] » (*Ibid.*, p. 93, 173, 303).

¹¹³¹ *Ibid.*, p. 303 à 304.

modifié [...] la méthode de la *Nueva Recopilación* »¹¹³².

De fait, même les défauts inévitables des codes européens – qui ne sont pas explicités – sont toujours moins graves que ceux du modèle de la compilation :

« Depuis le XVII^e siècle, des tentatives ont été faites en Europe pour améliorer l'état de la science juridique et le sort du droit public et privé. Les efforts de la raison et l'influence de la philosophie ont produit successivement une multitude de codes qui font honneur aux nations qui les ont promus, et aux Princes qui les ont sanctionnés. [...] Le code danois de l'année 1683, le plus ancien de son genre, le suédois, le Frédéric, le sarde, le thérésien, le français, qui à mon avis les surpasse tous, ne sont ni complets ni parfaitement achevés. Mais le code espagnol, la compilation à quelque époque qu'on la considère, bien que plus volumineux et plus encombrant, et peut-être plus copieux et plus abondant que ceux-là, leur est inférieur en mérite à tous, et extrêmement défectueux en ce qui concerne les qualités qui dépendent de la philosophie, de la logique et de la grammaire »¹¹³³.

Un passage de l'Ensayo, que Marina choisit de reproduire dans son *Juicio crítico*, résume son raisonnement : il y met en avant à la fois son enthousiasme pour le modèle codifié moderne, inspiré des Lumières ; le modèle compilé traditionnel tel qu'il est pratiqué en Espagne, archaïque et dépassé, devrait être oublié – voire méprisé. Si cet extrait dépeint avec précision l'enthousiasme de son auteur, il laisse aussi deviner, en filigrane, une comparaison qui va au-delà de la critique d'un ouvrage local. Marina résume ici les bases philosophiques et méthodologiques sur lesquelles s'appuie la vague codificatrice européenne au tournant des XVIII^e et XIX^e siècles. En cela, il conçoit que plusieurs codes européens constituent un seul et même modèle, né de racines communes :

¹¹³² « [...] las Partidas [...] sin duda es el mas bien trazado y mejor coordinado entre los que tenemos en España, y este mismo método vemos observado en los modernos códigos de Europa. [...] es difícil de comprender como el redactor de la Novísima, siendo tan letrado, no alterará [...] el método de la Nueva Recopilación » (*Ibid.*, p. 284).

¹¹³³ « Desde el siglo décimo séptimo se hicieron en Europa algunas tentativas para mejorar el estado de la ciencia legal, y la suerte del derecho público y privado. Los esfuerzos de la razón y el influjo de la filosofía produjeron sucesivamente una multitud de códigos que dan honor á las naciones que los han promovido, y á los Príncipes que los sancionaron. [...] El código dinamarqués del año de 1683, el mas antiguo en su clase : el sueco, el código Federico, el sardo, el teresiano, el francés, que á mi juicio se aventaja a todos, ni son completos ni estan perfectamente acabados. Pero el código español, la recopilacion en cualquiera época que se considere, aunque mas voluminoso y abultado, y acaso mas copioso y abundante que aquellos, en mérito es inferior a todos, y sumamente defectuoso con relacion á las calidades que tienen dependencia de la filosofía, de la lógica y gramática » (F. M. MARINA, *Juicio crítico...*, *op. cit.*, p. 28).

« Lorsque ces nuages seront dissipés, lorsque l'éducation littéraire sera perfectionnée parmi nous, lorsque des progrès seront faits dans le bon goût et dans l'art de raisonner, lorsqu'aucun obstacle ne s'opposera à la lumière qui brille et resplendit dans les autres pays, lorsque l'opinion publique sera rectifiée et que les lumières et la sagesse seront généralisées, alors la nécessité sera connue, et l'on tentera sérieusement de former un code législatif digne de la nation espagnole, dans le style, l'ordre et la méthode de ceux qui sont publiés en France, en Prusse et en Autriche ; et la *Recopilación*, dans l'état où elle est actuellement, subira le sort de beaucoup d'autres livres de la même trempe et du même genre, qui ne servent qu'à emballer les épices »¹¹³⁴.

Après avoir observé des classifications de modèles en droit civil et processuel, nous nous intéresserons à des classifications en droit pénal et en procédure pénale.

II. Les classifications en droit pénal et procédure pénale

Les deux ouvrages que nous souhaitons mettre en avant, s'ils abordent le même domaine, n'adoptent pas la même forme. Nous avons déjà passé en revue les propos de Meyer en matière de droit civil ; cependant le Néerlandais, dans chaque livre de sa série, aborde des éléments de procédure pénale. Gambini, quant à lui, semble présenter un bref manuel de droit pénal général, avec un plan organisé par notions. Néanmoins, il nous semble que Gambini comme Meyer adoptent une approche scientifique : ils ne défendent pas un modèle précis a priori, mais tentent plutôt d'en délimiter un par comparaison. Les deux auteurs esquissent des traits communs entre les systèmes pénaux européens (A) ; leur étude de certains systèmes spécifiques au sein de la procédure pénale, comme le modèle inquisitoire, sert d'illustration aux profils qu'ils dressent (B).

A) De « l'atrocité » à la « douceur » : profil des nouveaux codes pénaux

Si nous avons vu que Meyer utilise volontiers et de manière parfois indifférente les mots

¹¹³⁴ « Cuando se lleguen á disipar estos nublados, cuando se perfeccione entre nosotros la educacion literaria, cuando se progresa en el buen gusto y en el arte de razonar, cuando no se opongan obstaculos á la luz que brilla y resplandece en otros paises, cuando se rectifique la opinion publica y se generalice la ilustracion y la sabiduria ; entonces se conocerá la necesidad, y se tratará seriamente de formar un código legislativo digno de la nacion española, por el estilo, órden y método de los que se han publicado en Francia, Prusia y Austria, y la Recopilacion en el estado que hoy tiene, sufrirá la suerte, vendrá á parar en lo que otros muchos libros de su mismo metal y jaez que solo aprovechan para envolver especias » (*Ibid.*, p. 13 à 14).

« modèle » et « système », Gambini n'est pas non plus étranger au concept. Le mot « modèle » apparaît dans la toute première phrase de son premier chapitre – avec la mention du « premier modèle », il fait sans doute référence au code pénal pour la Toscane, promulgué en 1786 par Léopold et profondément inspiré des Lumières, notamment de la pensée de Beccaria¹¹³⁵ :

« [...] les divers codes pénaux récemment promulgués en Europe, sont généralement considérés comme fondés sur un premier modèle, qui n'était en lui-même qu'un résultat des nouvelles lumières, qui depuis environ un demi-siècle avaient été diffusées sur ce sujet ; mais qui n'avait pas encore été adoptées dans la pratique, sauf partiellement dans quelques pays ; et qui dans ledit modèle n'ont été adoptées qu'imparfaitement, comme cela arrive ordinairement lors d'un premier essai »¹¹³⁶.

Pour Gambini, il y aurait donc une certaine harmonie des législations pénales à l'échelle européenne. Cette harmonie n'est pas récente : elle existait déjà sous l'ancien régime, dans ce que Gambini appelle le « droit pénal commun de l'Europe »¹¹³⁷. Mais cette unité se serait renforcée dans la seconde moitié du XVIII^e siècle. L'harmonie des codes récents résulterait du fait que les pays européens ont tous, à des degrés différents, connu l'influence des Lumières. Les idées réformatrices des Philosophes sont le critère fondamental de distinction entre l'ancien droit pénal et la construction du droit moderne. Elles marquent le passage d'un droit pénal jugé barbare, arbitraire et incertain¹¹³⁸, vers un droit pénal nouveau, soucieux du bien-être public :

¹¹³⁵ P. AUDEGEAN, *La philosophie de Beccaria. Savoir punir, savoir écrire, savoir produire*, Paris, Vrin, 2010 ; Y. CARTUYVELS, *D'où vient le code pénal ? Une approche généalogique des premiers codes pénaux absolutistes au XVIII^e siècle*, Bruxelles, Bruylant, 1996 ; J. HAUTEBERT, « La Léopoldine, 1787 », *La procédure et la construction de l'Etat en Europe (XVI^e-XIX^e siècles). Recueil de textes, présentés et commentés*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2011, p. 580 s. ; F. COLAO et L. BERLINGUER, *Le Politiche criminali nel XVIII secolo. La Leopoldina*, Milano, Giuffrè, 1990 ; M. PORRET (dir.), *Beccaria et la culture juridique des Lumières*, Genève, Droz, 1997 ; X. TABET, « Beccaria, la peine de mort et la Révolution française », *Laboratoire italien* [en ligne], n°9, 2009, consulté le 22/05/2022 ; C. E. TAVILLA, « Les disciples de Beccaria : le débat abolitionniste dans l'Italie post-unitaire », *Cesare Beccaria : La controverse pénale (XVIII^e-XX^e siècle)* [en ligne], Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2015, consulté le 22/05/2022.

¹¹³⁶ « I diversi Codici penali ultimamente promulgati in Europa, veggonsi generalmente formati su d'un primo modello, il quale per sè non fu che un risultamento di nuovi lumi, che da un mezzo secolo circa si erano sparsi su tal materia ; ma che non si erano ancora adottati in pratica, se non parzialmente in qualche paese ; e che nel suddetto modello medesimo non lo furono, se non imperfettamente, come d'ordinario succedea un primo saggio » (F. GAMBINI, *Osservazioni...*, *op. cit.*, p. 9).

¹¹³⁷ F. GAMBINI, *Osservazioni...*, *op. cit.*, 79.

¹¹³⁸ Il existe une controverse sur la véracité de ce portrait. Une partie de l'historiographie dénonce une tricherie des réformateurs, désireux de marquer leur rupture avec l'ancien système ; en réalité, les praticiens d'Ancien Régime auraient déjà considérablement adouci le système pénal durant le XVIII^e siècle. Il semblerait que la réalité se situe à mi-chemin : effectivement, en *pratique*, on observe davantage de modération des peines par les juges au cas par cas ; mais les lois, quant à elles, restent pour la plupart inchangées, et c'est ce qui pousse les théoriciens

« Il fut un temps où l'établissement de bonnes lois aurait trouvé un grand obstacle dans les préjugés publics, et dans l'opinion malavisée des peuples [...] ; ainsi, dans la partie criminelle, ils croyaient, que la paix et la sûreté publiques résidaient dans la multiplicité et l'atrocité des punitions, et dans le pouvoir arbitraire des inquisitions, des arrestations, et des châtimens. [...] cet obstacle n'a pas lieu d'être, alors que [...] l'opinion publique elle-même a précédé l'idée de réforme, et l'a même réclamée et sollicitée. Les nouveaux législateurs trouvent donc le champ libre pour les bonnes lois, tout comme ils trouvent les esprits disposés aux bonnes idées. Ils pourront donc jouir de l'effet immédiat de meilleures lois, ainsi que de l'immense avantage progressif d'une direction et d'une instruction toujours meilleures de l'esprit public »¹¹³⁹.

Cette même bascule en matière pénale est d'ailleurs observée par Meyer, qui lui aussi évoque les bonnes dispositions de l'opinion publique :

« Les défauts des lois pénales s'étaient depuis longtemps fait sentir au point qu'indépendamment des changements politiques, il est hors de doute qu'une législation entièrement différente de celle qui existait aurait été introduite. L'opinion publique était prononcée à cet égard ; les grands comme le peuple, les magistrats comme les individus, le roi lui-même, désiraient une réforme ; elle était préparée par les idées plus saines, plus philanthropiques, plus libérales, dont les écrits qui signalèrent l'époque immédiatement précédente avaient rempli les esprits [...]. Toute l'Europe a vu successivement disparaître de sa législation les peines cruelles et barbares, connues dans les temps obscurs du Moyen Âge ou dans des pays moins civilisés ; les peines capitales sont plus rares ; les peines afflictives ont diminué ; quelques-unes ont été rejetées par des lois plus humaines, et plus dignes d'un siècle policé ; en général on a reconnu que le grand étalage des supplices anciennement usités endurcissait les hommes au lieu de les améliorer, qu'ils inspiraient plus d'horreur que de crainte, et que la douceur est le préservatif qui convient à la société. »¹¹⁴⁰.

des Lumières à s'adresser directement aux législateurs afin de réclamer une plus grande douceur des lois. Autrement dit, il est vrai que les juges ont su utiliser leur arbitraire pour mieux adapter le système d'ancien régime à leurs cas d'espèce ; mais changer le système lui-même et assurer au passage une plus grande certitude du droit revient aux philosophes. Ph. AUDEGEAN, « Droit pénal et douceur des peines au XVIIIe siècle. Considérations sur quelques études récentes », *Rue Descartes*, vol. 1, n°93, 2018, p. 148 à 160.

¹¹³⁹ « Tempo fu già, in cui lo stabilimento di buone leggi avrebbe trovato un assai grave ostacolo ne' pubblici pregiudizii, e nella traviata opinione de' popoli [...] ; così nella parte criminale credeano, che la pubblica pace, e sicurezza stesser riposte nella molteplicità, ed atrocità delle pene, e nell'arbitraria facoltà delle inquisizioni, arrestazioni, e punizioni. [...] quest' ostacolo non ha luogo, mentre [...] l'opinione pubblica stessa ha preceduto l'idea delle riforme, ed anzi le ha reclamate, e sollecitate. I nuovi Legislatori trovano dunque libero il campo alle buone leggi, come trovano disposte le menti alle buone ragioni. Potranno essi pertanto godere dell'immediato effetto delle leggi migliori, non meno che dell'immenso progressivo vantaggio di una sempre miglior direzione, ed istruzione dello spirito pubblico » (*Ibid.*, p. 12 à 13).

¹¹⁴⁰ J. D. MEYER, *Esprit...*, *op. cit.*, vol. 4, p. 436, 464 à 465.

En quoi consiste le nouveau droit pénal ? Pour Gambini comme pour Meyer, les nouveaux codes doivent se caractériser par plusieurs traits saillants : la relation d'ensemble entre délits et peines¹¹⁴¹, leur légalité et leur clarté contre l'arbitraire¹¹⁴², les fonctions sociales de la peine¹¹⁴³. Gambini paraît inspiré par l'utilitarisme benthamien¹¹⁴⁴, tout comme Meyer ; ce dernier cite à de multiples reprises les Traités de législation civile et pénale du « profond » Bentham¹¹⁴⁵. Leur attachement aux idées philosophiques se retrouve dans leur étude de la procédure pénale, tout particulièrement de deux systèmes dans le système : le modèle inquisitoire et le modèle accusatoire.

B) De l'inquisitoire à l'accusatoire : deux modèles de procédure pénale

Gambini et Meyer accordent tous deux une part importante de leur ouvrage à la procédure pénale. Parmi les problèmes éternels posés par l'instruction et le procès, Ils se focalisent sur le problème du secret et de la publicité, d'une part, sur celui de la puissance du juge et, donc, de l'instauration du jury, d'autre part. L'importance de ces deux sujets pour les deux avocats n'est pas surprenante. La procédure secrète est, pour les Lumières et leurs sympathisants, l'un des symboles les plus marquants des dérives de l'ancien droit¹¹⁴⁶. Parce qu'elle implique de tout faire pour aboutir à un aveu de culpabilité, et qu'elle se déroule à l'abri des regards, elle peut

¹¹⁴¹ « Il titolo dei delitti e delle pene è senza dubbio un titolo convenientissimo per un Codice penale, a cui vedesi effettivamente apposto [...] [Le titre *Des délits et des peines* est sans doute un titre très adéquat pour un code pénal, auquel il est effectivement apposé [...]] » (F. GAMBINI, *Osservazioni...*, *op. cit.*, p. 13) ; « On appelle lois pénales celles qui définissent les délits et statuent sur les peines de ceux qui violent les lois de l'état » (J. D. MEYER, *Esprit...*, *op. cit.*, vol. 5, p. 178).

¹¹⁴² F. GAMBINI, *Osservazioni...*, *op. cit.*, p. 16 ; J. D. MEYER, *Esprit...*, *op. cit.*, vol. 5, p. 63, 226.

¹¹⁴³ F. GAMBINI, *Osservazioni...*, *op. cit.*, p. 35 ; J. D. MEYER, *Esprit...*, *op. cit.*, vol. 5, p. 465.

¹¹⁴⁴ Gambini ne se contente pas de reprendre la théorie utilitariste. Bentham est nommément cité lorsqu'il s'agit de réfléchir à la classification des délits. Gambini soutient ainsi une division entre délits publics et délits privés : « [Pare [...] che [...] la divisione de' delitti, quale alcuno ha già proposta (Bentham) in pubblici cioè, e privati, rendesi non solamente essenziale, ma altresì utilissima per ben ordinare e rischiarare la materia] [Il semble [...] que [...] la division des délits, que certains ont déjà proposée (Bentham) entre public et privé, est non seulement indispensable, mais aussi très utile pour ordonner et clarifier la matière] » (*Ibid.*, p. 27).

¹¹⁴⁵ J. D. MEYER, *Esprit...*, *op. cit.*, vol. 4, p. 322.

¹¹⁴⁶ À ce sujet, voir A. ASTAING, *Droits et garanties de l'accusé dans le procès criminel d'Ancien Régime (XVI^e-XVIII^e siècle). Audace et pusillanimité de la doctrine pénale française*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires Aix-Marseille Université, 1999 ; N. CASTAN, « La justice en question en France à la fin de l'ancien régime », *Déviance et société*, 1983, vol. 7, n°1, p. 23 à 34 ; Ph. AUDEGEAN, *Le bonheur du plus grand nombre. Beccaria et les Lumières* [en ligne], Lyon, ENS Éditions, 2017, consulté le 22/05/2022 ; A. LANGUI, « La doctrine européenne du droit pénal à l'époque moderne (XVI^e-XVIII^e siècle) », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la culture juridique, du monde des juristes et du livre juridique*, n°13, 1992, p. 75 à 89.

favoriser l'arbitraire et les maltraitances ; Meyer juge que la torture « en est inséparable »¹¹⁴⁷. Il s'agit ici de la question préalable, autrement dit la torture en tant que mode de preuve lorsque l'accusé avoue et ne se rétracte pas, et en tant que peine, lorsque l'accusé souffre sans avouer, alors que le juge a la conviction qu'il est coupable¹¹⁴⁸. En effet, affirme Meyer, c'est de ces aveux que dépend le plus souvent l'établissement de la vérité – d'où l'expression latine pour désigner la torture judiciaire : *ad eruendam veritatem*. L'efficacité de la procédure secrète est également mise en doute, puisque les sévices pouvaient fausser le verdict :

« Un prévenu peut être innocent ; la présence du juge, la crainte du supplice ou même de l'accusation, les conséquences funestes d'un emprisonnement, le délaissement dans lequel il se trouve, les images qu'il peut se faire de la position de sa famille, la surprise, l'étonnement, l'indignation, peuvent le troubler ; il peut s'embarrasser dans ses réponses et oublier les faits les plus essentiels : si le juge l'accable de questions dirigées dans le sens de l'accusation, s'il ne peut recueillir ses idées, s'il n'a pas la faculté de consulter des personnes plus expérimentées, s'il n'a pas les moyens d'éclaircir ce qu'il a dit, de prouver ce qu'il a avancé, de rectifier ce qui lui est échappé, sa position demeure la même, et un juge impartial ne peut attacher beaucoup d'importance à son aveu »¹¹⁴⁹.

Gambini tient les mêmes propos. Il décrit de façon détaillée comment les règles de la charge de la preuve, résultant de la nature écrite de l'instruction, sont écrasantes pour les juges et peuvent mener à la torture judiciaire :

« L'une des pires conséquences de la procédure écrite est la preuve légale¹¹⁵⁰. La reconnaissance

¹¹⁴⁷ J. D. MEYER, *Esprit...*, *op. cit.*, vol. 4, p. 361.

¹¹⁴⁸ Au sujet de la torture judiciaire, voir A. ESMEIN, *Histoire de la procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIII^e siècle jusqu'à nos jours*, Paris, 1882 ; R. D. MELVILLE, « The use and forms of judicial torture in England and Scotland », *The Scottish Historical Review*, vol. 2, n°7, 1905, p. 225 à 248 ; Y. BONGERT, « Question et responsabilité du juge au XIV^e siècle d'après la jurisprudence du Parlement », *Hommage à Robert Besnier*, Paris, 1980, p. 23 à 35 ; E. HANSON, « Torture and truth in Renaissance England », *Representations*, n°34, 1991, p. 53 à 84 ; B. DURAND (dir.), *La torture judiciaire, Approches historiques et juridiques*, en 2 volumes, Lille, Centre d'histoire judiciaire, 2002 ; C. JALLAMION, « Entre ruse et impératif humanitaire : la politique de la torture judiciaire du XII^e au XVIII^e siècle », *Archives de politique criminelle*, n°25, 2003, p. 9 à 35 ; E. WENZEL, « La question... en question. La torture judiciaire comme enjeu "médiatique" à la veille de la Révolution », *Le Temps des médias*, n°15, 2010, p. 169 à 179 ; A. BELLODI ANSALONI, *Ad eurentam veritatem. Profili metodologici e processuali della Quaestio per tormenta*, Bologne, Bononia University Press, 2011.

¹¹⁴⁹ *Ibid.*, vol. 5, p. 309.

¹¹⁵⁰ À ce sujet, voir D. CHALUS, « La dialectique "aveu-droit au silence" dans la manifestation de la vérité judiciaire en droit pénal comparé », *Revue juridique Thémis*, vol. 43, n°2, 2009.

d'un fait comme vrai ou faux n'est pas un acte volontaire, mais un simple effet d'inévitabilité interne. Personne ne peut être convaincu ou non convaincu à volonté. Or, lorsque l'action directe a été amputée des objets, des impressions qui devaient produire cet effet involontaire, il a fallu prémunir les Juges contre les illusions d'une apparence fallacieuse. Il ne suffit donc pas que le juge soit intérieurement convaincu par l'état des actes, mais il est établi qu'un acte contesté ne doit pas être considéré comme vrai sans une preuve particulière déterminée par la loi. [...] L'introduction de la preuve légale dans les tribunaux pénaux a finalement donné l'occasion d'introduire la malheureuse preuve privilégiée [...] »¹¹⁵¹.

Il est à noter que dans l'ouvrage de Gambini, le mot « inquisitorial » est réservé à une institution vénitienne particulière, celle des Trois Inquisiteurs d'État¹¹⁵². Meyer, cependant, matérialise clairement la confrontation entre les deux modèles au détour d'un rappel historique :

« La constitution criminelle de l'empereur Charles Quint, émanée d'un prince puissant, [...] avait admis deux sortes de procédure criminelle : l'accusatoire, par laquelle un particulier avait le droit de poursuivre devant les tribunaux celui qui l'aurait lésé par un crime ; et l'inquisitoriale, par laquelle des délits dissimulés par les individus, et néanmoins tendant à troubler la paix ou la tranquillité publique, pouvaient être recherchés d'office [...] »¹¹⁵³.

À partir de ces considérations, Meyer et Gambini construisent deux blocs. D'une part, la procédure inquisitoire, une procédure secrète, écrite, archaïque et cruelle, contrôlée par les juges ; en face, la procédure accusatoire, publique, orale et moderne, ouverte aux citoyens. Ainsi, pour Meyer, l'instruction publique est indissociable du jury. Le Néerlandais offre un éloge vibrant à cette institution, la présentant comme un exemple de modernité pour les nouvelles législations d'Europe :

« De toutes les institutions judiciaires, celle qui s'éloignait le plus des usages reçus sur le continent presque entier de l'Europe, dont néanmoins l'exemple d'un royaume puissant et l'opinion publique dans ce pays démontraient l'influence favorable, est le jury, et, par une conséquence nécessaire et

¹¹⁵¹ F. GAMBINI, *Osservazioni...*, *op. cit.*, p. 95 à 96.

¹¹⁵² Venise possédait en effet une sorte de tribunal supérieur, géré par Trois Inquisiteurs. Ces derniers étaient dotés des pleins pouvoirs en matière de police d'État ; ils avaient pour mission de préserver les secrets d'État. À ce sujet, voir P. PRETO, *I servizi segreti di Venezia. Spionaggio e contropionaggio ai tempi della Serenissima*, Milan, Il Saggiatore, 2010.

¹¹⁵³ J. D. MEYER, *Esprit...*, *op. cit.*, vol. 4, p. 302 à 303.

immédiate, la publicité de l'instruction. Aucune idée ne présentait plus de ressemblance avec celles qui inspirèrent les premières innovations législatives, que de laisser aux citoyens eux-mêmes le jugement des causes auxquelles tiennent les intérêts les plus chers de chaque individu comme de la société entière, et de traiter, en présence pour ainsi dire de la nation, ce qui est lié si intimement au bonheur, au repos, à la sécurité des particuliers »¹¹⁵⁴.

Le jury est également une solution évoquée par Gambini :

« Dans certains pays, un panel de jurés décide de la vérité sur la question en litige. Cette pratique, en partie conforme à l'ancien style romain, a été introduite il y a longtemps en Angleterre, d'où elle est passée dans certains États du continent européen, et a été conservée récemment dans les provinces rhénanes de la Prusse. Là où cette institution a lieu, le sort de l'accusé ne dépend plus d'un seul acte, et donc d'une seule volonté, mais de deux autorités distinctes, l'une statuant sur le fait, l'autre sur le droit ; et les deux, réunies dans un même jugement, sont tenues pour obligées l'une pour l'autre »¹¹⁵⁵.

La publicité des enquêtes est donc l'un des facteurs les plus prisés pour distinguer le nouveau droit pénal de l'ancien, et ce à un moment où le jury fait l'objet d'une controverse importante dans les pays libérés¹¹⁵⁶ ; selon Meyer et Gambini, le modèle accusatoire permettrait au droit pénal européen de prendre le train de l'histoire.

III. Les classifications en droit commercial

En marge des systématisations en matières civile et pénale, l'approche de Castinelli, en matière commerciale, mérite un examen particulier. Cette matière apparaît moins fréquemment dans la littérature juridique de l'époque ; cependant, il est un texte qui nous a semblé intéressant, car son auteur applique une méthode comparable à celle des modélisateurs de son temps. Il serait

¹¹⁵⁴ *Ibid.*, p. 444.

¹¹⁵⁵ « In alcuni paesi un collegio di Giurati giudica sulla verità del fatto cadente in contestazione. Questa pratica, conforme in parte all'antico stil Romano, venne già da gran tempo introdotta in Inghilterra, d'onde passò poi in alcuni Stati del continente d'Europa, e videsi ultimamente conservata nelle provincie Renane di Prussia. Dove quest'istituzione ha luogo, la sorte di un inquisito non dipende più da un solo atto, e quindi da una sola volontà, ma da due autorità distinte, che pronunziano l'una sul fatto, e l'altra sul diritto ; e che riunite nello stesso giudizio, son tenute in dovere l'una per l'altra » (F. GAMBINI, *Osservazioni...*, *op. cit.*, p. 15 à 16).

¹¹⁵⁶ Cf. *supra*.

sans doute exagéré d'y voir un précurseur de la modélisation des systèmes commerciaux ; nous nous attacherons simplement à commenter cette œuvre singulière pour l'époque et pour la matière. En effet, la théorisation des rapports commerciaux ne date pas du XIX^e siècle¹¹⁵⁷ ; la nature même du droit commercial inscrit très tôt son étude dans un contexte européen¹¹⁵⁸ ; mais durant la première moitié du XIX^e siècle, le droit commercial en tant que discipline est relégué au second plan derrière les matières civile et pénale. Il est surtout constitué de cours techniques¹¹⁵⁹ ; c'est le cas en France, mais aussi partout en Europe, puisque la connaissance du droit commercial est surtout vue comme utilitaire. Ainsi, en Espagne on parle surtout de *Jurisprudencia Mercantil*¹¹⁶⁰ ; l'Université de Turin le rattache au droit processuel¹¹⁶¹. Dans tous ces cas, le droit commercial paraît à l'ombre du droit civil et du droit pénal ; il est conçu comme son prolongement¹¹⁶². Il est donc intéressant de trouver, dans une revue des années 1820, une tentative de comparaison de systèmes commerciaux étrangers.

Ce *Recueil historique du droit commercial et maritime tiré des nations antiques et modernes* (« Compendio storico del diritto commerciale e marittimo preso les nazioni antiche e moderne »¹¹⁶³) paraît en deux parties dans les tomes sept et huit de l'*Antologia fiorentine*, un

¹¹⁵⁷ On note des travaux tels que le commentaire de l'ordonnance de 1673 par un certain François de Boutaric (1672-1733), et des répertoires de droit abordant la protection des consommateurs dès le XVIII^e siècle. À ce sujet, voir Ph. NÉLIDOFF, « La naissance de la doctrine commercialiste au XIX^e siècle », *Qu'en est-il du code du commerce 200 ans après ? États des lieux et projections*, Toulouse, Université Toulouse 1 Capitole, 2008, consulté 22/05/2022 ; J. HILAIRE, *Introduction historique au droit commercial*, Paris, Presses Universitaires de France, 1986 ; du même auteur, *Le Droit des Affaires et l'Histoire*, Paris, Economica, 1995 ; R. SZRAMKIEWICZ, *Histoire du droit des affaires*, Paris, Ellipses, 2006.

¹¹⁵⁸ L. BRUNORI, « L'histoire du droit des affaires est-elle une histoire européenne ? », *Au-delà des particularismes : l'histoire comparative du droit* [en ligne], colloque au collège de France, 12 mai 2017, consulté 22/05/2022.

¹¹⁵⁹ Voir M. VENTRE-DENIS, « La première chaire d'histoire du droit à la Faculté de Droit de Paris (1819-1822) », *Revue historique du droit français et étranger*, vol. 43, n°4, 1975, p. 596 à 622 ; L. BRUNORI, O. DESCAMPS, X. PRÉVOST (dir.), *Pour une histoire européenne du droit des affaires : comparaisons méthodologiques et bilans historiographiques*, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2020.

¹¹⁶⁰ F. GARNIER, « Contribuer à l'écriture de l'histoire du droit commercial : le moment José Martinez Gijon », *Pour une histoire européenne du droit des affaires : comparaisons méthodologiques et historiographiques* [en ligne], Toulouse, Presses de l'Université Toulouse, 2020, consulté 15/04/2022.

¹¹⁶¹ G. S. PENE VIDARI, « Aspetti dell'insegnamento del Diritto commerciale all'Università di Torino negli anni preunitari », *Rivista di Storia dell'Università di Torino*, vol. 1, n°2, 2018, p.79.

¹¹⁶² F. GARNIER, « Contribuer à l'écriture... », *op. cit.*

¹¹⁶³ G. CASTINELLI, « Compendio storico del diritto commerciale e marittimo presso le nazioni antiche e moderne », *Antologia : giornale di scienze, lettere e arti*, 1822, vol. 7, p. 469 à 490 et vol. 8, p. 178, 324 à 351 et 504.

périodique généraliste¹¹⁶⁴. On ne sait quasiment rien sur Giovanni Castinelli, si ce n'est ce qu'il dit de lui-même : il explique que ce long article est en réalité un condensé de son livre en cours, un ouvrage en trois parties devant s'intituler *La science du droit commercial et maritime, construit et en construction* (« *La scienza del diritto commerciale, e marittimo costituito e costituendo* »). L'ouvrage paraît ne pas avoir été achevé ; Castinelli admet que « ses occupations journalières » lui laissent peu de temps pour écrire. Cela étant dit, il nous reste de la pensée de l'auteur cette version, qu'il a volontairement simplifiée pour en faire un article, ou selon ses propres termes un « essai »¹¹⁶⁵. Ce détail est à signaler, car il peut expliquer en partie la démarche de Castinelli : certes, il compte composer à terme une œuvre de comparaison scientifique – d'où le titre de son futur ouvrage complet, mais le format « essai » le contraint à simplifier encore davantage les systèmes qu'il présente. Ainsi, à l'approche scientifique s'ajoute un facteur pragmatique : la simplification de l'ensemble étudié découle du format exigé.

Castinelli commence par retracer les origines antiques du commerce, l'essor du système monétaire puis les lois qui en ont découlé¹¹⁶⁶. Il développe ces étapes en trois « époques » : le droit antique¹¹⁶⁷, le Moyen-Âge puis les temps modernes jusqu'à Louis XIV¹¹⁶⁸, et enfin de Louis XIV jusqu'à l'époque contemporaine¹¹⁶⁹. En suivant cette trame chronologique, Castinelli décrit en vérité trois étapes de construction d'un système particulier : le droit commercial et ses caractéristiques propres, des traits saillants qui le distinguent du droit civil et pénal. Au fil des siècles, le statut du droit commercial évolue. Il fait ensuite l'objet de

¹¹⁶⁴ L'*Antologia* (1821-1833) est fondée par une figure du milieu de l'édition florentin, Gian Pietro Vieusseux (1779 à Oneglia – 1863 à Florence). D'origine franco-suisse, Vieusseux conçoit son journal comme une tribune généraliste pour des auteurs de domaines divers. La fondation du périodique s'inscrit dans une démarche plus ambitieuse encore : en 1819, Vieusseux fonde le Cabinet scientifique littéraire (« *Gabinetto scientifico letterario* »), au sein du Palazzo Buendelmont. Sa bibliothèque accueille un large catalogue de périodiques et de livres en général, que Vieusseux utilise pour former ses disciples à de nouvelles connaissances. Sa vision pédagogique se retrouve dans l'*Antologia* : les contributions sont très hétéroclites, peuvent couvrir des sujets vastes. L'*Antologia* devient un élément incontournable de la presse italienne. Cependant, on remarque que la littérature est quelques peu mise de côté ; les circonstances juridiques et politiques poussent les rédacteurs à mettre davantage en avant des sujets urgents : le droit, l'économie, la statistique, etc.... À ce sujet, voir A. FERRARIS, *Letterature e imegno civile nell'Antologia*, Padoue, Livourne, 1978, p. 6.

¹¹⁶⁵ G. CASTINELLI, « Compendio... », *op. cit.*, vol. 7, p. 469.

¹¹⁶⁶ *Ibid.*

¹¹⁶⁷ *Ibid.*, p. 472.

¹¹⁶⁸ G. CASTINELLI, « Compendio... », *op. cit.*, vol. 8, p. 178.

¹¹⁶⁹ *Ibid.*, p. 504.

modélisations scientifiques, soit d'une tentative de maîtrise et de rationalisation par les gouvernements européens.

Tout commence par les constitutions, ou codes marchands et maritimes des peuples antiques : les lois phéniciennes, tyriennes, égyptiennes, carthaginoises, dont l'auteur fait l'éloge, tout en admettant que les détails de ces « codes » se sont perdus, et qu'on ne peut les imaginer qu'à travers ce qu'en ont repris les Romains¹¹⁷⁰. Un modèle commercial antique se serait donc construit, par mimétisme ; un modèle pratique, construit par les usages des commerçants. Ce modèle contient des mécanismes fondamentaux, tels que les dispositions sur les sociétés, sur les faillites ou sur l'avarie commune¹¹⁷¹. « Toutes les nations », antiques comme modernes, s'accorderaient sur la qualité de ces lois¹¹⁷², qui constitueraient en quelque sorte un socle historique commun pour le droit commercial. Castinelli admet pourtant que si la transmission des lois entre peuples antiques contemporains est constatée, il est difficile de savoir dans quelle mesure ce modèle antique idéal a pu être repris par les époques ultérieures¹¹⁷³ ; d'autant que l'auteur note une pause considérable au Moyen-Âge, période durant laquelle une bonne part des mécanismes du commerce antique tombe dans l'oubli. Ceux-ci sont remplacés par un autre système, celui du « droit commercial terrestre » : après avoir replongé dans une économie de survie, l'Europe commence à reprendre des échanges basés sur des routes continentales. Castellini résume les principaux traits de ce système : dangerosité des routes, caractère limité des moyens de transport et des denrées¹¹⁷⁴.

C'est ici que l'auteur commence à introduire une comparaison géographique : il confronte la politique commerciale des quatre pays médiévaux selon l'organisation de leurs corporations, l'état de leur industrie, le savoir-faire de leurs artisans et l'encadrement de leurs commerçants. Chaque pays se voit donc attribuer des caractéristiques spécifiques, positives ou négatives. Le pays qui se détache est l'Italie, pays natal de Castellini, pays des premières épopées gênoises et vénitienes vers le Levant et de la modernisation de la *lex mercatoria* :

¹¹⁷⁰ G. CASTINELLI, « Compendio... », *op. cit.*, vol. 7, p. 472.

¹¹⁷¹ *Ibid.*, p. 472 à 474.

¹¹⁷² *Ibid.*, p. 474.

¹¹⁷³ *Ibid.*, p. 474.

¹¹⁷⁴ G. CASTINELLI, « Compendio... », *op. cit.*, vol. 8, p. 179.

« L'Italie fut la première à dissiper les ténèbres de l'ignorance, la première à secouer le joug féodal ; quelques-unes de ses villes devinrent bientôt des républiques riches et puissantes, et la base de leur grandeur fut l'industrie appliquée au commerce. Le système politique de la république florentine reposait sur ce principe, puisque les citoyens étaient classés selon les arts qu'ils pratiquaient, et que les mêmes propriétaires fonciers et nobles devaient être attribués à l'un des arts s'ils voulaient participer aux droits municipaux et gouvernementaux.

Dans les autres villes libres d'Italie [...], des institutions analogues s'établirent, par lesquelles, en accordant une protection assidue et de larges privilèges aux cours des artisans, nos manufactures fleurirent et prospérèrent ; mais ces privilèges ne se transformèrent pas en privations, et n'entraînèrent pas de contraintes pénibles et de lourdes charges, comme cela arriva plus tard dans d'autres États, et notamment en Allemagne et en France.

En Allemagne, on excluait des collèges tous ceux qui n'étaient pas ingénieurs de naissance ; on excluait les éperonniers, et ce qui est le plus surprenant, les enfants de beaucoup d'artisans des classes les plus basses, et [...] même les enfants de peintres et de libraires ; enfin, on n'admettait dans une guilde que ceux qui pouvaient justifier d'avoir reçu régulièrement une formation complète dans leurs arts respectifs.

En France, l'industrie nationale était également de plus en plus embouteillée, et traversée de mille façons. Stephen Boileau, qui exerçait à Paris les fonctions de prévôt sous le règne de Saint Louis, prétendait établir un ordre parfait dans les manufactures, et leur donnait des règlements très longs [...]

L'ingéniosité des Italiens, leurs vastes connaissances, leur industrie et la sagesse de leurs institutions contribuèrent à leur assurer une suprématie absolue face aux autres nations commerçantes du Moyen Âge [...]

L'Angleterre, destinée à s'élever, dans des temps plus rapprochés de nous, au premier et au plus haut rang parmi les nations commerçantes, n'a fait, à l'époque dont nous parlons, que de lents progrès dans le trafic des lettres de change [...] »¹¹⁷⁵.

C'est notamment à partir de l'Italie que se généralise la tenue de livres de comptes, des codes marchands sur le modèle romain, tenus en chiffres romains puis en chiffres arabes sous l'impulsion du mathématicien Fibonacci ; dans les régions étrangères où elle est adoptée, cette pratique est dite « à la façon italienne ». Les mécanismes commerciaux antiques sont donc en train de renaître, sous la conduite de l'Italie¹¹⁷⁶. Même succès pour un autre mécanisme introduit en Italie : le billet de banque, que Castinelli décrit comme un modèle-exemple pour le

¹¹⁷⁵ G. CASTINELLI, « Compendio... », *op. cit.*, vol. 8, p. 180 à 186.

¹¹⁷⁶ *Ibid.*, p. 183.

reste de l'Europe. Comme à plusieurs reprises dans son œuvre, la mention d'un mécanisme particulier entraîne un bref passage en revue de ses déclinaisons européennes :

« En l'an 1171, les Vénitiens se trouvant dépourvus de moyens pour poursuivre la guerre contre les Grecs, établirent une chambre de prêt, dans laquelle tous les membres de la communauté étaient invités à apporter les pièces de monnaie dont ils disposaient, et à la place desquelles ils recevaient des billets garantis par la foi publique, qui étaient mis en circulation en concurrence avec la monnaie frappée. Diverses banques publiques ont ensuite été construites sur ce modèle dans d'autres places marchandes italiennes, dont la célèbre banque des Génois, connue sous le nom de S. Giorgio. Les pays étrangers, et en particulier les Néerlandais, suivirent cet exemple, et la banque d'Amsterdam devint célèbre [...]. Les banquiers les plus accrédités mettaient également en circulation des coupons, appelés chez nous *biglietti di cassa*, *bank-notes* par les Anglais, et sous divers autres noms semblables ailleurs, les uns transférables, les autres payables librement au porteur, et consommables comme les pièces de monnaie »¹¹⁷⁷.

Ce phénomène de convergence internationale, propre au droit commercial, s'accroît à partir des grandes découvertes et de la reprise des expéditions maritimes. Le modèle commercial antique méditerranéen retrouve tout son intérêt ; Castinelli lui ajoute de nouvelles caractéristiques. Les lettres de change, les assurances, les grandes compagnies ou encore les banques¹¹⁷⁸ sont mises en place sur toutes les places marchandes européennes à partir du XVI^e siècle. Ce droit à la fois ancien et nouveau, en expansion permanente, le législateur moderne doit-il s'en emparer ? Castinelli se pose la question, une fois de plus, en résumant : selon les pays, le droit commercial est soit compilé, soit consacré par les législations, soit laissé à la jurisprudence. La méthode pour ce faire diverge selon le modèle juridique national¹¹⁷⁹. Castinelli choisit cette entrée en législation du droit commercial comme point de bascule vers sa troisième et dernière partie, du moment Louis XIV à l'époque contemporaine. De pratiques,

¹¹⁷⁷ « Nell'anno 1171, trovandosi i veneziani scarsi di mezzi per continuare la guerra contro i greci, stabilirono una camera di prestanza, in cui furono invitati tutti i particolari a portare quelle somme che erano nelle loro mani disponibili, ed in luogo delle quali vennero rilasciati de' biglietti garantiti dalla fede pubblica, e che furono posti in circolazione in concorrenza con la moneta coniata. Su questo modello furono poi erette in altre piazze d'Italia diverse pubbliche banche, fra le quali fu insigne quella de' genovesi detta di S. Giorgio. Gli esteri, e segnatamente gli olandesi seguirono un tale esempio, e si rese principalmente famosa la banca di Amsterdam, [...]. Anche i più accreditati banchieri fecero circolare delle cedole, che furono dette biglietti di cassa fra noi, *bank-notes* dagli inglesi, e con altri diversi analoghi nomi altrove, essendo alcuni girabili, altri pagabili liberamente al portatore, e spendibili del pari delle monete metalliche » (G. CASTINELLI, « Compendio... », *op. cit.*, vol. 8, p. 187 à 188).

¹¹⁷⁸ G. CASTINELLI, « Compendio... », *op. cit.*, vol. 8, p. 178 à 179.

¹¹⁷⁹ *Ibid.*, p. 188.

les modèles du droit commercial deviennent scientifiques :

« L'étude raisonnée et méthodique du droit commercial et maritime, presque totalement inconnue des législateurs et des jurisconsultes qui vivaient aux époques précitées, fut cultivée avec un grand succès pendant la troisième ère, et eut, pour ainsi dire, son apogée en France sous le règne de Louis XIV, grâce aux soins assidus du sage ministre Colbert »¹¹⁸⁰.

Il est intéressant de remarquer qu'à partir du règne de Louis XIV, le modèle-exemple change de pays. Si jusqu'à présent, Castinelli jugeait l'Italie supérieure à ses voisins, l'essor de la littérature scientifique française met un terme à la domination de la péninsule en matière de droit commercial. Elle est la première, selon l'auteur, à avoir atteint un degré aussi élevé de théorisation et rationalisation de son droit du commerce. La fascination de Castinelli pour le droit commercial français se porte d'abord sur les ordonnances de Colbert et Savary (A), puis sur le code de commerce (B).

A) Le modèle des ordonnances françaises de 1673 et 1681

L'auteur paraît vouer une admiration profonde à l'ordonnance de 1673 sur le commerce et à l'ordonnance de 1681 sur la marine¹¹⁸¹. Castinelli couvre d'éloges l'œuvre du « sage ministre Colbert », notamment sur l'ordonnance de la marine qui selon lui « brille par sa grande sagesse ». Elle est le fruit d'une « comparaison raisonnée entre toutes les lois les plus célèbres, tant antiques que modernes, d'où l'on a tiré tout ce qui a été considéré comme le plus conforme aux principes universels de la matière »¹¹⁸². Deux informations nous parviennent ici : Castinelli manifeste sa certitude quant à l'existence d'un corps de principes universels, communs au droit commercial et maritime de tous les pays ; il considère que ces principes ont su être saisis, et synthétisés par les Français. Aussi ne s'étonne-t-il pas que ces deux ordonnances aient servi de

¹¹⁸⁰ « Lo studio ragionato e metodico del Gius commerciale e marittimo, quasi totalmente ignoto ai legislatori e giuriconsulti che vissero nelle dae già descritte epoche, fu coltivato con molto successo durante la terza, ed ebbe per così dire in Francia la cuna sotto il Regno di Luigi XIV, mercè le assidue cure del saggio suo ministro Colbert » (G. CASTINELLI, « Compendio... », *op. cit.*, vol. 8, p. 504 à 505).

¹¹⁸¹ Ces ordonnances ne sont pas pour autant exemptes de défauts : « [...] si l'ordonnance sur la marine de 1681 est un texte d'une qualité technique remarquable, l'ordonnance sur le commerce de terre de 1673 se présente essentiellement comme un recueil de recettes pragmatiques » (Y. GUYON, « Droit commercial », *Encyclopedia Universalis* [en ligne], consulté le 22/05/2022).

¹¹⁸² G. CASTINELLI, « Compendio... », *op. cit.*, p. 505.

modèle à « tous les pays d'Europe » – notamment en ce qui concerne les lettres de change et les assurances, mécanismes très modernes pour l'époque¹¹⁸³.

Pour autant, Castinelli ne quitte pas des yeux les autres pays. Simplement, quand l'Italie servait de point de départ durant la période précédente, c'est désormais en partant de la France que la comparaison se déploie. L'édit de la marine 1774 promulgué par Marie-Thérèse d'Autriche est mentionné, sans doute pour un exemple de droit écrit ; en face, il est rappelé que l'Angleterre a toujours peu de lois écrites, et que son droit commercial se base encore sur les coutumes et les usages des commerçants¹¹⁸⁴ : Castinelli rappelle ici des traits du common law, dont la rivalité avec le droit codifié se creuse à l'époque où il écrit¹¹⁸⁵. La situation anglaise en matière commerciale est d'ailleurs proche de celle de l'Italie, qui fait triompher un modèle consulaire : ce sont les juges des tribunaux de commerce qui construisent le droit commercial par l'harmonisation progressive de leur jurisprudence, et compensent les lacunes ou les insuffisances de la loi. Castinelli rappelle volontiers que les Italiens s'aident d'auteurs locaux, certes, mais surtout d'auteurs issus de la « France ingénieuse » ou de « l'Allemagne érudite et patiente »¹¹⁸⁶.

B) Le modèle du Code de 1807

« Tel était l'état du droit mercantile et nautique en Europe à l'époque de la Révolution française. L'anarchie qui en résulta d'abord, dut influencer en France aussi sur les institutions commerciales, qui tombèrent dans le mépris ; la bonne foi s'éteignit, les abus se multiplièrent, les faillites scandaleuses et impunies devinrent de plus en plus fréquentes. Le gouvernement des Consuls voulut traiter le mal à sa racine, et c'est pourquoi [...] il nomma une commission de sept personnes, les unes juristes, les

¹¹⁸³ *Ibid.*, p. 505.

¹¹⁸⁴ *Ibid.*

¹¹⁸⁵ C'est en effet dans les années 1820, lorsque la codification trouve des partisans déterminés parmi les auteurs et les hommes politiques britanniques et américains, que le système de droit codifié devient un concurrent direct du *common law*. Ce dernier fait l'objet d'une dénonciation vigoureuse, ce qui pousse ses défenseurs à entrer dans l'arène. Démarre alors une série de controverses, qui peuvent expliquer la logique d'opposition entre les deux modèles telle qu'elle a subsisté jusqu'à aujourd'hui. À ce sujet, voir S. SOLEIL, *Aux origines de l'opposition entre systèmes de common law et de droit codifié. Les controverses anglo-américaines des années 1820-1835*, Paris, Société de législation comparée, 2021.

¹¹⁸⁶ *Ibid.*, p. 506.

autres commerçantes, qui reçurent l'honorable tâche de rédiger un nouveau code commercial »¹¹⁸⁷.

Castinelli constate la réception mitigée du Code en France : il mentionne que les magistrats consulaires, les chambres de commerce et les cours d'appel français lui ont déjà reproché certaines lacunes¹¹⁸⁸. Contrairement aux ordonnances du XVII^e siècle, le code de commerce de 1807 a vocation à s'exporter et entre en vigueur dans divers pays européens occupés. Cependant, le caractère inégal et éphémère de son implantation explique que durant l'occupation, peu d'auteurs locaux semblent avoir voulu faire un travail d'exégèse comme cela a pu être fait pour le Code civil. Cela peut éclairer deux éléments : tout d'abord, la persistance durant l'occupation des anciens usages commerciaux partout en Europe¹¹⁸⁹ ; d'autre part, la réception doctrinale du texte, qui n'a pas été aussi hostile chez les Européens que chez les Français. Castinelli fournit lui-même une illustration de ce paradoxe : le code de commerce français est selon lui « [...] le corpus de droit commercial et maritime le plus complet et le moins imparfait qui soit paru à ce jour »¹¹⁹⁰. Castinelli va même plus loin. Il établit le code de 1807 comme un exemple que les pays occupés ont eu la joie de suivre, et ce malgré les circonstances de son entrée en vigueur :

¹¹⁸⁷ « Tale era lo stato del gius mercantile e nautico in Europa all'epoca della francese rivoluzione. L'anarchia chea in principio ne derivò, dove influire in Francia anche sulle commerciali istituzioni, le quali caddero nel disprezzo, restando spenta la buona fede, moltiplicati gli abusi, e rese ognor più frequenti le scandolose iinpanite bancarotte. Cercò il governo de' Consoli di resecare il male nella sua radice, e quindi [...] nominò una commissione di sette individui, alcuni dei quali giureconsulti, altri negozianti, a cui fu commesso l'onorevole incarico di procedere alla redazione d'un nuovo codice commerciale » (*Ibid.*).

¹¹⁸⁸ *Ibid.*, p. 507.

¹¹⁸⁹ Si l'on prend l'exemple du Duché de Varsovie, qui s'est vu imposer le code de commerce *ex abrupto* dès 1809, l'historiographie polonaise remarque que les praticiens polonais continuent d'appliquer l'ancien système coutumier à côté du code ; leurs raisons sont multiples : manque de préparation, mais aussi lacunes internes du code, bien connues des auteurs français et qui nécessitent des décrets de correction fréquents, et enfin la mauvaise qualité de la traduction du code par Walenty Skorochód-Majewski (1764 -1835), un notaire qui – de son propre aveu – n'y connaissait que très peu en droit commercial. Plus généralement, il est avéré que la doctrine polonaise en matière commerciale n'a pris son essor qu'à partir des années 1860. Au lendemain de l'occupation française, les praticiens et entrepreneurs se retrouvent donc seuls : la doctrine ne s'intéresse pas encore à leur domaine, et en 1817, le législateur supprime la liberté de commerce apportée par le Code. Conséquence de cette situation, il apparaît que dans les actes notariés (rares traces écrites et authentiques d'opérations commerciales pour l'époque), les notaires prennent des libertés avec les dispositions du code de commerce, voire les écartent pour privilégier la coutume locale. Ainsi, même durant la période où il était imposé au Duché de Varsovie, le Code de commerce n'était pas toujours appliqué. À ce sujet, voir A. KLIMASZEWSKA et M. GAŁĘDEK, « Stosowanie norm francuskiego Kodeksu handlowego w Ksiestwie Warszawskim, konstytucyjnym Krolestwie Polskim i Rzeczypospolitej Krakowskiej w swietle aktow notarialnych », *Studia z dziejow panstwa i prawa polskiego* », XIX, 2016, p. 145 ; A. KLIMASZEWSKA, « Influence of French Legalese on the Development of Polish Legal Language Within the Area of Commercial Law », *Multilingualism and Law*, Forum Iuris – Robert Schumann Association, 2016, p. 175-176.

¹¹⁹⁰ G. CASTINELLI, « Compendio... », *op. cit.*, vol. 8, p. 507.

« Les conquêtes faites par les armes françaises étendirent aussi l'empire de leurs lois au-delà des limites naturelles de leur territoire, et beaucoup de nations accueillirent alors le nouveau code de commerce, dans lequel elles trouvèrent largement transfusées ces fameuses ordonnances, qui, grâce au génie de Colbert, avaient jeté, pour ainsi dire, les bases du droit commercial moderne de l'Europe ; et il est si vrai que l'empire de la raison est plus durable que celui de la force, que dans plusieurs États qui ne sont plus soumis à la domination française, le code de commerce a été conservé en vigueur, et ses sages dispositions presque entièrement adoptées : ce n'est pas que les gouvernements prudents soient privés du moyen d'améliorer eux-mêmes ce code ; et à cette entreprise, à laquelle la France semble avoir renoncé, l'Italie s'applique maintenant infatigablement, elle qui, de même qu'elle a été la première à produire les lois commerciales et maritimes les plus célèbres, aspire à l'orgueil de perfectionner les plus récentes »¹¹⁹¹.

La parenté étroite avec les ordonnances de Colbert¹¹⁹², si elle a pu être interprétée comme un manque d'innovation du code à sa sortie, ne l'a pas pour autant rendu obsolète aux yeux des auteurs européens. Au contraire, il semblerait que son inspiration de l'ancien régime et ses changements modérés en aient fait une solution rassurante pour certains États¹¹⁹³. Cela s'observe par exemple dans les États italiens, où les réactions sont variées¹¹⁹⁴. La ville de Gênes, autrefois république aristocratique autonome, perd son indépendance avec l'occupation napoléonienne. Attribuée au Royaume de Sardaigne en 1814 suite au Congrès de Vienne, Gênes sauvegarde pourtant le code de commerce français. De même, alors que les auteurs toscans

¹¹⁹¹ « Le conquiste fatte dalle armi francesi estesero anche l'impero delle loro leggi oltre i naturali confini del loro territorio, e molte nazioni accolsero allora con plauso il nuovo codice di commercio, nel quale ritrovarono trasfuse in gran parte quelle celebri ordinanze, che dovute al genio di Colbert avevano gettati per così dire i fondamenti del moderno gius comune mercantile d'Europa ; e tanto è vero che l'impero della ragione è più durevole assai di quello della forza, che in molti stati non più sottoposti al francese dominio si è conservato in vigore il codice di commercio, e se ne sono adottati quasi totalmente i savj disposti : non è già che sia tolta ai governi prudenti la via di migliorare questo codice stesso, ed a questa impresa, cui sembra avere rinunciato omai la Francia si applica ora indefessamente l'Italia, la quale, siccome fa la prima a produrre le più celebri leggi commerciali e marittime, così aspira al vanto di perfezionare le più recenti » (*Ibid.*).

¹¹⁹² F. VALENTE, « La naissance du Code de commerce ... », *op.cit.*

¹¹⁹³ À ce sujet, voir U. PETRONIO, « Un diritto nuovo con materiali antichi : il "code de commerce" fra tradizione e innovazione », *Negozianti i imprenditori. 200 anni dal Code de commerce*, Milan, Mondadori-Sapienza Università di Roma, 2008, p. 1 à 45.

¹¹⁹⁴ À ce sujet, voir S. GENTILE, « L'applicazione del *Code de commerce* in Calabria e l'emersione di un interessante tassello inedito relativo alla Commissione di Murat del 1814 », *Historia et ius*, n°5, 2014 ; A. MONTI, « The Italian Destiny of the French Code de commerce », *Modernisation, National Identity and Legal Instrumentalism*, vol. 1, Leiden et Boston, Brill, 2019, p. 111 à 142 ; L. MOSCATI, « Pardessus e il Code de commerce », *Le matrici del diritto commerciale tra storia e tendenze evolutive*, Milan, Mondadori-Sapienza Università di Roma, 2008, p. 47 à 80.

revendiquent pour leurs nouveaux codes des sources romano-canoniques, ils conservent des dispositions du code de commerce, pourtant le plus éloigné de l'esprit du droit romain. Certes, des réactions contraires existent ; ainsi, le duché de Parme reprend largement les codes français, sa tradition rurale le pousse à écarter spécifiquement le code de commerce. En somme, parmi tous les modèles scientifiques du droit commercial, le code de commerce français peut plus facilement faire l'objet d'un tri pragmatique que d'autres domaines du droit controversés.

L'essai de Castinelli est à la fois classique et remarquable. Classique, parce que son entreprise paraît simple : une étude historique, scientifique et comparée dans un domaine particulier du droit. Remarquable, parce que ce domaine est le droit commercial qui, par nature, se prête facilement aux rapprochements et à la comparaison, mais qui, pour l'heure, n'a pas le succès du droit civil et du droit pénal. Remarquable aussi parce que le résultat témoigne d'une ouverture européenne certaine. L'Antologia n'offrant qu'un avant-goût de ce qu'aurait dû être l'ouvrage complet promis par l'auteur, nous ne pouvons donc pas en tirer de conclusions définitives. Mais la méthode utilisée par Castinelli – l'inventaire des situations nationales, la schématisation de certaines périodes par des traits ou des mécanismes choisis, et enfin la sélection du modèle français en tant que modèle idéal – nous a poussé à accorder la place finale de notre chapitre à cette œuvre méconnue.

Une fois précisées les notions de comparaison juridique, de systèmes et de modèles, nous intéresser au réflexe comparatif de quelques auteurs exemplaires de la période 1814-1825 nous permet de dégager deux grandes observations. La première est la convergence des mobiles et des méthodes. Ces auteurs ont le même but, quelles que soient leurs convictions, la forme donnée à leur ouvrage, ou les circonstances dans lesquelles ils écrivent : délimiter ou promouvoir un modèle idéal, un modèle-exemple pour l'avenir juridique de leur pays. Pour y parvenir, que leur approche soit scientifique ou pratique, ils utilisent le même moyen. Ce phénomène peut s'observer à l'aune de l'historiographie ultérieure : alors qu'eux-mêmes ne le théorisent pas, nos auteurs utilisent dans les faits la modélisation fonctionnelle.

La seconde observation est que cette modélisation se traduit par de nombreuses classifications, dont nous avons pu présenter des exemples dans divers domaines du droit. Ces distinctions, rendues nécessaires par le contexte spécifique de l'époque, se retrouvent régulièrement dans l'historiographie ultérieure ; certaines sont même toujours utilisées et discutées fréquemment

dans la littérature juridique contemporaine¹¹⁹⁵ : tradition juridique / droit moderne, droit compilé / droit codifié, droit pénal ancien / nouveau droit pénal, modèle inquisitoire / modèle accusatoire, common law / droit codifié, droit commercial coutumier / droit commercial codifié... les ouvrages étudiés montrent comment, par leur confrontation, ces ensembles se définissent et s'individualisent. Comment, entre 1814 et 1825, une partie de la littérature – comparatiste par réflexe – amorce la construction intellectuelle des modèles juridiques.

Pour une pleine compréhension du déploiement comparatiste européen, il serait insuffisant de nous cantonner à l'étude de parcours solitaires. Au lendemain de la défaite napoléonienne, si les pays libérés ne possèdent pas à proprement parler de doctrine nationale, leurs auteurs multiplient les échanges. La période est ainsi caractérisée par une dichotomie en termes de dynamique doctrinale : les réflexions sont exprimées à l'échelle d'une École, d'une université, souvent d'un individu ; mais elles circulent en Europe. Les auteurs se lisent, se citent, s'écrivent, voire voyagent pour nourrir leurs travaux. C'est la somme de ces liens inter-individuels que nous entendons étudier, afin de comprendre comment la chute de l'Empire et la question codificatrice ont pu favoriser la formation d'un réseau doctrinal européen.

¹¹⁹⁵ Sur ces distinctions, voir J. W. CAIRNS, *Codification, Transplants and History : Law Reform in Louisiana (1808) and Quebec (1866)*, New Jersey, Clark, Talbot, 2015 ; R. GRANGER, « La tradition en tant que limite aux réformes du droit », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 31, n° 1, p. 37 à 125 ; H. PATRICK GLENN, « La tradition juridique nationale », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 55, n° 2, p. 263 à 278 ; G. GARCIA-CANTERO, « L'enseignement du droit comparé en Espagne : aperçu historique et état actuel », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 51, n° 4, 1999, p. 859 à 874 ; J.-B. HERZOG, « Les principes et les méthodes du droit pénal comparé », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 9, n°2, 1957, p. 337 à 352 ; G. A. WEISS, « The enchantment of codification in the common law world », *Yale Journal of International Law*, vol. 25, 2000, p. 435 à 446 ; J. FRANK, « Civil Law Influences on the Common Law. Some Reflections on “Comparative” and “Contrastive” Law » », *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 104, n°7, 1956, p. 887 à 926 ; M. NATALE, « Dalle consolidazioni alla codificazione del diritto », *Università Telematica Pegaso* [en ligne], 2006, consulté le 21/05/2022 ; A. GAILLET, « La question de la codification... », *op. cit.* ; Y. CARTUYVELS, « L'idéal de la codification... », *op. cit.* ; M. LANGER, « La portée des catégories accusatoire et inquisitoire », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, vol. 4, n°4, 2014, p. 707 à 728 ; J. H. BAKER, « The Law Merchant and the Common Law before 1700 », *The Cambridge Law Journal*, vol. 38, n°2, 1979, p. 295 à 322 ; R. SAULLE, C. NOUVION, *Diritto commerciale, legislazione sociale e pratica commerciale*, Bologne, Lucisano et Zanichelli, 2005 ; R. B. FERGUSON, « Legal Ideology and Commercial Interests : The Social Origins of the Commercial Law Codes », *British Journal of Law and Society*, vol. 4, n°1, 1977, p. 18 à 38. B. L. BENSON, « The Spontaneous Evolution of Commercial Law », *Southern Economic Journal*, vol. 55, n°3, 1989, p. 644 à 661.

Chapitre VIII. Comparaison et circulation de la pensée juridique en Europe

Un paradoxe frappe le lecteur lorsqu'il embrasse la littérature juridique des années 1814-1825 : d'un côté, la propension des auteurs à se citer les uns les autres, à commenter, à recenser, à échanger, à répliquer, bref à créer un véritable espace d'échanges doctrinaux ; de l'autre, le faible écho national, encore moins européen, de cette littérature, à l'exception de quelques auteurs majeurs : Bentham et Savigny. Doit-on parler d'une littérature confidentielle, confinée aux seuls praticiens ? Il est évidemment difficile de mesurer précisément l'impact de chacun des ouvrages étudiés. S'il existe des études sociologiques et historiques à propos du roman, du théâtre ou de la poésie¹¹⁹⁶, il n'existe pas, à notre connaissance, de travaux consacrés à la mesure de la notoriété de la littérature juridique, pour la période étudiée. Nous pouvons néanmoins faire quelques observations sur les œuvres de notre corpus, afin de proposer quelques pistes de réflexion quant à leur renommée – ou, au contraire, à leur discrétion. La notoriété peut dépendre de plusieurs facteurs : nature de l'œuvre, destinataire de l'œuvre, contexte de l'œuvre, contenu de l'œuvre, personnalité de l'auteur.

Concernant la nature, il est relativement simple de déterminer le succès d'un ouvrage par le nombre de ses recensions, de ses traductions, de ses citations ou de ses rééditions ; à l'inverse, les critères pour mesurer l'importance d'un article sont plus limités : il serait possible de s'appuyer sur le tirage de la revue – en supposant que tous les numéros aient été distribués et lus – ou sur le nombre de réponses dans des publications ultérieures.

Concernant le destinataire de l'œuvre, on peut imaginer qu'un texte commandé par une commission législative aura un lectorat limité quantitativement, mais efficace qualitativement : il sera lu par un petit groupe de personnes ayant un pouvoir réel sur la réforme juridique ; à l'inverse, un texte né de la seule initiative de l'auteur et destiné à un public général est moins sûr d'atteindre son lectorat. Concernant le contexte de l'œuvre, le départ des Français et la sévérité variable des restaurations engendre une fragmentation de la littérature juridique, et un accès inégal tant à la publication qu'à la diffusion des œuvres ; les auteurs de l'époque écrivent quasiment toujours seuls ; certains ouvrages sont donc voués à rester anonymes, et ne circulent

¹¹⁹⁶ À ce sujet, voir G. SAPIRO, « Mesure du littéraire. Approches sociologiques et historiques », *Art et mesure*, vol. XXIII, n°2, 2008, p. 35 à 68.

que très peu. Concernant le contenu de l'œuvre, ce n'est pas tant la qualité littéraire, difficilement évaluable, mais les thèses défendues qui intéressent : certaines connaissent plus de retentissement car elles adoptent une perspective plus englobante, plus conforme à l'air du temps, et font écho à des questions urgentes ou des opinions déjà en gestation. Dans sa thèse, Laetitia Guerlain le démontre à propos de la réception de deux élèves du sociologue Frédéric Le Play, Charles de Ribbe et Henri Beaune. Le premier semble avoir été plutôt ignoré de l'historiographie ultérieure, quand le second est abondamment repris. Selon Laetitia Guerlain, cette différence tient au fait que l'œuvre de Charles de Ribbe est « très marquée politiquement » et concentrée sur l'étude de « familles méridionales », tandis qu'Henri de Beaune « entreprend une œuvre ambitieuse, s'efforçant de synthétiser le droit coutumier dans son ensemble »¹¹⁹⁷. Ces éléments sont constatables lorsque l'on dresse un profil des œuvres les plus retentissantes de l'époque : le *Vom Beruf* de Savigny s'empare certes du clivage sur les codes français, mais il prévoit déjà l'*après*, et se conçoit comme l'ouverture d'une nouvelle voie pour la science juridique en général. De même, l'*Esprit, origines et progrès* de Meyer, souvent cité dans les ouvrages de ses contemporains, ambitionne un tableau historique et européen des institutions judiciaires dans leur ensemble.

Enfin, concernant la personnalité de l'auteur, il est à remarquer que parmi les auteurs cités nommément dans les textes étudiés, des noms reviennent régulièrement. Cela peut s'expliquer par la réputation de l'auteur, dont le prestige académique ou historique peut être utilisé par les auteurs contemporains afin de nourrir leurs argumentaires ; cette aura joue un rôle dans le succès de Savigny, mais aussi dans la citation d'auteurs récemment décédés, tels que Portalis¹¹⁹⁸. Il faut également prendre en compte l'accessibilité de l'auteur, dont on sait que certains, notamment Bentham, correspondent volontiers avec leurs confrères partout en Europe. Cette accessibilité accorde une légitimité supplémentaire aux auteurs qui les citent : elle donne à leur propos une validation directe par une autorité. Si ces facteurs sont à prendre en compte, ils restent incertains, et se basent sur des observations empiriques ; il ne s'agit que d'un faisceau d'éléments tendant à favoriser – ou non – le succès d'une œuvre de littérature juridique.

Cependant, pour ce qui est de la pensée juridique de l'Europe libérée dans son rapport aux codes

¹¹⁹⁷ L. GUERLAIN, *Droit et société au XIXe siècle. Les leplaysiens et les sources du droit (1881-1914)*, Th. de droit, Université Montesquieu-Bordeaux IV, 2011, p. 187 à 188.

¹¹⁹⁸ S. SOLEIL, *Aux origines de l'opposition...*, *op. cit.*, p. 207, p. 213.

français, une double dynamique est observable. D'une part, la France paraît en retrait dans les échanges entre auteurs européens. On pourrait s'attendre à ce que les auteurs français de la Restauration, parce qu'ils sont français et qu'ils écrivent en français sur les codes français, soient un centre de gravité de la pensée juridique européenne. Il n'en est rien. Des Français contemporains sont parfois mentionnés dans la littérature juridique de l'époque, mais les références à leurs travaux restent timides¹¹⁹⁹. Le souvenir de la transposition forcée des codes français a sans doute joué un rôle majeur dans cette retenue. D'autre part, le réseau doctrinal se présente comme une galaxie d'étoiles isolées, de tailles diverses, dont certaines sont plus lumineuses que leurs voisines : les rares succès à l'échelle européenne constituent des sources d'attraction et d'inspiration pour les auteurs des pays libérés. Ces auteurs, par leur réputation et leur approche de la codification française, s'imposent comme les *voix* de la circulation de la pensée juridique en Europe (Section 1). C'est autour de ces auteurs renommés que gravitent les initiatives individuelles de citation, de rencontre, de correspondance, de recension, de traduction, en somme, les *voies* de la circulation de la pensée juridique (Section 2).

