



THÈSE / UNIVERSITÉ DE RENNES 1

sous le sceau de l'Université Bretagne Loire

pour le grade de

DOCTEUR DE L'UNIVERSITÉ DE RENNES 1

Mention : Droit

Ecole doctorale SHOS

présentée par

Yannick Falélavaki

Préparée à l'UMR CNRS 6262

Institut de l'Ouest : droit et Europe (IODE)

Centre d'Histoire du Droit (CHD)

Faculté de Droit et de Science Politique de Rennes 1

**L'histoire d'une
conversion.
La doctrine française
du XIX^e siècle et le
recours à la
comparaison
juridique**

**Thèse soutenue à Rennes
le 22 novembre 2016**

devant le jury composé de :

Nader HAKIM

Professeur à l'Université de Bordeaux / *rapporteur*

Mathieu TOUZEIL-DIVINA

Professeur à l'Université de Toulouse I Capitole /
rapporteur

Olivier DESCAMPS

Professeur à l'Université Paris II Panthéon-Assas /
examineur

Marie GORE

Professeur à l'Université Paris II Panthéon-Assas /
examineur

Sylvain SOLEIL

Professeur à l'Université de Rennes I / *directeur de
thèse*

SOMMAIRE

INTRODUCTION

PARTIE I – L’INTERET RELATIF POUR LES DROITS ETRANGERS (1815-1869)

TITRE I – LE CERCLE LARGE DES AUTEURS DE DOCTRINE

CHAPITRE I – L’INDIFFERENCE DE LA DOCTRINE JURIDIQUE FRANCAISE

Section 1 – Les vertus des législations françaises

Section 2 – Le poids des méthodes d’enseignement et de rédaction

Section 3 – L’effet de la prudence politique

CHAPITRE II – LES OUVERTURES DE LA DOCTRINE JURIDIQUE FRANCAISE

Section 1 – Le commentaire synthétique : une première ouverture au droit étranger

Section 2 – Défendre ou critiquer : l’instrumentalisation de la législation comparée

Section 3 – L’ « Ecole historique » : un engouement pour une méthode venue d’Allemagne

TITRE II – LE CERCLE RESTREINT DES PIONNIERS DE LA COMPARAISON JURIDIQUE FRANCAISE

CHAPITRE I – COMPARAISON ET PUBLICATION D’OUVRAGES JURIDIQUES

Section 1 – La *Collection des lois civiles et criminelles des Etats modernes* de Foucher

Section 2 – Tocqueville et l’exemple américain

Section 3 – Hélie et la production scientifique étrangère en matière pénale

Section 4 – Les *Concordances* d’Anthoine de Saint-Joseph

Section 5 – Batbie et le droit administratif comparé

CHAPITRE II – COMPARAISON ET FONDATION DE REVUES JURIDIQUES

Section 1 – Les comparatistes et les revues d’histoire du droit

Section 2 – Les comparatistes et les « revues de législation »

Section 3 – Les comparatistes et la *Revue pratique de droit français* (1856-1869)

PARTIE II – LE RECOURS INTENSIF AU DROIT COMPARE (1869-1914)

TITRE I – LES NOUVEAUX IMPERATIFS DE LA COMPARAISON JURIDIQUE (1869-1900)

CHAPITRE I – LE « MOMENT 1869-1870 » : LA CONSCIENCE D’UN RETARD

Section 1 – La prospective des fondateurs de la SLC

Section 2 – La fondation de la SLC

Section 3 – Le traumatisme de la défaite

CHAPITRE II – LA COMPARAISON AU SERVICE DE LA RENOVATION DU DROIT FRANÇAIS (1871-1900)

Section 1 – La référence à l’Allemagne dans tous les domaines de la connaissance

Section 2 – Comparaison et rénovation dans les ouvrages juridiques de la « génération de 1870 »

Section 3 – Comparaison et rénovation lors du moment fondateur des revues

TITRE II – LE RENOUVELLEMENT METHODOLOGIQUE DE LA COMPARAISON JURIDIQUE (1900-1914)

CHAPITRE I – L’IDEE D’UN CONGRES INTERNATIONAL DE DROIT COMPARE

Section 1 – Vers une science du droit comparé : les instigateurs du Congrès de 1900

Section 2 – Pour une science du droit comparé : la tenue du Congrès de 1900

CHAPITRE II – L’ESPRIT DU CONGRES INTERNATIONAL DE DROIT COMPARE

Section 1 – L’écho du *Congrès* dans la doctrine juridique française

Section 2 – Les gardiens de l’esprit du *Congrès*

CONCLUSION GENERALE

INTRODUCTION

En 1824, Jean-Marie-Emmanuel Le Graverend (1776-1827) pouvait écrire, au sujet de la liberté individuelle en France :

« La liberté civile, ce droit de disposer de sa personne est, après l'honneur, le bien le plus précieux de l'homme et du citoyen. La liberté individuelle est garantie ; voilà le principe général. Nul ne peut être poursuivi ni arrêté que dans les cas prévus par la loi et dans la forme qu'elle prescrit ; voilà la règle qui vient protéger le principe dans son application. Les cas où un citoyen peut être poursuivi et arrêté, la nature et la forme des divers mandats en vertu desquels il peut être appelé devant le juge ou placé sous la main de justice, sont spécifiés et indiqués avec détail par le Code d'instruction criminelle. Le même Code contient un chapitre sur les moyens d'assurer la liberté individuelle contre les détentions illégales ou d'autres actes arbitraires, et on y rappelle que toutes rigueurs employées dans les arrestations, détentions ou exécutions, autres que celles autorisées par les lois, sont des crimes ; enfin le Code pénal décerne des peines contre les arrestations illégales, les séquestrations de personnes et les détentions arbitraires. Voilà les précautions introduites par le législateur pour prévenir les infractions à la règle. *La réunion de ces dispositions présente un système complet, un ensemble parfait ; elle ne laisse rien à désirer* »¹.

En 1887, Henri de Lestelley (?-1925) avouait quant à lui :

« Il ne nous est plus permis d'ignorer les institutions des peuples étrangers, et l'importance qu'a acquise, de nos jours, en France, l'étude de la législation comparée, semble donner satisfaction à ce besoin qu'éprouvent toutes les nations civilisées de ne plus se renfermer dans une sorte d'admiration exclusive de leur propre organisation, mais de jeter, au contraire, les yeux sur ce qui se fait autour d'elles. Il en est des nations comme des hommes, la vue des défauts d'autrui nous frappe plus que celle des nôtres ; ils nous semblent plus faciles à éviter, tandis que l'on éprouve une certaine satisfaction à profiter, sans avoir eu le souci d'en faire soi-même l'expérience, des progrès réalisés même par un ennemi »².

Dans la façon de considérer le droit étranger, son statut, ses contenus, son intérêt, un monde sépare les deux auteurs. L'un écrit en aval des codes napoléoniens, notamment du Code d'instruction criminelle de 1808 et du Code pénal de 1810 ; l'autre publie son étude après 1871 c'est-à-dire postérieurement à la défaite de la France face à la Prusse. Aussi, l'un semble se satisfaire des textes législatifs français tandis que l'autre s'intéresse de très près aux droits étrangers, en particulier le droit allemand. Or, l'un et l'autre sont assez représentatifs de tendances majeures. « Les institutions des peuples étrangers », « l'étude de la législation comparée » n'occupent effectivement pas une place identique selon que l'on écrit en 1820 ou en 1880. C'est précisément à explorer, au XIX^e siècle, les raisons et les modalités de la conversion progressive à la comparaison juridique que cette thèse est consacrée.

¹ J.-M. LE GRAVEREND, *Des lacunes et des besoins de la législation française, en matière politique et en matière criminelle, ou du défaut de sanction dans les lois d'ordre public*, Paris, Béchét aîné, t. I, 1824, p. 16-17. L'italique est de notre fait.

² H. DE LESTELLEY, « Code d'organisation judiciaire allemand », *Revue catholique des institutions et du droit*, 15^e année, 1887, p. 491.

1. Les modèles juridiques français

A sa chute, Napoléon laisse derrière lui de véritables « masses de granit », autrement dit des modèles juridiques³ qui traversent les frontières au cours du XIX^e siècle et qui occupent une part importante dans l'espace doctrinal.

a. L'incontournable Code civil de 1804

Il semble bien inutile de s'attarder sur la qualification du Code civil de 1804 en tant que modèle juridique tant ce fait ne peut souffrir d'aucune contestation. Il peut toutefois être intéressant de signaler dès à présent que sur quarante-sept ouvrages de droit civil publiés entre 1815 et 1869, dix-sept portent, totalement ou partiellement, sur le Code civil ; c'est dire, en d'autres termes, que le *Code Napoléon* retient l'attention de plus d'un civiliste sur trois. Pour s'en rendre compte, un regard rapide sur les différents titres proposés suffit : *Manuel de droit civil à l'usage des étudiants, contenant l'exégèse du Code Napoléon et un exposé complet des systèmes juridiques* d'Emile-Pierre-René-Paul Acollas (1826-1891) ; *Œuvres de Pothier annotées et mises en corrélation avec le Code civil et la législation actuelle* de Jean Joseph Bugnet (1794-1866) ; *Cours analytique de Code civil* d'Antoine-Marie Demante (1789-1856) ; *Cours de Code civil* de Claude-Etienne Delvincourt (1762-1831) ; *Commentaire théorique et pratique du Code civil* d'Adolphe-Marie Du Caurroy (1788-1850) ; *Cours de droit français suivant le Code civil* d'Alexandre Duranton (1783-1866) ; *Essai sur l'étude historique du droit et son utilité pour l'interprétation du Code civil* d'Henri Klimrath (1807-1837) ; *Explication théorique et pratique du code Napoléon* de Victor-Napoléon Marcadé (1810-1854) ; *Le droit civil français [...] annoté et rétabli suivant l'ordre du Code Napoléon* de Gabriel Massé (1807-1881) et Charles Vergé (1810-1890) ; *Répétitions écrites sur le premier examen de Code Napoléon contenant l'exposé des principes généraux leurs motifs et la solution des questions théoriques* de Frédéric Mourlon (1811-1866) ; *Traité sur l'état des personnes et sur le titre préliminaire du Code civil* de Jean-Baptiste-Victor Proudhon (1750-1838) ; *Concordance entre les Codes civils étrangers et le Code Napoléon* de Fortuné Anthoine de Saint-Joseph (1794-1853) ; *Code civil annoté des dispositions et décisions de la législation et de la jurisprudence, avec renvoi, pour l'indication des matières, aux principaux Recueils de Jurisprudence* de Jean-Baptiste Sirey (1762-1845) ; *Théorie raisonnée du Code civil* de Frédéric Taulier (1806-1861) ; *Le droit civil français, suivant*

³ « Pour le juriste, les mots "modèle juridique" qualifient ainsi, 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 » (S. SOLEIL, *Le modèle juridique français dans le monde. Une ambition, une expansion (XVI^e-XIX^e siècle)*, Paris, IRJS Editions, 2014, p. 7-8).

l'ordre du Code, ouvrage dans lequel on a réuni la théorie à la pratique de Charles-Bonaventure-Marie Toullier (1752-1835) ; De la propriété d'après le Code civil et Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code, depuis et y compris le titre de la vente de Raymond-Théodore Troplong (1795-1869) ; Cours de code civil professé à la faculté de droit de Paris ou encore Explication sommaire du livre premier du code Napoléon et des lois accessoires d'Auguste Valette (1805-1878). De même, s'agissant des revues juridiques fondées avant 1869, près d'un article sur cinq environ⁴ porte ou est en rapport avec le Code de 1804.

Cependant, c'est peut-être dans les discours souvent nostalgiques des auteurs du dernier tiers du XIX^e siècle que se situent les meilleurs témoignages quant à la qualité de modèle juridique que revêt le Code civil ; à l'instar de ce qu'écrit Ernest Glasson (1839-1907), professeur agrégé à la Faculté de Droit de Paris, en 1875 :

« Une véritable révolution s'accomplit depuis quelques années dans la législation civile des principaux pays de l'Europe. C'est avec une curieuse attention que nous devons la suivre, car elle est la conséquence de l'exemple donné par la France. Dans ce temps de rivalités étrangères, il importe de rappeler que notre législation civile sert de modèle aux autres pays, et qu'en accomplissant aujourd'hui leur révolution dans la législation civile, les nations étrangères se bornent à entrer dans la voie ouverte par notre code civil »⁵.

L'on pressent d'ores et déjà tout l'intérêt d'observer l'attitude des civilistes français vis-à-vis de cet incontestable modèle juridique afin d'expliquer l'intensité, plus ou moins basse, du recours aux législations civiles étrangères dans leurs écrits.

b. L'organisation « à la française » de la justice administrative

Dans son introduction aux *Principes de compétence et de juridictions administratives*, Adolphe Chauveau (1802-1868) désire attirer l'attention du lecteur sur le délaissement ambiant qui semble avoir lieu à l'égard de l'étude du droit administratif français alors même que celui-ci occupe, selon l'auteur, le premier rang parmi les législations administratives européennes :

« Pourquoi donc en France ce découragement ; et surtout cet esprit de dénigrement contre une partie importante de notre législation ? Elle est digne d'être offerte comme modèle aux peuples voisins, qui, plus sages, plus penseurs que nous, nous empruntent avec empressement ce que nous dédaignons sans l'avoir étudié »⁶.

A quel modèle juridique de droit administratif Chauveau – et les auteurs après lui – peuvent-ils songer précisément ? La lecture des principaux ouvrages et des différents articles publiés en la matière – notamment entre 1815 et 1869 – nous indique que l'attention des publicistes

⁴ Sur un échantillon d'environ 130 articles.

⁵ E. GLASSON, « Le mariage religieux et le mariage civil, leurs rapports dans les principales législations de l'Europe », *Revue de législation ancienne et moderne française et étrangère*, 1875, p. 312.

⁶ A. CHAUX, *Principes de compétence et de juridictions administratives*, Paris, Cotillon, t. II, 1841, p. 13. L'italique est de notre fait.

s'est régulièrement portée sur l'organisation « à la française » de la justice administrative. Rappelons alors sommairement ce dont il s'agit.

Au sommet de ce système juridictionnel se trouve tout d'abord la juridiction suprême, à savoir, plus précisément, la Section du contentieux du Conseil d'Etat – laquelle tire son origine de la Commission du contentieux créée par le décret impérial du 11 juin 1806 – dont l'organisation, le fonctionnement et le domaine de compétences sont notamment régis par le décret organique du 25 janvier 1852. En première instance, le contentieux administratif se partage entre les conseils de préfecture et les ministres ; cette confusion de la pure administration avec la justice administrative – la fameuse théorie du *ministre-juge* – valant d'ailleurs au système français de sévères et tenaces critiques jusqu'au décret impérial du 30 décembre 1862 et la loi du 21 juin 1865 qui tentent d'y mettre fin. Viennent ensuite les Conseils privés ou Conseils d'administration des colonies puis les commissions spéciales des travaux publics, créées par la loi du 16 septembre 1807. En outre, certaines commissions temporaires peuvent être créées par le législateur ou le pouvoir exécutif pour liquider ou répartir des indemnités à l'instar du Conseil des prises que le gouvernement institue en cas de guerre maritime ; leurs décisions, même en dernier ressort, peuvent alors toujours être déférées au Conseil d'Etat pour incompétence ou excès de pouvoir. Signalons également les Conseils de révision pour l'armée de terre et de mer, les Conseils de recensement ou encore les jurys pour la garde nationale sans oublier certaines juridictions d'exception, selon les périodes, telles que la juridiction des maires, des sous-préfets, des préfets, des préfets maritimes, des Conseils de l'instruction publique ou de la Commission des monnaies. Enfin, une mention spéciale doit être faite de la Cour des comptes instituée en 1807 (loi du 16 septembre 1807 complétée par le décret du 28 septembre de la même année) dont le Conseil d'Etat connaît des décisions et pour l'étude de laquelle les auteurs ont plutôt tendance à manifester leur intérêt⁷.

Nul doute que cette organisation « à la française » de la justice administrative, système dans lequel le contentieux administratif n'est donc traité ni par les tribunaux ordinaires ni par l'administration elle-même mais bien par des juges administratifs, ne soit devenue au XIX^e siècle un *modèle juridique*. Or, les auteurs français en ont parfaitement conscience et connaissance ; ils signalent ainsi la reprise de ce modèle en Espagne, en Italie – notamment à Naples et dans le Piémont – ou encore dans les Etats secondaires de l'Allemagne (Bavière, Saxe, grand-duché de Hesse...). Nous verrons alors plus loin les conséquences d'une telle

⁷ Citons par exemple les deux publications suivantes : L.-A. MACAREL, *Recueil des arrêts du conseil d'Etat statuant au contentieux, des décisions du Tribunal des conflits, de la Cour des comptes et du Conseil des prises*, Paris, Société anonyme du Recueil Sirey, 1837 ; G. M. DUFOUR, *Traité général de droit administratif appliqué ou exposé de la doctrine et de la jurisprudence concernant l'exercice de l'autorité du chef de l'Etat, des ministres, des préfets, des sous-préfets, des maires, des conseils de préfecture, de la cour des comptes, du conseil d'Etat, l'armée, les ateliers insalubres, les bacs et bateaux, les bois et forêts, les chemins de fer, les chemins vicinaux, les communaux, les conflits, les contributions, les cours d'eau, etc., etc.*, Paris, Cotillon, 2^e éd., 7 t., 1854-1857.

conscience chez les publicistes français vis-à-vis de l'utilisation des droits étrangers dans leurs écrits.

c. Le Code de commerce de 1807 : « le plus ancien des Codes de commerce du monde »

Dans leur *Manuel de droit commercial*, Charles Lyon-Caen (1843-1935) et Louis Renault (1843-1918) rappellent que « le Code français de 1807 est le plus ancien des Codes de commerce du monde ; il a exercé pendant de longues années [...] une influence prépondérante sur les législations commerciales des Etats étrangers »⁸ ; ce dont les commercialistes du milieu du siècle ont, semble-t-il, déjà conscience. Ecoutons par exemple Louis Nouguié (1810-1892) parler du Code de commerce en 1851 :

« Et, qu'il me soit permis de le dire dès l'abord, si notre législation sert d'exemple et de modèle au législateur étranger, – si partout elle est soigneusement méditée par les hommes voués à l'étude du droit, – si elle est adoptée par tant de peuples, – c'est qu'elle est à la fois la plus simple et la plus complète, la plus claire et la mieux ordonnée, la moins éloignée des règles du droit commun et la plus conforme aux véritables intérêts du commerce »⁹.

La même année, Augustin-Charles Renouard (1794-1878) écrit également :

« Quoique les imperfections signalées par l'expérience aient provoqué et amené une nouvelle loi française sur les faillites, il faut néanmoins se garder de méconnaître les notables progrès introduits dans le droit général du monde par le Code de [1807], qui nous a régis pendant trente années. La législation française, en cette matière comme en beaucoup d'autres, a été honorée par le plus éclatant et le plus significatif des hommages ; elle est restée ou elle est devenue la loi de beaucoup de pays étrangers. La France héritant, dans de moindres proportions il est vrai, d'une des plus belles gloires de l'ancienne Rome, a laissé ses lois, malgré l'amertume des souvenirs d'une domination étrangère, à plusieurs des peuples que la conquête lui avait soumis et que la guerre a détachés d'elle. L'ancien Code de commerce régit la Belgique, Genève, plusieurs états de l'Italie et de l'Allemagne. Il a été copié ou imité par des peuples auxquels, il n'avait jamais été imposé »¹⁰.

De manière plus globale, sur trente-quatre ouvrages publiés entre 1815 et 1869 en matière de droit commercial, treize portent directement sur le Code de commerce ; soit plus d'une publication sur trois. Quant aux périodiques, s'agissant de la même période, environ 8 % des articles publiés concernent ou se réfèrent au Code de commerce français.

Dès lors, il s'agira là encore, dans les développements à suivre, de vérifier si un lien de cause à effet est établi entre l'existence en matière commerciale d'un tel modèle juridique et la cécité de certains commercialistes à l'égard des législations étrangères relatives à cette même matière.

⁸ C. LYON-CAEN et L. RENAULT, *Manuel de droit commercial*, Paris, F. Pichon, 10^e éd., 1910, p. 15.

⁹ L. NOUGUIÉ, *Des lettres de change et des effets de commerce en général*, Paris, A. Durand, 2^e éd., t. I, 1851, p. 20.

¹⁰ A.-C. RENOUARD, *Traité des faillites et banqueroutes*, Bruxelles, Librairie du Panthéon classique et littéraire, 1851, p. 63.

d. Les Codes de procédure civile de 1806 et d'instruction criminelle de 1808 : les nouvelles « voix » du progrès

« Grand classique de l'histoire de la procédure pénale de la période dite contemporaine, le *Code d'instruction criminelle* de 1808 adopte un système mixte qui réconcilie l'ancien droit avec certaines innovations du droit intermédiaire. Il frappe, sinon par sa cohérence, du moins par sa longévité. Sa grande capacité d'adaptation, prouvée par une influence importante exercée à l'échelle européenne mais aussi internationale, tient très certainement au parti pris de compromis qui préside à son élaboration, et qui explique qu'il ait pu prendre valeur de modèle à l'étranger, grâce à un contenu conjuguant efficacité et souplesse »¹¹.

A l'instar du Code civil de 1804 et du Code de commerce de 1807, les Codes de procédure civile de 1806 et d'instruction criminelle de 1808 sont devenus de véritables modèles juridiques, imités par de nombreux législateurs, notamment européens. Surtout, il est assez curieux de voir les divers auteurs spécialistes de la procédure, civile ou pénale, accorder systématiquement la même symbolique à ces deux autres codes napoléoniens. Pour eux, ces codes ne constituent en effet qu'une *étape* dans la voie du progrès. Assurément meilleurs que toutes les lois jusqu'alors promulguées en matière de procédure, ils n'en forment toutefois pas la quintessence dans la mesure où de nombreux vices leurs sont très tôt reconnus. En d'autres termes, il ne s'est jamais agi pour ces « procéduralistes » du XIX^e siècle de modèles *parfaits*, mais bien plutôt de modèles *perfectibles*. Dans les deux cas cependant, la qualité de modèle est bel et bien reconnue. Ainsi du témoignage de Raymond Bordeaux (1821-1877), en 1857 :

« Malgré ses imperfections, le Code de procédure civile de 1806 marqua un nouveau pas dans la voie du progrès ; il doit être le point de départ de toutes les améliorations ultérieures, et le thème des perfectionnements sagement imaginés. [...] La preuve de la supériorité du système de procédure français, c'est qu'il a été conservé sauf des modifications de détail, par les nations qui ont adopté notre législation »¹².

Un demi-siècle plus tard, René Garraud (1849-1930) n'écrira pas autre chose :

« Ce Code n'était pas, comme on l'a dit tant de fois, une œuvre incohérente de despotisme et de réaction. Succédant au Code du 3 brumaire an IV, dont les six cents articles, préparés en huit jours, avaient été votés en deux séances, il réalisait un grand et incontestable progrès. Il n'était pas, dans toutes ses parties, l'expression la plus élevée de la science de l'époque, mais il simplifiait et améliorait notablement la législation existante. Il n'en faut pas d'autres preuves que l'accueil qu'il a reçu dans une grande partie de l'Europe. Il a longtemps survécu à la chute de Napoléon I^{er}, dans tous les pays que la République et l'Empire avaient annexés à la France. Il a servi de type à la plupart des Codes modernes. Le Code de 1808 était, en réalité, une œuvre de progrès, un bienfait pour la France, mais, tout en offrant incontestablement ce caractère, il était loin d'atteindre à la perfection »¹³.

Enfin, le nombre d'ouvrages publiés en la matière entre 1815 et 1869 peut là encore aider à saisir l'ampleur du phénomène. Un quart des publications traite de l'instruction criminelle et

¹¹ C. BOUGLE-LEROUX, « Procédure criminelle, France, XIX^e siècle. Code d'instruction criminelle de 1808 », *La procédure et la construction de l'Etat en Europe (XVI^e-XIX^e siècle)*, Recueil de textes, présentés et commentés, sous la dir. de J. HAUTEBERT et S. SOLEIL, Rennes, PUR, 2011, p. 603.

¹² R. BORDEAUX, *Philosophie de la procédure civile : mémoire sur la réformation de la justice*, Imprimerie d'Auguste Hérissey, 1857, p. 94.

¹³ R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, Paris, L. Larose et L. Tenin, t. I, 1907, p. 90-91.

près d'un tiers porte sur la procédure civile. Il ne fait dès lors aucun doute que le droit procédural *français* attire véritablement les membres de la doctrine juridique mais il s'agira alors d'expliquer pourquoi cette attention s'estompe lorsqu'il s'agit de le comparer aux lois étrangères.

e. Le Code pénal de 1810 : « le meilleur Code de l'Europe »

« Notre législation pénale n'a rien à envier à quelque nation que ce soit [...]. Notre Code pénal surtout est, pour les pays voisins, une source féconde où tous viennent puiser les réformes qu'ils ont à introduire dans leur législation criminelle »¹⁴.

Ce témoignage pourrait seul suffire à se convaincre de la qualité de modèle juridique attribuée au Code pénal français de 1810 s'il n'émanait pas d'un juriste *français*. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle cet ancien inspecteur général des prisons du département de la Seine semble devoir inclure dans son argumentation l'avis d'un auteur étranger – et non des moindres – afin de prévenir toute accusation de *nationalisme juridique*, sur lequel nous allons par ailleurs revenir :

« Notre Code pénal surtout est, pour les pays voisins, une source féconde où tous viennent puiser les réformes qu'ils ont à introduire dans leur législation criminelle. "La législation pénale de la France, dit le savant Mittermaier, se distingue par la simplicité de son système. Elle a le mérite d'avoir conservé le caractère spécial d'un Code. Le Code pénal français a cet avantage qu'il n'élargit pas le cercle des actes punissables, comme le font les lois allemandes, et qu'il ne prend pas, comme ces lois, des précautions qui ne servent qu'à induire le juge en erreur, et qu'à embarrasser sa perspicacité. – Avouons-le ; la France, en créant sa législation pénale, a dans son œuvre, ce discernement, cet esprit d'application qui lui est propre." Ce que dit ici de nos lois pénales, l'illustre professeur d'Heidelberg, tous les criminalistes étrangers le proclament comme lui »¹⁵.