Section 1. Les voies de la circulation de la pensée face au modèle français de codification

Dans sa thèse, Nader Hakim explore les courants de la doctrine civiliste française au XIX^e siècle. Il interroge plus largement l'autorité de la doctrine au sein du paysage juridique, son rôle social, sa requalification en source du droit, et son héritage jusqu'à nos jours. Il ne s'agit certes pas d'une étude comparative de notoriétés individuelles et de succès éditoriaux ; néanmoins dans ses conclusions, en parlant de la doctrine en tant qu'ensemble, Nader Hakim mentionne que « l'autorité nécessite la reconnaissance d'un prestige et d'une confiance »¹²⁰⁰. Il nous semble que ces deux facteurs jouent à plein dans la reconnaissance – ou non – d'une voix doctrinale supérieure aux autres : les auteurs sur lesquels nous souhaitons nous attarder ici cumulent à la fois le prestige des pontes et la confiance due à une longue et remarquable

¹¹⁹⁹ Une illustration de la défiance des auteurs européens envers les auteurs français nous vient de Savigny lui-même. Le pont allemand est admiré par la jeune école historique française, portée par Laboulaye et Lermnier (cf. *supra*) ; le premier s'attache à traduire les œuvres de Savigny, quand le second lui écrit des lettres passionnées. Celles-ci resteront sans réponse. À ce sujet, voir O. MOTTE, *Savigny et la France*, Paris, éditions Peter Lang, 1983, p. 108 à 113.

¹²⁰⁰ N. HAKIM, *L'autorité de la doctrine civiliste française au XIX^e siècle*, Paris, LGDJ, 2002, p. 418.

carrière. Deux personnalités se détachent nettement dans la littérature juridique de l'époque lorsqu'il s'agit des codes français : l'œuvre de Savigny est rapidement récupérée par des auteurs en quête des racines de leur droit national (I) ; en face, Bentham s'impose comme un champion des partisans de la codification (II). Alors que la France est à l'origine de l'un des principaux modèles discutés, on ne trouve pas d'auteur français contemporain au rayonnement égal à celui de Savigny ou de Bentham dans la littérature juridique des pays libérés. Cependant, les auteurs européens louent quelques figures doctrinales françaises ; parmi elles, Portalis. Quoique disparu, le rédacteur du Code civil trouve un écho dans la littérature juridique européenne (III).

I. « Señor Savigny », « Il Consigliere Savigny » : réception de la pensée Savignienne dans les pays libérés

Si la méthode de l'École historique est une aubaine pour la littérature juridique de l'époque, c'est probablement parce que le contexte européen lui sert de caisse de résonance. Dans les pays libérés, l'incertitude quant à la direction de l'ordre juridique va de pair avec la montée d'un sentiment national déclenché par l'occupation française. Certes, et quoiqu'elle ne représentât pas une discipline à part entière, l'histoire du droit national est étudiée aux siècles précédents par nombre de juristes européens, notamment au XVII^e¹²⁰¹. Bien avant 1814, la démarche historique se teinte d'une volonté politique : donner une identité au droit national¹²⁰², et donc assurer son indépendance vis-à-vis de systèmes concurrents. Cependant, l'histoire du droit gagne encore en importance au début du XIX^e, après une période de rayonnement des Lumières qui a remis en cause toutes les traditions de l'ancien régime. L'École historique permet de retrouver le lien entre sentiment national et histoire du droit. On assiste même à un

¹²⁰¹ « En Angleterre, Ranulf de Glanvill (*On the Laws and Customs in England*, c. 1187-1189), Henry de Bracton (*De Legibus et Consuetudines Anglie*, vers 1240, imprimé en 1569), John Fortescue (*De Laudibus Legum Angliae*, vers 1470, imprimé en 1567), Edward Coke (*Institutes of the Laws of England*, 1628-1644), Matthew Hale (*Analysis of the Civil Part of the Law*, avant 1676, imprimé en 1713), et enfin William Blackstone (*Commentaries on the Laws of England*, 1765-1769) [...]. En ce qui concerne la France, Gabriel Argou a écrit sa vaste *Institution au droit français* (1692 et imprimée jusqu'en 1788), avant laquelle Fleury a également écrit sous le même titre (vers 1670, imprimé seulement en 1858) et parallèlement à son *Histoire* de 1674 et son *Droit public* (vers 1678, imprimé en 1769). Des synthèses globales pour des domaines plus spécialisés ont d'abord été réalisées en France par Louis Caron (*Pandectes ou Digeste du droit françois*, 1593 et plus souvent jusqu'en 1637) et Antoine Loisel (*Institutes coutumières ...*, 1605 et souvent jusqu'en 1846) [...]. Au Portugal, Melo Freire a écrit ses *Institutiones iuris civilis lusitani* de 1789, comme Fleury l'a fait en parallèle avec son *Histoire du droit* (*Historia iuris civilis lusitani*, 1788) » (J. RÜCKERT, « Die Erfindung nationaler Rechtsgeschichten in Europa », *Zeitschrift des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte*, n°26, 2018, p. 28 à 29).

¹²⁰² *Ibid.*

renforcement de ce lien, par la conception selon laquelle un droit national exclut tous les droits externes qui pourraient se mêler à lui. Joachim Rückert donne ainsi l'exemple de la notion de « droit mixte », mal vue notamment chez Eichhorn : « Il convient de noter, en ce qui concerne l'expression droit mixte, qu'elle est généralement utilisée de manière péjorative et idéologique dans le contexte d'un idéal de pureté du droit romain, anglais, allemand, etc. On ne se réjouit pas du métissage »¹²⁰³.

Ce tâtonnement sur les contours du droit national est symptomatique d'une période de transition : la totalité des pays d'Europe ne dispose pas encore d'un droit codifié, outil d'identification du droit national. Il n'y a pas encore « autant de systèmes juridiques que d'États-nations »¹²⁰⁴. Dans cette situation intermédiaire, et alors que les tractations entre puissances européennes rendent les frontières mouvantes, le droit devient le facteur principal d'union nationale. Lorsque Savigny se dit d'accord avec Thibaut quant à leur objectif – le bien-être de l'ensemble de la nation, il précise que cet objectif n'est pas atteignable par la codification, mais par « une science juridique organiquement progressiste qui pourrait être commune à l'ensemble de la nation »¹²⁰⁵. Cette idée est remarquée par Antonio Tomaselli quand il cite Giuliano Marini, traducteur de Savigny en Italie : la théorie juridique allemande est « le résultat d'un effort commun de ses juristes, avec un travail qui explore les traits généraux, constants, des rapports privés »¹²⁰⁶. Il faut également rappeler qu'avec la libération et la réception de l'École historique, l'intérêt pour le droit romain est attisé. D'abord parce que le droit romain est indissociable de l'histoire du droit : c'est une matière historique par essence ; ensuite parce que, comme nous l'avons précisé, l'École historique est surtout pandectiste¹²⁰⁷,

¹²⁰³ « Bei dem Ausdruck « Mischrecht » ist zu beachten, dass er meist pejorativ ideologisch verwendet wird vor dem Hintergrund eines Reinheitsideals von römisch, englisch, deutsch usw. Man freut sich nicht an Buntheit » (J. RÜCKERT, « Die Erfindung... », *op. cit.*, p. 29).

¹²⁰⁴ R. ZIMMERMANN, « L'héritage de Savigny. Histoire du droit, droit comparé, et émergence d'une science juridique européenne », *Revue internationale de droit économique*, t. XXVII, n°1, 2013, p. 100.

¹²⁰⁵ *Ibid.*, p. 98.

¹²⁰⁶ « [...] la teoria del diritto tedesca, come ebbe modo di sostenere G. Marini, rappresenta “il risultato di uno sforzo comune dei suoi giuristi, con un lavoro che scopre i lineamenti generali, costanti, dei rapporti privati” » (A. TOMASELLI, « La filosofia di Friedrich Carl von Savigny come acquisizione evolutiva », *Archivio Giuliano Marini* [en ligne], 2013, consulté le 22/05/2022, p. 5).

¹²⁰⁷ Sur l'exacerbation pandectiste de l'École historique et de la pensée savignienne, voir V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Paris, Dalloz, 2016, p. 82 à 84.

et Savigny reconnaît au *ius commune* un caractère européen¹²⁰⁸.

Ces facteurs – l’essor de la science historique du droit, la prise en compte de modèles concurrents et la nouvelle importance du droit romain – se retrouvent dans les cas concrets que nous entendons présenter. Au lendemain de la libération, si les auteurs de toute l’Allemagne entament une systématisation de pans entiers de leur ancien droit, les auteurs italiens et espagnols qui admirent Savigny et suivent sa voie le font de façon plus isolée ; ils concentrent leur travail sur la recherche de sources anciennes dans les archives des villes italiennes, espérant, grâce à ce travail documentaire, reconstituer le puzzle de leur histoire juridique. La plupart de ces juristes sont jeunes, en recherche de modèle, et plongent volontiers dans les profondeurs de leur histoire nationale. Dans les États italiens, c’est l’occasion d’une renaissance de l’archéologie documentaire (A) ; en Espagne, l’école historique est un moyen de revenir aux sources des droits régionaux (B).

A) L’approche archéologique des États italiens

Même si l’historiographie du XX^e siècle est assez lacunaire s’agissant de l’influence savignienne sur la codification pré-unitaire¹²⁰⁹, elle s’accorde sur le fait que la réception de Savigny au début du XIX^e n’a été que parcellaire et superficielle en Italie¹²¹⁰. Cela n’est pas

¹²⁰⁸ R. ZIMMERMANN, « L’héritage de Savigny. Histoire du droit, droit comparé, et émergence d’une science juridique européenne », *Revue internationale de droit économique*, t. XXVII, n°1, 2013, p. 99 à 100.

¹²⁰⁹ « L’influenza e l’impatto del pensiero savigniano e delle teorie della scuola storica del diritto nel dibattito sulla codificazione negli stati italiani preunitari non sono stati fino ad oggi oggetto di una specifica riflessione storiografica [L’influence et l’impact de la pensée savignienne et des théories de l’École historique du droit sur le débat sur la codification des États italiens pré-unitaires n’ont pas été, jusqu’à aujourd’hui, l’objet d’une réflexion historiographique spécifique] » (F. RANIERI, « Savigny e il dibattito italiano sulla codificazione nell’età del Risorgimento. Alcune prospettive di ricerca », *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n°9, 1980, p. 357).

¹²¹⁰ « In letteratura pare prevalente la convinzione che di una influenza vera e propria in Italia della critica savigniana contro codici e codificazione non si possa parlare. Già più di trent’anni or sono uno dei più autorevoli esponenti tra gli storici del diritto nel mondo giuridico italiano "parziale e in complesso poco profonda", sia "per la tenace resistenza delle idee derivanti dal razionalismo e dal giusnaturalismo francese" sia per il prevalere delle tendenze codicistiche in Italia, mentre "l’indirizzo del Savigny si identificava ormai con l’opposizione al diritto codificato". [...] les tesi del fondatore della scuola storica sarebbero state come tali comprensibili solo nel contesto di un’analisi della realtà tedesca del tempo, e non avrebbero quindi lasciato spazio per una recezione culturale in un ambiente giuridico, in cui le critiche contro l’ordinamento giuridico e amministrativo francese erano state ed erano assai meno accese. [Dans la littérature, la conviction semble prévaloir qu’il n’y a pas de réelle influence en Italie de la critique savignienne contre les codes et la codification. Il y a plus de trente ans, l’un des représentants

étonnant : dans une littérature juridique italienne qui, en majorité, reste attachée à l'idée de codification malgré l'expérience française, comment relayer l'École historique allemande, tête de proue de la résistance anti-française, symbole du rejet de la mode codificatrice ? Pourtant, il y a bien eu une réception de la théorie savignienne dans les États italiens. Cette réception est permise par la rupture que représente la fin de l'occupation française : s'il existe une continuité doctrinale en Europe via la persistance des idées des Lumières, l'arrivée des codes napoléoniens rebat les cartes du paysage doctrinal. Les juristes cherchent des arguments précisément taillés pour leurs nouvelles controverses. Or la période transitoire autour du Congrès de Vienne porte un coup à la littérature juridique des États italiens, qui perd beaucoup de son prestige et peine à se renouveler. Les universités sont « affaiblies, économiquement et culturellement pauvres »¹²¹¹, soumises à une censure renforcée des monarchies restaurées. Les auteurs sont pour la plupart des professeurs déconnectés de la pratique juridique et du monde politique ; les quelques exceptions ne suffisent pas à construire une véritable culture juridique ; la littérature juridique italienne, encore imprégnée de la controverse romaine, ne constitue pas un vivier de propositions nouvelles pour les législateurs, comme cela peut être le cas en Allemagne¹²¹². En 1820, Pellegrino Rossi¹²¹³ commente le fossé entre ces savants romanistes et les praticiens. Il critique le manque de réalisme des premiers, et reproche aux seconds leur vision trop technique de la matière juridique¹²¹⁴.

les plus autorisés parmi les historiens du droit italien caractérisait déjà l'influence de l'école historique du droit dans le monde juridique italien comme "partielle et, dans l'ensemble, peu profonde", à la fois "à cause de la résistance tenace des idées dérivées du rationalisme et du naturalisme français" et à cause de la prévalence des tendances codificatrices en Italie, tandis que "la direction de Savigny s'identifiait désormais à l'opposition au droit codifié". [...] les thèses du fondateur de l'école historique n'auraient été compréhensibles en tant que telles que dans le cadre d'une analyse de la réalité allemande de l'époque, et n'auraient donc laissé aucune place à une réception culturelle dans un environnement juridique, dans lequel les critiques du système juridique et administratif français avaient été et étaient beaucoup moins vives] » (F. RANIERI, « Savigny e il dibattito... », *op.cit.*, p. 357 à 358).

¹²¹¹ L. LACCHÈ, « Il Canone eclettico. Alla ricerca di uno strato profondo della cultura giuridica italiana dell'Ottocento », *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n°39, 2010, p. 163.

¹²¹² *Ibid.*

¹²¹³ Pellegrino Luigi Edoardo Rossi (1787 à Carrare – 1848 à Rome) est un économiste, juriste et homme politique originaire du duché de Modène. Après des études de droit brillantes à Pise puis à Bologne, il débute une carrière d'avocat en 1808. Il devient rapidement secrétaire du Procureur général, puis professeur d'institutions civiles à Bologne. En 1814, il débute une collaboration avec Joachim Murat, alors roi de Naples. Cela lui vaut de s'exiler en Suisse en 1820. En 1833, Rossi quitte la Suisse pour la France où il enseigne jusqu'à la révolution de juillet qui le fait rentrer en Italie. Pie IX le nomme ministre de l'Intérieur et de la Police à Rome ; libéral et modéré, il essaie de laïciser le domaine public en s'inspirant du modèle français. Sa position engendre l'hostilité tant des réactionnaires que des démocrates. Il meurt assassiné en 1848. À ce sujet, voir L. LACCHÈ, « Rossi, Pellegrino Luigi Edoardo », *Dizionario Biografico degli Italiani* [en ligne], vol. 88, 2017, consulté le 22/05/2022.

¹²¹⁴ P. ROSSI, « De l'étude du droit dans ses rapports avec la civilisation et l'état actuel de la science », *Mélanges d'économie politique, d'histoire et de philosophie*, vol. 2, 1857, p. 293.

Ce constat est fait par Savigny lui-même lorsque dans les années 1820, il visite l'Italie en personne ; il regrette alors le manque d'éclat de la doctrine italienne dans son ensemble, malgré la présence de véritables talents¹²¹⁵. La doctrine Savignienne traverse les Alpes dès cette période. Encore plongés dans le tumulte des restaurations, des juristes en quête de sens découvrent non seulement le *Vom Beruf*, mais aussi les écrits programmatiques qui ont suivi, dans lesquels Savigny détaille davantage sa théorie¹²¹⁶. L'École historique apparaît comme une voie nouvelle pour la science juridique, à tel point que les Italiens nouent rapidement des liens avec le pont allemand. C'est dans ces liens qu'apparaît une explication à la réception paradoxale de la doctrine savignienne en Italie. Comment l'École historique du droit a-t-elle été reçue dans les États italiens, et par qui ? Ces deux pans du phénomène s'illustrent dans l'œuvre de Rossi lui-même, lorsqu'il loue les bienfaits de l'École historique allemande :

« Il est [...] évident que cette école a ses principes et son système, et que les recherches historiques sont pour elle le moyen plutôt que le but. Mais par l'emploi de ce moyen, elle a sauvé du naufrage, qui les menaçait, l'érudition et la critique ; elle leur a donné un nouvel essor ; enfin, elle nous a rendu les services les plus éminents pour l'étude de l'ancienne jurisprudence. Grâce soient rendues aux Moser, aux Hugo, aux Savigny, aux Niebuhr aux Eichhorn, aux Haubold, aux Goschen ! [...] Qui pourrait leur refuser le mérite d'avoir porté dans le chaos de la vieille érudition, le flambeau de la critique et du raisonnement, d'avoir non seulement déterré de nouveaux débris de l'antiquité, mais de les avoir réunis de manière à représenter le tout dont ils faisaient partie ? Que de progrès dans l'étude de l'histoire de Rome et de sa jurisprudence, de l'histoire et du droit du moyen âge, depuis qu'ils ont dissipé une foule d'erreur, dès longtemps regardées comme des axiomes, et nous ont appris à saisir les liens historiques qui rattachaient les unes aux autres diverses institutions en apparence incohérentes et inexplicables ! »¹²¹⁷

¹²¹⁵ L. LACCHÈ, « Il Canone... », *op. cit.*, p. 162.

¹²¹⁶ « [...] On qualifie ainsi depuis un siècle dans la littérature relative à Savigny la poignée d'écrits de circonstances publiés entre 1814 et 1816 et comprenant principalement quatre textes : 1°) le *Vom Beruf* de 1814 ; 2°) l'article introductif du premier volume de la Revue pour une science historique du droit de 1815 précisément intitulé « De l'objectif de cette revue » (« *Über den Zweck dieser Zeitschrift* ») ; 3°) la recension polémique du livre de son collègue de Landshut Nikoläus Thaddäus Gönner (1764-1827), *De la législation et de la science du droit en notre temps (Über Gesetzgebung und Rechtswissenschaft in unserer Zeit)* de 1815, publiée dans le même volume de cette revue en 1815 ; enfin 4°) l'étude-recension « *Opinions pour et contre de nouveaux Codes* » (« *Stimmen für und wider neue Gesetzbücher* »), publiée dans le troisième volume de la même revue en 1816 » (A. DUFOUR, « Pour ou contre de nouveaux Codes. Autour d'un des écrits programmatiques les plus négligés de Savigny », *Annuaire de l'Institut Michel Villey*, vol. 1, 2009, p. 77 à 78).

¹²¹⁷ P. ROSSI, « De l'étude du droit... », *op. cit.*, p. 312.

Le début de l'extrait permet de comprendre que les Italiens voient l'École allemande comme une opportunité pour avancer dans la recherche historique au sein de leurs propres pays. Les perspectives en matière de redécouverte du droit romain ont participé à cette réception, qui serait donc davantage technique qu'idéologique : les juristes italiens s'intéressent tout particulièrement à la méthode savignienne, plus qu'à l'objectif poursuivi par cette méthode. Il s'agit d'une approche que l'on pourrait retrouver en sciences exactes : la mise en œuvre des moyens spécifiques, d'un protocole de recherche en quelque sorte, afin de recouper le plus de sources possibles. Quelle que soit la représentation du droit ancien que donneront ces sources, il est supposé que plus elles seront nombreuses, et plus la représentation sera historiquement juste. Dans cette configuration, le but compte moins que les moyens. Cela peut permettre de comprendre pourquoi l'historiographie italienne du XX^e siècle peine à trouver une réception de la doctrine savignienne dans la péninsule. Rossi appelle d'ailleurs ses lecteurs à laisser de côté l'« opinion fondamentale » de l'École historique et « le motif de leurs travaux », pour n'en « considérer que les résultats »¹²¹⁸ : la découverte d'une abondance de sources précieuses pour la littérature juridique italienne.

En effet, celle-ci cherche de quoi nourrir le patrimoine juridique national : les codes français ont été abolis dans leur grande majorité, et les nouveaux codes censés les remplacer doivent refléter l'identité du pays. Ainsi, la notion de *Volksgeist*, plus qu'une finalité, devient une piste de recherche pour la littérature juridique italienne. Où l'esprit des peuples de la péninsule réside-t-il ? Le droit romain apparaît comme une réponse évidente. Les années post-napoléoniennes dans les États italiens voient donc émerger un réseau actif d'archéologues des sources, des jeunes chercheurs qui exhument des fragments de textes romains afin de dresser le portrait le plus précis possible de leur passé juridique. Il est probable qu'ils y soient encouragés par les pandectistes allemands eux-mêmes, comme nous le verrons par la suite.

Le développement de l'archéologie documentaire est plus important dans le Royaume de Sardaigne : exceptée la Ligurie qui conserve provisoirement les codes napoléoniens, le Piémont et la Sardaigne cherchent des alternatives et commencent à réfléchir à une nouvelle législation. Un nouveau Code civil pour ces territoires est promulgué par Charles Albert en 1837, mais dans les années 1820, les historiens s'attachent à exhumer leur ancien droit. Des fragments du Code

¹²¹⁸ P. ROSSI, « De l'étude du droit... », *op.cit.*, p. 312.

Théodosien sont ainsi retrouvés par un duo de chercheurs allemand et italien : Amedeo Peyron et Walter Friedrich Clossius¹²¹⁹. Or nous savons que Clossius a été poussé dans ses recherches documentaires par un disciple loyal de Savigny et Hugo, Eduard Schrader¹²²⁰, qui tout en prônant l'organicisme juridique, insiste sur le fait que l'État a un rôle à jouer dans l'élaboration de la législation ; simplement, ce rôle est encore à préciser car il est soit insuffisant, soit excessif. Dans ce domaine, toujours selon Schrader, les Romains doivent être vus comme un modèle : ils légiféraient peu pour créer du droit, mais ils contrôlaient et harmonisaient chaque année l'évolution du droit par des édits. Pour les États italiens qui doivent choisir un modèle de législation et d'administration après le modèle français, il s'agit d'une piste parmi d'autres¹²²¹. Surtout, Schrader insiste sur l'importance des recherches bibliographiques, garantes d'une doctrine assainie qui permettrait à l'État d'avoir une vision claire de son droit. En effet, la faiblesse de la doctrine juridique lorsqu'il s'agit d'élaborer un code nouveau découle d'une lacune originelle de la science juridique, qui n'a pas su organiser son droit ancien afin de fournir des bases solides aux générations futures¹²²².

Ce souci d'éveiller la jeune population à la connaissance de l'histoire est partagé par les auteurs italiens. Il est possible de mentionner en ce sens Giuseppe Baraldi, professeur à l'université Estense de Modène¹²²³. Ce dernier publie, en 1846, le *Compendio storico della città e provincia di Modena dai tempi della Romana Repubblica*¹²²⁴. Si l'ouvrage peut sembler tardif

¹²¹⁹ L. MOSCATI, « Savigny in Italia », *op. cit.*, p. 62.

¹²²⁰ Heinrich Eduard Schrader (1779 à Hildesheim – 1860 à Tübingen) obtient son doctorat de droit en 1804 à l'université de Göttingen, où il est notamment élève de Hugo. Il occupe plusieurs postes de professeur (à Helmstedt, à Marbourg) et finit sa carrière à Tübingen. Il ne laisse pas derrière lui d'œuvre majeure ; son principal projet, une édition du *Corpus iuris civilis* comprenant l'intégralité des textes retrouvés à son époque, ne sera jamais achevé. À ce sujet, voir E. LANDSBERG, « Schrader, Heinrich Siegfried von », *Allgemeine Deutsche Biographie* [en ligne], vol. 32, 1891, consulté le 22/05/2022.

¹²²¹ Schrader exprime d'ailleurs cette idée en publiant en 1815 *Die prätorischen Edikte der Römer auf unsere Verhältnisse übertragen – en Hauptmittel unser Recht allmählich gut und volkmässig zu bilden (Les Édits du préteur des Romains transposés aux conditions de notre temps – un moyen capital pour bien former progressivement notre droit sur une base populaire)*, qui est commenté par Savigny : parmi les travaux aboutissant aux mêmes conclusions que celles du *Vom Beruf*, celui-ci est « de loin le plus riche en idées originales et nouvelles » (F. C. VON SAVIGNY, « Stimmen für und wider neue Gesetzbücher », *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, vol. 3, 1817, p. 37).

¹²²² *Ibid.*, p. 49 à 52. Traduit par A. Dufour dans F. C. VON SAVIGNY, *De la vocation de notre temps...*, *op.cit.*, p. 215 à 216.

¹²²³ « [...] il bibliotecario dell'Estense di Modena Giuseppe Baraldi, il socio dell'Accademia di Lucca Michele Bertini, l'antichista Angelo Mai, lo storico Tommaso Tonelli » (*Ibid.*, p. 61).

¹²²⁴ G. BARALDI, *Compendio Storico della città e provincia di Modena dai tempi della Romana Repubblica sino al MDCCXVI*, Modène, 1846.

par rapport aux premiers contacts avec Savigny, son introduction permet de remarquer qu'il s'agit d'une compilation de chapitres fournis à l'origine par Baraldi pour accompagner les *Almanacchi della Reggia Corte*, sorte de recueils annuels des événements et des dates majeures qui se sont déroulés dans le Duché de Modène et Reggio. Les recueils sont en général distribués de façon large aux populations locales ; or leur publication a débuté en 1815¹²²⁵. Baraldi semble avoir compris que l'approche historique doit être vue comme une clé pour construire l'avenir du pays ; la note de l'éditeur relaie cette position. Dès l'entrée de l'ouvrage, il est expliqué que cette compilation est motivée par l'envie d'intéresser les jeunes générations à l'étude historique :

« Le nom de l'écrivain [Baraldi] suffit à lui seul pour en recommander la lecture aux jeunes amoureux des choses de notre pays, sans qu'il soit nécessaire d'en chanter les louanges : car si ce livret, en raison de sa petite taille, est jugé insuffisant pour faire connaître pleinement l'histoire de Modène, il servira au moins d'introduction pour ceux qui voudraient mieux en étendre leur connaissance »¹²²⁶.

C'est probablement ce qui a été le mieux retenu du *Vom Beruf* et des écrits programmatiques savigniens dans le reste de l'Europe : l'historicisme, la recherche documentaire pour le nourrir, et son insertion dans une réflexion plus générale sur l'avenir du droit. Preuve que la méthode est privilégiée par rapport au but, la reprise des arguments de l'École historique aboutit parfois, chez les auteurs italiens, à des résultats contraires aux opinions savigniennes. Une dizaine d'années plus tard, Federigo Sclopis¹²²⁷, considéré pourtant comme le principal représentant

¹²²⁵ « Ei fu distribuito in diversi Capitoli destinati a correggere gli Almanacchi della R. Corte, che dal 1815, in appresso si andarono annualmente pubblicando » (G. BARALDI, *Compendio...*, *op cit.*, p. 3).

¹²²⁶ « Il nome del [...] Scrittore [...] è bastevole per solo a raccomandarne la lettura ai giovani amatori delle cose patrie, senza che sia d'uopo di tesserne verun elogio : chè se questo libercolo, per la picciolezza della sua mole, sia riputato insufficiente a renderli pienamente edotti nella Storia modenese, servirà almeno d'introduzione per chi amasse di maggiormente estendere le proprie cognizioni intorno alla medesima ». (*Ibid.*, p. 3 à 4).

¹²²⁷ Federigo Sclopis di Salerano (Turin, 1798 – même ville, 1878) est agrégé avec les honneurs par le Collège des docteurs de la faculté de droit de Turin et devient magistrat en 1822. En 1828, à peine trentenaire, il est reçu comme membre de l'Académie des Sciences de Turin. En 1831, il prend part à la commission pour la rédaction d'un code civil. Les travaux, pourtant prioritaires, s'enlisent au fil des mois dans des conflits divers. Historien du droit renommé, il publie à partir de 1840 la *Storia della legislazione italiana* ; le dernier des trois volumes couvre la période comprise entre « la terrible Révolution française » et « le temps présent ». La série connaît un grand succès public et universitaire. L'historiographie considère cette œuvre comme précurseur de l'histoire du droit italien moderne, notamment en ce qu'elle s'impose de prendre comme base des sources bibliographiques de l'époque pour en tirer des observations historiques. Sclopis préside jusqu'à sa mort l'entité qu'il a créée : la *Deputazione di Storia Patria*. À ce sujet, voir G. S. PENE VIDARI, « Sclopis, Federigo, conte di Salerano », *Dizionario Biografico degli Italiani* [en ligne], vol. 91, 2018, consulté le 22/05/2022.

de l'École historique en Italie¹²²⁸ – il entretient d'ailleurs une relation épistolaire avec Savigny – utilise les méthodes de l'École pour contredire directement son fondateur. Certes, une science juridique forte est nécessaire pour songer à codifier ; mais Sclopis considère que cette science existe déjà :

« [...] la proposition que nous lisons dans le pamphlet de Savigny, c'est-à-dire, que pour prévenir les maux qu'il prévoyait advenir du fait du code français, on pouvait prendre deux voies ; soit considérer le code comme une simple institution de droit civil, et y ajouter un second ouvrage plus étendu et plus détaillé, qui ressemblerait aux Pandectes romains et au code Justinien ; soit réduire les lois nouvelles, communes à toutes les provinces d'un État, à quelques chapitres, et laisser subsister les anciennes règles ou coutumes dans la plupart des cas – l'application de cette proposition n'aurait pas été heureuse. Nous avons déjà parlé des inconvénients qui résulteraient de cette seconde méthode, et nous croyons qu'ils sont tels qu'ils doivent être évités par quiconque a quelque pratique de la jurisprudence et des affaires publiques. Nous pensons, en effet, que par elle, la loi serait transformée en l'arbitraire des juges à l'ombre de préceptes anciens et inutilisés. Quant à l'idée de réduire le code au rôle des Institutes et de le coupler ensuite à une collection extensive à la manière du Digeste, nous affirmons indubitablement qu'elle serait destructrice de tout progrès réel de la législation. La compilation Justinienne ne peut être donnée en exemple, car les circonstances, à l'époque, étaient différentes. Tribonien commença l'œuvre d'une véritable codification, mais il ne put s'écarter tout de suite de l'usage antique, et choisissant, abrégeant, ordonnant les sentences des plus célèbres juristes romains, les rescrits et les lettres des empereurs, il avança l'idée, mais encore imparfaite et décousue, d'une législation générale. De nos jours, la science a fait de tels progrès que la nécessité d'une loi complète, facile à comprendre et sûre à appliquer, est devenue plus claire »¹²²⁹.

¹²²⁸ L. MOSCATI, « Savigny e l'Italia : vent'anni dopo », *Civitas e civitas. Studi in onore di Francesco Guizzi*, vol. II, 2013, p. 566.

¹²²⁹ « [...] non sarebbe stata troppo felice la riuscita della proposta, che si legge nell'opuscolo del Savigny, vale a dire, che per prevenire i mali ch'egli prevedeva scaturir dovessero dal codice francese, si potessero tener due vie ; cioè, o considerare quel codice unicamente a guisa d'istituzione di diritto civile, ed aggiungervi una seconda opera più estesa e particolareggiata che s'assomiglierebbe alle Pandecte romane ed al codice Giustiniano; ovvero restringere a pochi capi le leggi nuove, comuni a tutte le province d'uno stato, e lasciare che le antiche norme o consuetudini tengano il campo nella maggior parte dei casi. Degli inconvenienti, che sorgerebbero da questo secondo metodo, si è già di sopra fatto parola, e noi crediamo essere tali, che debbano allontanare dall'accoglierlo chiunque ha qualche pratica della giurisprudenza e delle faccende pubbliche. Anzi noi pensiamo, che per esso la legge si trasformerebbe in arbitrio dei giudici sotto l'ombra di vecchi e disusati precelli. Riguardo all'idea di ridur il codice a far le veci d'istituzioni ed accoppiargli poscia un'estesa una collezione a guisa del digesto, non dubitiamo d'asserire, che essa sarebbe distruttiva d'ogni vero progresso in fatto di legislazione. L'esempio della collezione Giustiniana non si può addurre, mentre le circostanze de' tempi sono diverse. Triboniano cominciò l'opera di vera codificazione, ma non poté scostarsi a un tratto dall'uso antico, e scegliendo, accorciando, ordinando le sentenze de' più celebri giureconsulti romani ed i rescritti e le lettere degli imperadori, porse l'idea, ma ancora imperfetta e sconnessa, di una generale legislazione. A' giorni nostri si è la scienza migliorata di tanto,

Et c'est ainsi qu'en suivant la voie tracée par la doctrine savignienne, pratiquée par ses disciples au sein même des États italiens, Sclopis arrive à une conclusion qui n'est pas sans rappeler le plaidoyer de Thibaut vingt ans auparavant :

« Il est donc nécessaire que le droit soit réduit aux principes généraux et à leurs spécialités relatives ; qu'il contienne des règles pour pratiquement tous les cas sans les exprimer en détail. Et ce but ne peut pas être atteint au moyen d'un Digeste à mille facettes, mais seulement au moyen d'un code précis, qui éclaire et guide dans les différentes voies de la jurisprudence. La jurisprudence, donc, en se conformant aux principes du code, et en les appliquant aux cas non exprimés, selon les règles de la raison naturelle, remplira les parties qui n'ont pas été prévues. Les travaux savants des jurisconsultes serviront à lever les doutes, à régler les interprétations, à maintenir l'esprit du droit positif écrit. Il en a été de même dans les pays où, lors de l'apparition des codes, on a craint que l'expression stricte de la loi n'empêche la doctrine de se développer au profit de la législation civile. Un code civil bien composé et adapté à la civilisation actuelle deviendra donc un élément de tranquillité, de sécurité et de prospérité commune, car c'est un principe reconnu par tous les hommes d'État les plus sages que sans une législation claire, il ne peut y avoir de véritable ordre public, seule source de bonheur durable »¹²³⁰.

L'École historique allemande a donc été intériorisée par certains auteurs italiens, qui ont réussi, par une lecture méthodologique et pratique de la doctrine savignienne, à la mettre au diapason de leurs préoccupations : l'approche historique du droit ne doit pas empêcher la codification ; au contraire, elle peut servir à l'élaboration d'un modèle nouveau, qui prendrait en compte les particularismes nationaux. Cette approche est également observable en Espagne.

quanto si è più chiarita la necessità di una legge compiuta, facile ad intendersi, e sicura nell applicarsi » (F. SCLOPIS, *Della legislazione civile : discorsi*, Bocca, 1835, p. 197 à 198).

¹²³⁰ « Convien pertanto che la legge sia ridotta a' principii generali ed alle loro specialità relative; che virtualmente contenga norma per tutti i casi senza esprimerla partitamente. E tale scopo non si può aggiungere con un digesto multiforme, ma solamente con un codice preciso, che dia lume e scorta ne' vari sentieri della giurisprudenza. La giurisprudenza poi, conformandosi a' principii del codice, ed applicandoli ai casi non espressi, secondo le regole della ragion naturale, adempierà quelle parti che non si sono polute prevedere. Le dotte fatiche de' giureconsulti varranno a togliere i dubbi, a reggere le interpretazioni, a mantenere lo spirito del diritto positivo scritto. Così è avvenuto anche ne' paesi dove all' apparire dei codici si temeva, che la stretta espressione della legge impedisse alla dottrina lo svolgersi a beneficio della civile legislazione. Un codice civile ben composto ed adatto alla civiltà presente diverrà pertanto un elemento di tranquillità, di sicurezza e di comune prosperità, poichè è principio riconosciuto da tutti i più savi statisti, che senza una esatta legalità non può esistere un vero ordine pubblico, unica sorgente di una felicità durevole » (F. SCLOPIS, *Della legislazione...*, *op. cit.*, p. 198 à 200).

B) Les germes d'une École historique espagnole

Si l'on a pu observer que les États italiens reçoivent l'École historique à leur façon, c'est également le cas en Espagne. La littérature juridique espagnole après la Guerre d'Indépendance est dans une situation plus délicate encore que la littérature italienne : les évolutions politiques du pays empêchent, de fait, le développement d'une production doctrinale originale. La Constitution de Cadix prévoit en 1812 de parachever l'unité juridique du pays, au sein duquel existent toujours des juridictions seigneuriales et des droit régionaux spécifiques, les *derechos forales*¹²³¹. Mais à son retour d'exil, Ferdinand VII abroge le texte. C'est durant le triennat libéral, de 1820 à 1823, que l'on note une première occurrence du nom de Savigny dans la doctrine espagnole.

En 1820, la revue *El Censor*¹²³² publie une recension anonyme du *Vom Beruf*¹²³³. Il est possible d'y reconnaître l'approche de la littérature juridique espagnole pré-napoléonienne, plus mesurée et en retrait que la littérature italienne. Cette habitude de peser le pour et le contre de chaque position se retrouvait déjà dans la controverse sur le droit romain, comme dans la réception des Lumières. Au début de l'article, l'auteur émet une opinion d'ensemble au sujet des codes : ces œuvres juridiques ont été élaborées pour des raisons louables, et si elles ont des défauts, elles ne demandent qu'à être perfectionnées. Dans cette perspective, la doctrine devrait avoir un rôle à part entière en tant qu'interlocuteur et guide du législateur. Cela l'amène à exprimer son avis au sujet de l'École historique allemande, qui lui semble à contre-courant de ce mouvement européen :

« [...] des codes de droit nationaux ont été promulgués ou préparés dans de nombreux États d'Europe. Et comme cette réforme générale des lois civiles et criminelles s'effectue, non seulement

¹²³¹ J. J. DE LOS MOZOS TOUYA, « L'influence de l'École historique dans la codification du droit civil espagnol au XIX^e siècle », *Revue historique de droit français et étranger*, vol. 93, n^o3, juillet-septembre 2015, p. 361 à 362.

¹²³² *El Censor* est imprimé à Madrid. Il paraît de façon hebdomadaire entre 1820 et 1822. Son existence est rendue possible par le triennat libéral ; en effet, toute son équipe de rédaction est composée d'*afrancesados* libéraux et modérés. D'une grande qualité, elle acquiert un prestige culturel certain à son époque. Le parti pris d'*El Censor* est de calmer les ardeurs des libéraux trop exaltés, en défendant des positions éclairées et néo-classiques. Certains de ses articles sont des attaques féroces contre l'Ancien Régime. À ce sujet, voir F. SÁNCHEZ-BLANCO, *El Censor. Un periódico contra el Antiguo Régimen*, Séville, Ediciones Alfar, 2016.

¹²³³ ANONYME, « De la vocacion de nuestro siglo á la legislacion, y á la ciencia del Derecho, por F. C. de Savigny [sic], profesor de Derecho en la Universidad de Berlin, etc. », *El Censor : periódico político y literario*, vol. 2, 1820, p. 67 à 79.

dans les pays qui ont fait des révolutions, mais encore dans ceux qui sont loin de modifier leurs institutions politiques, il y a lieu de croire que ce n'est pas un simple désir d'innovation, mais un véritable amour du bien public qui a poussé tant de gouvernements éclairés à entreprendre ces grandes œuvres législatives, destinées à témoigner des progrès de la civilisation européenne et à la défendre longtemps contre les empiétements de l'obscurantisme. Il était facile de prévoir que les nouveaux codes auraient des imperfections et des lacunes, parce que la sagesse humaine est limitée : et ainsi l'objet des sages méditations des jurisconsultes devait être, à notre avis, de s'associer en quelque sorte à l'œuvre du législateur, en indiquant les moyens d'élever les nouvelles lois au degré de perfection auquel peuvent arriver les produits de l'entendement humain ; mais en Allemagne les idées ont pris une direction si différente, qu'on commence à douter de l'utilité des codes de lois nationales »¹²³⁴.

Quelques pages plus loin, après un résumé de l'état des doctrines européennes tel qu'il est présenté dans le *Vom Beruf*, l'article fournit une définition de cette « nouvelle école historique »¹²³⁵ : il s'agirait « d'une réunion de savants allemands qui se sont proposés d'étudier à fond le droit romain, dans l'espoir de le connaître parfaitement, en retraçant l'histoire de toutes les modifications qu'il a subies »¹²³⁶. Cette définition est révélatrice : la perception de l'École historique allemande semble limitée à une vision strictement romaniste. N'y apparaissent pas d'autres caractéristiques que l'on penserait étroitement liées à l'École, telles que la « conscience commune du peuple »¹²³⁷ comme matrice du droit, l'introspection de la science juridique, ou encore la vocation de cette science juridique à jouer un rôle actif dans l'avenir juridique national. La pensée savignienne n'est pas non plus caractérisée par son objectif primaire de réaction : réaction à la codification, réaction à l'an historicisme, réaction

¹²³⁴ « [...] se han promulgado ó preparado códigos de leyes nacionales en muchos estados de Europa. Y como esta reforma general de las leyes civiles y criminales se ejecuta, no solo en los países que han experimentado revoluciones, sino tambien en los que estan muy lejos de modificar sus instituciones políticas, hay fundamento para creer que no es el mero deseo de innovar, sino un verdadero amor al bien público el que ha movido á tantos gobiernos ilustrados á emprender estas obras grandes de legislacion, destinadas á dar testimonio de los progresos de la civilizacion europea y defenderla por mucho tiempo contra las invasiones del obscurantismo. Facil era preveer que los nuevos códigos tendrian imperfecciones y vacíos, porque la sabiduría humana es limitada : y así el objeto de las sabias meditaciones de los jurisconsultos, debe ser, en nuestra opinion, asociarse en cierto modo á la obra del legislador, indicando los medios de elevar las nuevas leyes al grado de perfeccion á que pueden llegar los productos del entendimiento humano ; pero en Alemania han tomado las ideas una direccion tan diferente que se ha comenzado á dudar, si son útiles o no los códigos de leyes nacionales » (ANONYME, « De la vocacion... », *op. cit.*, p. 68).

¹²³⁵ *Ibid.*, p. 76.

¹²³⁶ « Esta es una reunion de sabios alemanes que se ha propuesto hacer un estudio profundo del derecho romano, con la esperanza de conocerle perfectamente, apurando la historia de todas las modificaciones que ha experimentado » (*Ibid.*).

¹²³⁷ F. C. VON SAVIGNY, *De la vocation de notre temps...*, *op. cit.*, p. 81 à 82.

aux idées rationalistes des Lumières et par extension au droit révolutionnaire.

Il serait possible d'expliquer cette limitation par un argument chronologique : en 1820, six ans à peine après la publication du *Vom Beruf*, les lecteurs européens de Savigny n'auraient pas encore le recul historiographique suffisant pour comprendre l'ampleur de sa proposition doctrinale. Cet argument est insuffisant si on compare la concision de la définition espagnole au texte de Pellegrino Rossi, rédigé la même année, qui tente de saisir les multiples facettes de l'École historique dans un portrait riche. Rossi précise d'ailleurs que l'école historique « ne se borne pas à de profondes recherches sur l'histoire et l'antiquité »¹²³⁸. L'argument temporel écarté, la question subsiste : pourquoi une telle simplification, au moment où la doctrine italienne semble saisir le potentiel de l'École historique et cherche à l'étudier ? Une fois de plus, la réponse est à chercher dans le contexte politique post-napoléonien. Nous avons mentionné précédemment ses effets négatifs sur les discussions autour des codes français ; mais l'état de délabrement de l'Espagne après la guerre et la sévérité de la Restauration absolutiste affaiblissent la production doctrinale de manière générale. De fait, on ne trouve pas, comme en Allemagne à la même période, d'ouvrages construisant une théorie juridique originale ; ce manque de proposition doctrinale explique pourquoi il n'y a pas non plus de controverses nouvelles : la secousse originelle qui pourrait provoquer une vague de réponses ne s'est pas produite. Mais si l'Espagne n'a pas eu son Thibaut et son Savigny immédiatement après sa libération, cela n'est pas seulement le résultat de la guerre et du retour de Ferdinand VII. La doctrine espagnole, comme nous avons pu le voir par l'exemple de Marina, témoigne d'une remarquable stabilité qui tend parfois à l'inertie ; les juristes espagnols ne parviennent pas à se positionner comme force de proposition initiale dans leur ordre juridique. Piégés dans un rôle d'éternels compilateurs, travaillant au sein d'universités appauvries (le contraste avec l'effervescence des universités allemandes est édifiant), les auteurs espagnols n'étaient sans doute pas armés pour débattre de la vocation de la science du droit, encore moins pour bâtir de nouvelles écoles de pensée juridique¹²³⁹.

Si la réaction espagnole à l'École historique n'a pas été aussi importante et précoce que dans les États italiens, il ne faut pas conclure à son absence : l'article anonyme n'est pas un rapport

¹²³⁸ P. ROSSI, « De l'étude du droit... », *op.cit.*..., p. 308 à 316.

¹²³⁹ J. J. DE LOS MOZOS TOUYA, « L'influence de l'École historique ... », *op.cit.*..., p. 364 à 365.

aveugle du contenu du *Vom Beruf*. L'auteur en présente certes un résumé, mais il lui oppose une critique organisée, confronte Savigny à sa propre contradiction, et laisse deviner sa propre position sur la question de la codification – position contraire à celle du pont allemand. Il nous a semblé opportun de traduire l'ensemble de cet argumentaire, afin d'en reproduire la structure :

« Dans de nombreux États allemands, dit M. Savigny lui-même, les procès sont interminables, et pour cette raison il est urgent que le législateur intervienne pour mettre fin à des abus devenus intolérables. Mais n'y a-t-il pas la même urgence à publier de nouveaux codes de droit civil ? L'ancien droit privé des Allemands se composait de deux parties distinctes [l'auteur présente les sources particulières puis les lois romaines en tant que source subsidiaire]. C'est en effet dans les compilations de Justinien que l'on trouve les matériaux les plus précieux, tant pour la législation que pour la science du droit. Mais sans méconnaître les lumières et le rare talent de Papinien, d'Ulpian et d'autres jurisconsultes de la période classique de la jurisprudence romaine, on peut penser que le droit romain, considéré comme un code de lois civiles, ne répond nullement aux besoins des peuples modernes.

1° Peut-on imaginer quelque chose de plus contraire au principe de la parfaite connaissance des lois par tous, que de faire usage de lois étrangères, écrites dans une langue morte, inconnue de la grande masse du peuple ?

2° Ces lois étrangères ont été faites pour d'autres temps, pour d'autres coutumes, pour d'autres rapports de famille, pour d'autres commerces, pour d'autres professions. "Les lois, dit avec raison Montesquieu, doivent être tellement adaptées au peuple pour lequel elles sont faites, que c'est un rare hasard si les lois d'une nation peuvent servir à une autre".

3° Depuis des siècles, des hommes laborieux, infatigables, doués d'une grande force d'application, se sont adonnés à l'étude du droit avec une ardeur incroyable ; et le droit romain, il faut l'avouer, n'est pas encore connu. La découverte d'un manuscrit bouleverse les idées du jurisconsulte ; et ce qui passait hier pour une vérité incontestable n'est plus aujourd'hui qu'une erreur plus ou moins spécieuse.

4° Enfin, y a-t-il une raison de remettre en vigueur le droit romain, alors que nous ne possédons même pas le texte authentique de cette législation étrangère ? La multitude des manuscrits de droit romain que nous connaissons diffèrent essentiellement les uns des autres ; le nombre des variantes est prodigieux, et l'on en découvre chaque jour de nouvelles ; de sorte que le sort d'une affaire dépend de la variante que le juge a cru bon d'adopter.

Ce point de fait étant bien établi, nous n'hésitons pas à affirmer que les gouvernements de l'Allemagne, qui ont publié jusqu'ici des codes de droit civil ou pénal, ont mérité la reconnaissance de toutes les nations. Ces grandes entreprises de législation, même lorsqu'elles sont menées avec médiocrité, sont un réel bien, ne serait-ce que parce qu'elles peuvent nous aider à sortir du chaos de l'ancienne jurisprudence.

Ainsi, nous dirons sans hésiter que M. Savigny a eu tort de considérer les imperfections des nouveaux codes comme une preuve décisive qu'il n'était pas encore temps de les promulguer. Il est

vrai aussi qu'il avait formé son opinion avant de se consacrer à l'examen critique des codes de la France, de l'Autriche et de la Prusse ; car il n'y a guère de chapitre de son œuvre où l'on ne voie les signes d'une forte antipathie pour les recueils généraux de lois positives. Il est persuadé qu'elles ne sont faites que dans les périodes de décadence, et qu'elles sont inutiles lorsque la science du droit fait des progrès. Voilà, en quelques mots, le système de M. Savigny. Sa théorie du droit coutumier est très ingénieuse. Mais où se trouve la vérité ? Selon ces mots de Montesquieu : "Les meilleures lois politiques, les meilleures lois civiles, sont le plus grand bien que les hommes puissent donner et recevoir" »¹²⁴⁰.

¹²⁴⁰ « En muchos estados de Alemania, dice el mismo señor Savigny, son interminables los pleytos, y por esta razon es urgente que el legislador intervenga para que cesen unos abusos que han venido á ser intolerables. Pero ¿no hay la misma urgencia en public nuevos códigos de leyes civiles ? El antiguo derecho privado de los alemanes se componia de dos partes distintas. Primera : el derecho particular de la nacion alemana, esto es, las costumbres germánicas, las ordenanzas de los príncipes, los estatutos locales, etc. Segunda : las leyes romanas, adoptadas como derecho subsidiario. El derecho propio de Alemania contiene indubitavelmente cierto número de disposiciones, cuya sabiduría ha recibido la sancion de los tiempos ; pero considerándole en su totalidad, ya no corresponde este derecho nacional con las necesidades de nuestro siglo : es un acinamiento confuso de disposiciones incoherentes, contradictorias, y de una diversidad tan grande, que por ella los pueblos que componen la confederacion germánica, vienen a ser extrangeros unos á otros. En las compilaciones de Justinian, se hallan á la verdad los materiales mas preciosos, sea para la legislacion, sea para la ciencia del derecho. Pero sin dejar de respetar las luces y el raro talento de Papiniano, de Ulpiano y otros jurisconsultos del tiempo clásico de la jurisprudencia romana, permítasenos creer que el derecho romano considerado como codigo de leyes civiles, no satisface de ningun modo á las necesidades de los pueblos modernos. 1° ¿Puede imaginarse cosa mas contradictoria al principio de que las leyes sean perfectamente conocidas de todos, que el servirse de leyes extrangeras, escritas en una lengua muerta, desconocida á la gran masa del pueblo ? 2° Estas leyes extrangeras se han hecho para otros tiempos, para otras costumbres, para otras relaciones de familia, de comercio, de profesiones. "Las leyes, dice con razon Montesquieu, deben ser tan apropiadas al pueblo para quien se han hecho, que por una rara casualidad puedan servir las de una nacion á otra". 3° Durante siglos enteros , se han entregado al estudio del derecho con un ardor increíble, hombres laboriosos, infatigables , dotados de mucha fuerza de aplicacion ; y el derecho romano, es menester confesarlo, está todavía por conocer. El descubrimiento de un manuscrito trastorna las ideas del jurisconsulto ; y lo que ayer se tenia por una verdad incontestable, ya no es hoy sino un error mas ó menos especioso. 4° En fin, ¿hay razon para dar fuerza de ley romano al derecho romano, cuando no poseemos ni aun el texto auténtico de esta legislacion extrantera ? La multitud de manuscritos que conocemos del derecho romano, se diferencian esencialmente unos de otros ; la suma de variantes es prodigiosa, y cada día se descubren algunas nuevas : de modo que la suerte de una causa depende de la variante que el juez ha creído conveniente adoptar. Una vez bien establecido este punto de hecho, no tenemos ningun reparo en afirmar que los gobiernos de Alemania que han publicado hasta ahora códigos de leyes civiles ó criminales, se han hecho acreedores á la gratitud de todas las naciones. Estas grandes empresas de legislacion, aun cuando esten egecutadas con medianía , son un verdadero bien, aunque no sea mas que por lo mucho que nos pueden ayudar para salir del caos de la antigua jurisprudencia. Así, pues, diremos sin rebozo que el señor Savigny se ha equivocado en considerar las imperfecciones de los nuevos códigos, como una prueba decisiva de que no era todavía tiempo de publicarlos. Tambien es verdad que tenia formada su opinion antes de haberse dedicado al examen crítico de los códigos de Francia, de Austria y de Prusia : pues apenas hay un capítulo de su obra en que no se echen de ver indicios de una fuerte antipátia á las colecciones generales de leyes positivas. Está persuadido de que no se hacen sino en épocas de decadencia, y que son inútiles cuando la ciencia del derecho hace progresos. Este es en pocas palabras el sistema del señor Savigny. Su teoría del derecho consuetudinario es muy ingeniosa. Pero ¿en dónde está la verdad ? En estas palabras de Montesquieu : "Las mejores leyes politicas y las mejores leyes civiles, son el mayor bien que los hombres pueden dar y recibir" » (ANONYME, « De la vocacion ... », *op.cit.*..., p. 77 à 79).

Dans cette recension, l'auteur témoigne d'une sincère admiration pour Savigny¹²⁴¹, mais il maintient l'utilité des tentatives, même imparfaites, de codification en Europe. Trois éléments, au moins, peuvent retenir l'attention de l'historien du droit. En premier lieu, l'article semble placer le *Vom Beruf* dans la lignée d'une controverse préexistante en Espagne et qui ressurgit après le départ des Français : l'opposition entre le pouvoir central, animé d'une volonté d'harmonisation législative d'inspiration romaine, et les droits locaux, garants de l'autonomie des provinces. En deuxième lieu, l'auteur concentre son attaque sur l'usage contemporain du droit romain. Le droit coutumier semble laissé de côté puisque l'auteur ne souhaite pas se pencher sur les droits locaux allemands. Toutefois, droit romain et droit coutumier sont critiqués pour leur inadaptation à la société du XIX^e ; car de toute manière – et c'est le second temps du raisonnement – ils n'ont pas les avantages d'une législation, accessible, rationnelle, codifiée. S'il peut y avoir débat sur le fonds juridique exploitable, ce débat ne peut être envisagé que dans la perspective d'une codification future. En troisième lieu, on constate que l'auteur recourt à Montesquieu en tant qu'arbitre de la controverse. Alors qu'à la même époque, certains avocats du pluralisme juridique d'Ancien Régime invoquent Montesquieu pour condamner l'uniformisation induite par la codification à la française – on pense, par exemple, à Benjamin Constant¹²⁴² –, l'anonyme espagnol utilise Montesquieu non seulement pour rejeter l'usage du droit romain par les Allemands, mais encore pour louer les princes qui ont offert de nouvelles législations civiles (les codes) à leurs peuples. On remarque d'ailleurs que l'auteur travestit légèrement les termes de *L'Esprit des lois* pour le mettre en dialogue avec le *Vom Beruf*. En 1748, Montesquieu concentrait son attention sur les pays : « Les lois d'un pays, écrivait-il, doivent être tellement propres à un pays, que c'est un très grand hasard si elles peuvent convenir à un autre ». En 1820, *El Censor* traduit en traitant de peuples et de nations, comme en écho au *Volksgeist* de Savigny : « *Las leyes deben ser tan apropiadas al pueblo para quien se han hecho, que por una rara casualidad puedan servir las de una nacion á otra* », c'est-à-dire : « Les lois doivent à ce point être adaptées au peuple pour lequel elles sont faites, que c'est un

¹²⁴¹ Savigny est désigné comme un « jurisconsulte au mérite rare ». En note, l'auteur explique qu'il est « l'auteur de *l'Histoire du droit romain au Moyen-Âge*, qui lui a donné beaucoup de réputation parmi les savants ; son *Traité sur la possession*, suivant les principes du droit romain, est considéré comme un classique en Allemagne » (*Ibid.*, p. 67).

¹²⁴² « *De l'esprit de conquête et de l'usurpation dans leurs rapports avec la civilisation européenne* est rédigé en Allemagne en novembre 1813, publié à Hanovre en janvier 1814, dans la logique de la défaite de Napoléon à Leipzig. Constant y fait le procès de l'uniformité culturelle, sociale et juridique voulue par les Révolutionnaires et Napoléon, en s'appuyant essentiellement sur l'autorité de Montesquieu » (S. SOLEIL, *Le modèle juridique français...*, op. cit., p. 274 s.).

rare hasard si les lois d'une nation peuvent servir pour une autre ».

Cet article est utile à deux titres. D'une part, il nous permet de savoir que dès 1820, l'École historique allemande était connue de certains juristes espagnols et qu'elle donnait déjà lieu à interprétation. Il n'existe pas d'autre récurrence jusqu'en 1823, et à la fin du triennat libéral, le pays est de nouveau soumis à une restauration monarchique conservatrice qui dévitalise la recherche doctrinale. D'autre part – et ceci explique cela –, c'est la génération suivante d'auteurs espagnols qui, dans les années 1840, a vraiment investi la pensée de l'École historique ; et à nouveau, le phénomène est indissociable des circonstances politiques. Entre 1843 et 1868, le pays retrouve une certaine tranquillité. Le règne d'Isabelle II permet enfin un développement économique important et une réorganisation du système étatique ; l'administration est repensée¹²⁴³, et dans le domaine juridique, le pouvoir central reprend le travail entamé avant l'invasion française, c'est-à-dire l'unification législative de la péninsule. Pour atteindre ce but, la méthode retenue par la Castille est la codification ; or cette démarche entraîne la résistance des littératures provinciales – catalane, aragonaise, navarraise et basque – qui craignent l'effacement de leurs droits locaux ou *derechos forales*. Naît alors une controverse très semblable à la querelle sur la codification de 1814-1815 en Allemagne : d'un côté, l'aspiration du pouvoir royal espagnol à instaurer un code unique pour assurer l'unité et l'harmonie de la nation, rejoint le vœu formulé par Thibaut dès 1814 ; de l'autre, les défenseurs du pluralisme juridique provincial entendent prouver que les droits locaux sont les plus adaptés aux habitants des provinces, puisqu'ils sont le produit des habitudes séculaires des peuples : les supprimer reviendrait à amputer les peuples d'Espagne d'une partie d'eux-mêmes. Mais de manière intéressante, ce que Savigny théorise comme la « conscience commune du peuple » et plus tard le *Volksgeist*, a plusieurs acceptions dans la littérature juridique espagnole. On pourrait rapprocher le *Volksgeist* allemand du *derecho patrio* : l'idée selon laquelle le droit véritable d'un pays est le droit issu de sa patrie propre, parce qu'il a évolué avec elle. Or dans le contexte espagnol, les deux parties – pouvoir central et doctrines provinciales – pensent défendre le *derecho patrio*. Selon la monarchie centrale et les juristes monarchistes, c'est l'ancien droit castillan, nourri par le *ius commune*, qui représente le véritable droit espagnol et doit irriguer la péninsule ; selon les auteurs provinciaux, le *derecho patrio* se déploie en autant de *derechos forales* que de provinces. L'une des arènes principales de la controverse sera la *Revista general*

¹²⁴³ J. J. DE LOS MOZOS TOUYA, « L'influence de l'École historique... », *op.cit.*, p. 363 à 364.

*de legislación y jurisprudencia*¹²⁴⁴.

C'est donc lors de cette controverse de la seconde moitié du XIX^e siècle que les auteurs ont véritablement découvert l'École historique allemande et s'y sont référés. Le contexte politique favorable engendre un progrès de la culture juridique et de la littérature, avec entre autres une importation croissante de traductions françaises de Savigny, faites par des admirateurs français de l'École historique¹²⁴⁵. Il est possible, néanmoins, de se demander si ce vecteur français a été le premier et le seul auxquels les auteurs espagnols ont eu accès. Si nous revenons à l'article unique de 1820, nous pouvons y observer une particularité de réception qui fait écho vingt ans plus tard : quel que soit leur positionnement, très peu d'auteurs ont repris le plaidoyer de Savigny contre la codification¹²⁴⁶. Contrairement au pont allemand, les auteurs provinciaux espagnols ne s'opposent pas à l'idée d'un code ; ils en discutent le contenu. La controverse se déroule dans le cadre d'interrogations autour des futurs codes espagnols, cadre qui n'est pas remis en cause – on peut retrouver, dans cette démarche, celle de l'article anonyme.

¹²⁴⁴ Fondée en 1853 par M. José Reus García, la *Revue générale de législation et de jurisprudence* est la plus ancienne revue juridique d'Espagne encore en activité (exceptée une interruption durant la Guerre civile entre 1936 et 1941). Elle sert de terrain d'expression à une partie considérable de la production doctrinale espagnole, et bénéficie d'une large diffusion dans les bibliothèques étrangères. À ce sujet, voir G. CÁNOVAS, « Pequeña historia de la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* », *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n° 297, 1953, p. 157 à 158.

¹²⁴⁵ À titre d'exemple, le professeur Manuel Durán y Bas (1823 à Barcelone – 1907 dans la même ville), représentant de l'École catalane et admirateur de l'École historique, utilise comme base de travail les textes de Savigny tels qu'ils sont traduits par Charles Guenoux. Il en préface certains, développant un raisonnement proche de celui de la genèse du droit selon le Vom Beruf : « [...] porque organiza en su vida privada a las sociedades humanas este derecho, se identifica con ellas desde su nacimiento y vive de su vida ; en él influyen [...] todos los elementos constitutivos de la personalidad histórica de la nación para la cual existe ; mientras conserva su autonomía un pueblo, tiene un derecho privado nacional [...] [...] parce que [le droit privé] organise les sociétés humaines dans leurs vies privées, il est lié à eux depuis leur naissance et les suit tout au long de sa vie ; y convergent tous les éléments [...] de la personnalité historique de la nation pour laquelle ce droit existe ; si un peuple conserve son autonomie, il a un droit privé national [...] » (M. DURAN Y BAS, *Sistema del derecho romano actual, por F. C. de Savigny, traducido del alemán por Ch. Guenoux ; vertido al castellano por Jacinto mesía y Manuel Poley, y precedido de un prólogo de Manuel Durán y Bas*, vol. 3, Madrid, 1878-1879, p. IX).

¹²⁴⁶ C'est par exemple la position de Ciriaco Rodríguez Martín, un juriste de Salamanque : « [...] para conocer las ventajas de las doctrinas sostenidas por Thibault sobre las de Savigny, bastará decir que la incertidumbre que produce el derecho consuetudinario, es la causa de que aun en las localidades en que mas hondas raíces han echado los usos y costumbres, se reclame con necesaria la promulgacion de leyes que den unidad y fijeza al derecho patrio [...] pour connaître les avantages de la doctrine de Thibaut comparée à celle de Savigny, il suffit de dire que l'incertitude produite par le droit coutumier est la raison pour laquelle même dans les régions ou les coutumes sont profondément enracinées, il est nécessaire de promulguer une législation afin d'assurer l'unité et la stabilité du *derecho patrio*] » (C. R. MARTIN, « Influencia de la revolución francesa en la codificación civil. De las cuestiones suscitadas en Alemania con este motivo, y de los obstáculos que retardan uniformar la legislación española », *Revista general de legislación y jurisprudencia*, vol. 15, n°30, 1867, p. 177).

En d'autres termes, comme dans les États italiens, ce n'est pas l'opposition à la codification qui est utilisée lorsqu'on recense le *Vom Beruf*. Quand les savants italiens s'emparent de la doctrine historiciste allemande en tant que méthode d'archéologie documentaire pour y lire l'histoire de leur propre droit national, l'anonyme espagnol, quant à lui, semble y puiser la concurrence entre les divers patrimoines juridiques. Dans les deux cas, ce n'est pas la relation de l'École historique à la codification qui est priorisée. Savigny et les partisans de l'École historique, certes pandectistes, mettent leur maîtrise du droit romain au service d'une opposition aux codifications de l'époque ; mais l'Espagnol de 1820 et les Italiens des années 1815 et suivantes interprètent le droit romain comme un encouragement à l'élaboration d'un code. La nécessité de codifier le droit national n'est quasiment pas discutée : comme nous l'avons vu, les opposants nets à la codification sont minoritaires.

La continuité entre l'École historique et les controverses préexistantes existe donc bel et bien, et se vérifie à travers ses diverses réceptions européennes ; mais hors d'Allemagne, la doctrine historiciste n'est pas toujours mise à profit pour rejeter la codification. Tout fonctionne comme s'il y avait deux Savigny : l'auteur tel qu'il est lu et compris en Allemagne et l'auteur tel qu'il est interprété à l'étranger, à la lumière des enjeux locaux. Le même phénomène se produit à l'égard de Bentham.

II. « *Il legislador a la carta* » : la réception de la pensée benthamienne

« Voici qu'aujourd'hui enfin [...], bien que je n'aie ni le temps ni la place de vous donner des détails, au moment où je suis près de descendre dans la tombe, ma renommée s'est répandue sur tout l'univers civilisé ; [...] je suis considéré comme ayant annulé tout ce qui a été écrit avant moi en matière de législation »¹²⁴⁷.

Dans les années 1815, beaucoup de ceux qui travaillent sur des projets de codes doivent, à la fois, travailler vite et éviter de montrer leurs emprunts au modèle français. Ils s'inspirent, certes de leur droit national, certes des modèles juridiques étrangers – de façon explicite ou implicite

¹²⁴⁷ « I have neither time nor room to give you particulars, that now at length, when I am just ready to drop into the grave, my fame has spread itself all over the civilized world ; [...] I am considered as having superseded everything that was written before me on the subject of Legislation » (J. BENTHAM, *Works of Jeremy Bentham*, vol. 10, Édimbourg, 1843, p. 458).

–, mais encore des auteurs qui ont pensé la codification. Parmi eux, Bentham qui a lui-même forgé le substantif codification. L’objet n’est pas ici de présenter ses travaux¹²⁴⁸, mais plutôt de revenir sur son influence en Europe. Cette influence est d’autant plus remarquable qu’elle est tardive et plutôt inespérée. Bentham est notoirement déconsidéré dans son propre pays et peu utilisé aux États-Unis¹²⁴⁹ ; mais, en Europe, après le départ des Français, il semble comprendre qu’il y a dans les pays libérés un réservoir potentiel de benthamites : en effet, leur incertitude juridique ouvre une place à un éventuel « référent codification ». Bentham saisit alors l’opportunité d’échanger avec les juristes européens. Avec la frénésie qui le caractérise, il se lance à corps perdu dans la construction d’un réseau doctrinal sur le continent, et cherche à s’imposer comme un pilier des discussions européennes sur les codifications. L’entreprise est

¹²⁴⁸ D. BAUMGARDT, *Bentham and the Ethics of Today*, Princeton, Princeton University Press, 1952 ; D. BARANGER, « Bentham et la codification », *Droits*, n°27, 1998, p. 17 à 37 ; O. BEN-DOR, *Constitutional Limits and the Public Sphere. A Critical Study of Bentham’s Constitutionalism*, Oxford, Hart Publishing, 2000 ; L. BURKHOLDER, « Tarlton on Bentham’s Fragment on Government », *Political Studies*, n°21, 1973, p. 523 à 526 ; J. H. BURNS, « Bentham and the French Revolution », *Transactions of the Royal Historical Society*, n°16, 1966, p. 95 à 114 ; COLLECTIF, *Journal of Bentham Studies* [en ligne], 1997 à nos jours ; I. R. CHRISTIE, *The Bentham in Russia, 1780-1791*, Berg, Oxford, 1993 ; J. E. CRIMMINS, *Secular Utilitarianism. Social Science and the Critique of Religion in the Thought of Jeremy Bentham*, Clarendon Press, Oxford, 1990 ; du même auteur, « Bentham’s Political Radicalism Reexamined », *Journal of the History of Ideas*, vol. 55, n°2, 1994, p. 259 à 281 ; M. EL SHAKANKIRI, *La philosophie juridique de Jeremy Bentham*, Paris, LGDJ, 1970 ; S. G. ENGELMANN, « Indirect Legislation : Bentham’s Liberal Government », *Polity*, vol. 35, n°3, 2003, p. 369 à 388 ; C. FULLER, *The Old Radical : Representations of Jeremy Bentham*, Londres, University College, 1998 ; J. W. A. GUNN, « Jeremy Bentham and the Public Interest », *Canadian Journal of Political Science*, n°34, 1968, p. 398 à 413 ; J. HAMBURGER, *Intellectuals in Politics : John Stuart Mill and the Philosophic Radicals*, New Haven, Yale University Press, 1965 ; R. HARRISON, *Bentham*, Londres, Routledge, 1983 ; H. L. A. HART, *Essays on Bentham, Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1982 ; G. HIMMELFARB, « Bentham Scholarship and the Bentham “Problem” », *Journal of Modern History*, vol. 41, n°2, 1969, p. 189 à 206 ; M. JAMES, « Public Interest and Majority Rule in Jeremy Bentham’s Democratic Theory », *Political Theory*, n°9, 1981, p. 49 à 64 ; P. J. KELLY, *Utilitarianism and Distributive Justice : Jeremy Bentham and the Civil Law*, Oxford, Clarendon Press, 1990 ; D. LIEBERMAN, « Jeremy Bentham : Biography and Intellectual Biography », *History of Political Thought*, vol. XX, n°1, 1999, p. 187 à 204 ; du même auteur, « Economy and Polity in Bentham’s Science of Legislation, *Economy, Polity and Society. British Intellectual History 1750-1950*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000 ; D. G. LONG, *Bentham on Liberty. Jeremy Bentham’s Idea of Liberty in Relation to his Utilitarianism*, Toronto, University of Toronto Press, 1977 ; D. LYONS, *In the Interest of the Governed. A Study in Bentham’s Philosophy of Utility and Law*, Oxford, Clarendon Press, 1973 ; M. MACK, *Jeremy Bentham: An Odyssey of Ideas*, New York, Columbia University Press, 1963 ; J. J. MORESO, *La teoria del Derecho de Bentham*, Barcelone, P. P. U., 1993 ; F. ROSEN, *Jeremy Bentham and Representative Democracy. A Study of the Constitutional Code*, Oxford, Oxford University Press, 1983 ; Ph. SCHOFIELD, « Jeremy Bentham, the Principle of Utility and Legal Positivism », *Current Legal Problems*, vol. 56, 2003, p. 1 à 39 ; J. VANDERLINDEN, « Code et codification dans la pensée de J. Bentham », *Revue d’histoire du droit*, vol. XXXII, 1964, p. 45 à 78. Voir la bibliographie étendue fournie par E. CHAMPS, « *La déontologie politique* » ou *la pensée constitutionnelle de Jeremy Bentham*, Genève, Librairie Droz, 2008, p. 365 à 378.

¹²⁴⁹ « Dans mon propre pays, [...] on parle moins de moi que dans aucun autre » (J. BENTHAM, cité par É. HALÉVY, *La formation du radicalisme philosophique II. L’évolution de la doctrine utilitaire de 1789 à 1815*, Paris, Presses Universitaires de France, 1996, p. 183). Pour le Royaume-Uni, voir K. J. SMITH, « Anthony Hammond, Mr. Surface’ Peel’s persistent codifier », *Journal of Legal History*, vol. 20, n°1, 1999, p. 37. Pour les États-Unis, voir S. SOLEIL, *Aux origines de l’opposition...*, *op. cit.*, p. 53, 74 et 194.

une relative réussite : Bentham est cité par des auteurs de divers pays d'Europe¹²⁵⁰ ; il parvient surtout à briller dans des pays dont la littérature juridique est encore lacunaire. Si son influence est quasi-nulle en Allemagne, déjà dotée d'une science du droit foisonnante¹²⁵¹, d'autres pays de l'Europe libérée sont sensibles à ses lumières. C'est notamment le cas de l'Espagne, qui dans les années suivant la chute de l'Empire, fait de l'Anglais un oracle pour sa législation.

Bentham communique déjà avec divers correspondants espagnols durant la guerre d'indépendance. Suite à la restauration de l'absolutisme, il garde contact avec plusieurs exilés à Londres, tels José María Blanco White ou encore Andrés Bello, proche de Simón Bolívar, futur recteur de l'Université du Chili et rédacteur du célèbre code civil chilien de 1856¹²⁵². L'auteur entretient donc des liens étroits avec le monde hispanique¹²⁵³ – il publie en 1821 des essais sur sa situation politique¹²⁵⁴. Lors du triennat libéral, Bentham revient au centre des discussions des *Cortes* notamment à propos de la codification pénale. Sa popularité peut être liée à la conjoncture spécifique de la péninsule : les juristes libéraux, dont certains siègent aux *Cortes* de Cadix, ont conscience de l'urgence de moderniser leur droit ; mais ils répugnent à s'appuyer ouvertement sur le modèle français qui s'impose techniquement. La théorie pénale utilitariste de Bentham, elle-même inspirée par Beccaria et Filangieri, est une aubaine pour les Espagnols libéraux qui trouvent là un socle pour leur projet de réforme. Bentham influence ainsi les universités, par exemple Salamanque (A), mais aussi les législateurs eux-mêmes (B).

¹²⁵⁰ G. B. TORELLI, *Cenno sull' origine e su' progressi del diritto universale preliminare allo studio privato di giurisprudenza*, Naples, 1824, p. 31 ; F. GAMBINI, *Osservazioni...*, *op. cit.*, p. 27 ; F. MAGLIANO et F. CARRILLO, *Commentarj...*, *op. cit.*, p. 252 ; J. D. MEYER, *Esprit...*, *op. cit.*, vol. 5, p. 37, etc.

¹²⁵¹ À ce sujet, voir G. RITSCHER, « Germans Don't Strive for Happiness ? Bentham's Reception in German Political Thought », *Journal of Comparative Law*, vol. 14, n°2, 2019, p. 54 à 73. Cette constatation contredit les propos mêmes de Bentham, qui affirme dans une lettre à Mulford : « In Germany, as well as France, lawyers, commissioned by their sovereigns to draw new and complete codes of penal law, have sought to do themselves credit by references to that work [En Allemagne comme en France, des juristes commissionnés par leurs souverains pour élaborer de nouveaux codes complets de droit pénal, ont tenté de se crédibiliser en se référant à mon travail] » (J. BENTHAM, *Works...*, *op. cit.*, p. 458).

¹²⁵² Au sujet de Bello (1781 à Caracas – 1865 à Santiago du Chili), voir I. JAKSIC, *Andrés Bello: Scholarship and Nation-Building in Nineteenth-Century Latin America*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.

¹²⁵³ Il convient de préciser que l'influence benthamienne touche l'ensemble de la péninsule ainsi que les colonies. À ce sujet, voir C. FULLER, « “Primero e, mais antigo Constitucional da Europa” : Bentham's contact with Portuguese liberals. 1820-1823 », *Journal of Bentham Studies* [en ligne], vol. 3, n°1, 2000, p. 1 à 13, consulté le 22/05/2022 ; J. J. MORESO, « Spanish Emancipation: Bentham on Law and Politics in the Spanish World », *The Journal of Comparative Law*, vol. 14, n°2, 2019, p. 161 à 173 ; A. L. COT, « Jeremy Bentham's Spanish American Utopia », *Revue d'études benthamiennes* [en ligne], n°17, 2020, consulté le 13 février 2022.

¹²⁵⁴ J. BENTHAM, *Three Tracts Relative to Spanish and Portuguese Affairs, With a Continual Eye to English Ones*, Londres, 1821.

A) Bentham à Salamanque

Bentham ne se contente pas d'échanger avec les députés et les législateurs : son réseau est d'abord académique. Sans doute comprend-il que les universités de la péninsule vont être consultées pour l'élaboration de la nouvelle législation. C'est notamment le cas de l'université de Salamanque¹²⁵⁵, qui depuis la fin du XVIII^e siècle tente d'intégrer des principes des Lumières dans le cursus universitaire¹²⁵⁶. L'un de ces réformistes, Toribio Núñez, transmet aux *Cortes* un Rapport sur le Code pénal ; on y retrouve des correspondances nombreuses avec la notion de corps complet de législation, au centre de l'œuvre benthamienne sous le nom de Panomion. Ce n'est pas surprenant : Núñez est un admirateur, presque un véritable apôtre de Bentham. En 1820, Núñez publie son *Esprit de Bentham*, dans lequel il résume la pensée de l'Anglais après lui avoir réservé un vibrant éloge :

« Le jurisconsulte anglais Jeremy Bentham, qui mérite chaque jour davantage la reconnaissance du genre humain, en recherchant dans les vices des lois les causes de la plus grande partie des maux, se donna surtout pour objet de prévenir le plus grand de tous, le désordre qui pourrait amener la ruine des trônes existants. La loi actuelle de chaque pays est le seul instrument qui lui semble opportun pour arriver à la perfection possible du bonheur social, et en présentant à tous les gouvernements les moyens de vérifier sa réforme, il leur indique ceux de se perfectionner, par degrés, et d'assurer leur existence. [...]

La plus importante est que, pour écarter ce danger, pour connaître les autres maux de la société civile, pour en rechercher l'influence et les remèdes, il emploie un nouvel appareil logique, et une arithmétique morale jusqu'alors inconnue, au moyen de laquelle il a soumis à l'exactitude du jugement les diverses branches de la morale et de la politique, en formant de toutes un seul arbre, ou une véritable science que nous appellerons la science sociale »¹²⁵⁷.

¹²⁵⁵ Sur la pénétration de la pensée benthamienne dans l'université de Salamanque en général, voir A.-E. PÉREZ LUÑO, « Jeremy Bentham y la educación jurídica en la universidad de Salamanca durante el siglo XIX », *Revista Iberoamericana de Estudios Utilitaristas*, vol. 1, n°3, 1992, p. 64 à 94.

¹²⁵⁶ À propos de l'*Escuela Iluminista salmantina*, voir E. TORIJANO PÉREZ, « Salamanca, Toribio Núñez, Jeremy Bentham y el Derecho Penal : el Informe de la Universidad de Salamanca sobre el Proyecto de Código Penal de 1822 », *Juristas de Salamanca, siglos XV-XX*, Salamanque, Ediciones Universidad de Salamanca, 2009, p. 262 à 263.

¹²⁵⁷ « El Jurisconsulto Ingles Jeremías Bentham que cada día se hará mas acreedor al reconocimiento del género humano, indagando en los vicios de las leyes las causas de la mayor parte de los males, se propuso principalmente el objeto de alejar el mayor de todos, el trastorno que podía ocasionar la ruina de los tronos existentes. El actual de

Cette révérence pour l'Anglais se confirme lorsqu'en 1821, les deux hommes s'écrivent. Si l'échange semble bref – tout au plus trois lettres retrouvées¹²⁵⁸, il n'en est pas moins chaleureux. Bentham a reçu l'ouvrage publié en 1820 ; il se montre extrêmement flatté¹²⁵⁹. La première page de sa lettre est remarquable, en ce qu'elle manifeste deux sentiments : l'attachement presque paternel du doyen de l'utilitarisme pour ses disciples espagnols et sa volonté affichée d'influer sur la législation future du pays.

« Digne et éminemment bien aimé disciple !

Tel que tu m'as fait à toi-même, tel, pour te plaire, je me fais à toi. Ton œuvre, dont une de mes œuvres fait l'objet, est enfin parvenue jusqu'à moi. Oui : ton esprit est l'enfant même du mien ; ton talent, de mon talent ; ton enthousiasme, de cet enthousiasme qui [...] n'est pas encore, comme tu le vois, tout à fait éteint par l'âge. Je laisserai à d'autres le soin de dire jusqu'à quel point tes louanges ont pu dépasser mes mérites : une occupation plus agréable et, je l'espère, non moins utile, m'attend. Devant moi se tiennent en pensée les chefs de ta nation : à mes oreilles retentissent les conseils que, relativement à moi et à mes œuvres, tu as l'audace de leur donner. [...] Le peuple espagnol tout entier, et non pas exclusivement ou de préférence ses gouvernants, ou l'un d'eux, étant l'objet de ma sympathie, mes efforts pour le service de tous ne seront arrêtés par aucune froideur, ni aucune chaleur défavorable de la part de quelques-uns.

Et maintenant, disciple très estimé, je vais mettre ton enthousiasme à l'épreuve. Si, pour des considérations d'importance supérieure, les circonstances dans lesquelles tu te trouves [...] le permettent, dans ce cas, je te dis : si tu n'as pas encore appris la langue anglaise, apprends-la »¹²⁶⁰.

cada país es el instrumento único que le parece oportuno para llegar a la perfección posible de la felicidad social, y presentando a todos los Gobiernos los medios de verificar su reforma, les, indica los de perfeccionarse, por grados, y asegurar su existencia. [...] Lo más importante de ellas es que para alejar aquel peligro, y conocer los otros males de la sociedad civil, è indagar su influencia y sus remedios, emplea un nuevo aparato lógico, y una aritmética moral también en desconocida hasta ahora, por cuyos medios ha sujetado a la exactitud del juicio las diversas ramas de moral y de política, formando de todas ellas un solo árbol, è una verdadera ciencia que llamarémos la ciencia social » (D. TORIBIO NÚNEZ, *Espíritu de Bentham. Sistema de la Ciencia Social*, Salamanca, 1820, p. 2 à 4).

¹²⁵⁸ La correspondance et plus généralement les liens qui lient Bentham et Núñez sont explorés par L. SILVELA DE LA VIELLEUZE, *Bentham : sus trabajos sobre asuntos españoles : expositor de su sistema en España*, Th. de droit, Madrid, 1908.

¹²⁵⁹ La première lettre de Bentham s'achève sur un P. S. émerveillé : « From Salamanca such a book as thine ! [De Salamanca, un livre tel que le tien !] » (*Ibid.*, p. 70).

¹²⁶⁰ « Worthy and eminently well beloved disciple! Such as thou hast made me to thyself, such, to please thee, I make myself to thee. That work of thine, of which a work of mine forms the subject, has at length reached me. Yes: thy mind is the very child of mine: thy talent, of my talent; thy enthusiasm, of that enthusiasm, which [...] is not yet as thou seest, altogether quenched by age. How far my deserts may have been outstripped by thy praise, shall be left to others to declare: occupation rather more agreeable, and I hope, not less useful, lies before me. Before

La réponse de Núñez est égale en enthousiasme : il explique comment il a pris connaissance de l'œuvre de son « maître adoré », et indique, au passage, le circuit grâce auquel Bentham s'est introduit en Espagne : ce seraient les Français qui, en 1807, auraient laissé les Principes de législation civile et pénale à Salamanque, sur leur route vers le Portugal¹²⁶¹. Núñez donne également un début d'explication sur les raisons pour lesquelles les juristes espagnols se tournent vers des philosophes italiens ou anglophones, tout en délaissant quelque peu le modèle français. Cette préférence viendrait d'auteurs « libéralisés » depuis peu¹²⁶², plutôt effrayés par les dérives révolutionnaires et bonapartistes, qui se réfugierait dans la conception utilitariste et universelle de la législation benthamienne. En effet, sa lettre semble matérialiser deux tendances rivales, le courant benthamien et le courant français :

« Les plaisirs que j'avais eus jusqu'alors à dispenser le bien, ont été remplacés par ceux que je prévoyais d'avoir quand ceux de vos principes qui enseignent à gouverner et à introduire [...] des réformes utiles sans blesser les droits existants, seraient étendus à ma Nation. J'y ai vu les causes qui avaient mis fin aux maux de la Révolution française, qui avaient attiré l'attention de notre jeunesse, en même temps que j'apprenais les moyens qui libéreraient mon pays de ses horreurs. [...] Déjà, nos préoccupations vieillissantes d'une part, et les idées à la française d'autre part, se répandent ; et parmi les députés élus aux prochaines *Cortes*, je sais qu'il y a beaucoup d'initiés à vos précieux mystères. [...] Vous ne devriez pas avoir plus de difficulté à envoyer à votre disciple Núñez [...] le Code que vous avez résolument fait pour l'Espagne [...] »¹²⁶³.

me stand in thought the rulers of thy nation: in my ears sounds the counsel, which, in relation to me and my works, thou hast the boldness to offer them. [...] The whole Spanish people, and not either exclusively or in preference their rulers, or any of them, being the objects of my sympathy, my endeavours for the service of all will not be stopt by any coldness, or any adverse warmth on the part of the few. And now much valued disciple, will I put thy enthusiasm to the test. If in respect of considerations of superior moment, the circumstances in which thou findest thyself placed [...] admit of it, in that case I say, if thou art not already learnt the English language, learn it » (L. SILVELA de la VIELLEUZE, *Bentham...*, *op. cit.*, p. 67 à 69).

¹²⁶¹ *Ibid.*, p. 82 à 83.

¹²⁶² J.-Ph. LUIS, « Réflexions méthodologiques sur la place du *Trienio liberal* dans le processus de sortie de l'Ancien Régime », *Bulletin d'Histoire Contemporaine de l'Espagne* [en ligne], vol. 54, 2020, consulté le 15 février 2022.

¹²⁶³ « Las delicias de que había gozado dispensando antes el bien, se reemplazaron entonces por las que preveía que iba a disfrutar extendiéndose en mi Nación aquellos de vuestros principios que enseñan á gobernar y á introducir en una Nación las reformas útiles sin ofender á los derechos existentes. En ellos vi las causas que hicieron abortar los males de la Revolución francesa, que llamaba la atención de nuestra juventud, al paso que me enteraba de los medios que habían de librar á mi Patria de sus horrores. [...] Ya, sin embargo de nuestras envejecidas preocupaciones por una parte de las ideas á la francesa por la otra, se van extendiendo, y entre los Disputados electos para las próximas Cortes me consta que hay muchos iniciados en vuestros preciosos misterios.

L’empreinte de Bentham s’approfondit grâce aux universitaires de Salamanque lorsqu’ils transmettent aux *Cortes* un rapport sur le futur code pénal¹²⁶⁴. Le document est composé en deux parties. La première consiste en une reprise corrigée du titre préliminaire du projet espagnol ; la seconde insiste sur une institution particulièrement chère à Bentham : le jury. Cette seconde partie se remarque par son degré de détail : il semble que les rédacteurs n’ont pas eu le temps de traiter d’un autre sujet¹²⁶⁵. Fait intéressant, les Espagnols ne se contentent pas de reprendre un thème de prédilection de Bentham : ils reprennent également à leur compte ses arguments précis. Parmi ces derniers, le fait que le jury serait un premier pas vers la protection du citoyen contre un pouvoir tyrannique – mais un pas encore insuffisant. Cet argument est utilisé par Bentham, très critique à l’égard du système pénal anglais. Louée dans le milieu académique de Salamanque, la pensée de Bentham atteint également l’assemblée législative. Il entend asseoir un réseau politique.

B) Bentham et les *Cortes*

L’influence de « l’ermite de Queen Square Place »¹²⁶⁶ sur la législation espagnole s’affirme dans ses correspondances avec les députés et membres des *Cortes*. On sait que le ministre de l’intérieur, Don Augustin Arguelles, lui demande son avis sur l’institution du jury criminel¹²⁶⁷ ; Charles Noble Gregory compte au moins deux députés qui le contactent pour des conseils en matière législative¹²⁶⁸. Bentham a beau jeu de se rendre indispensable. En 1810 déjà, il écrit à

[...] Ya no debéis tener inconveniente en remitir á vuestro discípulo Núñez, que tiene el honor de contarse entre ellos, el Código que habéis hecho determinadamente para España, según me lo asegura el amable Bowring » (L. SILVELA DE LA VIELLEUZE, *Bentham...*, *op. cit.*, p. 83).

¹²⁶⁴ Sur la composition précise du collège de juristes auteurs du rapport et les détails de sa publication, voir E. TORIJANO PÉREZ, « Salamanca... », *op. cit.*, p. 268.

¹²⁶⁵ *Ibid.*, p. 267.

¹²⁶⁶ Ph. SCHOFIELD, *Speech at the ceremony to unveil the Bentham Plaque at the Home Office* [en ligne], Londres, University College of London, Queen Anne’s Gate, 12 octobre 2004, consulté le 13/02/2022.

¹²⁶⁷ « Sometime ago, I received from Mr. Antonio Arguelles the honour of an invitation similar to this of yours. It had, however, a determinate and comparatively limited subject matter — the use proper to be made of the institution of a Jury [Il y a quelque temps, j’ai reçu de M. Antonio Arguelles l’honneur d’une invitation semblable à la vôtre. Elle avait, cependant, un sujet déterminé et relativement limité - l’usage qu’il convient de faire de l’institution d’un jury.] » (J. BENTHAM, *Letters to Count Toreno on The Proposed Penal Code, delivered in by the legislation committee of the Spanish Cortes*, Londres, 1822, p. 3).

¹²⁶⁸ Ch. N. GREGORY, « Bentham and the Codifiers », *Harvard Law Review*, vol. 13, n°5, 1900, p. 348.

Mulford : « Quoi que je leur donne comme lois, ils seront prêts à les recevoir comme des oracles »¹²⁶⁹. En 1821, les députés des *Cortes* prennent une initiative singulière : ils envoient à Bentham une copie intégrale du projet de code pénal alors discuté par leur assemblée, et l'invitent à « communiquer ses observations »¹²⁷⁰. Le comte de Toreno¹²⁷¹, député des Asturies sensible aux idées utilitaristes et modernisatrices, leur sert de porte-parole. La première lettre de Bentham au comte est publiée dès 1821, ce qui peut signifier deux choses : l'éditeur juge que le commentaire du projet par Bentham est d'intérêt public, et devrait être connu d'un lectorat plus large que le cercle des députés ; le projet de code étant encore en discussion, l'intérêt du retour de Bentham est immédiat, et nécessite donc une publication rapide. Ce projet éditorial nous paraît cependant incomplet : la mention « Carta primera » sous-entend la publication de plusieurs lettres ; cependant, on trouve trace de deux lettres seulement dans l'édition espagnole, quand le recueil anglais, publié à Londres en 1822, en compte sept. Nous nous appuyons sur l'édition anglaise.

Voilà donc Bentham désigné comme parrain de la codification, et chargé de la correction d'un code pénal national. Il s'en montre flatté¹²⁷² ; s'il assure qu'il ne s'attendait pas à la réception des épreuves du code, ces propos sont à nuancer. Ses échanges précédents avec des députés sur des points de législation sont connus. Quant au code pénal en particulier, il semble que Bentham soit tenu au fait de l'avancée du projet. Son ami José Joaquín de Mora¹²⁷³, traducteur de ses

¹²⁶⁹ « Whatever I give them for laws, they will be prepared to receive as oracles [...] » (J. BENTHAM, *Works...*, *op. cit.*, p. 458).

¹²⁷⁰ J. M. QUEIPO DE LLANO, *Cartas de Jeremías Bentham, al señor Conde de Toreno sobre el proyecto de Código Penal presentado á las Cortes*, Madrid, 1821.

¹²⁷¹ José María Queipo de Llano y Ruíz de Saravia, comte de Toreno (1786 à Oviedo – 1843 à Paris), quoiqu'issu de l'une des familles les plus nobles d'Espagne, manifeste très tôt des convictions libérales. Inspiré par les Lumières, il profite de son premier mandat de député aux *Cortes* pour montrer l'exemple au reste de l'aristocratie et renonce nettement à ses privilèges féodaux. Il lutte notamment pour la sécularisation de l'État, en s'attaquant au clergé et à l'inquisition. Exilé suite au retour de Ferdinand VII, il revient à son siège de député durant le triennat libéral – pour le quitter une deuxième fois au retour de l'absolutisme. Revenu aux affaires publiques après 1833, il devient ministre puis chef du gouvernement espagnol en 1835. Il ne tient que trois mois à ce poste : l'instabilité de la régence et la multiplication des révoltes libérales le dépassent. Il repart à Paris, où il s'éteint cinq ans plus tard. Son ouvrage le plus connu, *Historia del levantamiento, guerra y revolución de España* (« Histoire du soulèvement, de la guerre et de la révolution d'Espagne ») est rédigé durant son premier exil ; il paraît en 1835. À son sujet, voir M. MORENO ALONSO, « Conde de Toreno, Historia del levantamiento, guerra y revolución de España », *Mélanges de la Casa de Velázquez*, Casa de Velázquez, vol. 41, n°2, p. 250 à 252.

¹²⁷² J. BENTHAM, *Letters...*, *op. cit.*, p. iii à iv.

¹²⁷³ José Joaquín de Mora (1783 à Cadix – 1864 à Madrid) étudie le droit, mais entame sa carrière comme professeur de philosophie à l'université de Grenade. Il profite de sa chaire pour introduire la pensée de Bentham

*Conseils aux Cortes et au peuple espagnol*¹²⁷⁴, l'informe notamment des retards pris par les députés dans leurs discussions¹²⁷⁵. Il est donc probable que Bentham ne soit que modérément surpris par la demande des *Cortes*. Que contiennent les sept lettres publiées ?

Bentham rechigne à faire l'examen article par article que semblaient désirer les députés. À cette glose, il substitue une anaphore ; il liste onze grandes « positions », indissociables d'un code « complet et rationalisé ». En somme, Bentham donne le mode d'emploi pour créer un code moderne, juste, conforme à sa vision utilitariste, et motivé par le bonheur collectif. On trouve là une illustration de ce qui vaudra à Bentham le surnom de « legislador a la carta », que l'on pourrait traduire dans son contexte par « législateur par correspondance », voire par « législateur à la demande »¹²⁷⁶. En effet, Bentham paraît déjà habité par la volonté d'apporter son savoir à la péninsule :

- « 1. Dans tout État politique, le plus grand bonheur du plus grand nombre exige qu'il soit doté d'un corps de lois complet.
2. Le plus grand bonheur du plus grand nombre exige que ce corps de lois soit accompagné de sa rationale, c'est-à-dire de l'indication des motifs sur lesquels les diverses dispositions qu'il contient sont fondées, et par lesquels elles sont éclairées et justifiées.
3. [...] que ces motifs prouvent leur application à ce grand principe, qui est la seule fin défendable des lois.
4. [...] que cette rationale soit constituée de motifs intégrés individuellement aux dispositions auxquelles ils se rapportent.

auprès des étudiants. Arrivé à Cadix, il se lie d'amitié avec Antonio Alcalá Galiano (cf. *supra*) ; il combat lors de la guerre d'indépendance, ce qui lui vaut d'être fait prisonnier en France ; il ne sera libéré qu'en 1814. Il rentre à Madrid dans l'intention de devenir avocat ; il poursuit finalement un parcours littéraire romantique, et traduit notamment *Ivanhoé* de Walter Scott en 1825. Il se distingue par son travail de journaliste et de rédacteur : il dirige ainsi plusieurs revues libérales entre 1817 et 1823 telles que la *Crónica Científica e Literaria*, *El Constitucional* ou encore *La Minerva Nacional*. La fin du triennat libéral marque le début d'un long exil. Durant vingt ans, de Mora passe par l'Angleterre, puis par l'Amérique latine ; la Bolivie lui offre une chaire de littérature à l'Université de San Andrés. De retour à Madrid en 1843 en tant que consul pour la Confédération péruvien-bolivienne, il s'y installe jusqu'à son décès. À son sujet, voir R. CERPA ESTREMADOYRO, « José Joaquín de Mora, una biografía intelectual. Los años ilustrados », *Desde el Sur*, vol. 4, n°2, p. 27 à 64.

¹²⁷⁴ J. BENTHAM, *Consejos que dirige a las Cortes y al Pueblo Español*, traduction espagnole par J. J. DE MORA, Madrid, 1820. Le texte d'origine, *Letter to the Spanish Nation on a Then Proposed House of Lords*, reste inédit à l'époque ; preuve du ciblage du texte vers les Espagnols.

¹²⁷⁵ C. PETIT, « Los códigos del trienio liberal. Una exégesis del art. 258 de la Constitución de Cádiz », *Revista Electrónica de Historia Constitucional*, n°21, 2020, p. 2 à 3.

¹²⁷⁶ Selon E. Torrijano Pérez, le législateur par correspondance « avait pour mission de rédiger les lois d'un pays étranger au sien, car on pensait que son extranéité signifiait la rédaction de lois objectives et libres des contraintes de son propre pays » (*Ibid.*, p. 265).

5. [...] que, pour ce corps de lois complet, avec sa rationale, tout le travail de base ou la première ébauche soit si possible l'œuvre d'une seule main.
6. [...] qu'étant l'œuvre d'une seule main, l'œuvre en question soit connue comme telle.
7. [...] que l'œuvre en question étant l'œuvre d'une seule main, et étant connue pour l'être, on sache à qui appartient cette main.
8. [...] qu'à compétence égale, un étranger soit préféré à un national dans l'élaboration du plan du Code.
9. [...] que ce travail soit réalisé gratuitement, de sorte qu'aucune récompense d'aucune sorte ne soit offerte à son auteur, et à cette condition qu'on puisse choisir la meilleure proposition parmi le plus grand nombre possible de projets rivaux.
10. La preuve décisive et indispensable de l'aptitude à la formation du Code sera la volonté d'inclure dans le projet la raison d'être de chacune des dispositions qui le composent.
11. De la part d'un dirigeant, la volonté ou le refus de voir établi un code complet avec sa justification, comme ci-dessus, est l'un des tests les plus concluants de l'aptitude appropriée, en ce qui concerne sa situation »¹²⁷⁷.

Plusieurs éléments sont à relever dans le mode d'emploi proposé par Bentham. On y retrouve un modèle de codification utilitariste, anhistorique, universel, dont la perfection technique doit être une voie vers le bien-être public. Nous sommes aux antipodes des leçons de Savigny. De façon à peine croyable, Bentham recommande le recours à un rédacteur étranger plutôt qu'à un

¹²⁷⁷ « 1. In every political state, the greatest happiness of the greatest number requires, that it be provided with an all-comprehensive body of law. »
 2. The greatest happiness of the greatest number requires, that such body of law be throughout accompanied by its *rationale*: i. e. with an indication of the *reasons* on which the several arrangements contained in it are grounded, and by which they are elucidated and justified.
 3. [...] that these reasons be such throughout as shall show the conduciveness of those several arrangements to the all-comprehensive and only defensible end thus expressed.
 4. [...] that in this *rationale*, the several reasons or sets of reasons be contiguously attached, to the several arrangements to which they respectively apply.
 5. [...] that, of this all-comprehensive body of law, with its *rationale*, the whole ground work or first draught be, if possible, the work of a single hand.
 6. [...] that, being the work of a single hand, the work in question be *known* to be so.
 7. [...] that the work in question being the work of a single hand, and known to be so, it be known *whose* that hand is.
 8. [...] that, aptitude in other respects not being inferior, the hand, of which the discourse in question is the work, be that of a foreigner, rather than that of a native.
 9. [...] that the work be, if possible, performed in the ordinary sense of the word gratuitously: in such sort, that no determinate factitious reward, in any shape, at the hand of any person, shall be either received or expected for it; but that, under that restriction, the number of rival works be the greatest obtainable.
 10. On the part of any proposed draughtsman, willingness, or unwillingness to interweave in his draught a rationale, as above, is the most conclusive test, and that an indispensable one, of appropriate aptitude in relation to it.
 11. On the part of a ruler, willingness, or unwillingness to see established an all-comprehensive Code with its rationale, as above, is among the most conclusive tests of appropriate aptitude, with reference to such his situation » (J. BENTHAM, *Letters...*, *op. cit.*, p. 2 à 3).

auteur local. En outre, alors qu'on lui demande de se pencher sur un projet technique abouti, il en revient à la théorie du droit, comme si le travail espagnol n'avait, à ce stade, aucun intérêt à ses yeux.

Les six lettres suivantes sont thématiques : dans chacune d'elle, Bentham s'attaque à une faiblesse corrigable du code. Il pointe notamment la limitation du droit de regard populaire sur le système mis en place, y compris le code pénal lui-même¹²⁷⁸ ; l'empêchement de toute amélioration du système, et l'inhibition de la volonté nationale¹²⁷⁹ ; et une tendance du futur code pénal à « sacrifier les intérêts du plus grand nombre [...] pour ceux des quelques dirigeants »¹²⁸⁰. Il regrette la fermeture des *Cortes* à tout projet rival, réitérant que le meilleur modèle législatif ne peut naître que d'une mise en concurrence suivie d'un tri : dans le logiciel benthamien, la comparaison de modèles est au centre de la modernisation législative¹²⁸¹. Enfin, il déplore la trop grande importance encore accordée à la religion, qui implique des mécanismes de mort et de persécution¹²⁸².

Qu'en est-il de la codification française ? L'absence de référence à cette dernière est flagrante. Le seul passage mentionnant le code pénal de 1810 se trouve dans la lettre V, « The many sacrificed to the few » (« Le plus grand nombre sacrifié pour quelques-uns »). Bentham alerte sur les dérives possibles des articles 187 et 188 de la proposition de code, statuant sur le jugement des infractions commises par des civils à l'égard des militaires. D'après lui, ces articles permettraient de punir tout acte irrespectueux d'un civil envers un soldat en lui appliquant une procédure et des peines militaires¹²⁸³. C'est ici que Bentham choisit de faire mention du code pénal de 1810 : il rappelle les dangers de la formulation triple « delitos, culpas y faltas », qui porte atteinte à la clarté du droit et peut être utilisée à des fins despotiques. Le despotisme est naturellement rattaché au code de 1810 :

« À ces mots, destinés tous à désigner autant d'espèces du genre infraction, il n'est pas possible de

¹²⁷⁸ *Ibid.*, p. 28 s.

¹²⁷⁹ *Ibid.*, p. 44 s.

¹²⁸⁰ *Ibid.*, p. 48 s.

¹²⁸¹ *Ibid.*, p. 82 s.

¹²⁸² *Ibid.*, p. 102 s.

¹²⁸³ *Ibid.*, p. 67 à 68.

donner l'équivalent en mots anglais. L'intention de ces mots semble être de désigner trois degrés de criminalité : en général, le plus élevé est le premier. Mais cette distinction n'a rien à voir avec la nature de l'infraction : elle prend pour la plus grande l'infraction à laquelle il a plu au despote d'attacher la plus grande peine. C'est la distinction établie par Napoléon. [...] Dans son Code pénal, vous avez contravention, délit, crime »¹²⁸⁴.

La mention d'un défaut du code pénal français en marge de la crainte d'un abus de pouvoir militaire réactive un traumatisme particulier de la guerre d'indépendance espagnole. En effet, cette confusion dangereuse entre justice civile et justice militaire a pu exister sous Joseph Bonaparte (Cf supra). Pour Bentham, cette brève comparaison est une tactique de mise en valeur : si l'on suit son propre mode d'emploi, fourni dans sa première lettre, l'Anglais se voit comme « la main étrangère » qui devrait esquisser le plan du code pénal espagnol ; selon ce même mode d'emploi, il se met en concurrence avec d'autres propositions étrangères. Face au modèle français, son propre modèle apparaît plus moderne, plus fidèle aux valeurs des Lumières et plus respectueux des droits individuels.

Ce travail de conviction a-t-il atteint son but ? Paradoxalement, l'expérience benthamienne interroge sur les chances de réussite d'une législation « par correspondance », réalisée par un étranger, dans un contexte européen où l'occupation française a exacerbé les sentiments nationaux. Même indirectement, l'expérience impériale a donc pu modifier la façon dont les auteurs découvrent et utilisent des littératures étrangères entre 1814 et 1825 : dans les projets finaux, celles-ci restent – du moins officiellement – des sources parmi d'autres. Car les législateurs entendent garder le contrôle sur leur droit local. Les journaux de discussions des *Cortes* témoignent de l'étendue de la consultation nationale autour du projet¹²⁸⁵ ; on y voit les députés eux-mêmes mentionner et reconnaître une multiplicité d'inspirations doctrinales. On apprend que Bentham n'est pas la source doctrinale exclusive pour le nouveau droit espagnol ; de même, si le modèle français est lui aussi utilisé, il n'est pas jugé intrinsèquement supérieur.

¹²⁸⁴ « To these words, meant all of them to designate so many species of the genus offence, - to these words, to give the equivalent in English words, is not possible. The intention of them seems to be, to designate three degrees of criminality: in general, the highest standing first. But this distinction has nothing to do with the nature of the offence: it takes that offence for the greatest, to which it has been the pleasure of the despot to attach the greatest punishment. This was the distinction established by Napoleon. [...] in his penal Code, you have contravention, délit, crime » (*Ibid.*, p. 68).

¹²⁸⁵ COLLECTIF, *Diario de las discusiones y actas de las cortes extraordinarias de 1821. Discusion del proyecto de codigo penal*, Madrid, 1822, p. 201 à 202.

En somme, d'un point de vue méthodologique, les Espagnols suivent le conseil de Bentham : ils confrontent, comparent plusieurs modèles rivaux afin de créer le meilleur pour eux. Le député Calatrava (Cf supra) déclare ainsi :

« La troisième objection, qui émane de l'Université de Séville, est que le plan infallible de Bentham n'a pas été suivi. La commission respecte les lumières et le mérite de ce célèbre auteur, mais les tribunaux ne seront pas mécontents si nous ne le considérons pas aussi infallible que l'université le croit. On a tenu compte de son plan, ainsi que de ceux proposés par d'autres, et le projet a été formé en prenant des uns et des autres ce qui semblait le meilleur ; on a fait de même pour tout le reste, mais en tenant toujours compte des circonstances particulières de notre nation, qui ne sont pas entièrement les mêmes que celles des autres. La Commission ne dédaigne pas et ne dédaignera jamais d'avouer franchement qu'elle a dû recourir à diverses sources ; mais elle n'a pas cru bon d'adopter aveuglément le plan de Bentham ou d'un autre, car en la matière chacun pense à sa manière. [...]

Quatrième objection : le code français ne peut servir de modèle, et les dispositions qu'il comporte sont omises. C'est l'avis du Barreau de Madrid, avec lequel la Commission est d'accord sur ce point. Nous sommes bien loin de croire que le code français puisse servir de modèle, et certainement la commission ne l'a pas pris tel quel pour former le nôtre ; mais comme l'objection semble impliquer le contraire, il m'est permis de dire que j'y vois une sorte de contradiction. Le collège indique que la commission a pris le code français comme modèle, et presque immédiatement après lui reproche de ne pas avoir adopté beaucoup des choses qui y sont établies. Par conséquent, la première accusation n'est pas juste. La commission avoue ingénument qu'elle a pris beaucoup de choses dans le code français, ainsi que dans les ouvrages de Bentham, de Filangieri, de Bexon, et d'autres qu'elle a eus sous la main »¹²⁸⁶.

¹²⁸⁶ « La tercera objecion, que es de la universidad de Sevilla, consiste que no se ha seguido el plan infalible de Bentham. La comision respeta mucho la ilustracion y mérito de este célebre escritor ; pero las Córtes no llevarán á mal que no le tenga por infalible como le cree la universidad. Se ha tenido presente su plan, asi como los que otros proponen, y se ha formado el del proyecto, tomando de unos y de otros aquello que ha parecido mejor : lo mismo se ha hecho en todo lo demas ; pero atendiendo siempre á las circunstancias particulares de nuestra nacion, que no son ente ramente iguales á las de otras. La comision no se desdeña ni se desdeñará jamas de confesar con franqueza que ha tenido que acudir á varias fuentes ; pero no ha creido oportuno adoptar ciegamente el plan de Bentham ni el de ningun otro, porque en esto cada uno piensa á su manera. [...] Cuarta objecion : que el código frances no puede servir de modelo, y que se omiten disposiciones que el comprende. Asi lo dice el colegio de abogados de Madrid, con el cual conviene la comision en esta parte. Estamos muy distantes de creer que el código frances pueda servir de modelo, y seguramente no lo ha tenido como tal la comision para formar el nuestro ; pero como la objecion parece que quiere dar a entender lo contrario, séame lícito decir que noto en esto una especie de contradiccion. Indica el colegio que la comision ha tomado por modelo el código frances, y casi á renglon se guido la censura de no haber adoptado muchas cosas de las que alli se establecen. Luego no es justo el primer cargo. La comision con fiesa ingenuamente que ha tomado muchas cosas del código frances, asi como de las obras de Bentham, de Filangieri, de Bexon, y de los demas que ha tenido á la mano » (COLLECTIF, *Diario de las discusiones...*, *op. cit.*, p. 210 à 211).

Cette déclaration témoigne de la volonté des *Cortes* de démontrer qu'ils sont capables de faire preuve d'originalité; finalement, démontrer que ce nouveau code pénal est réellement national. Comme nous avons pu l'observer lors de la discussion sur certains mécanismes de droit français, plusieurs propositions étrangères sont certes privilégiées ; mais, quelle que soit l'attrance des universitaires et des législateurs pour ces propositions, les circonstances politiques obligent les députés à cacher leurs emprunts, notamment français. Ainsi Eugenia Torijano Pérez décrit-elle le projet de code pénal espagnol, qui entrera finalement en vigueur le 8 juin 1822¹²⁸⁷ :

« [...] un projet qui, en outre, comme on le sait, car on a beaucoup écrit à son sujet, est le reflet de l'influence de Beccaria et de Bentham en Espagne, bien que la même Commission des *Cortes* qui a élaboré le projet ait souligné les multiples influences reçues et son originalité, souhaitant se défendre d'une prétendue transposition tant du plan de Bentham que, de manière très significative, du Code français »¹²⁸⁸.

Il en résulte une historiographie espagnole mesurée lorsqu'il s'agit d'énumérer les principales sources du code de 1822 et leurs poids respectifs¹²⁸⁹. Dès 1867, Joaquín Francisco Pacheco considère que le code pénal tel qu'il résulte des discussions des *Cortes* est un code « scientifique », mais doté de prétentions presque « littéraires » ; un code imparfait, qui doit finalement beaucoup au droit castillan, mais aussi au code français de 1810¹²⁹⁰. La pluralité des sources et la volonté de diversification des législateurs espagnols est affirmée cent-cinquante ans plus tard par Juan B. Cañizares-Navarro¹²⁹¹.

¹²⁸⁷ À ce sujet, voir Ó. LÓPEZ REY, « El Código Penal de 1822 : publicación, vigencia y aplicación », *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, t. XXXII, n°2, 1979, p. 334 à 401.

¹²⁸⁸ « [...] un proyecto que, además, como es sabido, pues mucho se ha escrito sobre él, es el reflejo de la influencia de Beccaria y Bentham en España, aunque la misma Comisión de Cortes que elaboró el proyecto pusiera de manifiesto las múltiples influencias recibidas y la originalidad del mismo, queriendo defenderse de una presunta transposición tanto del plan de Bentham como, muy significativamente, del Código francés » (E. TORIJANO PÉREZ, « Salamanca... », *op. cit.*, p. 261).

¹²⁸⁹ J. BARÓ PAZOS, « 25 años de historiografía sobre la codificación penal en España (1991-2015) », *La codificación penal español. Tradición e influencias extranjeras : su contribución al proceso codificador (parte general)*, Pampelune, Aranzadi Thomson Reuters, 2017, p. 73.

¹²⁹⁰ J. FRANCISCO PACHECO, *El código penal concordado y comentado*, 3^{ème} édition, t. 1, Madrid, 1867, p. LIII.

¹²⁹¹ J. B. CAÑIZARES-NAVARRO, « El Código Penal de 1822 : sus fuentes inspiradoras. Balance historiográfico (desde el s. XX) », *GLOSSAE. European Journal of Legal History*, n°10, 2013, p. 112.

Entre Savigny et Bentham, exemples de champion contre et pour la codification, existe-t-il une référence aussi rayonnante pour représenter précisément la codification à la française ? Pour notre exemple, plutôt que de voix, il conviendrait de parler d'écho.

III. L'écho de Portalis

Ici, encore, l'objet n'est pas de revenir sur la vie et l'œuvre de Jean Étienne Marie Portalis¹²⁹². Un élément, malgré tout, est important pour comprendre son influence posthume sur la littérature juridique des pays libérés : la double interprétation que l'on peut faire de l'homme et de ses valeurs. Né à Beausset dans le Var en 1746, Portalis se passionne lors de ses études pour les deux matières qui expliqueront son parcours : droit civil et droit canonique¹²⁹³. Sa licence obtenue, il se distingue d'abord en Provence par sa modernité : avocat, ses plaidoiries adoptent un style simple¹²⁹⁴ ; sa défense de la validité des mariages protestants¹²⁹⁵ est remarquée par Voltaire¹²⁹⁶ ; on sait qu'il lit et critique Rousseau¹²⁹⁷, qu'il parcourt Montesquieu¹²⁹⁸. Cependant, c'est plutôt son conservatisme que l'histoire retient : de formation classique, Portalis réagit mal aux développements de la Révolution française, au point de quitter la franc-maçonnerie et la France durant le Directoire¹²⁹⁹. À son retour, Portalis reçoit les honneurs du régime. Conseiller d'État, il est notamment nommé ministre des Cultes en 1800 ; il participe à la fois au rétablissement du dialogue entre la France et le Vatican, interrompu en 1794 lors de la première séparation, et à la mainmise de Bonaparte sur l'Église en négociant le concordat et

¹²⁹² À son sujet, voir J. DE MALAFOSSE, « Portalis Jean Étienne Marie (1746-1807) », *Encyclopædia Universalis* [en ligne], consulté le 22/02/2022.

¹²⁹³ J.-B. D'ONORIO, « Les Portalis. Une famille au service de l'État et du Droit », *Les Cahiers Portalis*, n°1, 2014, p. 10.

¹²⁹⁴ H. AUBÉPIN, « Portalis, avocat au Parlement de Provence », *Revue histoire de droit français et étranger*, vol. 2, 1856, p. 181.

¹²⁹⁵ J. É. M. PORTALIS, *Consultation sur la validité des mariages des protestants*, Paris et La Haye, 1771.

¹²⁹⁶ « Ce n'est point là une consultation, c'est un véritable traité de philosophie, de législation et de morale politique » (Voltaire, cité par J.-F. NIORT, *Homo Civilis. Tome I et II : Contribution à l'histoire du Code civil français (1804-1965)* [en ligne], Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2004, consulté le 22/02/2022).

¹²⁹⁷ D. BARANGER, *Penser la loi. Essai sur le législateur des temps modernes*, Paris, Gallimard, 2018, p. 279.

¹²⁹⁸ J.-B. D'ONORIO, « Les Portalis... », *op. cit.*, p. 12.

¹²⁹⁹ J.-F. NIORT, *Homo Civilis...*, *op. cit.*

en rédigeant les Articles organiques qui s’y ajoutent¹³⁰⁰. Si les échanges avec l’Église sont tendus – Portalis reste gallican, ils n’en donnent pas moins à l’auteur une aura de conservateur¹³⁰¹. Il convient pourtant de chercher un juste milieu entre le Portalis moderne et le Portalis réactionnaire : ce juste milieu s’exprime pleinement dans ses travaux sur le Code civil.

Le Premier Consul confie l’élaboration du Code à Portalis en août 1800. Son Discours préliminaire¹³⁰², rédigé pour présenter le premier projet devant le Conseil d’État et le Corps législatif, pose les fondements de ce que sera l’entreprise codificatrice française et offre un argumentaire habile destiné à convaincre les tribuns et les députés hostiles au projet¹³⁰³. Il est abondamment cité par l’historiographie ultérieure. On le retrouve ainsi à plusieurs reprises dans la littérature des pays libérés entre 1814 et 1825 : Carlo Bosellini s’y réfère dans son essai sur l’administration optimale de la justice civile¹³⁰⁴ ; Magliano et Carillo (Cf supra) dans leur commentaire du code des Deux-Siciles¹³⁰⁵ ; Diego Martinez dans son ouvrage sur le code autrichien¹³⁰⁶ ; Negri dans son ouvrage sur les défauts du Code Napoléon¹³⁰⁷ ; Pietro Schedoni dans la seconde édition de ses Influences morales¹³⁰⁸ ; un certain Torelli, juriste napolitain, dans son Aperçu sur les origines de du droit universel¹³⁰⁹ ; Francisco Alvarado, dans ses *Cartas Críticas*¹³¹⁰ ; Savigny dans son *Vom Beruf*¹³¹¹ ; Heinrich Brinkmann dans sa *Valeur du Code des Français*¹³¹².

¹³⁰⁰ J.-B. D’ONORIO, « Les Portalis... », *op. cit.*, p. 12.

¹³⁰¹ À ce sujet, voir R. DURAND, « Un rapport inédit de Portalis : Directeur des Cultes en l’an XII (1804) », *Revue d’histoire moderne*, t. 4, n°22, 1929, p. 263 à 274.

¹³⁰² J. E. M. PORTALIS, *Discours préliminaire du premier projet de code civil*, Paris, 1801.

¹³⁰³ J. C. MARTÍNEZ SALCEDO, « Codificación del derecho, interpretación de la ley y discrecionalidad judicial », *Civilizar*, vol. 15, n°29, 2015, p. 18.

¹³⁰⁴ C. BOSELLINI, *Dell’ottima amministrazione della giustizia civile ad impedire sconvolgimenti del diritto positivo e molteplicità di liti*, Modène, 1820.

¹³⁰⁵ F. MAGLIANO et F. CARRILLO, *Commentarj...*, *op. cit.*

¹³⁰⁶ D. MARTINEZ, *Al Codice civile austriaco spiegazioni*, Milan, 1823.

¹³⁰⁷ G. M. NEGRI, *Dei difetti...*, *op. cit.*

¹³⁰⁸ P. SCHEDONI, *Delle influenze morali*, t. II, Modène, 1815.

¹³⁰⁹ G. B. TORELLI, *Cenno...*, *op. cit.*

¹³¹⁰ F. ALVARADO, *Cartas críticas*, t. III, Madrid, 1825.

¹³¹¹ F. C. VON SAVIGNY, *De la vocation de notre temps...* *op. cit.*

¹³¹² H. R. BRINKMANN, *Über den Werth des bürgerlichen Gesetzbuchs der Franzosen*, Göttingen, 1814.

Deux observations peuvent être faites sur ce recours au Discours préliminaire. D'un côté, Portalis semble avoir gardé, plus de sept ans après sa mort, une grande autorité. Le Provençal est invoqué en des termes élogieux : « l'orateur Portalis »¹³¹³, « le célèbre Portalis »¹³¹⁴, « l'immortel Portalis »¹³¹⁵, « l'expert » ou encore « l'illustre »¹³¹⁶. On peut toutefois noter une exception allemande : Savigny et Brinkmann mentionnent le rédacteur par son seul nom de famille. De l'autre, si Portalis est utilisé lors de références au droit français, ce n'est pas forcément pour défendre les codes. Au contraire, les auteurs semblent davantage s'en servir comme d'un argument pour appuyer leurs critiques du modèle français, pour développer leurs considérations religieuses, ou pour des réflexions sur le droit romain. Bosellini utilise le Discours préliminaire pour signaler un défaut de structure du code de 1804¹³¹⁷ ; Negri se base sur ses interventions pour pointer le caractère vague de certaines dispositions¹³¹⁸ ; Brinkmann, mais aussi Magliano et Carrillo citent Portalis pour nuancer, voire s'opposer à la contractualisation du mariage¹³¹⁹. Savigny, encore une fois, se détache par sa rudesse envers Portalis, qu'il utilise comme exemple direct de l'incompétence des rédacteurs du Code¹³²⁰.

Ainsi, le rédacteur le plus connu du Code civil semble avoir été utilisé comme argument contre sa propre création. Cette gymnastique mentale possède en vérité sa logique, si l'on garde en tête la dualité du personnage. Parce qu'il n'est ni tout à fait en rupture avec l'ancien droit, ni tout à fait réactionnaire, Portalis devient en quelque sorte un atout pour les auteurs. Parce que son image inspire dans l'ensemble un certain respect, ils peuvent s'en servir pour légitimer leur méfiance à l'égard de certains points du droit français, mais aussi pour nourrir leur discours sur des sujets que le Provençal abordait également, tels que le droit romain ou le droit canonique. Sa mort récente rend la citation plus facile sur des sujets larges : les auteurs n'ont pas à craindre une correction ou une contradiction par le principal intéressé. En l'occurrence, il s'agit

¹³¹³ C. BOSELLINI, *Dell'ottima...*, *op. cit.*, p. 24.

¹³¹⁴ F. MAGLIANO et F. CARRILLO, *Commentarj...*, *op. cit.*, p. 367.

¹³¹⁵ G. B. TORELLI, *Cenno...*, *op. cit.*, p. 38.

¹³¹⁶ P. SCHEDONI, *Delle influenze...*, *op. cit.*, p. 130.

¹³¹⁷ C. BOSELLINI, *Dell'ottima...*, *op. cit.*, p. 24.

¹³¹⁸ G. M. NEGRI, *Dei difetti...*, *op. cit.*, p. 155.

¹³¹⁹ F. MAGLIANO et F. CARRILLO, *Commentarj...*, *op. cit.*, p. 367 ; H. R. BRINKMANN, *Über den Werth...*, *op. cit.*, p. 63.

¹³²⁰ F. C. VON SAVIGNY, *De la vocation de notre temps...* *op. cit.*, p. 23 à 24.

d'exhumer un auteur français directement impliqué dans la rédaction des codes, afin de montrer que même les rédacteurs du Code honnis, eux-mêmes, n'étaient pas tout à fait d'accord sur l'ensemble du modèle français. Cette dualité de Portalis apparaît chez les deux auteurs qui le mentionnent vis-à-vis de l'Église. Alvarado en fait l'un des responsables de la dégradation du prestige ecclésiastique au sein des États¹³²¹ ; Schedoni, à l'inverse, place Portalis comme défenseur de ce prestige, par l'exemple à propos du célibat des prêtres¹³²². L'influence de Portalis en tant que ministre des Cultes semble donc faire l'objet de controverses.

La permanente recherche d'équilibre de Portalis se retrouve dans les travaux de l'auteur. En effet, alors même que « l'oracle du droit civil »¹³²³ meurt sept ans avant le *Vom Beruf*, ses écrits prennent parfois des accents historicistes marqués : Portalis exalte la « tradition de bon sens, de règles et maximes qui est parvenue jusqu'à nous et qui forme l'esprit des siècles ». Il témoigne ainsi d'une vision organique du droit, dont les droits locaux seraient l'illustration la plus pure ; selon ses propres mots, « Les codes des peuples se font avec le temps ; mais à proprement parler on ne les fait pas »¹³²⁴. Ce point de vue convient aux aspirations politiques des codes : en effet, une fois le tumulte révolutionnaire apaisé, les rédacteurs ont pour but premier le retour de l'ordre social¹³²⁵, un ordre fondé sur la propriété foncière et le chef de famille. En ce sens, les rédacteurs, les tribuns et députés discutent longuement pour savoir ce qui, du droit coutumier, du droit romain et du droit révolutionnaire, offre les meilleurs mécanismes. Portalis doit manœuvrer entre diverses considérations idéologiques afin de convaincre un parterre politique hétéroclite, composé de partisans du régime, de néojacobins, de réactionnaires royalistes¹³²⁶. Il en résulte que ses discours, très habiles, se prêtent à plusieurs interprétations. Tout cela, à l'étranger, suscite des interprétations multiples : pour les auteurs européens, qui parfois doivent eux-mêmes chercher des compromis, Portalis devient une référence qui pèse, mais aussi une

¹³²¹ F. ALVARADO, *Cartas críticas*, op. cit., p. 64.

¹³²² P. SCHEDONI, *Delle influenze...*, op. cit., p. 130.

¹³²³ A. LEVASSEUR, « Portalis and Pound: A Debate on "Codification" », *Louisiana Law Review*, vol. 81, n°4, 2021, p. 121 s.

¹³²⁴ J. POUMARÈDE, « De la fin des coutumes à la survie des usages locaux. Le Code civil face aux particularismes », *Association française pour l'Histoire de la Justice*, n°19, 2009, p. 178.

¹³²⁵ Cet objectif semble en phase avec l'opinion publique : la réforme de l'ancien droit ne figurait pas en bonne place dans les cahiers de doléances. *Ibid.*, p. 175 à 176.

¹³²⁶ À ce sujet, voir J.-F. NIORT, « Droit, idéologie et politique dans le code civil français de 1804 », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 29, 1993, p. 85 à 109 ; X. MARTIN, « Nature humaine et code Napoléon », *Droits*, n°2, 1985, p. 117 à 128.

référence malléable. La façon dont il est repris dans les pays libérés après sa mort reflète davantage une mise à profit de la complexité intellectuelle de ses discours, qu'une adhésion à son travail de codificateur.

Nous avons donc constaté que loin d'écrire en vase clos, les auteurs des pays libérés tirent leur inspiration – ou leur opposition – de voix fortes. Qu'il s'agisse de voix contemporaines, portant le projet codificateur ou s'y opposant, ou de l'écho d'une voix récemment éteinte, la pensée juridique entre 1814 et 1825 compte bien ses ténors. Cela étant dit, il est tout autant intéressant d'étudier les canaux par lesquels ces influences se déploient et circulent ; plus généralement, les canaux grâce auxquels se produisent les échanges entre chaque production individuelle. Ainsi, à côté des voix, nous entendons désormais étudier les voies de circulation de la pensée juridique.

Section 2. Les voies de la circulation de la pensée face au modèle français de codification

Au cours de notre étude, nous avons évoqué cinq canaux de transmission de la pensée juridique entre 1814 et 1825. Nous avons ainsi pu commenter des mentions, citations et lectures (I), des échanges épistolaires (II), des recensions et des revues (III), des voyages internationaux (IV), ou encore des traductions (V). Ces cinq exemples correspondent à cinq hypothèses : cinq voies possibles de circulation. Peut-on parler d'un véritable réseau doctrinal avec des voies établies et régulièrement empruntées, où observe-t-on plutôt une accumulation d'échanges occasionnels ? Passer en revue ces cinq hypothèses de façon exhaustive présente une difficulté principale : parce que ces échanges se produisent entre auteurs plutôt qu'entre doctrines nationales, la masse d'interactions individuelles paraît complexe à appréhender de façon systématisée. C'est pourquoi, après avoir présenté un tableau d'ensemble pour chaque voie, nous aimerions convier le lecteur à un jeu de piste : en sélectionnant une notion, une expression, une controverse, un auteur voyageur, une œuvre traduite en Europe, nous tenterons d'en retracer le parcours afin de mettre en évidence l'existence – ou non – d'un véritable canal d'échange doctrinal autour du modèle français de codification.

I. Une première voie : lectures, mentions et citations

Il s'agit probablement de la voie la plus immédiatement observable : la littérature juridique européenne entre 1814 et 1825 utilise quantité de citations et de mentions. Ces dernières sont le seul moyen direct de savoir qu'un auteur en a lu un autre. Si l'on passe en revue notre corpus de textes, un tableau d'ensemble peut être brossé (A) ; certaines mentions sont explicites, d'autres restent implicites et méritent un examen particulier (B).

A) Les lectures, mentions et citations directes

Dans cette configuration, trois observations concomitantes peuvent être faites. En ce qui concerne les auteurs contemporains, les citations et mentions concernent principalement des compatriotes : Bossellini¹³²⁷ privilégie Romagnosi¹³²⁸ et Ruffino Massa (1742 à Menton – 1829 à Nice)¹³²⁹, décrit Muratori comme « la parure de l'Italie pour ce qui est des sciences les plus importantes »¹³³⁰, et « attend avec anxiété » la prochaine publication de Pellegrino Rossi¹³³¹ ; Brinkmann mentionne à de multiples reprises Rehberg¹³³², mais aussi le pénaliste Bauer¹³³³ ; les *Cortes* rapportent les propos de professeurs et magistrats de diverses

¹³²⁷ Carlo Bossellini (1764 à Modène – 1827 dans la même ville) obtient son doctorat en droit à Modène à l'âge de vingt-deux ans. Au cours de voyages en France et en Angleterre, il s'imprègne d'idées révolutionnaires ; rentré à Modène, il intègre une loge maçonnique et s'attèle à la diffusion la plus large possible des idées républicaines. Il doit fuir le duché après une tentative de coup d'État ratée, mais revient rapidement à la faveur de l'entrée des troupes françaises sur le territoire en 1796. Il rejoint alors la fonction publique républicaine, et prend plusieurs initiatives pour l'éducation populaire et la sensibilisation des masses aux idées républicaines. Il défend notamment la contractualisation du divorce dans un bref ouvrage intitulé *Ricerche sopra la legislazione del matrimonio* (Modène, 1798). Le bref retour de la Régence en 1799 manque de lui être fatal : arrêté et jugé pour crime de lèse-majesté au premier degré, Bossellini encourt la peine de mort ; il est sauvé par la victoire de Marengo et le retour des Français. Cet épisode l'éloigne cependant de la carrière publique : Bossellini préfère se consacrer à l'écriture. Il contribue notamment au *Messaggiere modenese* et au *Giornale arcadico*, et entretient une amitié avec le périodiste Vieusseux (cf. *supra*). À son sujet, voir A. ROTONDÒ, « Bossellini, Carlo », *Dizionario Biografico degli Italiani* [en ligne], vol. 13, 1971, consulté le 22/05/2022.

¹³²⁸ C. BOSSELLINI, *Dell'ottima amministrazione della Giustizia civile ad impedire sconvolgimenti del diritto positivo e molteplicità di liti*, Modène, 1820, p. 32.

¹³²⁹ *Ibid.*, p. 29.

¹³³⁰ C. BOSSELLINI, *Dell'ottima...*, *op. cit.*, p. 28.

¹³³¹ *Ibid.* p. 32.

¹³³² H. R. BRINKMANN, *Über den Werth...*, *op. cit.*, p. VI, VII, 3, 4, 8, 16, etc.

¹³³³ Anton Bauer 1772 à Marbourg – 1843 à Göttingen) obtient son doctorat en droit à Marbourg. Rapidement titularisé, il devient recteur une fois à Marbourg, trois fois à Göttingen. S'il publie un manuel de droit civil napoléonien (*Lehrbuch des Napoleonischen Zivilrechts*) à Marbourg en 1809, Bauer est avant tout pénaliste : son

provinces¹³³⁴. Ce n'est pas pour autant que les mentions d'auteurs contemporains étrangers sont absentes. Meyer cite Rehberg, loue le « savant Eichhorn »¹³³⁵, et n'hésite pas à remercier Savigny pour une précision de langue allemande que celui-ci lui aurait donnée – preuve que les deux hommes sont en contact¹³³⁶. Calatrava reconnaît la dette de la science juridique espagnole à l'égard de Bentham¹³³⁷ ; Słotwiński a lu Zeiller¹³³⁸ ; Mittermaier cite Haller¹³³⁹, étudie les réformes du Genevois Bellot¹³⁴⁰ et, comme nous l'avons vu, rend hommage à Meyer. En revanche, concernant les anciens, la palette paraît plus large : les auteurs citent des juristes et philosophes de l'Europe entière, et plus facilement des Français. Bossellini consacre une partie entière de son ouvrage à la mention d'auteurs « de la science de la législation civile » : on y trouve Platon et Cicéron parmi les antiques, mais aussi Bacon, Leibniz, Cujas ou Domat¹³⁴¹. Słotwiński rappelle par brefs paragraphes les théories juridiques de Grossius, Pufendorf, Kant ou Pelay¹³⁴², et critique Rousseau¹³⁴³ ; Torelli décrit D'Aguesseau comme le « premier éclairé de France »¹³⁴⁴ ; Mittermaier qualifie d'« anciens monuments » de la science juridique française Desfontaines, Beaumanoir ou Bouteiller¹³⁴⁵.

Qu'en est-il des références aux Français lorsqu'il s'agit d'étudier précisément les codes napoléoniens ? On remarque que dans cette perspective, les sources se resserrent très vite : les Européens citent avant tout les codes eux-mêmes¹³⁴⁶ ; les discussions et les consultations qui

œuvre la plus connue est son manuel de droit pénal et de procédure pénale, que Bauer publie pour la première fois en 1805 ; il faut attendre trente ans pour une seconde édition. S'il adhère initialement aux thèses de Feuerbach, il finit par esquisser sa propre théorie de droit pénal et la développe dans un texte intitulé *Die Warnungstheorie* (« La théorie de l'avertissement », Göttingen, 1830). À son sujet, voir L. F. SPEHR, « Bauer, Anton », *Allgemeine Deutsche Biographie* [en ligne], vol. 2, 1875, consulté le 22/05/2022.

¹³³⁴ COLLECTIF, *Diario de las discusiones...*, *op. cit.*, p. 206 à 207.

¹³³⁵ J. D. MEYER, *Esprit...*, *op. cit.*, vol. 1, p. 55.

¹³³⁶ J. D. MEYER, *Esprit...*, *op. cit.*, vol. 4, p. 103 à 104.

¹³³⁷ J. M. CALATRAVA, *Diario...*, *op. cit.*, p. 211.

¹³³⁸ F. SŁOTWINSKY, *Prawo natury...*, *op. cit.*, p. 1.

¹³³⁹ K. J. A. MITTERMAIER, *Der gemeine...*, *op. cit.*, p. 15.

¹³⁴⁰ *Ibid.*, p. 6.

¹³⁴¹ C. BOSSELLINI, *Dell'ottima...*, *op. cit.*, p. 27 à 28.

¹³⁴² F. SŁOTWINSKY, *Prawo natury...*, *op. cit.*, p. 143 à 144.

¹³⁴³ *Ibid.*, p. 52.

¹³⁴⁴ G. B. TORELLI, *Cenno...*, *op. cit.*, p. 55.

¹³⁴⁵ K. J. A. MITTERMAIER, *Der gemeine...*, *op. cit.*, p. 45 à 46.

¹³⁴⁶ MAGLIANO et F. CARRILLO, *Commentarj...*, *op. cit.*, p. 528, 531, 545, etc. ; G. M. NEGRI, *Dei difetti...*, *op. cit.*, référence les codes napoléoniens à plus de deux-cents reprises ; G. B. TORELLI, *Cenno...*, *op. cit.*, p. 39 ;

entourent leur élaboration, publiées dans le *Moniteur*¹³⁴⁷ ; les discours, surtout ceux de Portalis et de Maleville, eux aussi publiés dans le journal¹³⁴⁸ ; enfin quelques ouvrages qui expliquent des codes, notamment Loqué, Dupin ou Pansey¹³⁴⁹. Tout cela est assez logique car ceux qui doivent comprendre et appliquer les codes français citent les auteurs français en offrant des clés de compréhension et d'application. Ce sont ces travaux d'exégèse qui sont lus et utilisés par les auteurs des pays libérés quand ils commentent le modèle français. Parallèlement, il existe une référence assez répandue à l'une des figures de la législation comparée.

B) « Indole », « Charakter », « Klimat » : de l'inconnu Montesquieu

Un argument revient régulièrement dans la littérature juridique de l'époque : celui du tempérament national – son caractère, son état, son climat. La différenciation d'un peuple permet, d'un point de vue externe, d'appréhender le modèle français en étudiant sa compatibilité avec les mœurs nationales ; d'un point de vue interne, elle permet aux auteurs de défendre leur vision de l'avenir juridique national, quel qu'il soit. Ainsi, chez les Italiens, le terme « indole » est récurrent. Bossellini suggère que les anciennes lois doivent être abandonnées si elles sont « inutiles, non adaptées aux temps, aux coutumes, ou au tempérament des nations modernes »¹³⁵⁰. Sur la force impérative de la promesse de mariage, Magliano et Carrillo citent les prescriptions de Pothier, selon lesquelles le fiancé ne pourrait pas rompre une promesse de mariage même s'il apprend que sa promise a « commis une fornication » avant la promesse ; les auteurs napolitains écartent d'office cette position, sous un premier prétexte : « le sentiment commun, et le tempérament de nos mœurs ne nous permet pas de suivre une telle

H. R. BRINKMANN, *Über den Werth...*, *op. cit.*, p. 227, 279, 296, 321, 322, etc. ; du même auteur, *Über den Werth...*, *op. cit.*, référence les codes plus de 150 fois ; K. J. A. MITTERMAIER, *Der gemeine...*, *op. cit.*, p. 96, 101, 102, 112, 130, 133, 138, etc. ; J. D. MEYER, *Esprit...*, *op. cit.*, vol. 5, p. 87, 132, 152, 183, etc. ; F. SŁOTWINSKY, *Prawo natury...*, *op. cit.*, p. 376, 384, 390.

¹³⁴⁷ C. BOSSELLINI, *Dell'ottima...*, *op. cit.*, p. 171 ; F. MAGLIANO et F. CARRILLO, *Commentarj...*, *op. cit.*, p. 499, 513 ; G. M. NEGRI, *Dei difetti...*, *op. cit.*, p. 4, 9, 26, 33, 88, 90, 105, 124, etc. ; K. J. A. MITTERMAIER, *Der gemeine...*, *op. cit.*, p. 96 ; J. D. MEYER, *Esprit...*, *op. cit.*, vol. 5, p. 222.

¹³⁴⁸ C. BOSSELLINI, *Dell'ottima...*, *op. cit.*, p. 24, 133 ; F. MAGLIANO et F. CARRILLO, *Commentarj...*, *op. cit.*, p. 437 ; G. M. NEGRI, *Dei difetti...*, *op. cit.*, p. 184 ; G. B. TORELLI, *Cenno...*, *op. cit.*, p. 55 ; H. R. BRINKMANN, *Über den Werth...*, *op. cit.*, p. 109 à 110 ; K. J. A. MITTERMAIER, *Der gemeine...*, *op. cit.*, p. 9.

¹³⁴⁹ C. BOSSELLINI, *Dell'ottima...*, *op. cit.*, p. 24 ; F. MAGLIANO et F. CARRILLO, *Commentarj...*, *op. cit.*, s'appuient sur Loqué plus de quatre-vingt fois ; G. M. Negri, *Dei difetti...*, *op. cit.*, p. 206 ; K. J. A. MITTERMAIER, *Der gemeine...*, *op. cit.*, p. 46, 133.

¹³⁵⁰ C. BOSSELLINI, *Dell'ottima...*, *op. cit.*, p. 28.

décision »¹³⁵¹. Dans son rappel historique sur les origines du droit, Torelli pose comme principe l'existence d'une justice « universelle », tout en reconnaissant que les nations sont diverses « par leurs mœurs » et « par leur tempérament »¹³⁵². Chez les Allemands, on parle régulièrement de « *charakter* ». Brinkmann revient sur l'absence des fiançailles dans le Code Napoléon ; il précise qu'en la matière, la différence avec la culture juridique allemande provient du « caractère de la nation française ». Il ajoute qu'il n'est « pas de bon ton, dans le monde dit raffiné des Français, de se représenter les fiançailles comme quelque chose de sacré, d'inviolable, et de distant dans le temps de la conclusion du mariage ». Brinkmann déplore d'ailleurs que cette « légèreté » ait pu se répandre parmi des Allemands qui auraient voulu imiter les Français ; il exprime son désir de sauvegarder « l'ancienne coutume allemande »¹³⁵³. Savigny en appelle évidemment au pluralisme juridique, en prévoyant des exceptions à la loi nationale commune selon la « différence des climats » ; il considère que « la nature des choses et celle du sol » rendent cette adaptation nécessaire¹³⁵⁴. Les Espagnols utilisent le même terme : Vélez décrit le « caractère espagnol » comme imperméable à toute réforme¹³⁵⁵ ; Marina parle de la nécessité d'une législation « accommodée au caractère et au génie national »¹³⁵⁶. Les Polonais lient le caractère au climat. Bandtkie, en défendant la modernisation du droit national, entend répondre à ceux qui souhaitent abolir le droit français car il serait incompatible avec « la nationalité, le climat et le caractère »¹³⁵⁷. Słotwiński embrasse toutes les notions :

« En vérité, les lois édictées (civiles, pénales et politiques) doivent être appliquées à la forme de gouvernement, au caractère national, au degré de civilisation, à la situation (c'est-à-dire à l'emplacement du pays), au climat, au tempérament, aux coutumes et aux diverses autres circonstances dans lesquelles se trouve la société civile [...] »¹³⁵⁸.