Mais qu'en est-il, cependant, de l'ensemble de la doctrine pénaliste française ? Sur quarante-neuf ouvrages publiés entre 1815 et 1869 en matière de droit pénal, quatorze prennent directement le Code de 1810 pour objet d'étude, soit environ le tiers de ces publications ; la proportion est également significative s'agissant des revues juridiques fondées au cours de la même période, avec environ 15 % des articles publiés qui se consacrent au droit pénal et ayant à ce titre un rapport plus ou moins direct avec le Code français. Il est donc incontestable que ce dernier occupe largement l'esprit des pénalistes de cette première période. En outre, et à l'instar des Codes de 1806 et de 1808, les imperfections du Code pénal français, dont les auteurs ont assurément connaissance, ne le privent en rien de sa qualité de modèle, comme le résume d'ailleurs parfaitement Faustin Hélie (1799-1884) en 1835 :

« Nous n'hésitons pas à croire, en mettant de côté les ridicules fascinations du patriotisme, que nos lois pénales, avec leurs nombreuses imperfections, sont encore, par leur clarté, leur précision et le système de

¹⁴ C. MOREAU, « De la pénalité dans ses rapports avec la réforme des prisons », *Revue de législation et de jurisprudence*, t. VI, avr.-sept. 1837, p. 399 et s.

¹⁵ *Ibid.*, p. 400 et s.

leurs incriminations, *le meilleur Code de l'Europe*. Le germe de toutes les rénovations s'y trouve ; le temps achèvera bientôt de les mûrir »¹⁶.

Le discours se veut ici détaché de tout nationalisme juridique et entend au contraire se situer exclusivement sur le terrain de la technique du droit ; or, un tel discours peut-il véritablement être tenu en présence d'autant de modèles juridiques d'origine nationale, dont seuls quelques-uns ont ici été présentés de manière d'ailleurs volontairement succincte, ainsi qu'au vu des différents contextes sociopolitiques qui ont parsemé le XIX^e siècle ? La question est désormais posée. Ce qui est sûr, c'est que les juristes français n'hésitent pas à manifester leur *amour* pour leur droit. Ils l'expriment cependant de deux manières distinctes. D'un côté, des juristes francophiles qui, par fidélité envers la France et ses lois, se détournent de celles des pays étrangers et refusent que le droit français souffre d'une possible comparaison. De l'autre, des membres de la doctrine juridique française qui, pour les mêmes raisons, se lancent au contraire dans la *comparaison des droits* afin non seulement de mieux faire ressortir la grandeur d'un *droit-modèle* – le droit français – vis-à-vis des autres, mais surtout de maintenir ce dernier à ce rang. Amours paradoxaux ou paradoxes de l'amour, il reste que ces mêmes paradoxes posent en réalité la vaste question de l'utilisation des droits étrangers par la doctrine juridique française tout au long du XIX^e siècle et plus précisément de 1815 à 1914.

2. Quelle doctrine pour quel corpus ?

Les « Codes-modèles » promulgués, il revenait aux juristes français de les examiner, de les enseigner, de les éprouver. Aussi est-il particulièrement intéressant d'observer avec attention et de dresser avec précision le portrait d'une *doctrine juridique*, dont les contours seront précisés plus loin, qui a dû et qui a su, du moins pour la plupart de ses membres, s'adapter aux évolutions du siècle, entendues ici sur le plan législatif, et notamment au « vieillissement » de la législation napoléonienne. Quelle est, par exemple, l'attitude des juristes du début de notre période, qui ont été formés sous le Premier Empire et qui ont assisté à la formidable apparition des Codes napoléoniens ? Quelle est celle, au contraire, des auteurs « fin de siècle » ? L'encensement des lois nationales ou leur condamnation procèdent-ils systématiquement d'une comparaison avec des lois étrangères ?

Sur le plan doctrinal, plusieurs « courants » divisent également, ou du moins distinguent, les juristes français¹⁷ : on pense en premier lieu aux tenants de la méthode exégétique¹⁸, tels

¹⁶ F. HELIE, « Projet d'un système complet de droit pénal pour l'état de la Louisiane (A system of penal law for the state of Louisiana), par M. Edward Livingston », *Revue étrangère de législation et d'économie politique*, t. II, 1835, p. 219 et s. L'italique est de notre fait.

¹⁷ Nous rejoignons toutefois complètement Nader Hakim dans sa mise en garde contre « ce penchant naturel à dessiner des blocs doctrinaux » par commodité, au détriment, bien souvent, de la réalité historique : N. HAKIM, « De l'esprit et de la méthode des civilistes de la seconde moitié du XIX^e siècle. L'exemplarité de Claude Bufnoir », *Droits*, n° 47, 2008, p. 45 et s.

¹⁸ Rappelons en effet qu'il paraît inexact de parler d'« Ecole de l'Exégèse ». Sur ce point, cf. *infra.*, p. 41 et s.

que peuvent les présenter Philippe Jestaz et Christophe Jamin¹⁹ ou encore Jean-Louis Halpérin²⁰, à savoir notamment Toullier, Proudhon, Delvincourt, Duranton, Demante, Valette, Charles Demolombe (1804-1887), Charles Aubry (1803-1883) et Frédéric-Charles Rau (1803-1877), Mourlon, Marcadé ou encore Troplong. Que l'on songe également à l'Ecole historique, propageant en France les idées du prussien Friedrich Carl von Savigny (1779-1861), à laquelle se rattachent, entre autres, Athanase Jourdan (1791-1826), Jean-Louis-Eugène Lerminier (1803-1857), Du Caurroy, Charles Berriat-Saint-Prix (1802-1870), Joseph-Elzéar Ortolan (1802-1873), Gabriel-Michel Dufour (1811-1868), Klimrath, Louis-Firmin-Julien Laferrière (1798-1861) ou bien Edouard-René Laboulaye (1811-1883)²¹. Enfin, ne renvoyant ici qu'aux principaux courants doctrinaux communément admis, nous pouvons citer quelques grands noms de l'Ecole dite « scientifique » : Adhémar Esmein (1848-1913), Raymond Saleilles (1855-1912), François Gény (1861-1959) et Edouard Lambert (1866-1947). Dès lors, existe-t-il une corrélation entre ces phases doctrinales et l'utilisation (ou l'inutilisation) des droits étrangers par les juristes français ? Un « exégète » compare-t-il ? Ortolan compare-t-il ? Saleilles compare-t-il ? Ne peut-on pas se dégager de ces tendances et en admettre de nouvelles, participant ainsi modestement à la construction d'une *histoire de la doctrine comparatiste française* ?

Enfin sur le plan politique, cette même doctrine juridique a traversé pas moins de cinq régimes différents, connu de nombreuses crises, essuyé deux Révolutions ainsi qu'un coup d'Etat et subi une lourde défaite (1870) sur laquelle nous reviendrons plus longuement. Quelles ont alors été les conséquences de tels contextes sociopolitiques sur la doctrine française ? Là encore, le régime politique prédétermine-t-il l'attitude de nos juristes ? Dans le même sens, un parallèle peut-il être dressé entre la stabilité d'un régime, pendant laquelle l'urgence de réformes législatives est moindre, et le repli de l'activité doctrinale sur le droit national ? Inversement, un régime politique agité, se manifestant notamment par une législation nationale tenue en échec, entraîne-t-il nécessairement les juristes français dans la comparaison et l'utilisation des droits étrangers ? Enfin, qu'en est-il du *nationalisme juridique* ? Si certains auteurs n'hésitent nullement à revendiquer et à afficher fièrement l'origine française de tel ou tel modèle juridique, au cours de la première moitié du XIX^e siècle – à l'instar de Charles-Jean-Baptiste Bonnin (1772-1846) qui a pu parler, en 1829, de « nation la plus spirituelle et la plus instruite de l'univers »²² ! –, quel discours la doctrine juridique française adopte-t-elle après la défaite de Sedan ? Des périodes de nationalisme juridique ou, au contraire, d'ouverture aux droits étrangers peuvent-elles être dégagées de manière précise ?

¹⁹ P. JESTAZ et C. JAMIN, *La doctrine*, Paris, Dalloz, 2004, p. 72 et s.

²⁰ J.-L. HALPERIN, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris, PUF, 1996, p. 56 et s.

²¹ Sur les « partisans de la méthode historique » : *ibid.*, p. 72-73.

²² C.-J.-B. BONNIN, *Abrégé des principes d'administration*, Paris, Amable-Costes, 1829, p. 444.

Tout d'abord, il faut s'entendre sur l'expression de *doctrine juridique française*. D'après Philippe Jestaz et Christophe Jamin, « la *doctrine* désigne [...] la pensée et l'ensemble des auteurs »²³. Plus précisément, le mot engloberait trois réalités distinctes : « *Primo* le phénomène fort répandu du droit savant, qui bien évidemment n'est pas propre aux romanistes. *Secundo* le phénomène tout aussi répandu de l'influence exercée par ceux qui savent sur ceux qui décident, autrement dit le rôle que le droit savant, partout où il existe, joue quasi nécessairement en tant que source du droit. *Tertio* enfin, dans les seuls pays de tradition romaniste, la doctrine sert à désigner la collectivité des auteurs, qui bien entendu présente d'importantes variantes d'un pays à l'autre »²⁴. Cette définition peut constituer un point de départ.

D'autres auteurs entendent quant à eux « écarter une acception réductrice [de la doctrine] qui engloberait sous cette catégorie uniquement les théoriciens, à l'exclusion des praticiens. En effet, dès l'instant où un auteur fait de la revue une tribune, à condition qu'il exerce une profession ou qu'il soit titulaire d'un titre, en lien avec le droit, et que son intervention ne soit pas extrêmement épisodique, on considérera qu'il appartient à la doctrine. Précisons aussi que l'on utilisera ici le mot juriste comme synonyme de doctrine. On prend donc le parti de ne pas distinguer [...] en fonction de la qualité professionnelle du locuteur, sauf lorsqu'il s'exprime sur le juge : il a semblé en effet logique de corréliser les propos sur le juge et la jurisprudence à l'activité exercée par l'auteur des propos »²⁵. La présente thèse s'appuyant pour moitié – nous le verrons plus loin – sur les *revues juridiques*, le lecteur y trouvera dès lors logiquement, et de manière sensible, les mêmes critères. Signalons en effet que si environ 70 % des auteurs d'ouvrages majeurs publiés en matière civile²⁶ – pour ne prendre que ce seul exemple – sont des professeurs de droit (en précisant bien, toutefois, qu'un tel statut n'est évidemment pas exclusif d'une activité de praticien, éventuellement exercée en parallèle) ; les fondateurs de revues, quant à eux, sont presque tous systématiquement des praticiens, principalement des avocats.

Dans le même sens, et parmi d'autres, Yves-Henri Gaudemet, lorsqu'il précise ce qu'il désignera dans son étude par le terme *juriste*, s'arrête moins à la qualité des auteurs qu'aux activités exercées par ces derniers ; le caractère juridique d'une profession faisant alors de celui qui la pratique un *juriste*²⁷. D'ailleurs, il serait particulièrement difficile voire inenvisageable de ne pas considérer ni inclure les praticiens dans les notions de *doctrine* et de *juristes* en ce qui concerne certaines matières de droit et notamment le droit administratif,

²³ P. JESTAZ et C. JAMIN, *La doctrine*, op. cit., p. 2.

²⁴ *Ibid.*, p. 3-4.

²⁵ F. CHERFOUH, *Le juriste entre science et politique : La Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence en France et à l'étranger (1877-1938)*, Thèse, Droit, Bordeaux IV, 2010, p. 413.

²⁶ Sur ces ouvrages, cf. *infra.*, p. 12 et s.

²⁷ « Le mot de juriste désignera ici aussi bien les docteurs en droit que ceux qui, sans avoir nécessairement cette qualité ont exercé, antérieurement ou simultanément à leurs fonctions politiques, une profession juridique ; seront par contre exclus les hommes politiques qui, licenciés en droit, ont ensuite exercé leurs activités dans d'autres domaines » (Y.-H. GAUDEMET, *Les juristes et la vie politique de la III^e République*, Paris, PUF, 1970, p. 10).

puisque « la doctrine [publiciste] elle-même, à la différence d'aujourd'hui, n'était pas majoritairement constituée d'universitaires mais bien de praticiens. [...] On pourrait même concevoir que cette "doctrine" d'avant 1870 puisse ne pas être entendue sous le vocable contemporain de "doctrine" puisqu'elle était majoritairement composée de praticiens et non de chercheurs et de théoriciens (principalement universitaires) »²⁸. Simplement, en ce qui nous concerne, seuls les auteurs « labellisés », c'est-à-dire ayant leur place dans l'historiographie actuelle²⁹, ont retenu notre attention. Professeurs ou praticiens, ces derniers sont avant tout représentatifs d'une façon de présenter les matières juridiques au lecteur³⁰.

A vrai dire, la notion de *doctrine* doit d'autant plus retenir notre attention que cette appellation naît dans la seconde moitié du XIX^e siècle ; autrement dit, en plein cœur de notre période. En effet,

« aux environs de 1850, les savants du droit, qu'ils soient professeurs ou praticiens, ont reconquis un prestige certain et, le nombre aidant, commencent à se représenter eux-mêmes sous la dénomination gratifiante de "la doctrine", qui se substitue à la "doctrine des auteurs". Le mot change discrètement de sens : il ne désigne plus une opinion, mais une collectivité. Celle-ci d'ailleurs élargit son horizon et explore maintenant la jurisprudence. La qualité de l'enseignement allant de pair avec la richesse des ouvrages publiés, cette collectivité devient de plus en plus professorale : vers la fin du siècle, elle parvient même à monopoliser la figure du docteur, au moins en droit privé »³¹.

Ainsi, les auteurs se constituant progressivement en corps, l'emploi du mot « jurisconsulte » se raréfie-t-il³² ; si bien que l'utilisation par les juristes du terme *doctrine* devient véritablement courante à la fin du XIX^e siècle et au début du siècle suivant³³. Cette période charnière correspond d'ailleurs à la montée en puissance des nouvelles sciences sociales venant dès lors concurrencer les juristes sur le terrain très jaloué de l'étude du *social*. Par réaction défensive, « [la doctrine juridique se serait alors constituée] en champ doctrinal, afin de préserver son autonomie ; et c'est l'œuvre de François Gény, mettant en doute l'omnipotence de la loi, qui exprime de la manière la plus systématique ce mouvement inaugural, mais apparaît également dans la méthode historique promue par Saleilles ou celle, comparatiste, proposée par Edouard Lambert »³⁴. En effet, pour reprendre une fois encore les propos de Philippe Jestaz et de Christophe Jamin :

« Pour que [...] la doctrine – et d'ailleurs la jurisprudence – puissent exister en tant que telles, il faudra que le verrou du monopole de la loi saute, ce qui n'advient qu'à l'extrême fin du XIX^e siècle. Mais

²⁸ M. TOUZEIL-DIVINA, *La doctrine publiciste 1800-1880*, Paris, Editions La Mémoire du Droit, 2009, p. 22.

²⁹ Cf. *infra*, p. 12.

³⁰ Il n'est donc absolument pas question de négliger le rôle joué par les praticiens dans l'utilisation doctrinale des droits étrangers. Il en effet évident que les juristes les moins célèbres ont aussi été concernés par la comparaison juridique. L'historiographie actuelle sort d'ailleurs parfois certains d'entre eux de l'anonymat, voir par exemple le colloque international : *Du comparatisme au droit comparé. Regard historique sur les acteurs, les objets et les enjeux*, Malakoff, Faculté de Droit de l'Université Paris Descartes, 7 mai 2015, à paraître.

³¹ P. JESTAZ et C. JAMIN, *La doctrine*, *op. cit.*, p. 69-70.

³² *Ibid.*, p. 129 et s.

³³ N. HAKIM, *L'autorité de la doctrine civiliste française au XIX^e siècle*, Paris, LGDJ, 2002, p. 12 et s.

³⁴ C. M. HERRERA, « Juriste de gauche – le mot, la chose », *Les juristes face au politique. Le droit, la gauche, la doctrine sous la Troisième République*, sous la dir. de C. M. HERRERA, Paris, Editions Kimé, t. II, 2005, p. 9.

l'évènement aura été précédé de signes avant-coureurs : avec *le développement spectaculaire des revues juridiques*, la masse des opinions et des arrêts publiés devient telle qu'elle s'impose à l'attention de tous. Et surtout ceux qui participent à cette masse ne se bornent plus à vouloir appliquer la loi, mais revendiquent un rôle créateur, en fait sinon en droit. Vient alors un moment où les juristes ne peuvent plus s'en tenir à la loi. [...] Or l'œuvre doctrinale [...] est destinée à s'accroître de manière considérable avec *l'essor d'une littérature juridique* consacrée à la présentation et au commentaire des arrêts. [...] Le phénomène s'observe à partir des années 1840, c'est-à-dire au moment où le volume de la littérature juridique commence à prendre une réelle ampleur »³⁵.

C'est de cette *littérature juridique* qu'il nous faut maintenant traiter.

3. Quel corpus pour quelle doctrine ?

a. Les ouvrages

« En vérité, la notion [de doctrine] n'a jamais été théorisée *pour elle-même*, sauf très partiellement et sous le seul angle de la théorie des sources. Ainsi tout le travail reste à faire »³⁶. Il s'agit toutefois d'un moindre mal dans la mesure où la présente étude n'a pas entendu théoriser cette notion dans le but de déterminer et de constituer ensuite un *corpus* sur lequel s'appuieraient ces recherches mais est partie, bien au contraire, des *œuvres doctrinales* afin de dégager des tendances destinées à mieux saisir cette doctrine du XIX^e siècle dans ses réactions vis-à-vis des droits étrangers. Il s'est agi en effet de constituer dans un premier temps une véritable *base de données* regroupant, de manière bien évidemment non-exhaustive mais néanmoins significative, les principaux ouvrages publiés entre 1815 et 1914 et ce, dans tous les grands domaines du droit. Ainsi la première moitié de ce corpus se divise-t-elle en six matières : le droit civil, le droit de la procédure, le droit commercial, le droit pénal, le droit administratif et le droit constitutionnel.

Pour chacune d'elles, une cinquantaine d'ouvrages ont été recensés ; soit une liste d'ensemble d'environ trois cents publications, établie selon plusieurs critères. Premièrement, ne sont retenus que les auteurs habituellement cités par la communauté scientifique actuelle lorsque celle-ci s'exprime par exemple au travers de manuels ou de traités (*Introduction historique à...*, *Histoire du droit de...*, *Traité de...*) de droit civil³⁷, pénal³⁸, commercial³⁹, administratif⁴⁰, constitutionnel⁴¹ ou de la procédure⁴². Qui pourrait contester en effet la place

³⁵ P. JESTAZ et C. JAMIN, *La doctrine*, op. cit., p. 127 et s. L'italique est ici de notre fait.

³⁶ *Ibid.*, p. 3.

³⁷ J.-L. HALPERIN, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, op. cit. et N. HAKIM, *L'autorité de la doctrine civiliste française au XIX^e siècle*, op. cit.

³⁸ J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, Paris, PUF, 2006 ; R. MARTINAGE, *Histoire du droit pénal en Europe*, Paris, PUF, 1998 et J. PRADEL, *Histoire des doctrines pénales*, Paris, PUF, 1991.

³⁹ J. HILAIRE, *Introduction historique au droit commercial*, Paris, PUF, 1986 ainsi qu'une entrevue très fructueuse avec Edouard Richard, enseignant-chercheur à la Faculté de droit de l'Université de Rennes 1.

⁴⁰ G. BIGOT, *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, Paris, PUF, 2002 ; F. BURDEAU, *Histoire du droit administratif*, Paris, PUF, 1995 et J. M. AUBY (dir.), *Traité de science administrative*, Paris-La Haye, Mouton & Co, 1966.

d'un (Edouard) Laferrière (1841-1901) en droit administratif, d'Aubry et Rau en droit civil, d'Edmond-Eugène Thaller (1851-1918) en droit commercial, d'Esmein en droit constitutionnel, de Pierre Boncenne (1775-1840)) ou de Denis Serrigny (1800-1876) en droit de la procédure ou encore d'Hélie en droit pénal ?

De même, ont été retenus les auteurs fréquemment cités par leurs contemporains, ce qui a permis en outre d'établir des « filiations » entre les ouvrages et d'opérer ainsi un rapprochement considérable entre les différentes doctrines. Dans la mesure du possible, ces liens seront indiqués au fur et à mesure des développements. A titre d'illustrations, nous pouvons noter la présence régulière des écrits de Louis Marie de Lahaye Cermenin (1788-1868) dans les lectures d'Adolphe Chauveau (1802-1868), de ceux de Rodolphe Dareste (1824-1911) dans celles de Laferrière (Edouard), de Pierre-Paul-Nicolas Henrion de Pansey (1742-1829) chez Raymond Bordeaux. Nous pouvons aussi relever les dialogues entre Léon Duguit (1859-1928) et Maurice Hauriou (1856-1929), Duranton et Delvincourt, Anthoine de Saint-Joseph et Troplong ou encore souligner les débats – ou querelles ! – entre Marcadé et Toullier, Pierre-Claude-Jean-Baptiste Bravard-Veyrières (1804-1861) et Nouguié voire entre Joseph Antoine Ruben de Couder (1843-1928) et Alphonse Boistel (1836-1908).

Enfin, le troisième et dernier critère renvoie au nombre d'éditions : une œuvre plusieurs fois rééditée est en effet une œuvre lue, qui a donc connu un succès certain. Elle devait par conséquent logiquement figurer parmi la liste des principaux ouvrages de la doctrine juridique française. Comment ne pas évoquer ici les sept éditions, à notre connaissance, du *Cours de droit administratif* de Théophile Ducrocq (1829-1913) ; les huit éditions de l'*Explication théorique et pratique du code Napoléon* (1884-1894) de Marcadé ; celles des *Répétitions écrites* (1869) de Murlon ou du *Précis de droit administratif* (1914) d'Hauriou ; les dix éditions du *Manuel de droit commercial* (1910) de Lyon-Caen et Renault ; les onze éditions du *Précis de droit criminel* (1912) de Garraud ou encore le succès incontestable des *Leçons sur les codes pénal et d'instruction criminelle* de Joseph-Edouard Boitard (1804-1835), rééditées pas moins de treize fois !

b. Les revues

Au premier corpus devait s'y ajouter un second : celui des *revues juridiques*. Là encore, un travail de définition(s) s'impose. De l'anglais *review*, les revues seraient effectivement nées au XVIII^e siècle au Royaume-Uni avant que le terme ne s'introduise en France en 1804, avec

⁴¹ M. MORABITO, *Histoire constitutionnelle de la France de 1789 à nos jours*, Paris, Montchrestien, 2012 ainsi qu'une entrevue très fructueuse avec Olivier Desaulnay, professeur de droit public à l'Université de la Réunion, Faculté de droit et d'économie.

⁴² J. HAUTBERT et S. SOLEIL (dir.), *La procédure et la construction de l'Etat en Europe...*, op. cit. et J. HAUTBERT et S. SOLEIL (dir.), *Modèles français, enjeux politiques et élaboration des grands textes de procédure en Europe*, Paris, Editions Juridiques et Techniques, 2 t., 2007.

la *Revue philosophique*. Il entre en 1835 dans le *Dictionnaire de l'Académie française*⁴³. Bien évidemment, la revue ne peut se confondre avec un *ouvrage*, une *monographie* ou un *traité*⁴⁴ auxquels renvoie la première partie de notre corpus. Jean-Paul Barrière distingue, quant à lui, la *revue technique, spécialisée et professionnelle*. En effet, selon lui,

« le terme "*technique*" (qui ne se rapporte pas seulement à la technologie, mais aussi à des connaissances spécifiques), induit une dimension pratique – ou, du moins, de science appliquée – que des amateurs éclairés peuvent mettre en œuvre (une revue automobile...). Plus englobante, la *presse spécialisée* concerne aussi bien professionnels que particuliers. Ainsi, la presse juridique au sens large inclut-elle toutes les publications périodiques – y compris les annuaires ou les journaux de simple consultation – destinées à fournir une information ou à régler une question de droit positif. Par contraste, la *revue professionnelle* a d'abord des visées internes au métier considéré »⁴⁵.

De leur côté, Jean-Charles Geslot et Julien Hage proposent eux aussi une définition de la revue mais celle-ci reste trop timide et par conséquent relativement insatisfaisante : « En partant du seul modèle qui tienne, [...] nous avons remarqué qu'au-delà de 30 pages, tout périodique ou presque peut être considéré comme une "revue", au sens peut-être noble du terme »⁴⁶... Aussi, afin de recenser et de sélectionner les « principales revues juridiques du XIX^e siècle », plusieurs critères s'imposent. En premier lieu, le regard doit se porter sur les revues à rayonnement national, ce qui se traduit en pratique par leur présence dans la plupart des bibliothèques de France⁴⁷ et pas seulement dans celle du lieu où elles ont été publiées. En ce sens, il s'est généralement agi, mais pas systématiquement, de revues publiées à Paris (centralisation oblige...). En second lieu, doivent être pris en considération les périodiques régulièrement cités dans les écrits de la doctrine actuelle⁴⁸ ainsi que ceux auxquels la doctrine juridique française du XIX^e siècle – celle des ouvrages publiés entre 1815 et 1914 – renvoie de manière significative. Dix-sept revues juridiques constituent alors ce corpus⁴⁹.

La majorité d'entre elles (dix sur dix-sept) naissent après 1870, ce qui vient au demeurant corroborer les différentes études relatives au développement des revues juridiques en France au XIX^e siècle. La thèse de Fatiha Cherfouh explique cette « merveilleuse efflorescence au

⁴³ F. CHERFOUH, *Le juriste entre science et politique...*, *op. cit.*, p. 23 et s.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 23 et s.

⁴⁵ J.-P. BARRIERE, « Un genre à part : les revues juridiques professionnelles », *La Belle Epoque des revues*, sous la dir. de J. PLUET-DESPATIN, M. LEYMARIE et J.-Y. MOLLIER, Paris, Editions de l'IMEC, 2002, p. 270-271.

⁴⁶ J.-C. GESLOT et J. HAGE, « Recenser les revues », *ibid.*, p. 32.

⁴⁷ Ainsi avons-nous pu nous rendre à la bibliothèque universitaire de Droit / Eco-gestion de l'Université de Rennes 1, à celle de Droit, Science Politique, Economie de l'Université Montesquieu-Bordeaux IV, à la bibliothèque interuniversitaire Cujas ou encore à la Bibliothèque nationale de France.

⁴⁸ Nous renvoyons ici aux ouvrages déjà évoqués aux notes 37 à 42, p. 12 et 13 de la présente thèse.