¹³⁵¹ F. MAGLIANO et F. CARRILLO, *Commentarj...*, *op. cit.*, p. 290.

¹³⁵² G. B. TORELLI, *Cenno...*, *op. cit.*, p. 31.

¹³⁵³ H. R. BRINKMANN, *Über den Werth...*, *op. cit.*, p. 80.

¹³⁵⁴ F. C. VON SAVIGNY, *De la vocation de notre temps...* *op.cit.*, p. 222.

¹³⁵⁵ R. DE VÉLEZ, *Apologia...*, vol. 4, *op. cit.*, p. 41.

¹³⁵⁶ F. M. MARINA, *Juicio crítico...*, *op. cit.*, p. 27.

¹³⁵⁷ J. W. BANDTKIE, *Myśli o zmianie...*, *op.cit.*, p. 173.

¹³⁵⁸ « W prawdzie Ustawy nadane (cywilne, karne i polityczne) powinny być stosowane do formy Rządu, charakteru narodowego, stopnia cywilizacyi, miey scowości (t.i. położenia Kraju), klimatu, temperamentu, zwyczajów i różnych innych okoliczności w iakich się społeczność obywatelska znajduje [...] » (F. SŁOTWINSKY, *Prawo natury...*, *op. cit.*, p. 79).

Ces mots font directement écho à Montesquieu. Le Livre XIV de l'*Esprit des lois* (1748), « *Des lois dans le rapport qu'elles ont avec la nature du climat* », se résume en une idée générale : « S'il est vrai que le caractère de l'esprit et les passions du cœur sont extrêmement différents dans les divers climats, les lois doivent être relatives et à la différence de ces passions, et à la différence de ces caractères »¹³⁵⁹. Montesquieu y compare les caractères de diverses nations, de l'Inde à la Chine ; il traite de la culture des terres dans les climats chauds, et va même jusqu'à relier les lois au degré de « sobriété » des peuples. En somme, « ce sont les différents besoins dans les différents climats qui ont formé les différentes manières de vivre »¹³⁶⁰. Ces auteurs font-ils pour autant référence à Montesquieu sans le nommer ou s'agit-il d'une mode intellectuelle et sémantique ? On remarque que la ressemblance des expressions et des sujets est frappante, d'autant que dès 1814, certains auteurs assument leur emprunt. C'est par exemple le cas de Negri, qui se réfère directement au baron de la Brède quand il traite de droit successoral : « Montesquieu a déjà averti [...] que les règles de la succession ne peuvent pas toujours être fondées sur les principes communs de la justice, mais qu'elles doivent être conformes au tempérament, à la forme et aux principes du gouvernement à établir »¹³⁶¹. Meyer, quant à lui, reprend nommément Montesquieu sur ce point afin de le critiquer en note de bas de page :

« Les localités , les circonstances accidentelles, la nature du terrain, le genre de vie, le climat, exercent une influence marquée sur les nations ; des lois qui conviennent à un peuple nomade, et dans un climat chaud, seront déplacées dans la législation d'un peuple commerçant d'une zone tempérée ; mais ces différences portent sur des détails susceptibles de variations : d'ailleurs, de tous les peuples civilisés de l'Europe, si l'on considère les colonies comme des établissements séparés, il n'y a guère que la Russie dont le territoire soit assez étendu pour que la variété du climat et des habitudes sociales puissent présenter des disparités sensibles. [...] Avec tout le respect dû aux opinions de l'immortel Montesquieu, nous croyons qu'il attache trop d'importance à ces variations. Le droit romain, qui a servi de base aux lois de l'Europe entière, à l'exception de l'Angleterre, prouve contre son système »¹³⁶².

¹³⁵⁹ Ch. MONTESQUIEU (DE SECONDAT DE), *De l'esprit des lois, livres XI-XXI*, Paris, 1877, p. 145.

¹³⁶⁰ *Ibid.*, p. 162.

¹³⁶¹ « Di già avverti Montesquieu [...] che le regole delle successioni non possono essere sempre basate sulli comuni principj di giustizia, ma devono essere conformate secondo l'indole, forma, e principj di quel governo, che si vuole stabilire » (G. M. NEGRI, *Dei difetti...*, *op. cit.*, p. 80).

¹³⁶² J. D. MEYER, *Esprit...*, *op. cit.*, vol. 5, p. 92 à 93.

Meyer préfigure en cela les critiques multiples contre le Livre XIV de l'*Esprit des lois*, considéré par l'historiographie d'aujourd'hui comme un maillon faible de la comparaison de Montesquieu. Le baron y multiplie en effet les préjugés sans preuves scientifiques, et se base sur des constatations elles-mêmes non étayées¹³⁶³. Il est amusant de voir Meyer, pourtant critique de ce déterminisme géographique, faire perdurer la notion de caractère national :

« Le caractère national est le composé des habitudes des individus qui constituent la nation ; il est dépendant des moyens de subsister, des anciennes traditions, de la religion, des mœurs, du climat, de mille autres circonstances pareilles, qu'il n'appartient pas au législateur d'influencer [...] »¹³⁶⁴.

Il est remarquable que des parties du raisonnement de Montesquieu, se retrouvent ainsi dans la littérature juridique des pays libérés entre 1814 et 1825, à une période où le départ des Français favorise – voire rend nécessaire – les distinctions nationales. Se référer à Montesquieu est devenu naturel, peut-être au point de ne plus avoir à le mentionner nommément. Cette observation des mentions et citations directes ou implicites interroge sur la faible place des auteurs français dans un contexte où la législation comparée se déploie en Europe ; la *Concordance*¹³⁶⁵ de Fortuné Anthoine de Saint-Joseph¹³⁶⁶, qui se distingue par son aspect technique et résulte de la constitution d'un véritable réseau européen par l'auteur français, n'est publiée qu'en 1840. La *Thémis*, comme nous le verrons plus tard, ne semble pas connaître un grand retentissement dès 1819. En matière de législation comparée, il semble donc que la littérature juridique française soit de fait à l'écart – soit pour des raisons internes, l'exégèse des

¹³⁶³ À ce sujet, voir P. GOUROU, « Le déterminisme physique dans l'*Esprit des lois* », *Homme*, vol. 3, n°3, 1963, p. 5 à 11 ; C. LARRÈRE, « Montesquieu et l'espace », *Espace et lieu dans la pensée occidentale*, Paris, La Découverte, 2012, p. 147 à 169.

¹³⁶⁴ J. D. MEYER, *Esprit...*, *op. cit.*, vol. 5, p. 13.

¹³⁶⁵ F. ANTHOINE DE SAINT-JOSEPH, *Concordance entre les codes civils étrangers et le Code Napoléon*, Paris, 1840, deuxième édition augmentée, Paris, 1856.

¹³⁶⁶ Fortuné Anthoine de Saint-Joseph (1794 à Lambesc – 1853 à Paris) fait ses études à Marseille ; il entame une carrière dans la magistrature à partir de 1817. En parallèle de ses missions de procureur, puis de juge, Anthoine de Saint-Joseph s'intéresse fortement à la législation comparée. Dans ce cadre, il contribue à la Revue étrangère de législation et d'économie politique, fondée en 1834 par Jean Jacques Gaspard Fœlix. Son grand-œuvre reste la *Concordance entre les codes civils étrangers et le Code Napoléon*, qui malgré de nombreux défauts, représente un travail pionnier en droit comparé – tant par son étendue que par son caractère collectif. En effet, Anthoine de Saint-Joseph compose son ouvrage avec l'aide d'un réseau de juristes européens. À son sujet, voir A. MERGEY, « Le réseau constitué autour d'Anthoine de Saint-Joseph et de la Concordance entre les codes civils étrangers et le Code Napoléon. Entre exaltation d'un nationalisme juridique modéré et promotion d'un fonds juridique commun », *L'idée de fonds juridique...*, *op. cit.*, p. 187 à 221.

codes étant encore majoritaire, soit pour des raisons externes, les pays libérés de l'Empire n'ayant pas intérêt à s'y référer.

II. Une deuxième voie : les échanges épistolaires

L'étude des correspondances des juristes européens entre 1814 et 1825 permet de confirmer, une fois de plus, la place centrale de deux voix majeures dans le paysage doctrinal : Savigny et Bentham. Deux exemples nous permettront d'analyser ce phénomène : la relation épistolaire entre Savigny et Meyer, puis l'échange entre Bentham et Czartoryski.

A) « *Excusez l'importunité* » : de Meyer à Savigny

L'échange entre le Néerlandais et l'Allemand est somme toute assez bref. Il suit une dynamique que l'on retrouve dans d'autres relations épistolaires de Savigny : ce dernier répond moins qu'il ne reçoit. Ce rapport démontre la force d'attraction du pandectiste, et l'intérêt des juristes européens pour son expertise – pas seulement pour son École historique, mais aussi pour ses connaissances en matière de droit romain. Si l'on s'intéresse en particulier à Meyer, le déséquilibre est flagrant. On retrouve quatre lettres de Meyer à Savigny, entre le 19 octobre 1818 et le 27 octobre 1822 ; celles-ci sont rédigées avec soin, et témoignent du profond respect de Meyer pour Savigny. L'ouverture seule de sa première lettre témoigne de sa dévotion :

« Si celui qui respecte la profondeur de vos vues, qui admire l'étendue de vos connaissances et de vos travaux, qui en tâchant de profiter de vos indications [...], qui se fait gloire de reconnaître tout ce qu'il vous doit, peut avoir quelques titres à interrompre un moment vos occupations importantes, je me flatte que vous [voudrez] bien ne pas dédaigner l'hommage du premier volume que je viens de publier d'un ouvrage dont vous reconnaîtrez les premiers éléments, si vous voulez bien vous en occuper ».¹³⁶⁷

Meyer parle probablement ici de son *Esprit*, origine et progrès des institutions judiciaires des principaux pays d'Europe. Nous apprenons donc que le premier volume a été envoyé à Savigny,

¹³⁶⁷ J. D. MEYER, *Brief von Jonas Daniel Meyer an Friedrich Carl von Savigny*, Ms. 925/1410, Marburg, Universitätsbibliothek, 19 octobre 1818.

dans l'espoir d'un retour ; Meyer en profite pour établir deux voies de circulation de la pensée juridique de l'époque, à savoir les recensions et les correspondances :

« Je sou mets à vos lumières les opinions que j'ai hasardées ; et si mon travail méritait votre approbation, je n'ose dire si vous voudriez m'honorer de vos observations soit par la voie des journaux ou par celle d'une correspondance particulière, je m'estimerais récompensé de mes peines »¹³⁶⁸.

Cette première tentative est suivie d'une relance quand, en 1819, Meyer reçoit à son tour un ouvrage de Savigny des mains d'un certain Tydeman¹³⁶⁹ – mais pas de réponse directe concernant le livre qu'il a envoyé¹³⁷⁰. Il est intéressant de remarquer qu'à l'image de Browing à l'égard de Bentham, Savigny s'entoure de disciples qui jouent en quelque sorte un rôle de relais dans les pays voisins. Il semble que Tydeman ait promis une lettre directe de Savigny à Meyer, comme celui-ci le mentionne ; de sorte que le Néerlandais persiste à envoyer les nouveaux tomes de son ouvrage au fil de leur publication en insistant sur son espoir :

« J'avais pris la liberté de vous adresser, comme hommage dû à vos [...] talents et à vos connaissances si éminentes, les trois premiers volumes d'un ouvrage que je publie ; et quoique je n'ai pas reçu la réponse que vous avez bien voulu me faire espérer par une voie indirecte, je me permets de nouveau de vous faire tenir le quatrième volume qui vient de paraître. De nombreuses occupations, celles surtout d'une pratique judiciaire assez étendue, ne me permettent pas de dédier à mes études savantes tout le loisir que je désirerais, mais j'emploie autant que je puis mes moments à faire à pas lents la carrière que vous illustrez de votre profond savoir. Puisse mon ouvrage être digne de fixer un moment votre attention, et si ce n'était pas dérober des instants dus à la chose publique ou aux lettres je m'estimerais trop heureux d'être honoré d'une légère marque de votre attention.

¹³⁶⁸ *Ibid.*

¹³⁶⁹ Hendrik Willem Tydeman (1778 à Utrecht – 1863 à Leiden) obtient son doctorat de droit en 1799 ; d'abord avocat, il manque de devenir professeur à l'université de Harderwijk en 1800, puis prend un poste de professeur de droit à l'école de Deventer. En 1812, il est nommé à l'université de Leyde ; il doit au départ y enseigner le Code Napoléon, mais sous la Restauration, se reporte sur des sujets divers tels que l'économie, la statistique, l'histoire du droit et le droit commercial. Tydeman entretient lui-même une correspondance fournie avec les proches de Savigny : Haubold, Savigny et Grimm comptent parmi ses correspondants. À son sujet, voir J. W. TYDEMAN, « Levensberigt van Mr. Hendrik Willem Tydeman », *Jaarboek van de Maatschappij der Nederlandse Letterkunde*, Leiden, 1863, p. 403 à 450.

¹³⁷⁰ « Votre lettre me ferait espérer quelque nouvelle directe, qui ne m'est pas encore parvenue » (J. D. MEYER, *Brief von Jonas Daniel Meyer an Friedrich Carl von Savigny*, Ms. 925/1411, Marburg, Universitätsbibliothek, 27 juin 1819).

Excusez, Monsieur le Conseiller, l'importunité d'une personne qui vous est inconnue, et qui n'a pas plus grand mérite que celui de savoir admirer vos ouvrages »¹³⁷¹.

Cette troisième lettre, en octobre 1820, témoigne de l'ascendant de Savigny sur Meyer, qui l'appelle « Conseiller d'État intime », « Professeur », « Monsieur le Conseiller ». Savigny est son aîné d'un an seulement, mais à trente-cinq ans, son *Vom Beruf* et sa revue lui ont conféré stature internationale et sagesse scientifique ; il est membre du Conseil d'État prussien depuis 1817. À l'inverse, Meyer traverse alors une période d'incertitude ; l'antisémitisme l'a obligé à quitter la commission pour la rédaction d'une Constitution néerlandaise¹³⁷², et depuis 1817, il se consacre à la pratique et à l'écriture ; sa lettre laisse penser qu'il aimerait lui aussi embrasser une certaine carrière scientifique, du moins accomplir un travail doctrinal d'importance. Sa quatrième lettre, rédigée deux ans plus tard, témoigne encore de ce déséquilibre, alors même que Savigny lui transmet son traité sur le droit romain au Moyen-Âge – toujours sans réponse directe :

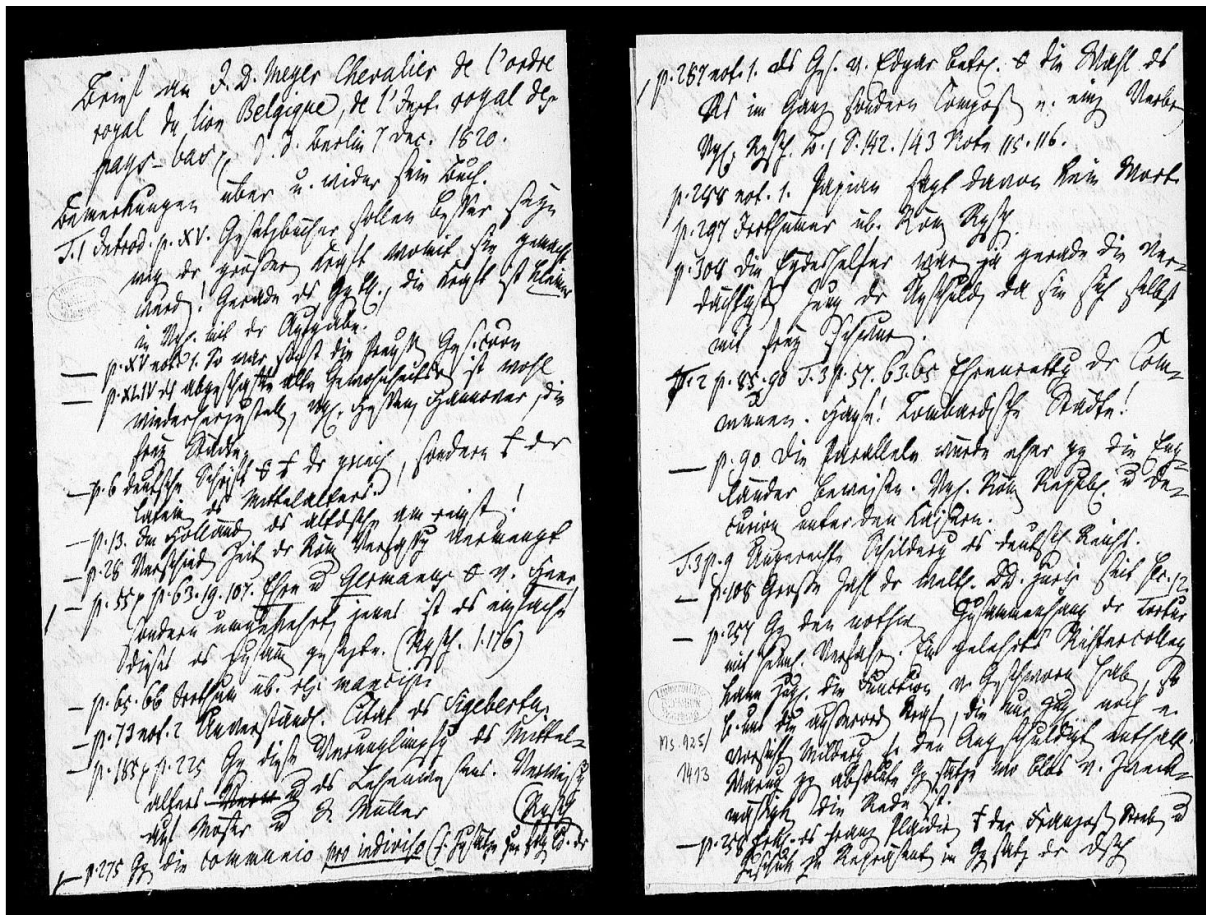
« On vient de me présenter une occasion de vous faire hommage du cinquième volume de mon ouvrage sur les institutions judiciaires, mais on est si pressé que je n'ai que le temps de le recommander, comme les précédents, à votre bienveillante indulgence. Je vous présente en même temps mes très sincères remerciements du précieux cadeau dont vous m'avez honoré en m'envoyant le troisième volume de votre histoire de la jurisprudence romaine dans le Moyen-Âge, que je ne puis assez étudier : vouloir en faire l'éloge serait me donner un air qui ne convient pas à ma médiocrité ; je ne sais que respecter et admirer ce qui sort de votre plume »¹³⁷³.

¹³⁷¹ *Ibid.*

¹³⁷² N. DE BENEDICTY, *Leven en werken...*, *op. cit.*, p. 53 à 55.

¹³⁷³ J. D. MEYER, *Brief von Jonas Daniel Meyer an Friedrich Carl von Savigny*, Ms. 925/1414, Marburg, Universitätsbibliothek, 27 avril 1822.

Enfin, Savigny répond-il à Meyer ? Il est en tout cas sûr qu'il a lu au moins le premier tome de la série de son admirateur. Nous disposons de deux feuillets sans formule de politesse, d'une écriture pressée, dont l'en-tête s'adresse à « J. D. Meyer Chevalier de l'Ordre royal du Lion Belgique, de l'Aigle royal des Pays-Bas », et qui se présentent ainsi¹³⁷⁴ :



Datées du 7 décembre 1820, ces pages ressemblent davantage aux notes de lecture d'un universitaire qui s'apprête à participer à une soutenance de thèse qu'à une lettre : Savigny adresse quelques remarques rapides sur des points précis du premier tome ; on pense que ces feuillets ont bien été reçus par Meyer, et qu'ils ont directement influé sur la suite du projet éditorial. On y voit par exemple une remarque concernant la page 6 et le mot « heer »¹³⁷⁵, sur lequel Meyer apporte une précision dans son quatrième tome publié en 1823 ; or le quatrième tome semble être en cours d'écriture depuis 1820 au moins, puisque Meyer y regrette que la suite du traité sur le droit romain au Moyen-Âge, promise pour le printemps 1821, ne soit pas

¹³⁷⁴ F. C. VON SAVIGNY, *Brief von Friedrich Carl von Savigny an Jonas Daniel Meyer*, Ms. 925/1413, Marburg, Universitätsbibliothek, 7 décembre 1820.

¹³⁷⁵ J. D. MEYER, *Esprit...*, op. cit., vol. 1, p. 6.

encore parue¹³⁷⁶.

En somme, que retenir de cet échange entre Meyer et Savigny ? La manifeste admiration du premier pour le second, d'une part ; et la relative réserve de Savigny, de l'autre. Il serait pourtant erroné de parler de mépris, ou de supposer que le pont allemand a ignoré Meyer : ses remarques détaillées prouvent une lecture attentive. On peut supposer que le manque de suivi de la correspondance résulte d'une raison plus triviale, celle d'un manque de temps. En effet, Savigny ne correspondait pas seulement avec Meyer aux Pays-Bas : on compte parmi ses contacts néerlandais Tydeman, que nous avons mentionné, Holtius¹³⁷⁷, et Warnkönig¹³⁷⁸, lui-même élève de Gustav Hugo. Ces juristes le connaissent surtout pour ses talents de systématisateur et de pandectiste, plutôt que pour sa réputation d'historien, même s'ils connaissent sa doctrine. On peut donc voir que dans les Pays-Bas, comme dans les États d'Italie, de nombreux auteurs sont des satellites dans la galaxie savignienne. Qu'en est-il des contacts entre Bentham et Czartoryski ?

¹³⁷⁶ J. D. MEYER, *Esprit...*, *op. cit.*, vol. 1, p. 168 à 169.

¹³⁷⁷ Adrianus Catharinus Holtius (1786 à Koudekerk – 1861) obtient un doctorat de droit en 1811. Il démarre une carrière d'avocat, puis enchaîne des postes au sein des tribunaux avant de devenir professeur de droit et de grec à l'athénée de Deventer en 1814. Pour progresser et se renouveler, Holtius demande à partir pour Göttingen : il y suit des cours, et en 1821, devient professeur à Groningen ; un an plus tard, il prend un poste à Louvain. Les années 1830 sont celles de multiples voyages : Holtius passe par Paris, où il rencontre Pardessus, et Londres ; il est en Suisse quand il apprend la révolte et la sécession des Belges ; il poursuit cependant ses voyages et fait un tour d'Italie, récoltant des sources documentaires dans six villes ; il rentre enfin à Utrecht, où il devient professeur de droit romain pour des amphithéâtres très réduits – on lui compte moins de dix étudiants. Les années 1840 marquent un nouveau départ pour un tour européen. Holtius visite Naples, l'île de Sicile, puis monte en Ecosse, au Danemark et en Norvège, repasse par Naples, et fait un détour par la péninsule ibérique. Il ne revient à Utrecht que dans les années 1850, devient émérite six ans plus tard, et décède de maladie. Il est surtout connu pour son apport au droit commercial et son attachement à l'École historique du droit ; en 1840, il est décoré de l'Ordre du Lion de Belgique. À son sujet, voir ANONYME, « Adrianus Catharinus Holtius », *Biographisch woordenboek der Nederlanden*, vol. 8, 1867, p. 1009 à 1015.

¹³⁷⁸ Leopold August Warnkönig (1794 à Bruchsal – 1866 à Stuttgart) est d'abord élève d'Anton Thibaut à Heidelberg ; il devient ensuite professeur à Göttingen, mais quitte rapidement l'Allemagne pour prendre un poste à l'Université de Liège en 1817, puis à Louvain en 1827. Si la révolution belge l'écarte un moment, il redevient professeur à Gand en 1831, pour rentrer cinq ans plus tard en Allemagne. Avec Holtius, il contribue à la *Thémis* en tant que représentant majeur de l'École historique du droit, et est considéré par une partie de l'historiographie belge comme le fondateur de l'école d'histoire du droit belge, notamment par la publication de son *Histoire du droit belge* (sic) pendant la période franke (sic) à Bruxelles en 1837, et ses *Recherches sur la législation belge au moyen-âge*, à Gand en 1834. À son sujet, voir G. WILD, « Leopold August Warnkönig 1794-1866. Ein Rechtslehrer zwischen Naturrecht und historischer Schule und ein Vermittler deutschen Geistes in Westeuropa », *Freiburger rechts- und staatswissenschaftliche Abhandlungen*, vol. 17, 1961.

B) « *Look out and provide* » : de Bentham à Czartoryski

Nous souhaitons explorer cette relation pour deux raisons principales. La première est quantitative – il nous semble important d'étudier un autre front du combat d'influence benthamien, en sus de l'Espagne. La seconde est qualitative, la comparaison entre les correspondances savignienne et benthamienne présentant un grand intérêt. En effet, contrairement à Savigny, qui semble recevoir davantage qu'il n'envoie, Bentham se montre proactif dans ses relations avec les juristes et législateurs européens¹³⁷⁹. C'est lui qui, en janvier 1814, contacte le tsar Alexandre avec une proposition directe : il lui offre ses services en matière législative. Bentham n'hésite pas à faire état de son âge avancé, gage d'expérience, de ses mentions dans les œuvres législatives majeures de ces dernières années :

« Sire !

L'objet de cette lettre est de soumettre à votre Majesté Impériale une offre concernant la législation. J'ai soixante-six ans. Sans commission d'aucun gouvernement, pas moins de cinquante de ces années ont été consacrées à ce domaine. Mon ambition est d'employer mes années restantes, aussi loin que l'on puisse aller dans ce Pays, à travailler à l'amélioration de l'état du Gouvernement dans le vaste Empire de votre Majesté. [...]

Depuis [1805], l'Europe a vu promulgués en son sein deux corps de lois étendus : un par l'Empereur des Français, un par le Roi de Bavière. Ces deux-là sont les seuls corps de lois d'une importance aussi considérable, à être parus durant les cinquante dernières années. Dans celui qu'a promulgué l'Empereur des Français, on trouve un code pénal complet. Dans la préface de cette œuvre officielle, mon œuvre officieuse est mentionnée avec honneur : parmi les morts, Montesquieu, Beccaria et Blackstone ; parmi les vivants [...], aucun travail si ce n'est le mien. Dans le Code bavarois, [...] une mention bien plus abondante, particulière et copieuse est faite de mon travail [...].

En France sous le règne direct de Napoléon, en Bavière sous l'influence de Napoléon, [...] la mention [...] du travail d'un Anglais vivant ne pouvait que susciter mon admiration. [...]

Dans la constitution de l'enveloppe humaine, certaines fibres sont les mêmes en tous lieux et en tout temps ; d'autres changent en fonction du lieu et de l'époque. Pour ces dernières, cela a toujours été l'un de mes soucis constants [...] de prêter attention et de subvenir. Je ne suis pas totalement inexpérimenté concernant les particularités de la Russie. J'y ai passé deux de mes années les plus attentives¹³⁸⁰.

¹³⁷⁹ L. O'SULLIVAN et C. FULLER (dir.), *The Correspondence of Jeremy Bentham*, Oxford, Clarendon Press, 2006, 14 volumes.

¹³⁸⁰ Bentham a séjourné en Russie de janvier 1786 à décembre 1787.

Les codes sur le modèle français sont déjà à la vue de tous. Demandez, Sire, et la Russie produira un modèle à elle, et ensuite vous laisserez l'Europe juger »¹³⁸¹.

Le rappel des premières grandes lignes de sa doctrine, de sa méthode de travail¹³⁸², et même le refus de toute rémunération¹³⁸³, ajoutent au caractère concret de sa proposition. Il est possible d'y voir une deuxième divergence avec Savigny : Bentham vise directement un souverain, espérant l'aider à devenir un souverain codificateur ; là où Savigny semble préférer, avec logique, le milieu scientifique et académique. Le tsar répond à Bentham, un an et trois mois plus tard, brièvement, en français – langue diplomatique. Il y joint une bague en un gage de son intérêt. La lettre est rédigée à Vienne ; on devine qu'Alexandre se trouve encore au Congrès. L'offre de Bentham est transmise à la commission législative créée par le tsar, qui travaille depuis 1801 à la rédaction d'un code de lois russe¹³⁸⁴. La lettre est en réalité jointe à celle d'Adam Czartoryski, qui écrit lui aussi en français. On comprend qu'il se trouve au Congrès de Vienne au côté du tsar, qu'il a servi d'intermédiaire entre Bentham et Alexandre en lui transmettant sa lettre, et que la guerre les a empêchés de répondre plus tôt¹³⁸⁵. C'est la première fois que la Pologne entre dans l'échange épistolaire : « Vous ne refuserez pas de nous éclairer aussi de vos lumières dans tout ce qui pourrait avoir rapport à la législation que Sa Majesté

¹³⁸¹ « Sire! The object of this address is to submit to Your Imperial Majesty an offer relative to the department of Legislation. My years are sixty six. Without commission from any Government, not much fewer than fifty of them have been occupied in that field. My ambition is to employ the remainder of them, as far as can be done in this Country, in labouring towards the improvement of the state of the branch of Government in your Majesty's vast Empire. [...] Since [1805], Europe as seen *two* extensive bodies of law promulgated within its limits: one by the *French Emperor* the other by the *King of Bavaria*. These two are the only bodies of law of any such considerable extent, that have made their appearance *within the last half century*. Of the one promulgated by the *French Emperor* a complete *penal* code formed a part. In the preface to that authoritative work, my unauthoritative one is mentioned, with honour: among the *dead*, *Montesquieu*, *Beccaria* and *Blackstone*; among living names, [...] none but *mine*. In the *Bavarian Code*, [...] much more, *particular as well as copious mention* is made of that work of mine [...]. In *France* under the immediate rod of Napoleon, in *Bavaria* under the influence of Napoleon, [...] the notice [...] of the work of a living Englishman, could not but call forth my admiration. [...] In the texture of the human frame, some fibres there are which are the same in all *places* and at all *times*: others which vary with the *place* and with the *time*. For these last, it has been among my constant and pointedly manifested cares to look and provide. Of the particularities of Russia I am not altogether without experience. Two of the most observant years of my life were passed within her limits. Codes upon the *French* pattern are already in full view. Speak the word, Sire, *Russia* shall produce a pattern of her own, and then let Europe judge » (J. BENTHAM, *The Correspondence of Jeremy Bentham*, t. 6, Oxford, Clarendon Press, 1984, p. 370).

¹³⁸² *Ibid.*, p. 370 à 371.

¹³⁸³ *Ibid.*

¹³⁸⁴ *Ibid.*, p. 454 à 455.

¹³⁸⁵ *Ibid.*, p. 455.

Impériale daignera accorder à la Pologne »¹³⁸⁶.

Il faut rappeler que les deux hommes se sont rencontrés le 27 juin 1814 ; ils ont échangé pendant deux heures au sujet d'une éventuelle codification polonaise, et en 1815, si ses espoirs pour la Russie s'amenuisent, Bentham semble certain que la codification du droit polonais lui reviendra¹³⁸⁷. Sa réponse au prince, en juin 1815, aborde déjà quelques détails pratiques : il commence par dire que Czartoryski ne devrait plus servir d'intermédiaire au tsar, et que les deux correspondances – vers la Russie et vers la Pologne – doivent être strictement séparées¹³⁸⁸. Il s'enquiert ensuite des travaux déjà accomplis par la Pologne en matière de codification, notamment d'un code constitutionnel datant de la fin du règne de Stanislas I^{er} (dans la première moitié du XVIII^e), dont il se demande s'il pourrait servir de base à un code futur¹³⁸⁹. Une fois de plus, il s'empresse de chercher des attaches personnelles avec le pays où il voudrait légiférer : à propos de la Russie, il mentionnait son séjour long de deux ans ; avec la Pologne, c'est son amitié avec John Lind, neveu du roi Stanislas, qui le pousse à prier pour le pays depuis « quarante ans »¹³⁹⁰. Le lien semble ténu, d'autant plus lorsque Bentham tente de rattacher Lind à Czartoryski lui-même – à son père, ou à son oncle ?¹³⁹¹ – mais cela dénote une réelle volonté de Bentham d'être accepté et surtout embauché par la Pologne.

Ce dernier échange révèle une autre différence entre Savigny et Bentham : il n'y a pas de déséquilibre entre les deux parties. Certes, Czartoryski s'adresse à l'Anglais pour obtenir conseil, mais les deux hommes s'écrivent d'égal à égal. Ce n'est pas le cas, nous l'avons vu, de sa relation épistolaire avec Nuñez ; dans cette configuration-là, l'aura de Bentham se rapproche davantage de celle de Savigny. Peut-être parce qu'il s'agissait des lettres d'un jeune professeur, et que le milieu scientifique et universitaire doit répondre à d'autres exigences de forme. Peut-être tout simplement qu'une alchimie particulière a pu se créer entre Bentham et Czartoryski, quoique cette alchimie ne dure pas : en décembre 1815, contre toute attente, Józef Zajączek est

¹³⁸⁶ *Ibid.*

¹³⁸⁷ M. KAINO, « Bentham's Concept of Security in a Global Context: the Pannomion and the Public Opinion Tribunal as a Universal Plan », *Journal of Bentham Studies*, vol. 11, n° 1, 2009.

¹³⁸⁸ J. BENTHAM, *The correspondence...*, *op. cit.*, p. 459 à 460.

¹³⁸⁹ *Ibid.*, p. 460 à 461.

¹³⁹⁰ *Ibid.*, p. 460.

¹³⁹¹ *Ibid.*

nommé vice-roi de Pologne plutôt que Czartoryski ; celui-ci est donc privé de tout pouvoir d'initiative concernant la législation de son pays. Son contact privilégié devenu impuissant, Bentham se désintéresse peu à peu de la cause polonaise.

En somme, l'étude de ma correspondance des deux principales voix doctrinales concurrentes du modèle français entre 1814 et 1825 révèle deux profils très différents. D'abord à propos des personnalités : d'un côté, un Savigny efficace, pressé et parfois inaccessible ; de l'autre, un Bentham expansif, enjoué, mais à l'intérêt volatile. Ensuite à propos des objectifs : Savigny n'a jamais prétendu légiférer ; à l'inverse, la législation, et plus précisément la codification, sont le but premier de Bentham. Enfin, à propos de leurs résultats : Savigny, dans ses réponses aux dizaines de lettres de collègues juristes, accomplit surtout un travail concret et pratique, en annotant des ouvrages, en conseillant sur certains termes ; Bentham, quant à lui, propose immédiatement de s'atteler à une tâche considérable, avec un schéma semblable pour chaque pays, croyant que son *Pannomion* est une solution transposable à toute l'Europe avec de légers ajustements. L'un accomplit un travail de science juridique pure, l'autre n'obtient que des résultats très mitigés.

III. Une troisième voie : l'échange et l'accueil

L'instabilité politique de l'Europe des Restaurations n'empêche pas les juristes de voyager. Certes, les circulations d'enseignants se réduisent à la chute de Napoléon, les corps professoraux devenant de plus en plus nationaux¹³⁹² ; mais cette diminution des voyages touche moins les chercheurs en quête de sources documentaires et les étudiants. On observe en effet un grand nombre de déplacements, notamment pour les traditionnels voyages d'études : des étudiants cherchent à élargir leurs horizons et à se construire un réseau européen, en se rendant sur place pour rencontrer des collègues étrangers. Comme pour les correspondances, on remarque une prééminence de certaines destinations, voire de certaines universités : Göttingen accueille des juristes en formation, et donc, met en contact les auteurs européens avec la science historiciste du droit, par exemple avec des Néerlandais tels qu'Holtius et Tydeman.

¹³⁹² R. CAHEN, J. DE BROUWER, FREDERIK DHONDT ET M. JOTTRAND (dir.), *Les professeurs allemands en Belgique*, Bruxelles, ASP, 2021, p. 26.

Les États italiens constituent également des destinations privilégiées. On y remarque surtout l'accueil d'Allemands, venus découvrir et récolter des sources antiques. Pour s'en rendre compte, il convient d'étudier certains noms cités par Rossi¹³⁹³. Moser, Hugo, Savigny, Eichhorn, Göschen, Niebuhr et Haubold nous sont tous familiers¹³⁹⁴ ; il convient de rappeler leurs affinités italiennes. Lorsque Rossi le mentionne en 1820, Niebuhr est ambassadeur de Rome pour l'État prussien ; il occupe ce poste depuis 1816. Le polyglotte, co-fondateur de la société des sciences historiques philologiques, entretient une véritable passion pour la culture romaine antique qu'il s'attache à étudier¹³⁹⁵. Si elle ne concerne pas le domaine juridique a priori, l'importance de l'œuvre de Niebuhr pour le développement de l'historicisme allemand est considérable : en effet, lorsqu'il accepte le poste d'ambassadeur à Rome en 1816, Niebuhr opère une série de découvertes bibliographiques. Dans la bibliothèque du chapitre de Vérone, il exhume un exemplaire perdu des *Institutes* de Gaius ; il prévient aussitôt Savigny, pensant qu'il a trouvé un morceau de l'œuvre d'Ulpian. Savigny publie l'ouvrage, et Göschen commente les textes dans la *Zeitschrift*¹³⁹⁶ dont il est cofondateur. Niebuhr trouve également des fragments de Cicéron, de Tite-Live, et participe à l'élaboration du *Beschreibung Roms* (« Description de la ville de Rome »), une topographie de la Rome ancienne¹³⁹⁷. Haubold, quant à lui, est l'un des précurseurs de l'École : avec son collègue Hugo, il réveille « le goût des fortes études et de la vérité historique »¹³⁹⁸. Sa méthode servira d'inspiration à son ami Savigny pour la rédaction de son *Vom Beruf*. En 1816, Haubold fournit une aide décisive dans la découverte des *Institutes* de Gaius par Niebuhr ; il y voit le commencement d'une « nouvelle époque » pour « l'étude des sources romaines »¹³⁹⁹. Dès 1827, dans une recension du *Vom Beruf*, Lerminier explique que la place prépondérante du droit romain dans les études historiques allemandes a créé des liens indissociables entre l'École historique et le domaine de la philologie, nécessaire

¹³⁹³ « Grâces soient rendues aux Moser, aux Hugo, aux Savigny, aux Niebuhr aux Eichhorn, aux Haubold, aux Göschen ! » (P. ROSSI, « De l'étude du droit... » *op.cit.*, p. 312).

¹³⁹⁴ Cf. *supra*.

¹³⁹⁵ Cf. *supra*.

¹³⁹⁶ G. J. GÖSCHEN, « Über die Res quotidianae des Gajus », *Zeitschrift...*, *op. cit.*, vol. 1, p. 44 à 53.

¹³⁹⁷ E. Z. PLATNER et L. URLICHS, *Beschreibung Roms. Ein Auszug aus der Beschreibung der Stadt Rom*, Stuttgart et Tübingen, J. G. Cotta'scher Verlag, 1845.

¹³⁹⁸ F. C. VON SAVIGNY, *De la vocation de notre temps... op.cit.*, p. 227.

¹³⁹⁹ G. SCHUBART-FIKENTSCHEK, *op.cit.*

au déchiffrement des sources¹⁴⁰⁰. Cette nécessité pousse les historiens allemands du droit à recourir à des intermédiaires afin de se procurer des sources, mais aussi parfois à se rendre eux-mêmes sur le terrain. Ainsi, l'École historique n'a pas seulement influencé les Italiens depuis l'Allemagne : certains de ses représentants se sont rendus physiquement dans la péninsule pour y appliquer leur méthode, à la confluence de plusieurs disciplines complémentaires.

Dans les années 1990, Laura Moscati a réinterprété la place que l'historiographie accordait jusqu'ici à la présence savignienne dans la péninsule. Elle est précoce, sans que l'on puisse y voir pour autant l'organisation d'une véritable École historique italienne¹⁴⁰¹. En effet, cette présence savignienne se traduit surtout par le regain d'importance des recherches bibliographiques et les voyages en Italie :

« [...] Les relations [de Savigny] avec notre pays, que Tarello avait fait remonter à l'époque de ses voyages en Italie, ont été rétrodatées d'une vingtaine d'années, remontant au début du XIX^e siècle, dans le contexte d'un premier intérêt, temporaire, mais croissant, de l'historiographie juridique italienne envers la culture allemande. Dans ce contexte, la pensée de Savigny [...] apparaît [...] comme le résultat d'initiatives isolées plutôt que d'expériences plus vastes se référant à de véritables courants de méthodes, ou à des caractéristiques d'écoles. Et pourtant, dans ces milieux circonscrits quoiqu'actifs, mûrit une nouvelle science juridique, portée par des esprits vifs qui tentent de sortir des augustes schémas de l'époque, où sans doute la pratique du droit était privilégiée par rapport à la libre expérience de la recherche, comme l'illustre la découverte du Gaius de Vérone »¹⁴⁰².

Ces initiatives individuelles se remarquent en sens inverse : les universités allemandes, notamment Göttingen, sont attractives pour la jeunesse européenne. Plus précisément encore, Savigny lui-même représente une force d'attraction. Ce phénomène est révélé par les lettres de recommandation de Pellegrino Rossi. Lui-même voyage beaucoup, et mène une carrière résolument européenne : il enseignera à Bologne, Genève, Paris, puis Rome. On sait que

¹⁴⁰⁰ « En 1803 M. de Savigny publia son beau *Traité de la possession* ; en 1811, M. Niebuhr la première édition de son *Histoire romaine*. Ainsi la philologie commençait à accomplir sa mission de lier la chaîne des temps et de nous rendre familiers avec l'antiquité et les peuples qui nous ont précédés » (E. LERMINIER, « De la vocation de notre siècle pour la législation et la science du droit, par M. de Savigny », *Le Globe. Recueil philosophique et littéraire*, t. V, n°59, 18 août 1827, p. 309).

¹⁴⁰¹ L. MOSCATI, « Savigny in Italia. Sulla fase iniziale della recezione », *Panorami*, vol. 2, 1990, p. 61.

¹⁴⁰² L. MOSCATI, « Savigny e l'Italia : vent'anni dopo », *op.cit.*, p. 566 à 567 ; voir également L. MOSCATI, « Savigny in Italien », *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte*, n°19, 1997, p. 17 à 30.

« l'homme aux quatre vies »¹⁴⁰³ a écrit au moins une douzaine de fois à Savigny ; deux de ces lettres, datées du 25 avril 1822 et du 14 septembre 1823, sont des recommandations. Rossi est alors professeur à Genève. Il y occupe trois des cinq chaires, en droit romain, droit criminel, droit public et international¹⁴⁰⁴ ; il a pour collègue le fameux réformateur Bellot¹⁴⁰⁵. On lui a accordé la bourgeoisie d'honneur, malgré son catholicisme et sa réputation de révolutionnaire¹⁴⁰⁶. Dans la première de ces lettres, Rossi précise bien qu'il n'a jamais été en contact direct avec Savigny ; il se permet cependant, comptant sur la bienveillance de ce dernier, de lui présenter un étudiant genevois qui s'apprête à venir étudier en Allemagne :

« J'espère que vous ne me trouverez pas trop hardi en me voyant prendre l'initiative pour vous présenter un jeune homme qui appelé en Allemande par le désir d'approfondir l'étude du droit, s'estime très heureux de pouvoir connaître personnellement celui dont il connaît déjà la haute renommée [...]. Ce jeune homme est Monsieur Micheli de Genève, fils [...] de l'un des plus respectables citoyens de cette République. Il a pris pendant une année mon cours de droit [...]. J'ose vous le présenter, Monsieur, et vous le recommander. Je n'ai pris, et c'est bien à mon grand regret, l'honneur d'être en relation directe avec vous. Mais je sais qu'à la haute science vous savez allier la bonté, ce qui me fait espérer que vous voudrez pardonner cette liberté à l'un de vos plus sincères admirateurs [...] »¹⁴⁰⁷.

Ce n'est pas l'unique fois où Rossi recommande un étudiant à Savigny. Le 14 septembre 1823, il s'en amuse même : « Je crains fort, Monsieur le Conseiller, que vous ne me trouviez fatigant avec les lettres de recommandation que je me permets de vous adresser »¹⁴⁰⁸. On apprend dans cette lettre que le premier étudiant, ledit Micheli, a été bien reçu : « la bonté que vous avez témoignée à celui de mes élèves qui vous présenta la première lettre, et votre célébrité sont les causes de votre succès ». Il est intéressant de remarquer que si les voyages des étudiants vers

¹⁴⁰³ M. RUINI, « Les quatre vies de P. Rossi », *New Historical Review*, XIII, 1929.

¹⁴⁰⁴ J. GRAVEN, *Pellegrino Rossi, grand européen. Hommage pour le centième anniversaire de sa mort. 1848-1948*, Genève, Librairie de l'Université, 1949, p. 18. Sur l'intégration de Rossi à Genève, voir A. DUFOUR, « Hommage à Pellegrino Rossi (1787-1848), Genevois et Suisse à vocation européenne », *Archive ouverte UNIGE* [en ligne], consulté le 22/02/2022.

¹⁴⁰⁵ J. GRAVEN, *Pellegrino Rossi, grand européen...*, *op. cit.*, p. 18.

¹⁴⁰⁶ Rossi est finalement bien adopté par Genève, à tel point qu'il épousera avec dispense une protestante, Jeanne-Charlotte Melly. J. GRAVEN, *Pellegrino...*, *op. cit.*, p. 18.

¹⁴⁰⁷ P. ROSSI, *Brief von Pellegrino Luigi Odoardo Rossi an Friedrich Carl von Savigny*, Ms. 925/1516, Marburg, Universitätsbibliothek, 25 mai 1822.

¹⁴⁰⁸ P. ROSSI, *Brief von Pellegrino Luigi Odoardo Rossi an Friedrich Carl von Savigny*, Ms. 925/1517, Marburg, Universitätsbibliothek, 14 septembre 1823.

l'Allemagne sont des initiatives individuelles, il se produit une sorte de coordination par l'intermédiaire de Rossi, qui reçoit les vœux de ses étudiants et s'attèle à les recommander au juriste allemand le plus connu. Ces lettres révèlent en effet le degré de célébrité de Savigny, qui attire très fortement la jeunesse européenne : « Les jeunes gens qui ont pris du goût pour la science du droit, et qui ont le but de continuer et de perfectionner leurs études, désirent avant tout avoir l'honneur de vous connaître et l'avantage de vous entendre »¹⁴⁰⁹. L'heureux recommandé est cette fois un certain « Seurlin de Genève » ; Rossi cherche à rassurer Savigny, en mentionnant que « sa timidité, quoique bien grande, n'ôte rien ni à la vivacité de son application ni à la promptitude de son intelligence »¹⁴¹⁰.

L'Allemagne et l'Italie ne sont pas les seules destinations privilégiées des auteurs voyageurs : nous avons également pu observer l'existence d'une diaspora espagnole en Angleterre, exilée après le retour de Ferdinand VII, et qui se retrouve en contact avec Bentham ; le périodique *El Español*, publié à Londres par Blanco White, figure des exilés espagnols, discute à la fois des mouvements de Napoléon et des œuvres du philosophe anglais¹⁴¹¹. Les pays libérés sont donc un espace de déplacements constants, que ce soit par choix ou au fil des bouleversements politiques. Ces déplacements favorisent la création de liens doctrinaux, et l'expansion de deux écoles – l'école savignienne et l'école benthamienne.

IV. Une quatrième hypothèse : les revues et recensions

À première vue, la situation générale de la littérature périodique en Europe ne change pas fondamentalement au lendemain du départ des Français. Comme sous l'occupation napoléonienne, la production reste dépendante du contexte politique et du niveau de la censure ; comme sous l'occupation, on ne trouve pas de revues spécialisées dans les affaires juridiques, et les recensions d'ouvrages paraissent dans les colonnes de revues généralistes. Ainsi, les textes de Thibaut, Savigny, Rehberg ou encore Brinkmann traitant du modèle français sont commentés

¹⁴⁰⁹ *Ibid.*

¹⁴¹⁰ *Ibid.*

¹⁴¹¹ J. BLANCO WHITE, *El Español*, vol. 8, Londres, 1814, p. 25.

dans l'*Allgemeine Literatur-Zeitung*¹⁴¹², dans l'*Heidelberger* ou dans le *Leipziger*¹⁴¹³. Les ouvrages italiens qui abordent les codes napoléoniens peuvent faire l'objet de recensions dans le *Conciliatore*¹⁴¹⁴ ou encore dans la *Biblioteca Italiana*¹⁴¹⁵. Cependant, deux éléments permettent de nuancer ce tableau. D'abord, les recensions d'œuvres étrangères sont fréquentes. Ensuite, parmi la production généraliste, deux exceptions ont pu émerger : la *Zeitschrift* de l'École historique allemande et la *Thémis* comparatiste française. Ces deux faits se complètent ; en effet, la *Zeitschrift* comme la *Thémis* contiennent des contributions étrangères, ou font la recension de textes de divers auteurs européens. L'observation des recensions inter-européennes dans les revues généralistes révèle non seulement une circulation de la littérature juridique, mais aussi des débats entre auteurs (A) ; la recension de la *Thémis* par la *Zeitschrift* peut, par exemple, donner des indications sur la perception de la littérature juridique française par l'École historique (B).

A) Les recensions des généralistes

Les revues ne se contentent pas d'annoncer les publications nationales : elles font parfois le commentaire d'œuvres étrangères, voire font le portrait d'auteurs européens. Les influences benthamiennes et allemandes s'observent régulièrement. À côté d'*El Español*, dans lequel l'auteur remercie notamment Étienne Dumont pour ses traductions de Bentham¹⁴¹⁶, il est aussi possible de citer *El Constitucional* ; en 1820, le journal fournit une recension des Conseils de Bentham aux *Cortes*, qu'il présente comme « un petit ouvrage », incomparable avec ses fameux Principes de la législation ou avec sa Théorie des peines et des récompenses. On y découvre

¹⁴¹² ANONYME, « Über den Code Napoleon und dessen Einführung in Deutschland, von Auguste Wilhelm Rehberg », *Allgemeine Literatur-Zeitung*, vol. 1, janvier 1814, p. 4

¹⁴¹³ ANONYME, « Vom Beruf inserer Zeit für Gesetzgebung une Rechtswissenschaft. Von D. Friedrich Carl von Savigny », *Leipziger Literatur-Zeitung*, n°234, septembre 1815, p. 1865 à 1871.

¹⁴¹⁴ G. PECCHIO, « Difese Criminali dell'avvocato Giuseppe Marocco di Milano, ad uso della gioventù iniziata nello studio della giurisprudenza pratica criminale, etc. Tomo I. Milano 1818 », *Il Conciliatore. Foglio Scientifico Letterario*, n°23, novembre 1818, p. 90 à 91 ; ANONYME, « Intorno alla Vita ed alle Opere del conte Giambattista Vorniani. Memorie di Camillo Ugoni », *Il Conciliatore. Foglio Scientifico Letterario*, n°34, décembre 1818, p. 133 à 135.

¹⁴¹⁵ ANONYME, « Principii della legislazione criminale e della riforma de' Codici criminali, dell' avv. Filippo Foderà », *Biblioteca Italiana, o sia giornale di letteratura scienze ed arti compilato da vari letterati*, t. VII, août et septembre 1817, p. 28 à 42.

¹⁴¹⁶ Sans Dumont, « les meilleures œuvres de Mr. Bentham seraient perdues pour l'Europe parmi la multitude de manuscrits que sa scrupulosité, et son perfectionnisme excessif tiennent enfermés dans les armoires de sa bibliothèque » (J. BLANCO WHITE, *El Español*, vol. 8, 1814, p. 25).

une nouvelle preuve de l'image positive de Bentham en Espagne :

« La réputation de Bentham est si solidement établie par le mérite incontesté de ses œuvres, que son nom seul suffit à accréditer tout ce qui sort de sa plume. Infatigable défenseur des droits imprescriptibles du peuple, auteur ingénieux et profond des théories les plus nouvelles et les plus intéressantes dans le domaine de la législation, propagateur zélé de grandes et généreuses idées, inventeur de réformes entièrement différentes de tout ce qui a été pensé jusqu'ici par les novateurs : tels sont les droits de ce célèbre Anglais à l'admiration et à la reconnaissance de tous les amis de l'humanité »¹⁴¹⁷.

Le même journal, dans un numéro de novembre 1820, intitule l'un des articles : « *Códigos* »¹⁴¹⁸. Dans le cadre des discussions des *Cortes* autour du code pénal espagnol, l'auteur discute de la codification pénale en général, et du concept de peine. L'expertise de Bentham en la matière est louée :

« Bentham nous paraît aussi clair et lumineux qu'il l'est dans tous ses écrits, lorsqu'il définit ainsi la peine légale : c'est un mal, dit-il, qui est infligé par des formes légales à celui qui est convaincu de quelque acte préjudiciable, interdit par la loi, dans le but de prévenir des actes semblables »¹⁴¹⁹.

Concernant l'École historiciste allemande dans les revues espagnoles, nous avons pu étudier la recension du *Vom Beruf* faite en 1820¹⁴²⁰. De son côté, la *Biblioteca Italiana* relaie les avancées de l'École historique allemande, notamment les découvertes faites par Savigny et ses confrères. L'étude des revues permet de réaliser que l'influence historiciste ne fait pas l'unanimité dans la littérature juridique italienne. Le numéro de décembre 1819 fait la recension d'un ouvrage sur la littérature allemande par Angelo Ridolfi – professeur et philologue dont on

¹⁴¹⁷ « La reputación de Bentham está tan sólidamente establecida por el distinguido mérito de sus obras, que solo su nombre basta para acreditar cuanto sale de su pluma. Defensor infatigable de los derechos imprescriptibles de los pueblos, autor ingenioso y profundo de las más nuevas e interesantes teorías en materia de legislación, celoso propagador de las ideas grandes y generosas, inventor de reformas enteramente distintas de cuanto habían pensado hasta ahora los innovadores: tales son los derechos de aquel célebre inglés a la admiración y al reconocimiento de todos los amigos de la humanidad » (ANONYME, « Consejos que dirige á las Cortes y al pueblo español Jeremias Bentham », *El Constitucional*, n° 467, août 1820, p. 4).

¹⁴¹⁸ ANONYME, « *Códigos* », *El Constitucional*, n°551, 10 novembre 1820, p. 1 à 3.

¹⁴¹⁹ « Bentham nos parece tan claro, y luminoso como lo es en todos sus escritos, cuando define del modo siguiente la pena legal : es un mal, dice, que se influye con formas jurídicas al que esta convicto de algún acto perjudicial, prohibido por la ley, con el objeto de evitar actos semejantes » (ANONYME, « *Códigos* », *op. cit.*, p. 1).

¹⁴²⁰ ANONYME, « De la vocacion... », *op. cit.*

connaît les liens avec l'École historique¹⁴²¹. On y relaie l'idée de Ridolfi selon laquelle « l'Europe doit à l'Allemagne les progrès de la jurisprudence universelle et particulière ». L'auteur de la recension exprime des doutes à ce sujet : « peu de lecteurs seront d'accord » sur cette position, « malgré les noms de Grotius, Puffendorf, Thomas, Savigny, Niebuhr (sic) et autres ». Les noms des Allemands restent donc un gage de prestige ; malgré tout, Ridolfi en « fait une mention peut-être trop brève pour prouver le postulat en question »¹⁴²². Les revues italiennes deviennent d'ailleurs le théâtre d'un scandale entre juristes italiens et allemands. Tout commence quand en 1820, le *Giornale arcadico* annonce la publication de fragments de Cicéron par Niebuhr. L'auteur de la recension détaille le travail d'archéologie documentaire des Allemands ; il annonce attendre avec impatience la publication des fragments, découverts par l'ambassadeur :

« [...] après les progrès de la chimie, et les nombreuses preuves de l'application inoffensive de l'hydroxyde de potassium sur les vieux parchemins, son Éminentissime Monsieur le Cardinal Consalvi, Secrétaire d'État de Notre Seigneur le Roi, a permis cette expérience à Son Éminent Monsieur B. G. Niebuhr, ministre de la Cour royale de Prusse auprès du Saint-Siège. Ce très intelligent investigateur de monuments littéraires et scientifiques s'est attelé à cette tâche ardue et pénible avec d'autant plus d'ardeur, et un bon présage de succès, dans la bonne fortune qui l'avait peu auparavant secondé dans l'intéressante découverte faite à Vérone des Institutes de Gaïus. Nous nous réjouissons d'avoir ce trésor en vue et d'en faire état dans notre Journal dès que le juriste exalté Goeschen [...] aura achevé la publication déjà effectuée sous les auspices de l'Académie royale de Berlin. [...] Aujourd'hui [Niebuhr] fait heureusement don à la république littéraire de ses diverses et heureuses découvertes par le biais de ce petit volume, dont nous rendons compte dans la mesure où un ouvrage de cette nature l'exige »¹⁴²³.

¹⁴²¹ L. MOSCATI, « Savigny e l'Italia... », *op. cit.*, p. 566.

¹⁴²² « Sostiene pure l'autore che l'Europa debba alla Germania i progressi della giurisprudenza universale e particolare, nel che forse non converranno molti lettori, malgrado i nomi di Grozio, di Puffendorf, di Tommasio, di Savigny, di WiebuB. G. Niebuhr e di altri, dei cui lavori si fa un cenno forse troppo succinto per provare l'aperta proposizione » (ANONYME, « Prospetto generale della letteratura tedesca di Angelo Ridolfi », *Biblioteca Italiana, o sia giornale di letteratura scienze ed arti compilato da vari letterati*, t. XVI, décembre 1819, p. 291).

¹⁴²³ « [...] dopo i progressi della Chimica, e le molte riprove sull'innocua applicazione dell'idrosolfureo di potassa al le vecchie pergamene l'Eminentiss. Signor Cardinal Consalvi Segretario di Stato di Nostro Signo re permise un tale esperimento a S. E. il Signor B. G. Niebuhr Ministro della Real Corte di Prussia presso la Santa Sede. Questo intelligentissimo indaga tore de letterarj e scientifici monumenti si accinse all'ardua e penosa fatica con tanto maggior ar dore, e buon presagio di riuscita, in pro pizia fortuna lo avea poco prima secondato nell'in teressante scoperta fatta in Verona delle Istituzio ni di Cajo. Aneliamo il momento di aver sott'occhi questo tesoro, e di farne parola nel nostro Giornale appena l'esimio Giureconsulto Goeschen [...] ne avrà compita la pubblicazione già condotta a buon termine sotto gli auspicy della Regia Accademia di Berlino. [...] Oggi lietamente egli dona alla letteraria repubblica le varie sue felici scoperte per mezzo di questo volumetto, di cui diamo contezza per quanto

Or ce sont ces fragments cicéroniens qui sont à l'origine d'une observation faite par Angelo Mai¹⁴²⁴, en septembre 1820 :

« Un codex de Turin, examiné par le professeur Peyron, a offert entre la fin du mois de mars et le début du mois d'avril de cette année 1820 (voir la gazette piemontese) quelques fragments de Cicéron qui coïncident avec ceux imprimés par moi à Milan.

La copie des deux codex étant différente, le Turiner a démontré qu'un passage de Cicéron doit être ordonné différemment [...]. Cette découverte a été immédiatement annoncée par une dissertation publique à l'Académie royale de Turin, et elle est devenue largement connue. Monsieur Niebuhr, dans un appendice à un livre qu'il publia à Rome au mois de juin suivant, bien qu'il soit daté de mars, voulut proposer simplement comme une conjecture ce même amendement, sans prêter attention aux rumeurs piémontaises. Je ne peux rien dire d'autre pour le moment sur les controverses littéraires, et la manière dont elles sont traitées, entre moi et l'honorable Monsieur Niebuhr. La découverte de Turin, sans être sans prétention, est cependant, en ce qui concerne cette partie, d'un genre pour ainsi dire mécanique en littérature : et je le regrette ; car j'ai moi-même, avec le codex de Fronton, à réarranger quelques dizaines de passages, que les éditeurs de Berlin ont renversés dans cet auteur et sortis de leur ordre naturel. J'en récolterai une gloire très faible et presque puérile »¹⁴²⁵.

Ainsi, en recoupant des dates de publication, Mai parvient à insinuer que Niebuhr a pris en compte les remarques faites par Peyron sur la classification des fragments de Cicéron, mais les aurait intégrées dans son ouvrage comme étant les siennes. Il révèle le procédé en soulignant le

il comporta un'opera di tal natura », P. A. RUGA, « B. G. Niebuhrii C. F., M. Tullii Ciceronis Orationum pro Fantejo et pro C. Rabirio Fragmenta, etc. », *Giornale Arcadio di scienze, lettere, ed arti*, t. VII, juillet, août et septembre 1820, p. 61 à 62.

¹⁴²⁴ Angelo Mai (1782 à Schilpario – 1854 à Castel Gandolfo) est un jésuite, préfet de la Bibliothèque du Vatican. Il devient cardinal en 1838. Il est notamment connu pour ses « découvertes grandioses » de textes antiques, qu'il organise en collections. Ses découvertes les plus connues sont celles des discours de Cicéron et de sa *République*. À son sujet, voir A. CARRANNANTE, « Mai, Angelo », *Dizionario Biografico degli Italiani*, vol. 67, 2006.

¹⁴²⁵ « Un codice torinese, esaminato dal professore Peyron, ha offerto tra 'l fine di marzo ed il principio di aprile di questo anno 1820 (vedi la gazzetta piemontese) alcuni frammenti di Cicerone coincidenti con gli stampati da me in Milano. Essendo diversa la copiatura dei due codici, il torinese ha dimostrato che si deve ordinare diversamente un passo di Cicerone [...]. Questa scoperta fu subito annunciata con pubblica dissertazione alla R. Accademia di Torino, e ne corse larga la fama. Il sig. cav. Niebuhr in una come appendice di un libro da lui pubblicato in Roma nel seguente giugno, benchè abbia la data del marzo, ha voluto proporre semplicemente come congettura questa stessa emenda, senza far caso de' romori piemontesi. Niente altro dico presentemente delle controverse letterarie, e del modo di trattarle, tra me ed il ch. sig. cav. Niebuhr. La scoperta di Torino, benchè non ispregevole, e nondimeno, quanto a questa sua parte, di un genere per così dire meccanico nella letteratura : e ciò mi dispiace ; perché dovendo anch'io col codice di Frontone riordinare alcune decine di passi, che gli editori erlinesi hanno capovolto in quell'ordine e tratto fuori del naturale loro ordine, ne coglierò gloria ben lieve, e quasi puérile » (A. MAI, *Quadro della letteratura e delle Arti d'Italia*, vol. XXI, 1820, p. 42 à 43).

fait que l'ouvrage de Niebuhr a été publié en juin, mais antidaté (mars), soit un mois avant la découverte de Peyron. Mai est rejoint dans cette accusation par la « lettre de Vérone », une adresse anonyme¹⁴²⁶. Outré, Niebuhr rétorque par une lettre à la Biblioteca, dans laquelle il plaide une simple ignorance, et convie ses collègues allemands à le défendre : on apprend que les changements dans la classification des fragments paraissaient évidemment nécessaires depuis leur première publication en 1815¹⁴²⁷, et sont d'ailleurs remarqués par ses confrères tels que Cramer¹⁴²⁸ ; qu'en réalité, l'introduction de l'ouvrage de Niebuhr, dans laquelle il expose la nouvelle classification, a été terminée « au plus tard en janvier »¹⁴²⁹ ; le manuscrit a été rendu en février, soit deux mois entiers avant la publication des travaux de Peyron¹⁴³⁰ ; plus précisément même, la page exacte à laquelle la correction est apportée peut être datée d'avant le 18 mars, en se fiant au livre des contrôles de l'imprimerie¹⁴³¹. Pour se défendre d'une accusation subsidiaire concernant une notice de Gaius, Niebuhr jure qu'il ne pouvait pas en avoir connaissance, car l'ouvrage contenant la notice était extrêmement rare en Allemagne, au point que « M. de Savigny n'en a pas plus que [lui] connu l'existence »¹⁴³² ; il confirme, à sa grande honte, avoir confondu ses découvertes avec un écrit d'Ulpien. On note que Niebuhr chérit les relations de son réseau italien. Il se refuse à blâmer Mai, qu'il connaît, et préfère concentrer ses attaques sur le Véronais anonyme :

« Je mets ici entièrement hors de cause M. Mai, qui a rendu justice aux réclamations d'un ami commun, instruit de toutes les circonstances, en faisant insérer au mois d'octobre du *Giornale arcadico* une explication qui détruit l'odieux d'un article que je déplorais surtout parce que, sans une explication satisfaisante, il m'aurait mis dans l'inévitable nécessité de me prononcer contre lui, et d'oublier les ménagements, que je désire toujours conserver dans les discussions avec un homme plein de mérites marqués dans la littérature qui m'est si chère. Mais quelle différence, grand Dieu ! entre son article, et la fureur de ce Séide qui voudrait, s'il le pouvait, me représenter comme l'être le plus méprisable ? Ce lâche, qui se cache derrière l'anonyme, veut en vain déguiser qu'il n'a fait

¹⁴²⁶ La lettre est mentionnée par Niebuhr dans sa réplique. B. G. NIEBUHR, *Lettre au rédacteur de la Biblioteca Italiana*, Rome, décembre 1820.

¹⁴²⁷ B. G. NIEBUHR, *Lettre...*, *op. cit.*, p. 3 à 4.

¹⁴²⁸ *Ibid.*, p. 4

¹⁴²⁹ *Ibid.*

¹⁴³⁰ *Ibid.*

¹⁴³¹ *Ibid.*

¹⁴³² *Ibid.*, p. 9.

que travailler sur ce malheureux article il n'en imposera à personne »¹⁴³³.

La lettre est reprise dans le *Quadro della letteratura*¹⁴³⁴ ; dans le *Giornale arcadico*, d'où les accusations sont parties, Angelo Mai publie une note de rétractation¹⁴³⁵. Preuve qu'entre 1814 et 1825, des échanges inter-européens se produisent dans les revues généralistes des pays libérés ; leurs sujets s'écartent volontiers de la problématique des codes napoléoniens, et semblent confirmer que l'époque est moins propice à l'étude du modèle français qu'à la recherche d'une identité juridique nationale. En témoigne la réception, en Allemagne où l'École historique est en plein essor, de la première revue française de législation comparée.

B) La *Thémis* dans la *Zeitschrift*

En France comme dans les pays d'Europe libérée, il faut, sauf exception, attendre les années 1830 pour voir émerger les revues juridiques spécialisées¹⁴³⁶. Parmi les revues françaises de l'époque, la *Thémis* apparaît comme la seule revue à proprement parler juridique sur notre période d'étude¹⁴³⁷. Au lendemain de l'Empire, souligne Yannick Falélavaki, les études de législation comparée ne sont pas fréquentes en France. On dénombre, pour chaque matière, une très faible proportion d'ouvrages dédiés à la comparaison jusqu'au troisième tiers du XIX^e siècle¹⁴³⁸. Or, la *Thémis* fait l'objet de recension de la part de la *Zeitschrift*, ce qui est intéressant à trois égards.

Premièrement, nous savons que le fondateur de la *Thémis*, Athanase Jourdan, est un admirateur de Savigny et de l'École historique ; la revue, conçue comme une alternative à l'Exégèse française, est inspirée par la démarche de la *Zeitschrift*, même si elle s'appuie davantage sur la

¹⁴³³ *Ibid.*, p. 7.

¹⁴³⁴ G. ACERBI, *Quadro della Letteratura e delle Arti d'Italia*, vol. XXI, 1820, p. 450 à 451.

¹⁴³⁵ A. MAI, « Il celebre prefetto della vaticana, monsignor Angelo Mai, ci ha fatto tenere la breve nota che qui pubblichiamo », *Giornale arcadico di scienze, lettere, ed arti*, t. VIII, octobre, novembre, décembre 1820, p. 117 à 118.

¹⁴³⁶ M. STOLLEIS et T. SIMON (dir.), *Juristische Zeitschriften in Europa*, Francfort, Klostermann, 2006.

¹⁴³⁷ Y. FALÉLAVAKI, *L'histoire d'une conversion...*, *op. cit.*, p. 14.