⁴⁹ *La Thémis* (fondée en 1819) ; la *Revue de législation et de jurisprudence* (1834) ; la *Revue étrangère de législation et d'économie politique* (1834) ; le *Journal du droit administratif* (1853) ; la *Revue historique de droit français et étranger* (1855) ; la *Revue pratique de droit français* (1856) ; le *Bulletin de la Société de législation comparée* (1869) ; la *Revue catholique des institutions et du droit* (1872) ; le *Bulletin de la Société générale des prisons* (1877) ; la *Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence en France et à l'étranger* (1877) ; la *Revue générale d'Administration* (1878) ; le *Journal des sociétés civiles et commerciales* (1880) ; le *Bulletin du comité des travaux historiques et scientifiques, section sciences économiques et sociales* (1883) ; la *Revue des sociétés* (1883) ; la *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger* (1894) ; le *Bulletin de la Société d'études législatives* (1901) et la *Revue trimestrielle de droit civil* (1902).

XIX^e siècle des périodiques, qui s'inscrit dans le cadre plus vaste d'un essor de toute la presse » :

« En France, la presse vit [...] à la Belle Epoque, un véritable âge d'or, et exerce au surplus une réelle influence, à laquelle elle n'osait prétendre jusqu'alors. [...] Les explications de ce déploiement massif sur le territoire national sont multiples : à la persistance et à l'amplification des mêmes facteurs (instruction, perfectionnements techniques, réduction des coûts), se superposent les bienfaits d'une politique républicaine libérale, après le régime assez rigoureux auquel la presse fut soumise par les gouvernements de l'Ordre moral entre 1871 et 1879. [...] Il faut [...] fixer à l'année 1870, le réel tournant à l'époque contemporaine, que connaît l'édition française. Antérieurement à cette date, la profession de libraire était en effet soumise à l'obtention obligatoire d'un brevet ; désormais, une simple déclaration suffit. [...] Si un éditeur peut ainsi créer une revue dans un secteur disciplinaire laissé vacant, il peut souvent l'utiliser pour concurrencer un rival. Cette dynamique concurrentielle, essaime logiquement le domaine juridique, à partir de la seconde moitié du XIX^e siècle ; le dernier quart de celui-ci constituant l'acmé de cette accélération »⁵⁰.

Augmentation, dès lors, du nombre de revues de droit mais également *spécialisation croissante* de celles-ci au cours de ce même siècle. En effet, si les intitulés des revues juridiques de la première moitié du XIX^e siècle paraissent très généraux (*La Thémis*, *Revue de législation et de jurisprudence*, *Revue étrangère de législation et d'économie politique*, etc.), ceux de la seconde tendent à se préciser. Le *Journal du droit administratif* est par exemple fondé en 1853 par Chauveau et Anselme-Polycarpe Batbie (1827-1887). De même, l'histoire du droit se dote en 1855 de sa *Revue historique de droit français et étranger*. Les juristes catholiques, sous l'impulsion du Révérend Père Jules Sambin (1820-1892), trouvent eux aussi à s'exprimer à travers leur *Revue catholique des institutions et du droit*, fondée en 1872. Le monde pénitentiaire dispose pareillement de ce moyen d'expression et d'échanges puisqu'un *Bulletin de la Société générale des prisons* est mensuellement publié à partir de 1877. Deux revues sont consacrées au droit des sociétés : le *Journal des sociétés civiles et commerciales* (1880-1914) et la *Revue des sociétés* (1883-1914). En 1894, naît la *Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger*. En 1902, la *Revue trimestrielle de droit civil*.

Ce phénomène de spécialisation pose la question des lecteurs visés. De manière très générale, le prix d'abonnement à une revue reste, malgré la réduction des coûts, relativement élevé ; le public auquel s'adressent ces revues est donc plus aisé que celui de la presse quotidienne et hebdomadaire⁵¹. Si l'on s'intéresse ensuite de manière plus précise aux revues *juridiques*, certaines études tendraient à prouver que les juristes en France (31 000 vers 1886 et 45 000 en 1906, selon les recensements) ne sont pas des lecteurs multiples⁵². Il n'en demeure pas moins que ces revues spécialisées sont présentes, de façon exponentielle, dans les différents milieux juridiques et plus particulièrement à compter du dernier quart du

⁵⁰ F. CHERFOUH, *loc. cit.*

⁵¹ J.-C. GESLOT et J. HAGE, « Recenser les revues », art. cit., p. 37.

⁵² J.-P. BARRIERE, « Un genre à part : les revues juridiques professionnelles », art. cit., p. 272.

XIX^e siècle⁵³. En ce sens, elles deviennent un véritable instrument de travail autant qu'un marqueur culturel, au même titre que les médecins s'abonnent non seulement pour leur activité professionnelle mais encore pour partager la vie du monde médical (découvertes, annonces, comptes-rendus, etc.). Pour notre part, des informations seront données, dans la mesure du possible, quant aux différents lectorats de nos dix-sept revues juridiques au cours des développements.

Aussi la *doctrine juridique française du XIX^e siècle* est-elle matérialisée ici par *ce qu'elle produit* : ses plus grands ouvrages, ses plus grandes revues. Il s'agit, désormais, de comprendre par quels mots, par quelles formules, les auteurs français s'intéressent aux droits étrangers.

4. « *Comparaison, législation comparée, droit comparé, comparatisme* »

Réfléchir sur l'utilisation des droits étrangers dans la doctrine juridique française entre 1815 et 1914⁵⁴, c'est relever, à travers ouvrages et revues, toutes les références faites aux modèles, aux systèmes, aux mécanismes juridiques, aux institutions ou aux jurisprudences venant de l'étranger dès lors que le langage retenu est celui de la *comparaison*. D'après Michel Espagne, « comparer deux objets signifie les opposer pour énumérer leurs ressemblances et leurs différences et, par un glissement qui n'est guère évitable, pétrifier les oppositions. On ne peut comparer en effet que ce qui n'est pas confondu »⁵⁵. Or, si le terme *comparaison* est couramment usité chez les juristes du XIX^e siècle – ce qui explique et justifie par conséquent son exact emploi dans les présents développements –, d'autres expressions se rencontrent qu'il faut ici éclaircir. La première d'entre elles est celle de *législation comparée* que l'on rencontre au singulier ou au pluriel. Apparue très tôt au cours de notre période⁵⁶, elle devient courante dès les années 1830 ; un cours d' « histoire générale et philosophique des législations comparées » étant en effet inauguré en 1831 au Collège de France par Lermnier⁵⁷. Le singulier sera quant à lui définitivement adopté après 1850⁵⁸.

⁵³ Jean-Paul Barrière relève par exemple que « les revues juridiques "vivantes" sont présentes dans une bibliothèque notariale sur dix au milieu du XIX^e siècle, et une sur cinq ou six à la fin » (*Ibid.*, p. 272).

⁵⁴ Bien évidemment, il ne s'agit pas de dire que la doctrine française était foncièrement hermétique à la comparaison avant cette période : Bodin était par exemple, à sa façon, un comparatiste ; Montesquieu était lui aussi, et d'une certaine manière, un comparatiste ; etc.

⁵⁵ M. ESPAGNE, *Les transferts culturels franco-allemands*, Paris, PUF, 1999, p. 36.

⁵⁶ Philippe-Simon Dupin (1795-1846), dit « Dupin jeune » emploie en effet cette expression dès 1819, année de fondation de la revue *Thémis* : « Rien, je crois, écrit-il, ne serait plus utile aux progrès de la science, que de bons traités de *législation comparée* » (P.-S. DUPIN, « Analyse de divers ouvrages sur le Jury », *Thémis*, t. I, 1819, p. 331).

⁵⁷ F. AUDREN et G. NAVET, « Note sur la carrière d'Eugène Lermnier au Collège de France (1831-1849) », *Revue d'histoire des sciences humaines*, vol. IV, 2001, p. 57-67.

⁵⁸ J. HILAIRE, « Le comparatisme en matière commerciale au XIX^e siècle », *Revue d'Histoire des Facultés de Droit et de la science juridique*, n° 12, 1991, p. 131.

Quant à son contenu, la législation comparée a fait l'objet de nombreuses (tentatives de) définitions et plus particulièrement à compter de l'extrême fin du XIX^e siècle. A ce titre, lors du *Congrès international de droit comparé* tenu à Paris du 31 juillet au 4 août 1900 – congrès d'une extrême importance sur lequel nous reviendrons –, Esmein a su appréhender cette notion avec beaucoup de clarté :

« La législation comparée, au sens étroit du mot, [...] étudie, en [elle-même] et pour [sa] valeur propre, les dispositions que contient le droit des divers peuples quant à une institution déterminée, par exemple la tutelle des mineurs, ou le système des sûretés réelles. [...] Par leur comparaison, en faisant la balance de leurs avantages et de leurs inconvénients respectifs, elle s'efforce de dégager la solution la meilleure et la plus utile »⁵⁹.

Quant à la méthode, Esmein poursuit :

« Si l'on se propose d'enseigner la législation comparée ainsi conçue, la méthode la plus simple paraît être de prendre pour point de départ le droit national, qui est nécessairement le mieux connu, et d'en rapprocher les solutions données sur les mêmes points par les législations étrangères. La leçon qui s'en dégagerait serait la justification mieux établie du droit national ou sa réforme proposée »⁶⁰.

En ce sens, la notion de *législation comparée* est à rapprocher de celle d'*emprunts législatifs*. Selon Patrick Weil,

« emprunter représente pour les juristes un intérêt d'ordre quasi économique : gain de temps et d'énergie intellectuelle. L'emprunt à une législation qui a déjà fait ses preuves ailleurs donne, en outre, de l'autorité à la nouveauté proposée quand il faut la justifier ; il permet de s'appuyer sur l'expérience. Les juristes sont les artisans et les techniciens de ces transferts, capables de "certifier" leur bon fonctionnement à l'étranger et de justifier de la légitimité historique de ces règles. L'emprunt a des modalités très variables : il peut être partiel ou porter sur tout un système, toute une législation. Il peut être effectué par analogie, par transfert extensif de règles existant déjà au plan interne (mais simplement de façon annexe ou au plan local) ou peut porter sur une législation étrangère »⁶¹.

En réalité, si Esmein se penche ainsi, lors du congrès international de 1900, sur l'expression de *législation comparée*, c'est afin de mieux la distinguer de celle de *droit comparé* ; « un terme mal choisi, d'après Rozmaryn, [qui] induit en erreur parce que le droit positif ne peut être que national ou international. Le droit comparé n'existe pas et ne saurait exister en tant que droit, c'est-à-dire en tant que système des normes, en tant qu'ordre juridique déterminé. Par contre, ce qui existe bien, ce sont des études comparatives du droit, une approche comparative à certains problèmes, une orientation comparative dans la science

⁵⁹ A. ESMEIN, « Le droit comparé et l'enseignement du droit », *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, 1900, p. 491. Cet article est en effet un extrait d'un rapport qu'Esmein lui-même présenta au Congrès de droit comparé. Sur ce point, cf. *infra*, p. 451 et s.

⁶⁰ A. ESMEIN, *loc. cit.*

⁶¹ P. WEIL, *Qu'est-ce qu'un Français ?*, Paris, Grasset, 2002, p. 195. Fatiha Cherfouh parle également de « se servir du droit comparé comme pièce fondatrice ou fondamentale de la démonstration en vantant sa valeur d'exemple ou de contre-exemple d'ailleurs, quoique plus rarement. Autrement dit, les conceptions étrangères doivent très fréquemment servir de viatiques dans un objectif bien précis : consolider un raisonnement portant sur une réforme législative à mener. Le droit comparé permet d'accroître le bien-fondé du discours du juriste et appartient au capital intellectuel qu'il peut faire valoir pour être audible et influencer sur les décisions des gouvernants » (F. CHERFOUH, *Le juriste entre science et politique...*, *op. cit.*, p.304-305).

juridique »⁶². Toujours est-il que le *droit comparé* constituera l'objet même du Congrès de 1900. L'un des rapporteurs, Frederick Pollock (1845-1937), professeur à l'Université d'Oxford, tentera d'ailleurs de fixer l'origine de la terminologie :

« Je ne le trouve pas facile, écrit-il. Quoique je n'aie réussi à rien établir de concluant, je me permets d'appeler l'attention sur un témoignage négatif qui ne manque pas d'intérêt. Il paraît que vers 1860, peut-être même plus tard, Littré n'a pas entendu parler du droit comparé. Il publia le premier volume de son Dictionnaire de la langue française en 1863. La locution dont il s'agit ne se trouve pas mentionnée dans l'article sur le mot *comparatif*, où il est bien question de la locution analogue : *anatomie comparative* ; Littré ajoute que l'on dit plus souvent, mais moins bien : *comparée*. Je serais donc porté à croire que le néologisme de *droit comparé* a commencé à s'entendre dans le monde savant vers 1863 ou 1865, pour se faire un chemin ensuite avec assez de rapidité. Il va maintenant sans dire, je suppose, qu'il fait depuis longtemps partie de la langue usuelle »⁶³.

Ainsi la *législation comparée* cède-t-elle sa place, semble-t-il dans les années 1860, au *droit comparé*. Derrière ce changement de termes s'opère en réalité un véritable basculement conceptuel : de simple *méthode*, la comparaison tend effectivement à devenir, nous y reviendrons, une *science* dont le Congrès de 1900 constitue, aux yeux des juristes français – mais pas seulement – le « baptême officiel »⁶⁴. Pour l'heure, retenons simplement la définition en trois points que donne Saleilles dans son rapport au fameux Congrès sur la *Conception et objet de la science du droit comparé*⁶⁵. Tout d'abord, le droit comparé est selon lui une *science principale*, indépendante notamment de l'histoire comparative des institutions et de la sociologie. Elle a alors pour but, en premier lieu, l'étude des diverses législations envisagées par leur côté social ; en second lieu, le rapprochement, sous forme de groupes constitués par leurs similitudes organiques, des constructions juridiques et pratiques révélées par l'étude séparée des législations ; et enfin, sous forme de conclusion, la mise au point d'un ou plusieurs types juridiques résultant de cette critique comparative et destinés à servir d'objectif à l'orientation progressive des législations particulières, sous réserve absolue du

⁶² S. ROZMARYN, « Les grandes controverses du droit comparé », *Inchieste di diritto comparato*, sous la dir. de M. ROTONDI, Milan, Giuffrè, t. 2, 1973, p. 579. Charlotte Denizeau pose également la question : « Le droit public comparé (mais la question vaut autant pour le droit privé comparé) est-il du droit ? Il s'agit certes bien de comparer les droits, de ne s'occuper que de "droit", de confronter, dans une démarche universaliste, les systèmes juridiques de garanties des droits fondamentaux et de la démocratie ; mais en tant que tel, le droit comparé n'est pas un droit opposable et invocable. S'il va permettre la production de normes il ne produit pas de règles de conduites juridiquement sanctionnées, on chercherait en vain un modèle systématisé ; dès lors n'est-il pas plus une science ? A cet égard, lorsque l'on parcourt les ouvrages consacrés au droit comparé, on rencontre surtout les expressions de comparaison des droits, de méthode comparative, d'approche comparée, d'études comparatives » (C. DENIZEAU, « Quelques idées et interrogations candides pour ouvrir la discussion. Vision d'une européeniste », *Réactions au Manifeste du CDPC. Matinée fondatrice du 8 février 2013* [en ligne], 2013, p. 4, disponible sur internet < http://www.u-paris2.fr/CDPC0/0/fiche_pagelibre/>).

⁶³ F. POLLOCK, « Le droit comparé », *Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence en France et à l'étranger*, 1900, p. 385 et s. L'article est en effet la reproduction du rapport de Pollock présenté au Congrès international de droit comparé de 1900.

⁶⁴ L'expression est du roumain Wilhelm Fildermann, docteur en droit : « Le Droit comparé reçut, au Congrès de 1900, le baptême officiel de la Science » (W. FILDERMANN, « De l'unification des lois, d'un projet de publication de codes comparés et d'une union législative en matière de procès entre étrangers », *Bulletin de la Société de législation comparée*, n°s 8-9, août-septembre 1910, p. 406).

⁶⁵ R. SALEILLES, « Conception et objet de la science du droit comparé. Rapport présenté au Congrès international de droit comparé », *Bulletin de la Société de législation comparée*, n°s 4-5, avril-mai 1900, p. 383-405.

maintien des formes traditionnelles et des diversités historiques qui les distinguent. Mais – et c'est le deuxième point – le droit comparé est également une *science auxiliaire* qui a pour objet de servir au développement progressif du droit national en offrant un but positif, soit à l'évolution législative, soit aux constructions doctrinales, soit à l'interprétation jurisprudentielle. Enfin, troisième point, le droit comparé est pour le professeur de la Faculté de droit de l'Université de Paris un nouvel *instrument d'interprétation* du droit positif.

Finalement, plusieurs *usages* peuvent être faits du droit comparé. Tout d'abord, une étude comparative peut se limiter à l'observation d'un ou plusieurs droits étrangers et à leur description, c'est-à-dire s'arrêter en définitive au simple stade de la constatation dans le seul but d'informer un public, averti ou non, spécialiste ou pas. En d'autres termes, « il ne s'agirait pas de l'emploi d'une méthode comparative dynamique, en ce sens que le regard jeté sur l'étranger, aurait un but principalement pédagogique (voire encyclopédique parfois, eu égard à la profusion de renseignements) et cognitif »⁶⁶. Ensuite, le droit comparé peut être utile et utilisé comme instrument de rejet de tel ou tel droit ou, *a contrario*, dans le seul but de faire ressortir les qualités d'une législation afin de la faire prévaloir sur celle avec laquelle le comparatiste la compare. Il existe en effet « deux voies pour comparer : la comparaison intégrative et la comparaison différentielle. Par la comparaison intégrative, l'analyse comparée va mettre en évidence les convergences, les points communs, les insuffisances communes. La comparaison différentielle vise à désigner les divergences entre les systèmes pour ensuite déterminer les voies de l'intégration. Elle permet de mettre en évidence les insuffisances d'une législation par rapport à une autre et indique les voies à suivre pour combler ces vides. Les convergences permettent des synthèses et des hybridations »⁶⁷.

Un autre objectif qui peut être poursuivi par certains comparatistes est celui de la détermination de principes juridiques communs voire d'élaboration d'un droit commun aux Etats dont les législations sont étudiées et qui dépasserait par conséquent le cadre national. Ici, « la comparaison des droits, scientifiquement organisée, doit mettre en lumière, sous la diversité des solutions nationales et la divergence des législations existantes, un fond commun »⁶⁸ ; cette conception doit alors attirer particulièrement l'attention lorsque se pose la question d'un fonds juridique européen au XIX^e siècle⁶⁹. Selon Ancel, l'Ecole de ce *droit comparé moderne* est née du *Congrès international de droit comparé* des 31 juillet-4 août 1900 :

« Il importe de bien comprendre ce que l'Ecole nouvelle des comparatistes entend par là. Il ne s'agit pas, notons-le bien, de principes abstraits, découverts par le seul raisonnement ou la seule logique juridique et sur lesquels des représentants de systèmes différents pourraient se mettre d'accord *in abstracto* [...]. Il ne s'agit pas davantage de la recherche d'un "droit naturel" antérieur ou extérieur, et en tout cas supérieur au droit des "peuples de la terre" [...]. La comparaison méthodique des législations et des institutions

⁶⁶ F. CHERFOUH, *loc. cit.*

⁶⁷ C. DENIZEAU, « Quelques idées et interrogations candides pour ouvrir la discussion. Vision d'une européeniste », art. cit., p. 5.

⁶⁸ M. ANCEL, *Utilité et méthodes du droit comparé*, Neuchâtel, Ides et Calendes, 1971, p. 18.

⁶⁹ 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.

juridiques doit faire seulement apparaître que, sous des formulations peut-être différentes, certaines normes de droit positif se retrouvent, d'un système à l'autre : elles constituent donc des règles de "droit commun législatif", selon l'expression de Lambert, et la fonction essentielle du droit comparé consiste, précisément, à dégager ces règles communes d'une réalité juridique multiple. [...] Telle est la position de base du comparatisme juridique du début du [vingtième] siècle »⁷⁰.

A ce propos, les développements peuvent être beaucoup plus brefs quant au terme « *comparatisme* » dans la mesure où ce mot ne se rencontre pas, sauf erreur, dans les écrits de la doctrine juridique française du XIX^e siècle. Le suffixe laisse deviner au demeurant une apparition beaucoup plus tardive du mot ; en tout état de cause, au-delà de la période présentement étudiée.

En définitive, la multiplicité des usages du droit comparé et surtout des interrogations que ce dernier suscite, nous pousse à conclure, avec Charlotte Denizeau, que « la comparaison des droits fait toujours (et encore) l'objet de controverses en particulier s'agissant de sa méthodologie (mais aussi encore de son rôle). Ceci s'explique par le fait qu'il n'existe pas de standard de vérification, qui servirait à contrôler et démontrer l'exactitude de la comparaison. Aucune théorie générale de la comparaison, ni aucune systématisation méthodologique n'ont établi, de manière définitive, les conditions de validité de la comparaison en droit »⁷¹.

5. Plan

Nous parlons de l'histoire d'une *conversion*. « *Convertere* » signifie en latin « tourner entièrement, retourner, faire retourner »⁷². Au XIX^e siècle, une partie des juristes français « se retourne », *se convertit* à la comparaison juridique parce que des *pionniers* – des « prophètes » – et des événements les convainquent de recourir intensivement au droit comparé. Selon quel rythme et quel(s) vecteur(s) s'impose ou ne s'impose pas la circulation des modèles juridiques au sein de la doctrine française du XIX^e siècle ? Telle est en vérité la question de fond. Simplement, une telle problématique reste en réalité indissociable de celle du recours à la comparaison par cette même doctrine ; elle lui est même postérieure dans la mesure où c'est en comparant que les juristes français peuvent mettre en évidence un modèle juridique ; en somme, qu'ils peuvent *modéliser*. C'est pourquoi la présentation d'outils conceptuels primordiaux tels que la *comparaison*, la *législation comparée* et le *droit comparé* était rendue nécessaire.

De cette présentation, il en ressort finalement un premier enseignement : les membres de la doctrine juridique française du XIX^e siècle peinent à maîtriser parfaitement l'exercice de la comparaison, à définir ce qu'elle est (une méthode ? une science ?), à lui donner un nom (*législation comparée* ? *droit comparé* ?) ; autrement dit, *ils se cherchent en tant que comparatistes*. Toutefois, plusieurs dates clés viennent baliser ce parcours long d'un siècle et

⁷⁰ M. ANCEL, *Utilité et méthodes du droit comparé*, op. cit., p. 19.

⁷¹ C. DENIZEAU, loc. cit.

⁷² F. GAFFIOT, *Dictionnaire Latin Français*, Paris, Hachette, 1934, p. 425.

permettent par conséquent de mieux saisir les différentes logiques ou tendances qui ont prévalu entre 1815 et 1914 ; c'est la raison pour laquelle le plan adopté respectera, de manière générale, la chronologie de ces événements marquants.

Le *Congrès international de droit comparé* de 1900 a été précédemment signalé comme l'un d'eux mais il faut toutefois se hâter de préciser que la *Société de législation comparée* (SLC), fondée 31 ans plus tôt, en a été à l'initiative. A vrai dire, le seul nom de cette Société indique que le basculement conceptuel évoqué plus haut s'est produit véritablement dans le dernier tiers du XIX^e siècle et donc vraisemblablement à partir de l'année 1869. Cette dernière date précède du reste immédiatement un événement historique qu'il est également *fondamental* de retenir : la guerre franco-prussienne, déclenchée au mois de juillet 1870 et perdue le 2 septembre suivant. Ces deux épisodes – la fondation de la SLC et la défaite de Sedan – constituent ainsi, en réalité, un *moment* durant lequel la doctrine juridique française prend définitivement conscience du retard qu'accuse la France dans pratiquement tous les domaines (militaire, universitaire, scientifique, etc.), et plus spécialement en matière législative. Aussi, à compter de ce « moment 1869-1870 », la priorité est-elle mise sur la reconstruction du pays, sur son redressement, sur sa régénération. Chez les juristes français, cela se traduit notamment par *un recours intensif* au droit comparé, lequel est désormais mis au service de la rénovation du droit (Partie II). Ainsi s'explique le processus de renouvellement méthodologique de la comparaison juridique, lancé à la fin du XIX^e siècle et dont le *Congrès international de droit comparé*, tenu à Paris en 1900, est l'une de ses plus importantes manifestations. Cependant, il n'est pas question de nier que de tels projets comparatifs ne font finalement que s'inscrire dans un mouvement préparé non sans quelques balbutiements, c'est-à-dire par tâtonnements, dès la première moitié du XIX^e siècle. Si, en effet, cette première période (1815-1869) est avant tout marquée par l'indifférence qu'éprouvent les jurisconsultes français à l'égard des textes étrangers, normatifs ou doctrinaux, elle voit tout de même certains d'entre eux s'ouvrir aux droits étrangers à travers leurs commentaires des codes français, leur critique du régime politique établi ou leur adhésion à des méthodes juridiques venues d'ailleurs. Mieux, quelques auteurs d'ouvrages juridiques (manuels, essais, traités...) et fondateurs de revues de droit vont précisément commencer à faire la promotion de la comparaison juridique en France. Mais ces pionniers ne devaient former à cet instant qu'un cercle restreint, la plus grande partie de la doctrine française n'éprouvant à l'égard des droits étrangers qu'*un intérêt relatif* (Partie I).

**PARTIE I – L'INTÉRÊT RELATIF POUR LES DROITS
ÉTRANGERS (1815-1869)**

Partons d'un constat⁷³. Sur quarante-neuf ouvrages majeurs publiés avant 1869 en droit pénal, seuls ceux d'Isidore Alauzet (1807-1882)⁷⁴, d'Alphonse-Marc-Marcellin-Thomas Béranger (1785-1866)⁷⁵, de Chauveau et Hélie⁷⁶, de Pellegrino Rossi (1787-1848)⁷⁷ et de Gustave de Beaumont (1802-1866) et Alexis de Tocqueville (1805-1859)⁷⁸ consacrent des développements à la comparaison *stricto sensu*. A l'examen, la proportion apparaît sensiblement la même voire est encore plus faible dans les autres matières. En droit civil, on en compte quatre sur quarante-sept : la *Collection des lois civiles*⁷⁹ de Victor Foucher (1802-1866), deux *Concordances* d'Anthoine de Saint-Joseph⁸⁰ et le *Droit anglais ou résumé de la législation anglaise sous la forme de codes*⁸¹ d'Alexandre Laya (1809-1883). En droit commercial, on en recense deux sur trente-quatre : *Des lettres de change et des effets de commerce en général* de Nouguier dont la deuxième édition date de 1851 et une troisième *Concordance* d'Anthoine de Saint-Joseph consacrée aux législations commerciales. En droit constitutionnel, on en dénombre cinq sur vingt-cinq : la *Collection complète des ouvrages publiés sur le gouvernement représentatif et la constitution actuelle de la France, formant une espèce de cours de politique constitutionnelle* (1818-1820) de Benjamin Constant (1767-1830), *De la démocratie en Amérique* de Tocqueville ainsi que trois œuvres de Laboulaye⁸². Dans le domaine de la procédure, on en recense quatre sur trente-quatre⁸³. De même, quant au droit administratif, sur trente-trois ouvrages examinés, seuls *La justice administrative en France ou Traité du contentieux de l'administration* (1862) de Dareste et le

⁷³ Cf. Tableau 1, dans la partie Annexes, p. 519.

⁷⁴ I. ALAUZET, *Essai sur les peines et le système pénitentiaire*, Paris, Imprimerie royale, 1^{ère} éd., 1842 ; Paris, Cosse et Marchal, 2^e éd., 1863.

⁷⁵ A.-M.-M.-T. BERANGER, *De la répression pénale ; de ses formes et de ses effets. Rapports faits à l'Académie des sciences morales et politiques*, Paris, Imprimerie et Libraire Générale de Jurisprudence, 2 t., 1852-1855.

⁷⁶ A. CHAUEAU et F. HELIE, *Théorie du code pénal*, Paris, E. Legrand et Descauriet, 8 t., 1837-1842.

⁷⁷ P. ROSSI, *Traité de droit pénal*, Bruxelles, Louis Haumann et C^{ie}, 3^e éd., 1863.

⁷⁸ G. DE BEAUMONT et A. DE TOCQUEVILLE, *Du système pénitentiaire aux Etats-Unis, et de son application en France ; suivi d'un appendice sur les colonies pénales et de notes statistiques*, Paris, H. Fournier jeune, 1833.

⁷⁹ V. FOUCHER, *Collection des lois civiles et criminelles des Etats modernes*, Paris, Imprimerie nationale, 1833-1864, 9 vol.

⁸⁰ F. ANTHOINE DE SAINT-JOSEPH, *Concordance entre les Codes civils étrangers et le Code Napoléon*, Paris, Charles Hingray, 1840 ; Paris, Cotillon, 2^e éd., 1856 et *Concordance entre les lois hypothécaires étrangères et françaises*, Paris, Videcoq, 1847.

⁸¹ A. LAYA, *Droit anglais ou résumé de la législation anglaise sous la forme de codes* 1^o Politique et administratif. – 2^o Civil. – 3^o De procédure civile et d'instruction criminelle. – 4^o De commerce. – 5^o Pénal suivis d'un dictionnaire de termes légaux, techniques et historiques et d'une table analytique. Extraits, analysés ou traduits des commentateurs anglais : Blackstone, Story, Bailey, John Wade (auteur du cabinet lawyer), des statuts du Parlement, etc., etc., Paris, Comptoir des Imprimeurs-Unis, 2 t., 1845.

⁸² E. LABOULAYE, *De la constitution américaine et de l'utilité de son étude : discours prononcé le 4 décembre 1849 à l'ouverture du cours de législation comparée*, Paris, imprimerie de Hennuyer, 1850 ; *La révision de la Constitution : lettres à un ami*, Paris, A. Durand, 1851 et *Le parti libéral, son programme et son avenir*, Paris, Charpentier, 1^{ère} éd., 1863.

⁸³ A.-M.-M.-T. BERANGER, *De la justice criminelle en France, d'après les lois permanentes, les lois d'exception et les doctrines des tribunaux*, Paris, L'Huillier, 1818 ; OUDART, *Essai sur l'organisation du jury de jugement et sur l'instruction criminelle*, Paris, l'auteur, 1819 ; J. REY, *Des institutions judiciaires de l'Angleterre comparées avec celles de la France, et de quelques autres Etats anciens et modernes*, Paris, Librairie de Jurisprudence, 2 t., 1828 et F. HELIE, *Traité de l'instruction criminelle, ou Théorie du Code d'instruction criminelle*, Paris, H. Plon, 1^{ère} éd., 9 t., 1845-1860 ; Paris, H. Plon, 2^e éd., 8 t., 1866-1867.

Traité théorique et pratique de droit public et administratif de Batbie présentent de véritables analyses comparatives. Le premier, par exemple, ne se contente effectivement pas de citer ou de faire référence brièvement à une loi, une institution, une disposition ou une jurisprudence étrangères mais consacre des développements *complets* au modèle juridique français de la responsabilité des fonctionnaires en matière de délits et quasi-délits (article 75 de la Constitution du 22 frimaire an VIII) qu'il oppose à celui de l'Angleterre⁸⁴ ou encore à la justice administrative « à la française » qu'il compare avec le système judiciaire anglo-saxon⁸⁵.

Dès lors, la conclusion semble claire : seule une infime partie des auteurs français, soit environ 10 % des publications majeures pour la période visée, a effectivement témoigné de l'intérêt pour la comparaison juridique⁸⁶. Toutefois, il faut y regarder de près. Jean-Louis Mestre évoque la question à propos des administrativistes français :

« [Qu'en a-t-il] été au cours de la période [...] entre 1815, date de l'effondrement définitif d'un Empire qui avait imposé son administration à une grande partie de l'Europe, et 1869 ? Retrouve-t-on, chez les publicistes français de cette époque, un intérêt certain pour les institutions et les règles administratives des autres Etats ? La réponse peut paraître négative si l'on se contente de parcourir les ouvrages qui se présentent comme des "Manuels" de droit administratif. Les *Institutes* de Gérando, les *Eléments de Droit public et administratif* de Foucart, le *Cours de Droit administratif* de Macarel, le *Traité* et les *Questions* de Serrigny, les *Conférences sur l'Administration et le Droit administratif* de Léon Aucoc (1828-1910) ne traitent que du droit français. Mais ces ouvrages s'adressent d'abord à des étudiants et s'efforcent avant tout de présenter avec clarté une réglementation dont ils reconnaissent la complexité. Le *Cours de Droit public et administratif mis en rapport avec les lois nouvelles et précédé d'une introduction historique* de Firmin Laferrière semble illustrer encore parfaitement cette tendance : il ne cite aucun livre étranger dans la bibliographie consacrée au droit administratif, alors qu'il renvoie à divers ouvrages étrangers dans d'autres bibliographies, comme celle portant sur la "Philosophie du Droit". Mais, dans l'introduction de son ouvrage, Laferrière remercie l'illustre jurisconsulte allemand Von Mohl, professeur à Tübingen, puis à Heidelberg, de l'avoir "encouragé de ses éloges et éclairé de ses savantes critiques", à la fois dans son œuvre célèbre – *L'Histoire et la Littérature des Sciences politiques* – et dans des articles de revues parus en Allemagne et en France. Cette simple indication atteste qu'en réalité les administrativistes français portaient intérêts aux écrits de leurs homologues étrangers et qu'ils participaient aux échanges intellectuels qui se développaient dans l'Europe de leur temps, par-delà les frontières posées par le Congrès de Vienne »⁸⁷.

Si l'on élargit l'analyse aux autres matières juridiques, on s'aperçoit que les doctrines et les législations étrangères occupent un espace très différent selon qu'on observe le cercle large des auteurs français, lequel intègre pas ou peu de références aux droits étrangers (Titre I), et le cercle restreint des auteurs convaincus de l'utilité de la comparaison (Titre II).

⁸⁴ L'analyse en question fait l'objet du Chapitre XIX, « Les délits et quasi-délits », de l'ouvrage de R. DARESTE, *La justice administrative en France ou Traité du contentieux de l'administration*, Paris, Durand, 1862. Sur cette œuvre, cf. *infra*, p. 199-200.

⁸⁵ R. DARESTE, *La justice administrative en France...*, *op. cit.*, p. 674-686.

⁸⁶ Cf. Tableaux 1, dans la partie Annexes, p. 519.

⁸⁷ J.-L. MESTRE, « La connaissance des droits administratifs étrangers en France entre 1815 et 1869 », *Annuaire européen d'administration publique*, 1985, p. 711-729.

TITRE I – LE CERCLE LARGE DES AUTEURS DE DOCTRINE

Si 10 % des auteurs majeurs se préoccupent de comparaison, que dire en revanche des 90 % restants ? Là encore, les observations sont édifiantes. En matière commerciale, seuls six écrits se distinguent par leur ouverture aux auteurs étrangers⁸⁸ ainsi que, pour certains d'entre eux, par les quelques renvois aux législations étrangères que les auteurs ne comparent toutefois pas ; ce qui porterait par conséquent à vingt-six (sur les trente-deux) le nombre d'ouvrages ne contenant absolument *aucune* référence étrangère. De même, vingt-neuf (sur quarante-trois) ouvrages en droit civil ; trente (sur trente-et-un) en droit administratif ; dix-huit (sur vingt) en droit constitutionnel ; vingt-sept (sur trente) en droit de la procédure et quarante (sur quarante-quatre) en droit pénal.

Ainsi, sur les ouvrages qui n'accordent pas de place à la comparaison juridique, 75 % environ des publications n'évoquent même pas les législations ou les doctrines étrangères⁸⁹. C'est le silence qui caractérise cette première catégorie du cercle large des auteurs français, un silence sur lequel il convient de s'interroger (Chapitre I).

A ce silence répond toutefois un léger murmure. Dans 15 % des ouvrages⁹⁰, les auteurs citent ou évoquent les droits étrangers, sans, néanmoins, faire œuvre de comparaison juridique (Chapitre II).

⁸⁸ L'on peut citer à titre d'exemple l'œuvre de P.-C.-J.-B. BRAVARD-VEYRIERES, *Traité de droit commercial*, Paris, A. Marescq Aîné, 1^{ère} éd., 1862-1865 ; Paris, Librairie Marescq Aîné, Chevalier-Marescq et C^{ie}, 2^{nde} éd., 6 t., 1890-1892.

⁸⁹ Cf. Tableaux 1, dans la partie Annexes, p. 519.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 521.

CHAPITRE I – L'INDIFFERENCE DE LA DOCTRINE JURIDIQUE FRANCAISE

Il est toujours difficile de commenter un silence. Comment découvrir les raisons qui ont entraîné l'auteur à ne rien écrire ? Si le texte lui-même n'indique pas les motivations, vers quelles sources peut-on se tourner pour entrevoir l'explication ? Il convient d'opérer ici une comparaison avec les auteurs étrangers, de la même période, notamment dans les pays neufs. Ils se réfèrent volontiers aux modèles juridiques les plus reconnus, parce que leur objectif est d'aboutir à de vastes réformes : composer une constitution, codifier le droit civil ou le droit pénal, organiser l'administration et les procédures, etc. Dans ce cadre, le recours aux modèles étrangers s'impose avec la force de l'évidence. Ils servent à comprendre les mécanismes juridiques, à comparer les solutions, à les évaluer, à faire des choix. Ils offrent même des exemples pour rédiger les textes de réforme. Le cercle large des auteurs français n'éprouve pas le même besoin.

En effet, l'admiration pour le modèle juridique français, son ordonnancement, son statut, ses succès à l'étranger, entraîne certains d'entre eux à négliger toute évocation des droits étrangers (Section 1). Parce qu'en France, chaque matière a son code ou ses législations ; l'ensemble, estiment-ils, est cohérent, admirable et n'appelle pas de réforme de fond. L'objectif éditorial est donc d'expliquer les matières, de les commenter, d'accompagner la formation des étudiants et d'aider les agents chargés d'appliquer les règles. En ce sens, l'absence d'intérêt pour les exemples étrangers va de pair avec une certaine méthode exégétique (Section 2). En outre, les pressions politiques ont pu conduire une partie de la doctrine juridique française à considérer le recours au droit étranger avec prudence (Section 3).

Section 1 – Les vertus des législations françaises

Les juristes français des deux premiers tiers du XIX^e siècle semblent réagir *doublement* à l'égard des grands modèles juridiques de leur pays, apparus pour la plupart au début du siècle et pour lesquels, au demeurant, les analyses abondent. D'une part, les auteurs manifestent leur satisfaction vis-à-vis d'un droit qui se veut *complet* (§1). D'autre part, ils expriment – pour certains, sans retenue – leur fierté quant à ce même droit qui est *copié* à l'étranger (§2).

§1. Un droit complet

La pluralité des modèles juridiques français semblent placer la France dans un état d'« autosuffisance juridique » (A) que la doctrine s'attache en tout cas à décrire, non toutefois sans une certaine complaisance (B).

A. L'autosuffisance juridique de la France

A propos de la doctrine administrativiste italienne, Mathieu Touzeil-Divina écrit :

« L'Italie fut pendant plusieurs années régie par le modèle impérial et administratif français qui a considérablement imprégné les institutions et la doctrine de ce pays. Toutefois, postérieurement à l'Empire napoléonien, il semblerait que les premiers ouvrages de la doctrine administrative italienne soient bien moins exégétiques et descriptifs (et même codificateurs et pratiques) que ceux que nous avons connus en France : peut-être est-ce alors parce qu'en Italie *la nécessité de rechercher des principes du droit administratif communs à l'ensemble des Etats désunifiés s'est imposée* »⁹¹.

Aussi semble-t-il établir ici une corrélation entre, d'une part, la *nécessité de réformer* dans laquelle peut se trouver un territoire et, d'autre part, l'*ouverture de la doctrine* de ce même territoire aux droits étrangers. En ce sens, Sylvain Soleil affirme également que « toute bonne explication commence [...] par la prise en compte d'un double processus valable aussi bien dans les nouveaux territoires que les anciens : *le besoin de réforme* et *le recours à l'étranger* »⁹². En effet, qu'il s'agisse d'Etats nouveaux, tels que ceux qui éclosent en Amérique latine, en Europe ou encore au Moyen-Orient et qui désirent se mettre rapidement et efficacement en place, ou qu'il s'agisse de vieux empires (Espagne, Russie, Royaume-Uni, Japon, Empire ottoman...) faisant face à de sérieuses crises, tous sont amenés à procéder à de promptes et énergiques réformes. Ainsi de la péninsule italienne justement, dont l'unification des différents territoires qui la composent (le Piémont-Sardaigne, la Lombardie, la Toscane,

⁹¹ M. TOUZEIL-DIVINA, *La doctrine publiciste 1800-1880*, op. cit., p. 245. L'italique est de notre fait.

⁹² S. SOLEIL, *Le modèle juridique français dans le monde...*, op. cit., p. 314.

Parme, Modène et les Légations) doit nécessairement passer par l'unification de leurs lois ; autrement dit, par des réformes sur le plan juridique. Or, bien souvent, par la convergence de plusieurs facteurs qui ont été étudiés, les réformateurs étrangers – éclairés par la doctrine de leur Etat – se tournent alors vers les modèles juridiques français. En d'autres termes, « il s'agit d'une rencontre entre le besoin des élites étrangères et l'offre juridique française. Quand la pulsion de réforme s'exprime, le recours aux modèles labellisés français apparaît souvent comme une évidence »⁹³. Tel est le cas par exemple de l'Empire ottoman, « l'homme malade de l'Europe »⁹⁴, lors de la période des *Tanzîmât*⁹⁵ (1839-1878) durant laquelle les élites politiques (sultans, grands-vizirs...) – et, plus généralement, l'ensemble de la société ottomane (journalistes, dramaturges, romanciers, enseignants, artisans, membres de profession libérale, voyageurs...) – incontestablement imprégnées de la culture française, adoptent alors massivement les modèles juridiques français, en les adaptant toutefois à la *Charia*, lors de la codification du droit ottoman⁹⁶.

⁹³ S. SOLEIL, *Le modèle juridique français dans le monde...*, op. cit., p. 324.

⁹⁴ L'expression date de 1853 et est due au tsar russe Nicolas I^{er} qui l'employa au cours d'une conversation avec l'ambassadeur d'Angleterre, sir Hamilton Seymour, à l'occasion d'une fête organisée chez la grande-duchesse Hélène (R. MANTRAN (dir.), *Histoire de l'Empire Ottoman*, Paris, Fayard, 1989, p. 501).

⁹⁵ Pluriel du substantif arabe « *tanzîm* » signifiant « mise en ordre », « réorganisation » (*Ibid.*, p. 459).

⁹⁶ Pour aller plus loin sur cette période de l'Empire ottoman, consulter notamment : S. T. AĞILDERE, « Les "élites" de la Sublime Porte ou les médiateurs francophones du Bureau de traduction (Tercüme Odası) au XIX^e siècle », *Documents pour l'histoire du français langue étrangère ou seconde* [en ligne], n° 38-39, 2007, disponible sur internet <<http://dhfiles.revues.org/310>> ; S. AKSOY, « Les systèmes de propriété foncière en Turquie », *Cahiers Options Méditerranéennes : Centre International de Hautes Etudes Agronomiques Méditerranéennes (CIHEAM)*, n° 36, 1999, p. 41-46 ; A. ANGEVILLE, *La vérité sur la question d'Orient et sur M. Thiers*, Paris, Delloye, 1841 ; ANONYME, *L'Empire ottoman, 1839-1877. L'Angleterre et la Russie dans la question d'Orient, par un ancien diplomate*, Paris, Dentu, 1877 ; ANONYMES, *Que faire de la Turquie d'Europe ?*, Nancy, Humbert, 1876 ; ANONYME, « Turquie », *Bulletin de la Société de législation comparée*, n° 6, 1884, p. 563-567 ; G. BLONDEL, « Notice sur la législation agraire de l'Empire ottoman », *Bulletin de la Société de législation comparée*, n° 4-5, 1897, p. 349-360 ; F. BOUVET, *La Turquie et les cabinets de l'Europe depuis le XV^e siècle ou la question d'Orient*, Paris, D. Giraud, 1853 ; J.-P. BURDY et J. MARCOU, « Laïcité / Laiklik : Introduction », *Cahiers d'études sur la Méditerranée orientale et le monde turco-iranien*, n° 19, janvier-juin 1995, p. non-indiquées ; J. CARPENTIER et F. LEBRUN (dir.), *Histoire de la Méditerranée*, Paris, Seuil, 2001 ; P. DUMONT, « La franc-maçonnerie ottomane et les "idées françaises" à l'époque des Tanzimat », *Revue du monde musulman et de la Méditerranée*, n° 52-53, 1989, p. 150-159 ; P. DUMONT, « La présence culturelle française dans l'Empire ottoman à l'âge de la compétition coloniale en Europe (1870-1914) », *Hommage aux poètes francophones*, sous la dir. du département d'études françaises de l'Université Hacettepe-Ankara, Strasbourg, 2006 ; E. ENGELHARDT, *La Turquie et le Tanzimat ou Histoire des réformes dans l'Empire Ottoman depuis 1826 jusqu'à nos jours*, Paris, A. Cotillon et C^{ie} Imprimeurs-Editeurs Libraires du Conseil d'Etat, 2 t., 1882 ; F. GEORGEON et P. DUMONT, *Vivre dans l'Empire ottoman. Sociabilités et relations intercommunautaires (XVIII^e-XX^e siècles)*, Paris, L'Harmattan, 1997 ; M. GONSE, « Notice sur divers ouvrages concernant le droit musulman », *Bulletin de la Société de législation comparée*, n° 4, 1874, p. 222-238 ; C. J. HAMSON, « Introduction », *Bulletin international des sciences sociales*, t. IX, n° I, 1957, p. 7-13 ; O. HAUSSONVILLE, *Histoire de la politique extérieure du gouvernement français, 1830-1848, avec notes, pièces justificatives et documents diplomatiques entièrement inédits*, Paris, Michel Lévy Frères, 2 t., 1850 ; M. KAIS, *La sanction en droit pénal musulman comparé avec le droit positif français*, Thèse, Droit, Montpellier, 1988 ; S. KHOURY, « Islam et laïcité », *Le dossier*, s. d., p. 16-24 ; J. LAFON, « L'empire ottoman et les codes occidentaux », *Droits*, n° 26, p. 51-69 ; A. DE LAJONQUIERE, *Histoire de l'Empire ottoman depuis les origines jusqu'au traité de Berlin*, Paris, 1881 ; B. LEWIS, *Islam et laïcité. La naissance de la Turquie moderne*, Paris, Fayard, 1988 ; K. LIPSTEIN, « Conclusions », *Bulletin international des sciences sociales*, t. IX, n° I, 1957, p. 73-85 ; F. VON LISZT, *Le droit criminel des Etats européens*, Berlin, Otto Liebmann, 1894 ; R. MANTRAN (dir.), *Histoire de l'Empire Ottoman*, op. cit. ; A. H. MIDHAT, *Midhat-Pacha. Sa Vie – Son Œuvre*, Paris, Stock, 1908 ; E. MIGNOT, *Le Sultan Abdul Azis à l'Exposition universelle de 1867 à Paris : notice pour accompagner*

B. La complaisance juridique de la doctrine

Si l'on prend maintenant l'explication *a contrario*, il devient alors possible d'affirmer qu'en l'absence de besoin urgent de réformes ou, plus précisément, de règles juridiques pour y parvenir, la doctrine juridique française, s'autoalimentant effectivement de solutions juridiques contenues et proposées par les divers modèles français, se trouve de ce fait dans un état de (relative) complaisance. Prenons deux exemples. En 1840, un avocat à la Cour royale de Paris, Louis Langlois (1805-1855), publie au sein de la *Revue étrangère et française de législation, de jurisprudence et d'économie politique* un article sur les « droits des sociétaires ou actionnaires étrangers dans les entreprises industrielles de France, soit en temps de paix, soit en temps de guerre »⁹⁷. L'auteur commence alors par rappeler que « les principes généraux du droit des gens, ceux de notre droit privé et public nous fournissent les éléments d'un système complet sur cette matière ». Autrement dit, le recours aux droits étrangers semble ici inutile.

« La législation de chaque pays, poursuit-il, doit sans doute apporter son concours à la réalisation d'une œuvre si nouvelle et si grande [l'ouverture des associations industrielles sans acception de personne ou de nation] ; celle de la France, nous sommes heureux de le dire, ne nous paraît laisser rien à désirer sous ce rapport ; elle favorise autant que possible le développement des relations sociales entre les hommes, quelle que soit leur patrie ; c'est par la législation autant que par ses mœurs que notre pays a souvent appelé dans cette voie les nations civilisées ; il est juste et d'un bon exemple qu'il en recueille les fruits ».

Aussi ne faudrait-il pas voir chez Langlois l'expression d'un nationalisme juridique exacerbé mais bien plutôt une véritable et sincère satisfaction, après analyse, de la législation française applicable en la matière. En effet, si la comparaison est ici délaissée au profit de l'étude de la seule loi française, c'est uniquement parce que cette dernière se trouve *juridiquement* favorable aux sociétaires et actionnaires étrangers dans les entreprises industrielles de France.

la médaille commémorative, Paris, 1867 ; F. MILLINGEN, *La Turquie sous le règne d'Abdul-Aziz (1862-1867)*, Paris, A. Lacroix, Verboeckhoven et C^{ie}, 1868 ; A. NICAISE, *La Turquie depuis 1850. Sa politique, ses réformes et son avenir*, Paris, Challamel Ainé, 1863 ; M. OHSSON, *Tableau général de l'Empire Ottoman*, Paris, 7 t., 1788-1824 ; J.-J.-F. POUJOULAT, *La France et la Russie à Constantinople. La question des lieux saints*, Bruxelles, Comptoirs des éditeurs, 1853 ; I. E. POSTACIOGLU, « La technique de réception des codes étrangers à la lumière de l'expérience turque », *Bulletin international des sciences sociales*, t. IX, n° I, 1957, p. 57-63 ; Y. TERNON, *Empire ottoman. Le déclin, la chute, l'effacement*, Editions du Félin / Editions Michel de Maule, 2002 ; A. UBICINI, *Lettres sur la Turquie ou tableau statistique, religieux, politique, administratif, militaire, commercial, etc., de l'empire ottoman, depuis le Khatti-Chérif de Gulkhanè (1839)*, Paris, Librairie Militaire de J. Dumaine, 2^e éd., 1853 ; Y. VITHYNOS, *Code Ottoman d'Instruction Criminelle, Avec autorisation du Ministère de l'Instruction Publique en date du 25 avril 1300 (1884)*, Constantinople, s. n., 1884 ; G. YOUNG, *Corps de Droit ottoman. Recueil des Codes, Lois, Règlements, Ordonnances et Actes les plus importants du Droit Intérieur, et d'Etudes sur le Droit Coutumier de l'Empire Ottoman*, Oxford, 7 t., 1905-1906 ; Y. FALELAVAKI, *L'adoption du droit français et son adaptation à la Charia à travers les codes ottomans de la période des Tanzîmât*, Mémoire, Droit, Rennes, 2011.

⁹⁷ L. LANGLOIS, « Droits des sociétaires ou actionnaires étrangers dans les entreprises industrielles de France, soit en temps de paix, soit en temps de guerre », *Revue étrangère et française de législation, de jurisprudence et d'économie politique*, t. VII, 1840, p. 716-728. Nous revenons plus loin sur cette revue, cf. *infra.*, p. 209 et s.

De ce fait, l'article constitue en réalité un argumentaire listant les avantages procurés par la législation française. A ce titre, l'avocat rappelle dans un premier temps que « le contrat de société a conservé dans notre législation le caractère de contrat de droit des gens » et qu'ainsi, toute personne, de quelque nation qu'elle soit, peut stipuler valablement des engagements de cette nature. Il précise en outre que des lois spéciales viennent également consacrer ce principe « si profondément civilisateur » toutes les fois qu'il s'agit de société civile ou commerciale.

« Il y a plus, le *caractère mobilier* des sociétés industrielles, commerciales ou financières, ou de l'intérêt que l'on peut avoir dans ces sociétés, qu'il soit ou non représenté par des actions, ajoute encore à la capacité de contracter des étrangers, ou plutôt ils conservent pleinement la capacité dont ils jouissent chez eux, comme s'il s'agissait de choses qui sont dans leur propre pays. C'est en effet un principe de notre ancienne jurisprudence française, que les biens meubles sont régis par le *statut personnel*, c'est-à-dire la loi du domicile de la personne, qu'elle soit étrangère ou non ; par la raison que, de leur nature, les biens mobiliers n'ont pas d'autre assiette fixe que celle du domicile du propriétaire ».