¹⁴³⁸ *Ibid.*, p. 25 à 27.

science du droit que sur la notion de *Volksgeist*¹⁴³⁹. Deuxièmement, la *Thémis* compte parmi ses contributeurs des auteurs de divers pays d'Europe ; parmi eux, Holtius et Warnkönig, tous deux correspondants réguliers de Savigny ; Warnkönig joue même un rôle de relais de la pensée savignienne lorsqu'il signe le premier article du premier numéro de la revue¹⁴⁴⁰ ; il succédera à Jourdan à sa direction. La *Thémis* n'est donc pas seulement française : son sommaire est ouvert sur l'Europe. Enfin, il faut rappeler que si Savigny n'a pas répondu aux lettres enflammées de ses admirateurs français, il leur a sans doute offert davantage : le quatrième volume de la *Zeitschrift* s'achève sur une recension, par Savigny en personne, du projet qu'il a inspiré.

La recension de 1820 porte sur les deux premiers tomes de la *Thémis*. Il est remarquable de voir à quel point ce court texte – neuf pages à peine – reprend les piliers de l'École historique, telle que Savigny l'a programmée dans le *Vom Beruf* et dans la *Zeitschrift*. On y trouve d'abord la nécessité de la coopération scientifique internationale :

« De même que la solitude met le savant isolé en danger de ne pas voir les défauts de sa propre formation et de surestimer ainsi sa valeur, de même en est-il de nations entières, raison pour laquelle nous avons besoin pour toute science de la communion et de l'interaction de plusieurs nations. Cette communion est devenue plus difficile et plus rare depuis que l'on écrit beaucoup plus dans les langues nationales que dans une langue savante commune ; et c'est dans notre science qu'elle est la plus obscure, car un travail actif sur son côté savant est devenu une véritable rareté en dehors de l'Allemagne »¹⁴⁴¹.

Dans des termes qui rappellent ceux du *Vom Beruf*, Savigny réitère sa piètre opinion au sujet de la science juridique française moderne :

¹⁴³⁹ G. NAVET, « Eugène Lerminier (1803-1857) : la science du droit comme synthèse de l'histoire et de la philosophie », *Revue d'Histoire des Sciences Humaines*, n°4, 2001, p. 38 à 39.

¹⁴⁴⁰ L. A. WARNKÖNIG, « De l'état actuel de la science du droit en Allemagne et de la révolution qu'elle y a éprouvée dans le cours des trente dernières années », *Thémis*, t. 1, 1819, p. 7 à 24.

¹⁴⁴¹ « Wie der einzelne Gelehrte durch Einsamkeit in Gefahr, gebracht wird, die Mängel der eigenen Bildung zu übersehen, und so seinen Wert zu überschätzen, so ist es auch mit ganzen Nationen, weshalb wir für jede Wissenschaft der Gemeinschaft und Wechselwirkung mehrerer Nationen müssen. Schwerer und seltener ist diese Gemeinschaft geworden, seitdem weit mehr in den Landessprachen, als in einer allgemeinen Gelehrtensprache geschrieben wird : und am schwarsten ist sie in unsrer Wissenschaft, indem eine tätige Bearbeitung ihrer gelehrten Seite außer Deutschland zu einer wahren Seltenheit geworden ist » (F. C. VON SAVIGNY, « Thémis, ou bibliothèque du Jurisconsulte », *Zeitschrift...*, *op. cit.*, vol. 4, 1820, p. 482).

« [...] en France notamment, dont les juristes du seizième siècle surpassaient d'ailleurs tous les autres, dès le siècle suivant, mais bien plus encore au dix-huitième siècle, le nombre des juristes vraiment savants, qui auraient eu en même temps du mérite et un nom en tant qu'écrivains sur la jurisprudence savante, est devenu incroyablement petit, et la Révolution n'en a plus trouvé aucun ; car Pothier était déjà mort en 1772, et Boucaud ne doit pas être compté [...] »¹⁴⁴².

L'esprit communautaire recherché par Savigny s'exprime quand il nomme les contributeurs de la *Thémis*, insistant sur la diversité de leurs origines¹⁴⁴³, et leur souhaite « la bienvenue »¹⁴⁴⁴. Le pont allemand semble avoir pleinement conscience que sa *Zeitschrift* a pu inspirer d'autres juristes européens. La suite s'attèle à la recension proprement dite : Savigny résume le nombre de volumes, la répartition des sujets, et fournit des informations pratiques telles que le prix de la souscription. Il note tout de même qu'à côté d'une prédominance du droit français, ce qui est écrit en droit romain s'écarte de la dogmatique et de l'exégèse¹⁴⁴⁵. Un aperçu des articles est fourni, avec quelques commentaires généraux ; il reconnaît notamment à Jourdan « l'excellent esprit » de son essai sur Gaius¹⁴⁴⁶, la « rigueur » et le « sens critique » de l'enquête menée par Berriat Saint-Prix¹⁴⁴⁷. Savigny dresse un bilan global sur la science juridique française contemporaine, dont le spectre des codes napoléoniens n'est jamais loin :

« On voit par ce bref aperçu que la diversité et l'intérêt des sujets ne manquent pas, et si tous les essais ne peuvent être qualifiés d'originaux, ni d'importants par leur méthode et leur rendement, il est certain qu'un effort aussi vif et aussi frais mérite de vifs applaudissements [...]. [...] Je me permets encore une remarque sur le caractère de la littérature juridique récente en France, et sur le profit que nous pouvons en tirer. Ce que la France a apporté à notre science, sous des formes strictement savantes, en des temps récents, n'est certes pas important ; en revanche, il y a dans leurs écrits pratiques beaucoup plus d'esprit, de pensée particulière et même de connaissances

¹⁴⁴² « namentlich in Frankreich, dessen Juristen im sechzehnten Jahrhundert alle übrigens weit übertrafen, schon im folgenden, noch weit mehr aber iur achtzehnten Jahrhundert, die Zahl der eigentlich gelehrten Juristen, die zugleich als Schriftsteller über gelehrte Jurisprudenz Verdienst und Namen gehabt hätten, unglaublich klein geworden, und die Revolution hat keinen mehr vorgefunden ; denn Pothier war schon 1772 gestorben, und Boucaud darf nicht gerechnet werden » (F. C. VON SAVIGNY, « *Thémis, ou bibliothèque du Jurisconsulte* », *Zeitschrift...*, *op. cit.*, vol. 4, p. 483).

¹⁴⁴³ *Ibid.*, p. 483 à 484.

¹⁴⁴⁴ *Ibid.*, p. 483.

¹⁴⁴⁵ *Ibid.*, p. 484.

¹⁴⁴⁶ *Ibid.*, p. 488.

¹⁴⁴⁷ *Ibid.*, p. 487.

approfondies que nous n'avons tendance à l'imaginer, et plus que chez nos praticiens. [...] Maintenant que nous ne sommes plus exposés, ni politiquement ni littérairement, aux dangers dont nous menaçait le Code avant 1813, nous demandons en toute conscience aux juristes allemands de nous faire connaître la jurisprudence française de la manière qui seule peut être profitable, c'est-à-dire avec le sens qui mérite d'être appelé à la fois véritablement historique et authentiquement pratique »¹⁴⁴⁸.

Cette recension plutôt positive laisse deviner, en filigrane, les jeux d'influence propres à la littérature juridique de chaque pays européen. C'est par rapport au modèle codificateur que la science juridique des pays libérés doit se positionner, ce qu'elle semble parvenir à faire de façon originale en France. Finalement, Savigny procède à une comparaison entre deux pensées juridiques en ayant conscience que son pays est un modèle. Ce qui, au vu de la place du comparatisme et de ses caractéristiques au début du XIX^e siècle, est une démarche rare.

V. Une cinquième voie : les traductions et rééditions

En introduisant cette partie, nous avons remarqué une inversion quantitative et substantielle au sein de la littérature juridique européenne entre les dernières années de l'occupation française et celles qui suivent la chute de Napoléon. Nous avons ainsi expliqué que si durant la première période, la littérature se partage entre commentaires des codes français et textes théoriques sans rapport avec ces mêmes codes, la seconde période, quant à elle, voit reculer les ouvrages didactiques, au profit d'ouvrages de réflexion générale sur le droit national. Ce basculement est lié aux besoins de la pratique : les Français partis, il devient moins utile pour les juristes de rédiger des ouvrages explicatifs. Les codes français n'ont pas vocation à demeurer le droit national ; ils redeviennent des œuvres étrangères et sont intégrés dans les réflexions doctrinales

¹⁴⁴⁸ « Man, sieht aus dieser kurzen Überwicht, dass es an Mannigfaltigkeit und Interesse der Gegenstände nicht fehlt, und wenn auch nicht alle Aufsätze originell, und durch Methode, und Ausbeute bedeutend genannt werden können, so verdient doch gewiss ein so reges, frisches Streben lebhaften Beifall [...]. [...] ich mir noch eine Bemerkung über den Charakter der neueren juristischen Literatur in Frankreich, und über den Nutzen, den wir daraus ziehen können. Was Frankreich in streng gelehrten Formen für unsere Wissenschaft in inneren Zeiten geleistet hat, ist freilich nicht bedeutend ; dagegen ist in ihren praktischen Schriften weit mehr Geist, eigentümliches Denken, und selbst gründliches Wissen zu Anden, als wir uns vorzustellen pflegen, und mehr als in unsern Praktikern. [...] Jetzt, da wir weder politisch noch literarisch, den Gefahren weiter ausgesetzt sind, womit uns der Code vor 1813 bedrohte, jetzt fordern wir mit ruhigem Gewissen die deutschen Juristen auf, ich mit der französischen Jurisprudenz auf die Weise bekannt zu machen, wie es ohnehin allein förderlich sein kann, nämlich mit dem Sinn, der zugleich wahrhaft historisch und ächt praktisch genannt zu werden verdient » (F. C. VON SAVIGNY, « Thémis, ou bibliothèque du Jurisconsulte », *Zeitschrift...*, *op. cit.*, vol. 4, p. 488 à 490).

des auteurs sur l'avenir du droit. Lorsque l'on s'intéresse aux traductions et aux rééditions d'œuvres doctrinales entre 1814 et 1825, peut-on faire le même constat ?

L'occupation française a entraîné la prolifération des traductions en Europe. En effet, les Français laissent aux pays libérés une version, dans la langue locale, des codes qui sont entrés en vigueur sur leurs territoires respectifs – sauf en Pologne. Les auteurs locaux bénéficient également de traductions d'ouvrages d'exégèse. Si l'on prend l'exemple des États italiens, grands producteurs de traductions¹⁴⁴⁹, plusieurs auteurs français contemporains sont importés dans les dernières années de l'occupation¹⁴⁵⁰. C'est tout particulièrement le cas de Locré¹⁴⁵¹ : que ce soit pour les qualités didactiques de sa plume, ou pour sa proximité avec Bonaparte, ses deux premiers ouvrages sur les codes¹⁴⁵² sont traduits entièrement, même si la publication de la version italienne de l'*Esprit du Code de Commerce* ne s'achève qu'en 1824¹⁴⁵³. En revanche, le troisième ouvrage explicatif de Locré, l'*Esprit du code de procédure civile*, ne suscite pas le même engouement ; il est publié en 1815, après la fin de l'Empire. Si les traducteurs semblent vouloir conduire le projet à son terme, la libération déplace les priorités éditoriales. En effet, la période 1814-1824 voit une importante inflexion : d'un côté, le nombre de traductions chute ;

¹⁴⁴⁹ « En 1808, Giuseppe Carmignani, qui avait occupé pendant quelques années la chaire de droit pénal à Pise, remporte le prix décerné par l'Académie Napoléon de Lucques pour la meilleure communication sur le thème des traductions. [...] Carmignani écrivait après le développement en Italie, pendant la deuxième moitié du XVIII^e siècle, d'une activité considérable de traduction d'ouvrages juridico-politiques, qui deviendra encore plus impressionnante au XIX^e siècle en termes quantitatifs et sera d'une grande importance pour la formation de la culture juridique nationale » (I. BIROCCHI, « Traduzioni e cultura... », *op. cit.*, consulté le 22/05/2022). Voir également T. M. NAPOLI, *La cultura giuridica italiana. Repertorio delle opere tradotte nel secolo XIX*, Jovene, 1987-1988.

¹⁴⁵⁰ A. T. D'ESQUIRON, *Trattato della prova testimoniale in materia civile secondo i principj del Codice Napoleone, del Codice di commercio e del Codice di procedura civile*, traduit par A. ASCONA, Milan, 1811 ; P. LEPAGE, *Trattato della vendita giudiziaria degl'immobili in generale secondo il nuovo codice di procedura che contiene il pignoramento degli stabili per espropriazione forzata*, Milan, 1811 ; M. HUTTEAU, *Raccolta di diversi trattati sulle donazioni tra vivi del Sig. Pothier. Nuova edizione resa conforme al Codice Napoleone, al Codice di Procedura e dalle nuove leggi*, en 46 volumes, Milan, 1807-1813.

¹⁴⁵¹ Jean-Guillaume Locré de Roissy (1758 à Leipzig – 1840 à Mantes) est reçu avocat à vingt-sept ans. Lorsque survient la Révolution française, il entame une carrière politique et est élu juge de paix. Locré est très tôt lié aux travaux de réforme législative : avec Merlin et Cambacérès, il travaille à une nouvelle classification des lois du pays. Secrétaire-rédacteur pour le conseil des Anciens, il poursuit sa tâche en rédigeant les procès-verbaux du Conseil d'État sous l'Empire. Cette position lui donne un accès privilégié aux discussions durant l'élaboration des codes, d'autant que Napoléon place en lui une grande confiance. S'il est fait baron de l'Empire en 1813, la première Restauration ne rompt pas sa carrière ; au contraire, Locré est connu pour son travail, et le chancelier Dambray lui donne pour mission de réorganiser le Conseil d'État. Mais les Cent-Jours révèlent son attachement à Bonaparte, et il est renvoyé du Conseil. Il n'acceptera plus de fonction publique.

¹⁴⁵² J. G. LOCRÉ, *L'esprit du Code Civil*, Paris, 1806 ; *L'esprit du Code de Commerce*, Paris, 1811-1813 ; *L'esprit du Code de Procédure civile*, Paris, 1815.

¹⁴⁵³ J. G. LOCRÉ, *Spirito del Codice Napoleone, vulgarizzata e commentata dagli avvocati Febrari et Pagani*, Bresse, 1806 -1811 ; J. G. Locré, *Spirito del Codice di commercio*, en 10 tomes, Milan, 1811-1824.

de l'autre, les traductions déjà éditées ou rééditées deviennent utiles aux juristes européens lorsqu'ils s'interrogent sur l'avenir de leur droit national. Tout cela nourrit l'intérêt pour la législation comparée. On en revient ainsi à l'école benthamienne : les années 1820 voient se multiplier les traductions espagnoles de Bentham, parce qu'il est apprécié des auteurs réformateurs¹⁴⁵⁴. Il est bien connu que c'est Étienne Dumont qui a mis de la cohérence et qui a diffusé, en langue française, l'œuvre de Bentham¹⁴⁵⁵. *Le Traité des preuves judiciaires* est également traduit en espagnol, et pour la première fois en italien par un certain Vincenzo Zambelli¹⁴⁵⁶.

Des classiques des Lumières, notamment utilitaristes, sont réédités : en 1823, *Des délits et des peines* de Beccaria a déjà fait l'objet de trente-deux éditions ne serait-ce qu'en langue italienne¹⁴⁵⁷ ; sur la seule période 1815-1825, l'ouvrage est publié dans une nouvelle traduction française et réédité par divers éditeurs¹⁴⁵⁸. En 1822, la *Science de la législation* de Filangieri est publiée à Milan ; les six volumes contiennent également une sélection parmi ses autres textes¹⁴⁵⁹. Les mots des éditeurs italiens montrent leur fierté patriotique et leur révérence à l'égard de leurs figures locales ; on y voit également une volonté d'insérer ces auteurs du XVIII^e dans le débat contemporain, en réaffirmant leur stature européenne. C'est donc une façon de rétablir le prestige doctrinal national, au lendemain du départ des Français. Ainsi, les éditeurs de Beccaria considèrent que ses œuvres sont parmi « les plus précieuses dont l'Italie s'honore »,

¹⁴⁵⁴ À ce sujet, voir *Consejos que dirige á las Cortes y al pueblo Español, Jeremías Bentham : traducidos del inglés por José Joaquín de Mora*, Madrid, 1820 ; *Tratados de legislación civil y penal*, en cinq volumes, Madrid, 1821-1822 ; *Propuesta de Código dirigida por Jeremías Bentham a todas las naciones que profesan opiniones liberales*, Madrid, 1825 ; *Tratado de las pruebas judiciales*, Paris, 1825.

¹⁴⁵⁵ Par exemple, J. BENTHAM, *Traité des preuves judiciaires*, traduit par E. DUMONT, en deux volumes, Paris, 1823 ; du même auteur, *De l'Organisation Judiciaire et de la Codification, extraits de divers ouvrages de Jeremy Bentham*, traduit par E. DUMONT, Paris, 1828.

¹⁴⁵⁶ J. BENTHAM, *Delle prove giudiziarie*, traduit par V. ZAMBELLI, Bergame, 1824.

¹⁴⁵⁷ « Le traité *des Délits et des Peines* a déjà eu trente-deux éditions en Italie. Il n'a pas été moins bien accueilli en France ; on l'a traduit dans toutes les langues de l'Europe » (C. BECCARIA, *Des délits et des peines*, traduit par J.-A.-S. COLLIN DE PLANCY, Paris, 1823, p. 1 à 2).

¹⁴⁵⁸ Voir à titre d'exemples *Ibid.*, ; C. BECCARIA, *Dei Delitti e delle Pene. Edizione XXVII*, Pavie, 1817 ; du même auteur, *Opere di Cesare Beccaria*, en deux volumes, Milan, 1821-1822. Cette dernière version contient, dans son premier volume, un récapitulatif de toutes les traductions européennes de Beccaria au cours du XVIII^e siècle. C. BECCARIA, *Opere...*, *op. cit.*, p. LXXI à LXXIX.

¹⁴⁵⁹ G. FILANGIERI, *Scienza della legislazione con giunta degli opuscoli scelti*, en six volumes, Milan, 1822. Il est à remarquer que les rééditions de Filangieri accompagnent souvent les moments charnières de l'histoire juridique italienne : on en note une en 1864, à la veille de l'adoption du code civil du Royaume d'Italie. Voir G. FILANGIERI, *La Scienza della legislazione, preceduta da un discorso di Pasquale Villari*, Florence, 1864.

mais aussi que son nom « résonne fort » dans « toutes les nations civilisées »¹⁴⁶⁰ ; même idée chez les éditeurs de Filangieri :

« LA SCIENCE DE LA LÉGISLATION du chevalier Gaetano Filangieri, accueillie à sa parution avec un grand enthousiasme non seulement par les nôtres, mais aussi par les étrangers, méritait d'être considérée, bien que non achevée, comme l'un de ces livres extraordinaires qui ont préparé la réforme des lois dont l'Europe est aujourd'hui fière »¹⁴⁶¹.

Du côté des conservateurs, la diffusion de Haller est remarquable. Sa *Restauration de la science politique*, qui assure sa renommée, paraît en 1816 dans sa version allemande¹⁴⁶² avant d'être traduite en français par l'auteur lui-même en 1824¹⁴⁶³. Mais c'est surtout son opuscule sur la Constitution espagnole, dédié aux *Cortes*, qui connaît un destin européen : rédigé en allemand¹⁴⁶⁴, l'ouvrage est réécrit en français par l'auteur lui-même¹⁴⁶⁵, puis traduit en italien en 1821¹⁴⁶⁶, et enfin en castillan par « un amoureux de son Roi » en 1823¹⁴⁶⁷. Les Italiens font précéder l'ouvrage d'une lettre de Haller, dans laquelle il annonce à sa famille sa conversion au catholicisme. De leur propre aveu, ce texte n'a pas de rapport avec l'opuscule en tant que tel. On peut y voir une initiative italienne, visant à promouvoir la religion catholique et ajouter de la crédibilité à l'auteur suisse¹⁴⁶⁸. Quant à la version espagnole, le mot de l'éditeur rend

¹⁴⁶⁰ « Nella nostra penisola non solo, ma ancora presso tutte le incivilite nazioni altissimo suona il nome di Cesare Beccaria. Gli è perciò che quantunque le Opere sue non siano per avventura dettate colla maggiore purgatezza di lingua, vogliono nulla di meno, a cagione dell' importanza delle materie, riputarsi fra le più pregiate di cui s'onori l'Italia » (C. BECCARIA, *Opere...*, *op. cit.*, p. 1).

¹⁴⁶¹ « LA SCIENZA DELLA LEGISLAZIONE del cavaliere Gaetano Filangieri, accolta al suo comparire con sommo entusiasmo dai nostri non solo ma ancora dagli stranieri, meritò di venir riputata, sebbene non compiuta, siccome uno di que libri straordinarii che hanno preparata la riforma delle leggi di cui ora si inorgoglisce l'Europa » (G. FILANGIERI, *Scienza...*, *op. cit.*, p. 1).

¹⁴⁶² Ch.-L. VON HALLER, *Restauration der Staats-Wissenschaft: oder Theorie des natürlich-geselligen zustands, der Chimäre des künstlich-bürgerlichen entgegengesetzt. Darstellung, Geschichte und kritik der bisherigen falschen Systeme*, en six volumes, Winterthur, 1816-1834.

¹⁴⁶³ Ch.-L. VON HALLER, *Restauration de la science politique: ou Théorie de l'État social naturel opposée à la fiction d'un État civil factice*, Lyon, 1824-1830.

¹⁴⁶⁴ Ch.-L. VON HALLER, *Über die Constitution der Spanischen Cortes*, 1820.

¹⁴⁶⁵ Ch.-L. VON HALLER, *De la Constitution des Cortès d'Espagne*, Modène, 1820.

¹⁴⁶⁶ Ch.-L. VON HALLER, *Sulla Costituzione delle Corti Spagnuole*, Modène, 1821.

¹⁴⁶⁷ Ch.-L. VON HALLER, *Analisis de la Constitucion Española*, Madrid, 1823.

¹⁴⁶⁸ « Sebbene la Lettera del Sig. di Haller alla sua Famiglia, qui tradotta secondo l'edizione di Ginevra, non abbia direttamente relazione colla sua Opera sulla Costituzione di Spagna ; non ostante si è creduto bene farla precedere a questa, acciocchè i Lettori sieno prevenuti de' sentimenti dell' eccellente Autore, che, quantunque nato fra le

hommage à un auteur qui, quoiqu'étranger, a saisi le système constitutionnel de son pays. On comprend pourquoi le traducteur a pu profiter de la fin du triennat libéral pour publier la traduction :

« C'était certainement une époque dangereuse lorsque je suis entré en possession de cet écrit, que j'ai réservé avec toute la prudence voulue au milieu des inquiétudes et des craintes, et que, maintenant que l'orage est passé, je suis heureux d'offrir au public. Il est admirable que, dans les années qui ont précédé 1820, un étranger domicilié dans un pays éloigné, et dont on doit présumer qu'il connaissait peu nos coutumes et nos habitudes, ait décrit avec tant d'exactitude et de précision les contradictions palpables qu'on trouve dans le prétendu code fondamental »¹⁴⁶⁹.

Autre exemple parmi les traductions et diffusions européennes d'auteurs réactionnaires : Bonald. Sa Législation primitive est publiée dans sa version italienne en 1823¹⁴⁷⁰. Le mot de l'éditeur témoigne une fois de plus de l'attachement des traducteurs italiens à la religion et à une approche traditionnelle de la société. L'éditeur salue le succès de ses œuvres et admet espérer que cette traduction influencera les Italiens :

« La renommée du mérite des œuvres du célèbre vicomte de Bonald, un peu tardive, nous est parvenue. Les recherches sont nombreuses et continues de la part des amoureux de la saine philosophie. D'ailleurs, la propagation des œuvres de cet illustre philosophe de notre âge, selon le témoignage unanime des grands hommes, peut-être d'un grand avantage dans l'état où se trouvent actuellement la Religion, la Philosophie et la Société. Ce sont ces circonstances qui m'ont donné l'idée de publier au moins les principales pour le moment, en promettant de faire de même pour le

tenebre dell'errore, seppe così bene corrispondere agl'inviti amorosi della divina Misericordia, che quasi per mano lo condusse gradatamente a rientrare nel seno della vera Chiesa [Bien que la Lettre de M. Haller à sa famille, traduite ici d'après l'édition de Genève, n'ait aucun rapport direct avec son Ouvrage sur la Constitution de l'Espagne, on a néanmoins cru bon de la placer avant celui-ci, afin que les Lecteurs soient prévenus des sentiments de l'excellent Auteur, qui, quoique né dans les ténèbres de l'erreur, a su si bien répondre aux affectueuses invitations de la Miséricorde divine, qui l'ont conduit presque à la main, pour rentrer peu à peu dans le sein de la véritable Église] » (Ch.-L. VON HALLER, *Sulla Costituzione...*, *op. cit.*, p. III à IV).

¹⁴⁶⁹ « Peligrosa ciertamente era la época en que llegó á mis manos este escrito, que reservé con toda cautela entre afanes y sustos, y que pasada ya la tormenta tengo la satisfaccion de ofrecer a la luz pública. Es de admirar que en los años anteriores al de 1820 un extrangero domiciliado en un pais remoto y á quien debe presumirse poco versado en el conocimiento de nuestros usos y costumbres, haya descrito con tanto acierto y exactitud las contradicciones palpables, que se encuentran en el llamado código fundamental » (Ch.-L. VON HALLER, *Analisis...*, *op. cit.*, p. III à IV).

¹⁴⁷⁰ L.-G.-A. DE BONAD, *La legislazione primitiva*, traduit par G. VENTURA, en quatre volumes, Naples, 1823.

reste, si le public accueille favorablement ce premier essai »¹⁴⁷¹.

Les traductions et rééditions entre 1814 et 1825 révèlent une nouvelle configuration de la littérature juridique des pays libérés. De façon générale, les traductions de codes napoléoniens sont déjà faites, et les ouvrages exégétiques perdent en utilité ; il s'agit désormais de nourrir les réflexions ou les controverses sur l'avenir du droit national. Pour cela, deux démarches parallèles s'observent : des auteurs locaux sont réédités, recontextualisés pour faire écho aux problèmes de l'époque et permettent de renforcer un sentiment patriotique ; des auteurs européens, anciens ou contemporains, font l'objet de traductions, parce qu'ils peuvent répondre aux besoins doctrinaux.

L'étude des voies et des voix de la circulation de la pensée juridique dans les pays libérés de l'occupation française entraîne trois observations. La première est qu'il serait excessif de parler d'un réseau doctrinal européen, au sens d'une organisation voulue, construite et coordonnée à l'échelle du continent. Il s'agit plutôt d'initiatives scientifiques individuelles ; tel auteur choisit de citer tel autre auteur, d'en traduire un autre, d'écrire à tel professeur, de se faire recommander pour aller dans tel pays. C'est la multiplication – et l'effet de mimétisme – de ces initiatives individuelles qui conduit à créer des réseaux doctrinaux en Europe. Pris individuellement, les auteurs cherchent surtout des arguments pour appuyer leurs idées. Pour que ces arguments aient du poids, le recours à des textes juridiques étrangers, à des ouvrages étrangers, à des figures étrangères est courant, qu'il soit direct ou non.

La deuxième est qu'il existe, de toute évidence, deux pôles doctrinaux à forte attraction : un pôle benthamien, utilitariste, inspiré des Lumières et focalisé sur la démarche codificatrice ; un pôle savignien, historiciste, attaché au pluralisme juridique, consacré aux recherches sur le droit romain, certes opposé à la codification, mais qui peut aussi conduire à des interprétations sinon contradictoires, du moins diverses. Les deux hommes n'ont en commun ni leur génération, ni

¹⁴⁷¹ « La fama del merito delle opere del celebre signor Visconte di Bonald, un poco tardi per avventura, è pur fipalmente giunta in sino a noi. Moltiplici e continue ne sono le ricerche dalla parte degli amatori della sana filosofia. Altronde la propagazione delle opere di questo illustre filosofo della nostra età, per testimonianza unanime di sommi uomini, può riuscire di grandissimo vantaggio nello stato in cui attualmente si trovano la Religione, la Filosofia e la Soietà. Ecco le circostanze che mi hân fatio nascere l'idea di pubblicarne almeno le principali per ora, promettendo di fare lo stesso anche del rimanente, se il pubblico ne accoglierà favorevolmente questo primo saggio ». (L.-G.-A. DE BONAD, *La legislazione...*, op. cit., p. I).

leur objectif, ni leur public cible, ni leur vision de la science juridique, mais ils convergent, d'une part, quant à leur volonté de partager leur expérience, d'autre part quant à leur insistance à vouloir traiter le droit comme une science, ce qui renforce la légitimité de la littérature juridique, de la comparaison et des controverses entre auteurs. Tous deux sont des forces de proposition et d'influence, qu'elle soit législative ou scientifique ; leur contact avec des auteurs d'autres pays d'Europe provoque parfois des résultats inattendus entre 1814 et 1825. En Italie, l'École historique stimule surtout les recherches individuelles des bibliothécaires. Elle permet un net progrès de l'archéologie documentaire et l'exhumation de sources romaines ; mais les États italiens, forts de ces découvertes, entendent les intégrer à des projets de codification, se détachant ainsi des préconisations savigniennes. En Espagne, l'enthousiasme débordant de Bentham et l'accueil chaleureux qui est réservé à sa doctrine n'empêchent pas, au final, les *Cortes* de le considérer comme une source parmi d'autres ; car au lendemain de l'occupation française, le patriotisme exclut l'idée qu'un code soit finalisé par un correspondant étranger.

La troisième observation concerne l'espace du modèle français de codification dans ces échanges entre auteurs. On constate qu'elle est réelle, mais principalement circonscrite aux interrogations sur le devenir du droit. Les codes napoléoniens existent et fonctionnent. Louis XVIII les a maintenus. Ils font donc partie de l'équation lorsque les auteurs de l'Europe libérée publient leurs essais. En revanche, Portalis à lui seul ne constitue pas un pôle doctrinal, non seulement parce qu'il est mort, mais encore et surtout parce que seul son Discours préliminaire suscite un intérêt de la part des auteurs étrangers. Il ne sert d'ailleurs pas systématiquement à défendre les codes napoléoniens ; on peut même l'utiliser pour s'opposer à certains de leurs mécanismes.

Comment décrire brièvement le destin de la codification à la française dans la littérature juridique européenne à l'heure des restaurations ? Il nous semble que ce destin se construit sur une bascule fondamentale, qui s'opère après la chute de l'Empire : dans les pays libérés, les codes napoléoniens redeviennent des objets extérieurs. Ce que Francesco Aimerito écrit pour l'Italie se vérifie, à différents degrés, dans les autres pays libérés : les auteurs peuvent désormais étudier *ab externo* un droit napoléonien qui a été en vigueur *in loco*, dans leur ordre

juridique¹⁴⁷². Ce recul entraîne trois évolutions dans la littérature juridique entre 1814 et 1825 quand il s'agit des codes napoléoniens ; l'une est de nature substantielle, la deuxième est de nature méthodologique, la dernière pourrait être qualifiée de sociale.

D'un point de vue substantiel, la littérature juridique des pays libérés s'interroge clairement sur l'avenir à donner – ou à refuser – aux codes français. Ceux-ci trouvent leurs promoteurs et leurs détracteurs. Pour ceux qui promeuvent la codification du droit, la codification à la française demeure un élément incontournable, mais non exempt de critiques : d'abord parce que la conjoncture politique empêche une défense trop ardente des codes de l'envahisseur, ce qui oblige les partisans des codes napoléoniens à user de stratégies discursives pour les faire accepter ; ensuite parce que ces codes, même s'ils présentent des qualités techniques indéniables, contiennent des principes et mécanismes dont la compatibilité avec l'esprit national est discutée. Pour ceux qui rejettent la codification, l'échec des Français est une aubaine : non seulement c'est une preuve que le despotisme héritier de la Révolution n'est pas viable, mais cela justifie a posteriori qu'une partie de la littérature juridique n'ait pas réagi à la réception des codes durant l'occupation, et qu'elle ait continué à publier selon son calendrier éditorial. Désormais, pour les anti-codificateurs, il ne s'agit plus seulement d'ignorer le droit français : on peut désormais l'attaquer de front. La littérature de rejet passe donc de la nostalgie, dans les dernières années de l'occupation, à la réaction, voire à la création – comme le prouve l'expérience, quasi-unique pour l'époque, de la *Zeitschrift*.

D'un point de vue méthodologique, si la codification à la française occupe une place importante dans la littérature juridique des pays libérés, elle est loin d'être seule. Face à la multiplication des sources et à la complexification des conjonctures politiques, il devient de plus en plus ardu de commenter un objet de façon exhaustive. En parallèle, les débats sur l'avenir du droit national qui émergent dans ces pays encouragent la recherche de la meilleure alternative parmi les solutions existantes. Pour rendre cela possible, une méthode s'impose : celle de la comparaison. Si la comparaison juridique ne naît pas en 1814, elle prend à cette période une dimension supplémentaire : pour faciliter leur confrontation ou leur rapprochement, les divers systèmes juridiques – dont le système français – sont résumés, simplifiés, et identifiés par leurs

¹⁴⁷² F. AIMERITO, « La comparaison comme méthode d'élaboration des lois au XIX^e siècle : le cas de l'Italie (1814-1866) », *Clio@Thémis*, n°13, 2017, p. 7.

traits saillants. Cette démarche intellectuelle n'est pas encore théorisée par les auteurs qui la pratiquent ; cependant, on y voit un embryon de ce que l'historiographie ultérieure appellera la modélisation juridique. Certes, le seul « modèle » directement évoqué désigne l'exemple à suivre, l'idéal à atteindre ; mais pour dégager – ou défendre – ce modèle idéal, l'auteur compare des systèmes simplifiés et essentialisés ; autrement dit, des modèles fonctionnels. La fin de l'occupation marque ainsi un nouvel essor de la comparaison juridique en Europe.

D'un point de vue social enfin, il est à remarquer que le départ des Français provoque deux phénomènes, qui au final se complètent. D'une part, malgré l'absence de doctrines nationales en tant que telles, de nombreux auteurs se plongent dans un questionnement individuel sur l'avenir de leur droit national. Or, ils n'entendent pas travailler en solitaire, et s'adressent volontiers à des collègues étrangers. D'autre part, dans leur recherche de réponses ou d'arguments, les auteurs louent plus volontiers des professeurs européens que des auteurs français. Sans doute en raison de la guerre encore fraîche, mais aussi par la nature même de la littérature juridique française de l'époque, plus orientée vers l'exégèse des codes français – or cette littérature est déjà traduite durant l'occupation, et est en quelque sorte acquise. Ces deux phénomènes concomitants créent, de fait, une intrication de relations interindividuelles, sous plusieurs formes et sous des motifs multiples. Dans cette configuration, les deux voix contemporaines les plus attractives pour les pays libérés ne sont pas françaises : elles représentent des écoles novatrices, qui sont nées d'une réaction aux codes français pour l'une, et de la tentative de combler le vide laissé par les codes français, de l'autre. La codification à la française a donc remodelé, de façon active comme passive, le paysage doctrinal européen au lendemain de l'hégémonie napoléonienne.

CONCLUSION GÉNÉRALE

Quelle est la place des codes napoléoniens dans la littérature juridique des pays occupés, puis libérés des troupes françaises entre 1811 et 1825 ? Appréciée du point de vue des pays concernés, cette question trouve sa réponse en deux temps : les dernières années de l'occupation d'abord, ce que nous appelons le temps des codes en suspens, entre 1811 et 1814 ; la première décennie des restaurations ensuite, entre 1814 et 1825. Ces deux temps marquent une évolution de la place des codes napoléoniens dans la littérature juridique des pays occupés, puis libérés.

Pour la période 1811-1814, malgré leur implantation par voie de conquête dans plusieurs pays européens, on remarque que les codes français n'occupent pas une place exclusive dans la littérature juridique des pays occupés. Il existe certes une littérature de commentaire locale, rendue nécessaire par l'irruption d'un nouveau corps de lois au sein de l'ordre juridique national (Chapitre 1). Mais cette littérature pratique, dont la méthode rappelle l'École exégétique française, coexiste avec une autre masse doctrinale qui ne commente pas les codes napoléoniens. On y trouve d'abord les œuvres de modernisateurs qui partagent un objectif de progrès technique de leur droit national, et qui, tout en gardant une certaine distance avec les codes français, gardent le désir d'une rationalisation du droit national. Leurs positions sont loin d'être homogènes, car leurs inspirations sont hétéroclites : il existe autant de Lumières que de pays européens, et au sein de ces pays les philosophes controversaient entre eux ; par voie de conséquence, la modernisation juridique, ses critères et son degré de radicalité fluctuent entre chaque ouvrage (Chapitre 2). Face à cette littérature de projection vers le futur, une autre catégorie rejoint la masse doctrinale distante vis-à-vis des codes napoléoniens : ceux qui n'envisagent pas leur avenir sans le passé. La tradition juridique conserve une place dans l'espace doctrinal européen des années 1811-1814 ; c'est d'elle que part toute étude du droit national. Pour les juristes nostalgiques du monde d'avant Napoléon, la tradition juridique apparaît comme une garantie de stabilité, de paix. Ils défendent l'ancien droit parfois par souci de distinction vis-à-vis des codes français, parfois parce qu'ils envisagent l'occupation comme une simple parenthèse (Chapitre 3). Ces trois types de littérature, exégétique, modernisatrice ou conservatrice, constituent le paysage doctrinal des pays occupés par les français entre 1811 et 1814. La prise en compte somme toute modérée, mécanique, voire passive des codes français peut s'expliquer tant par la brièveté de l'hégémonie napoléonienne que par l'implantation

inégaux des codes napoléoniens dans les pays conquis. Cette distribution connaît un bouleversement en 1814. Quelques mois après la défaite à Leipzig de l'« ennemi de toutes les nations »¹⁴⁷³, deux Allemands, Friedrich Carl von Savigny et Anton Thibaut, s'affrontent sur la question même de la codification. De leur controverse, Savigny tire le *Vom Beruf*, première réponse européenne frontale aux codes napoléoniens : pour la première fois, les codes français sont qualifiés de cancer. C'est donc à la fois la méthode codificatrice, le contenu des codes et leur ambition politique qui sont mis en cause (Chapitre 4). L'avènement de l'École historique du droit se produit au moment où la chute de l'Empire devient certaine, entraînant une évolution quantitative et qualitative de la place des codes napoléoniens dans la littérature juridique européenne.

Pour la période 1814-1824, la réception des codes français, malgré sa brièveté, marque profondément la littérature juridique des pays libérés. Celle-ci se rompt à nouveau en trois blocs. D'abord, l'étude de la littérature européenne favorable à la codification du droit révèle une empreinte profonde des codes napoléoniens laissés par les troupes françaises. Dans un paysage juridique à reconstruire, ces codes sont prêts à l'emploi et techniquement intéressants pour des auteurs qui désirent une modernisation de leur droit national ; mais ils restent ceux de l'occupant, et les auteurs locaux, soucieux de la préservation de leur identité juridique, interrogent, commentent, voire rejettent certains mécanismes spécifiques aux codes français. Ces juristes qui défendent les codes napoléoniens quelques années, voire quelques mois après le départ des occupants, ne sont pas forcément francophiles. Simplement, leur raisonnement technique et leur attachement aux idées des Lumières leur permettent de reconnaître les bénéfiques, au moins formels, de la codification napoléonienne : cette ambivalence se retrouve dans les stratégies discursives d'un Bandtkie, d'un Liberatore ou d'un Meyer face à leurs commissions législatives nationales (Chapitre 5). Face à ces partisans de la codification, on distingue un deuxième ensemble, minoritaire : une littérature juridique qui refuse le principe même de codification, et par extension rejette les codes napoléoniens. Ceux-ci cristallisent la menace que représentent les Lumières en général, et les Français en particulier, pour l'Europe chrétienne : il faut purger définitivement le système juridique national de toute trace française – autrement dit, le purger des codes. À la libération, la nostalgie des anti-codification se mue donc

¹⁴⁷³ COLLECTIF, *Manifeste de la nation espagnole à l'Europe, où la Junte suprême découvre à toutes les Puissances le pressant besoin de se coaliser pour renverser le colosse tyrannique [i.e. Napoleon I.] qui avait osé siéger sur le trône de Saint Louis afin d'abattre toutes les couronnes*, 1809, p. 26.

en réaction, voire même en création dans le cas du *rechtswissenschaft* allemand (Chapitre 6).

Qu'elle défende ou rejette les codes napoléoniens, la littérature juridique des années 1814-1825 s'inscrit dans un contexte européen inédit : l'expansion éclair des codes napoléoniens complexifie encore l'environnement de tout juriste qui souhaite étudier ou réformer son droit national. Dès lors, les auteurs doivent étudier plusieurs systèmes juridiques potentiels, en écarter certains et en retenir d'autres ; cet exercice implique de simplifier les systèmes étudiés. La fin de l'Empire marque ainsi, en Europe, un déploiement de la législation comparée ; un comparatisme déjà capable de modélisation juridique, dans lequel on retrouve quelques-uns des grands ensembles juridiques de la littérature juridique contemporaine. Nous avons pu montrer que par leur confrontation, ces ensembles s'individualisent. Ainsi, alors qu'elle est amenée à comparer par la conjoncture, une partie de la littérature européenne amorce la construction intellectuelle des modèles juridiques (Chapitre 7). La dernière étape de notre étude s'est attachée à mettre en avant le dualisme de la dynamique doctrinale dans l'Europe libérée entre 1814 et 1825 : alors que la doctrine désigne à l'époque la pensée d'une École, d'une université, souvent d'un individu, ces doctrines multiples circulent en Europe. Certes, il est encore tôt pour parler d'un réseau doctrinal européen, coordonné et organisé ; mais la somme des échanges inter-individuels, la répétition de certains contacts fructueux, dessinent une carte de *réseaux doctrinaux européens*. Dans cette carte de circulation des idées, le modèle français de codification occupe une place ; mais elle est surtout circonscrite aux interrogations sur le devenir du droit, et mentionnée parmi d'autres modèles étrangers lorsque les juristes, désormais libérés, réfléchissent à leur droit national (Chapitre 8).

Entre occupation et restauration : l'évolution de la place des codes napoléoniens dans la littérature juridique européenne

Pour commenter nos observations sur la place des codes français dans la littérature juridique de l'Europe occupée entre 1811 et 1814, il convient de toujours avoir à l'esprit deux éléments : d'abord, les caractéristiques de l'occupation dans laquelle les auteurs écrivent entre 1811 et 1814 ; puis le basculement qui s'opère lorsque la chute de l'Empire devient certaine. Durant l'occupation, la littérature juridique est déjà plurielle, mais inhibée. À côté des commentaires et explications nécessaires des codes napoléoniens, subsiste la volonté de moderniser le droit national sans forcément s'appuyer sur les codes français, et la nostalgie de l'ancien droit sans

codification. L'apparent détachement des auteurs vis-à-vis des codes français, le caractère exégétique de leurs commentaires des codes, peut s'expliquer par le caractère brutal de l'implantation d'un droit étranger dans leur droit national. Pour comprendre cela, quitter le point de vue « gallo-centrique »¹⁴⁷⁴ est salutaire : grâce à nos échanges avec les professeurs européens et à la lecture de l'historiographie des pays concernés¹⁴⁷⁵, nous nous rendons compte que l'aventure européenne de Napoléon s'est surtout révélée être une entreprise de domination et d'asservissement des populations au profit de la France. Les territoires conquis tels que la Pologne ou le Royaume d'Italie servent de greniers à grains, mais aussi de viviers humains pour les guerres de Napoléon. Chaque territoire pris sert ainsi à propulser la prochaine campagne ; tant que les conquêtes s'enchaînent, la Grande Armée progresse. Comme a pu l'écrire Bruno Colson, il s'agit pour Napoléon de « nourrir la guerre par la guerre »¹⁴⁷⁶ : l'Empire ne peut plus exister en paix, puisque la guerre justifie et légitime sa pérennité¹⁴⁷⁷. Dans cette configuration, les auteurs doivent certes prendre acte de l'implantation du droit français sur leur territoire ; mais cette implantation fait partie d'un schéma d'occupation machinal, élaboré pour faciliter des conquêtes futures – schéma qui trouve ses limites entre 1811 et 1814. En effet, les premières déconvenues de Napoléon en Espagne, puis en Russie grippent la machine à campagnes ; l'inégalité d'implantation des codes napoléoniens sur les territoires occupés témoigne d'une certaine difficulté à mener une assimilation parfaite de toute l'Europe. Cela peut expliquer le caractère détaché, parfois simplement utilitaire de la littérature juridique de l'occupation lorsqu'il s'agit des codes napoléoniens : le destin de ceux-ci devient incertain en même temps que celui de l'Empire.

¹⁴⁷⁴ L'expression est de T. LENTZ dans *Le congrès de Vienne*, *op. cit.*

¹⁴⁷⁵ À ce sujet, voir H. FISHER, « Europe after Napoleon », *Current History*, vol. 8, n°46, 1945, p. 522 à 527 ; Ph. G. DWYER, « Napoleon and the foundation of the Empire », *The Historical Journal*, vol. 53, n°2, 2010, p. 339 à 358 ; G. PAOLINI (dir.), *Napoleone dall'Elba all'Europa : atti del convegno internazionale di studi Firenze*, Florence, Conseil régional de la Toscane, 2017 ; F. DAVOLI, *La nuova Europa di Napoleone*, Elison Publishing, 2020 ; E. CANALES, *La Europa napoleónica, 1792-1815*, Madrid, Catédra, 2008.

¹⁴⁷⁶ B. COLSON, « Napoléon et la guerre irrégulière », *Stratégique*, vol. 1, 2009, p. 235 à 236.

¹⁴⁷⁷ « On est [...] bien loin des belles utopies de Sainte-Hélène. Entre les rêves et les projets, il y eut la réalité, et cette réalité ne tendait ni à constituer des États-nations, ni à émanciper les peuples, mais à les réunir et à les franciser sous la houlette de Napoléon-le-Grand, pour sa plus grande gloire et celle de la France. Aussi comprendra-t-on que la paix universelle était impossible. La nécessité, souvent invoquée pour motiver les actes de Napoléon, semble donc bien être issue d'une « mauvaise volonté », où s'entremêlent méconnaissance des réalités internationales et ambition d'hégémonie » (A. JOURDAN, « Napoléon et la paix universelle. Utopie et réalité », *Napoléon et l'Europe : Colloque de La Roche-sur-Yon* [en ligne], Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2002, consulté le 22/05/2022).

Dans la décennie qui suit la chute de l'Empire, les contrastes qui se dessinaient déjà au sein de la littérature juridique se renforcent : les ouvrages utilitaires sont moins utiles, donc plus rares, et se limitent le plus souvent à des traductions de cours français ; en parallèle, les deux courants déjà en présence se confirment et se développent. Les codes français, qui n'ont finalement été imposés que quelques années au pays concernés, auront suffisamment marqué leur paysage juridique pour devenir des éléments de la littérature locale, et servir d'arguments – positifs ou non – dans les controverses. La libération confronte directement deux courants, que l'on pourrait schématiser : l'un libéral, l'autre conservateur, l'un pro-codification, l'autre anti-codification. Les libéraux pro-codification donnent la priorité à la supériorité technique et au rétablissement de la sécurité juridique ; jusqu'à défendre, pour certains, une sauvegarde des codes qui leur ont été imposés par l'envahisseur. Les conservateurs, anti-codification, se réveillent au départ des Français et entendent prouver que seul un retour à l'ancien droit préserverait leur pays du chaos. Cela étant dit, tous ont un point commun : ils se distinguent par un fort sentiment national. Si la tentative de domination européenne de Napoléon a eu un effet, c'est l'essor du patriotisme en Europe ; non pas à l'égard de l'Empire, comme Napoléon l'aurait souhaité, mais bien au sein de chaque pays. Il n'est pas anodin que les débuts de l'Europe du Congrès de Vienne soient marqués par des guerres civiles, des révoltes et des bouleversements politiques dans nombre de pays : si l'historiographie met en avant que l'Europe des restaurations est une Europe des princes, c'est aussi la naissance d'une Europe des nations. La patrie, l'honneur national sont des notions aussi répandues que fluctuantes ; cela se reflète dans la littérature juridique des premières années après l'Empire, dans laquelle tous les auteurs que nous avons pu étudier, qu'ils soient conservateurs ou modernisateurs, s'affirment patriotes. Quelle que soit leur sensibilité philosophique ou politique, les auteurs discutant des codes français cherchent tous le meilleur modèle juridique pour leur pays ; du moins, le meilleur *selon eux*.

La naissance d'un modèle français de codification et sa perception par les pays occupés

Comment les années 1811-1825 ont-elles façonné la perception du système français dans les pays concernés ? Pour un juriste qui chercherait à esquisser les contours futurs de son droit national, le début du XIX^e siècle apporte son lot de défis. Il faut proposer rapidement de quoi fonder un ordre juridique nouveau après la parenthèse napoléonienne, et ce en prenant en compte deux facteurs.

Le premier facteur est politique, voire idéologique. D'une part, la volonté de modernisation du droit est toujours présente ; et même après la défaite de Napoléon, ses codes, qui subsistent dans plusieurs pays libérés, apparaissent comme une voie de réforme envisageable. D'autre part, la montée du sentiment national renforce l'individualisation des systèmes juridiques et leur donne un caractère patriotique. Les deux visions ne sont pas forcément incompatibles : pour une partie des auteurs, le droit patriotique peut être un droit modernisé et rationalisé. Cet enjeu double convient d'ailleurs aux souverains restaurés : rechercher la codification du droit permet un contrôle social efficace sur un territoire déstabilisé par les guerres napoléoniennes, en bref un retour à l'ordre ; dans le même temps, il convient de promouvoir une codification reflétant le droit national, afin d'affirmer son indépendance. Le cas de Joachim Murat que nous avons étudié n'est pas un hasard : l'une de ses premières décisions royales après s'être détaché de son illustre beau-frère consiste en un remaniement du droit napolitain, pour le moderniser certes, mais aussi pour le faire davantage correspondre aux particularités de son royaume. Nos auteurs doivent donc jongler entre sentiment national d'une part, et nécessité de réforme de l'autre.

Le second facteur est pratique : comment trouver, délimiter, mettre en valeur la bonne voie, dans un contexte de complexification inédite des systèmes juridiques européens ? Nous avons pu voir que dans l'accomplissement de cette tâche, il se produit une convergence des mobiles et des méthodes. Les auteurs de doctrine ont le même *mobile* : réfléchir, plus ou moins en profondeur, de façon plus ou moins systématisée, à la meilleure alternative pour leur droit national. Il apparaît qu'ils se rapprochent également par la *méthode*. Pour distinguer le système juridique idéal de ceux dont on veut s'écarter, pour mettre en avant un système plutôt qu'un autre, la comparaison s'impose : les auteurs de l'époque comprennent qu'il « ne faut pas borner ses recherches au seul pays auquel on destine un nouveau système de lois » ; mais il est nécessaire de comprendre dans son étude « les législations des autres peuples »¹⁴⁷⁸. Ce réflexe comparatiste n'est pas inédit en soi ; mais chez des auteurs tels que Mittermaier, Castellini ou encore Negri, il prend un tournant. La comparaison s'accompagne d'une simplification, d'une synthèse des systèmes étudiés, afin d'en présenter précisément certaines caractéristiques. De fait, on voit apparaître une divergence entre deux définitions du modèle juridique. Certes, la littérature juridique de l'époque mentionne le terme « modèle », mais seulement dans son

¹⁴⁷⁸ J. D. MEYER, *Esprit...*, *op. cit.*, vol. 1, p. XIX à XX.

acception d'exemple, d'idéal à atteindre ; or en parallèle, elle accomplit un travail d'essentialisation de systèmes juridiques par leurs traits saillants. Cette démarche méthodologique préfigure ce que l'historiographie ultérieure appellera la modélisation juridique : la construction de modèles afin de faciliter la comparaison entre eux, lorsque leur appréhension exhaustive est impossible.

C'est sur ces deux facteurs, politique et pratique, que se construit la perception des codes napoléoniens entre 1811 et 1825 : ceux-ci jouent un rôle fondamental dans la formation du modèle juridique français au sein de la littérature juridique européenne, puisqu'ils deviennent l'une des caractéristiques principales et incontournables du système français lorsque l'on cherche à le résumer. De fait, qu'ils servent de modèle exemple ou de repoussoirs, les codes napoléoniens sont intégrés par les auteurs de doctrine comme un organe indissociable du corps juridique français. Il n'est donc pas surprenant que des auteurs favorables à la méthode codificatrice en général au lendemain de l'Empire discutent le contenu des codes français, ou adaptent leur discours afin de s'en détacher : ils ont conscience qu'aux yeux des commissions législatives, soucieuses d'affirmer l'indépendance de leur droit national, la codification est directement et étroitement liée au modèle français. En résulte la double identité du modèle français telle qu'elle se forme surtout après la chute de l'Empire : une identité *formelle* – la forme codifiée, et une identité *substantielle* – le fond des codes, le droit civil, pénal, commercial, le droit de la procédure tels que les ont conçus les législateurs français. Ces divers domaines comportent des mécanismes spécifiques – divorce, jury criminel, égalité successorale par exemple – qui sont le fruit d'un compromis politique complexe, et dont les auteurs européens s'emparent volontiers pour nourrir des discours parfois opposés. Le modèle codifié français est ainsi schématisé par des conservateurs comme un héritage du chaos révolutionnaire, par des libéraux comme un triomphe de la modernité juridique, ou par des défenseurs comme un savant recours au droit romain.

L'irruption forcée des codes napoléoniens au sein des pays occupés participe à la complexification du paysage juridique. Elle fait donc partie des facteurs qui contraignent les juristes à modifier leur méthode de comparaison, à adopter des mécanismes de simplification nouveaux. De même, tant sur la forme que sur le fond, les codes napoléoniens offrent des arguments supplémentaires à des visions doctrinales préexistantes à l'occupation. En cela, l'expansion de la codification napoléonienne puis la question de son maintien, entre 1811 et

1825, s'insèrent pleinement dans une nouvelle ère doctrinale européenne qui s'annonce au premier quart du XIX^e siècle.

Les codes napoléoniens, le droit comparé et la doctrine en Europe

Lorsque nous avons cherché à définir la doctrine en introduction de notre étude, nous avons distingué la doctrine telle qu'elle se concevait au sein de la littérature juridique des années 1811-1825 : la pensée d'un professeur, d'une école, d'une revue parfois, et les ouvrages ou articles exprimant cette pensée. Ce n'est que dans la seconde moitié du XIX^e siècle que la doctrine se forme en discipline, et désigne par extension la somme de la pensée juridique à l'échelle d'un pays, d'un continent, voire du monde.

Pris individuellement, les auteurs cherchent surtout des arguments pour appuyer leurs idées. Pour que ces arguments aient du poids, le recours à des textes juridiques étrangers, à des ouvrages étrangers, à des figures étrangères est courant, qu'il soit direct ou non. S'il existe, de toute évidence, deux pôles doctrinaux à forte attraction, la France ne semble pas en faire partie après la chute de l'Empire : certes, les codes napoléoniens y fonctionnent toujours, maintenus par la Restauration ; les auteurs de l'Europe libérée le savent lorsqu'ils publient leurs essais. En revanche, on ne trouve pas d'auteur français de la même stature qu'un Savigny sur la période : la littérature juridique française, exceptées quelques innovations telles que la *Thémis*, est à l'écart de l'élan comparatiste européen. De façon presque logique, cet élan part des pays que la France a occupés : le vide laissé par le retrait des troupes napoléoniennes et de leur politique assimilationniste a de fait encouragé la littérature juridique à rebondir rapidement, afin de trouver des solutions pour la pérennité et l'amélioration de son droit national.

Nous confirmons ainsi que sur la période 1811-1825, il convient davantage de parler de doctrines au pluriel. Cependant, si les doctrines européennes de l'époque ont un caractère encore personnel et souvent individuel, elles ne sont pas pour autant isolées. Les auteurs européens s'insèrent dans une galaxie de doctrines. Cette galaxie comporte ses étoiles : on pense aux influences savigniennes et benthamiennes, qui rayonnent autant qu'elles attirent. On y voit aussi des satellites, des juristes qui gravitent autour de professeurs admirés, et leur rendent hommage d'une façon parfois inattendue : on se rappelle le projet historiciste des Français de la *Thémis*, ou l'intérêt pour le droit romain et l'archéologie documentaire que Savigny a fait naître chez les

Italiens. Les voies de transmission entre ces diverses voix doctrinales sont multiples : tantôt les auteurs se citent, se mentionnent, tantôt ils s'écrivent, tantôt ils se déplacent en personne. Il est encore tôt pour parler d'un réseau doctrinal unique et organisé à l'échelle européenne. Mais nous savons que parmi les auteurs de littérature juridique des années 1811-1825, beaucoup se connaissent, se parlent et se répondent ; pas seulement dans leur propre pays, mais entre États européens.

Ce paysage des doctrines juridiques en Europe permet d'éclairer la façon dont les codes français sont appréhendés par la littérature juridique européenne. Certes, la codification française y laisse une empreinte considérable ; mais elle n'en devient pas le sujet exclusif. Comme nous l'avons vu avec l'exemple des *Cortes* espagnoles, la construction de l'avenir juridique national implique une ouverture accrue sur les systèmes et les doctrines étrangères, dans laquelle les codes français occupent une place importante au côté d'autres sources d'inspiration : autres codifications européennes, droit du pays, droit romain, Lumières. De fait, on assiste dans les années 1811-1825 à la naissance d'un modèle français de droit codifié qui connaîtra de multiples reprises d'abord en Europe, dans des pays où il s'est un temps appliqué, puis dans d'autres continents plus avant dans le XIX^e siècle. Alors que l'histoire du droit et le droit comparé semblent encore iconoclastes dans la patrie du Code Napoléon, les auteurs de plusieurs pays européens s'y attèlent dès la chute de l'Empire. Ils voient s'affronter utilitaristes et historicistes, partisans du *Volksgeist* et codificateurs par correspondance, modernisateurs et réactionnaires.

L'étude de la place des codes napoléoniens dans la littérature juridique des pays d'Europe occupés, puis libérés, nous renseigne surtout sur la grande diversité des opinions et controverses représentées à l'époque. Elle nous montre un dynamisme doctrinal européen encore méconnu en France ; cet aspect élargit encore les perspectives d'une histoire européenne du droit comparé, qui, comme nous l'a dit Michael Stolleis, est "toujours à l'état de projet". Ce projet est promu par Bénédicte Fauvarque-Cosson dix ans avant notre étude :

« Pendant près de deux siècles, le fait de comparer les droits a le plus souvent suscité l'indifférence, voire la suspicion. Cela était perçu, au mieux comme un divertissement marginal et gratuit, au pire comme un acte de défiance à l'égard de notre droit, difficilement acceptable par des juristes appartenant à des traditions habituées à dominer les autres [...].

Pourtant, la comparaison n'est ni un acte d'humilité ni une soumission à des valeurs dominantes. Bien au contraire, c'est un état d'esprit, une ouverture sur le monde, une recherche constante, une

mise en situation de son droit. [...] la méthode comparative est au service de l'adaptation du droit au monde [...] »¹⁴⁷⁹.

Les auteurs que nous avons étudiés semblent avoir compris cette fonction adaptative de l'acte de comparaison : confrontés à l'irruption puis au départ de codes étrangers, ils ont ressenti la nécessité de connaître les systèmes des autres pour mieux comprendre et dessiner le leur. Avant d'être érigé en discipline, le comparatisme juridique a donc été pratiqué *par réflexe* au début du XIX^e siècle. Ces dix dernières années, plusieurs pays d'Europe ont manifesté un intérêt nouveau pour l'histoire de leur pensée juridique nationale et son interaction avec les influences étrangères ; nous ne pouvons qu'espérer que le droit comparé d'aujourd'hui continue de s'inspirer de sa propre histoire.

¹⁴⁷⁹ B. FAUVARQUE-COSSON, « Deux siècles d'évolution du droit comparé », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 63, n°3, 2011, p. 540.

I. SOURCES

A) Ouvrages

ANONYMES,

- *El ejército español destruido por las leyes, o manifestación de los efectos que debe producir el decreto que separa de los gobiernos militares la intervencion en lo político, y de las capitanías generales la presidencia de las audiencias, dexando al ejército aislado á sus empleos interiores*, Cadix, 1812.
- *Codice di procedura civile. Traduzione dal francese*, 1809.
- *Codigo de comercio de Francia con los discursos de los oradores del Consejo de Estado y del Tribunalado*, Madrid, 1808.
- *I Romani e i Francesi o sia l'Italia e la Francia*, 2^{de} édition, Udine, 1814.
- *Versuch zu einer Darstellung des Geistes des preussischen und der französisch-westphälischen Hypotheken-Wesens*, 1814.
- *Manuale pratico e nuovo stule per gli uscieri*, Naples, 1823.

A. M. ALCALÁ GALIANO,

- *Máximas y principios de la legislación universal*, Madrid, 1813.

J. ALEMBERT (D') et D. DIDEROT,

- *L'Encyclopédie*, 1^{re} édition [en ligne], 1765.

L. H. ALMENDINGEN (VON)

- *Politische Ansichten über Deutschlands Vergangenheit und Zukunft*, Wiesbaden, 1814.

F. ALVARADO,

- *La maza de fraggo sobre los filosofastros liberales del dia : ó cartas críticas del filósofo rancio, que impugna á la antigua y no á la francesa, los aplaudidos dictámenes de los mas acreditatos liberales reunidos en Cádiz*, Madrid, 1812.

E. AMARI,

- *Critica di una scienza delle legislazioni comparate*, Palerme, 1857.

F. ANGELIS (DE),

- *Storia del Regno di Napoli sotto la dinastia borbonica*, t. IV, Naples, 1817.

F. ANFOSSI,

- *La Ragione e la Fede in collera con F. C. per la sua dissertazione sulla legge del divorcio*, Rome, 1814.

F. APPIANI,

- *Saggio di giurisprudenza elementare secondo il codice civile di Napoleone il Grande*, Orena, 1812.

L. APRUZZESE,

- *Codice Napoleone dilucidato per uso dello studio*, Naples, 1812.
- *Corso di studio legale [...] contenente un commento alla prima parte delle leggi civili per lo Regno delle due Sicilie*, vol. 3, Porcelli, 1819.

S. ARCELLAZZI,

- *Osservazioni teoretiche al codice penale universale austriaco, parte prima, sezione prima, dei delitti e delle pene, coll'applicazione delle leggi romane*, 1822, Casalmaggiore, 1822.

J. W. BANDTKIE,

- *Uwagi o potrzebie nauki prawa w naszym kraiu w szczególności, a o użytku onéyże w ogólności*, Varsovie, 1814.
- *Myśli o zmianie prawodawstwa krajowego*, 7 décembre 1815, imprimé dans W. Sobociński, « Jan Wincenty Bandtkie obrońcą Kodeksu Napoleona », *Rocznik Lubelski*, t. 3, 1960.

G. BARALDI,

- *Compendio Storico della città e provincia di Modena dai tempi della Romana Repubblica sino al MDCCXVI*, Modène, 1846.

A. BARRUEL,

- *Mémoires pour servir l'histoire du jacobinisme*, Hambourg, 1798 -1799.
- *Les Helviennes, ou lettres provinciales philosophiques*, Amsterdam et Paris, 1781-1788.

A. BAUER,

- *Ueber die Gränzen der Anwendbarkeit des Code Napoléon auf die während seiner Gültigkeit in deutschen Ländern entstandenen Rechtsverhältnisse*, Göttingen, 1814.

C. BECCARIA,

- *Dei Delitti e delle Pene. Edizione XXVII*, Pavie, 1817 .
- *Opere di Cesare Beccaria*, en deux volumes, Milan, 1821-1822.

- *Des délits et des peines*, traduit par J.-A.-S. COLLIN DE PLANCY, Paris, 1823.

J. BENTHAM,

- *Tactique des assemblées législatives, suivie d'un traité des sophismes politiques*, traduit par É. Dumont, Genève, 1816.
- *Consejos que dirige a las Cortes y al Pueblo Español*, traduction espagnole par J. J. DE MORA, Madrid, 1820.
- *Three Tracts Relative to Spanish and Portuguese Affairs, With a Continual Eye to English Ones*, Londres, 1821.
- *Letters to Count Toreno on The Proposed Penal Code, delivered in by the legislation committee of the Spanish Cortes*, Londres, 1822.
- *Works of Jeremy Bentham*, vol. 10, Édimbourg, 1843.
- *The Correspondence of Jeremy Bentham*, t. 6, Oxford, Clarendon Press, 1984.
- *Delle prove giudiziarie*, traduit par V. ZAMBELLI, Bergame, 1824.
- *Traité des preuves judiciaires*, traduit par E. DUMONT, en deux volumes, Paris, 1823.
- *De l'Organisation Judiciaire et de la Codification, extraits de divers ouvrages de Jeremy Bentham*, traduit par E. DUMONT, Paris, 1828.
- *Consejos que dirige á las Cortes y al pueblo Español, Jeremias Bentham : traducidos del inglés po José Joaquin de Mora*, Madrid, 1820.
- *Tratados de legislacion civil y penal*, en cinq volumes, Madrid, 1821-1822.
- *Propuesta deCodigo dirigida por Jeremias Bentham a todas la naciones que profesan opiniones liberales*, Madrid, 1825.
- *Tratado de las pruebas judiciales*, Paris, 1825.

F. BENTKOWSKI,

- *O naydawnieyszych ksiązkach drukowanych w Polsce, a w szczególności o tych, które Jan Haller w Krakowie wydał*, Varsovie, 1812.
- *Historia literatury polskiej wystawiona w spisie dzieł drukiem ogłoszonych*, t. 2, Varsovie, 1814.

J. BIELIŃSKI,

- *Królewski Uniwersytet Warszawski*, t. 3, Varsovie, 1912.

F. BIGOT-PRÉAMENEU,

- Présentation du projet de réunion des lois civiles en un seul corps de lois, sous le titre de Code civil, le 19 ventôse an XII, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 1, Paris, 1836, p. LXXXV et s.

W. BLACKSTONE,

- *Commentaries on the Laws of England*, Oxford, 1765-1769.

J. BODIN,

- *Les Six Livres de la République*, Paris, 1576. Réédité à Paris en 1579.

L. BONALD (DE),

- *La Legislazione primitiva considerata in questi ultimi tempi coi soli lumi della ragione*, Modène, 1818.
- *La legislazione primitiva*, traduit par G. Ventura, en quatre volumes, Naples, 1823.

C. BOSSELLINI,

- *Dell'ottima amministrazione della Giustizia civile ad impedire sconvolgimenti del diritto positivo e molteplicità di liti*, Modène, 1820.

L. BOSSI,

- *Della istoria d'Italia antica e moderna*, Milan, 1819-1823.

J. B. BOSSUET,

- « Le sacerdoce et l'empire sont deux puissances indépendantes, mais unies », *Politique tirée des propres paroles de l'Écriture sainte*, Paris, 1709.

J. N. F. BRAUER,

- *Erläuterungen über den Code Napoleon und die Großherzoglich Badische bürgerliche*, Karlsruhe, 1809-1812.

H. R. BRINKMANN,

- *Die Erbfolge nach dem Code Napoleon in systemmatischen Zusammenhänge*, Göttingen, 1812.
- *Ueber den Werth des bürgerlichen Gesetzbuches der Franzosen*, Göttingen, 1814.

F. CAFFI,

- *Confronto testuale del Codice Napoleone dato dall'Imperatore e Re Napoleone I. Colle leggi romane pubblicate dall'Imperatore Giustiniano*, Venise, 1812.

F. CALDERONI (DE),

- *Commentario sopra il codice civile universale austriaco del signor Francesco de Zeiller*, en 4 volumes, traduction italienne par F. CALDERONI, Venise, 1815.

F. CANOFARI,

- *Commentario sulla parte seconda del codice per lo Regno delle Due Sicilie*, Naples, 1819.

A. CAPECE MINUTOLO,

- *Sull'utilità della religione cristiana, cattolica, romana per la tranquillità, e pace dei popoli, e per la sicurezza dei troni*, Naples, 1825.

D. CAPITELLI,

- *La filosofia del dritto e l'arte di bene interpretarlo*, Naples, 1822.

F. M. CARCANO,

- *Il notajo instruito sulle leggi del Codice Napoleone e di procedura civile relative alle successione testamentaria ed intestata alle tutele ed all'accettazione, rinuncia e divisione dell'eredità*, Milan, 1812.

M. B. CAROSI,

- «L'autonomia del testatore e i suoi limiti nelle riforme dell'età napoleonica», *Tradizione e modernità del diritto ereditario nella prassi notarile*, Milan, Gruppo24Ore, 2016.

G.-A. CASTELLI,

- *Della prescrizione e dell'usucapione secondo il codice civile universale Austriaco ed il regolamento generale del processo civile*, Milan, 1821.

Catherine II,

- *Instructions adressées par sa Majesté l'Impératrice de toutes les Russies à la commission établie pour travailler à l'exécution du projet d'un nouveau code de Loix*, 1767.

G.-A. CHABOT DE L'ALLIER,

- *Quadro della legislazione antica sulle successioni, e della novella stabilita dal codice civile*, traduit par G. LANDOLFI, Naples, 1824.