De surcroît, ces entreprises, telles qu'elles sont entendues par le droit français, sont commerciales par elles-mêmes et par leur objet ; elles jouissent par conséquent de tous les avantages qui s'attachent au commerce en général, en faveur des étrangers, c'est-à-dire qu'elles doivent placer l'étranger dans la même position que le Français, soit qu'il invoque le fond du droit, soit qu'il procède devant les tribunaux français. Dans le même ordre d'idées, les étrangers ont la faculté de transmettre à leur mort les biens qu'ils possèdent, comme l'exercent les Français eux-mêmes ; ce qui fait écrire à Langlois : « Les étrangers ne peuvent évidemment désirer de garanties plus énergiques de la conservation de leurs droits ». Enfin, l'état de guerre ne change rien à ces garanties conférées en temps de paix aux étrangers. En effet, « si la guerre, comme tous les événements de force majeure, apporte accidentellement quelque entrave matérielle à l'exercice des droits des étrangers, ce n'est qu'un obstacle momentané ; leurs intérêts reçoivent plus tard une satisfaction complète ». Mieux encore, les lois étrangères sont souvent applicables en France ; celles, par exemple, qui règlent la capacité, la forme des actes et la succession mobilière des étrangers. Et Langlois de résumer finalement cet état juridique :

« Nous l'avons démontré [...], les étrangers sociétaires ou actionnaires dans nos entreprises industrielles ont *pour eux le droit des gens*, le droit commun de la France, les lois spéciales en cette matière et les lois commerciales ; ils ont notre constitution enfin, qui ne permet au législateur lui-même de ne *jamais* rétablir la confiscation ».

Ni comparaison ni nationalisme juridique mais une législation-modèle (« c'est par la législation autant que par ses mœurs que notre pays a souvent appelé dans cette voie les nations civilisées ») jugée par ses qualités intrinsèques c'est-à-dire ses règles juridiques encourageant l'investissement des sociétaires et actionnaires étrangers dans les entreprises industrielles de France au profit, *in fine*, de l'économie nationale.

En 1868, Gustave Humbert (1822-1894), professeur à la Faculté de droit de Toulouse, collabore à la *Revue pratique de droit français* et y publie une étude sur les modifications des

lois de la procédure⁹⁸. L'article commence par un constat, d'ailleurs partagé par de nombreux contemporains : les lois de la procédure civile française sont susceptibles d'importantes améliorations. Seulement, les opinions divergent quant à la méthode à suivre. Pour certains, ces améliorations sont à emprunter aux législations étrangères ; pour les autres, elles peuvent au contraire être tirées de la seule expérience législative nationale, sans qu'il soit utile, en ce cas, de recourir à la comparaison. Entendant se mêler à ce « grave débat, [...] dégagé de tout intérêt personnel et particulier » – ce qui tendrait là aussi à écarter toute considération nationaliste – Humbert s'engage alors à ne chercher ses inspirations « qu'aux sources de ce qui nous aura paru le raisonnable et le juste ». Or, ces sources sont avant tout nationales et renvoient principalement au grand modèle juridique que constitue le Code de procédure civile de 1806. Ce n'est en effet qu'avec « une grande réserve et une prudente circonspection » que l'auteur accepte de tirer des enseignements ainsi que des emprunts aux « législations des autres », « chaque peuple ayant son génie propre, ses besoins distincts, et ses aspirations particulières ». Surtout, cette autosuffisance – sans doute plus apparente que réelle – provoque une fois de plus un sentiment d'autosatisfaction chez le juriste français : « la législation française, écrit effectivement Humbert, est assez belle dans son ensemble pour que nous ayons quelque droit de nous y complaire ».

A cette *satisfaction* vient se mêler un sentiment de *fierté* qu'éprouve la doctrine juridique française parce qu'elle a parfaitement conscience que « son » droit est copié à l'étranger.

§2. Un droit copié

La fierté est ici à entendre au sens de l'exaltation du droit français ou, à tout le moins, de ses nombreux modèles juridiques ; il s'agit, autrement dit, de *nationalisme juridique*, lequel interdit – la fierté n'étant pas si éloignée que cela de l'orgueil... – de porter le regard sur le droit des autres nations. A ce titre, le nationalisme juridique peut se manifester – et, par conséquent, être décelé chez les membres de la doctrine juridique française – non seulement au travers de discours explicites et assumés (A) mais également de manière implicite par l'absence totale de références aux textes étrangers, y compris doctrinaux (B).

A. L'importance des discours nationalistes

Dans son article sur le comparatisme en matière commerciale au XIX^e siècle, Jean Hilaire établit un lien de causalité entre, d'un côté, la présence de grands modèles juridiques français

⁹⁸ G. HUMBERT, « Des modifications des lois de la procédure », *Revue pratique de droit français*, t. XXV, 1868, p. 56-112.

– en l'espèce, le Code de commerce de 1807 – et, de l'autre, l'existence d'un certain nationalisme juridique chez la plupart des membres de la doctrine française :

« En ce qui concerne particulièrement le droit commercial, il est vrai que l'enseignement dispensé dans les Ecoles de droit, enseignement dont Pardessus a été l'initiateur, a enfermé la plus grande partie de la doctrine dans une vision glorieuse mais singulièrement rétrécie à partir du Code considéré comme le grand monument législatif »⁹⁹.

Ce qui est vrai en matière commerciale tend à se vérifier dans les autres domaines du droit dans la mesure où, effectivement, les mêmes facteurs – à savoir la présence de modèles juridiques irradiant et éblouissant la doctrine – y sont également présents. Evoquons à nouveau, en ce sens, le cas particulièrement illustratif de Bonnin et de son *Abrégé des principes d'administration* de 1829. Lorsqu'il se pose la question de la méthode à suivre pour la confection d'un éventuel code administratif, ce dernier ne consacre alors pas moins de sept pages¹⁰⁰ au plan du Code civil de 1804 qui fait ainsi l'objet d'une description minutieuse mais surtout de louanges parfaitement assumées :

« Ainsi tout se lie dans ce code des lois civiles françaises ; tout est en harmonie. Chaque idée y découle d'une autre idée, et toutes forment une chaîne de principes et de conséquences dépendant les uns des autres dans l'ordre législatif et dans leurs rapports entre eux »¹⁰¹.

Or, de manière très significative, l'auteur en vient à revendiquer fièrement, dans la foulée, le caractère français de ce grand modèle juridique, rappelant en effet qu'« *il n'appartenait qu'à la nation la plus spirituelle et la plus instruite de l'univers de [...] former un code de lois civiles, pour lequel aucune législation connue ne pouvait servir de modèle. Ce genre de gloire était réservé aux Français seuls* »¹⁰². La formule devait rester célèbre puisque Gustave-Emile Boissonade de Fontarabie (1825-1910) la reprendra explicitement en 1868 dans un article publié à la *Revue pratique de droit français* :

« En France, [...] nous nous laissons bien encore appeler, sans que notre modestie en souffre trop, "*le peuple le plus spirituel de l'univers*" ; nous prétendons aussi n'avoir rien à envier à la puissance et à la prospérité de nos voisins ; nous sommes fiers surtout, et à plus juste titre, de voir nos lois, depuis le commencement de ce siècle, faire l'admiration du monde civilisé, et être partout imitées et appliquées »¹⁰³.

La même année, et au sein de la même revue, Jules Leveillé (1834-1912), alors agrégé à la Faculté de droit de Paris, se penche sur la crise de la Bourse de Paris survenue dans le dernier semestre de 1866 et, plus précisément, en raison de « l'incident du 5 juillet » qui renvoie ici aux premières tensions franco-prussiennes liées à la défaite autrichienne de Sadowa

⁹⁹ J. HILAIRE, « Le comparatisme en matière commerciale au XIX^e siècle », art. cit., p. 128.

¹⁰⁰ C.-J.-B. BONNIN, *Abrégé des principes d'administration*, op. cit., p. 437-444.

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 444.

¹⁰² *Ibid.*, p. 444. Nous soulignons.

¹⁰³ G. BOISSONADE, « Le nouveau Code civil italien comparé au Code Napoléon », *Revue pratique de droit français*, t. XXVI, 1868, p. 67. L'italique est de notre fait.

du 3 juillet précédent. Aussi son article apporte-t-il un éclairage particulièrement intéressant sur l'état d'esprit des juristes français d'avant-guerre :

« L'agrandissement de la Prusse a rompu en Europe l'équilibre des puissances. L'Allemagne se fait sous nos yeux. Contre l'unité italienne nous avons pris une garantie, la barrière des Alpes. Contre l'unité allemande nous devons prendre une autre garantie, la barrière du Rhin. Le monde financier n'ignore pas que l'Empereur servira par tous moyens l'intérêt français, et qu'au cas d'un insuccès définitif de notre diplomatie il n'inclinera pas nos drapeaux devant M. de Bismarck. Si comme citoyens nous acceptons un tel programme, parce que nous sentons qu'il y va de la grandeur du pays, comme hommes d'affaires nous n'avons garde de nous dissimuler les dangers que de telles éventualités traînent après elles. Mais, lorsqu'il s'agit d'atteindre un but national, notre patriotisme s'élève à la hauteur de tous les périls, qu'il envisage sans illusion comme sans faiblesse »¹⁰⁴.

L'on quitte ici en réalité le *nationalisme juridique* – tel qu'a pu l'exprimer Bonnin – pour trouver chez les auteurs de l'extrême fin de cette première période une *autre forme de patriotisme* lié, cette fois-ci, non pas à un modèle juridique mais à un contexte géopolitique particulier. Dans *La crise allemande de la pensée française (1870-1914)*, Claude Digeon emploie à ce titre l'expression de « question allemande » pour désigner « le complexe psychologique créé dans l'opinion française par la formation de l'unité allemande, et entretenu par le voisinage d'un nouvel Empire »¹⁰⁵. Or, dans quelle mesure cette question allemande a-t-elle contribué à la montée d'un patriotisme français ou, en ce qui concerne plus particulièrement les juristes, d'un nationalisme juridique ? En apparence, les Français d'avant-guerre semblent très confiants. L'auteur rappelle en effet que « la France [...] paraît un pays *achevé* et ayant acquis la pleine conscience de cet achèvement »¹⁰⁶ ; cette dernière observation restant au demeurant complètement valable à l'égard des membres de la doctrine juridique française au vu de ce qui a été dit plus haut relativement aux nombreux modèles juridiques que la France propose et dont les juristes disposent. Dès lors, la question de l'unité allemande n'est pas inquiétante pour les Français, elle n'est qu'un « problème théorique : l'Allemagne reste une entité, le patriotisme allemand ne menace à leurs yeux personne, sinon des princes et des grands-ducs d'opérette, parfaitement inutiles et ridicules. Volontiers ces écrivains se défendraient de s'inquiéter et se moqueraient de la manie patriotique »¹⁰⁷.

Seulement, à y regarder de plus près, les Français – et plus spécialement les juristes – sont en réalité peu rassurés. Les *Lettres inédites de juristes français du XIX^e siècle conservées dans les archives et bibliothèques allemandes* d'Olivier Motte sont ici d'un recours particulièrement appréciable. Ainsi par exemple de la correspondance de Bérenger avec le célèbre professeur, déjà rencontré, d'Heidelberg : Carl (ou Karl) Joseph (Josef) Anton Mittermaier (1787-1867), par laquelle l'on apprend que la question allemande agite très tôt – la lettre est datée du 15 février 1859 – les juristes français :

¹⁰⁴ J. LEVEILLE, « Le régime de la Bourse », *Revue pratique de droit français*, t. XXV, 1868, p. 113-114.

¹⁰⁵ C. DIGEON, *La crise allemande de la pensée française (1870-1914)*, Paris, PUF, 1959, p. 1.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 9.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 22.

« Me sera-t-il permis en finissant, de vous parler de la grande question qui occupe dans ce moment tous les esprits ? Je veux dire, de la guerre ! Personne en France ne la veut ; tout le monde la regarde comme la plus grande calamité qui pourroit nous affliger. Notre commerce, notre industrie, ont pris un développement qui s'arrêteroit sur le champ ; et de toutes les parties de l'Empire arrivent à notre Empereur des avis qui l'éclaireront je n'en doute pas, sur les vœux du Pays, et sur le peu d'appui qu'il trouveroit dans l'opinion. Nous avons donc grand espoir que la paix sera maintenue, l'Allemagne doit le désirer autant que nous, et il y a lieu de croire que les négociations diplomatiques suffiront à résoudre les difficultés que l'état de l'Italie pourroit susciter »¹⁰⁸.

Le patriotisme en France, dans les années 1860, ne fait alors aucun doute et les juristes ne constituent pas une exception. Laboulaye lui-même, pourtant véritable pionnier en matière de comparaison juridique¹⁰⁹, éprouvera quelque difficulté à contenir cette foi patriotique et par conséquent, puisque les deux sont liés, son nationalisme juridique, notamment au sein même de la *Société de législation comparée* qu'il fonde en 1869 c'est-à-dire, de façon alors assez surprenante, en présence même de ses homologues étrangers¹¹⁰.

B. L'absence de référence aux auteurs étrangers

En matière de correspondances, « des vingt premières années du siècle, il n'est rien à dire : l'Europe est française, le droit codifié, des facultés l'enseignent, en s'en tenant à sa lettre. Dans une superbe ignorance, le reste n'existe pas »¹¹¹. Or, la même tendance serait à relever relativement aux grands ouvrages de la doctrine juridique française publiés au tout début de cette première période et plus précisément entre 1815 et 1819. Dix publications sont en effet concernées¹¹², lesquelles ne se signalent assurément pas par leur référence – renvois, citations, etc. – aux auteurs étrangers ; excepté, de façon logique, l'œuvre de Constant qui

¹⁰⁸ O. MOTTE, *Lettres inédites de juristes français du XIX^e siècle conservées dans les archives et bibliothèques allemandes*, Bonn, Edition Röhrscheid, t. I, 1989, p. 298.

¹⁰⁹ Cf. *infra.*, p. 197 et s.

¹¹⁰ Cf. *infra.*, p. 277 et s.

¹¹¹ O. MOTTE, *Lettres inédites de juristes français du XIX^e siècle...*, *op. cit.*, t. II, 1990, p. 40 et s.

¹¹² B. CONSTANT, *Principes de politique applicables à tous les gouvernements représentatifs et particulièrement à la constitution actuelle de la France*, Paris, A. Eymery, 1815 ; F. GUIZOT, *De la souveraineté et des formes de gouvernement : essai destiné à la rectification de quelques principes politiques*, Paris, Le Normant, 1816 ; J.-G. LOCRE, *Esprit du Code de procédure civile ou Conférence du Code de procédure avec les discussions du Conseil, les observations du Tribunal, les exposés de motifs, les discours des orateurs du Tribunal*, Paris, imprimerie de P. Didot, 1816 ; E.-N. PIGEAU, *Cours élémentaire des codes pénal et d'instruction criminelle*, Paris, Nêve, 2^e éd., 1817 ; E. AIGNAN, *De la justice et de la police ou examen de quelques parties de l'instruction criminelle, considérées dans leur rapport avec les mœurs et la sûreté des citoyens : ou Examen de quelques parties de l'instruction criminelle, considérées dans leur rapport avec les mœurs et la sûreté des citoyens*, Paris, Plancher et Delaunay, 1817 ; A.-M.-M.-T. BERENGER, *De la justice criminelle en France...*, *op. cit.* ; L. M. LAHAYE CORMENIN, *Du Conseil d'Etat envisagé comme conseil et comme juridiction sous notre monarchie constitutionnelle*, Paris, Pillet, 1818 et J.-B. SIREY, *Jurisprudence du Conseil d'Etat, ou Recueil des Décisions, Arrêts et Actes du Conseil d'Etat, sur le contentieux de l'administration, les conflits et les autres matières administratives, - contenant l'exposé sommaire de la question, le point de fait, l'analyse des moyens des parties et le texte de la décision, avec des tables à chaque volume, classant sur le tout par ordre des matières*, Paris, Cour de Harlai, 1818 ; L.-A. MACAREL, *Eléments de jurisprudence administrative, extraits des décisions rendues par le conseil d'état en matière contentieuse*, Paris, Dondey-Dupré, 1818 ; B. CONSTANT, *Collection complète des ouvrages publiés sur le gouvernement représentatif et la constitution actuelle de la France, formant une espèce de cours de politique constitutionnelle*, Paris, P. Plancher, 4 t., 1818-1820.

constitue effectivement une *Collection complète des ouvrages publiés sur le gouvernement représentatif et la constitution actuelle de la France*. Ainsi, bien qu'il ait pu être précédemment qualifié de comparatiste véritable, Béranger, dans sa *Justice criminelle* de 1818, ne donne pourtant aucune bibliographie pas plus qu'il ne s'aide des productions doctrinales étrangères alors même que des développements entiers – des Sections – se consacrent au « Jury anglais », au « Jury tel qu'il est aux états unis de l'Amérique septentrionale » ou encore à la « Procédure criminelle aux Etats-Unis ». Autrement dit, si une partie de ces auteurs ne reste pas muette sur certains points de droit étranger – raison pour laquelle ces derniers peuvent se retrouver également dans les développements ultérieurs –, elle reste néanmoins très *silencieuse* quant aux doctrines étrangères.

« Puis, après cette période de silence [...], brusquement, en 1819, avec la fondation de la *Thémis*, tout change »¹¹³. C'est en effet cette année-là que Jourdan, auteur sur lequel nous allons plus longuement revenir lorsque sera abordée la question du cercle restreint des pionniers de la comparaison juridique¹¹⁴, rassemble autour de lui plusieurs jeunes juristes¹¹⁵ dans le but de « faire connaître l'état actuel de la science du droit, seconder les progrès de cette science, et contribuer au perfectionnement de la législation »¹¹⁶. Dans le plan de l'ouvrage, les rédacteurs du recueil périodique indique à ce titre que chacune des livraisons de la *Thémis* est divisée en quatre parties dont la première doit notamment se consacrer à « l'histoire des modifications faites à nos Codes dans les pays où ils ont été introduits »¹¹⁷ – ce qui revient en réalité à se poser la question du *devenir* des grands modèles juridiques français – ; étant alors précisé que « des correspondances ont été établies, à cet effet, avec plusieurs jurisconsultes des pays étrangers »¹¹⁸ sous l'impulsion incontestable, là encore, de Jourdan, lequel échangeait d'ailleurs régulièrement avec des professeurs allemands tel Mittermaier ou Leopold August Warnkönig (1794-1866).

Ces communications franco-allemandes et, plus généralement, la volonté des rédacteurs de la *Thémis* de propager les idées allemandes en matière d'étude et d'enseignement du droit se sont en réalité heurtées à « des préventions aveugles, à de vives oppositions voire à des haines féroces »¹¹⁹. Une fois encore, le patriotisme guette. En effet,

« la question divisa les juristes français en deux camps ; les uns voyant dans la science juridique allemande un modèle qu'on ne pouvait trop s'efforcer d'imiter, les autres, *les plus nombreux*, la considérant "comme une sorte de monstruosité dont une sévère critique devait se hâter de faire justice". Aussi les rédacteurs de la *Thémis* eurent-ils souvent à répondre de la "terrible accusation de germanisme" qui fut opposé à tous ceux qui se tournaient vers l'Allemagne »¹²⁰.

¹¹³ O. MOTTE, *loc. cit.*

¹¹⁴ Cf. *infra.*, p. 113 et s.

¹¹⁵ Le titre complet de la revue étant : « *Thémis ou bibliothèque du jurisconsulte ; par une réunion de magistrats, de professeurs et d'avocats* ».

¹¹⁶ *Thémis*, t. I, 1819, p. 5.

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 5.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 5.

¹¹⁹ O. MOTTE, *loc. cit.*

¹²⁰ *Ibid.*, p. 40 et s. Nous soulignons.

Là se trouve sans doute une autre explication quant au relatif silence observé par les juristes français à l'égard de leurs homologues d'outre-Rhin.

De manière beaucoup plus générale, quelques ouvrages peuvent être évoqués à titre d'exemples. Dans les *Principes*, déjà cités, de Chauveau, l'auteur tient à présenter une liste des principaux écrits qui ont paru de 1818 à 1840 relativement au Conseil d'Etat¹²¹ – modèle juridique français s'il en est¹²² – et qui ne contient dès lors aucune publication étrangère. De même, dans sa note bibliographique qu'il donne à la fin de son *Cours de droit public et administratif*¹²³, Firmin Laferrière ne renvoie qu'à des auteurs exclusivement français et notamment « à la collection de M. Duvergier, en 38 vol. »¹²⁴. En droit civil, il est possible de rapprocher l'*Explication sommaire du livre premier du code Napoléon et des lois accessoires* (1859) de Valette¹²⁵ avec de nombreux autres ouvrages de « civilistes » français tels que le *Recueil général des lois et des arrêts, en matière civile, criminelle, commerciale et de droit public* de Sirey¹²⁶, le *Cours de Code civil* de Demolombe¹²⁷ ou encore le *Cours de droit civil français* d'Aubry et Rau¹²⁸ mais une telle filiation est rendue impossible en ce qui concerne la bibliographie étrangère dans la mesure où cette dernière n'est pas utilisée par l'auteur. De manière sans doute plus étonnante, en raison de la nature même du droit commercial, l'on trouve également au sein des ouvrages de la doctrine commercialiste française des bibliographies totalement hermétiques aux auteurs étrangers. Ainsi des *Répétitions écrites sur le Code de commerce* d'Hippolyte-Féréol Rivière¹²⁹ (1818-1892), lequel propose en effet sur deux pages entières une bibliographie composée de traités généraux et spéciaux parmi lesquels ne figurent alors aucun traité de commercialiste étranger¹³⁰.

Enfin, en ce qui concerne les revues juridiques, il semble possible de distinguer pour certaines d'entre elles des périodes de relative fermeture aux droits et aux juristes étrangers ou, du moins, d'ethnocentrisme juridique. La *Revue étrangère de législation et d'économie politique* en offre un exemple. Fondée en 1834 par un avocat à la Cour royale de Paris – Jean-Jacques-Gaspard Foelix (1791-1853) – dont elle prendra effectivement le nom, cette revue semble vouloir se démarquer des autres périodiques juridiques jusqu'ici publiés en entendant se consacrer exclusivement aux droits étrangers, considérant en effet qu'« il existe assez de

¹²¹ A. CHAUX, *Principes de compétence et de juridictions administratives*, op. cit., p. 28-32.

¹²² Cf. *supra*., p. 3 et s.

¹²³ F. LAFERRIERE, *Cours de droit public et administratif*, Paris, Joubert, 2^e éd., 1841-1846.

¹²⁴ Il s'agit plus exactement de Jean-Baptiste Duvergier (1792-1872) et de sa *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements, et avis du Conseil d'Etat*, Paris, A. Guyot et Scribe, 38 t., 1824-1838.

¹²⁵ A. VALETTE, *Explication sommaire du livre premier du code Napoléon et des lois accessoires*, Paris, Marescq Ainé, 1859.

¹²⁶ Fondé en 1800 par Sirey, le *Recueil général* sera continué en 1831 par Jean Esprit Marie Pierre Lemoine de Villeneuve (1790-1859) jusqu'à sa mort en 1859, année de publication de l'*Explication sommaire* de Valette.

¹²⁷ Sans plus de précision sur l'édition, Valette précise qu'il s'agit des huit premiers volumes édités entre 1845 et 1851.

¹²⁸ Valette se réfère ici aux volumes de la troisième édition publiés entre 1856 et 1858.

¹²⁹ H.-F. RIVIERE, *Répétitions écrites sur le Code de commerce*, Paris, A. Marescq Ainé, 3^e éd., 1860.

¹³⁰ *Ibid.*, p. 13-14.

recueils qui [s'occupent de la législation française] »¹³¹. Pourtant, trois ans seulement après sa fondation, la revue change de titre et se fait désormais appeler « Revue étrangère et française de législation et d'économie politique » ; le Comité de direction ayant effectivement décidé d'augmenter le cadre du périodique au profit de « la discussion des questions les plus importantes du droit français et de l'économie politique en France »¹³². En 1840, ce repli vers le droit national semble se confirmer par un deuxième changement de titre – celui de « Revue étrangère et française de législation, de jurisprudence et d'économie politique » – qui laisse alors deviner la place non négligeable désormais accordée au sein des colonnes de la revue pour les commentaires d'arrêt (ceux de la Cour de cassation par exemple) ou encore pour les explications des articles du Code civil de 1804 bien souvent rédigées sous la forme de cas pratiques posés et proposés par les contributeurs français. De fait, à compter de cette date, les articles portant exclusivement sur le droit français – interprétation d'une disposition du Code civil, étude d'une jurisprudence, discussion théorique, etc. – se multiplient et par ailleurs s'allongent, ce qui a nécessairement pour résultat la diminution du nombre de contributions relatives aux législations étrangères et notamment celles provenant de collaborateurs étrangers. Enfin, en 1844, le troisième et dernier changement de titre du périodique est encore plus significatif puisqu'il s'agit désormais d'une *Revue de droit français...et étranger*¹³³.

Les modèles juridiques de la France ont, par leur nombre et par leur grandeur, largement occupé le champ doctrinal français ; parfois même jusqu'à le saturer complètement. Mais le poids de ces modèles se manifeste également autrement : par l'adoption d'une méthode interprétative se voulant proche du texte, la méthode exégétique.

¹³¹ J.-J.-G. FÉLIX, « Du système et de l'objet du Journal », *Revue étrangère de législation et d'économie politique*, t. I, 1834, p. 6.

¹³² *Revue étrangère et française de législation et d'économie politique*, t. III, 1837, p. 1.

¹³³ Ce qui ne signifie pas par conséquent la fin de l'utilisation des droits étrangers par les contributeurs français de cette revue (sur ce point, cf. *infra.*, p. 209 et s.) ni même celle de la participation des collaborateurs étrangers.

Section 2 – Le poids des méthodes d’enseignement et de rédaction

Assurément, il y aurait beaucoup à dire sur la méthode exégétique employée par les membres de la doctrine juridique française au XIX^e siècle comme tendent à le prouver d’ailleurs les nombreuses études déjà publiées à ce sujet et auxquelles nous renvoyons¹³⁴. Dans le cadre de cette étude, il s’agira plus modestement de mesurer le poids de l’exégèse, tant chez les civilistes français (§1) que chez les spécialistes des autres branches du droit (§2), au regard de l’utilisation par ces mêmes juristes de textes de droits étrangers.