COLLECTIF,

- *Code civil des français*, Paris, 1804.
- *Code de procédure civile*, Paris, 1806.
- *Code de commerce*, Paris, 1807.
- *Code d'instruction criminelle*, Paris, 1808.
- *Code pénal*, Paris, 1810.
- *Introduzione al codice Napoleone, ossia osservazioni dei giureconsulti tedeschi sopra la nuova legislazione francese*, Düsseldorf, 1808.
- *Manifeste de la nation espagnole à l'Europe, où la Junte suprême découvre à toutes les*

Puissances le pressant besoin de se coaliser pour renverser le colosse tyrannique [i.e. Napoleon I.] qui avait osé siéger sur le trône de Saint Louis afin d'abattre toutes les couronnes, 1809.

- *Loi sur la réunion des lois civiles en un seul corps, sous le titre de Code civil des Français*, 30 ventôse an XII (21 mars 1804), Musée Criminocorpus [en ligne], consulté le 28/11/2021.
- *Sześćcioletnia korespondencya władz duchownych z rądem świeckim Xięstwa Warszawskiego*, Varsovie, 1816.
- *Las Siete Partidas*, 1256-1265. Publié le mercredi 04 octobre 2017 sur Calenda [en ligne], consulté le 22/05/2022.

G. COMASCHI,

- *Trattato del diritto di rappresentazione nelle successioni colla soluzione di questioni non decise dal Codice Napoleone*, Milan, 1813.

É. B. CONDILLAC (DE),

- *Cursio de studios para la instruccion del príncipe de Parma*, traduit par B. A. Carsi, Cadix, 1813.

H. CONRING,

- *De origine iuris germanici. Commentarius historicus*, Helmstedt, 1643.

G. COQUILLE,

- *La coutume de Nivernais, accompagnée d'extraits du commentaire de cette coutume*, v. 1590, réédité par A. Dupin, Paris, 1864.

I. L. CZERWINSKI,

- *Prawa I Zasady Rządu Wieyskiego*, Przemyśl, 1812.

G. D. (magistrat),

- *Prattica criminale secondo il codice d'istruzione sanzionato dal corpo legislativo nell'anno 1808. Colle formole necessarie alla facile e chiara compilazione de' processi ed un'appendice sull'espropriazione forzata*, Rome, 1812.

H. J.-B. DARD,

- *Code civil des Français, avec des notes indicatives des lois romaines, coutumes, ordonnances, édits et déclarations qui ont rapport à chaque article ou Conférence du droit civil avec les lois anciennes*, Paris, 1805.

M. DURAN Y BAS,

- *Sistema del derecho romano actual, por F. C. de Savigny, traducido del alemán por Ch. Guenoux ; vertido al castellano por Jacinto mesía y Manuel Poley, y precedido de un prólogo de Manuel Durán y Bas, vol. 3, Madrid, 1878-1879.*

S. ESTREICHER,

- *Kultura prawnicza w Polsce XVI wieku, Cracovie, Polska Akademia Umiejętności, 1931.*

T. ESQUIRON (D'),

- *Trattato della prova testimoniale in materia civile secondo i principj del Codice Napoleone, del Codice di commercio e del Codice di procedura civile, traduit par A. ASCONA, Milan, 1811.*

J. et W. GRIMM (dir.),

- *Deutsches Wörterbuch, Leipzig, 1854-1961, mise en ligne par l'Université de Trèves.*

M. HUTTEAU,

- *Raccolta di diversi trattati sulle donazioni tra vivi del Sig. Pothier. Nuova edizione resa conforme al Codice Napoleone, al Codice di Procedura e dalle nuove leggi, en 46 volumes, Milan, 1807-1813.*

K. F. EICHHORN,

- *Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte, Göttingen, 1808-1823.*

P.-A. FENET,

- *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, t. 1, Paris, 1836.*

A. FERRERO,

- *Delle successioni intestate secondo il dritto novissimo conciliato col jus regio, colle decisioni dei supremi magistrati e cogli usi del foro con tavole genealogiche sui diversi ordini di successione, trattato teorico-pratico, Alba, 1823.*

G. FILANGIERI,

- *Cienca de la legislación, Madrid, 1813.*
- *Scienza della legislazione con giunta degli opuscoli scelti, en six volumes, Milan, 1822.*
- *La Scienza della legislazione, preceduta da un discorso di Pasquale Villari, Florence, 1864.*

F. FODERÀ,

- *Principi della legislazione criminale e della riforma dei Codici criminali, Palermo,*

1813.

D. FOIS,

- *Dei delitti delle pene e della processura criminale*, Genève, 1816.

Frédéric II et J. H. S. FORMEY,

- *Dissertation sur les raisons d'établir ou d'abroger les loix, par l'auteur des Mémoires pour servir à l'histoire de Brandebourg. À laquelle on a joint l'Examen de l'usure, suivant les principes du droit naturel. Par M. Formey*, Utrecht, 1751.
- *Project eines Corpus Juris Fridericiani*, traduit de l'allemand par A. A. de C., conseiller privé du roi, 1753.

S. Ph. GANS,

- *Das Erbrecht des Napoleonischen Gesetzbuchs in Deutschland*, 1810.

F. GAMBINI,

- *Osservazioni sopra alcune massime di legislazione penale*, 1820.

P. GIANNONE,

- *Dell'istoria civile del Regno di Napoli*, Naples, 1723.

J. GRENIER,

- *Trattato delle donazioni, de' testamenti, e di ogni altra disposizione a titolo gratuito secondo i principj del codice civile preceduto da un discorso storico su l'antica legislazione per tal materia*, traduit par F. CAFARO, Naples, 1824.

B. GROCHULSKA,

- *Ksiestwo Warszawskie*, Varsovie, Biblioteka Wiedzy Historycznejhistoria, 1966.

I. L. GROLMAN,

- *Manuale circostanziato sopra il codice Napoleone*, Gressen, 1810.

C. L. W. GROLMAN,

- *Ausführliches Handbuch über den Code Napoleon*, Gießen, 1810-1812.

A. GUERRIERI,

- *Codice civile de' francesi accompagnato dall'esposizione de' motivi su ciascuna legge presentata dagli oratori del Governo, dai rapporti fatti al tribunato in nome della commissione legislativa, dalle opinioni emanate in tempo della discussioni, dai discorsi fatti a' corpi legislativi dagli oratori del Tribunato, e da una Tavola ragionata delle materie contenute tanto nel codice, quanto ne' discorsi. Prima traduzione italiana*, Naples, 1809.

Ch.-L. HALLER (DE),

- *Über die Constitution der Spanischen Cortes*, 1820. Traduit en français par lui-même, *De la constitution des Cortes d'Espagne*, Modène, 1821.
- *De la Constitution des Cortès d'Espagne*, Modène, 1820.
- *Sulla Costituzione delle Corti Spagnuole*, Modène, 1821.
- *Analisis de la Constitucion Española*, Madrid, 1823.
- *Restauration der Staats-Wissenschaft: oder Theorie des natürlich-geselligen zustands, der Chimäre des künstlich-bürgerlichen entgegengesetzt. Darstellung, Geschichte und kritik der bisherigen falschen Systeme*, en six volumes, Winterthur, 1816-1834.
- *Restauration de la science politique : ou Théorie de l'État social naturel opposée à la fiction d'un État civil factice*, Lyon, 1824-1830.

G. W. F. HEGEL,

- *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Berlin, 1821.

G. HUGO,

- *Institutionen des heutigen Römischen Rechts*, Göttingen, 1789.
- *Lehrbuch der Rechtsgeschichte bis auf unsere Zeiten*, Berlin, 1790.

H. HULOT, J.-F. BERTHELOT, P.-A. TISSOT. A. BÉRENGER,

- *Les cinquante livres du Digeste ou des Pandectes de l'empereur Justinien*, Metz, 1803, p. 3 Réimprimé à Aalen par Scientia Verlag, 1979.

L. H. JAKOB (VON),

- *Vorschläge zur Verbesserung der Gesetzgebung über das Einquartierungswesen in den preußischen Staaten, hauptsächlich in Beziehung auf die Städte*, Halle, 1819.

F. JAUBERT,

- Discours devant le Corps législatif le 30 ventôse an XII, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil* (P.-A. Fenet), t. 1, Paris, 1836.

S. JENULL,

- *Commentario Sul Codice E Sulla Processura Criminale Della Monarchia Austriaca Ossia Il Diritto Criminale Austriaco*, en 2 volumes, Milan, 1816.

S. JONAMA,

- *De la prueba por jurados o sea consejo de humbres buenos*, Madrid, 1820.

Joseph II,

- *Code civil de l'empereur Joseph II, ou Règlement de la procédure civile pour les Pays-*

Bas autrichiens, Bruxelles, 1767.

J. KRASIŃSKI,

- *Guide du voyageur en Pologne et dans la république de Cracovie*, Varsovie, 1820.

A. ŁABĘCK,

- *Przypisy i inwentarz do kodexu postępowania sądowego cywilnego*, Varsovie, 1811.

M. LADOWSKI,

- *Inwentarz nowy praww statutow konstytucyi korona*, Varsovie, 1754.

F. LASSAULX,

- *Ueber die unterscheidenden Charaktere des Code Napoléon*, Hambourg, 1811.
- « Des caractères distinctifs du Code Napoléon », *Bibliothèque (ou journal) du barreau et des écoles de droit, première partie ou notices sur les principaux ouvrages français et étrangers qui ont rapport aux Codes Napoléon, du Commerce, de Procédure, etc.*, vol. IV, Paris, 1811.
- *Introduction à l'étude du code Napoléon*, Paris, 1812.

L. LAUCKHARD,

- *Rechtsfälle mit Entscheidungen der französischen und belgischen Gerichtshöfe*, 1834.

P. LEPAGE,

- *Trattato della vendita giudiziaria degl'immobili in generale secondo il nuovo codice di procedura che contiene il pignoramento degli stabili per espropriazione forzata*, Milan, 1811.

P. LIBERATORE,

- *Saggio sulla giurisprudenza penale dei regno di Napoli*, Naples, 1814.

J. G. LOCRÉ,

- *L'esprit du Code Civil*, Paris, 1806 ; *L'esprit du Code de Commerce*, Paris, 1811-1813 ; *L'esprit du Code de Procédure civile*, Paris, 1815.
- *Spirito del Codice Napoleone, vulgarizzata e commentata dagli avvocati Febrari et Pagani*, Bresse, 1806 -1811.
- *Spirito del Codice di commercio*, en 10 tomes, Milan, 1811-1824.

A. LOISEL,

- *Mémoires des pays, villes, comté et comtes, évesché et évesques, pairrie, commune et personnes de renom de Beauvais et Beauvaisis*, Paris, 1617.

A. LUPOLI,

- *Apologia cattolica sulla indissolubilita del matrimonio Cristiano*, Naples, 1815.

G. B. MABLY (DE),

- *Derechos y deberes del ciudadano*, Cadix, 1812.

P. MAESTRO SALMON,

- *Resumen historico de la revolucion de España, que contiene todos los sucesos ocurridos en el año de 1809 desde la evacuacion de la Galicia por las tropas francesas hasta la batalla de Ocaña, con una breve descripcion de las guerrillas llamadas partidas, y de la felicidad que ha ofrecido, y dado Napoleon a la España*, Cadix, 1812.

F. MAGLIANO et F. CARRILLO,

- *Commentarj sulla prima parte del codice per lo Regno delle Due Sicilie, relativa alle leggi civili*, Naples, 1819.

MALINOWSKI,

- *Opieka podług kodexu Napoleona dla Xięstwa Warszawskiego*, 1811.

R. MALTHUS,

- *Principes d'économie politique considérés sous le rapport de leur application pratique*, t. 2, Paris, 1820.

P. MANTEGAZZA,

- *Alcune osservazioni sul Codice Austriaco dei delitti e delle pene pel Regno Lombardo-Veneto*, Milan, 1816.

C. R. MARTIN,

- « Influencia de la revolución francesa en la codificación civil. De las cuestiones suscitadas en Alemania con este motivo, y de los obstáculos que retardan uniformar la legislación española », *Revista general de legislación y jurisprudencia*, vol. 15, nº30, 1867.

D. MARTINEZ,

- *Al Codice civile austriaco spiegazioni*, Milan, 1823.

F. MARTINEZ MARINA

- *Ensayo histórico-crítico sobre la antigua legislación de los reinos de León y Castilla*, Madrid, 1808, 3^{ème} édition à Madrid, 1845.
- *Teoría de las Cortes ó grandes juntas nacionales de los reinos de Leon y Castilla*, t. 1, Madrid, 1813.

- *Juicio crítico de la Novísima Recopilación*, Madrid, 1820.

H.-B. MARET et N. BONAPARTE,

- « 17 mars 1808, Décret impérial portant organisation de l'Université », *Publications de l'Institut national de recherche pédagogique*, n°23, 2000, p. 113 à 121.

G. MAYANS,

- *Apuntamientos sobre las leyes de partida al tenor de leyes recopiladas, autos acordados, autores espanoles, y practica moderna, que escribe el doctor Don Joseph Berni, y catala, con dos copiosos indices, uno del texto, y otro de los Apuntamientos. Partida I*, Valence, 1759, premières feuilles non paginées.

D. MERENDA,

- *Compendio della istoria del regno di Napoli dalla decadenza dell'impero romano sino all'anno MDCCXXV*, Naples, 1814-1820.

H. A. MEINDERS,

- *Vindiciae libertatis antiquae Saxonicae seu Westfalicae*, Lemgovia, 1713.

J. D. MEYER,

- *De la nécessité d'une haute-cour provisoire pour le royaume des Pays-Bas*, La Haye, 1817.
- *Esprit, origine et progrès des institutions judiciaires des principaux pays de l'Europe, en 5 tomes*, La Haye, 1820.
- *Principes sur les questions transitoires, considérées indépendamment de toute législation positive, et particulièrement sous le rapport de l'introduction du Code Napoléon*, Amsterdam, 1813.
- *Brief von Jonas Daniel Meyer an Friedrich Carl von Savigny*, Ms. 925/1410, Marburg, Universitätsbibliothek, 19 octobre 1818.
- *Brief von Jonas Daniel Meyer an Friedrich Carl von Savigny*, Ms. 925/1414, Marburg, Universitätsbibliothek, 27 avril 1822.

CH. J. MINARD,

- *Carte figurative des pertes successives en hommes de l'Armée française dans la campagne de Russie 1812-1813* [en ligne], Paris, 20 novembre 1869, consulté le 22/05/2022.

C. J. A. MITTERMAIER,

- *Einleitung in das Studium der Geschichte des germanischen Rechts*, Landshut, 1812.

Ch. MONTESQUIEU (DE SECONDAT DE),

- *De l'esprit des lois, livres XI-XXI*, Paris, 1877.

L. MORRA,

- *Le servitù prediali esposte secondo il codice Napoleone col rapporto al diritto romano e alle consuetudini napoletane*, Naples, 1813.

L. A. MURATORI,

- *Dei difetti della giurisprudenza*, Venise, 1742.

G. M. NEGRI,

- *Dei difetti del codice civile italiano, che porta il titolo di codice Napoleone*, Milan, 1815.

H. NIENHUIS,

- *Dissertatio juridica inauguralis, ad locum juris Napoleonei de divortio*, Groningen, 1812.

J. S. NYPELS,

- *Le droit pénal français progressif et comparé : code pénal de 1810, accompagné de sources, des discussions au Conseil d'État, des exposés des motifs*, Bruxelles, Bruylant-Christophe, 1863.

T. OSTROWSKI,

- *Prawo cywilne narodu polskiego. Z statutow i konstytucyi koronnych i litewskich zebrane ; rezolucjami rady nieustajacej obiasnione ; dodatkami, z praw kanonicznego, magdeburskiego, i chełmskiego pomnozone ; a porzadkiem praw rzymskich*, Varsovie, 1787.
- *Prawo kryminalne angielskie przez Wilhelma Blakstona zebrane a przez X. Teodora Ostrowskiego S. P. wytłómaczone i uwagami do prawa polskiego stosownymi pomnozone*, Varsovie, 1786.

J. M. PALACIOS y HURTADO (DE),

- *Introduccion al estudio del derecho patrio ó sea noticia del acto publico que en la real universidad de Huesca*, Madrid, 1813.

V. PALMIERI,

- *Analisi ragionata de' sistemi e de' fondamenti dell' ateismo e dell' incredulità*, t. VII, Genève, 1814.

C. L. F. PANCKOUCKE,

- *Œuvres complètes de Cicéron : traduction nouvelle*, Paris, 1832.

D. PÉREZ DE SALAMANCA,

- *Commentaria in quatuor posteriores libros Ordinationum Regni Castellae*, Salamanca, 1560-1574.

B. W. PFEIFFER,

- *Napoleons Gesetzbuch nach seinen Abweichungen von Deutschlands gemeinem Rechte*, Göttingen, en 2 volumes, 1808-1810.

L. PICCOLI,

- *Delle succesioni legittime, e della porzione dovuta ai legittimarj*, Milan, 1815.

Fr. B. PIEKARSKI,

- *Zbiór praw polskich i W. X. Litewskiego od 1347 Séymu Wislickiego, aż do roku 1786. Podług sławnych Heyneccyusza i Höpfnera prawników porządku ułożony*, Cracovie, 1813.

W. PLANCK,

- *Abhandlungen über Gegenstände aus dem Französischen Civil-Recht*, Johann Friedrich Römer, 1809.

J.-E.-M. PORTALIS,

- *Consultation sur la validité des mariages des protestants*, Paris et La Haye, 1771.
- *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, Paris, 1801.

R.-J. POTHIER,

- *Trattati diversi sulle successioni del sig. Pothier resi conformi al Codice civile ed alle nuove leggi dal sig. Hutteau ; con un'appendice sul nuovo sistema delle successioni, e con la raccolta di tutte le leggi emanate dopo il 1790 riguardo questa parte di legislazione*, Naples, 1821.

L. QUARTIERI,

- *Hermeneuticae legalis libri IV*, Pise, 1820.

J. M. QUEIPO DE LLANO,

- *Cartas de Jeremías Bentham, al señor Conde de Toreno sobre el proyecto de Código Penal presentado á las Cortes*, Madrid, 1821.

F. RAPOLLA,

- *La difesa della giurisprudenza, trattato di Francesco Rapolla pubblico professore di*

Leggi nell'Università Napoletana scritto in occasione del libro del Signor D. Ludovico Antonio Muratori intitolato Dei Difetti della giurisprudenza, Naples, 1744.

A. REHBERG,

- *Über das Verhältnis der Metaphysik zu der Religion*, Berlin, 1787.
- *Untersuchungen über die französische Revolution*, Hannover, 1793, traduction française par L. K. SOSOE, *Recherches sur la Révolution française*, Paris, Librairie Philosophique J. Virin, 1998.
- *Über den Code Napoleon und dessen Einführung in Deutschland*, Hannover, 1814.

Ph. J. REHFUES,

- *Reden an das deutsche Volk*, 1814.

F. DE REIFFENBERG,

- « Notice nécrologique », *Bulletins de l'Académie royale des Sciences et Belles-Lettres de Bruxelles*, t. 2, 1835.

F. RENDA,

- *Storia della Sicilia*, vol. 2, Palermo, Sellerio, 2006.

H. RODDE,

- *Vergleichung des Code Napoléon mit dem lübischem Recht*, Lübeck, 1812.

R. ROMEO,

- *Mezzogiorno e Sicilia nel Risorgimento*, Naples, Edizioni scientifiche italiane, 1963.

P. ROSSI,

- *De l'étude du droit dans ses rapports avec la civilisation et l'état actuel de la science*, 1820. Publié au sein des *Mélanges d'économie politique, d'histoire et de philosophie*, vol. 2, Paris, 1857.
- *Brief von Pellegrino Luigi Odoardo Rossi an Friedrich Carl von Savigny*, Ms. 925/1516, Marburg, Universitätsbibliothek, 25 mai 1822.
- *Brief von Pellegrino Luigi Odoardo Rossi an Friedrich Carl von Savigny*, Ms. 925/1517, Marburg, Universitätsbibliothek, 14 septembre 1823.

J.-J. ROUSSEAU,

- *El contrato social, ó principios del derecho político*, Valence, 1812.

I. RUDHART (VON),

- *Controversen im Code Napoleon*, Würzburg, vol. 1, 1813.

D. SAAVEDRA FAJARDO,

- *Idea de un principe politico cristiano, representada en cien empresas*, Munich, 1640.

R. SACCO,

- *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Paris, Economica, 1991.

A. SAINT-JOSEPH (DE),

- *Concordance entre les Codes civils étrangers et le Code Napoléon*, Paris, 1840, deuxième édition augmentée, Paris, 1856.

F. C. SAVIGNY (VON),

- *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg, 1814.
- *System des heutigen römischen Rechts*, en 7 volumes, Berlin, 1840-1849.
- *Brief von Friedrich Carl von Savigny an Jonas Daniel Meyer*, Ms. 925/1413, Marburg, Universitätsbibliothek, 7 décembre 1820.

P. SCHEDONI

- *Delle influenze morali*, t. II, Modène, 1815.

G. SCHEIDLEIN (VON),

- *Abhandlung über den Kaufvertrag nach dem österreichischen bürgerlichen Gesetzbuche, in Vergleichung mit d. römischen Civilrechte, d. preußischen Landrechte u. d. französischen Civilcodex*, Vienne, 1818-1819.

Th. A. H. SCHMALZ,

- *Das Europäische Völker-Recht*, Berlin, 1817.

K. E. SCHMIDT,

- *Kritische Einleitung in das gesammte Recht des französischen Reiches*, Johann Gottfried Hanisch's Erben, 1808.

F. SCHOEMANN,

- *Il Dilucidazione della legislazione di Napoleone, e di Giustiniano*, Giessen & Wetzlar, 1808.

F. SCLOPIS,

- *Della legislazione civile : discorsi*, Bocca, 1835.

J. A. L. SEIDENSTICKER,

- *Einleitung in dem Code Napoleon*, Tübingen, 1808.

J. SEMPERE,

- *Historia del Derecho español*, Madrid, 1822-1823.

F. SŁOTWINSKY,

- *Prawo natury prywatne, połączone z uwagami nad prawem Rzymskiem, Kodexem galicyjskim i francuzkim*, vol. 1, Cracovie, 1825.

W. SOBOCINSKI,

- *Historia ustroju i prawa Ksiestwa Warszawskiego*, Torun, Biblioteka Warszawska, 1964.

P. SPERANZA,

- *Manuale Del Diritto di Matrimonio Austriaco Civile Ecclesiastico*, Vienne, 1817.

E. P. J. SPANGENBERG,

- *Commentar über den Code Napoleon*, Göttingen, 1810.

I. F. STAWIARSKI,

- *Inwentarz kodexu cywilnego francuskiego czyli Kodexu Napoleona konstytucyą Xięstwu Warszawskiemu nadaną, za prawo cywilne przyjętego z przyłączeniem dodatków [...]*, Varsovie, 1811.

F. K. SZANIAWSKI,

- *Tłumaczenie Kodeksu Napoleona na język polski*, 1807.

X. SZANIAWSKI,

- *Jak przepisy kodexu Napoleona o rozwodach rozumianemi bydź mają ?*, Varsovie, 1811.

O. TAGLIONI,

- *Commentario del Codice Civile Generale Austriaco*, en 10 volumes, Milan, 1816-1825.

P. TAMBURINI,

- *Continuazione delle Lezioni di filosofia morale e di naturale e sociale diritto*, t. VII, Pavie, 1812.

P. N. THEYER,

- *Die Maire und ihre Adjuncte als gerichtliche Polizeibeamten und Polizeyrichter betrachtet*, Main, 1811.

A. F. J. THIBAUT,

- « Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland », *Civilistische Abhandlungen von Anton Friedrich Justus Thibaut*, Heidelberg, 1814.

P. THIRY D'HOLBACH,

- *La moral universal ó los deberes del hombre fundados en su naturaleza*, Madrid, 1812.

J. J. THONISSEN,

- *Travaux préparatoires du code de procédure pénale : rapports faits à la Chambre des représentants, au nom de la Commission parlementaire*, Bruxelles, Lefèvre, 1885.

D. TORIBIO NÚNEZ,

- *Espíritu de Bentham. Sistema de la Ciencia Social*, Salamanca, 1820.

G. UNGARO,

- *Raccolta di memorie agrarie, politiche, economiche, legali riguardanti particolarmente il Regno di Napoli*, t. 1^{er}, Naples, 1813.

R. VÉLEZ (DE),

- *Apologia del altar y del trono*, Madrid, 1818-1825.

G. VERRI,

- *De ortu et progressu juris Mediolanensis prodromus, seu apparatus ad historiam juris Mediolanensis antiqui et novi*, Milan, 1747.

V. VICZAINO PÉREZ,

- *Compendio del Derecho Publico y Comun de Espana, o de las Leyes de las Siete Partidas, colocado en orden natural*, vol. I, Madrid, 1784.

J. VILLANOVA Y JORDAN,

- *Carceles y presidios. Aplicacion de la Panoptica de Jeremias Bentham*, Madrid, 1819.

J. VILLARROYA,

- *Coleccion de cartas eruditas escritas por D. Gregorio Mayans y Siscar a D. Joseph Nebot y Sans*, Valence, 1791.

T. WAGA,

- *Historia ksiąząt i królów polskich krótko zebrana, z niektórymi uwagami nad dziełami narodu dla oświecenia młodzi narodowej*, Varsovie, 1770, 1786, 1789, 1795, 1806, 1808, 1809, 1816, 1818.

A. D. WEBER,

- *Über die rück anwendung positiver gesetze*, Hanovre, 1811.

K. S. ZACHARIÄ,

- *Handbuch des Französischen Civilrechts*, Heidelberg, 1811.

F. E. ZEILLER,

- *Commentar uber das allgemeine burgerliche Gesetzbuch fur die gesammten deutschen Erbländer der oesterreichischen Monarchie*, vol. 1, Vienne, 1811.

J. M. ZIMMERL,

- *Handbuch für Richter, Advokaten und Justizbeamte in den K. K. Erbstaaten*, Vienne, 1819.

G. ZYCH,

- *Armia Księstwa Warszawskiego 1807-1812*, Varsovie, Wydawnictwo Ministerstwa Obrony Narodowej, 1961.

B) Revues

G. ACERBI,

- *Quadro della Letteratura e delle Arti d'Italia*, vol. XXI, 1820.

ANONYMES,

- *Biblioteca italiana ossia giornale di letteratura scienze ed arti compilato da una societa di letterati*, vol. 28, Milan, 1820.
- *Diario de Granada : El Publicista*, n°102, 13 avril 1813.
- *Diario constitucional, político y mercantil de Barcelona*, n°110, 30 juin 1820.
- *Diario patriótico de Cádiz*, n° 71, 15 janvier 1815.
- *El ciudadano espanol*, n°43, 23 octobre 1813.
- *El Defensor del Rey*, n°2, 1823.
- *El Despavilador : ó sea desterrador de ignorancias y de errores de algunos luminaires de nuestros días*, 1820.
- « Essai sur le Code Napoléon par M. Mauguin », *Journal de l'Empire*, 17 avril 1811.
- « Actas de las Cortes. Libertad de Imprenta », *El Censor*, vol. 1, n°11, octobre 1820.
- « Examen de los actos de la autoridad publica », *El Censor*, n°1, août 1820.
- *El Censor : periódico político y literario*, vol. 2, 1820.
- *El ciudadano despreocupado*, Sevilla, 1820.
- *Fueros del reyno de Navarra, desde su creacion, hasta su feliz union con el de Castilla*, Madrid, 1815.
- *Gazetta di Firenze*, n°57, 12 mai 1814.
- *Gazetta di Firenze*, n°74, 21 mai 1814.
- « Written and unwritten law », *The Jurist*, n°2, 1828-1829.
- *Gaceta Espanola*, n°135, 22 août 1823.
- *Le Moniteur Universel* [en ligne], n°334, 29 novembre 1812.
- « Über die unterscheidenden Charaktere des Code Napoléon » [recension], *Leipziger Literatur-Zeitung*, Leipzig, n°44, 1813.
- « Wetgeving », *De Weegschaal*, vol. 2, 1819.
- « Prospetto generale della letteratura tedesca di Angelo Ridolfi », *Biblioteca Italiana, o sia giornale di letteratura scienze ed arti compilato da vari letterati*, t. XVI, décembre 1819.
- « Codigos », *El Constitucional*, n°551, 10 novembre 1820.

- « Consejos que dirige á las Cortes y al pueblo español Jeremias Bentham », *El Constitucional*, n° 467, août 1820.

F. ALVARADO,

- *Cartas críticas*, Tome III, Madrid, 1825.

F. BARAIBAR DE HARO,

- *Diccionario para facilitar la inteligencia de estos Fueros*, 1815.

J. M. BLANCO WHITE,

- *El Español*, vol. 1, Londres, 1812.
- *El Español*, vol. 8, Londres, 1814.

F. A. BROCKHAUS,

- *Deutsche Blätter*, Leipzig, 1813.

J. M. CALATRAVA,

- *Diario de las Córtes. Sesión extraordinaria de la noche del 26 de setiembre de 1820*, n°3.

G. CASTINELLI,

- « Compendio istorico del diritto commerciale e marittimo presso le nazioni antiche e moderne », *Antologia : giornale di scienze, lettere e arti*, vol. 7 et vol. 8, 1822.

COLLECTIF,

- *Allgemeine Bibliothek für Staatskunst, Rechtswissenschaft und Kritik*, Glessen et Wetzlar, 1808-1813.
- *Diario de las discusiones y actas de las Cortes extraordinarias de 1821. Discusion del proyecto de código penal*, Madrid, 1822.
- *Giornale arcadico di scienze, lettere ed arti*, Tomo XXI - Gennaio Febbraio Marzo, 1824.
- *Giornale arcadico di scienze, lettere ed arti*, Tomo XXVII – Luglio Agosto Settembre, 1825.
- *Giornale arcadico di scienze, lettere ed arti*, Tomo XXI - Gennaio Febbraio Marzo, 1825.
- *Giornale pratico-legale*. Anno 1815, vol. 1, Florence, 1817.
- *Leipziger Literatur-Zeitung*, Leipzig, n°4, 1813.
- « Correspondenznachrichten aus Italien », *Zeitschrift für geschichtliche rechtswissenschaft*, vol. 2, 1816.

E. CLERÁCI,

- *Il « Conciliatore », periodico milanese (1818-1819)*, Tipografia Successori FF. Nistri, Pisa, 1903.

Ph. DUPIN,

- « Analyse d'ouvrages concernant le jury », *Thémis*, t. 1, Paris, 1819.

K. F. EICHHORN,

- « Über das geschichtliche Studium des Deutschen Rechts », *Zeitschrift für geschichtliche rechtswissenschaft*, vol. 1, 1815.

G. J. GÖSCHEN,

- « Über die *Res quotidianae* des Gajus », *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, vol. 1, 1815.

F. L. HOFFMANN,

- « Versuch eine Stelle des Cicero, Topicor. Cap. 4 zu erklären Von Herrn Doctor F. L. Hoffmann in Düsseldorf », *Zeitschrift für geschichtliche rechtswissenschaft*, vol. 3, 1817.

E. LERMINIER,

- « De la vocation de notre siècle pour la législation et la science du droit, par M. de Savigny », *Le Globe. Recueil philosophique et littéraire*, t. V, n°59, 18 août 1827.

A. MAI,

- « Il celebre prefetto della vaticana, monsignor Angelo Mai, ci ha fatto tenere la breve nota che qui pubblichiamo », *Giornale arcadico di scienze, lettere, ed arti*, t. VIII, octobre, novembre, décembre 1820.
- *Quadro della letteratura e delle Arti d'Italia*, vol. XXI, 1820.

G. H. MASIUS,

- *Medizinische Bemerkungen über einige ältere und neuere Gesetze, besonders über einige Artikel des Code Napoléon*, Rostock, 1811, dans le n°273, 1812.

C. NICOLA (DE),

- *Diario Napoletano*, Naples, 1798-1825.

G. NIEBUHR,

- *Lettre au rédacteur de la Biblioteca Italiana*, Rome, décembre 1820.

S. PELLICO,

- *Il Conciliatore*, Milan, 1818-1819.

J.-E.-M. PORTALIS,

- « Discours prononcé dans la séance du 3 frimaire par le citoyen Portalis, orateur du gouvernement, en présentant le projet de la première loi du code civil », *Gazette nationale ou le Moniteur universel*, n°65, 26 novembre 1801.

P. A. RUGA,

- « B. G. Niebuhrii C. F., M. Tullii Ciceronis Orationum pro Fantejo et pro C. Rabirio Fragmenta, etc. », *Giornale Arcadio di scienze, lettere, ed arti*, t. VII, juillet, août et septembre 1820.

F. C. SAVIGNY (VON),

- « Über den Zweck dieser Zeitschrift », *Zeitschrift für geschichtliche rechtswissenschaft*, vol. 1, Berlin, 1815. Traduit en français par O. JOUANJAN dans *L'esprit de l'École historique du droit. Textes inédits de F.C. von Savigny et G. F. Puchta*, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 2004.
- « Stimmen für und wider neue Gesetzbücher », *Zeitschrift für geschichtliche rechtswissenschaft*, vol. 3, 1815.
- « Wesen und Werth der deutschen Universitäten », *Historisch-politische Zeitschrift*, vol. 1, 1832.
- « Thémis, ou bibliothèque du Jurisconsulte », *Zeitschrift für geschichtliche rechtswissenschaft*, vol. 4, 1820.

Ch.-Ph. SCHWARZENBERG (DE),

- *Le Moniteur Universel* [en ligne], n°91, 1^{er} avril 1814.

J. A. L. SEIDENSTICKER,

- « Kritische Literatur des gesammten napoleonischen Rechts, besonders in Frankreich und Deutschland », *Juristische Litteratur*, 1811, n°208, 1812.

O. TAGLIONI,

- *Giornale arcadico di scienze, lettere ed arti*, Tomo XX, 1823.

A. F. J. THIBAUT,

- « Über den Code Napoleon und dessen Einführung in Deutschland », *Heidelbergische Jahrbücher der Litteratur*, vol. 7, n°1, 1814.

- « Über die sogenannte historische und nicht-historische Rechtsschule », *Archiv für die civilistische Praxis*, n°3, 1838.

G. B. TORELLI,

- *Cenno sull' origine e su' progressi del diritto universale preliminare allo studio privato di giurisprudenza*, Naples, 1824.

M. TRAGGIA,

- *El amigo de la Verdad*, n°22, Valence, 1813.

P. VERRI,

- « Cos'è questo Caffè ? », *Il Caffè*, t. 1, Venice, 1766.

G. P. VIEUSSEUX,

- *Antologia*, Tomo Nono - Gennaio Febbraio Marzo, 1823.
- *Antologia*, Tomo Visegimo – Ottobre Novembre Dicembre, 1824.
- *Antologia*, Tomo Visegimo – Ottobre Novembre Dicembre, 1825.
- *Antologia*, Tomo Visegimo – Gennaio Febbraio Marzo, 1825.

L. A. WARNKÖNIG,

- « De l'état actuel de la science du droit en Allemagne et de la révolution qu'elle y a éprouvée dans le cours des trente dernières années », *Thémis*, t. 1, 1819.

D. WINSPEARE,

- *Voti de' napolitani*, 1814.

II. BIBLIOGRAPHIE

A) *Méthodologie*

M. ADAMS et D. HEIRBAUT,

- *The method and culture of comparative law. Essays in honour of Mark von Hoecke*, Hart Publishing, 2014.

D. BUNIKOWSKI,

- *Historical and philosophical foundations of European legal culture*, 2016.

J. W. CAIRNS,

- *Codification, transplants and history: law reform in Louisiana (1808) and Quebec (1866)*, New Jersey, Clark, Talbot, 2015.

V. CHAMPEIL-DESPLATS,

- *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Paris, Dalloz, 2016.

COLLECTIF,

- « Comparer les droits dans une recherche historique : les pièges, les méthodes, les ressources », *Historia et ius* [en ligne], 2018, consulté le 22/05/2022.

L.-J. CONSTANTINESCO,

- *Traité de droit comparé*, 3 vol., Paris 1972-1983.

N. CREUTZFELDT, A. KUBAL et F. PIRIE,

- « Introduction : exploring the comparative in socio-legal studies », *International Journal of Law in Context*, Cambridge University Press, 2016.

S. DAUCHY,

- « Ouverture : Histoire des cultures juridiques, circulations, connexions et espaces transnationaux du droit », *Clio@Themis*, 2009, consulté le 22/05/2022.

S. P. DONLAN,

- « Remembering : legal hybridity and legal history », *Comparative Law Review*, 2010
- « Comparative law and Hybrid Legal Traditions – An introduction – Legal Families, Systems, and Traditions », *Comparative law and hybrid legal traditions*, Swiss Institute of Comparative Law, 2010.
- « The Mediterranean Hybridity Project : Crossing the boundaries of law and culture », *Journal of civil law and studies*, vol. 4, 2011.

- « To hybridity and beyond : reflections on legal and normative complexity », *Mixed Legal Systems, East and West : Newest Trends and Developments*, n°3, 2012.

Th. DUVE,

- « European Legal History – Concepts, Methods, Challenges », *Entanglements in Legal History: Conceptual Approaches*, Francfort-sur-le-Main 2014.
- « Legal traditions. A dialogue between comparative law and comparative legal history », *Journal of Comparative Legal History*, 2018.

B. FAUVARQUE-COSSON,

- « Deux siècles d'évolution du droit comparé », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 63, n°3, 2011 ;

J. GORDLEY,

- « Comparative Law and Legal History », *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford 2006.

M. GRAZIADEI,

- « Comparative law, legal history and the holistic approach to legal cultures », *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 1999.

J.-L. HALPÉRIN,

- « L'histoire du droit constituée en discipline : consécration ou repli identitaire », *Revue d'histoire des sciences humaines*, n°4, 2001.
- « Le droit et ses histoires », *Droit et société*, n°75, 2010.
- « Histoire comparée du droit », *L'histoire du droit en France. Nouvelles tendances, nouveaux territoires*, Paris 2014.

N. HAKIM,

- « Droit privé et courant critique : le poids de la dogmatique juridique », *Historia et ius*, n°3, 2013.

M. HEGER,

- « Recht im “Alten Reich” : Der Usus Modernus », *Zeitschrift für das Juristische Studium*, vol. 1, 2010.

J. HILAIRE,

- « La place de l'histoire du droit dans l'enseignement et la formation du comparatiste », *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1998.

J. HOAREAU-DODINAU,

- « Procéder. Pas d'action, pas de droit ou pas de droit, pas d'action », *Cahiers de l'Institut d'Anthropologie Juridique*, t. 13, 2006.

D. HUET-WEILLER,

- « Contestation de la filiation légitime », *Code Napoléon et son héritage, Chaire de droit civil et chaire de droit romain, Université de Łódź, Colloque International, 12-14-septembre 1989*, Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, 1993.

D. J. IBBETSON,

- « The Challenges of Legal History », *Journal of Comparative Legal History*, 2013.

B. JALUZOT,

- « Méthodologie du droit comparé. Bilan et prospective », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 1, 2005.

B. LAHUSEN,

- *Alles Recht geht vom VolksGeist aus. Friedrich Carl von Savigny und die moderne Rechtswissenschaft*, Nicolai, Berlin, 2013.

P. LEGRAND,

- *Le droit comparé*, Presses Universitaires de France, Paris 1999.

R. MUNDAY,

- *Comparative Legal Studies: Traditions and transitions*, Cambridge, 2003.

K. LUIG,

- « Was kann die Rechtsgeschichte der Rechtsvergleichung bieten? », *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 1999, p. 521 s.

R. A. MACDONALD, K. GLOVER,

- « Implicit comparative law », *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, 2013.

L. C. MADONNA,

- « Studi recenti sull' *Illuminismo* tedesco », *Rivista di Storia della Filosofia*, vol. 63, n°3, 2008, p. 499 à 504.

R. MICHAELS,

- « The Functional Method of Comparative Law », *The Oxford Handbook of Comparative Law*, p.339 et s., 2006.

O. MORÉTEAU, A. MASFERRER et K. A. MODÉER,

- *Comparative Legal History*, Cheltenham 2018.

A. MUSSON et Ch. STEBBINGS,

- *Making Legal History. Approaches and Methodologies*, Cambridge 2012.

A. PARISE,

- *Ownership paradigms in American civil law jurisdictions: manifestations of the shifts in the legislation of Louisiana, Chile, and Argentina (16th-20th centuries)*, Leiden 2017.

M. W. REINMANN,

- « Rechtsvergleichung und Rechtsgeschichte im Dialog », *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 1999, p. 496 s.
- « Nineteenth Century German Legal Science », *Boston College Law Review*, vol. 31, n°4, 1990, p.837 s.

S. SOLEIL,

- « Pourquoi comparait-on les droits au XIX^e siècle ? », *Clio@Themis*, n°13, 2017, consulté le 22/05/2022.
- « Les pièges, les méthodes, les ressources. Introduction », *Comparer les droits dans une recherche historique : les pièges, les méthodes, les ressources, Historia et ius*, n°13, 2018.

D. TALLON,

- « Histoire du droit et droit comparé : une alliance féconde », *Nonagesimo Anno, Mélanges Gaudemet*, Paris 1999, p. 629 s.

M. VAN HOECKE,

- *Methodology of comparative legal research* [en ligne], consulté le 22/02/2022.

J. VÁSQUEZ ROSSI,

- *Crisis de la justicia penal y tribunal de jurados*, Dorrego, Editorial Juris, 1998.

R. ZIMMERMANN,

- « L'héritage de Savigny. Histoire du droit, droit comparé, et émergence d'une science juridique européenne », *Revue internationale de droit économique*, t. XXVII, n°1, 2013, p. 95 s.

V. D. ZLATESCU,

- « Quelques aspects méthodologiques de la comparaison des droits », *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1983, p. 565 s.

B) Biographies

O. AHLERS,

- « Hach, Friedrich », *Neue Deutsche Biographie* [en ligne], vol. 7, 1966, consulté le 22/05/2022.

Q. ALDEA VAQUERO,

- « Diego de Saavedra Fajardo », *Real academia de la Historia* [en ligne]. Consulté le 22/05/2022.

A. AMATI,

- *Cesare Beccaria e l'abolizione della pena di morte : Vita ed opere di Cesare Beccaria*, Milan, 1872.

W. ANDREAS,

- « Brauer, Nikolaus », *Neue Deutsche Biographie* [en ligne], vol. 2, 1955, consulté le 22/05/2022

ANONYME,

- « Adrianus Catharinus Holtius », *Biographisch woordenboek der Nederlanden*, vol. 8, 1867.

M. ARMGARDT,

- « Leibniz as a legal scholar », *Fundamina*, vol. 20, n°1, 2014.

K. S. BADER,

- « Eichhorn, Karl Friedrich », *Neue Deutsche Biographie* [en ligne], vol. 4, 1959, consulté le 22/05/2022.

A. BAILLO et B. WEHINGER,

- « Frédéric II, Roi-philosophe et législateur », *Archives de philosophie du droit*, Dalloz, 2009.

G. BALDASSERONI,

- *Leopoldo II, granduca di Toscana, e i suoi tempi*, Firenze, 1870.

G. BENREKASSA,

- « L'Esprit des lois », *Dictionnaire Montesquieu* [en ligne], ENS de Lyon, septembre 2016, §14, consulté le 22/05/2022.

N. BENEDITTY (DE),

- *Leven en werken van Mr. Jonas Daniel Meyer (1780-1834)*, Haarlem, H. D. Tjeenk

Willink & Zoon, 1925.

H. L. BEHN,

- « Hudtwalcker, Martin Hieronymus », *Allgemeine Deutsche Biographie* [en ligne], vol. 13, consulté le 22/05/2022.

F. C. BEISER,

- « August Wilhelm Rehberg », *Stanford Encyclopedia of Philosophy* [en ligne], 2007. Consulté le 22/05/2022.

T. BLANNING,

- *Frederick the Great : King of Prussia*, Londres, Allen Lane, 2015.

R. BLONDI,

- « Villa Castelli : dal feudo al comune. Le grandi trasformazioni agrarie del duca Gioacchino Ungaro », *Riflessioni. Umanesimo della Pietra*, Martina Franca, 1988.

A. BORRELLI,

- « GUARANO, Marino », *Dizionario biografico degli italiani* [en ligne], vol. 60, Rome, 2003, consulté le 22/05/2022.

H. BOSSARD-BORNER,

- « Joseph Eutyck Kopp », *Dictionnaire historique de la Suisse* [en ligne], traduit de l'allemand, consulté le 22/05/2022.

R. BUCHNER,

- « Bluhme, Friedrich », *Neue Deutsche Biographie* [en ligne], vol. 2, 1955, consulté le 22/05/2022.

A. BUTTMANN,

- « Buttmann, Philipp Karl », *Allgemeine Deutsche Biographie* [en ligne], vol. 3, consulté le 22/05/2022.

C. CAPITAN PETER,

- « BONALD Louis-Ambroise de (1754-1840) », *Encyclopædia Universalis* [en ligne], consulté le 22/05/2022.

C. CAPRA,

- « Verri, Pietro », *Dizionario Biografico degli Italiani* [en ligne], vol. 99, 2020.

A. CARRANNANTE,

- « Mai, Angelo », *Dizionario Biografico degli Italiani*, vol. 67, 2006.

P. V. CASANA,

- « Giovanni Ignazio Pansoya : un commentateur turinois du Code Napoléon », *Études d'histoire du droit privé en souvenir de Maryse Carlin*, Éditions la Mémoire du Droit, 2008.
- *Tra rivoluzione francese e Stato costituzionale. Il giurista Giovanni Ignazio Pansoya (Torino, 1784-1851)*, Naples, Jovene, 2005.

R. CERPA ESTREMADOYRO,

- « José Joaquín de Mora, una biografía intelectual. Los años ilustrados », *Desde el Sur*, vol. 4, n°2.

H. CHISHOLM,

- « Niebuhr, Barthold Georg », *Encyclopedia Britannica* [en ligne], vol. 19, Cambridge, Cambridge University Press, 1911, consulté le 22/05/2022.

G. CHRIST,

- « Moser, Friedrich Carl Freiherr von », *Neue Deutsche Biographie* [en ligne], vol. 18, 1997, consulté le 22/05/2022.

G. CIAPPELLI,

- *Un ministro del Granducato di Toscana nell'età della Restaurazione: Aurelio Puccini (1773-1840) e le sue « Memorie »*, Rome, Edizioni di storia e letteratura, 2007.

COLLECTIF,

- *Galerie historique des contemporains ou nouvelle Biographie*, seconde édition, t. 7, Bruxelles, 1822.
- « Sir William Blackstone », *Encyclopedia Britannica* [en ligne], 2021, consulté le 22/05/2022.
- « STAWIARSKI Ignacy Franciszek (1776-1835) », *Polski Słownik Biograficzny*, t. 42, p. 609, Instytut Historii im. Tadeusza Manteuffla, Varsovie-Cracovie, 2002-2003.
- *La pensée juridique et le destin du code civil*, *Droits*, n°47, 2008.

M. CRANSTON,

- « David Hume. Scottish Philosopher », *Encyclopedia Britannica* [en ligne], 2021, consulté le 22/05/2022.

J.-P. DEDIEU,

- « Solidarités en action. Mayans, Borrull and Co », traduction française de J.-M. Imízcoz Beunza et K. Oihane Oliveri, « Mayans, Borrull and Co. Solidarios en la acción »,

Economía doméstica y redes sociales en el Antiguo Régimen, Madrid, Sílex, 2010, p.211 à 226.

E. DÖHRING,

- « Conring, Hermann », *Neue Deutsche Biographie* [en ligne], vol. 3, 1957, consulté le 22/05/2022..
- « Cocceji, Samuel Freiherr von », *Neue Deutsche Biographie* [en ligne], vol. 3, 1957, consulté le 22/05/2022.

A. DUFOUR,

- « Hommage à Pellegrino Rossi (1787-1848), Genevois et Suisse à vocation européenne », *Archive ouverte UNIGE* [en ligne], consulté le 20/05/2022.

M. K. DZIEWANOWSKI,

- « Czartoryski and His Essai sur la Diplomatie » *Slavic Review*, vol. 30, n°3, 1971.

I. EBERT et A. FIJAL,

- « Mittermaier, Karl Joseph Anton », *Neue Deutsche Biographie* [en ligne], vol. 17, 1994, consulté le 22/05/2022.

A. R. EISENHART (VON),

- « Spangenberg, Ernst Peter Johann », *Allgemeine Deutsche Biographie* [en ligne], vol. 35, 1895, consulté le 22/05/2022.

A. ELSCHENBROICH,

- « Hildebrand, Rudolf », *Neue Deutsche Biographie* [en ligne], vol. 9, 1972, consulté le 22/05/2022.

G. FAZZINI,

- « LIBERATORE, Pasquale Maria », *Dizionario Biografico degli Italiani* [en ligne], vol. 65, 2005, consulté le 22/05/2022.

K. FEILCHENFELDT,

- « Las(s)aulx, Franz », *Neue Deutsche Biographie* [en ligne], vol. 13, 1982, consulté le 22/05/2022.

M. FERNANDEZ ALVAREZ,

- « Juana I », *Real academia de la Historia* [en ligne]. Consulté le 22/05/2022.

F. FISCHER,

- « Bethmann Hollweg, August von », *Neue Deutsche Biographie* [en ligne], vol. 2, 1955, consulté le 22/05/2022.

A. J. A. FLAMENT,

- « Brenkmann, Hendrick », *Nieuw Nederlandsch Biografisch Woordenboek* [en ligne], 1911, consulté le 20/05/2022.

F. FRENSDORFF,

- « Gebauer, Georg Christian », *Allgemeine Deutsche Biographie* [en ligne], vol. 8, 1878, consulté le 22/05/2022.

M. FUHRMANN,

- « Dirksen, Eduard », *Neue Deutsche Biographie* [en ligne], vol. 3, consulté le 22/05/2022.

C. GABANIZZA,

- « CAFFI, Francesco », *Dizionario Biografico degli Italiani* [en ligne], vol. 16, 1973.

J. M. GARCÍA LEÓN,

- « Antonio Maria Alcalá Galiano », *Diccionario Biográfico electrónico* [en ligne], Real Academia de la Historia.

J. GERATS,

- « Friedrich August Biener (1787-1861). Der erste Dekan der juristischen Fakultät », *Forschen und Wirken. Beiträge zur wissenschaftlichen und politischen Entwicklung der Universität*, vol. 1, Berlin, Verlag der Wissenschaften, 1960.

A. GIANNOLA,

- « Filangieri, Gaetano », *Il Contributo italiano alla storia del Pensiero* [en ligne], Economica, 2012, consulté le 22/05/2022.

A. GIL NOVALES,

- « Reguera Valdelomar, Juan de la (s. XIX) », *MCNBiografías* [en ligne], consulté le 22/05/2022.

L. GONZÁLEZ CORRALES,

- « Jonama, Santiago », *Biblioteca Virtual de la Filología Española* [en ligne], consulté le 22/05/2022.

J. GRAVEN,

- *Pellegrino Rossi, grand européen. Hommage pour le centième anniversaire de sa mort. 1848-1948*, Genève, Librairie de l'Université, 1949.

V. HAEGELE,

- *Murat. La solitude du cavalier*, Perrin, Paris, 2015.

N. HAKIM,

- « Julien Bonnecase : historien de la science juridique ? », *Histoire de l'histoire du droit* [en ligne], Toulouse, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2006, p. 291 à 301, consulté le 22/05/2022.

R. HARRISON,

- *Bentham*, Londres, Routledge, 1983.

F. HERRE,

- *Maria Luigia. Il destino di un' Absburgo da Parigi a Parma*, Milan, Mondadori, 1997.

N. HINSKE,

- « Kant, Immanuel », *Neue Deutsche Biographie* [en ligne], vol. 11, 1977, consulté le 22/05/2022.

H.-W. JÄGER,

- « Herder, Johann Gottfried », *Neue Deutsche Biographie* [en ligne], vol. 8, 1969, consulté le 22/05/2022.

N. JONARD,

- « Verri Alessandro », *Encyclopedia Universalis* [en ligne], consulté le 12/02/2021.

A. JOURDAN,

- *Louis Bonaparte, Roi de Hollande*, Paris, Nouveau Monde, 2010.

F. KNÖPP,

- « Grolman, Carl von », *Neue Deutsche Biographie* [en ligne], vol. 7, 1966, consulté le 22/05/2022.

M. KOCZYŃSKI,

- « Feliks Leliwa Słotwinsky (Wspomnienie pośmiertne) », *Czasopismo Poświęcone Prawu i Umiejętnościom Politycznym*, n°3, 1863.

W. KOSUBEK,

- « Hermann Adolph Meinders », *Haller Zeiträume* [en ligne]. Consulté le 22/05/2022.

H.-Ch. KRAUS,

- « Rehberg, August Wilhelm », *Neue Deutsche Biographie* [en ligne], vol. 21, 2003, consulté le 22/05/2022.

A. R. LA PEÑA (DE),

- « Biografia de Gaspar Melchor de Jovellanos (1744-1811) », *Biblioteca virtual Miguel de Cervantes* [en ligne], consulté le 22/05/2022.

L. LACCHÈ,

- « Rossi, Pellegrino Luigi Edoardo », *Dizionario Biografico degli Italiani* [en ligne], vol. 88, 2017.

P. LANDAU,

- « Puchta, Gorg », *Neue Deutsche Biographie* [en ligne], vol. 20, 2001, consulté le 22/05/2022.

E. LANDSBERG,

- « Schrader, Heinrich Siegfrid von », *Allgemeine Deutsche Biographie* [en ligne], vol. 32, 1891, consulté le 22/05/2022.
- « Weber, Adolf Dietrich », *Allgemeine Deutsche Biographie* [en ligne], vol. 41, 1896, consulté le 22/05/2022.

A. LEVASSEUR,

- « Portalis and Pound: A Debate on “Codification” », *Louisiana Law Review*, vol. 81, n°4, 2021.

D. LIEBERMAN,

- « Jeremy Bentham: Biography and Intellectual Biography », *History of Political Thought*, vol. XX, n°1, 1999.

P. K. LISS,

- *Isabel the Queen*, Oxford, Oxford University Press, 1992.

C. LLAMAS,

- « D. Francisco Martínez Marina : el hombre y su obra », *Medievalismo*, n°2, 1992.

J. ŁOŚ,

- « Вага (Теодор) », Энциклопедический словарь Брокгауза и Ефрона (« Dictionnaire encyclopédique Brockhaus et Efron »), t. 5 (9), 1891.

K. LUIG,

- « Hugo, Gustav », *Neue Deutsche Biographie* [en ligne], vol. 10, 1974, consulté le 22/05/2022.

S. MAJO (DE),

- « GIOACCHINO NAPOLEONE Murat, re di Napoli », *Dizionario Biografico degli Italiani* [en ligne], vol. 55, 2001, consulté le 22/05/2022.

J. MALAFOSSE (DE),

- « Portalis Jean Étienne Marie (1746-1807) », *Encyclopædia Universalis* [en ligne], consulté le 22/02/2022.

P. S. MANCINI,

- *Della vita e delle opere di Pasquale Liberatore. Discorso letto all'Accademia Pontaniana*, Naples, 1842.

G. MARINI,

- *Savigny e il metodo della scienza giuridica*, Milan, 1966.
- *Jacob Grimm*, Naples, Guida Editioni, 1972.

Friedrich Carl von Savigny, Naples, Guida Editioni, Naples, 1978.

A. MASFERRER,

- « Berni y Catalá, José », *Real academia de la Historia* [en ligne].

F. MASTROBERTI,

- « Rapolla, Francesco », *Dizionario Biografico degli Italiani* [en ligne], vol. 86, 2016.

A. MEIJIDE PARDO,

- Vincente Vizcaino. Biografía de un jurista y economista del XVIII, Edicions do Castro, 1982.

A. MESTRE SANCHIS,

- *Mayans : proyectos y frustraciones*, Valence, Ayuntamiento de Oliva, 2003.
- *Don Gregorio Mayans y Siscar, entre la erudicion y la politica*, Valence, Deputacio de Valencia, 1999.

H. MEYER,

- « Foerster, Franz », *Allgemeine Deutsche Biographie* [en ligne], vol. 48, 1904, consulté le 22/05/2022.

K. MOELLER,

- « Meinders, Hermann Adolph », *Lexikon zur Geschichte der Hexenverfolgung* [en ligne], 2013, consulté le 22/05/2022.

A. MOREL-FATIO,

- « Un érudit espagnol au XVIIIe siècle. D. Gregorio Mayans y Siscar », *Bulletin hispanique*, t. 17, n°3, 1915.

N. MORELLI di GREGORIO,

- *Biografia dei Contemporanei del Regno di Napoli, chiari per scienze, lettere, armi ed arti*, Naples, 1826.

M. MORENO ALONSO,

- « Conde de Toreno, Historia del levantamiento, guerra y revolución de España », *Mélanges de la Casa de Velázquez*, Casa de Velázquez, vol. 41, n°2.

Ch. MORLEY,

- « Czartoryski as a Polish Statesman », *Slavic review*, vol. 30, n°3, septembre 1971.

P. L. MÜLLER,

- « Wilhelm », *Allgemeine Deutsche Biographie* [en ligne], vol. 43, 1896, consulté le 22/05/2022.

Th. MUTHER,

- « Biener, Friedrich August », *Allgemeine Deutsche Biographie* [en ligne], vol.2, 1875, consulté le 22/05/2022.

G. NAVET,

- « Eugène Lerminier (1803-1857) : la science du droit comme synthèse de l’histoire et de la philosophie », *Revue d’Histoire des Sciences Humaines*, n°4, 2001.

S. NEGRUZZO,

- « Tamburini, Pietro », *Dizionario Biografico degli Italiani* [en ligne], vol. 94, 2019, consulté le 20/05/2022.

J.-F. NIORT,

- « Droit, idéologie et politique dans le code civil français de 1804 », *Revue interdisciplinaire d’études juridiques*, vol. 29, 1993.
- *Homo Civilis. Tome I et II : Contribution à l’histoire du Code civil français (1804-1965)* [en ligne], Aix-en-Provence, Presses universitaires d’Aix-Marseille, 2004, consulté le 22/02/2022.

D. NÖRR,

- « Savigny, Carl von », *Neue Deutsche Biographie* [en ligne], 2005, consulté le 20/05/2022.

G. NOVALES,

- « Traggia, fray Manuel de Santo Tomás (ca. 1755 - ?) », *MCNB biografias* [en ligne], consulté le 22/05/2022.

J.-B. ONORIO (D'),

- « Les Portalis. Une famille au service de l'État et du Droit », *Les Cahiers Portalis*, n°1, 2014.

E. ORS (D'),

- *La vida de Fernando e Isabel, E. Juventud*, Barcelona, 1982.

Ch. W. PARKIN,

- « Edmund Burke », *Encyclopedia Britannica* [en ligne], 2020, consulté le 21/05/2022.

R. PASTA,

- « Beccaria, Cesare », *Il Contributo italiano alla storia del Pensiero* [en ligne], Economica, 2012.

G. S. PENE VIDARI,

- « Sclopis, Federigo, conte di Salerano », *Dizionario Biografico degli Italiani* [en ligne], vol. 91, 2018.

V. PÉREZ MOREDA,

- « Lorenzo Hervás y Panduro », *Diccionario Biográfico Español* [en ligne], consulté le 22/05/2022.

A. PORTMANN-TINGUELY,

- « Haller, Karl Ludwig von », *Dictionnaire historique de la suisse (DHS)* [en ligne], consulté le 22/05/2022.

Th. PYL,

- « Hagemeister, Emanuel Friedrich », *Allgemeine Deutsche Biographie* [en ligne], vol. 10, 1879, consulté le 22/05/2022.

H. RATJEN,

- « Cramer, Andreas Wilhelm », *Allgemeine Deutsche Biographie* [en ligne], vol. 4, 1876, consulté le 22/05/2022.

S. RIALS,

- « Jean Domat : un juriste au Grand Siècle », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la culture juridique, du monde des juristes et du livre juridique*, n°8, 1989.

L. RICO CANO,

- « La idea de educacion y la figura del maestro en la obra de un principe politico cristiano, representada en cien empresas de Diego Saavedra Fajardo », *Boletin de Arte* [en ligne], avril 2018.

K. RIEGER,

- « Dolliner, Thomas », *Allgemeine Deutsche Biographie* [en ligne], vol. 5, consulté le 22/05/2022.

M. RIQUET,

- *Augustin de Barruel : un jésuite face aux jacobins francs-maçons, 1741-1820*, Paris, Éditions Beauchesne, 1989.

A. ROBERT et G. COUGNY (dir.),

- « Dupin (Simon-Philippe) », *Dictionnaire des parlementaires français*, vol. 2, Paris, 1890.

M. ROLANDIS (DE),

- « Gambino, Francesco », *Notizie sugli scrittori astigniani*, Aste, 1912.

A. ROTONDÒ,

- « Bossellini, Carlo », *Dizionario Biografico degli Italiani* [en ligne], vol. 13, 1971.

J. RÜCKERT,

- « Thibaut, Anton », *Neue Deutsche Biographie* [en ligne], vol. 26, 2016, consulté le 22/05/2022.

M. RUINI,

- « Les quatre vies de P. Rossi », *New Historical Review*, XIII, 1929.

M. RUIZA, T. FERNÁNDEZ et E. TAMARO,

- « Biografía de Antonio Alcalá Galiano », *Biografías y Vidas. La enciclopedia biográfica en línea* [en ligne], Barcelone, 2004.

C. S. SÁNCHEZ,

- « Dionisio Alcalá Galiano, un oficial científico al servicio de la armada (1760-1805) », *Revista de Historia Moderna*, n°32, 2014, p. 285 à 286.

L. SEBASTIANI,

- « BOSSI, Luigi », *Dizionario Biografico degli italiani*, vol. 13, 1971.

W. F. SHELDON,

- « Möser, Justus », *Neue Deutsche Biographie 17* [en ligne], 1994, p. 687 à 689.

H. SCHEPERS,

- « Leibniz, Gottfried Wilhelm », *Neue Deutsche Biographie 14* [en ligne], 1985, p. 121 à 131.

W. SCHMIDT,

- *Friedrich I. Kurfürst von Brandenburg, König in Preußen*, Munich, Diederichs, 1996.

Ph. SCHOFIELD,

- *Speech at the ceremony to unveil the Bentham Plaque at the Home Office* [en ligne], University College of London, Queen Anne's Gate, 12 octobre 2004, consulté le 13/02/2022.

W. SCHRADER,

- « Wolff, Christian », *Allgemeine Deutsche Biographie* [en ligne], vol. 44, 1898.

H. SCHULTZE VON LASAULX,

- « Heise, Georg Arnold », *Neue Deutsche Biographie* [en ligne], vol. 8, consulté le 22/05/2022.

G. SCUBART-FIKENTSCHER,

- « Haubold, Christian Gottlieb », *Neue Deutsche Biographie* [en ligne], vol. 8, 1969, consulté le 22/05/2022.

L. F. SPEHR,

- « Bauer, Anton », *Allgemeine Deutsche Biographie* [en ligne], vol. 2, 1875.

E. STEFFENHAGEN,

- « Göschen, Friedrich Johann Ludwig », *Allgemeine Deutsche Biographie* [en ligne], vol. 9, 1879, consulté le 20/05/2022.

F. STEVENS,

- « Guillaume I^{er}, codificateur du royaume des Pays-Bas et la “renationalisation” du droit (1815-1831) », *Légiférer, gouverner et juger : Mélanges d'histoire du droit et des institutions (IXe-XXIe siècles) offerts à Jean-Marie Cauchies à l'occasion de ses 65 ans*, Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, 2016.

W. STRUCK,

- « Almendingen, Ludiwig Harscher von », *Neue Deutsche Biographie I* [en ligne], 1953, p. 204.

L. SUAREZ FERNANDEZ,

- « Fernando II de Aragon y V de Castilla », *Real Academia de la Historia* [en ligne]. Consulté le 22/05/2022.

C. E. TAVILLA,

- « Muratori, Ludovico Antonio », *Il Contributo italiano alla storia del Pensiero*,

Treccani, 2012, disponible en ligne.

A. TEICHMANN,

- « Henke, Eduard », *Allgemeine Deutsche Biographie* [en ligne], vol. 11, 1880, consulté le 22/05/2022.

M. THOMANN,

- « Wolff ou Wolf Christian von (1679-1754) », *Encyclopédie Universalis* [en ligne]. Consulté le 22/05/2022.

A. TOMASELLI,

- « La filosofia di Friedrich Carl von Savigny come acquisizione evolutiva », *Archivio Giuliano Marini* [en ligne], 2013, consulté le 22/05/2022.

J. TULARD,

- *Napoléon II*, Paris, Fayard, 1992.

J. TÜTKEN,

- « Dr. jur. H. R. Brinkmann – Ein freimütiger Professor der Rechtswissenschaft in Kiel », *Privatdozenten in Schatten der Georgia Augusta*, t. 2, Partie 2, Göttingen, Universitätsverlag Göttingen, 2005, p. 474 à 494.

J. W. TYDEMAN,

- « Levensberigt van Mr. Hendrik Willem Tydeman », *Jaarboek van de Maatschappij der Nederlandse Letterkunde*, Leiden, 1863.

N. VASZONYI,

- « Montesquieu, Friedrich Carl von Moser, and the « National Spirit Debate » in Germany », *German Studies Review*, vol. 22, n°2, 1999.

G. WILD,

- « Leopold August Warnkönig 1794-1866. Ein Rechtslehrer zwischen Naturrecht und historischer Schule und ein Vermittler deutschen Geistes in Westeuropa », *Freiburger rechts- und staatswissenschaftliche Abhandlungen*, vol. 17, 1961.

G. WALTHER,

- « Niebuhr, Barthod Georg », *Neue Deutsche Biographie* [en ligne], vol. 19, consulté le 22/05/2022.

D. WINTERBOTTOM,

- *The Grand Old Duke of York. A life of Prince Frederick, Duke of York and Albany, 1763-1827*, Barnsley, Pen & Sword - Military, 2016.

Z. ZDRÓJKOWSKI,

- « T. Ostrowski (1750-1802), pisarz dawnego prawa sądowego », *Dawni Pisarze Prawnicy, n°1* [en ligne], 1956, consulté le 21/05/2022.

H. ZELTNER,

- « Fichte, Johann Gottlieb », *Neue Deutsche Biographie* 5 [en ligne], p. 122 à 125.

C) Thèses et mémoires

A. ARLOTTO,

- *Confronto fra linguaggi penalistici : il linguaggio francese e il linguaggio italiano*, Th. de droit, Università degli studi di Torino, 2013.

G. BOSSERS,

- *'Welk eene natie, die de jurij gehad heeft, en ze weder afschaft!'* *De jury in de Nederlandse rechtspraak, 1811-1813*, Th. de droit, Université d'Amsterdam, 1987.

Y. FALELAVAKI,

- *L'histoire d'une conversion. La doctrine française du xix^e siècle et le recours à la comparaison juridique*, Th. de droit, Université Rennes 1, 2016, p. 187 s.

R. GATTI,

- *Il ruolo del diritto romano in Piemonte in età preunitaria: fra tradizione e innovazione. Il caso del diritto di famiglia nella giurisprudenza sabauda*, Th. de droit, Université de Milan-Bicocca, 2016.

R. GEENS,

- *Les jurys d'accusation et de jugement dans le département de Sambre-et-Meuse durant le Directoire (1796-1800). Analyse comparative de leur composition socioprofessionnelle et de leur activité*, Mémoire en Histoire, Université catholique de Louvain, 2017-2018.

L. GUERLAIN,

- *Droit et société au XIX^e siècle. Les leplaysiens et les sources du droit (1881-1914)*, Thèse en histoire du droit, Université Montesquieu-Bordeaux IV, 2011.

G. GUYON,

- *La controverse de la codification en Angleterre (XIX^e s.). Le droit pénal anglais au miroir du modèle Napoléonien*, Th. de droit, à paraître aux Presses Universitaires de Rennes, 2017.

A.-G. KSON-BOUVET,

- *Recherche sur les instruments de contournement de la réserve héréditaire des descendants. Une histoire de famille*, Th. de droit, Paris, Université Panthéon-Assas, 2018.

P. MASTROLIA,

- *La scheggia dello specchio. Cultura giuridica e prassi nel regno di Napoli (1809-1815)*, Th. de droit, Université de Macerata, 2014.

M. PAILLARES,

- *Le divorce et la séparation de corps de la codification napoléonienne à la loi Bonald dans les Pyrénées-Orientales – 1804-1816*, Th. de droit, Université de Perpignan, 2021.

V. PEIRONA,

- *I diritti successori del coniuge superstite*, Th. de droit, Université de Turin, 2018.

E. PIERSON,

- *Etude de la noblesse d'Empire créée par Napoléon Ier*, Th. de droit, Université d'Orléans, 1910.

F. VALENTE,

- *Le Code de commerce au 19^{ème} siècle*, Th. de droit, Université Jean Moulin Lyon III, 1992.