§1. L’exégèse en droit civil

C’est avec le Code civil de 1804 qu’est apparue ce qui a longtemps été convenu d’appeler « l’Ecole de l’Exégèse » (A). Alors réputés extrêmement fidèles à l’œuvre de Napoléon, les civilistes exégètes auraient ainsi négligé les textes de droit étranger dans leurs études pour la connaissance du droit civil (B).

¹³⁴ La liste ne peut évidemment pas être exhaustive : M.-A. MAILHER DE CHASSAT, *De l’interprétation des lois*, Paris, Antoine Bavoux, 2^e éd., 1825 ; C. WEISS, « Des présomptions d’intention dans l’interprétation des lois », *Revue historique de droit français et étranger*, t. VI, 1860, p. 159-170 ; B. BEIGNIER, « La conscience du juge dans l’application de la loi au début du XIX^e siècle. La jurisprudence au temps de l’exégèse », *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, sous la dir. de J.-M. CARBASSE et L. DEPAMBOUR-TARRIDE, Paris, PUF, 1999, p. 277-291 ; J. BONNECASE, *L’école de l’Exégèse en droit civil, les traits distinctifs de sa doctrine et de ses méthodes d’après la profession de foi de ses plus illustres représentants*, Paris, E. de Boccard, 1924 ; J. CHARMONT et A. CHAUSSE, « Les interprètes du Code civil », *Le Code civil 1804-1904*, Paris, Arthur Rousseau, t. I, 1904, p. 131-172 ; A. DESRAYAUD, « Ecole de l’Exégèse et interprétations doctrinales de l’article 1137 du Code civil », *R.T.D. Civ.*, 1993, p. 535-549 ; P. DUBOUCHET, « L’Ecole de l’Exégèse et la science du droit », *Revue de la recherche juridique, Droit prospectif*, 1986-2, p. 209-229 ; E. GAUDEMET, *L’interprétation du Code civil en France depuis 1804*, Paris, Librairie du recueil Sirey, 1935 ; F. GENY, *Méthode d’interprétation et sources en droit privé positif, Essai critique*, Paris, L.G.D.J., 3^e éd., 2 t., 1932 ; N. HAKIM, *L’autorité de la doctrine civiliste française au XIX^e siècle, op. cit.* ; N. HAKIM, « De l’esprit et de la méthode des civilistes de la seconde moitié du XIX^e siècle. L’exemplarité de Claude Bufnoir », art. cit. ; J.-L. HALPERIN, *Histoire du droit privé français depuis 1804, op. cit.* ; P. JESTAZ et C. JAMIN, *La doctrine, op. cit.* ; P. REMY, « Eloge de l’Exégèse », *Droits, Revue française de théorie juridique*, t. I, 1985, p. 115-123 ; P. REMY, « Le rôle de l’Exégèse dans l’enseignement du droit au XIX^e siècle », *Annales d’histoire des Facultés de droit et de la science juridique*, n° 2, 1985, p. 91-105 ; J. POUMAREDE, « Défense et illustration de la coutume au temps de l’Exégèse », *La Coutume et la Loi*, sous la dir. de C. JOURNES, Lyon, PUL, 1986, p. 95-112 ; M. XIFARAS, « L’Ecole de l’Exégèse était-elle historique ? Le cas de Raymond-Théodore Troplong (1795-1869), lecteur de Friedrich Carl von Savigny », *Influences et réceptions mutuelles du droit et de la philosophie en France et en Allemagne*, sous la dir. de J.-F. KERVEGAN et H. MOHNHAUPT, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 2001 ; S. BLOQUET, *La loi et son interprétation à travers le Code civil (1804-1880)*, Thèse, Droit, Paris, 2011.

A. Le Code civil de 1804 et les exégètes

Il faut partir du constat que dresse André-Jean Arnaud :

« Le Droit recouvre, dans [la première moitié du XIX^e siècle], des domaines non encore complexes et non encore diversifiés, bien que divers. Le Droit est une discipline, *une* et *totale*. *Une* : il est rattaché tout entier au Droit civil, et toute matière qui prétend à l'autonomie doit d'abord s'affirmer comme telle *contre* le Droit civil, sous peine de passer pour n'en être qu'une excroissance [...]. *Totale* : le Droit civil prétend à la totalité, et les civilistes se battent pour que tout le Droit se ramène à leur discipline qui contient les prémisses et les fondements de tout le Droit qui est, par essence, réglementation des actes entre individus en vue d'une vie paisible en société »¹³⁵.

Ce combat se livre notamment au sein des facultés où la plupart des doyens – civilistes – s'opposent en effet vigoureusement aux diverses réformes relatives à l'enseignement du droit au profit des autres disciplines. C'est à ce titre, par exemple, que Delvincourt obtient satisfaction dans son refus de l'ordonnance du 24 mars 1819, laquelle doublait le nombre des cours et, surtout, accordait une large place au droit public général, au droit administratif, au droit des gens, etc¹³⁶.

Or, c'est à une *méthode singulière d'enseignement du droit* qu'ont recours les professeurs de droit civil : la *méthode exégétique*. De quoi s'agit-il ? « Quand les juristes français parlent de "l'exégèse" sans autre précision, ils entendent désigner ainsi soit l'exploration du code, soit la période marquée par cette exploration, soit même l'ensemble de ceux qui s'y sont livrés »¹³⁷. Arrêtons-nous tout d'abord sur le premier sens. L'exploration du code civil par les professeurs entend avant tout répondre à une exigence politique : placées sous l'autorité du ministère de la Justice, les écoles de droit, réorganisées par l'Empire en 1804 (elles avaient été supprimées en 1793), ont en effet pour mission d'assurer la formation des gens de robe pour qui la promulgation du Code Napoléon a constitué un véritable bouleversement. Il a donc fallu s'entendre rapidement sur la méthode d'enseignement du droit civil que le Code de 1804 venait cristalliser et plus particulièrement sur les règles d'interprétation de la loi lorsque celle-ci devenait obscure. Très tôt, « une partie de la doctrine propos[e] de recourir aux règles d'interprétation des contrats, c'est-à-dire principalement à l'article 1156, qui impos[e] au juge de rechercher "la commune intention des parties contractantes". Un parallélisme [est] donc dressé entre l'interprétation de la loi publique et celle du contrat, car chacune repos[e] sur une recherche de volonté »¹³⁸. Certains auteurs vont même jusqu'à plaider en faveur d'une interprétation exégétique de la loi encore plus stricte que celle alors mise en œuvre en matière contractuelle. Pour ces derniers, le sens d'une

¹³⁵ A.-J. ARNAUD, *Les juristes face à la société du XIX^e siècle à nos jours*, Paris, PUF, 1975, p. 70 et s.

¹³⁶ P. JESTAZ et C. JAMIN, *La doctrine*, op. cit., p. 76 et s.

¹³⁷ *Ibid.*, p. 72.

¹³⁸ S. BLOQUET, *La loi et son interprétation à travers le Code civil (1804-1880)*, op. cit., p. 382.

disposition du Code ne peut être recherché en effet que dans la lettre de celle-ci ; l'interprète allant jusqu'à devenir l' « esclave du texte qui lui est soumis »¹³⁹ !

Cette position a valu aux exégètes du XIX^e siècle une réputation d'auteurs qui se seraient « abîmés dans une lecture littérale et desséchante du code civil »¹⁴⁰. Il est vrai que pour découvrir la volonté du législateur, de façon analogique, de nombreux jurisconsultes s'arrêtent aux travaux préparatoires du Code civil, négligeant notamment – à première vue du moins – la jurisprudence. Plus exactement, les décisions judiciaires ne font l'objet, au début du siècle, d'aucun commentaire mais les civilistes y ont uniquement recours pour illustrer les dispositions du Code de 1804 et ainsi mieux expliquer le sens de ces dernières. Comme le résume finalement Sylvain Bloquet, « la jurisprudence paraissait au service exclusif de la loi »¹⁴¹. Il faut néanmoins se garder de ne retenir des civilistes français du début du XIX^e siècle que cette seule application étroite de la méthode exégétique et littérale de la loi. En effet, de nombreux professeurs continuent de combler les lacunes du Code civil par les solutions de l'ancienne jurisprudence voire, pour certains d'entre eux, par les arrêts et les jugements rendus depuis 1804 ou encore par l'observation des règles de l'ancien droit (les coutumes et les usages), du droit romain et du droit naturel¹⁴². En définitive, deux méthodes d'interprétation coexistent au début du XIX^e siècle : celle correspondant à une conception étroite de l'exégèse selon laquelle l'interprète doit rester lié à la lettre du texte et celle répondant à une conception plus large, qui autorise au contraire le dépassement de la lettre du texte interprété¹⁴³.

Adossés à « l'incontournable Code civil de 1804 »¹⁴⁴, les civilistes français du XIX^e siècle ne constituent assurément plus une doctrine réfléchissant *en amont* d'un grand modèle juridique mais bien une doctrine « qui ne raisonne plus qu'*en aval* du code, même quand [elle] prétend vouloir s'en échapper : sitôt formulées quelques réflexions générales, les auteurs en viennent à la présentation du code civil, laquelle s'inscrit au fond dans une tradition positiviste »¹⁴⁵. Or, comme cela a été indiqué précédemment, cette lecture du Code Napoléon a pu donner lieu à deux méthodes d'interprétation ou, plus exactement, à la méthode exégétique d'interprétation de la loi entendue de façon plus ou moins large¹⁴⁶. Ainsi *l'exégèse est-elle pratiquée par les juristes français de la première moitié du XIX^e siècle en tant que méthode d'enseignement du droit* et ce – insistons une fois de plus sur ce point –

¹³⁹ M.-A. MAILHER DE CHASSAT, *De l'interprétation des lois*, op. cit., p. 263.

¹⁴⁰ P. JESTAZ et C. JAMIN, *La doctrine*, op. cit., p. 73.

¹⁴¹ S. BLOQUET, *La loi et son interprétation à travers le Code civil (1804-1880)*, op. cit., p. 394.

¹⁴² *Ibid.*, p. 402 et s.

¹⁴³ Pour cette raison, il faut également être prudent quant à l'affirmation de l'existence d'une *Ecole de l'Exégèse*. Philippe Jestaz et Christophe Jamin rappellent en effet que « l'exégèse n'a jamais été pour [les explorateurs du Code civil] un drapeau ni un idéal. Elle est tout au plus un point de départ obligé, car enfin comment procéder autrement quand on se trouve en présence d'un texte neuf, surtout de cette importance ? » (P. JESTAZ et C. JAMIN, *loc. cit.*).

¹⁴⁴ Cf. *supra.*, p. 2 et s.

¹⁴⁵ P. JESTAZ et C. JAMIN, *La doctrine*, op. cit., p. 90. Nous soulignons.

¹⁴⁶ Cette divergence de conceptions semble par conséquent rejeter l'idée d'une « Ecole » et c'est la raison pour laquelle, d'ailleurs, Philippe Jestaz et Christophe Jamin préfèrent parler d' « école du code » (*Ibid.*, p. 73).

conformément aux exigences initialement issues de l'Empire. En effet, l'article 2 du Titre premier de la loi du 22 ventôse an XII relative aux Ecoles de droit venait fixer, en trois volets, les matières qui devaient y être enseignées, à commencer par « le droit civil français, *dans l'ordre établi par le Code civil*, les éléments du droit naturel et du droit des gens, et le droit romain dans ses rapports avec le droit français » puis « le droit public français, et le droit civil dans ses rapports avec l'administration publique » et enfin « la législation criminelle et la procédure civile et criminelle ». « Dans cette perspective, l'étude principalement exégétique du Code civil se comprenait d'abord dans une optique pédagogique »¹⁴⁷. Le fait est tellement vrai qu'il suscite par ailleurs de nombreuses critiques de la part d'auteurs civilistes que nous avons retenus et qui se sont exprimés à ce sujet entre 1815 et 1869. Ainsi de Klimrath qui, dès la première page de son *Essai sur l'étude historique du droit et son utilité pour l'interprétation du Code civil* de 1833, qualifie cette manière d'enseigner le droit de

« méthode déplorable, [qui] réduit le Droit à n'être plus qu'une pure affaire de mémoire, afin de retenir les dispositions de la loi, et une simple interprétation grammaticale et logique, afin d'argumenter subtilement des cas prévus aux cas pour lesquels il manque une solution légale »¹⁴⁸.

Rossi confirme à son tour :

« La méthode exégétique est assez généralement décriée de nos jours. On est disposé à la regarder comme la ressource de l'empirisme qui ne sait pas s'élever à des principes, et qui s'arrête à la lettre de la loi au lieu d'en saisir l'esprit. En effet, la vérité est que la méthode exégétique remonte au temps de l'enfance des études dans la nouvelle période de la civilisation. Prendre pour texte un livre de lois, un recueil d'aphorismes, une collection de canons, ou un livre quelconque jouissant d'une grande célébrité, et l'expliquer par des gloses, telle était également la méthode des théologiens, des médecins, des littérateurs, des jurisconsultes. Nous sommes loin de partager l'avis de ceux qui aujourd'hui même ne suivent dans leur enseignement que la méthode exégétique »¹⁴⁹.

Finalement, ces critiques témoignent d'une réalité : celle de l'application de la méthode exégétique par les professeurs de droit civil dont les cours donnent lieu, bien souvent, à des productions doctrinales ayant pour titre « *Cours de Code civil* » ou « *Cours de Code Napoléon* »¹⁵⁰. En ce sens, la méthode exégétique devient aussi une *méthode de rédaction* très largement répandue. Or, que les auteurs retiennent une conception large ou étroite de l'exégèse, cette dernière ne semble absolument pas encourager le recours aux textes de droit étranger.

¹⁴⁷ S. BLOQUET, *La loi et son interprétation à travers le Code civil (1804-1880)*, op. cit., p. 412. L'auteur précise, à la même page : « En outre, l'article 70 du décret du 2 septembre 1804 précisait que "pendant une partie de leurs leçons, les professeurs dicteront des cahiers que les étudiants seront tenus d'écrire eux-mêmes. Les professeurs expliqueront et développeront verbalement, dans chaque leçon, le texte qu'ils auront dicté" ».

¹⁴⁸ H. KLIMRATH, *Essai sur l'étude historique du droit et son utilité pour l'interprétation du Code civil*, Strasbourg, imprimerie de F.-G. Levrault, 1833, p. 1.

¹⁴⁹ P. ROSSI, *Mélanges d'économie politique d'histoire et de philosophie*, Paris, Guillaumin et C^{ie}, t. II, 1857, p. 390-391.

¹⁵⁰ Citons par exemple : C.-E. DELVINCOURT, *Cours de Code civil*, Bruxelles, P. J. De Mat, 8 t., 1827 ; A. DURANTON, *Cours de droit français suivant le Code civil*, Paris, G. Thorel, E. Guilbert, 4^e éd., 22 t., 1844 ou encore A.-M. DEMANTE, *Cours analytique de Code civil*, Paris, G. Thorel puis Plon frères, 9 t., 1849-1884.

B. Les exégètes et les textes de droit étranger

Plus d'un auteur sur deux – vingt-neuf ouvrages sur quarante-sept publiés en droit civil entre 1815 et 1869 – semblent rester silencieux du point de vue de la circulation des textes de droit étranger¹⁵¹. Parmi eux, nombreux sont ceux qui ont été qualifiés d'« exégètes ». A ce titre, une historiographie officielle – aujourd'hui quelque peu remise en cause¹⁵² – propose de découper l'histoire de l'*Ecole de l'Exégèse* en plusieurs phases, généralement au nombre de trois, et correspondant en fait à une triple génération de civilistes¹⁵³. La première est celle des pionniers de l'*Ecole*, nés avant la Révolution et constituant dès lors les premiers interprètes du Code civil¹⁵⁴. Proudhon est l'un d'eux. Né en 1750, en Franche-Comté, celui qui deviendra en 1809 doyen de l'Ecole de droit de Dijon commence par suivre pendant quatre ans des cours de théologie au grand séminaire de Besançon avant de « faire son droit » jusqu'au doctorat, en 1789. Restant néanmoins attaché à ses convictions religieuses, il manque d'être révoqué de sa chaire qu'il occupe en tant que professeur de législation et de jurisprudence à l'Ecole centrale du Doubs. Par la suite, un décret impérial le nomme « professeur de code civil » en 1806 à l'Ecole de droit de Dijon dont il assure effectivement la direction trois ans plus tard. Bonapartiste convaincu – l'Empereur avait d'ailleurs imposé son nom pour la chaire de droit civil –, Proudhon se voit enlever son décanat et est suspendu de ses fonctions de professeur par un arrêté de la commission de l'Instruction publique, le 9 novembre 1815. Il retrouve cependant ses fonctions de professeur l'année suivante et est réintégré en tant que doyen le 31 juillet 1818¹⁵⁵. Il meurt en 1838¹⁵⁶.

Un temps considéré comme « un des premiers apôtres de la méthode exégétique »¹⁵⁷, Proudhon étudie en effet le Code civil en le comparant avec lui-même¹⁵⁸, optant de ce fait pour une conception plutôt étroite de l'exégèse¹⁵⁹ c'est-à-dire pour une méthode

¹⁵¹ Cf. Tableau 1, dans la partie Annexes, p. 519.

¹⁵² Lire, par exemple : N. HAKIM, « De l'esprit et de la méthode des civilistes de la seconde moitié du XIX^e siècle. L'exemplarité de Claude Bufnoir », art. cit.

¹⁵³ Consulter notamment les auteurs déjà cités : J. CHARMONT et A. CHAUSSE, « Les interprètes du Code civil », art. cit. ; J. BONNECASE, *L'école de l'Exégèse en droit civil...*, op. cit. ; F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif...*, op. cit. et E. GAUDEMET, *L'interprétation du Code civil en France depuis 1804*, op. cit.

¹⁵⁴ A ce titre, sont régulièrement cités Philippe Merlin (1754-1838), Jourdan, Klimrath, Toullier, Delvincourt, Duranton ou encore Troplong.

¹⁵⁵ Sur cet épisode, cf. *infra*, p. 61-62.

¹⁵⁶ Sur ces éléments biographiques : J.-L. HALPERIN, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, op. cit., p. 61 ; P. JESTAZ et C. JAMIN, *La doctrine*, op. cit., p. 75-76.

¹⁵⁷ J.-L. HALPERIN, *loc. cit.*

¹⁵⁸ « C'est [...] dans le Code civil qu'il faut étudier le Code civil. Le comparer avec lui-même et avec les autres Codes qui l'ont suivi, pour nous en pénétrer ; le comparer avec lui-même en l'enseignant aux autres, telle est la tâche que nous nous sommes efforcés de remplir » (J.-B.-V. PROUDHON, *Traité sur l'état des personnes et sur le titre préliminaire du Code civil*, Dijon, Victor Lagier ; Paris, Joubert, 3^e éd., t. I, 1842, p. xii-xiii).

¹⁵⁹ Sur ce point, cf. *supra*, p. 43.

d'interprétation juridique davantage centrée sur la lettre des dispositions du Code de 1804¹⁶⁰. Aussi, pour prendre l'exemple de son *Traité du domaine de propriété, ou de la distinction des biens considérés principalement par rapport au domaine privé* (1839), n'est-il nullement question de comparaison. Tout juste indique-t-il l'ouvrage de « l'un des plus illustres professeurs de l'Allemagne »¹⁶¹, le *Cours de droit civil français* de l'Heidelbergeois Karl Salomo Zachariæ von Lingenthal (1769-1843) traduit par Aubry et Rau.

La deuxième phase de « l'Ecole de l'Exégèse » renvoie à une nouvelle génération d'auteurs nés cette fois-ci entre le début de la Révolution et la fin de l'Empire, elle correspond à ce qui aurait alors été l'apogée de « l'Ecole ». Bien que sujet à discussion¹⁶², Taulier peut ici être cité. Né en 1806¹⁶³, ce juriste se distingue avant tout par les nombreuses fonctions qu'il a pu assurer : avocat mais aussi maire de Grenoble de 1845 à 1848 puis de 1849 à 1851, il est aussi doyen de la Faculté de droit de cette même ville. Ecartant le droit romain et l'ancien droit et se méfiant de la jurisprudence, « [Taulier] apparaît, à première vue, comme un incondtionnel de l'Exégèse »¹⁶⁴. Il est en tout cas certain que ce professeur n'a pas entendu se livrer pleinement à la comparaison ni même se référer à des textes de droit étranger dans sa pourtant volumineuse *Théorie raisonnée du Code civil*¹⁶⁵.

Un autre avocat (près la Cour de cassation) doit être cité en la personne de Marcadé, auteur d'une *Explication théorique et pratique du code Napoléon* qui connaîtra un franc succès¹⁶⁶. A l'instar de Taulier, Marcadé entend en effet se cantonner à l'explication du Code de 1804 dont il n'hésite d'ailleurs pas à critiquer certains aspects¹⁶⁷. Surtout, cet exégète se signale par ses attaques, souvent virulentes, à l'encontre de ses contemporains¹⁶⁸. L'une d'elles, adressée nominativement à Toullier, fait très clairement ressortir le sentiment de « complaisance juridique »¹⁶⁹ – dont la conception étroite de l'exégèse n'est en fait que l'expression – que peuvent éprouver certains juristes français de cette première période en raison de la qualité de (grand) modèle juridique que revêt le Code civil et qui, bien que perfectible, les libère du *besoin de recourir à l'étranger*. Lorsqu'en effet Marcadé commente l'article 350 du Code

¹⁶⁰ Même si Sylvain Bloquet rappelle que « pour autant, l'étude de l'esprit de la législation prévalait sur une étroite exégèse du texte légal » chez Proudhon (S. BLOQUET, *La loi et son interprétation à travers le Code civil (1804-1880)*, op. cit., p. 386 et s.).

¹⁶¹ J.-B.-V. PROUDHON, *Traité du domaine de propriété, ou de la Distinction des biens considérés principalement par rapport au domaine privé*, Dijon, V. Lagier, t. I, 1839, p. 108.

¹⁶² N. HAKIM, *L'autorité de la doctrine civiliste française au XIX^e siècle*, op. cit., p. 130.

¹⁶³ Il meurt en 1861.

¹⁶⁴ J.-L. HALPERIN, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, op. cit., p. 68.

¹⁶⁵ F. TAULIER, *Théorie raisonnée du Code civil*, Grenoble, Prudhomme / Paris, Videcoq, A. Delhomme, 7 t., 1840-1848.

¹⁶⁶ Sur cet auteur : N. HAKIM, V^o « Marcadé », *Dictionnaire historique des juristes français xii^e-xx^e siècle*, sous la dir. de P. ARABEYRE, J.-L. HALPERIN et J. KRYNEN, Paris, PUF, 1^{ère} éd., 2007, p. 537-538.

¹⁶⁷ J.-L. HALPERIN, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, op. cit., p. 69.

¹⁶⁸ Le titre complet de son œuvre est à lui seul significatif : « *Éléments du droit civil français ou Explication méthodique et raisonnée du Code civil accompagnée de la critique des auteurs et de la jurisprudence et suivie d'un résumé à la fin de chaque titre* » (2^e éd., 1844).

¹⁶⁹ Cf. *supra.*, p. 32 et s.

civil, il pose la question de la capacité d'un adopté à faire réduire les donations dépassant la quotité disponible et y répond alors clairement par l'affirmative, alléguant la clarté de la règle posée¹⁷⁰. Aussi est-il étonné de la position de Toullier, qui veut que

« en présence des ascendants du père adoptif, l'adopté, au lieu de prendre la totalité, comme le ferait un enfant légitime, ne prenne que la moitié, à l'instar d'un frère (art. 748 et 915), pour laisser un quart à l'ascendant le plus proche de chaque ligne ! Il appuie cette décision sur l'autorité d'un texte, très positif, en effet, du *Code prussien* ! »¹⁷¹.

Et Marcadé de répondre finalement :

« Nous n'avons pas besoin de répondre à tout ceci : *nous n'avons pas besoin de nous inquiéter, soit du Code prussien, soit des systèmes contradictoires* que chaque auteur a arrangés selon ses goûts particuliers ; *il nous suffit de dire, le Code à la main (le Code français) : "L'enfant adoptif a vis-à-vis de l'adoptant les mêmes droits héréditaires que l'enfant né en mariage"*. Ainsi, l'enfant né en mariage a le droit, malgré la présence d'ascendants, de prendre la totalité des biens ; donc l'enfant adoptif pourra prendre la totalité »¹⁷².

Né l'année de la Révolution, Demante est lui aussi régulièrement présenté comme étant l'un des auteurs dits « classiques » de l'exégèse. Longtemps avocat (il exerce pendant seize ans), il obtient une suppléance puis une chaire en 1821. Professeur, il est également législateur puisqu'il est élu à l'Assemblée constituante en 1848 puis à l'Assemblée nationale (il présidera notamment la commission de réforme du régime hypothécaire, avant de décéder en 1856¹⁷³). En pur exégète, Demante affirme que « l'enseignement d'une législation quelconque doit prendre pour base le texte même de la loi »¹⁷⁴ ; aussi n'utilise-t-il pas les textes de droit étranger dans son *Cours analytique de Code civil* qu'il publie entre 1849 et 1855 et qui sera ensuite poursuivi par Edouard Colmet de Santerre (1821-1903).

Enfin, la troisième phase est celle de Charles Beudant (1829-1895), Claude Bufnoir (1832-1898), Saleilles, Gény, Marcel Planiol (1853-1931), René Demogue (1872-1938) ou encore Henri-Lucien Capitant (1865-1937) c'est-à-dire celle des auteurs nés, pour la plupart, après 1850 et formant alors l'*Ecole scientifique*. Autrement dit, cette dernière phase serait

¹⁷⁰ « [...] Si, à la mort du père adoptif, un testament ou des donations entre-vifs avaient fait sortir de son patrimoine une portion de biens plus grande que celle dont la loi permet la disposition gratuite au préjudice du droit héréditaire des enfants, l'enfant adoptif, soit seul, soit en concours avec des enfants du mariage, pourrait faire réduire les legs ou donations, et faire rentrer dans la succession la quotité qu'un enfant légitime a le droit d'y trouver. Tout ceci ne peut pas être douteux en face de cette règle de notre article que *l'adopté aura, sur la succession de l'adoptant, les mêmes droits qu'y aurait l'enfant né en mariage* » (V. MARCADE, *Éléments du droit civil français ou Explication méthodique et raisonnée du Code civil accompagnée de la critique des auteurs et de la jurisprudence et suivie d'un résumé à la fin de chaque titre*, Paris, Librairie de jurisprudence de Cotillon, 2^e éd., t. II, 1844, p. 111).

¹⁷¹ *Ibid.*, p. 112.

¹⁷² *Ibid.*, p. 112. L'italique est ici de notre fait.