D) Ouvrages

R. ABBRUGIATI,

- *Études sur Le Café (1764-1766) – Un périodique des Lumières*, Aix-Marseille, Presses Universitaires de Provence, 2006.

F. ACOSTA RAMÍREZ et M. RUIZ JIMÉNEZ (dir.),

- *Baylen 1808-2008 : Bailén, su impacto en la nueva Europa del siglo XIX y su proyección futura*, Jaen, Editorial Universidad de Jaén, 2009.

R. AERTS et G. DENECKERE,

- *Het (on)verenigd koninkrijk. En politiek experiment in de Lage Landen*, Rekkem, Ons Erfdeel, 2015.

F. AIMERITO,

- *La codificazione della procedura civile nel Regno di Sardegna*, Giuffrè Editore, 2008.

Th. ALLAIN, A. NIJENHUIS-BESCHER, et R. THOMAS,

- *Les Provinces-Unies à l'époque moderne. De la Révolte à la République batave*, Paris, Armand Colin, 2019.

P. ALBERT,

- *Histoire de la presse*, Paris, Presses Universitaires de France, 2010, p. 32 à 54.

J. A. ALEJANDRE,

- *La justicia popular en España. Analisis de una experiencia historica : Los tribunales de jurados*, Madrid, Editorial de la Universidad Complutense, 1981.

R. ALLEN,

- *Les tribunaux criminels sous la Révolution et l'Empire : 1792-1811*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2005.

J. ALVAREZ BARRIENTOS,

- *La Guerra de la Independencia en la cultura española*, Madrid, Siglo XIX de España Editores, 2008.

J. ANGELOW,

- *Der Deutsche Bund*, Hesse, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 2003.

R. G. ASCH,

- *Hannover, Großbritannien und Europa. Erfahrungsraum Personalunion 1714–1837*, Göttingen, Wallstein Verlag, 2014.

S. ASKENAZY,

- *Napoleon a Polska*, Varsovie, Kurpisz, 1994.

A. ASTAING,

- *Droits et garanties de l'accusé dans le procès criminel d'Ancien Régime (XVI^e-XVIII^e siècle). Audace et pusillanimité de la doctrine pénale française*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires Aix-Marseille Université, 1999.

G. ASTUTI,

- *Il « Code Napoléon » in Italia e la sua influenza nei codici degli stati italiani successori*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2015.

F. ATZENI et A. MATTONE (dir.),

- *La Sardegna nel Risorgimento*, Roma, Carocci, 2014.

P. AUDEGEAN,

- *La philosophie de Beccaria. Savoir punir, savoir écrire, savoir produire*, Paris, Vrin, 2010.
- *Le bonheur du plus grand nombre. Beccaria et les Lumières* [en ligne], Lyon, ENS Éditions, 2017.

F. AUDREN et J.-L. HALPÉRIN,

- *La culture juridique française. Entre mythes et réalités XIX^{ème}-XX^{ème} siècles*, CNRS Éditions, 2013.

J-R. AYMES,

- *L'Espagne contre Napoléon. La guerre d'indépendance espagnole 1808-1814*, Paris, Nouveau Monde éditions, 2003.

D. BARANGER,

- *Penser la loi. Essai sur le législateur des temps modernes*, Paris, Gallimard, 2018.

J. BART,

- *Histoire du droit privé de la chute de l'Empire romain au XIX^e siècle*, Paris, Montchretien, 1998.

D. BAUMGARDT,

- *Bentham and the Ethics of Today*, Princeton, Princeton University Press, 1952.

T. BAZZI et U. BENASSI,

- *Storia di Parma (Dalle origini al 1860)*, Parme, Battei, 1954.

P.-Y. BEAUREPAIRE,

- *La plume et la toile : pouvoirs et réseaux de correspondance dans l'Europe des Lumières*, Arras, Artois presses université, 2002.

D. BEAUVOIS,

- *Histoire de la Pologne*, Paris, Hatier, 1995.
- *La Pologne des origines à nos jours*, Paris, Seuil, 2010.

A. BELLODI ANSALONI,

- *Ad eundam veritatem. Profili metodologici e processuali della Quaestio per tormenta*, Bologne, Bononia University Press, 2011.

M. BELLOMO,

- *L'Europa del diritto commune. La memoria e la storia*, Euno Edizioni, 2016.

O. BEN-DOR,

- *Constitutional Limitis and the Public Sphere. A Critical Study of Bentham's Constitutionalism*, Oxford, Hart Publishing, 2000.

Y.-M. BERCÉ,

- *La fin de l'Europe napoléonienne. 1814 : la vacance du pouvoir*, Paris, Henri Veyrier et Kronos, 1990.

A. BERGER,

- *La justice pénale sous la Révolution : les enjeux d'un modèle judiciaire libéral*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2015.

E. BESTA,

- *Le successioni nella storia del diritto Italiano*, Milan, Giuffrè, 1961.

M. BIARD et P. DUPUY,

- *La Révolution française*, Paris, Armand Colin, 2020.

B. BINOCHÉ,

- *La raison dans l'Histoire. Échantillons pour une histoire comparée des philosophies de l'Histoire*, Paris, Presses Universitaires de France, 2007.

M.-Th. BITSCH,

- *Histoire de la Belgique : de l'Antiquité à nos jours*, Bruxelles, Paris, Éditions Complexe, 2004.

S. BLOQUET,

- *La loi et son interprétation à travers le Code civil (1804-1880)*, Paris, LGDJ, 2017.

J. BONECASE,

- *La Thémis (1819-1831). Son fondateur, Athanase Jourdan*, Paris, Librairie de la société du Recueil Sirey, 1914.
- *Précis de droit civil (conforme au programme officiel des facultés de droit)*, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1934-1935.
- *La pensée juridique de 1804 à l'heure présente*, Bordeaux, Delmas, 1933.

M. BOTZENHART,

- *Reforme, Restauration, Krise. Deutschland 1789-1847*, Francfort-sur-le-Main, Suhrkamp, 1985.

J.-O. BOUDON,

- *La France et l'Europe de Napoléon*, Paris, Armand Colin, 2006.
- *Le Congrès de Vienne ou l'invention d'une nouvelle Europe*, Paris, Éditions Art Lys, 2015.

B. BOULOC et H. MATSOPOULOU (dir.),

- *Droit pénal général et procédure pénale*, Paris, Dalloz, 2016.

J.-J. BOUQUET,

- *Histoire de la Suisse*, Paris, Presses Universitaires de France, « Que sais-je ? », 2016.

L. BRUNORI, O. DESCAMPS, X. PRÉVOST (dir.),

- *Pour une histoire européenne du droit des affaires : comparaisons méthodologiques et bilans historiographiques*, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2020.

J. H. BURTON,

- *Letters of Eminent Persons Addressed to David Hume*, Édimbourg, William Blackwood & Sons, 1849.

A. CABANIS,

- *La presse sous le Consulat et l'Empire (1799-1814)*, Paris, Études Robespierriennes, 1975.

R. CAHEN, J. DE BROUWER, FREDERIK DHONDT ET M. JOTTRAND (dir.),

- *Les professeurs allemands en Belgique*, Bruxelles, ASP, 2021.

S. CALVET,

- *Leipzig 1813, la guerre des peuples, Vendémiaire*, 2013.

L. CALVIÉ,

- *Le Renard et les Raisins : la Révolution française et les intellectuels allemands, 1789-*

1845, Paris, EDI, 1989. Revu et augmenté chez Parthenay, Inclinaison, 2018.

J. CALVO,

- *La guerra de Sucesión*, Madrid, Anaya, 1988.

E. CANALES,

- *La Europa napoleónica, 1792-1815*, Madrid, Catédra, 2008.

P. CAPPELLINI et B. SORDI (dir.),

- *Codici. Una riflessione di fine millennio, Per la storia del pensiero giuridico moderno*, Milan, Giuffrè, 2000.

J.-M. CARBASSE,

- *Histoire du droit*, Presses Universitaires de France, 2017, p. 94 et s.

Y. CARTUYVELS,

- *D'où vient le code pénal ? Une approche généalogique des premiers codes pénaux absolutistes au XVIII^e siècle*, Bruxelles, Bruylant, 1996.

E. CHAMPS,

- « *La déontologie politique* » ou *la pensée constitutionnelle de Jeremy Bentham*, Genève, Librairie Droz, 2008.

G. CHAUSSINAND-NOGARET,

- *Le citoyen des Lumières*, Bruxelles, Éditions complexes, 1994.

I. R. CHRISTIE,

- *The Bentham in Russia, 1780-1791*, Oxford, Berg, 1993.

A. CHWALBA,

- *Historia Polski : 1795-1918*, Cracovie, Wydawnictwo Literackie, 2005.

F. COLAO et L. BERLINGUER,

- *Le Politiche criminali nel XVIII secolo. La Leopoldina*, Milano, Giuffrè, 1990.

COLLECTIF,

- *Napoleonica. La Revue, Napoléon Ier et la famille : questions de droit, questions de société*, vol. 14, n°2, 2012.
- *La littérature des Lumières en France et en Pologne – Esthétique, terminologie, échanges*, Actes du colloque franco-polonais organisé par l'Université de Wrocław et l'Université de Varsovie en collaboration avec l'Institut de Recherches Littéraires de l'Académie Polonaise des Sciences, Varsovie-Wrocław, P.W.N., 1976.
- *Enciclopedia di Parma. Dalle origini ai giorni nostri*, Milan, Franco Maria Ricci, 1998.

G. CORNU (dir.),

- *Vocabulaire juridique – Association Henri Capitant*, 12^{ème} édition, Paris, Presses Universitaires de France, 2018.

J. E. CRIMMINS,

- *Secular Utilitarianism. Social Science and the Critique of Religion in the Thought of Jeremy Bentham*, Clarendon Press, Oxford, 1990.

A. CURTI,

- *Alta polizia, censura e spirito nei ducati parmensi (1816-1829)*, Parme, Arch. Stor. Parm., 1922.

R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI, M. GORÉ,

- *Les grands systèmes de droit contemporains*, Paris, Précis Dalloz, 2016.

F. DAVOLI,

- *La nuova Europa di Napoleone*, Elison Publishing, 2020.

H. DEDEK,

- « When Law Became Cultivated: “European Legal Culture” between *Kultur* and Civilization », *Towards a European Culture*, Londres, Hart, 2014, p. 367 à 390.

D. DEMARCO,

- *Lo Stato Pontificio da l’ancien régime alla Rivoluzione*, Naples, Edizioni Scientifiche Italiane, 1992.

E. DEZZA et P. CARONI,

- *L’ABGB e la codificazione asburgica in Italia e in Europa*, Pavie, CEDAM, 2006.

P. DHONDT,

- *Un double compromis. Enjeux et débats relatifs à l’enseignement universitaire en Belgique au XIX^e siècle*, Gingko Academia Press, 2011.

F. DIAZ,

- *Il Granducato di Toscana : i Lorena dalla Reggenza agli anni rivoluzionari*, Torino, Utet, 1997.

E. DIEGO GARCIA et J. SANCHEZ-ARCILLA (DE),

- *Diccionario de la Guerra de la Independencia 1808-1814*, Madrid, Actas Editorial, 2011.

F. DONATO (DI),

- « Storiografia giuridica », *Il contributo italiano alla storia del pensiero. Ottava*

Appendice, Storia e politica, Istituto della Enciclopedia Italiana, 2013.

L. DUBEL,

- *Historia doktryn politycznych i prawnych do schyłku XX wieku*, Lexis Nexis, 2012.

M. DUNAN,

- *Napoléon et l'Allemagne : le système continental et les débuts du royaume de Bavière, 1806-1810*, Paris, Plon, 1942, p. 507 et s.

M.-S. DUPONT-BOUCHAT et X. ROUSSEAU (dir.),

- *Révolutions et justice pénale en Europe : modèles français et traditions nationales, 1780-1830*, Paris, L'Harmattan, 1999.

R. DURAND (dir.),

- *La torture judiciaire, Approches historiques et juridiques*, en 2 volumes, Lille, Centre d'histoire judiciaire, 2002.

K. EPSTEIN,

- *Die Ursprünge des Konservativismus in Deutschland. Der Ausgangspunkt : Die Herausforderung durch die französische Revolution 1770 – 1806. Aus dem Englischen von Johann Zischler*, Francfort-sur-le-Main, Propyläen-Verlag, 1973.

A. ESMEIN,

- *Histoire de la procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIII^e siècle jusqu'à nos jours*, Paris, 1882.

M. FARAUD et R. SZRAMKIEWICZ,

- *La Révolution française et la famille*, Poitiers, Presses Universitaires de Poitiers, 1978.

R. FARIAS,

- *Memorias de la Guerra de Independencia escritas por soldados franceses*, Londres, Forgotten Books, 1920.

J.-C. FARCY,

- *L'histoire de la justice française de la Révolution à nos jours : trois décennies de recherches*, Paris, Presses universitaires de France, 2001.

E. FEHRENBACH,

- *Vom Ancien Regime zum Wiener Kongress*, Munich, Oldenbourg, 2001.

L. FERRAJOLI,

- *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Bari, Laterza, 1999.

A. FERRARIS,

- *Letterature e impegno civile nell'Antologia*, Padoue, Livourne, 1978.

O. FERREIRA,

- *Histoire contemporaine des sources du droit*, Paris, Ellipse, 2019.

G. FERRI,

- *La consuetudine commerciale nell'Ototoento italiano*, ARACNE, 2007.

P. FIORENTINI,

- *Nel Regno delle Due Sicilie. Intellettuali, potere, scienze della società nella Sicilia borbonica*, Catane, Edizioni del Prisma, 2008.

C. FULLER,

- *The Old Radical : Representations of Jeremy Bentham*, Londres, University College, 1998.

E. GALVAN RODRIGUEZ,

- *Consideraciones sobre el proceso recopilador castellano*, Las Palmas de Grande Canarie, Servicio de Publicaciones y Difusion Cientifica de la ULPGC, 2003.

A. GAMBARO,

- *Le nuove frontiere della comparazione. Atti del Primo Convegno Nazionale della SIRD*, Milan, Département des sciences juridiques de l'Université de Trente, 2012.

L. GAROFALO et L. ZHANG,

- *Diritto romano fra tradizione e modernità*, actes du colloque international de Shanghai (13-15 novembre 2014), Pacini Giuridica, 2017.

E. GAUDEMET,

- *L'interprétation du Code civil en France depuis 1804*, Paris, 1935. Réédité à Paris, Mémoire du Droit, 2002.

S. GEYER,

- *Den Code civil "richtiger" auslegen*, Francfort-sur-le-Main, Vittorio Klostermann, 2009.

C. GHISALBERTI,

- *Istituzioni e società civile nell'età del Risorgimento*, Bari, Laterza, 2005.

E. GIOVANNINI,

- *Diritto comparato dei contratti transnazionali*, Turin, Università degli Studi di Torino, 2019, p.35 et s.

E. GLASSON,

- *Le Code civil et la question ouvrière*, Paris, 1886.

J. GODECHOT,

- *La contre-révolution*, Paris, Presses Universitaires de France, 1984.

J. GOYTISOLO,

- *José María Blanco White, El Español et l'indépendance de l'Amérique hispanique*, Presses Universitaires de Lyon, 2016.

G. GRECO,

- *Storia del Granducato di Toscana*, Brescia, Morcelliana, 2020.

A. GRILLI,

- *Il difficile amalgama. Giustizia e codici nell'Europa di Napoleone*, Francfort-sur-le-Main, Vittorio Klostermann, 2012.

A. B. GRODELAND, W. L. MILLER (dir.),

- *European Legal Cultures in Transition*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015.

P. GROSSI,

- *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico, 1860-1950*, Milan, Giuffrè, 2000.
- *L'Europe du droit*, Paris, Seuil, 2011.

H. GRYNWASER,

- *Kodeks Napoleona w Polsce. II. Królestwo Kongresowe*, Skład Główny F. Hoesick, Senatorska 22, 1918.
- *Kodeks Napoleona w Polsce ; Demokracja szlachecka 1795-1831*, 1951.

P. GUICHONNET,

- *L'unité italienne*, Paris, Presses Universitaires de France, « Que sais-je ? », 1966.

A. GUZMÁN BRITO,

- *Codificación del derecho civil e interpretación de la leyes : las normas sobre interpretación de las leyes en los principales códigos civiles europeo-occidentales y americanos emitidos hasta fines del siglo XIX*, Madrid, Iustel, 2011.

H.-P. HAFERKAMP,

- *Die Historische Rechtsschule*, Francfort-sur-le-Main, Vittorio Klostermann, 2018, p.125 et s.

N. HAKIM,

- *L'autorité de la doctrine civiliste française au XIX^e siècle*, Paris, LGDJ, 2002.

É. HALÉVY,

- *La formation du radicalisme philosophique II. L'évolution de la doctrine utilitaire de 1789 à 1815*, Paris, Presses Universitaires de France, 1995, p. 181 s.

J.-L. HALPÉRIN,

- *L'impossible code civil*, Paris, Presses Universitaires de France, 1992.
- *Le code civil*, Paris, Dalloz, 2^{ème} édition, 2003.
- *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris, Presses Universitaires de France, 2012, p. 7 et s.

J. HAMBURGER,

- *Intellectuals in Politics : John Stuart Mill and the Philosophic Radicals*, New Haven, Yale University Press, 1965.

H. L. A. HART,

- *Essays on Bentham, Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1982.

H. HATTENHAUER,

- *Thibaut und Savigny, ihre programmatischen Schriften*, Munich, Drucken, 1973.
- *Europäische Rechtsgeschichte*, Heidelberg, Müller, 2004.

J. HAUTEBERT et S. SOLEIL (dir.),

- *Modèles français, enjeux politiques et élaboration des grands textes de procédure en Europe. Le code de 1806 et la procédure civile en Europe, les décrets de 1806 et la procédure du contentieux*, t. 1, Paris, Éditions Juridiques & Techniques, 2007.

P. HAZARD,

- *La crise de la conscience européenne*, Paris, Boivin, 1935.

M. HECQUART-THÉRON (dir.),

- *Les Facultés de Droit inspiratrices du droit ?*, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2005.

I. HERRMANN,

- *Genève entre République et canton. Les vicissitudes d'une intégration nationale (1814-1846)*, Laval, Presses Universitaires de Laval, 2003.

J. HILAIRE,

- *Introduction historique au droit commercial*, Paris, Presses Universitaires de France, 1986.

- *Le Droit des Affaires et l'Histoire*, Paris, Economica, 1995.

P. HOFCHRÖER,

- *Leipzig 1813 : the Battle of Nations*, Londres, Bloomsbury Publishing, 2012.

U. IM HOF,

- *Les Lumières en Europe*, traduit de l'allemand par J. Étoré et B. Lortholary, Collection Faire l'Europe, 1993.

Ch. JAMIN et PH. JESTAZ,

- *La doctrine*, Paris, Dalloz, 2004.

M. JARRETT,

- *The Congress of Vienna and its Legacy: War and Great Power Diplomacy after Napoleon*, Londres, Bloomsbury, 2013.

O. JOUANJAN,

- *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918). Idéalisme et conceptualisme chez les juristes allemands du XIX^e siècle*, Paris, Presses Universitaires de France, 2005.

P. J. KELLY,

- *Utilitarianism and Distributive Justice : Jeremy Bentham and the Civil Law*, Oxford, Clarendon Press, 1990.

S. KIENIEWICZ, A. ZAHORSKI et W. ZAJEWSKI (dir.),

- *Try powstania narodowe – kosciuskowskie, listopadowe, styczniowe*, Varsovie, Ksiaska i Wiedza, 2006.

A. KIJOWSKI,

- *Listopadowy Wieczor*, Varsovie, Psychoskok publicystyka literacka, eseje, 1972.

F. KNOPPER et J. MONDOT,

- *L'Allemagne face au modèle français de 1789 à 1815*, Toulouse, Presses Universitaires Mirail, 2008, p. 60 et s.

W. KONOPCZYNSKI,

- *Stanisław Konarski*, Varsovie, Wydawnictwo Kasy im. Mianowskiego, 1926.

P. KOSCHAKER,

- *Europa und das römische Rechts*, Munich, Biederstein Verlag, 1947.

T. LE YONCOURT, A. MERGEY et S. SOLEIL (dir.),

- *L'Idée de fonds juridique commun dans l'Europe du XIX^e siècle. Les modèles, les*

réformateurs, les réseaux, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2014.

G. W. LEIBNIZ,

- *Sämtliche schriften und briefe*, vol. 1, Berlin-Brandenburgischen Akademie der Wissenschaften und der Akademie der Wissenschaften in Göttingen, Akademie Verlag, 2006, p. 44 à 53.
- *Sämtliche schriften und briefe. 1663-1685*, Berlin, Akademie Verlag, 2006.
- *Transkriptionen des Briefwechsels 1716*, Berlin, Akademie Verlag, 2020.

A. LAUBA,

- *La restauration (1814-1830). Bilan juridique et institutionnel*, en 2 tomes, Chisinau, Éditions Universitaires Européennes, 2010.

T. LENTZ,

- *Le Congrès de Vienne*, Paris, Tempus/perrin, 2015.

E. LODOLINI,

- *L'amministrazione periferica e locale nello Stato Pontificio dopo la Restaurazione*, Ferrare, Ferrara Viva, 1959.

G. LOH,

- *Die Völkerschlacht bei Leipzig. Eine bibliographische Übersicht*, Leipzig, 1963.

D. G. LONG,

- *Bentham on Liberty. Jeremy Bentham's Idea of Liberty in Relation to his Utilitarianism*, Toronto, University of Toronto Press, 1977.

J. LOPEZ HERNANDEZ,

- *Introducción histórica a la filosofía del derecho contemporánea*, Murcie, Universidad de Murcia, 2005.

F. LOTTERIE et D. M. MCMAHON,

- *Les Lumières européennes dans leurs relations avec les autres grandes cultures et religions*, Paris, Éditions H. Champion, 2002.

A. LOVATO,

- *Diritto romano e scuola storica nell'Ottocento napoletano*, Bari, Laterza, 1999.

D. LYONS,

- *In the Interest of the Governed. A Study in Bentham's Philosophy of Utility and Law*, Oxford, Clarendon Press, 1973.

M. MACK,

- *Jeremy Bentham: An Odyssey of Ideas*, New York, Columbia University Press, 1963.

D. MAKILLA,

- *Historia prawa w Polsce*, Varsovie, PWN, 2013.

G. MARINI (dir.),

- *La polemica sulla codificazione*, Naples, Edizioni Scientifiche Italiane, 1992.

X. MARTIN,

- *Mythologie du code Napoléon. Aux soubassements de la France moderne*, Bouère, DMM, 2003.

P. MARTINI,

- *Storia di Sardegna dall'anno 1799 al 1816*, Cagliari, 1852.

R. MARTINAGE et J.-P. ROYER (dir.),

- *Les destinées du jury criminel*, Lille, Ester éditions, 1990.

C. MARTINEZ SHAW,

- *El Siglo de las Luces. Las bases intelectuales de la reformismo*, Madrid, Historia, 1996.

A. MASFERRER (dir.),

- *La codificación española. Tradición e influencias extranjeras : su contribución al proceso codificador (parte general)*, Pampelune, Aranzadi Thomson Reuters, 2014.
- *La codificación penal española. Un aproximación doctrinal e historiográfica a sus influencias extranjeras, y a la francesa en particular*, Pampelune, Aranzadi Thomson Reuters, 2017.
- *The Western Codification of Criminal Law. The Revision of the Myth of its Predominant French Influence*, Springer, Valence, 2018.

F. MASTROBERTI et G. MASIELLO,

- *Il codice per lo regno delle Due Sicilie. Elaborazione, applicazione e dimensione europea del modello codistico borbonico*, Naples, Editoriale Scientifica, 2020.

A. MAZZACANE,

- *Savigny e la storiografia giuridica tra storia e sistema*, Naples, Liguori Editore, 1976.

A. MERGEY,

- *L'État des physiocrates : autorité et décentralisation*, Aix-en-Provence, PUAM, 2010.

J. MEYER,

- *L'Europe des Lumières*, Horvath, Éditions du Coteau, 1989.

R. MÜNCH,

- *Vive l'Empereur. Napoleon in Leipzig*, 2^e édition, Leipzig, 2009.

I. MONTANELLI,

- *Storia d'Italia : l'Italia del Risorgimento*, Milan, Rizzoli, 1972.

J. J. MORESO,

- *La teoria del Derecho de Bentham*, Barcelone, P.P.U., 1993.

O. MOTTE,

- *Savigny et la France*, Paris, éditions Peter Lang, 1983.

G. NAFZIGER,

- *Napoleon at Leipzig : the battle of nations 1813*, Chicago, Helion & Company, 1994.

M. T. NAPOLI,

- *La cultura giuridica italiana. Repertorio delle opere tradotte nel secolo XIX*, Naples, Jovene, 1987-1988.

T. NIPPERDEY,

- *Deutsche Geschichte 1800-1866. Bürgerwelt und starker Staat*, Munich, Beck, 1983.

D. NÖRR,

- *Savignys philosophische Lehrjahre : Ein Versuch*, Francfort-sur-le-Main, Klostermann, 1994.

L. O'SULLIVAN et C. FULLER (dir.),

- *The Correspondence of Jeremy Bentham*, Oxford, Clarendon Press, 2006, 14 volumes.

P. OURLIAC et J. MALAFOSSE (DE),

- *Histoire du droit privé, Tome 2 : le droit familial*, Paris, Presses universitaires de France, 1968.

A. PADOA-SCHIOPPA,

- *Storia del diritto in Europa. Dal Medioevo all'età contemporanea*, Bologne, Il Mulino, 2007.

G. PAOLINI (dir.),

- *Napoleone dall'Elba all'Europa : atti del convegno internazionale di studi Firenze*, Florence, Conseil régional de la Toscane, 2017.

M. PEGUERA POCH,

- *Aux origines de la réserve héréditaire du Code civil : la légitime en pays de coutumes (XVIe-XVIIIe siècles)*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2009.

X. PIN,

- *Droit pénal général*, Paris, Dalloz, 2016.

E. Z. PLATNER et L. URLICHS,

- *Beschreibung Roms. Ein Auszug aus der Beschreibung der Stadt Rom*, Stuttgart et Tübingen, J. G. Cotta'scher Verlag, 1845.

P. POMIANOWSKI,

- *Roswod XIX wieku na centralnych ziemiach polskich. Praktyka stosowania Kodeksu Napoleona w latach 1808-1852*, Varsovie, Campidoglio, 2018.

M. PORRET (dir.),

- *Beccaria et la culture juridique des Lumières*, Genève, Droz, 1997.

J. POUMARÈDE,

- *Itinéraire(s) d'un historien du Droit : Jaques Poumarède, regards croisés sur la naissance de nos institutions*, Toulouse, Presses Universitaires du Midi, 2011.

J. PRADEL,

- *Droit pénal comparé*, Paris, Dalloz, 2016.

P. PRETO,

- *I servizi segreti di Venezia. Spionaggio e contropionaggio ai tempi della Serenissima*, Milan, Il Saggiatore, 2010.

D. M. RABBAN,

- *Law's History. American Legal Thought and the Transatlantic Turn to History*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.

M. RAINER,

- *Das Römische Recht in Europa*, MANZ'sche Wien, 2012.

F. RANIERI,

- *Gedruckte Quellen der Rechtsprechung in Europa (1800-1945)*, Rechtsprechung. Materialien und Studien 3, Francfort-sur-le-Main, Klostermann, 1992.

G. RAULET,

- *Aufklärung : les Lumières allemandes*, Paris, Flammarion, 1995.

J. RAZ,

- *Concept of a Legal System: An Introduction to the Theory of Legal system*, 1970, réédition à Oxford, Clarendon Press, 2003.

W. P. REUTTER,

- « *Objectiv Wirkliches* » in *Friedrich Carl von Savignys Rechtsdenken, Rechtsquellen- und Methodenlehre*, Francfort-sur-le-Main, Vittorio Klostermann, 2011.

Ch. RIVER,

- *The Battle of Leipzig : the History and Legacy of the Biggest Battle of the Napoleonic Wars*, Charles River Editors, 2015.

A. ROBERT,

- *Les tribunaux criminels sous la Révolution et l'Empire : 1792-1811*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2005.

A. RONCO,

- *Storia della Repubblica ligure 1797-1799*, Gênes, Fratelli Frilli Editori, 2005.
- *Genova tra Massena e Bonaparte. Storia della Repubblica ligure. Il 1800*, Gênes, Fratelli Frilli Editori, 2005.

S. ROMANO,

- *Histoire de l'Italie du Risorgimento à nos jours*, Paris, Seuil, 1977.

F. ROSEN,

- *Jeremy Bentham and Representative Democracy. A Study of the Constitutional Code*, Oxford, Oxford University Press, 1983.

P. ROUBIER,

- *Théorie générale du droit ; histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, Paris, Éditions Sirez, 1951.

N. ROULAND,

- *Introduction historique au droit*, Paris, Presses Universitaires de France, 1998.

J. RÜCKERT,

- *Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl von Savigny*, Francfort-sur-le-Main, Vittorio Klostermann, 1984.
- et B. RITZKE, *Savigny-Portraits*, Francfort-sur-le-Main, Vittorio Klostermann, 2011.
- *Methodik des Zivilrechts – von Savigny bis Teubner*, Baden-Baden, Nomos, 2012.
- et Th. DUVE, *Savigny international ?*, Francfort-sur-le-Main, Vittorio Klostermann, 2015.
- et F. L. SCHÄFER, *Repertorium der Vorlesungsquellen zu Friedrich Carl von Savigny*, Francfort-sur-le-Main, Vittorio Klostermann, 2016.

J. RUDOLPH,

- *Common Law and Enlightenment in England, 1689-1750*, Woodbridge, The Boydell Press, 2013.

P. RUIZ TORRES,

- *Reformismo e Ilustracion*, Barcelone, Critica/Marcial Pons, 2008.

F. SÁNCHEZ-BLANCO,

- *El Censor. Un periódico contra el Antiguo Régimen*, Séville, Ediciones Alfar, 2016.

R. SAULLE, C. NOUVION,

- *Diritto commerciale, legislazione sociale e pratica commerciale*, Bologne, Lucisano et Zanichelli, 2005.

F. C. SAVIGNY (VON),

- *De la vocation de notre temps pour la législation et la science du droit*, traduction, introduction et notes par A. DUFOUR, Paris, Presses Universitaires de France, 2006.

W. SCHOOF et I. SCHNACK,

- *Briefe der Brüder Grimm an Savigny*, Berlin, Bielefeld, 1953.

A. SCIROCCO,

- *L'Italia del Risorgimento*, Bologne, Il Mulino, 1993.

W. SIEMANN,

- *Vom Staatbund zum Nationalstaat. Deutsches Deutschland 1806-1871*, Munich, C.H. Beck, 1995.

L. SILVELA DE LA VIELLEUZE,

- *Bentham : sus trabajos sobre asuntos españoles : expositor de su sistema en España*, Th. de droit, Madrid, 1908.

B. SIMMS,

- « The Eastern Empires from the Challenge of Napoleon to the Restoration, c.1806-30 », *Themes in Modern European History. 1780-1830*, Londres, New-York, Routledge, 1994.

M. R. SIMONE (DI),

- *Percorsi del diritto tra Austria e Italia, secoli XVII-XX*, Milan, Giuffrè Editore, 2006.
- *Istituzioni e fonti normative in Italia dall'Antico Regime al Facismo*, Turin, Giappichelli, 2007.

H. SIRANTOINE,

- *Imperator Hispaniae : Les idéologies impériales dans le royaume de Leon (IXe-XIIIe*

siècles), Nouvelle édition [en ligne], Madrid, Casa de Velázquez, 2013.

B. S. SIROTA et A. I. MACINNES (dir.),

- *The Hanoverian Succession in Great Britain and its Empire*, Woodbridge, Boydell & Brewer, 2019.

D. SMITH,

- *1813 Leipzig : Napoleon and the Battle of the Nations*, Londres, Greenhill Books, 2006.

K. J. M. SMITH,

- *Lawyers, Legislators and Theorists : Developments in English Criminal Jurisprudence, 1800-1957*, Oxford, Clarendon Press, 1998.

C. SOLE,

- *La Sardegna di Carlo Felice e il problema della terra*, Cagliari, Fossataro, 1967.

S. SOLEIL,

- et R. BAREAU (dir.), *Que faire du droit privé étranger dans un territoire libéré ? Approches historiques et comparatives*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2022.
- *Le modèle juridique français dans le monde. Une ambition, une expansion (XVI^e-XIX^e siècle)*, Paris, IRSJS Editions, 2014.
- *Aux origines de l'opposition entre systèmes juridiques de common law et de droit codifié. Les controverses anglo-américaines des années 1820-1835*, Paris, Société de législation comparée, 2021.

S. SOLIMANO,

- *Verso il Code Napoléon. Il progetto di Codice civile di Guy Jean Baptiste Target (1798-1799)*, Milan, Giuffrè, 1998.
- *Amori in causa. Strategie matrimoniali nel Regno d'Italia napoleonico (1806-1814)*, Turin, Giappichelli Editore, 2017.

G. SOTGIU,

- *Storia della Sardegna sabauda*, Roma-Bari, Laterza, 1984.

G-H. SOUTOU,

- *L'Europe de 1815 à nos jours*. Paris, Presses Universitaires de France, 2009.

J. STACKELBERG,

- *Zur Geistigen Situation der Zeit der Göttinger Universitätsgründung 1737. Eine Vortragsreihe aus Anlaß des 250jährigen Bestehens der Georgia Augustana*, Göttingen, Göttinger Universitätsschriften, Série A, vol. 12, 1988.

P. STEIN,

- *El derecho romano en la historia de Europa. Historia de una cultura jurídica*, Madrid, Siglo Veintiuno de España Editores, 2001.

A. STOLL,

- *Friedrich Carl von Savigny. Ein Bild seines Lebens mit einer Sammlung seiner Briefe*, vol. 2, Berlin, 1922.

M. STOLLEIS,

- *Juristische Zeitschriften : Die neue Medien des 18.-20. Jahrhunderts, Ius commune Sonderheft 128*, Francfort-sur-le-Main, Klostermann, 1999.
- *Juristische Zeitschriften in Europa*, Francfort-sur-le-Main, Klostermann, 2006.
- *Histoire du droit public en Allemagne. 1800-1914*, traduction par M.-A. Maillet et M. A. Roy, Paris, Dalloz, 2014.
- *Introduction à l'histoire du droit public en Allemagne. XVI^e-XXI^e siècle*, traduit de l'allemand par Aurore Gaillet, Paris, Classiques Garnier, 2018.
- et Th. SIMON, *Juristische Zeitschriften in Europa*, Francfort-sur-le-Main, Klostermann, 2015.

J.-R. SURATTEAU,

- « La Suisse », *Occupants et occupés 1792-1815*, Bruxelles, ULB, 1969.

R. SZRAMKIEWICZ,

- *Histoire du droit des affaires*, Paris, Ellipses, 2006.

F. TOMAS Y VALIENTE,

- *Genesis de la Constitucion de 1812*, Pampelune, Urgoiti Editores, 2011.

M. TOUZEIL-DIVINA,

- *La doctrine publiciste 1800-1880*, Paris, La Mémoire du Droit, 2009.

J. TRANIE et J-C. CARMIGNIANI,

- *Napoléon et la campagne d'Espagne (1807-1814)*, Paris, Éditions Copernic, 1978.

J. TULARD,

- *Napoléon et la noblesse d'Empire*, Paris, Tallandier, 2003.

R. C. VAN CAENEGEM,

- *European law in the past and the future. Unity and diversity over two millennia*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002.

M. VAN DE KERCHOVE et F. OST,

- *Legal System Between Order and Disorder*, Clarendon Press, Oxford, 1994.

C.H. VAN RHEE, D. HEIRBAUT, M. STORME (dir.),

- *The French Code of civil procedure (1806), after 200 years : the civil procedure tradition in France and abroad*, Mechelen, Kluwer, 2008.

F. VENTURI,

- *Utopia and Reform in the Enlightenment*, Cambridge, Cambridge University Press, 1971.

A. VERMEERSCH,

- *Vereniging en Revolutie. De Nederlanden 1814-1830*, Haarlem, Fibula-Van Dishoeck, 1970.

B. E. VICK,

- *The Congress of Vienna: Power and Politics After Napoleon*, Cambridge, Harvard University Press, 2014.

M. VILLEY,

- *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, Presses universitaires de France, 2013.
- *Le droit romain*, Paris, Presses universitaires de France, 2002.

C. de VOOGD,

- *Histoire des Pays-Bas*, Paris, Fayard, 2003.

D. WERKMÜLLER,

- *Über Aufkommen und Berbreitung der Weistümer : Nach der Sammlung von Jacob Grimm*, Berlin, Erich Schmidt Verlag, 1972.

A. WIJFFELS (dir.),

- *Le code civil entre ius commune et droit privé européen*, Bruxelles, Bruylant, 2005.

A. ZAMOYSKI,

- *Rites of Peace: The Fall of Napoleon and the Congress of Vienna*, Londres, Harper Collins, 2012.

Ch.-O. ZIESENISS,

- *Le Congrès de Vienne ou l'Europe des princes*, Paris, Pierre Belfond, 1983.

E) Articles, chapitres d'ouvrage et actes de colloque

F. AIMERITO,

- « Droit et société dans l'histoire des professions judiciaires des États de la Maison de Savoie : de la monarchie absolue jusqu'à l'unification italienne (XVI^e-XIX^e siècles) », *Les praticiens du droit du Moyen Âge à l'époque contemporaine. Approches prosopographiques Belgique, Canada, France, Italie, Prusse*, Presses Universitaires de Rennes, 2008.
- « La comparaison comme méthode d'élaboration des lois au XIX^e siècle : le cas de l'Italie (1814-1866) », *Clio@Thémis*, n°13, 2017.

G. ALPA,

- « Le code civil et l'Italie », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 57 n°3, Janvier 2005.

J-P. ANDRIEUX,

- « “En style lapidaire et avec la concision du Décalogue” : Les observations de Target sur le projet de code criminel », *Livre du Bicentenaire du Code pénal et du Code d'instruction criminelle*, Paris, Dalloz, 2010.

Á. ARIAS DOMÍNGUEZ,

- « Estudio bibliográfico sobre el Jurado », *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, n°16, 1998, p. 117 à 142.

M. ARMGARDT,

- « Leibniz as a legal scholar », *Fundamina* [en ligne], vol. 20, n°1, 2014.

L. ASSIER-ANDRIEU,

- « Le juridique et les anthropologues », *Droit et société*, n°5, 1987.

Ph. AUDEGEAN,

- « Droit pénal et douceur des peines au XVIII^e siècle. Considérations sur quelques études récentes », *Rue Descartes*, vol. 1, n°93, 2018.

F. AUDREN,

- « Eugène Lerminier saint-Simonien ou la nationalisation de la science juridique française », *Revue de la philosophie*, Association pour la revue Corpus / IREPH - Université Paris Nanterre, 2011.
- et J.-L. HALPÉRIN, « La science juridique entre politique et sciences humaines (XIX^e-

XXe siècles) », *Revue d'histoire des sciences humaines*, n°4, 2001.

J.-R. AYMES,

- « La guerre d'Espagne dans la presse impériale (1808-1814) », *Annales historiques de la Révolution française*, 2004.

J. H. BAKER,

- « The Law Merchant and the Common Law before 1700 », *The Cambridge Law Journal*, vol. 38, n°2, 1979.

D. BARANGER,

- « Bentham et la codification », *Droits*, n°27, 1998.

P.-N. BARÉNOT,

- « La jurisprudence et la doctrine : retour sur une relation clé de la pensée juridique française contemporaine », *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n°41, 2012.

J. BARÓ PAZOS,

- « 25 años de historiografía sobre la codificación penal en España (1991-2015) », *La codificación penal español. Tradición e influencias extranjeras : su contribución al proceso codificador (parte general)*, Pampelune, Aranzadi Thomson Reuters, 2017.

R. BAUMAN,

- « Comparative law in ancient times », *Law and Australian Thinkin in the 1980s*, Organizing Committee of the 12th International Congress of Comparative Law, 1986.

O. BEAUD,

- « L'essai contre la codification ou le refus d'un droit uniforme pour l'Allemagne tout entière. Considérations sur l'impensé « territorial » dans la pensée juridique de Savigny », *Institut Michel Villey, Le Manifeste de Savigny contre la codification*, Paris, éditions Panthéon-Assas (à paraître).

R. BEAUTHIER,

- « Construction du divorce et des relations entre époux dans les travaux préparatoires du Code Napoléon », *Les femme et le droit : constructions idéologiques et pratiques sociales*, Bruxelles, Presses de l'Université de Saint-Louis, 1999.

D. BEAUVOIS,

- « Le développement d'une capitale : Varsovie, 1815-1830 », *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, t. 18, n°1, 1971.

J. BECKERT,

- « The “Longue Durée” of Inheritance Law : Discourses and Institutional Development in France, Germany, and the United States since 1800 », *European Journal of Sociology*, Vol. 48, n°1, 2007.

J. BENEDICT,

- « Savigny ist tot ! Zum 150 Todestag von Friedrich Carl von Savigny und zu seiner Bedeutung für die heutige Rechtswissenschaft », *Juristen Zeitung*, n°22, 2011.

B. L. BENSON,

- « The Spontaneous Evolution of Commercial Law », *Southern Economic Journal*, vol. 55, n°3, 1989.

F. BERTRAN de BALANDA,

- « Louis de Bonald et la question du divorce, de la rédaction du Code civil à la loi du 8 mai 1816 », *Histoire, Economie et Société*, vol. 36, n°3, 2017.

J. BIEDA et D. WIŚNIEWSKA-JÓŹWIAK,

- « Zasady dziedziczenia ustawowego na ziemiach Królestwa Polskiego po 1826 roku », *Czasopismo Prawno-Historyczne*, t. LXVI, n°1, 2014.

G. BIGOT,

- « Impératifs politiques du droit privé. Le divorce “sur simple allégation d’incompatibilité d’humeur ou de caractère” (1792-1804) », *Clio@Themis* [en ligne], n°3, 2010.

I. BIROCCHI,

- « Il diritto patrio », *Il Contributo italiano alla storia del Pensiero – Diritto* [en ligne], 2012, consulté le 22/05/2022.

J. BLACK,

- « Empire and Enlightenment in Edward Gibbon’s Treatment of International Relations », *The International History Review*, vol. 17, n°3, 1995.

Ch. BLACKBURN,

- « Marriage, inheritance, and family discord : french elite and the transformation of the Polish szlachta », *World History Review*, été 2004.

X. BLANC-JOUVAN,

- « Le Code civil entre *ius commune* et droit privé européen », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 58, n°1, 2006.

S. BLOQUET,

- « Le mariage, un “contrat perpétuel par sa destination” (Portalis) » [en ligne], *Napoleonica. La Revue*, vol. 2, n°14, 2012.

J. BONHERT,

- « Viersehn Briefe Puchtas an Savigny », *Narichten der Afkademie der Wissenschaften in Göttingen*, cours donné en 1979.

E. BERGER, X. ROUSSEAUX,

- « Le jury criminel sous le Premier Empire : origines et perspectives », *L'Empire napoléonien : une expérience européenne ?*, Armand Colin, Paris, 2014.

Y. BONGERT,

- « Question et responsabilité du juge au XIV^e siècle d'après la jurisprudence du Parlement », *Hommage à Robert Besnier*, Paris, 1980.

S. BOTTARI,

- *Rosario Romeo e “Il Risorgimento in Sicilia”. Bilancio storiografico e prospettive di ricerca*, Soveria Mannelli, Rubettino, 2003.

C. BOUGLÉ,

- « Le code d'instruction criminelle de 1808 », *La procédure et la construction de l'État en Europe (XVI^e-XIX^e siècles). Recueil de textes, présentés et commentés*, Rennes, PUR, 2011.

M. BRAGAGNOLO,

- « Droit et histoire, Muratori et la critique de la papauté à travers ses sources inédites du XVI^e siècle », *Droits antiromains XVI^e-XIX^e siècles. Juridictionnalisme catholique et romanité ecclésiale*, Chrétiens et sociétés. Documents et Mémoires, Lyon, 2017.

M. BRETONE,

- « Il ‘senso artistico’ del diritto », *Belfagor*, vol. 66, n°3, mai 2011.

W. BRONIEWICZ,

- « La réception du code français de procédure civile de 1806 en Pologne », *Code Napoléon et son héritage, Chaire de droit civil et chaire de droit romain, Université de Łódź, Colloque International, 12-14-septembre 1989*, Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, 1993.

Y. BRULEY,

- « Mariage et famille sous Napoléon : le droit entre religion et laïcité », *Napoleonica. La*

Revue, vol. 14, n°2, 2012.

A. BUCHÈRE,

- « Etude historique sur les origines du jury », *Revue historique de droit français et étranger (1855-1869)*, vol. 8, 1862.

S. BUCHHOLZ,

- « Savignys Stellungnahme zum Ehe- und Familien-recht. Eine Skizze seiner rechtssystematischen und rechtspolitischen Überlegungen », *Ius commune*, n°8, 1980.

Y. et J.-P. BUFFELAN-LANORE,

- « Le langage du code civil », *Code Napoléon et son héritage, Chaire de droit civil et chaire de droit romain, Université de Łódź, Colloque International, 12-14-septembre 1989*, Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, 1993.

L. BURKHOLDER,

- « Tarlton on Bentham's Fragment on Government », *Political Studies*, n°21, 1973.

J. H. BURNS,

- « Bentham and the French Revolution », *Transactions of the Royal Historical Society*, n°16, 1966.

J.-B. BUSAALL, F. CHERFOUH et G. GUYON,

- « Introduction », *Clio@Thémis. Du comparatisme au droit comparé, regards historiques* [en ligne], n°13, 2017.

A. CABANIS,

- « Le code hors la France », *La codification*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 1996.

A. CADOPPI,

- « Il codice penale parmense del 1820 », *I codici preunitari e il codice Zanardelli. Casi, Fonti e Studi per il diritto penale*, Sergio Vinciguerra, Serie III, vol. 7, Casa Editrice Dott, 1993.

H. CAIRNS,

- « Leibniz's Theory Law », *Harvard Law Review*, vol. 60, n°2, 1946, p. 200 à 232.

F. CALASSO,

- « Savigny e l'Italia », *Annali di storia del diritto*, n°8, 1964.

A. CALDERÓN ARGELICH,

- « La polémica sobre la expulsión de los jesuitas por Carlos III en la España liberal

(1856-1868) », *Historia Social*, n° 95, 2019, p. 3 à 20.

E. CAMBPELL MOSSNER,

- « Hume and the French Men of Letters », *Revue Internationale de Philosophie*, vol. 6, n°20, 1952.

J. B. CAÑIZARES-NAVARRO,

- « El Código Penal de 1822 : sus fuentes inspiradoras. Balance historiográfico (desde el s. XX) », *GLOSSAE. European Journal of Legal History*, n°10, 2013.

G. CÁNOVAS,

- « Pequeña historia de la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* », *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n° 297, 1953.

P. CAPPELLINI,

- « Codici », *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, M. Fioravanti (dir.), Rome, Bari, GLF, Laterza, 2002, p. 102 et s.

J. CARBONNIER,

- « Être soi-même est interdit. Réflexions à propos du législateur de 1804 », *Code Napoléon et son héritage, Chaire de droit civil et chaire de droit romain, Université de Łódź, Colloque International, 12-14-septembre 1989*, Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, 1993.

P. CARONI,

- « Savignys « Beruf » und die heutige Krise der Kodifikation », *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, n°39, 1971.

Y. CARTUYVELS,

- « L'idéal de la codification. Étapes et développements avant le 19^e siècle », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 31, n°2, 1993.
- « Éléments pour une approche généalogique du code pénal », *Déviance et société*, vol. 19, n°4, 1994.

N. CASTAN,

- « La justice en question en France à la fin de l'ancien régime », *Déviance et société*, 1983, vol. 7, n°1.

E. CEBREIROS ÁLVAREZ et M. Á. CHAMOCHO CANTUDO,

- « L'Espagne à l'épreuve de la codification civile française après la restauration de Fernando VII (1814-1833) », *Que faire du droit privé étranger dans un territoire*

libéré ? Approches historiques et comparatives, Presses Universitaires de Rennes, à paraître, 2019, p. 79.

D. CHALUS,

- « La dialectique “aveu-droit au silence” dans la manifestation de la vérité judiciaire en droit pénal comparé », *Revue juridique Thémis*, vol. 43, n°2, 2009.

M. CHUST, et J. A. SERRANO,

- « El liberalismo doceañista en el punto de mira : entre máscaras y rostros », *Revista de Indias*, vol. 38, n°242, p. 39 à 66.

D. S. CLARK,

- « Tracing the Roots of American Legal Education – A Nineteenth-Century German Connection », *The Rabel Journal of Comparative and International Private Law*, vol. 51, n°3, 1987, p. 313 à 333.

E. CLAVERIE,

- « De la difficulté de faire un citoyen : les « acquittements scandaleux » du jury dans la France provinciale du début du XIXe siècle », *Études rurales*, n°95-96, 1984.

É. CLÉMENT,

- « Le droit selon Beccaria » *Revue juridique de l'Ouest*, t. 4, 2014.

J. J. CLERE,

- « De la Révolution au Code civil : les fondements philosophiques et politiques du droit des successions », *Mémoires de la Société pour l'Histoire du Droit et des Institutions des anciens pays bourguignons, comtois et romands*, n°43, 1986.

H. COING,

- « The Roman Law as *ius commune* on the Continent », *Law Quarterly Review*, vol. 89, 1973, p. 505 et s.
- « Savigny und die deutsche Privatrechtswissenschaft », *Savigny e la ciencia juridica del siglo XIX*, Grenade, Annales de la chaire Francisco Suarez, 1978-1979, p. 83 à 100.
- « Savignys rechtspolitische und methodische Anschauungen in ihrer Bedeutung für die gegenwärtige deutsche Rechtswissenschaft », *Gesammelte Aufsätze zu Rechtsgeschichte, Rechtsphilosophie und Zivilrecht : 1947-1975*, Francfort-sur-le-Main, Vittorio Klostermann, 1982.

COLLECTIF,

- *¿Ilustración o Ilustraciones?*, Webinaire [en ligne], octobre-novembre 2020, mis en

ligne le 1^{er} mars 2021.

- « *Las Siete Partidas*, Colloque », *Calenda*, publié le mercredi 04 octobre 2017.
- *Journal of Bentham Studies* [en ligne], 1997 à nos jours.

B. COLSON,

- « Napoléon et la guerre irrégulière », *Stratégique*, vol. 1, 2009.

C. COMBETTE,

- « Traduire l'intraduisible. La traduction du *Digeste* par Henri Hulot », *Justement traduire : les enjeux de la traduction juridique (histoire du droit, droit comparé)* [en ligne], Toulouse, Presses de l'Université de Toulouse 1 Capitole, 2020.

A. L. COT,

- « Jeremy Bentham's Spanish American Utopia », *Revue d'études benthamiennes* [en ligne], n°17, 2020.

A. CRÉPIN,

- « Stéphane Calvet, *Leipzig 1813, La guerre des peuples* », *Annales historiques de la Révolution française*, juillet-septembre 2015, mis en ligne le 08 janvier 2016, consulté le 27 juillet 2020.

M.-Y. CRÉPIN,

- « Le Code d'instruction criminelle », *France archive* [en ligne], 2008, consulté le 21/05/2022.

L. CRESPO DE MIGUEL,

- « El Matrimonio del proyecto del Código civil español de 1821 », *Cuadernos doctorales*, n°6, 1988.

J. E. CRIMMINS,

- « Bentham's Political Radicalism Reexamined », *Journal of the History of Ideas*, vol. 55, n°2, 1994.

S. COYLE,

- « Hart, Raz and the Concept of a Legal System », *Law and Philosophy*, vol. 21, n°3, 2002.

R. DAVID,

- « Le droit comparé, enseignement de culture générale », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 2, 1950.

S. DAUCHY,

- « La conception du procès civil dans le Code de procédure de 1806 », *1806-1976-2006. De la commémoration d'un code à l'autre : 200 ans de procédure civile en France*, Paris, Lexis Nexis, 2006.

G. DAVY,

- « Les lois de Rollon au XVIII^e siècle : remarques sur le souvenir du pouvoir normatif ducal dans l'historiographie juridique normande des Lumières », *Revue historique de droit français et étranger*, vol. 87, n°2, 2009.

H. DEDEK,

- « When Law Became Cultivated: “European Legal Culture” between *Kultur* and Civilization », *Towards a European Culture*, Londres, Hart, 2014.

J.-P. DEDIEU,

- « La Nueva Planta en su contexto. Las reformas del aparato del Estado en el reinado de Felipe V », *Manuscrits*, n°18.

F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ,

- « Droit des personnes et de la famille : de 1804 au pacs (et au-delà...) », *Pouvoirs*, n°107, 2003-2004.

D. DEL BO,

- « I primi critici di Cesaré Beccaria », *Rivista di Filosofia Neo-Scolastica*, Vol. 31, n°2, 1939.

P.-M. DELPU,

- « Les répercussions de la campagne de Russie dans le royaume de Naples (1812-1815) : origine ou révélateur d'une crise politique ? », *Annales historiques de la Révolution française*, n°384, 2016.
- « Les napolitains face aux souvenirs de l'Empire (1815-1860) : reconstruction mémorielles et mobilisation politique », *Le royaume de Naples à l'heure française. Revisiter l'histoire du decennio francese (1806-1815)*, Villeneuve d'Ascq, Presses Universitaires du Septentrion, 2018.

D. DEROUSSIN,

- « Le contrat à travers le Code civil des français », *Revue Histoire de la justice*, n°19, 2009.

D. DESSERTINE,

- « Chapitre IV. Partisans et adversaires du divorce », *Divorcer à Lyon : Sous la Révolution et l'Empire*, Lyon, Presses universitaires de Lyon, 1981.

G. DILCHER,

- « The Germanists and the Historical School of Law : German Legal Science between Romanticism, Realism, and Rationalization », *Zeitschrift des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte*, n°24, 2016.

C. DONAHUE,

- « Comparative Law before Napoleon », *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, Oxford, University Press, 2006.

M. P. DONATO,

- *Atlante storico dell'Italia rivoluzionaria e napoleonica*, Rome, École française de Rome, 2013. *Rassegna storica del Risorgimento* [en ligne], consulté le 22/05/2022.

V. S. DOUGLAS,

- « Un miroir infidèle : la Guerre d'Espagne vue à travers le *Giornale Italiano* de Milan », *El Argonauta español* [en ligne], n°5, 2008.

S. DUBOIS,

- « La publication des ordonnances dans les Pays-Bas autrichiens. Souveraineté, légalité, publicité », *Légiférer, gouverner et juger : Mélanges d'histoire du droit et des institutions (IX^e-XXI^e siècles) offerts à Jean-Marie Cauchies à l'occasion de ses 65 ans* [en ligne], Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, 2016.

A. DUFOUR,

- « Pour ou contre de nouveaux codes. Autour d'un des écrits programmatiques les plus négligés de Savigny », *Annuaire de l'institut Michel Villey*, vol. 1, 2009.

J.-Ph. DUNAND,

- « Le géant et les nains. Le Code Napoléon comme modèle des codes civils des cantons suisses romands », *Forum Historiae Iuris* [en ligne], consulté le 22/05/2022.

R. DURAND,

- « Un rapport inédit de Portalis : Directeur des Cultes en l'an XII (1804) », *Revue d'histoire moderne*, t. 4, n°22, 1929.

Ph. G. DWYER,

- « Napoleon and the foundation of the Empire », *The Historical Journal*, vol. 53, n°2, 2010.

B. ECCHER,

- « Das ABGB und die italienischen Privatrechswissenschaft, *Storia, istituzioni e diritto in Carlo Antonio de Martini (1726-1800)*, Trente, Colloque européen Martini, 2002.

J. J. ECHAVE-SUSTAETA DEL VILLAR,

- « Las Luces de la Ilustración penetran en España », *Verbo*, n°451, 2007.

J. ECKERT,

- « 200 Jahre Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten : Zur neueren Literatur », *Der Staat*, vol. 36, n°4, 1997, p. 622 à 639.

S. G. ENGELMANN,

- « Indirect Legislation : Bentham's Liberal Government », *Polity*, vol. 35, n°3, 2003, p. 369 à 388.

A. ESCUDERO LÓPEZ,

- « Francisco Martínez Marina y el liberalismo español del XIX », *Asamblea : revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, n°1, 1999.

S. EUZEN,

- « Doctrine et faillite pendant la première moitié du XIX^e siècle : la leçon de Vincens le précurseur », *Revue Juridique de l'Ouest*, n°2, 1996.

F. FASOLINO,

- « Il diritto romano nella cultura giuridica italiana del XVIII secolo », *Teoria del diritto privato*, n°1, 2008.

C. FASOLT,

- « Herman Conring and the European History of Law », *Politics and Reformations : Histories and Reformations. Essays in Honor of Thomas A. Brady, Jr.*, Leiden-Boston, Brill, 2007.

H. FEESCHE et R. MUELLER-STAHN,

- « Ein Ritt mit Folgen. Die Göttinger Gendarmen-Affäre (1809) », *Das gekränkte Gänseliesel – 250 Jahre Skandalgeschichten in Göttingen*, Göttingen, V&R Academic, 2016.

R. B. FERGUSON,

- « Legal Ideology and Commercial Interests : The Social Origins of the Commercial Law Codes », *British Journal of Law and Society*, vol. 4, n°1, 1977.

S. FERNADES FORTUNATO,

- « Vom römisch-gemeinen Recht zum Bürgerlichen Gesetzbuch », *Zeitschrift für das Juristische Studium*, vol. 4, 2009.

A. FERNÁNDEZ SANZ,

- « La Ilustración española. Entre el reformismo y la utopía », *Anales del seminario de historia de la filosofía*, n°10, 1993.

R. FERRANTE,

- « Cultura giuridica e codificazione », *Clio@Themis* [en ligne], n°2.
- « Los orígenes del modelo de codificación entre los siglos XIX-XX en Europa, con particular atención al caso italiano », *Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia*, vol. 25, juillet-décembre 2013.

V. FERRONE,

- « L'Illuminismo italiano e la rivoluzione napoletana del '99 », *Studi Storici*, vol. 40, n°4, octobre-décembre 1999.

M. FIGUERRAS,

- « Notas sobre la introducción de la Escuela Histórica de Savigny en España », *Savigny y la ciencia jurídica del siglo XIX*, Grenade, Annales de la chaire Francisco Suarez, 1978-1979.

G. FINAZZI,

- « Identità nazionali e identità europea alla luce del diritto romano e della tradizione romanistica », *Italian Review of Legal History*, vol. 3, n°9, 2017.

H. FISHER,

- « Europe after Napoleon », *Current History*, vol. 8, n°46, 1945.

X. FLUME,

- « Savigny und die Lehre von der juristischen Person », *Festschrift für Franz Wieacker zum 70. Geburtstag*, 1978.

Th. FOURNIER,

- « Construction et déconstruction d'un système juridique : l'exemple philippin », *Les Cahiers Portalis*, n°6, 2019.

J. FRANK,

- « Civil Law Influences on the Common Law. Some Reflections on “Comparative” and “Contrastive” Law » », *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 104, n°7, 1956.

M. FRIERA ALVAREZ et I. FERNANDEZ SARASOLA,

- « La Ilustración española : la recepción del Ius racionalismo germanico, británico y francés », *La Constitución española de 1812* [en ligne], Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, consulté le 18/02/2021.

C. FULLER,

- « “Primero e, mais antigo Constitucional da Europa” : Bentham’s contact with Portuguese liberals. 1820-1823 », *Journal of Bentham Studies* [en ligne], vol. 3, n°1, 2000.

A. GAILLET,

- « La question de la codification en Allemagne : de la querelle Savigny-Thibaut (1814), à l’entrée en vigueur du BGB (1900) » [en ligne], *La marche vers le Code civil chinois*, 8 février 2016, Toulouse, 2016.

G. GALASSO,

- « La disarticolazione di Napoli dal Mezzogiorno », *Ventesimo Secolo*, vol. 8, n°20, 2009.

M. GAŁĘDEK,

- « A controversial transplant ? Debate over the adaptation of the Napoleonic Code on the Polish territories in the early 19th century », *Journal of Civil Law Studies*, vol. 11, Number 2, mars 2019.
- « The problem of non-adaptability of national legal heritage. Discussion on the reform of civil law in Poland in the course of work of reform committee in 1814 », *Romanian Journal of comparative law*, vol. 8, n°1, 2017.
- « W przededniu pierwszego konfliktu ustrojowego. Debata w Radzie Administracyjnej Królestwa Polskiego o usamodzielnieniu radców stanu w komisjach rządowych na przełomie 1815 i 1816 r. », *Studies in history of polish state and law*, n°20, 2017.

G. GARCIA-CANTERO,

- « L’enseignement du droit comparé en Espagne : aperçu historique et état actuel », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 51, n° 4, 1999.

R. D. GARCIA PEREZ,

- « Derechos forales y codificación civil en España (1808-1880) », *Anuario de Historia del Derecho Español*, t. LXXXII, 2012.

P. GARCÍA TROBAT,

- « El Catedrático Nicolás M^a Garelly y la Novísima Recopilación », *Aulas y saberes*, t. 1, Valence, Université de Valence, 2003.

F. GARNIER,

- « Contribuer à l'écriture de l'histoire du droit commercial : le moment José Martínez Gijón », *Pour une histoire européenne du droit des affaires : comparaisons méthodologiques et historiographiques* [en ligne], Toulouse, Presses de l'Université Toulouse, 2020, consulté le 15/04/2022.

J. GAUDEMET,

- « Le droit romain dans la pratique et chez les docteurs aux XI^e et XII^e siècles », *Cahiers de civilisation médiévale*, 8^{ème} année (n°31-32), juillet-décembre 1965.

H. F. GAUL,

- « Die Entwicklung der Rechtskraftlehre seit Savigny und der heutige Stand », *FS für Werner Flume*, t. 1, Köln, Schmidt, 1978.

S. M. F. GEEROMS,

- « Comparative Law and Legal Translation: Why the Terms Cassation, Revision and Appeal Should Not Be Translated », *The American Journal of Comparative Law*, vol. 50, n°1, 2002.

S. GENTILE,

- « L'applicazione del *Code de commerce* in Calabria e l'emersione di un interessante tassello inedito relativo alla Commissione di Murat del 1814 », *Historia et ius*, n°5, 2014.

W. E. GERABEK,

- « Jenaische allgemeine Literatur-Zeitung », *Enzyklopädie Medizingeschichte*, Berlin/New-York, De Gruyter, 2005.

R. GIBERT,

- *El "Nuevo Savigny" en España*, Boletín (Facultad de Derecho), n°8, 1982.

J. M. G. GÓMEZ-HERAS,

- « ¿Ilustración en España? : Contrastes entre el « Siglo de las Luces » español y la

Ilustración centroeuropea », *Cuadernos salmantinos de filosofía*, vol. 40, 2013.

J. GORDLEY,

- « Is Comparative Law a Distinct Discipline ? », *The American Journal of Comparative Law*, vol. 46, n°4, 1998.

G. GORLA,

- « Prolegomeni ad una storia del diritto comparato europeo », *Foro italiano*, vol. 180, 1980.

P. GOUROU,

- « Le déterminisme physique dans l'*Esprit des lois* », *Homme*, vol. 3, n°3, 1963.

R. GRANGER,

- « La tradition en tant que limite aux réformes du droit », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 31, n° 1, p. 37 à 125.

R. GRAWERT,

- « Die Staatswissenschaft des Rotteck-Welcker'schen "Staats-Lexikons" », *Der Staat*, n°31, 1992.

Ch. N. GREGORY,

- « Bentham and the Codifiers », *Harvard Law Review*, vol. 13, n°5, 1900.

B. GRIHULSKA,

- « Sur la structure économique du duché de Varsovie (1807-1813) », *Historique de la Révolution française*, XXXVI, 1964.

M. GRIMALDI,

- « L'exportation du Code civil », *Pouvoirs*, n°107, 2003.

B. GROCHULSKA,

- « L'économie polonaise et le renversement de la conjoncture », *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, t. 17, n°3, 1974.

H. GRYNWASSER,

- « Krolestwo Kongresowe », *Kodeks Napoleona w Polsce*, t. 2, Varsovie, 1918.

L. GUERCI,

- « Barruel, Bossuet e la democrazia nel 1789 », *Studi Francesi. Rivista quadrimestrale fondata da Franco Simone*, n°149, 2006.

N. GUERRA,

- « Le due anime del processo di unificazione nazionale: Risorgimento e

Controrisorgimento. La necessità di un nuovo approccio di ricerca ancora disatteso », *Chronica Mundi*, octobre 2011.

J.-Ph. GUINLE,

- « Hegel et le droit romain », *Revue historique de droit français et étranger*, Quatrième série, vol. 59, n°4, octobre-décembre 1981.

J. W. A. GUNN,

- « Jeremy Bentham and the Public Interest », *Canadian Journal of Political Science*, n°34, 1968.

H. GÜNTHER,

- « Une ‘phénoménologie de l’esprit’ en lexicographie. L’article ‘*Geist*’ de Rudolf Hildebrand » [en ligne], *Revue des sciences philosophiques et théologiques*, vol. 80, n°1, 1996.

D. GUTMANN,

- « La fonction sociale de la doctrine juridique. Brèves réflexions à partir d’un ouvrage collectif sur *Méthode d’interprétation et sources en droit privé positif*. Essai critique », *Revue trimestrielle de droit civil*, n°3, juillet-septembre 2002.

Y. GUYON,

- « Droit commercial », *Encyclopedia Universalis* [en ligne], consulté le 22/05/2022.

É. HADDAD,

- « Les substitutions fidéicommissaires dans la France d’Ancien Régime : droit et historiographie », *Mélanges de l’École française de Rome – Italie et Méditerranée modernes et contemporaines* [en ligne], t. 124, n°2, 2012.

N. HAKIM,

- « La contribution de l’université à l’élaboration de la doctrine civiliste au XIXe siècle », *Les Facultés de Droit inspiratrices du droit ?*, Toulouse, Presses de l’Université des Sciences Sociales de Toulouse.

J.-L. HALPÉRIN,

- « Le droit privé de la Révolution : héritage législatif et héritage idéologique », *Annales historiques de la Révolution française* [en ligne], n°328, avril-juin 2002.
- « L’approche historique et la problématique du *jus commune* », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 52, n°4, octobre-décembre 2000.
- « Quelques réflexions comparatives sur les doctrines pénales française et allemande au

XIX^e siècle », *Revue de l'Institut Rhône-Alpin de sciences criminelles*, n°6, Éditions Campus Ouvert, 2016.

E. HANSON,

- « Torture and truth in Renaissance England », *Representations*, n°34, 1991.

F. HARTWEG,

- « Le refuge huguenot à Berlin (I) », *Autres Temps. Les cahiers du christianisme social*, n°6, 1985.

J. HAUTEBERT,

- « La Léopoldine, 1787 », *La procédure et la construction de l'Etat en Europe (XVI^e-XIX^e siècles). Recueil de textes, présentés et commentés*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2011.

J.-B. HERZOG,

- « Les principes et les méthodes du droit pénal comparé », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 9, n°2, 1957.

J. HILAIRE,

- « Un cliché énigmatique. Une interprétation de la “carte de la France coutumière” », *La Vie du droit*, Presses Universitaires de France, 1994.

G. HIMMELFARB,

- « Bentham Scholarship and the Bentham “Problem” », *Journal of Modern History*, vol. 41, n°2, 1969.

U. VON HIRSCHHAUSEN,

- « Liberalismus und Nation. Die Deutsche Zeitung 1847-1850 », *Beiträge zur Geschichte des Parlamentarismus und der politischen Parteien*, n°115, Düsseldorf, Droste Verlag, 1998.

M. H. HOEFLICH,

- « Savigny and His Anglo-American Disciples », *The American Journal of Comparative Law*, vol. 37, n°1, hiver 1989.

D. HUET-WEILLER,

- « Contestation de la filiation légitime », *Code Napoléon et son héritage, Chaire de droit civil et chaire de droit romain, Université de Łódź, Colloque International, 12-14-septembre 1989*, Łódź, Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, 1993.

M. HUMBERT,

- « Conclusion », *Mélanges de l'Ecole française de Rome – Antiquité* [en ligne], n°125-2, décembre 2012.

J. IMBERT,

- « La genèse du code civil », *Code Napoléon et son héritage, Chaire de droit civil et chaire de droit romain, Université de Łódź, Colloque International, 12-14-septembre 1989*, Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, 1993.

H. IZBESKI,

- « Le Code Napoléon au XX^e siècle », *Code Napoléon et son héritage, Chaire de droit civil et chaire de droit romain, Université de Łódź, Colloque International, 12-14-septembre 1989*, Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, 1993.

I. JAKSIC,

- *Andrés Bello: Scholarship and Nation-Building in Nineteenth-Century Latin America*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.

C. JALLAMION,

- « Entre ruse et impératif humanitaire : la politique de la torture judiciaire du XII^e au XVIII^e siècle », *Archives de politique criminelle*, n°25, 2003.