¹⁷³ P. JESTAZ et C. JAMIN, *La doctrine, op. cit.*, p. 78.

¹⁷⁴ A.-M. DEMANTE, *Programme du cours de droit civil français fait à l'école de Paris*, Paris, Alex-Gobelet, 2^e éd., t. I, 1835, p. v.

celle du déclin de l' « Ecole de l'Exégèse », entamé vers 1880, et n'entre donc pas, pour cette raison, dans le cadre des développements présents¹⁷⁵.

Parallèlement, un autre classement peut être retenu en fonction, cette fois-ci, non pas des différentes générations d'exégètes mais de la méthode employée lorsque ces derniers explorent le Code civil. Ce critère permet alors de distinguer, d'un côté, les auteurs se cantonnant à la stricte exégèse quand, bien souvent, ceux-ci s'adressent aux praticiens, notamment les gens de robe¹⁷⁶, et ne font donc pas de la théorisation du droit l'objectif principal de leurs ouvrages ; de l'autre, les partisans d'une méthode plus synthétique permettant ainsi la formation de véritables jurisconsultes dès lors plus disposés à recevoir des constructions abstraites¹⁷⁷. Dans le même ordre d'idées, il est également possible de classer ces exégètes des deux premiers tiers du XIX^e siècle (1815-1869) selon la nature de leur publication. En effet, si certains peuvent présenter de parfaits *commentaires exégétiques*, à l'instar de Demolombe, habituellement considéré comme le « prince de l'exégèse » mais ne pouvant figurer ici parmi les « auteurs silencieux » du point de vue de la circulation des textes de droit étranger¹⁷⁸ ; d'autres, au contraire, produisent de véritables *commentaires synthétiques* tels Aubry et Rau qui, parce qu'ils proposent une méthode d'exposition du Code civil tout à fait innovante voire « révolutionnaire » et important, à ce titre, de nombreuses thèses « allemandes », ne peuvent pas non plus être rangés dans la catégorie d'auteurs qui nous occupent actuellement. Enfin, entre ces deux types de publication : les *répétitions*. Beaucoup moins volumineuses que les commentaires, leurs auteurs se permettent aussi plus de liberté quant à l'ordre du Code afin d'en faciliter son explication et de les rendre, *in fine*, plus accessibles au jeune public c'est-à-dire celui des étudiants. Les *Répétitions écrites sur le Code civil* de Murlon sont à cet égard régulièrement évoquées¹⁷⁹. Publiées à partir de 1846 en trois volumes correspondant aux trois années de licence, elles seront rééditées de très nombreuses fois (la douzième édition est datée de 1884), signe d'un succès évident. Exaltant le droit positif tel que la loi le contient, sans pour autant dénier le rôle du juge ni négliger les besoins de la pratique¹⁸⁰, ce fils de notaire ne s'intéresse donc pas aux droits étrangers¹⁸¹ ; l'exégèse paraissant, à première vue, incompatible avec un tel recours¹⁸².

¹⁷⁵ Mais elle est abordée plus loin : cf. *supra.*, p. 334 et s.

¹⁷⁶ Cf. *supra.*, p. 42.

¹⁷⁷ P. JESTAZ et C. JAMIN, *La doctrine, op. cit.*, p. 72.

¹⁷⁸ Sur ce point, cf. *infra.*, p. 71 et s.

¹⁷⁹ Sur cette œuvre : N. HAKIM, « Frédéric MOURLON, *Répétitions écrites sur le Code civil, contenant l'exposé des principes généraux, leurs motifs et la solution des questions théoriques*, Paris, A. Marescq et E. Dujardin, 1846-1852, 3 vol. in-8° », *Revue trimestrielle de droit civil*, n° 3, 2007, p. 654-657.

¹⁸⁰ J.-L. HALPERIN, *loc. cit.*

¹⁸¹ La huitième édition a pourtant été consultée : F. MOURLON, *Répétitions écrites sur le premier examen de Code Napoléon contenant l'exposé des principes généraux leurs motifs et la solution des questions théoriques*, Paris, A. Marescq et E. Dujardin, 8^e éd., 1869.

¹⁸² L'on retrouvera néanmoins Murlon parmi les « pionniers de la comparaison juridique française » (cf. *infra.*, p. 113 et s.), aux côtés de Charles Ballot (1818-1885), Charles Demangeat (1820-1896) et Emile Ollivier

Signalons en dernier lieu que les *répétitions* ne sont pas l'apanage des seuls civilistes mais que les « répétiteurs » se retrouvent également en matière administrative, avec, par exemple, Louis-Pierre-François Cabantous (1812-1872) et ses *Répétitions écrites sur le droit administratif*¹⁸³ ou encore en droit commercial avec les *Répétitions écrites sur le Code de commerce* de Rivière¹⁸⁴. En d'autres termes, le poids de la méthode exégétique se fait pareillement ressentir, tant du point de vue de l'enseignement que de la rédaction d'ouvrages, au-delà du droit civil.

§2. L'exégèse au-delà du droit civil

Attendu que les civilistes sont devenus exégètes avec l'apparition du Code civil de 1804¹⁸⁵, un parallèle semble dès lors pouvoir être dressé entre ces derniers et les membres de doctrine des autres matières de droit codifié et notamment de droit commercial (A). Mais ce parallèle se prolonge à vrai dire également dans les matières non-soumises à codification telles que le droit administratif (B).

A. L'exégèse en droit commercial

Pour comprendre l'immersion de la méthode exégétique en matière de droit commercial, il faut commencer par rappeler la parenté entre ce dernier et le droit civil. Cette parenté apparaît d'ailleurs très simplement en jetant un regard sur les civilistes français qui ont publié en parallèle des ouvrages dans l'autre branche du droit et inversement. Tel est le cas, par exemple, de Massé, auteur non seulement d'un « *Droit commercial* », dont la première édition débute en 1844¹⁸⁶, mais également – en collaboration avec Vergé – d'un « *Droit civil* » traduit de l'ouvrage allemand de Zachariae sur la cinquième édition¹⁸⁷. Tel est encore le cas d'Anthoine de Saint-Joseph qui établit ses *Concordances* non seulement entre les Codes civils

(1825-1913), avec lesquels il fonde en 1856 la *Revue pratique de droit français* qui publiera effectivement de nombreuses études de législation comparée (cf. *infra.*, p. 227 et s.).

¹⁸³ L.-P.-F. CABANTOUS, *Répétitions écrites sur le droit administratif, contenant l'exposé des principes généraux, leurs motifs et la solution des questions théoriques*, Paris, Marescq, 1867.

¹⁸⁴ H.-F. RIVIERE, *Répétitions écrites sur le Code de commerce*, *op. cit.*

¹⁸⁵ Cf. *supra.*, p. 42 et s.

¹⁸⁶ G. MASSE, *Le droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens et le droit civil*, Paris, Guillaumin et Cie, 1^{ère} éd., 6 t., 1844-1847.

¹⁸⁷ G. MASSE et C. VERGE, *Le droit civil français par K.-S. Zachariae traduit de l'allemand sur la cinquième édition. Annoté et rétabli suivant l'ordre du Code Napoléon*, Paris, Auguste Durand, 5 t., 1854-1860. Sur ces auteurs : J.-L. HALPERIN, V° « Massé », *Dictionnaire historique des juristes français...*, *op. cit.*, 1^{ère} éd., 2007, p. 544 et V° « Vergé », *Dictionnaire historique des juristes français...*, *op. cit.*, 1^{ère} éd., 2007, p. 769.

étrangers et le Code Napoléon¹⁸⁸ mais aussi entre les codes de commerce étrangers et le Code de 1807¹⁸⁹.

C'est Jean-Marie Pardessus (1772-1853) qui vient rappeler, en tant que premier « professeur de Code de commerce à la Faculté de droit de Paris », ce lien unissant les branches civile et commerciale en proposant une définition formelle du droit des marchands :

« Le commerce, tel que la jurisprudence peut le considérer, consiste dans les diverses négociations qui ont pour objet d'opérer ou de faciliter les échanges des produits de la nature ou de l'industrie, dans la vue d'en tirer quelque profit. Le droit commercial se compose de toutes les règles relatives à ces transactions, et à la manière de juger les contestations qui peuvent en résulter. Ces règles peuvent être puisées dans trois sources principales : 1° *le Code de Commerce* et les lois ou règlements sur cette matière ; 2° *le droit commun, contenu dans les Codes, Civil, Pénal, de Procédure*, et dans les autres parties de la législation générale, en tout ce qui, étant applicable au commerce, n'a pas été modifié par des lois spéciales ; 3° les usages du commerce appliqués à ce que les lois ou règlements n'ont pas prévu »¹⁹⁰.

« A partir de cet héritage, rappelle alors Jean Hilaire, [une partie de la doctrine] tire les conséquences de la parenté entre les deux droits [...] avec d'autant plus de vigueur que la méthode de l'exégèse exerce une attraction certaine sur la pensée de la seconde génération de commercialistes »¹⁹¹. Pour le dire autrement, cette parenté ainsi mise en valeur s'observe aussi sur le plan universitaire avec un enseignement exégétique du droit commercial. L'on retrouve par conséquent chez les commercialistes le même « conformisme de la codification »¹⁹² dans lequel s'est réfugiée avant eux la doctrine civiliste¹⁹³ et qui les aurait empêchés, semble-t-il, de porter leur regard au-delà de la législation nationale. Là encore, les titres donnés aux différentes publications sont assez significatifs de cette orientation : en effet, alors qu'Emile Vincens (1764-1850) présente son *Exposition raisonnée de la législation commerciale, et examen critique du Code de commerce* en 1821, l'avocat Horson¹⁹⁴ pose, quant à lui, ses *Questions sur le Code de commerce* en 1829. Jusque dans les années 1850, les juristes français continuent d'assimiler le Code de 1807 au droit commercial ; preuve en est des nombreuses productions de Jassuda Bédarride (1804-1882) intitulées « *Droit commercial. Commentaire du Code de commerce* »¹⁹⁵, du *Commentaire du Code de commerce et de la législation commerciale* d'Alauzet commencé en 1856 ou encore des *Répétitions écrites sur le Code de commerce*, déjà citées, de Rivière, dont la deuxième édition date de 1857.

Cette « soumission au Code » s'explique entre autres par l'état législatif dans lequel se trouve la France dans la première moitié du XIX^e siècle en matière commerciale. Ce n'est en effet qu'au milieu du siècle que l'on assiste à un renouvellement de ce droit jusqu'ici cantonné aux seuls articles du Code de 1807. Plus précisément, la législation commerciale

¹⁸⁸ F. ANTHOINE DE SAINT-JOSEPH, *Concordance entre les Codes civils étrangers et le Code Napoléon*, op. cit.

¹⁸⁹ F. ANTHOINE DE SAINT-JOSEPH, *Concordance entre les Codes de commerce étrangers et le Code de commerce français*, Paris, Videcoq Frère et Fils, 1^{ère} éd., 1844 ; Paris, Videcoq Fils aîné, 2^{nde} éd., 1851.

¹⁹⁰ J.-M. PARDESSUS, *Cours de droit commercial*, Paris, Nève, 2^e éd., 1821, p. 1. L'italique est de notre fait.

¹⁹¹ J. HILAIRE, *Introduction historique au droit commercial*, op. cit., p. 122-123.

¹⁹² *Ibid.*, p. 123.

¹⁹³ Sur ce point, cf. *supra.*, p. 30 et s.

¹⁹⁴ Le prénom ainsi que les dates de naissance et de mort nous demeurent inconnus.

¹⁹⁵ Nous renvoyons ici à la partie « Sources », p. 490-491.

commence à se (re)développer par strates successives, *en dehors du Code*, dès la fin des années 1830 avec, notamment, la loi du 28 mars 1838 qui opère alors une refonte du Livre III du Code de commerce relativement aux faillites. Cette « décodification du droit commercial » se poursuivra dans la décennie suivante (loi du 24 juin 1841 sur les ventes aux enchères de marchandises, loi du 5 juillet 1844 sur la protection des brevets d'invention, etc.) puis sous le Second Empire durant lequel l'activité législative demeure en effet particulièrement forte. Ce mouvement répond en vérité à un double phénomène. D'une part, la conception étroitement privatiste de la codification est sérieusement remise en cause. Alors qu'elle se limitait au droit *commercial*, la législation touche désormais des domaines plus larges, ceux du droit des *affaires*. D'autre part, le XIX^e siècle apporte avec lui son lot de nouvelles pratiques auxquelles le législateur se doit de s'adapter, le Code de commerce n'ayant pu tout prévoir. C'est dire, *a contrario*, si les commercialistes français se complaisent dans ce Code durant la première moitié du XIX^e siècle.

A cet égard, l'on rappellera que trois quarts des ouvrages publiés en droit commercial entre 1815 et 1869 semblent ne pas utiliser de textes de droit étranger¹⁹⁶. Une précision doit cependant être apportée. Si une première orientation se dessine au cours du siècle à partir de l'héritage légué par Pardessus et dirige les commercialistes français dans la voie de l'exégèse¹⁹⁷, une seconde ouvre, en parallèle, la doctrine à l'influence de l'économie politique qui l'éloigne dès lors progressivement de la méthode exégétique au profit d'une méthode plus concrète. La *Revue Fœlix* – dont le titre initial est, rappelons-le, « Revue étrangère et française de législation et d'économie politique » – illustre par exemple cette ouverture et contient effectivement plusieurs articles dans lesquels l'attention des auteurs n'est pas exclusivement centrée sur le Code de commerce de 1807¹⁹⁸. Pour cette même raison, plusieurs ouvrages d'économie politique figurent dans notre corpus de droit commercial telle l'*Histoire de l'économie politique en Europe*¹⁹⁹ d'Adolphe Blanqui (1798-1854), qui avait également rédigé un *Cours d'économie industrielle* en trois volumes²⁰⁰ ou *La Bourse, ses opérateurs et ses opérations appréciés au point de vue de la loi, de la jurisprudence et de l'économie politique et sociale*²⁰¹ de Jules-François Jeannotte Bozérien (1825-1893).

¹⁹⁶ Cf. Tableau 1, dans la partie Annexes, p. 519.

¹⁹⁷ Cf. *supra*., p. 50.

¹⁹⁸ Quelques exemples : J.-M. PARDESSUS, « Du Code de Commerce d'Espagne », *Revue étrangère de législation et d'économie politique*, t. I, 1834, p. 281-301 ; F. ANTHOINE DE SAINT-JOSEPH, « Code de commerce de la Grèce », *Revue étrangère et française de législation, de jurisprudence et d'économie politique*, t. VIII, 1841, p. 674-679 ; F. ANTHOINE DE SAINT-JOSEPH, « Code de commerce de la Valachie », *Revue étrangère et française de législation, de jurisprudence et d'économie politique*, t. X, 1843, p. 721-730 ; J. BERGSON, « Des lettres de change d'après le Code de commerce et le nouveau projet de loi pour l'Allemagne », *Revue de droit français et étranger*, t. V, 1848, p. 98-113.

¹⁹⁹ A. BLANQUI, *Histoire de l'économie politique en Europe depuis les anciens jusqu'à nos jours suivie d'une bibliographie raisonnée des principaux ouvrages d'économie politique*, Paris, Guillaumin, 1^{ère} éd., 2 t., 1837 ; Paris, Guillaumin, 2^e éd., 2 t., 1842 ; Paris, Guillaumin et C^{ie}, 4^e éd., 2 t., 1860.

²⁰⁰ A. BLANQUI, *Cours d'économie industrielle*, Paris, J. Angé, 3 t., 1836-1839.

²⁰¹ J.-F. J. BOZERIAN, *La Bourse, ses opérateurs et ses opérations appréciés au point de vue de la loi, de la jurisprudence et de l'économie politique et sociale suivie d'une indication des réformes les plus urgentes avec*

Malgré tout, il reste que les commercialistes français des deux premiers tiers du XIX^e siècle sont, pour la plupart, relativement silencieux lorsqu'il s'agit de doctrines ou de droits étrangers. Bien qu'édité dans plus de quinze villes étrangères²⁰², l'ouvrage de Jacques Bresson (1798-1860) sur les fonds publics ne contient par exemple aucune bibliographie intéressante de ce point de vue²⁰³. De même, si Victor Molinier (1799-1887) dresse une liste d'auteurs à consulter sous chaque Titre de son *Explication méthodique des dispositions du Code de commerce*²⁰⁴, celles-ci ne sont toutefois composées que d'homologues français. De la même manière, Renouard donne dans son *Traité des faillites et banqueroutes* (1851) une bibliographie à la fin des cinq premiers chapitres de la première partie portant sur l'« Histoire du droit sur les faillites et banqueroutes ». Or, seule la bibliographie des deux premiers chapitres²⁰⁵ laisse apparaître des noms étrangers, notamment allemands et italiens, mais appartenant cependant aux XVI^e et XVII^e siècles ; les autres ne renvoyant alors qu'à des ouvrages français comme ceux déjà cités de Vincens et d'Horson²⁰⁶. L'auteur s'explique néanmoins sur ce choix et vient confirmer par ailleurs nos précédents développements relatifs à l'autosuffisance et à la complaisance juridiques²⁰⁷ :

« Nous renfermant spécialement, depuis l'ordonnance de 1673, dans le droit français, qui, à partir de cette époque, se suffit à lui-même et vit par ses propres développements, nous n'avons plus, comme pour les chapitres précédents, compris dans ces notices les ouvrages étrangers ; ce qui nous aurait jeté hors des limites données à ce traité. La bibliographie de toutes les nations ne serait à sa place que dans un livre de législation comparée »²⁰⁸.

Autrement dit, Renouard n'a pas entendu offrir un traité de législation comparée. Nous sommes en 1851 mais ce choix n'est pourtant pas surprenant. Il s'opère également ailleurs et notamment en matière administrative.

un appendice contenant les principaux règlements adoptés par la compagnie des agents de change de Paris, Paris, E. Dentu et A. Marescq, 2 t., 1859.

²⁰² Amsterdam, Rotterdam, Londres, Cambridge, New-York, Madrid, Lisbonne, Saint-Petersbourg, Wilna, Vienne, Varsovie, Leipsick, Genève, Berlin, Milan, Turin, Gènes et Naples.

²⁰³ J. BRESSON, *Des fonds publics français et étrangers, et des opérations de la Bourse de Paris*, Paris, Bachelier, 6^e éd., 1830,

²⁰⁴ V. MOLINIER, *Traité de droit commercial ou Explication méthodique des dispositions du Code de commerce, précédé d'une Introduction historique*, Paris, Joubert, 1846.

²⁰⁵ A.-C. RENOARD, *Traité des faillites et banqueroutes*, op. cit., p. 26-31.

²⁰⁶ Cf. *supra.*, p. 52.

²⁰⁷ Cf. *supra.*, p. 30 et s.

²⁰⁸ A.-C. RENOARD, *Traité des faillites et banqueroutes*, op. cit., p. 40-41. L'italique est de notre fait.

B. L'exégèse en droit administratif

« Le droit administratif du XIX^e siècle se cherche autant qu'il se construit »²⁰⁹. L'explication de cette heureuse formule de Mathieu Touzeil-Divina conduit à la question de l'exégèse en droit administratif.

Le droit administratif du XIX^e siècle se cherche. L'auteur propose à ce titre une classification chronologique selon trois périodes : « une période de nécessaire propagation pratique du droit administratif (1789-1834) suivie d'une période de primo-théorisations (1834-1864) qui se serait achevée par une longue période de juridictionnalisation (1864-1897) »²¹⁰. Arrêtons-nous sur les deux premières. C'est après la Révolution que les « matières administratives » font effectivement leur entrée, il est vrai de façon très progressive, dans les Ecoles centrales. Rappelons à cet égard la loi du 22 ventôse an XII qui, dans son article 2 du Titre premier, institue un cours de « droit public français, et [de] droit civil dans ses rapports avec l'administration publique »²¹¹. En réalité, cette mesure sera peu suivie d'effets puisque seul Louis Portiez de l'Oise (1765-1810) enseignera cette discipline, à Paris, et pendant deux ans seulement. Il faut attendre la Restauration et la Commission de l'Instruction publique de Pierre-Paul Royer-Collard (1763-1845) qui, par un arrêté de 1815, met alors en place, dans les facultés de droit, un « enseignement de droit administratif » en troisième année. Quatre ans plus tard, Joseph-Marie de Gérando (1772-1842) devient ainsi le premier titulaire de la chaire de droit administratif créée à la Faculté de droit de Paris²¹².

« La conjonction d'un certain climat idéologique, à quoi correspondent les revendications libérales, et d'une situation de fait : la réduction du Conseil d'Etat à des fonctions prioritairement juridictionnelles, se trouve ainsi à l'origine directe de l'essor d'une réflexion juridique dans un secteur jusqu'alors délaissé, celui du droit administratif »²¹³.

Pour le dire autrement, une « science du droit administratif » est née. Seulement, *comment s'est-elle construite et de quelle manière s'exprime-t-elle ?* Il faut là encore souligner l'influence de la doctrine civiliste – et sa méthode d'exposition du droit – sur les juristes des autres secteurs juridiques. Cette influence est d'ailleurs, et avant tout, une question d'organisation de l'enseignement du droit en France : les administrativistes ayant tous suivi au préalable, en effet, une formation de civilistes. C'est la raison pour laquelle de nombreux auteurs de droit administratif adoptent, lorsqu'ils se lancent dans la rédaction d'ouvrages, le

²⁰⁹ M. TOUZEIL-DIVINA, *La doctrine publiciste 1800-1880*, op. cit., p. 8.

²¹⁰ *Ibid.*, p. 17.

²¹¹ Cf. *supra*, p. 44.

²¹² Sur la place du droit naturel et du droit constitutionnel dans le système du droit public de Gérando : T. POUTHIER, *Droit naturel et droits individuels en France au dix-neuvième siècle*, Thèse, Droit, Paris II, 2013, p. 168 et s. Egalement : M. TOUZEIL-DIVINA, « DE GERANDO & l'enseignement du droit administratif », *Revue d'histoire des facultés de droit*, n° 33, 2014, p. 395 et s. Ou encore : N. HAKIM, « Les Institutes du droit administratif : Gérando et l'empire du droit civil », *Joseph-Marie de Gérando (1772-1842). Connaître et réformer la société*, sous la dir. de J.-L. CHAPPEY, C. CHRISTEN et I. MOULLIER, Rennes, PUR, 2014, p. 113-126.

²¹³ F. BURDEAU, *Histoire du droit administratif*, op. cit., p. 107.

plan tripartite « personnes, choses, modes d'acquérir », directement inspiré de la tradition romaniste que perpétuent les civilistes du XIX^e siècle²¹⁴. Partant, les administrativistes français peinent quelque peu à établir l'autonomie de leur droit par rapport au droit privé.

« Quel que soit le point de vue retenu, le droit administratif n'a d'autre réalité que celle que lui confère une confrontation avec les règles qui régissent les relations privées. Pour peu que l'on ait conscience de son individualité, il demeure que c'est toujours par rapport au droit civil qu'il se trouve envisagé, justement parce que c'est "le droit commun" »²¹⁵.

Aussi quelques auteurs de droit administratif manifestent-ils leur dépendance au droit civil, à l'instar de Batbie qui résumera sa pensée par une formule énergique : « Pour bien comprendre le droit administratif, il convient de le rattacher au droit civil comme on rattache l'exception à la règle »²¹⁶.

Au demeurant, cette « vision individualiste du droit administratif dont l'étude repose sur une méthode, l'exégèse, [...] conduit à le présenter sous la forme d'une compilation des "matières administratives" »²¹⁷. Très tôt, en effet, la méthode exégétique est employée par les administrativistes et est entendue comme un instrument devant préparer la voie à une codification officielle qui semble alors leur manquer cruellement.

« Cette approche, combinée au dogme de la souveraineté de la loi aboutit à étudier le droit administratif à travers la seule exégèse des "lois administratives", en vue de rechercher, selon les matières, la marge de liberté laissée par la loi aux autorités administratives dans la réglementation des droits des administrés. Ainsi s'explique que les ouvrages consacrés au droit administratif apparaissent comme de véritables codifications privées »²¹⁸.

Que l'on songe par exemple à l'*Abrégé des principes d'administration*, déjà cité, de Bonnin, dans lequel ce dernier entend « indiquer la nature et l'ordre des règles dont se composerait un *code administratif* »²¹⁹.

Cette tâche descriptive et exégétique est, de manière plus générale, accomplie par la science juridique de l'administration au cours du premier tiers du XIX^e siècle. A cet égard, les jurisconsultes se contentent de dresser dans leurs écrits des tableaux de l'état du droit administratif, d'une part, en énumérant les lois, les règlements ainsi que tout autre texte normatif *français* qu'ils classent puis, d'autre part, en inspectant les arrêts du Conseil d'Etat. Autrement dit, l'accent semble être mis davantage sur la *description* de ce droit que sur sa *réflexion*. Cette première orientation expliquerait alors en partie le mutisme observé chez les administrativistes français de cette période à l'égard des références – doctrines ou textes normatifs – étrangères. En outre, il faut ajouter que si la méthode exégétique leur permet

²¹⁴ Burdeau donne les exemples d'A.-P. BATBIE, *Introduction générale au droit public et administratif*, Paris, Cotillon, 1861 et de R. DARESTE, *La justice administrative en France...*, *op. cit.*

²¹⁵ F. BURDEAU, *Histoire du droit administratif*, *op. cit.*, p. 122.

²¹⁶ Cité par F. BURDEAU, *ibid.*, p. 122.

²¹⁷ P. GONOD, *Edouard Laferrière. Un juriste au service de la République*, Paris, L.G.D.J., 1997, p. 43. L'italique est de notre fait.

²¹⁸ *Ibid.*, p. 43.

²¹⁹ C.-J.-B. BONNIN, *Abrégé des principes d'administration*, *op. cit.*, p. xxi. L'italique est de notre fait.

d'explorer de la sorte le droit administratif, elle contribue également à la diffusion de la connaissance de celui-ci auprès d'un public principalement composé de praticiens c'est-à-dire d'avocats et d'administrateurs²²⁰. « Or, ce qui intéresse le praticien et justifie, pour lui, l'achat d'un ouvrage, ce n'est pas l'exposé d'un hypothétique système ou potentielle théorie juridiques. Le praticien recherche la réponse simple, rapide et pratique à la question qu'il se pose ; peu lui chaut des théories et des concepts »²²¹.