M. JAMES,

- « Public Interest and Majority Rule in Jeremy Bentham's Democratic Theory », *Political Theory*, n°9, 1981.

C. JANSEN,

- « The participation of laymen in the Dutch judiciary. 1811-2011 », *Fundamina (Pretoria)*, vol. 20, n°1, 2014.

O. JOUANJAN,

- « Faillible droit », *La peur de l'innommable dans les sciences sociales*, Revue européenne des sciences sociales, XXXVIII, 2000.
- « De la vocation de notre temps pour la science du droit : modèles scientifiques et preuve de la validité des énoncés juridiques », *Revue européenne des sciences sociales*, t. XI, n° 128, 2003.

A. JOURDAN,

- « Napoléon et la paix universelle. Utopie et réalité », *Napoléon et l'Europe : Colloque de La Roche-sur-Yon* [en ligne], Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2002.

M. KAINO,

- « Bentham's Concept of Security in a Global Context: the Pannomion and the Public Opinion Tribunal as a Universal Plan », *Journal of Bentham Studies*, vol. 11, n° 1, 2009.

G.-K. KALTENBRUNNER,

- « Savigny als Rechtsdenker », *Zeitbühne*, vol. 5, 1979.

T. KAMUSELLA,

- « Germanization, Polonization, and Russification in the partitioned lands of Poland-Lithuania », *Nationalities Papers: The Journal of Nationalism and Ethnicity*, Routledge, 15 avril 2013.

H. F. KLEMME,

- « La pratique de la moralité. Le lien entre théorie et pratique dans la philosophie kantienne » *Revue germanique internationale* [en ligne], 1996, mis en ligne le 9 septembre 2011, consulté le 22/05/2022.

H. KLENNER,

- « Savigny's Research Program of the Historical School of Law and Its Intellectual Impact in 19th Century Berlin », *The American Journal of Comparative Law*, vol. 37, n°1, hiver 1989.

A. KLIMASZEWSKA et M. GAŁĘDEK ,

- « The implementation of french codes on the polish territories as instruments of modernization – identifying problems with selected examples », *Le droit comparé et.../ Comparative Law and...*, ed. A. Albarian, O. Moréteau, 2015.
- « Stosowanie norm francuskiego Kodeksu handlowego w Księstwie Warszawskim, konstytucyjnym Królestwie Polskimi Rzeczypospolitej Krakowskiejw świetle aktów notarialnych », *Studia z Dziejów Państwa i Prawa / Studies in History of Polish State and Law*, vol. XIX, 2016.

A. KLIMASZEWSKA,

- « Influence of French Legalese on the Development of Polish Legal Language Within the Area of Commercial Law », *Multilingualism and Law*, Forum Iuris – Robert Schumann Association, 2016.

J. KODREBSKI,

- « Prawo rzymskie a Kodeks Napoleona w Polsce XIX Wieku », *Folia Iuridica*, vol. 38,

1988.

- « Le divorce en Pologne aux XIX^e et XX^e siècles (jusqu'en 1945) », *Le droit de la famille en Europe son évolution depuis l'antiquité jusqu'à nos jours*, Roland Ganghoffer, Presses Universitaires de Strasbourg, 1992.

A. KOROBOWICZ,

- « La juridiction du royaume de Pologne et la codification napoléonienne », *Code Napoléon et son héritage, Chaire de droit civil et chaire de droit romain, Université de Łódź, Colloque International, 12-14-septembre 1989*, Łódź, Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, 1993.

G. KREBS,

- « Heine, Göttingen et l'Allemagne : histoire d'une intégration manquée », *Heine voyageur*, Toulouse, Presses Universitaires du Mirail, 1996.

I. KROPPEBERG,

- « Mythos Kodifikation – Ein rechtshistorischer Streifzug », *JuristenZeitung*, vol. 63, n°19, octobre 2008.

L. LACCHÈ,

- « L'Europe et la révolution du droit : brèves réflexions », *La Révolution et le Droit, Annales historiques de la Révolution française*, avril-juin 2002.
- « Il *Canone eclettico*. Alla ricerca di uno *strato profondo* della cultura giuridica italiana dell'Ottocento », *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n°39, 2010.

J.M. LAFON,

- « Justices d'exception napoléoniennes, militaire et civile, dans l'Espagne occupée : l'exemple de l'Andalousie (1810-1812) », *Crime, Histoire et Sociétés*, vol. 13, n°2, 2009.

A. LAINGUI,

- « La doctrine européenne du droit pénal à l'époque moderne (XVI^e-XVIII^e siècle) », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la culture juridique, du monde des juristes et du livre juridique*, n°13, 1992.

G. LANDRON,

- « À propos de la "commisération abusive" du jury criminel de la Révolution », *Histoire de la Justice*, n°389, 1994.

G. LANDWER,

- « Das österreichische ABGB : eine neuständische Kodifikation », *Vestigia iuris romani. Festschrift für Gunter Wesener*, Graz, 1992.

M. LANGER,

- « La portée des catégories accusatoire et inquisitoire », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, vol. 4, n°4, 2014.

C. LARRÈRE,

- « Montesquieu et l'espace », *Espace et lieu dans la pensée occidentale*, Paris, La Découverte, 2012.

J. F. LASSO GAITE,

- « Codificación civil (Génesis e historia del Código) », *Cronica de la codificación española*, en 2 volumes, Madrid, Ministerio de Justicia (Comisión General de Codificación), 1970.

R. LAUTH et I. RADRIZZANI,

- « Le véritable enjeu des *Discours à la nation allemande* de Fichte », *Revue de théologie et de philosophie*, Troisième série, vol. 123, n°3, 1991.

M. LE ROY,

- « L'esprit public dans les départements annexés de l'Apennin ligurie : de la soumission aux lois à l'attachement au gouvernement », *Annales historiques de la Révolution française*, n°400, 2020.

J. LECLAIR,

- « Le Code civil des Français de 1804 : une transaction entre révolution et réaction », *Revue juridique Thémis*, vol. 36, 2002.

C. LEDUC et D. DUMOUCHEK,

- « La philosophie de l'Académie de Berlin au XVIII^e siècle », *Philosophiques*, vol. 42, n°1, Printemps 2015.

B. LEITER et M. X. ETCHEMENDY,

- « Naturalism and Legal Philosophy », *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* [en ligne], consulté le 22/05/2022.

S. LENTINI,

- « Francisco Goya y lucientes : il tempo dell' 'Arte Rivoluzionaria' e dell'educazione del popolo », *Annali della facoltà di Scienze della formazione*, Università degli studi di

Catania, n°13, 2014.

Th. LENTZ,

- « Napoléon I^{er} et la famille : questions de droit, questions de société », *Napoleonica. La Revue*, La Fondation Napoléon, n°14, 2012.
- « Napoleon and Charlemagne », *Napoleonica. La Revue*, n°1, 2008.

A. LEVASSEUR,

- « Portalis and Pound: A Debate on “Codification” », *Louisiana Law Review*, vol. 81, n°4, 2021.

D. LIEBERMAN,

- « Blackstone’s science of legislation », *Journal of British Studies*, vol. 27, n°2, 1988.
- « Economy and Polity in Bentham’s Science of Legislation, *Economy, Polity and Society. British Intellectual History 1750-1950*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000

E. LIEBMANN,

- « Das Alte Reich und der napoleonische Rheinbund », *Handbook of European Constitutional History*, vol. 1, Bonn, Dietz Verlag J.H.W. Nachf, 2006.

Ch. S. LOBINGIER,

- « The Reception of the Roman Law in Germany », *Michigan Law Review*, vol. 14, n°7, 1916.

Ó. LÓPEZ REY,

- « El Código Penal de 1822 : publicación, vigencia y aplicación », *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, t. XXXII, n°2, 1979.

M. LORENTE SARIÑENA,

- « Doctrina legal y el silenciamento de los juristas en una España sin código », *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Giuffrè, 2011.

R. LORENZO (DE),

- « Mobilità e regalità : usurpatori e conquistatori dei regni nella costruzione delle nazioni », *Rileggere l’Ottocento. Risorgimento e nazione*, Turin, Carocci Editore, 2010.

J. L. LOS MOZOS (DE),

- « La doctrina de F.C von Savigny en torno a la transmission del dominio », *Revista general de legislacion y jurisprudencia*, 1967, p. 72 à 141.

M. LOSANO,

- « Savigny en la correspondencia de Ihering y Gerber », *Savigny y la ciencia jurídica del siglo XIX*, Grenade, Annales de la chaire Francisco Suarez, 1978-1979.

K. LUIG et B. DÖLMEYER,

- « Alphabetisches Verzeichnisd der neueren Literature über Friedrich Carl von Savigny (1779-1861) », *Quaderni fiorenti per la storia del penso jiuirido moderna*, n°8, 1976.

J.-Ph. LUIS,

- « L'influence du modèle napoléonien en Espagne (1814-1845) », *L'Espagne et Napoléon, Annales historiques de la Révolution française*, avril-juin 2004.
- « Réflexions méthodologiques sur la place du *Trienio liberal* dans le processus de sortie de l'Ancien Régime », *Bulletin d'Histoire Contemporaine de l'Espagne* [en ligne], vol. 54, 2020.

H.-J. LÜSEBRINK et R. REICHARDT,

- « Histoire des concepts et transferts culturels, 1770-1815. Note sur une recherche », *Genèses*, n°14, 1994.

X. MARTIN,

- « Nature humaine et code Napoléon », *Droits*, n°2, 1985.

A. MARTIN-SERF,

- « La modélisation des instruments juridiques », *La mondialisation du droit*, Paris, Litec, 2000.

S. MARTINEZ,

- « Towards an International Judicial System », *Stanford Law Review*, vol. 56, n°2, 2003.

M. MARTÍNEZ NEIRA,

- « ¿Una supresión ficticia? Notas sobre la enseñanza del derecho en el reinado de Carlos IV », *Anuario de historia del derecho español*, vol. 68, 1998.

J. C. MARTÍNEZ SALCEDO,

- « Codificación del derecho, interpretación de la ley y discrecionalidad judicial », *Civilizar*, vol. 15, n°29, 2015.

O. MASNOVO,

- « Ducato di Parma e Piacenza », *Enciclopedia Italiana*, 1935, mis en ligne sur *Treccani*, consulté le 22/05/2022.

W. MASTOR,

- « Constitution de Cadix (1812) », *Encyclopædia Universalis* [en ligne], consulté le 21/05/2022.

Th. MCBRIDE,

- « Authority and Private Lives: Divorce after the French Revolution », *French Historical Studies*, vol. 17, n°3, 1992.

R. D. MELVILLE,

- « The use and forms of judicial torture in England and Scotland », *The Scottish Historical Review*, vol. 2, n°7, 1905.

A. MERGEY,

- « Le réseau constitué autour d'Anthoine de Saint-Joseph et de la Concordance entre les codes civils étrangers et le Code Napoléon. Entre exaltation d'un nationalisme juridique modéré et promotion d'un fonds juridique commun », *L'idée de fonds juridique commun dans l'Europe du XIXe siècle. Les modèles, les réformateurs, les réseaux*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2014.

L. MESSINA,

- « L'Italia del Settecento vista da Duclos e Denon », *Babel* [Online], n°30, 2014.

J. MICHAEL RAINER,

- « Le premesse storiche degli studi di diritto romano nel mondo germanico », *Nel mondo del diritto romano*, Rome, Jovene Editore, 2017.

A. MONNIER,

- « Diderot et la leçon de Saint-Pétersbourg », *Revue des études slaves*, t. 56, fascicule 4, 1984.

A. MONTI,

- « The Italian Destiny of the French Code de commerce », *Modernisation, National Identity and Legal Instrumentalism*, vol. 1, Leiden et Boston, Brill, 2019.
- « Lombardo-Veneto », *Enciclopedia Italiana* [en ligne], consulté le 22/05/2022.

J. J. MORESO,

- « Spanish Emancipation: Bentham on Law and Politics in the Spanish World », *The Journal of Comparative Law*, vol. 14, n°2, 2019.

P. MORVAN,

- « La notion de doctrine [à propos du livre de MM. Jestaz et Jamin] », *Dalloz, chronique*,

n°35, 6 octobre 2005.

L. MOSCATI,

- « Savigny in Italien », *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte*, n°19, 1997.
- « Savigny e l'Italia : vent'anni dopo », *Civitas e civlitas. Studi in onore di Francesco Guizzi*, vol. II, 2013.
- « Savigny in Italia. Sulla fase iniziale della recezione », *Panorami*, vol. 2, 1990.
- « Pardessus e il Code de commerce », *Le matrici del diritto commerciale tra storia e tendenze evolutive*, Milan, Mondadori-Sapienza Università di Roma, 2008.

J. J. MOZOS TOUYA (DE LOS),

- « L'influence de l'Ecole historique dans la codification du droit civil espagnol au XIX^e siècle », *Revue historique de droit français et étranger*, vol. 93, n°3, juillet-septembre 2015.

M. NATALE,

- « Dalle consolidazioni alla codificazione del diritto », *Università Telematica Pegaso* [en ligne], 2006, consulté le 21/05/2022.

D. NEGRO PAVÓN,

- « Ilustración o Ilustracioncita », *YA* [en ligne], 13 décembre 1988, consulté le 22/05/2022.
- « La gran revolución », *Conferencia impartida por Don Dalmacio Negro* [en ligne], San Benito, 22 février 2015, consulté le 22/05/2022.

Ph. NÉLIDOFF,

- « La naissance de la doctrine commercialiste au XIX^e siècle », *Qu'en est-il du code du commerce 200 ans après ? États des lieux et projections*, Toulouse, Université Toulouse 1 Capitole, 2008.

M. NEUGEBAUER-WÖLK,

- « Arkanwelten im 18. Jahrhundert: Zur Struktur des Politischen im Kontext von *Aufklärung* und frühmoderner Staatlichkeit », *Aufklärung*, vol. 15, 2003.

A. NITSCH,

- « Reichtsteinheit in Europa und römisches Recht », *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, vol. 2, 1994.

A. R. NITZBURG,

- « Polish systems of inheritance », *The Polish Review*, vol. 12, n°1, 1967.

W. OGRIS,

- « Zur Geschichte und Bedeutung des Österreichischen Allgemeinen Gesetzbuches », *Elemente europäischer Rechtskultur. Rechtshistorische Aufsätze aus den Jahren 1961-2003*, Vienne, Böhlau, 2003.

D. OLIVER-LALANA,

- « Analytical Theories of Legal System », *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, vol. 97, n°2, 2011.

A. OLLERO,

- « Savigny ante la interpretación del derecho : el legalismo aplazado », *Savigny y la ciencia jurídica del siglo XIX*, Grenade, Annales de la chaire Francisco Suarez, 1978-1979.

M. ORTOLANI,

- « Les conséquences de l'occupation française du Comté de Nice (1792-1814) », *Cahiers de la Méditerranée*, n°74, 2007.

F. OST et M. VAN HOECKE,

- « Legal doctrine in crisis: towards a European legal science », *Legal Studies*, vol. 18, n°2, 1998.

A. PADOA-SCHIOPPA,

- « Dal Code Napoléon al Codice Civile del 1942 », *Il Codice Civile. Mélanges Passarelli*, Rome, Accademia Nazionale dei Lincei, 1993.

G. PANIZZA,

- « Gli *Illuministi* lombardi e il Caffè. Il contributo italiano alla storia del pensiero. Letteratura », *Enciclopedia italiana* [en ligne].

I. PAQUAY,

- « Le prince, le maire, les échevins et les clercs, acteurs de la mémoire judiciaire et urbaine : Le cas de la Haute Cour de Namur au XVe siècle », *Une histoire de la mémoire judiciaire : De l'Antiquité à nos jours* [en ligne], Publication de l'École nationale des chartes, 2009.

P. PASCHEL,

- « La commission du 13 Germinal an IX (1801) chargée d'établir un projet de code de commerce », *Revue historique de droit français et étranger*, vol. 73, n°4, 1995.

M. PASSANO (DA),

- « Emendare o intimidire? La codificazione del diritto penale in Francia e in Italia durante la Rivoluzione e l'Impero », *Il Diritto nella Storia*, Turin, Giappichelli, 2000.

H. PATRICK GLENN,

- « La tradition juridique nationale », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 55, n°2.

G. S. PENE VIDARI,

- « Aspetti dell' insegnamento del Diritto commerciale all' Università di Torino negli anni preunitari », *Rivista di Storia dell'Università di Torino*, vol. 1, n°2, 2018.

A.-E. PÉREZ LUÑO,

- « Jeremy Bentham y la educación jurídica en la universidad de Salamanca durante el siglo XIX », *Revista Iberoamericana de Estudios Utilitaristas*, vol. 1, n°3, 1992.

A. PÉREZ MARTIN,

- « Glosas medievales a textos juridicos hispanicos. Inventario y tipos », *Cahiers de linguistique hispanique médiévale*, n°14-15, 1989.

L. PÉROL,

- « Les idées de Diderot sur l'Empire à l'épreuve du voyage en Russie » [en ligne], *Siècles*, 17, 2003, p. 91 à 109.

M. PESET REIG,

- « Derecho romano y derecho real en las universidades del Siglo XVIII », *Anuario de historia del derecho espanol*, n°45, 1975.

A. PETERS et H. SCHWENKE,

- « Comparative Law beyond Post-Modernism », *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 49, n°4, 2000.

C. PETIT,

- « Espana y el Code Napoléon », *Giuseppe Luosi, giurista italiano ed europeo. Traduzioni, tradizioni e tradimenti della codificazione*, Modène, Archivio Storico, 2006.
- « Los códigos del trienio liberal. Una exégesis del art. 258 de la Constitución de Cádiz », *Revista Electrónica de Historia Constitucional*, n°21, 2020.

U. PETRONIO,

- « L'École de l'exégèse, entre Lumières et positivisme scientifique », *Traditions savantes et codifications*, Paris, LGDJ, 2007.
- « Un diritto nuovo con materiali antichi : il "code de commerce" fra tradizione e

innovazione », *Negozianti i imprenditori. 200 anni dal Code de commerce*, Milan, Mondadori-Sapienza Università di Roma, 2008.

O. PFERSMANN,

- « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », *Revue internationale de droit comparé*, n°2, 2001.

H. PIHLAJAMÄKI,

- « Europäische Rechtskultur ? Rechtskommunikation und grenzüberschreitende Einflüsse in der Frühen Neuzeit », *Clio@Themis* [en ligne], 2009, consulté le 21/05/2022.
- « Comparative Contexts in Legal History : Are We All Comparatists Now ? », *The Method and Culture of Comparative Law. Essays in Honour of Mark Van Hoecke*, Hart, Oxford, 2014.

J. POUMARÈDE,

- « De la fin des coutumes à la survie des usages locaux. Le Code civil face aux particularismes », *Association française pour l'Histoire de la Justice*, n°19, 2009.

N. PROMYSLOV,

- « French propaganda about Russia before and during the Napoleon Russian campaign of 1812 », *Istoriya*, vol. 4, 2013, §13, consulté le 22/05/2022.

S. PUJOL,

- « L'humanisme et les Lumières », *Dix-Huitième Siècle*, n°30, 1998.

F. RANIERI,

- « Savigny e il dibattito italiano sulla codificazione nell'età del Risorgimento. Alcune prospettive di ricerca », *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n°9, 1980.
- « Einführung und Geltung des österreichischen ABGB in das Regno Lombardo-Veneto (1815-1859) », *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, vol. III, Munich, Verlag C. H. Beck, 1982.

G. RAULET,

- « L'idée d'éducation dans les Lumières allemandes », *Archives de Philosophie*, vol. 42, n°3, 1979.

E. RAVENSTEIN,

- « “*In dubio pro reo*” : à propos de la mansuétude supposée des jurés sous la

Révolution », *Annales historiques de la Révolution française*, n°4, 2019.

M. REIMANN,

- « The Historical School against Codification: Savigny, Carter, and the Defeat of the New York civil Code », *The American Journal of Comparative Law*, vol. 37, n°1, hiver 1989.
- « Nineteenth Century German Legal Science », *Boston College Review*, vol. 31, n°4, 1990.

G. RÉMI,

- « Aux sources du nationalisme allemand ? : Sur nation et patrie dans *L'Esprit du temps* d'Arndt et les *Discours à la nation allemande* de Fichte », *Les Mots de la nation* [en ligne], Lyon, Presses universitaires de Lyon, 1996.

Ph. RÉMY,

- « Le rôle de l'Exégèse dans l'enseignement du Droit au XIX^e siècle », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la culture juridique, du monde des juristes et du livre juridique* », SHFD/ Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1985.
- « *La Thémis* et le droit naturel », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la culture juridique, du monde des juristes et du livre juridique*, SHFD/Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1987.
- « Éloge de l'Exégèse », *Revue de la recherche juridique – Droit prospectif*, n°VII, 1982.

R. RENZ,

- « Vertrag von Kalisch », *Lexikon der deutschen Geschichte*, Stuttgart, Kröner, 1982.

R. RIGAUDIÈRE,

- « Un rêve royal français : l'unification du droit », *Comptes rendus des séances de l'Académie des Inscriptions et Belles-Lettres*, n°4, 2004.

A. RISCO,

- « Les origines du jury en Espagne : influences et résistances », *IAHCCJ Newsletter*, n°9, 1985.

G. RITSCHER,

- « Germans Don't Strive for Happiness? Bentham's Reception in German Political Thought », *Journal of Comparative Law*, vol. 14, n°2, 2019.

Y. RIVIÈRE,

- « Petit lexique de la "réforme" dans l'œuvre de "codification" de Justinien »,

Codifications et réformes dans l'Empire tardif et les royaumes barbares – Varia [en ligne], 2013.

J.-H. ROBERT,

- « Le code des délits et des peines du 3 brumaire an IV et sa marque dans le droit pénal actuel », *Livre du Bicentenaire du Code pénal et du Code d'instruction criminelle*, Paris, Dalloz, 2010.

R. E. RODES,

- « On the Historical School of Jurisprudence », *The American Journal of Jurisprudence*, n°49, 2004.

A. ROSNER,

- « Nauka prawa [...] stała się nieuchronnie potrzebną nie tylko przez swą użyteczność, lecz obowiązki, jakie nas łączą w obywatelskim stanie”. O tradycji i nowoczesności w nauczaniu prawa w Księstwie Warszawskim i Królestwie Polskim (1807–1830) », *Krakowskie Studia z Historii Państwa i Prawa*, n°3, 2015.

L. ROURA I AULINAS,

- « Radicalisme ou extrême centre » dans le premier libéralisme espagnol », « *Extrême ?* » *Identités partisanses et stigmatisation des gauches en Europe (XVIIIe-XXe siècle)*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2019.

J. RÜCKERT,

- « Die Erfindung nationaler Rechtsgeschichten in Europa », *Zeitschrift des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte*, n°26, 2018.

P. RUJULA,

- « Spagna 1814 : Il golpe di Ferdinando VII », *Napoleone dall'Elba all'Europa. Atti del convegno internazionale di studi (Firenze, 21-22 novembre 2014)*, Florence, Région Toscane, 2017.

S. SAFATIAN,

- « La rédaction du Code civil », *Napoleonica. La revue*, n°16, 2013.

S. T. SALVI,

- « “Avvocati oratori”. Eloquenza forense e trasformazioni di una professione tra Otto e Novecento », *Historia et ius*, n°12, 2017.

G. SAPIRO,

- « Mesure du littéraire. Approches sociologiques et historiques », *Art et mesure*, vol. XXIII, n°2, 2008.

W. SAVITT,

- « Villainous Verdicts ? Rethinking the Nineteenth-Century French Jury », *Columbia Law Review*, Vol. 96, n°4, 1996.

L. SCATENA,

- « Controllo sociale, moralità e giustizia nella Restaurazione pontificia », *Historia et ius* [en ligne], n°4, 2013, consulté le 22/05/2022.

J. SCHLOBACH,

- « Langue universelle et diversité des Lumières. Un concours de l'Académie de Berlin en 1784 », *Dix-huitième Siècle*, n° 21, 1989.
- « Französische Aufklärung und Deutsche fürsten », *Zeitschrift für Historische Forschung*, vol. 17, n°3, 1990.

J. SCHMÄDEL (VON),

- « The history of marriage law in Austria and Germany: from sacrament to civil contract », *Hitotsubashi Journal of Law and Politics*, n°37, 2009.

D. SCHNAPPER,

- « Peut-on encore être universaliste ? », *L'universel et la politique des identités*, Paris, Éditions de l'Éclat, 2010.

Ph. SCHOFIELD,

- « Jeremy Bentham, the Principle of Utility and Legal Positivism », *Current Legal Problems*, vol. 56, 2003.

Th. SCHULER,

- « Jacob Grimm und Savigny : Studien über Gemeinsamkeit and Abstand », *Zeitschrift der Savigny – Stiftung für Rechtsgeschichte* 80, 1963, p. 197 à 305.

R. SCHULZE,

- « Un nouveau domaine de recherche en Allemagne : l'histoire du droit européen », *Revue historique de droit français et étranger*, t. 70, n°1, 1992.
- « Le droit privé commun européen », *RIDC*, 1995.

M. SENKOWSKA,

- « Les majorats français dans le Duché de Varsovie (1807-1813) », *Annales historiques*

de la Révolution française, n°177, 1964.

M. EL SHAKANKIRI,

- *La philosophie juridique de Jeremy Bentham*, Paris, LGDJ, 1970.

V. SIMON,

- « L'inscription des usages commerciaux dans l'ordonnement juridique moderne », *Revue historique de droit français et étranger*, vol. 94, n°2, Avril-Juin 2016.

M. R. SIMONE (DI),

- « Le Code civil autrichien en Italie », *Revue historique de droit français et étranger (1922-)*, vol. 89, n°1, 2011.

N. E. SIMMONDS,

- « Reason, history and privilege: Blackstone's debt to natural law », *Zeitschrift der Savigny Stiftung (GA)*, 1998, p. 200 et s.

A. SKURA et R. ERGETOWSKI,

- « Kontakty J. S. Bandtkiego z uczonymi czeskimi i słowackimi », *Kwartalnik Historii Nauki i Techniki*, vol. 30, n°3-4, 1985.

K. J. SMITH,

- « Anthony Hammond, Mr. Surface' Peel's persistent codifier », *Journal of Legal History*, vol. 20, n°1, 1999.

W. SOBOCIŃSKI,

- « Jan Wincenty Bandtkie obrońcą Kodeksu Napoleona », *Rocznik Lubelski*, t. 3, 1960.

A. SOBOUL,

- « Le héros et l'histoire », *Annales historiques de la Révolution française*, n°199, 1970.

I. SOFFIETTI,

- « La Restauration dans le royaume de Sardaigne : un conflit de rémanences », *Bibliothèque de l'Ecole des Chartes*, vol. 156, n°1, 1998.

S. SOLEIL,

- « Le jury criminel en procès. Les opinions doctrinales des auteurs français (1750-1830) », *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, 2021, p. 763 et s.
- « Le Code civil de 1804 a-t-il été conçu comme un modèle juridique pour les nations ? », *Histoire de la justice*, n°19, 2009.
- « “On the Vocation of our Age for Codes.” Le recours à Savigny lors de la controverse anglo-américaine sur la codification du *common law* (1820-1835) », *Historia & Ius*,

n°18, 2021.

R. SOLANO RODRIGUEZ,

- « La Guerra de la Independencia española a través de *Le Moniteur Universel* : 1808-1814 », *Mélanges de la Casa de Velázquez*, t. 31, n°3, 1995.

S. SOLIMANO,

- « L'établissement de l'ordre juridique napoléonien : le rôle de Guy Jean-Baptiste Target », *Forhistiuris* [en ligne], 2004.
- « Le problème du divorce dans le Royaume d'Italie (1806-1814). Un essai de Wirkungsgeschichte », *Napoléon et le droit. Droit et justice sous le Consulat et l'Empire*, Paris, CNRS Éditions, 2017.

A. SOMMA,

- « Roma madre delle leggi. L'uso politico del diritto romano », *Materiali per una storia della cultura giuridica*, vol. 1, juin 2002.

J.-G. SORBARA,

- « Les chroniques de jurisprudence dans les revues juridiques du XIXe siècle », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, n°32, 2012.

L. K. SOSOE,

- « Introduction », *Recherches sur la Révolution française*, Paris, Librairie philosophique J. Vrin, 1998, p. 26 et s.

Ph. STEINER,

- « L'héritage au XIXe siècle en France. Loi, intérêt de sentiment et intérêts économiques », *Revue économique*, t. 1, vol. 59, 2008.

M. STOLLEIS,

- « Histoire du droit européenne, toujours à l'état de projet ? », *Clio@Thémis* {en ligne}, n°1, consulté le 22/09/2022.

E. SUBIRATS,

- « La Ilustración insuficiente », *El País* [en ligne], 14 mai 1985, consulté le 22/05/2022.

P. R. SWEET,

- « A Case of Tension between Civil Rights and Human Rights », *German Studies Review*, vol. 16, n°1, 1993.

M. SZEWCZAK-DANIEL,

- « Ochrona praw dziedziców koniecznych na ziemiach polskich w XIX i XX w. », *Studia*

Iuridica Lublinensia, vol. XXV, n°3, 2016.

B. ТАВВАН,

- « L’humanisme du droit civil français. Secret de son rayonnement », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 6, n°4, octobre-décembre 1954.

X. ТАВЕТ,

- « Beccaria, la peine de mort et la Révolution française », *Laboratoire italien* [en ligne], n°9, 2009, consulté le 22/05/2022.

Н. П. ТАНЬШИНА,

- (N. P. TANSHINA), K. B. Нессельроде. *Искусство быть дипломатом (K. V. de Nesselrode. L’art d’être diplomate)*, Saint-Pétersbourg, Éditions Eurasie, 2021.
- « Русско-французский диалог в годы оккупации Франции союзными войсками. 1814–1818 гг. » (« Le dialogue franco-russe durant l’occupation de la France par les troupes coalisées, 1814-1818 »), *Французский ежегодник 2018: Межкультурные контакты в период иностранной оккупации (L’annuaire français 2018: les contacts interculturels durant une occupation étrangère)*, 2018.

C. E. TAVILLA,

- « L’acquasanta e il diavolo. L’influenza dei codici di Maria Luigi nel ducato estense della Restaurazione », *Diritto, cultura giuridica e riforme nell’età di Maria Luigia*, Monte, Università Parma, 2011.
- « Les disciples de Beccaria : le débat abolitionniste dans l’Italie post-unitaire », *Cesare Beccaria : La controversie pénale (XVIII^e-XX^e siècle)* [en ligne], Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2015, consulté le 22/05/2022.

J.-L. THIREAU,

- « L’alliance des lois romaines avec le droit français », *Droit romain, jus civile et droit français* [en ligne]. Toulouse : Presses de l’Université Toulouse 1 Capitole, 1999.
- « Droit national et histoire nationale : les recherches érudites des fondateurs du droit français », *Droits*, n°38, 2003.

J. E. TOEWS,

- « The Immanent Genesis and Transcendent Goal of Law: Savigny, Stahl, and The Ideology of the Christian German State », *The American Journal of Comparative Law*, vol. 37, n°1, hiver 1989.

F. TOMASICCHIO,

- « Riccardo Orestano e l’introduzione allo studio storico del Diritto romano », *I rapporti*

giuridici tra identità e molteplicità, Sapienza Legal Papers, vol. 6, Naples, Jovene Editore, 2019.

E. TORIJANO PÉREZ,

- « Salamanca, Toribio Núñez, Jeremy Bentham y el Derecho Penal : el Informe de la Universidad de Salamanca sobre el Proyecto de Código Penal de 1822 », *Juristas de Salamanca, siglos XV-XX*, Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 2009.

A. TORRENT,

- « La recepción del derecho Justiniano en España en la Baja Edad Media (Siglos XII-XV). Un capítulo en la historia del derecho europeo », *Rivista internazionale de derecho romano*, avril 2013.

R. E. TORRES BAS,

- « El jurado popular », *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, n°12, 1955.

O. TORT,

- « La magistrature française face aux deux Restaurations », *Revue d'histoire du XIX^e siècle*, n°49, 2014.

H. TREITSCHKE et J.-F. KERVÉGAN,

- « Fichte et l'idée nationale », *Revue française d'Histoire des Idées Politiques*, n°14, 2001.

N. TREUHERZ,

- « Useful lies: the Limits of Enlightening the Common Law. Frederick the Great and Franco-German Cultural Transfer », *Intellectual and Political Elites of the Enlightenment*, Helsinki, Helsinki Collegium for Advanced Studies, 2014.

A. TROMBETTA,

- « Il contratto e la traditio nel « sistema » di Savigny », *Il Foro Italiano*, vol. 107, n°10, octobre 1981.

C. C. TURPIN,

- « The Reception of Roman Law », *Irish Jurist*, vol. 3, n°1, 1968.

S. TZITZIS,

- « Le 'Volkgeist' entre philosophie et philosophie du droit. Le cas de l'École historique du droit », 'Peuple' et 'Volk' : réalité de fait, postulat juridique » [en ligne], Journée d'étude, Université de Paris X Nanterre, 10 décembre 2005, consulté le 20/05/2022.

P. UFER,

- « Leipziger Presse 1789 bis 1815. Eine Studie zu Entwicklungstendenzen und Kommunikationsbedingungen des Zeitungs – und Zeitschriftenwesens zwischen Französischer Revolution und den Befreiungskriegen », *Kommunikationsgeschichte*, n° 9, 2000.

C. VALCKE,

- « Comparative Law as Comparative Jurisprudence: The Comparability of Legal Systems », *The American Journal of Comparative Law*, vol. 52, n°3, 2004.

F. VALENTE,

- « La naissance du Code de commerce napoléonien », *Qu'en est-il du Code de Commerce 200 ans après ? État des lieux et projections*, Paris, LGDJ, 2008.

C. VALSECCHI,

- « L'avvocatura veneta tra diritto comune e codici : il caso del vicentino Giovanni Maria Negri », *Avvocati e avvocatura nell'Italia dell'Ottocento*, Bologne, Il Mulino, 2009.

H. VAN DER WEE,

- « La politique d'investissement de la Société Générale de Belgique – 1822-1913 », *Histoire, économie et société*, 1982.

J. VANDERLINDEN,

- « Code et codification dans la pensée de J. Bentham », *Revue d'histoire du droit*, vol. XXXII, 1964.

N. VAZSONYI,

- « Montesquieu, Friedrich Carl von Moser, and the “National Spirit Debate” in Germany, 1765-1767 », *German Studies Review*, vol. 22, n°2, 1999.

D. VEILLON,

- « Le divorce en France du Code civil de 1804 à la loi du 26 mai 2004 », *Slovenian Law Review*, vol. III, n°1-2, 2006.

M. VENTRE-DENIS,

- « La première chaire d'histoire du droit à la Faculté de Droit de Paris (1819-1822) », *Revue historique du droit français et étranger*, vol. 43, n°4, 1975.

A.-M. VOUTYRAS,

- « Les facultés de droit dans les départements étrangers de l'Empire napoléonien »,

Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique, n°13, 1992.

P.-L. WEINACHT,

- « Les États de la Confédération du Rhin face au Code Napoléon », *Napoléon et l'Europe : Colloque de La Roche-sur-Yon* [en ligne], Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2002, consulté le 22/05/2022.
- « Le pour et le contre d'une réception du Code Napoléon par les Etats de la confédération du Rhin », *Ordre et désordre dans le système napoléonien*, Paris, La Mémoire du droit, 2003.

G. A. WEISS,

- « The enchantment of codification in the common law world », *Yale Journal of International Law*, vol. 25, 2000.

E. WENZEL,

- « La question... en question. La torture judiciaire comme enjeu "médiatique" à la veille de la Révolution », *Le Temps des médias*, n°15, 2010.

A. WIJFFELS,

- « Pour une culture juridique européenne », *Miroir et mémoire de l'Europe : à la recherche d'une culture juridique partagée. Les cours du collège de France*, épisode 9, émission diffusée sur France Culture le 3 novembre 2017.

W. WOŁODKIEWICZ,

- « Affaire Hulot. Traduction du « Corps de droit civil » en français au XVIII^e siècle », *Revue historique de droit français et étranger*, vol. 73, n°3, juillet-septembre 1995.

U. WOLTER,

- « La réception du droit romain dans les pays germaniques à la fin du Moyen-Âge et ses répercussions sur la pensée juridique européenne. Un psychogramme de la science de l'histoire du droit allemand des deux derniers siècles », *Revue d'histoire des Facultés de droit et de la science juridique*, n°13, 1992.

A. WYSSBROD,

- « De la coutume au code. Résistances à la codification du droit civil à Neuchâtel sous l'Ancien Régime », *HAL*, 2019. Consulté le 22/05/2022.

T. YAN,

- « La romanistique allemande et l'État depuis les pandectistes », *Die späte römische Republik. La fin de la République romaine. Un débat franco-allemand d'histoire et*

d'historiographie, Rome, École française de Rome, 1997.

E. YNTEMA,

- « Comparative Law and Humanism », *The American Journal of Comparative Law*, vol. 7, n°4, 1958.

C. ZACHARIE,

- « Le Code d'instruction criminelle de 1808, naissance de la procédure pénale moderne », *Napoleon.org* [en ligne], 2008, consulté le 21/05/2022.

I. ZAJTAY,

- « Les destinées du Code civil », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 6, n°4, 1954.
- « Réflexions sur le problème de la division des familles de droits », *Rabels Zeitschrift*, vol. 37, n°2, 1973.

R. ZIMMERMANN,

- « Roman Law and European Culture », *New Zealand Lax Review*, 2007, p. 341 et s.

III. INDEX NOMINUM

- Abrial, 11
- Albert, 59, 145, 393, 515
- Alexandre Ier, 17, 18, 51, 91, 106, 211, 214, 222, 436, 437
- Allen, 87, 265, 267, 500, 515
- Almendingen, 129, 181, 471, 510
- Alphonse VI de Castille-Leon, 141
- Alphonse VII, 141
- Alphonse X le Sage, 141
- Alvarado, 105, 106, 421, 423, 471, 491
- Amari, 93, 323, 471
- Angelo Mai, 394, 447, 449, 492
- Appiani, 40, 44, 55, 472
- Apruzzese, 46, 47, 56, 472
- Arguelles, 412
- Arnim, 181
- Bandtkie, 220, 221, 222, 223, 224, 225, 226, 227, 228, 229, 230, 234, 241, 244, 252, 253, 277, 278, 318, 319, 428, 462, 472
- Bandtkie (Jerzy Samuel), 221, 225
- Baraldi, 394, 395, 472
- Barruel, 284, 285, 288, 472
- Bauer, 425, 472
- Beauharnais (Eugène de), 64, 356
- Beaulieu, 6
- Beaumanoir, 112, 349, 352, 426
- Beaune, 386
- Beaurepaire, 78, 81, 83, 516
- Beccaria, 11, 12, 33, 44, 83, 84, 85, 98, 103, 234, 237, 368, 370, 408, 419, 436, 437, 454, 472, 499, 508, 516, 541, 543
- Bello, 408
- Bentham, 237, 238
- Bentinck, 25
- Bentkoswki, 106
- Bentkowski, 51, 106, 473
- Béranger, 11
- Berni y Catalá, 153, 506
- Berriat Saint-Prix, 451
- Berthereau, 9
- Bethmann-Hollweg, 306
- Biener, 128, 303
- Bigot de Prémeneu, 8, 144
- Blanco White, 99, 100, 408, 443, 444, 491, 523
- Blondel, 11
- Boehmer, 6, 129
- Bolívar, 408
- Bonald, 247, 250, 251, 253, 281, 284, 456, 474
- Bonaparte, 8, 10, 11, 13, 15, 22, 23, 25, 26, 41, 42, 101, 108, 109, 111, 117, 149, 155, 164, 195, 207, 208, 211, 212, 213, 214, 231, 232, 236, 251, 252, 259, 272, 273, 279, 280, 327, 358, 417, 420, 453, 481, 530
- Bosellini, 421, 422
- Bossers, 270, 513
- Bossuet, 285, 286, 288, 474
- Boursier, 10
- Bouteiller, 349, 352, 426

Brauer, 50, 56, 474, 499
 Brenkman, 172, 173
 Brentano (Clemens), 184
 Brentano (Kunigunde), 184
 Brinkmann, 49, 56, 173, 421, 422, 425, 427,
 428, 443, 474, 511
 Browing, 432
 Bruley, 248, 538
 Buttmann, 304
 Caffi, 46, 474
 Calatrava, 275, 276, 418, 426, 491
 Cambacérès, 8, 113, 164, 250, 453
 Capitelli, 262, 263, 475
 Carosi, 260, 475
 Carrillo, 254, 264, 408, 421, 422, 426, 427,
 428, 481
 Castinelli, 342, 373, 374, 375, 376, 377,
 378, 379, 380, 381, 383, 491
 Charles III, 89, 90, 327
 Charles IV, 15, 126, 363
 Charles Quint, 20, 125, 372
 Charles VI de Habsbourg, 122
 Clossius, 394
 Cocceji, 104, 128, 502
 Colbert, 9, 146, 379, 382
 Conring, 128, 131, 132, 133, 476, 502, 545
 Constantin, 18, 157
 Coste, 86
 Coulomb, 10
 Cramer, 129, 173, 303, 448, 508
 Czartoryski, 17, 222, 225, 226, 252, 431,
 435, 437, 438
 Czerwinski, 106, 107, 476
 D'Aguesseau, 426
 D'Alembert, 80, 81, 87, 101
 Desfontaines, 349, 352, 426
 Di Simone, 218, 356, 358
 Diderot, 80, 81, 87, 103, 161, 471, 558, 561
 Dirksen, 303
 Dolliner, 305, 307
 Domat, 144, 145, 153, 426, 508
 Dufour, 7, 19, 178, 309, 318, 392, 394, 442,
 502, 531, 544
 Dumont, 99, 444, 454, 473
 Dupin (Philippe), 268, 269
 Eichhorn, 115, 132, 133, 156, 187, 188,
 190, 278, 298, 302, 310, 311, 312, 313,
 314, 315, 316, 317, 320, 389, 392, 426,
 440, 477, 492, 499
 Fajardo, 124, 125, 485, 499, 508
 Falélavaki, 449
 Fauvarque-Cosson, 469, 470, 496
 Ferdinand I^{er}, 24, 253
 Ferdinand III, 23, 24, 141, 142
 Ferdinand VII, 15, 99, 116, 149, 270, 273,
 282, 291, 398, 400, 413, 443
 Fichte, 61, 88, 119, 120, 162, 512, 555, 563,
 569
 Filangieri, 33, 85, 91, 98, 231, 234, 237,
 408, 418, 454, 455, 477, 503
 Foderà, 92, 93, 96, 98, 99, 100, 444, 477
 Formey, 87, 353, 478
 François I^{er}, 18, 20, 212, 358
 François I^{er} d'Autriche, 23
 Frédéric II, 87, 98, 101, 102, 104, 193, 196,
 239, 290, 353, 478, 499

Frédéric-Guillaume I^{er} de Brandebourg, 86
 Frederick, duc d'York, 160
 Gałędek, 30, 221, 225, 226, 229, 547, 553
 Galiano, 116, 117, 123, 414, 471, 503, 509
 Gambini, 327, 328, 329, 330, 332, 333, 334,
 340, 342, 367, 368, 370, 371, 372, 373,
 408, 478
 Gebauer, 172, 173, 503
 Gentz, 88, 162
 Giannone, 122, 123, 478
 Gibbon, 81, 537
 Goethe, 61, 85, 183, 184
 Gorneau, 10
 Göschen, 190, 298, 302, 309, 310, 311, 440,
 492, 510
 Graziadei, 31, 496
 Grimaldi, 6, 231, 549
 Grimm, 82, 177, 184, 185, 189, 221, 303,
 306, 316, 432, 477, 506, 531, 534, 565
 Grolman, 40, 62, 63, 73, 478, 504
 Grossi, 5, 28, 523
 Grossius, 426
 Guarano, 231
 Guerlain, 386, 513
 Guillaume d'Orange, 20
 Guillaume-Frédéric d'Orange-Nassau, 21
 Hach, 306, 307
 Haferkamp, 182, 206, 310, 523
 Hagemeister, 305
 Hakim, 29, 43, 44, 143, 157, 387, 496, 504,
 523, 550
 Haller, 106, 131, 281, 282, 283, 284, 285,
 287, 288, 289, 290, 291, 294, 295, 297,
 319, 320, 426, 455, 456, 473, 478, 504
 Halpérin, 6, 8, 43, 49, 56, 71, 87, 88, 111,
 112, 120, 137, 143, 246, 249, 251, 496,
 516, 524, 535, 550
 Hart, 323, 334, 407, 495, 517, 520, 543, 562
 Haubold, 128, 303, 392, 432, 440
 Hegel, 48, 88, 97, 119, 166, 184, 479, 549
 Heirbaut, 9, 31, 495, 534
 Heras, 90, 548
 Herder, 183, 190, 331, 504
 Hervás, 284, 288
 Hilaire, 112, 256, 257, 259, 264, 374, 496,
 524, 551
 Hildebrand, 189, 502, 550
 Hoffmann, 307, 492
 Holtius, 435, 439, 449
 Hudtwalcker, 304
 Hulot, 145, 146, 479, 542, 571
 Hume, 81, 159, 501, 518, 540
 Hurtin, 266
 Jacqueminot, 8, 113
 Jakob, 220, 316, 479
 Jonama, 273, 479
 Jouanjan, 28, 29, 31, 178, 180, 299, 300,
 301, 302, 311, 316, 317, 493, 525, 552
 Jourdan, 20, 42, 60, 449, 451, 464, 504,
 518, 552
 Jovellanos, 91, 504
 Justinien, 85, 94, 104, 113, 138, 139, 142,
 145, 147, 151, 154, 167, 224, 226, 228,
 229, 396, 401, 479, 563
 Kant, 49, 61, 83, 87, 97, 119, 159, 161, 163,
 166, 183, 426, 504

Klimaszewska, 30, 221, 225, 229, 381, 553
 Konarski, 136, 525
 Kopp, 128, 306
 Łabęck, 51, 52, 480
 Lalana, 335, 336, 559
 Lamartine, 285
 Lassaulx, 44, 50, 55, 62, 63, 72, 73, 74, 75,
 76, 480
 Le Play, 386
 Leibniz, 97, 131, 426, 509, 525, 535, 539
 Leopold II, 24
 Lermnier, 231, 387, 440, 449, 492, 507,
 535
 Liberatore, 220, 230, 231, 233, 234, 235,
 236, 237, 238, 241, 244, 276, 318, 319,
 462, 480
 Liserre, 258
 Locke, 86, 131
 Locré, 8, 251, 427, 453, 480
 Louis XIV, 86, 126, 131, 375, 378, 379
 Louis XV, 284
 Louis XVIII, 23, 246, 458
 Louis-Napoléon, 20, 66, 504
 Lubenski, 51
 Lunghi, veuve Bacci, 261, 262
 Luosi, 30, 252, 561
 Maestro Salmon, 101, 481
 Magliano, 254, 264, 408, 421, 422, 426,
 427, 428, 481
 Maleville, 8, 199, 427
 Malthus, 264, 481
 Marie-Louise, 23, 211, 212, 230
 Marie-Thérèse d'Autriche, 121, 380
 Marina, 94, 127, 327, 328, 329, 332, 334,
 335, 340, 342, 343, 356, 361, 362, 363,
 364, 365, 366, 400, 428, 481
 Marini, 158, 178, 389, 506, 527
 Martinez de la Rosa, 274
 Masferrer, 30, 153, 497, 506, 527
 Massa, 22, 425
 Mayans, 154, 293, 482, 501, 506
 Medici, 24
 Meinders, 128, 130, 131, 482, 504, 506
 Merenda, 279, 482
 Merlin, 8, 256, 453
 Merlin de Douai, 8
 Meyer, 41, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73,
 74, 75, 76, 78, 204, 220, 238, 239, 240,
 241, 242, 243, 244, 255, 271, 272, 276,
 285, 306, 318, 320, 324, 327, 328, 330,
 332, 335, 338, 340, 341, 342, 343, 344,
 346, 352, 353, 354, 355, 367, 369, 370,
 371, 372, 373, 386, 408, 426, 427, 429,
 430, 431, 432, 433, 434, 435, 462, 466,
 482, 486, 499, 506, 527
 Minutolo, 281, 282, 285, 287, 288, 290,
 294, 297, 320, 475
 Miromesnil, 10
 Mittermaier, 118, 119, 120, 128, 129, 130,
 132, 133, 305, 327, 330, 331, 332, 333,
 338, 340, 342, 343, 344, 346, 352, 353,
 354, 355, 426, 427, 466, 482, 502
 Monseignat, 147
 Montaran, 10
 Montesquieu, 84, 97, 121, 123, 183, 184,
 234, 237, 265, 386, 401, 402, 403, 420,

427, 429, 430, 436, 437, 482, 499, 511,
513, 555, 570

Mora, 413, 414, 454, 473

Moscatti, 382, 394, 396, 441, 445

Möser, 160, 165, 183, 509

Mourgues et Legras, 10

Mulford, 408, 413

Murat, 22, 24, 117, 231, 232, 238, 252, 253,
356, 382, 391, 466, 548

Muratori, 93, 94, 123, 279, 425, 483, 484,
510, 538

Napoléon, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 15, 16, 17,
18, 19, 20, 23, 26, 30, 32, 33, 34, 44, 47,
48, 49, 50, 51, 53, 55, 56, 59, 61, 62, 63,
64, 65, 66, 73, 74, 76, 98, 101, 104, 105,
108, 111, 113, 117, 119, 121, 145, 155,
163, 164, 165, 168, 174, 180, 181, 182,
191, 194, 195, 197, 198, 200, 202, 203,
207, 208, 211, 212, 213, 214, 215, 218,
222, 228, 229, 230, 231, 232, 239, 245,
246, 247, 248, 251, 254, 257, 259, 260,
263, 268, 270, 272, 273, 274, 281, 282,
288, 289, 295, 296, 297, 304, 306, 317,
323, 326, 329, 337, 356, 358, 359, 360,
403, 417, 421, 423, 428, 430, 432, 436,
443, 452, 453, 461, 464, 465, 466, 469,
472, 480, 482, 485, 486, 490, 492, 497,
501, 516, 518, 519, 521, 527, 532, 533,
536, 538, 539, 540, 542, 544, 551, 552,
554, 555, 557, 560, 561, 567, 570

Napoléon II, 23

Negri, 326, 327, 328, 329, 332, 333, 336,
338, 342, 343, 356, 357, 358, 359, 360,
361, 364, 365, 421, 422, 426, 427, 429,
466, 483, 570

Nesselrode, 211

Neurath, 157, 177

Niebuhr, 303, 306, 392, 440, 446, 447, 448

Nitsch, 137, 138, 559

Núñez, 409, 410, 411, 412, 487, 568

Orestano, 138, 140, 568

Ostrowski, 107, 133, 134, 135, 136, 278,
483, 512

Oudart, 11

Pacheco, 419

Pagano, 234

Palacios y Hurtado, 116, 127, 128, 483

Pansey, 427

Pavón, 89, 559

Payne, 65

Pelay, 426

Pelleri, 230

Pepe, 16, 25

PÉREZ, 142, 284, 409, 412, 414, 419, 483,
508, 561, 568

Peyron, 394, 447

Philippe V, 89, 126, 154

Pie VII, 26, 230, 288

Piekarski, 107, 114, 115, 116, 117, 118, 133,
134, 484

Pigeau, 9

Portalís, 8, 33, 113, 144, 145, 199, 203, 248,
250, 335, 386, 388, 420, 421, 422, 423,
427, 458, 484, 493, 505, 506, 508, 538,
544, 546, 556

Potocki, 18

Puchta, 184, 300, 493, 505
 Puffendorf, 128, 426, 445, 446
 Rapolla, 122, 123, 484, 506
 Reddie, 182
 Reguera Valdelomar, 362, 363, 364, 503
 Rehberg, 109, 158, 159, 160, 161, 162, 163,
 164, 165, 166, 167, 170, 179, 180, 182,
 185, 186, 190, 194, 195, 198, 206, 425,
 443, 484, 500, 504
 Ribbe, 386
 Ridolfi, 445, 446, 490
 Romagnosi, 425
 Rosner, 54, 135, 564
 Rossi, 272, 391, 392, 393, 400, 425, 440,
 441, 442, 485, 498, 503, 509
 Rousseau, 85, 91, 97, 163, 183, 194, 420,
 426, 485, 518
 Rückert, 166, 178, 388, 389, 509, 530, 564
 Rudolph, 82, 90, 530
 Saint-Joseph, 16, 430, 486
 Savary, 146, 379
 Savigny, 7, 19, 27, 33, 34, 60, 82, 103, 109,
 114, 115, 128, 129, 156, 157, 158, 160,
 166, 171, 172, 173, 174, 177, 178, 179,
 180, 181, 182, 183, 184, 185, 186, 187,
 188, 190, 191, 192, 193, 194, 195, 196,
 197, 198, 200, 201, 202, 203, 204, 205,
 206, 220, 222, 223, 225, 280, 290, 297,
 298, 299, 300, 301, 302, 303, 305, 306,
 307, 308, 309, 310, 311, 312, 315, 316,
 317, 318, 319, 320, 385, 386, 387, 388,
 389, 390, 392, 394, 395, 396, 398, 399,
 400, 401, 402, 403, 404, 405, 406, 415,
 420, 421, 422, 426, 428, 431, 432, 433,
 434, 435, 436, 437, 438, 439, 440, 441,
 442, 443, 445, 446, 448, 449, 450, 451,
 452, 462, 468, 482, 486, 493, 497, 498,
 506, 507, 511, 524, 527, 530, 531, 533,
 536, 537, 538, 539, 541, 544, 546, 547,
 548, 552, 556, 558, 562, 565, 566, 568,
 569
 Schedoni, 421, 422, 423, 486
 Schrader, 49, 97, 394, 510
 Schumann, 166, 381, 553
 Schwab, 82
 Schwartzberg, 211
 Sclopis, 395, 397, 486
 Séguier, 9
 Sempere, 279, 280, 283, 486
 Settele, 26
 Słotwinsky, 263, 426, 427, 428, 486
 Smith, 117, 155, 159, 221, 407, 532, 566
 Spangenberg, 173, 306, 487
 Stanislas I^{er}, 438
 Stawiarski, 51, 53, 54, 487
 Stolleis, 5, 57, 79, 88, 449, 469, 533
 Szaniawski, 40, 51, 487
 Tamburini, 121, 122, 123, 487, 507
 Target, 11, 12, 56, 98, 113, 532, 535, 566
 Thibaut, 19, 95, 96, 98, 103, 128, 129, 156,
 158, 163, 166, 167, 168, 169, 170, 171,
 172, 173, 174, 175, 176, 177, 178, 179,
 180, 181, 182, 184, 189, 190, 192, 195,
 196, 197, 198, 205, 206, 303, 389, 397,
 400, 404, 405, 435, 443, 462, 487, 493,
 509, 524, 547

Thonissen, 11, 487
 Tomaselli, 389, 511
 Torelli, 408, 421, 422, 426, 427, 428, 494
 Toreno (comte de), 412, 413, 473, 484, 507
 Tougard, 11
 Traggia, 102, 494, 507
 Treilhard, 9, 11
 Triggia, 105
 Tronchet, 8, 199
 Try, 9, 17, 525
 Tydeman, 432, 435, 439
 Tzitzis, 184, 185, 188, 190, 569
 Ungaro, 92, 488, 500
 Valcke, 325, 333, 334, 569
 Valdelomar, 362
 Vélez, 282, 284, 285, 286, 287, 290, 291,
 292, 293, 295, 296, 297, 319, 320, 428,
 488
 Verri, 84, 116, 488, 494, 500, 504
 Vico, 85, 151
 Victor-Emmanuel, 22
 Viczaino Pérez, 153, 488
 Vidal de Canellas, 142
 Viellart, 11
 Vignon, 10
 Vital-Roux, 10
 Voltaire, 87, 95, 101, 102, 193, 290, 293,
 420
 Waga, 278, 488
 Warnkönig, 435, 449, 450, 494
 Wolff, 48, 87, 97, 98, 131, 510, 511
 Zajaczek, 17
 Zajączek, 438
 Zambelli, 454, 473
 Zeiller, 64, 94, 95, 361, 426, 474, 488
 Zimmermann, 137, 138, 174, 389, 390, 498,
 572

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION.....	1
1. Codes français et codification napoléonienne	3
2. L'espace juridique européen au tournant des années 1811-1814	9
3. Les sources de l'étude	23
4. Les méthodes d'analyse.....	25
5. Un double champ d'investigation sur la littérature juridique européenne des années 1811-1825.....	29
 Partie I. Les codes français dans la littérature juridique entre 1811 et 1814 : un empire en suspens	31
 Titre I. Penser les codes en fonction de l'actualité politique.....	35
 Chapitre I. Commenter les codes français	36
 Section 1. La littérature de commentaire et d'application	37
I) Une comparaison d'ouvrages	38
A) Littérature européenne, matrice française	38
B) Formes de l'exégèse	40
C) L'absence d'École européenne de l'exégèse	50
II) La question des revues	53
A) La quasi-absence de la presse juridique entre 1812 et 1813 dans les pays occupés	54
B) L'Allemagne des recensions.....	57
 Section 2. Une étude de cas : Meyer et ses Principes sur les questions transitoires	61
I) Au-delà de l'exégèse : la promotion des codes français	62
II) L'ouverture sur l'Europe et l'influence de la littérature juridique allemande	67
 Chapitre II. Promouvoir les modernisations	74
 Section 1. Réformes et Lumières.....	75
I) Les Lumières en Europe : un courant, plusieurs rayons doctrinaux.....	75

A. Les causes de l'hétérogénéité des Lumières.....	76
B. « <i>Illuminismo</i> », « <i>Aufklärung</i> », « <i>Ilustración</i> » : la diversité européenne des Lumières.....	79
II) La littérature juridique modernisatrice : un reflet de Lumières plurielles.....	87
A) Une remise en question européenne de l'ancien droit	88
B) L'invocation des Lumières, entre volonté de réforme et rejet du système français	92
Section 2. Réformes et ordonnancement juridique romain.....	99
Titre II. Penser les codes par référence à l'histoire	104
Chapitre III. Défendre les traditions juridiques nationales	106
Section 1. L'éloge des droits du pays	107
I. Une typologie de la littérature européenne consacrée aux droits locaux	110
II. « <i>Ius nostrum</i> », « <i>Derecho patrio</i> », « <i>Deutschen Rechts</i> », « <i>Nayświętsze prawa</i> » : l'attachement au droit national.....	112
A. L'amour de la patrie.....	112
B. L'écho d'une littérature antérieure.....	116
Section 2. La poursuite de l'étude du droit romain.....	133
I. Une comparaison du statut du droit romain en France, en Espagne, dans les États italiens et allemands	135
A. La tradition romaniste en Espagne, dans les États italiens et allemands.....	135
B. La tradition romaniste à l'épreuve de la codification française.....	139
II. La littérature romaniste européenne face aux codes (1812-1814).....	144
Chapitre IV. Rejeter la codification	153
Section 1. Une controverse avant la controverse : Rehberg et Thibaut	154
I) La posture du contre-révolutionnaire Rehberg	155
A. Un portrait de l'auteur	155
B. <i>A propos du Code Napoléon et son introduction en Allemagne</i>	159
II) La ferveur de Thibaut	162
A. Aux sources de l' <i>Über die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland</i>	162
1) Un texte à deux matrices : libération et recension	163
2) L'attaque contre l'ancien droit allemand.....	166

B. Une proposition : un code unique fondé sur la Raison.....	170
Section 2. La réponse de Savigny : une approche historique	173
I. L'entrée en controverse de Savigny : réaction ou manifeste ?.....	175
II. L'attachement à la tradition : droit et <i>Volksgeist</i>	179
III. L'École historique contre la codification moderne	186
A) Le rejet du rationalisme et de l'ahistoricité.....	187
B) Le rejet technique et politique d'une codification à la française.....	193
C) L'exception allemande.....	201
 Partie II. Le destin de la codification à la française dans la	
littérature juridique européenne des restaurations	207
 Titre III. La codification à la française et les débats sur le maintien du	
droit napoléonien.....	214
 Chapitre V. La mise au programme de la codification	215
Section 1. Codes français et codification à la française	215
I. Bandtkie et l'argument romain	216
A) « <i>Remarques sur la nécessité d'une science du droit dans notre pays en particulier, et sur son utilité en général</i> »	218
B) La note à Czartoryski	221
II. Liberatore et le pas vers la Restauration.....	226
A) Légitimer la codification à la française.....	229
B) Se projeter avec la codification à la française	232
III. Meyer et l'incorporation d'office des codes français.....	234
A) La création du royaume uni des Pays-Bas : un facteur de division	236
B) Le maintien des codes français : un facteur d'union.....	237
Section 2. Principes et mécanismes français discutés.....	240
I. « <i>Nata fra i delirj di una rivoluzione feroce</i> » : la question du divorce.....	243
A) Les hésitations doctrinales françaises	244
B) Le rejet doctrinal européen.....	247
III. « <i>Il piacer dell'eguaglianza</i> » : l'égalité successorale.....	252
A) Une littérature didactique.....	253
B. Les causes d'une sobriété doctrinale européenne.....	258

III. « <i>Consejo de hombres buenos</i> » : la question du jury criminel.....	261
A) Forces et faiblesses du jury à la française	262
B) L'avenir du jury à la française en Europe libérée.....	265
Chapitre VI. La mise à distance de la codification	274
Section 1. De la nostalgie à la réaction : le retour à l'ancien régime	277
I. Éloge de l'ancien régime, éloge de l'ancien droit.....	278
II. « <i>La plus absurde tyrannie</i> », « <i>putredini della filosofia</i> », « <i>diseño horrible</i> » : le fléau de la codification moderne	285
Section 2. De la réaction à la création : le <i>rechtswissenschaft</i> selon la <i>Zeitschrift</i>	293
I. Le <i>rechtswissenschaft</i> de Savigny : une émancipation vis-à-vis de l'esprit français	294
A) Le profil des auteurs : un réseau de familiers	295
1) La prépondérance de Savigny et de sa vision	295
2) Les auteurs de la galaxie savignienne	298
B) Le profil thématique de la revue : un équilibre précaire	304
II. Romanistes et Germanistes : l'émancipation vis-à-vis du <i>rechtswissenschaft</i> savignien.....	307
A) Une adhésion apparente à la vision savignienne.....	307
B) Les difficultés identifiées par les Germanistes.....	310
Titre IV. La codification à la française et le déploiement de la législation comparée.....	318
Chapitre VII. Comparaison, modélisation et classification juridique	321
Section 1. Logique comparative, mobiles et méthodes.....	322
I. Un mobile commun : la recherche du meilleur modèle	324
II. Une méthode commune : la modélisation des systèmes.....	328
A) La délimitation du système juridique	329
B) Le système comme proto-modèle.....	332
Section 2. Logique comparative et classifications	338
I. Les classifications en droit civil et procédure civile.....	339
A) Délimiter le modèle idéal : la classification scientifique	339
B) Promouvoir le modèle idéal : la classification pratique	352

II. Les classifications en droit pénal et procédure pénale.....	363
A) De « l’atrocité » à la « douceur » : profil des nouveaux codes pénaux.....	363
B) De l’inquisitoire à l’accusatoire : deux modèles de procédure pénale	366
III. Les classifications en droit commercial	369
A) Le modèle des ordonnances françaises de 1673 et 1681.....	375
B) Le modèle du Code de 1807.....	376

Chapitre VIII. Comparaison et circulation de la pensée juridique en Europe..... 381

Section 1. Les voies de la circulation de la pensée face au modèle français de codification 383

I. « <i>Señor Savigny</i> », « <i>Il Consigliere Savigny</i> » : réception de la pensée Savignienne dans les pays libérés	384
A) L’approche archéologique des États italiens	386
B) Les germes d’une École historique espagnole	394
II. « <i>Il legislador a la carta</i> » : la réception de la pensée benthamienne	402
A) Bentham à Salamanque	405
B) Bentham et les <i>Cortes</i>	408
III. L’écho de Portalis	416

Section 2. Les voies de la circulation de la pensée face au modèle français de codification 420

I. Une première voie : lectures, mentions et citations	421
A) Les lectures, mentions et citations directes	421
B) « <i>Indole</i> », « <i>Charakter</i> », « <i>Klimat</i> » : de l’innommé Montesquieu	423
II. Une deuxième voie : les échanges épistolaires.....	427
A) « <i>Excusez l’importunité</i> » : de Meyer à Savigny	427
B) « <i>Look out and provide</i> » : de Bentham à Czartoryski	432
III. Une troisième voie : l’échange et l’accueil	435
IV. Une quatrième hypothèse : les revues et recensions.....	439
A) Les recensions des généralistes	440
B) La <i>Thémis</i> dans la <i>Zeitschrift</i>	445
V. Une cinquième voie : les traductions et rééditions	448

CONCLUSION GÉNÉRALE 457

Entre occupation et restauration : l'évolution de la place des codes napoléoniens dans la littérature juridique européenne	459
La naissance d'un modèle français de codification et sa perception par les pays occupés	461
Les codes napoléoniens, le droit comparé et la doctrine en Europe.....	464
I. SOURCES.....	468
A) Ouvrages	468
B) Revues	487
II. BIBLIOGRAPHIE	492
A) Méthodologie	492
B) Biographies.....	497
C) Thèses et mémoires	511
D) Ouvrages	513
E) Articles, chapitres d'ouvrage et actes de colloque.....	534
III. INDEX NOMINUM	572

Titre : Les doctrines juridiques de l'Europe libérée face aux codes napoléoniens (1811-1825)

Mots clés : Europe, modèles, XIX^e siècle, doctrines, codification, droit comparé

Résumé : À compter de 1793, la France révolutionnaire puis napoléonienne en est venue à occuper la moitié de l'Europe. Les territoires belges et la Hollande, une grande partie des territoires suisses et allemands, la Pologne, les divers royaumes italiens et l'Espagne ont ainsi été soumis, à divers degrés, au modèle juridique français, dont ses législations codifiées : non seulement le Code civil (1804) – le plus fameux des cinq –, mais aussi le code de procédure civile (1806), le code de commerce (1807), le code d'instruction criminelle (1808) et le code pénal (1810). L'un des grands paradoxes de cette épopée française est d'avoir voulu imposer un système juridique commun à l'Europe et, ce faisant, d'avoir partout éveillé les nationalismes. La désaffection progressive des élites et des populations accompagne le désastre de Leipzig (octobre 1813), la campagne de France et le traité de Fontainebleau (juin 1814). L'acte final du congrès de Vienne (9 juin 1815) et la défaite de Waterloo (18 juin) consacrent l'effondrement de l'hégémonie française.

Dans cette période charnière, les auteurs de doctrine écrivent. Tandis que des réformateurs proposent de prendre les codes français pour modèle, d'autres rejettent ou ignorent l'héritage de l'envahisseur. Tandis que certains font l'exégèse de la codification française, d'autres cherchent à l'insérer dans un paysage juridique européen où la comparaison est une nécessité. Parfois, les réactions aux codes mènent à la création : l'Ecole historique du droit est ainsi fondée en 1814.

La littérature juridique de ces pays, dans le crépuscule de l'occupation puis à l'aube des restaurations, témoigne d'une grande diversité, d'une évolution à la fois substantielle et méthodologique, et met en lumière l'existence de réseaux doctrinaux avec leurs pôles d'attraction. Examiner la façon dont les auteurs européens se positionnent face aux cinq codes français, c'est interroger un carrefour de l'histoire du droit en Europe.

Title: Receptions of the Napoleonic Codes in the Legal Doctrines of Liberated Europe (1811-1825)

Keywords: Europe, models, 19th century, doctrines, codification, comparative law

Abstract: From 1793 onwards, Revolutionary and then Napoleonic France came to occupy half of Europe. The Belgian territories and Holland, a large part of the Swiss and German territories, Poland, the various Italian kingdoms and Spain were thus subjected, to varying degrees, to the French legal model, including its codified legislation: not only the Civil Code (1804) - the most famous of the five - but also the Code of Civil Procedure (1806), the Commercial Code (1807), the Code of Criminal Procedure (1808) and the Penal Code (1810). However, while it sought to impose a common legal system over Europe, France paradoxically aroused nationalism everywhere. The disaster of Leipzig (October 1813), the French campaign and the Treaty of Fontainebleau (June 1814) were accompanied by the growing disaffection of both the population and the elite towards Napoleon. The Congress of Vienna's Final Act (9 June 1815) and the defeat at Waterloo (18 June) completed the collapse of French hegemony.

During this watershed period, authors of doctrine were active. While some reformers suggested taking the French codes as a model, others rejected or ignored the legacy of the invader. While some produced exegetic commentaries of French codification, others sought to make it fit within the European legal landscape, necessarily leading to comparisons between models. Reactions to the codes sometimes led to creation as demonstrated by the founding of the Historical School of Law in 1814.

The legal literature of these countries, in the twilight of the occupation and then at the dawn of the restorations, displays a great diversity and an evolution that is both substantial and methodological. Furthermore, it highlights the existence of doctrinal networks with their respective poles of attraction. To examine the way in which European authors position themselves in relation to the five French codes is to investigate a turning point in the history of law in Europe.