Aussi la doctrine administrativiste française entend-elle répondre avant tout – c'est-à-dire avant toute théorisation du droit, laquelle aurait alors pu déboucher sur une *comparaison* de celui-ci avec l'étranger – à cette demande par la production de « traités ultra-positivistes »²²². Pour ce faire, un simple plan alphabétique est bien souvent adopté. C'est par exemple le cas chez Cormenin, dont les *Questions de droit administratif* (1822) partent de l'« Appel comme d'abus » et se terminent à l'entrée « Voirie »²²³. C'est encore le cas des *Questions et traités de droit administratif* (1854) de Serrigny²²⁴. Or, ces deux *Questions* semblent totalement étanches à la comparaison du droit administratif français avec ses équivalents étrangers. Même constat concernant le *Traité général de droit administratif appliqué*, édité pour la première fois en 1845 et contenant alors quatre volumes, de Dufour, avocat aux Conseil d'Etat et à la Cour de Cassation n'ayant jamais enseigné le droit administratif et qui n'entretenait, dans ses publications, aucune prétention théorique²²⁵. Un autre « praticien s'adressant aux praticiens », Louis-Antoine Macarel (1790-1851)²²⁶, se signale par ses développements là encore extrêmement détaillés sur la jurisprudence du Conseil d'Etat et qui occupent de ce fait presque complètement ses écrits – tels que les *Eléments de jurisprudence administrative* (1818), *Des tribunaux administratifs* (1828) ou encore le *Cours de droit administratif* (1844)²²⁷ – laissant alors peu de place pour d'éventuelles analyses comparatives.

²²⁰ « Jusqu'en 1860, si l'on considère qu'il y avait un nombre de 100 étudiants par Faculté à être inscrit en troisième année (et donc en droit administratif), cela fait moins de mille élèves par année. En outre, sur ce chiffre, la grande majorité se destinait aux carrières juridiques classiques et délaissait le cours de droit public ne voyant pas la nécessité d'acheter un ouvrage le concernant en supplément du cours magistral. Ce n'est donc pas principalement pour les maigres centaines d'étudiants que les ouvrages de cette époque étaient vendus mais bien pour un public de praticiens » (M. TOUZEIL-DIVINA, *La doctrine publiciste 1800-1880*, op. cit., p. 22).

²²¹ *Ibid.*, p. 22.

²²² *Ibid.*, p. 58 et s.

²²³ L. M. LAHAYE DE CORMENIN, *Questions de droit administratif*, Paris, Ridler, 2 t., 1822.

²²⁴ « L'ouvrage comprend des *Questions* placées sous les mots suivants : *Abus (Appel comme d')* ; *Actes du Gouvernement (Interprétation des)* ; *Affouage* ; *Bans de Fauchaison et de Moisson* ; *Ban du Troupeau commun* ; *Ban de Vendange* ; *Bois et Forêts* ; *Cours d'Eau navigables* ; *Cours d'Eau non navigables* ; *Décrets impériaux* ; *Domaine public* ; *Fournitures (Marchés de)* ; *Mines* ; *Routes départementales* ; *Travaux publics* » (D. SERRIGNY, *Questions et traités de droit administratif*, Paris, A. Durand, 1854, p.vii).

²²⁵ M. TOUZEIL-DIVINA, *La doctrine publiciste 1800-1880*, op. cit., p. 59 et s.

²²⁶ « Avocat à la Cour Royale de Paris dès 1813, puis attaché à divers ministères jusqu'en 1815, il acquiert, grâce à son beau-père, la charge d'avocat aux conseils de 1822 à 1827 ; en 1828 il est envoyé comme enseignant à l'Ecole égyptienne. C'est au Conseil d'Etat qu'il va réaliser sa principale carrière : nommé maître des requêtes en service ordinaire en 1830, puis, un mois plus tard, conseiller d'Etat, il sera successivement rattaché aux différents comités de l'institution et terminera sa carrière (de 1849 à 1851) en tant que président de la section d'administration et de son comité de l'intérieur, de la justice, de l'Instruction Publique et des cultes (fera partie des "réélus" de la Loi du 03 mars 1849) » (*Ibid.*, p. 276).

²²⁷ Ces trois publications sont citées dans la partie « Source », p. 485 de la présente thèse.

Ainsi initiée par Macarel, la prise en compte croissante de la jurisprudence du Conseil d'Etat²²⁸, venant progressivement pallier l'absence d'une codification officielle c'est-à-dire tendant à devenir une source autonome du droit, annonce une nouvelle période dans l'histoire de la science juridique de l'administration, laquelle prend alors ses distances avec la méthode exégétique et ouvre plus franchement ses horizons. C'est par exemple le cas de *La justice administrative en France* (1862) de Dareste, qualifiée plus haut de véritable livre de droit comparé²²⁹. Seulement, un troisième poids – après ceux des modèles juridiques et de la méthode exégétique – vient retarder cette ouverture : celui du pouvoir politique.

²²⁸ Sur ce point, lire : F. BURDEAU, *Histoire du droit administratif*, *op. cit.*, p. 114 et s.

²²⁹ Cf. *supra.*, p. 25-26.

Section 3 – L’effet de la prudence politique

Dans le quatrième volume de sa *Collection complète des ouvrages publiés sur le gouvernement représentatif*, édité en 1820, Constant reproduit une *Lettre à MM. les habitants du département de la Sarthe* dont il est l’auteur – il y est effectivement élu député – et dans laquelle ce libéral affiche clairement une position de fermeture vis-à-vis de l’Allemagne contrairement à l’impulsion germanophile donnée par Jourdan en 1819 avec la fondation de la *Thémis*²³⁰ :

« Je sais que l’on a voulu rattacher à notre situation politique des mesures prises récemment par divers princes de l’Allemagne, et qu’une faction dès longtemps connue et dévoilée a poussé des cris de joie, dans l’espoir que les décrets d’une diète germanique influeraient sur la marche du gouvernement français. Mais je ne désespère pas tellement et de ce gouvernement et de nous-mêmes, que je puisse craindre jamais de voir ce coupable espoir se réaliser. [...] *Nous n’avons rien à voir hors des limites de notre France* ; et pour que les souverains du dehors respectent notre indépendance nationale, pour qu’ils s’abstiennent de la prétention insultante de prescrire à notre gouvernement ce qu’il doit faire, nous devons nous abstenir nous-mêmes de toute intervention indiscrète et rester dans une réserve prudente »²³¹.

S’il arrive ainsi que les juristes français, par nationalisme, arrêtent de leur propre initiative leur champ de recherche aux frontières nationales, la réglementation de l’enseignement invite également en ce sens les professeurs à ne pas s’aventurer trop loin en dehors de l’explication des codes, même si – il faut le préciser – les consignes politiques restent finalement peu nombreuses (§1). Ce n’est en effet qu’exceptionnellement que la comparaison, lorsqu’elle tourne au désavantage de la législation française, constitue une faute. Cette exception mérite cependant d’être signalée en ce qu’elle démontre l’existence d’une surveillance effective des enseignants par le pouvoir politique, lesquels respectent alors, dans leur ensemble, le cadre réglementaire ainsi établi (§2).

§1. Réglementer l’enseignement du droit

La loi du 22 ventôse an XII (13 mars 1804), promulguée l’année du Code civil, constitue le point de départ. Fixant l’organisation des dix « Ecoles de droit » créées par la loi du 11 floréal an X (1^{er} mai 1802), elle est par la suite complétée par le décret du 4^e jour an XII (21 septembre 1804) et l’instruction du 19 mars 1807 relative à l’exécution des règlements concernant les Ecoles de droit, lesquelles sont finalement transformées en « Facultés de droit » par le décret du 17 mars 1808. Surtout, la loi du 22 ventôse an XII impose aux

²³⁰ Cf. *infra.*, p. 99 et s.

²³¹ B. CONSTANT, *Collection complète des ouvrages publiés sur le gouvernement représentatif et la constitution actuelle de la France, formant une espèce de cours de politique constitutionnelle*, t. IV, 1820, p. 269-271. L’italique est de notre fait.

professeurs de droit un enseignement centré sur le Code civil de 1804²³². Visées par son article 2 du Titre premier, toutes les matières devant être enseignées au sein des Ecoles de droit sont en effet clairement orientées vers le droit civil confondu alors avec le Code : 1° *le droit civil français*, les éléments du droit naturel et du droit des gens, et le droit romain dans ses rapports avec le droit français ; 2° le droit public français, et *le droit civil* dans ses rapports avec l'administration publique ; 3° la législation criminelle et *la procédure civile* et criminelle. Plus encore, cette loi ne permet pas aux enseignants d'organiser de manière totalement libre leurs *cours de Code civil* puisqu'elle exige, en ce même article 2, que le droit civil français soit enseigné dans « l'ordre établi par le Code civil ». Cette exigence sera d'ailleurs maintenue au cours de la période qui nous concerne (1815-1869) avec notamment un arrêté du Conseil royal de l'instruction publique en date du 22 septembre 1843²³³.

Encouragée de la sorte, si l'on veut, par ces différentes mesures, la méthode exégétique – apparemment exclusive du recours aux textes de droit étranger²³⁴ – s'impose tant chez les professeurs de droit civil que chez ceux des autres branches juridiques²³⁵. Elle s'impose à tel point que,

« à la fin du siècle, les auteurs recourent d'ailleurs toujours au plan du Code, à son cadre général, alors même qu'ils affichent l'intention d'y inclure une vision plus générale du droit de leur époque et donc leur volonté légitime de traiter les matières postérieures au Code de 1804 »²³⁶.

Il faut dire cependant que l'obligation de suivre le plan du Code sera maintenue par le pouvoir politique jusqu'à l'arrêté ministériel du 24 juillet 1895 prévoyant que le professeur est désormais libre de distribuer les matières dans les trois années de licence, suivant le plan et la méthode qui lui paraissent préférables dans l'intérêt de l'étudiant.

De toute évidence, cet encadrement de l'enseignement du droit pose la question non seulement du projet politique poursuivi par le pouvoir mais aussi de la relation entre ce dernier et la doctrine juridique. Déjà, sous l'Empire, Napoléon I^{er} entendait amenuiser le rôle critique de la doctrine. Pour l'anecdote, il se serait écrié : « Un commentaire, mon Code est perdu ! » en apprenant la publication de l'*Analyse raisonnée de la discussion du Code civil* (1805) de Jacques de Maleville (1741-1824). Dans le même ordre d'idées, la création par loi du 10 mai 1806 d'une université impériale, dirigée par un Grand Maître disposant d'un monopole de l'enseignement et divisée en Académies comportant cinq Facultés (théologie, droit, médecine, sciences et lettres), devait permettre la formation de civils et militaires pouvant assurer le fonctionnement de l'Empire. C'est dire si le pouvoir impérial entendait faire des juristes français de véritables agents du gouvernement, sinon des partisans convaincus de son action. Or, cette trame politique ne disparaît nullement au cours du

²³² Cf. *supra.*, p. 44.

²³³ Sur cette réglementation : N. HAKIM, *L'autorité de la doctrine civiliste française au XIX^e siècle*, *op. cit.*, p. 168-169.

²³⁴ Sur ce point, cf. *supra.*, p. 41 et s.

²³⁵ De même, cf. *supra.*, p. 49 et s.

²³⁶ N. HAKIM, *L'autorité de la doctrine civiliste française au XIX^e siècle*, *op. cit.*, p. 171.

XIX^e siècle et continue d'ailleurs de s'appuyer sur les textes impériaux. Ainsi le pouvoir, à travers les différents régimes politiques, continue-t-il d'exiger des professeurs de droit un serment destiné à garantir leur fidélité. Ce dernier, prévu à l'article 13 de la section 3 du décret du 4^e jour complémentaire an XII (21 septembre 1804) relatif à l'organisation des Ecoles de droit puis imposé par le décret du 20 mars 1808 disposant que « les professeurs et suppléants prêteront, devant la Cour d'appel, dans le ressort de laquelle l'Ecole sera située, le serment d'obéissance aux constitutions de l'Empire, de fidélité à l'empereur, de remplir leurs devoirs avec zèle et exactitude, et de délivrer, avec justice et impartialité, les certificats aux étudiants qui les auront mérités », n'est en effet supprimé qu'en 1907.

Quel que soit le régime politique, le pouvoir cherche à brider la doctrine qui, par son étude et son enseignement du droit, peut être amenée à le critiquer voire à remettre en cause sa légitimité. Par exemple, alors que Delvincourt, soutenu par la plupart de ses collègues, s'oppose énergiquement à l'introduction de l'ordonnance du 24 mars 1819 réformant en profondeur les études de droit, en ce que celle-ci accorde une place plus importante au droit public²³⁷, les ultras, revenus au pouvoir en 1820, lui donnent satisfaction, renouant en effet avec un enseignement traditionnel du droit jugé plus apte à diffuser la volonté du régime.

« Au fond, le pouvoir politique montre à cette occasion qu'il n'apprécie guère et peut-être redoute l'étude du droit, quand elle ne se limite pas au seul apprentissage du code. Selon le mot du royaliste Frayssinous, nouveau Grand maître de l'Université, il ne faut pas "donner à la jeunesse l'occasion d'agiter des idées dangereuses" ... »²³⁸.

De même, lorsqu'il crée une « chaire de législation pénale comparée » à la Faculté de droit de Paris le 12 décembre 1837 et la défend énergiquement à l'occasion de l'examen annuel du budget de l'enseignement supérieur le 4 juin 1838, le ministre de l'Instruction publique, Narcisse-Achille de Salvandy (1795-1856), l'oriente dans un sens politique clairement déterminé :

« Je ne crains pas de le dire, s'il y a une matière qui puisse éveiller le sentiment patriotique dans l'âme de la jeunesse et l'entretenir, c'est l'examen de la législation pénale comparée. C'est là qu'elle verra notre supériorité sur tous les peuples et la supériorité de notre Code sur tous les codes »²³⁹.

En d'autres termes, la comparaison juridique est entendue par le gouvernement monarchique alors en place comme un procédé de valorisation de la législation nationale en ce qu'elle permet de mettre avant tout en lumière les qualités de celle-ci par rapport aux lois étrangères. Dès lors qu'elle paraît un exercice qui ne dévoile que trop les défauts de la loi française, le pouvoir menace. C'est la raison pour laquelle Ortolan, qui occupera cette chaire de législation pénale comparée, va éprouver – et éprouvera jusqu'à sa mort, en 1873 – toutes les difficultés du monde à mettre fin aux discussions intempestives que suscitent bien malgré

²³⁷ Cf. *supra.*, p. 42.

²³⁸ P. JESTAZ et C. JAMIN, *La doctrine, op. cit.*, p. 77.

²³⁹ Cité par M. VENTRE-DENIS, « Joseph-Elzéar Ortolan (1802-1873). Un juriste dans son siècle », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, n° 16, 1995, p. 194 et s.

lui ses cours à la Faculté de droit de Paris²⁴⁰. Déjà, dans les années 1830, cet avocat inscrit au Barreau de Paris depuis 1826, qui devient en 1829 bibliothécaire adjoint de la Cour de cassation et qui soutient son doctorat en droit la même année, doit essuyer de nombreux échecs au concours de suppléant à la Faculté de droit. En 1830, il n'obtient en effet aucun suffrage. L'année suivante, il ne poursuit pas jusqu'au bout les épreuves. Enfin, en 1833, il n'obtient qu'un seul suffrage²⁴¹. Or, Ventre-Denis fait remarquer à juste titre que

« compte tenu de la composition du jury de ce concours ne comprenant, normalement, que l'ensemble des professeurs de la Faculté, Ortolan n'avait pas tout ce qu'il fallait pour s'assurer leurs bonnes grâces. Son article, en 1828, dans le *Journal de l'Instruction publique* sur les insuffisances de l'enseignement du droit avait dû lui valoir, dans le corps professoral, de solides inimitiés que sa défense des idées libérales n'avait pu que renforcer auprès de la majorité, plutôt conservatrice, des enseignants »²⁴².

C'est donc une nouvelle fois le pouvoir politique, alors exercé à l'échelle de la Faculté de droit de Paris par le corps professoral lui-même, qui vient empêcher un juriste français – qui plus est *comparatiste* – d'exercer sa profession d'enseignant et, par conséquent, d'exprimer ses idées. Il s'agit en d'autres termes d'un silence non pas *volontaire* mais *imposé*.

§2. Surveiller les enseignants du droit

Il ne suffit pas au pouvoir politique de réglementer l'enseignement du droit, il lui faut surtout s'assurer que ceux qui le professent respectent le cadre ainsi établi. Pour ce faire, un Titre VI portant sur les « Professeurs et Inspecteurs des Ecoles de droit, et [...] leur Nomination » est prévu à la loi du 22 ventôse an XII. Cinq inspecteurs généraux, nommés par le pouvoir (l'article 33 du Titre VI vise le premier Consul), sont alors chargés d'inspecter annuellement les Ecoles²⁴³ et d'examiner ceux qui se présenteront pour être professeurs ou suppléants de professeurs (article 35). En outre, les inspecteurs président les concours publics ouverts à chaque vacance de place (article 36) et la nomination des professeurs et suppléants se fait par l'Exécutif sur leur présentation²⁴⁴. Enfin, il est prévu à l'article 5 de l'instruction du 19 mars 1807, relative à l'exécution des règlements concernant les Ecoles de droit, que « les professeurs et suppléants sont invités à tenir des notes des textes de nos lois françaises sur lesquelles ils ont rencontré quelque difficulté. Ils se réuniront, à la fin de l'année, pour faire de

²⁴⁰ Sur ce point, cf. *infra.*, p. 62.

²⁴¹ Il obtient cependant une chaire de droit pénal.

²⁴² M. VENTRE-DENIS, « Joseph-Elzéar Ortolan (1802-1873). Un juriste dans son siècle », art. cit., p. 179 et s.

²⁴³ Article 34 de la loi du 22 ventôse an XII : « Chacun [des inspecteurs généraux] inspectera annuellement deux écoles, et pourra examiner les élèves qui voudront obtenir un diplôme de bachelier, de licencié ou de docteur, ou un certificat d'étude de la procédure civile et criminelle, et visera ces diplôme et certificat ».

²⁴⁴ Article 37 de la loi du 22 ventôse an XII : « La nomination des professeurs et suppléants sera faite par le premier Consul ; savoir, pour la première organisation des écoles, sur la présentation de deux sujets, pour chaque place, par les inspecteurs généraux ; Après l'organisation, sur la présentation d'un sujet par les professeurs de l'école, et d'un autre par les inspecteurs généraux. Nul ne pourra cependant être présenté à la première organisation s'il n'a préalablement été admis au concours, aux termes de l'article XXXVI ».

ces notes un travail général, que le directeur fera parvenir à l'inspecteur de l'Ecole ». Assurément, le contrôle étatique des opinions politiques des professeurs est mis en place et l'union entre l'Etat et les Facultés de droit est désormais scellée²⁴⁵.

Sous la Restauration, la surveillance des enseignants et de leur établissement est maintenue. Une ordonnance en date du 15 juin 1815 crée en effet une commission d'à nouveau cinq membres, laquelle devient cinq ans plus tard le « Conseil royal de l'université ». D'ailleurs, le contrôle étatique de l'enseignement du droit et des professeurs s'exercera tout au long de cette première période (1815-1869) puisqu'il ne prend fin qu'au dernier quart du XIX^e siècle avec, en premier lieu, la promulgation de la loi du 12 juillet 1875 qui accorde la liberté de l'enseignement supérieur et autorise ainsi l'ouverture d'établissements comportant un enseignement juridique²⁴⁶.

A première vue, les textes laissent malgré tout aux professeurs une certaine marge de liberté. L'instruction précitée de 1807 autorise par exemple le professeur à suivre la méthode qu'il juge appropriée, sauf à offrir en première année « un précis historique des variations de notre droit français » suivi d'une explication de la totalité du Code civil dans ses principes généraux. De même, concernant les deuxième et troisième années, « le professeur pourra se livrer à tous les développements qu'il jugera nécessaires, et qui auront pour objet de bien faire connaître les motifs de la loi, son esprit, son origine et son application, *en la conférant* avec le droit romain, et même, autant qu'il sera nécessaire, *avec les législations étrangères* »²⁴⁷. C'est omettre toutefois la surveillance – effective, rapide et par conséquent relativement dissuasive – exercée par le pouvoir politique, notamment *via* ses inspecteurs généraux (ils seront maintenus jusqu'en 1888), sur les professeurs.

Deux affaires peuvent être évoquées afin de saisir la réalité et l'efficacité d'une telle surveillance. La première est celle de Proudhon, qui eut à répondre en effet de ses choix politiques devant les autorités gouvernementales. Accusé d'avoir encouragé les étudiants en droit dijonnais à se déclarer en faveur de Napoléon en prononçant notamment un discours à l'inauguration d'un buste de Bonaparte à la Faculté de droit en avril 1815 et de fréquenter, en outre, les Jacobins, la commission de l'Instruction publique, présidée par Royer-Collard, prend alors un arrêté le 9 novembre 1815 qui lui enlève non seulement le décanat mais le suspend également de ses fonctions de professeur et, enfin, lui accorde un délai d'un mois pour produire ses justifications (ce qu'il fera d'ailleurs de manière assez peu convaincante). Aussi Proudhon est-il vu par le pouvoir royal comme « un homme dangereux pour l'école de Dijon » ; la commission de l'Instruction publique lui reprochant plus tard d'être à l'origine d'un trouble opposant cette fois-ci les étudiants en droit de Dijon à des militaires. Il sera

²⁴⁵ Nader Hakim rappelle en effet, à la suite d'Alain Laquière, que « l'inspection est intimement liée à la centralisation de l'enseignement juridique. Elle révèle une véritable volonté de l'Etat de donner à l'inspection générale les moyens d'exercer sa surveillance et de conseiller les ministres » (N. HAKIM, *L'autorité de la doctrine civiliste française au XIX^e siècle*, op. cit., p. 173).

²⁴⁶ Cependant, le monopole étatique en matière de délivrance des diplômes juridiques ne prend fin qu'avec la loi du 18 mars 1880.

²⁴⁷ Citée par N. HAKIM, loc. cit.

finalement totalement disculpé par cette même commission et retrouvera ses fonctions de doyen le 31 juillet 1818²⁴⁸.

Le cas d'Ortolan, précédemment mentionné²⁴⁹, retient plus encore l'attention en ce qu'il est relatif à l'emploi, par le professeur pénaliste, de la comparaison juridique. Alors qu'il occupe en effet à la Faculté de droit de Paris une « chaire de droit criminel et de législation comparée », établie par un arrêté ministériel du 8 juin 1846 mais prenant effet le 1^{er} novembre suivant, le ministre de l'Instruction publique, Hippolyte Fortoul (1811-1856), adresse au doyen de cette Faculté une lettre datée du 3 mars 1855 dans laquelle il ne cache pas son inquiétude quant aux propos tenus par le professeur durant ses cours c'est-à-dire devant ses étudiants :

« L'usage s'est introduit dans quelques cours de la Faculté de droit de Paris, de regarder la loi comme un texte abstrait dont on pouvait discuter et même critiquer le fond. Discuter les articles de la loi de manière à en faire ressortir le sens véritable, à en montrer les principes et les conséquences est un des devoirs du professorat... Mais il n'appartient nullement aux professeurs chargés d'enseigner le droit civil ou le droit criminel de faire la critique de la législation de leur pays et d'appeler l'attention de leurs auditeurs sur une meilleure organisation et sur la bonification des lois. Cette expression, un peu étrange, dont paraît s'être servi, dans une de ses dernières leçons, M. Ortolan professeur de droit criminel et de législation pénale comparée, me donnerait lieu de craindre que ce fonctionnaire se méprît jusqu'à un certain point sur l'objet réel de sa mission. Une Faculté de droit n'est pas une académie et ce n'est pas à la jeunesse de nos écoles qu'il faut remettre le soin d'étudier les réformes dont nos lois pourraient être susceptibles »²⁵⁰.

C'est dire si le gouvernement – celui de Napoléon III – a en horreur les critiques que peuvent adresser les membres de la doctrine à l'encontre des lois françaises.

Pour autant, il ne faudrait pas conclure, suite à ces exemples, à l'exercice d'une censure totale et systématique des *professeurs français* de droit – ou plutôt des professeurs de *droit français*... – au cours des deux premiers tiers du XIX^e siècle. S'il est vrai que certains d'entre eux ont pu être inquiétés voire, plus rarement, écartés du monde universitaire pour des raisons partisans²⁵¹, il faut néanmoins s'empresse de rappeler, d'une part, que de telles agitations

²⁴⁸ Sur cet épisode : B. MATHIEU, « Proudhon, Professeur à la Faculté de droit de Dijon, et le buste de Napoléon. Un épisode des Cent-Jours », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, n° 7, 1988, p. 87-91.

²⁴⁹ Cf. *supra.*, p. 59-60.

²⁵⁰ Citée par M. VENTRE-DENIS, « Joseph-Elzéar Ortolan (1802-1873). Un juriste dans son siècle », art. cit., p. 217 et s.

²⁵¹ Il en est ainsi de Charles Foucault dont on ne sait, pour le reste, à peu près rien... Reçu docteur en droit en 1824, il entre à la Faculté de droit de Caen comme suppléant. En 1829, il y obtient la chaire de droit administratif. Légitimiste convaincu, ce qui lui vaut très probablement sa titularisation, il n'aura cependant pas le temps de professer puisqu'il présente sa démission en 1830 lors des événements de Juillet (M. TOUZEIL-DIVINA, *La doctrine publiciste 1800-1880, op. cit.*, p. 268-269). Un autre légitimiste se signale par son engagement politique : Carloman de Bastoulh (1797-1871). Licencié à la Faculté de droit de Toulouse (1816), il obtient l'année suivante son doctorat. D'abord suppléant en cette même Faculté (1822), il est ensuite nommé professeur titulaire de la chaire de droit administratif (1829). Seulement, son enseignement prend rapidement fin suite à l'avènement de la Monarchie de Juillet. En effet, Bastoulh refuse de prêter le nouveau serment constitutionnel et quitte par conséquent le monde universitaire (*Ibid.*, p. 260-261). Serrigny s'attirera également quelques inimitiés. Titulaire de la chaire de droit administratif de la Faculté de Dijon depuis 1838, il n'hésite pas à affirmer publiquement son appartenance républicaine, ce qui lui vaut d'être au centre de premières querelles. En 1861, brigant alors le décanat, il ne reçoit cependant pas un avis favorable du recteur. Il lui faut finalement attendre

liées à la vie politique en général ne sont évidemment pas propres au XIX^e siècle et que, d'autre part, ce sont surtout les enseignants semble-t-il les plus « expressifs », et dont la forte personnalité pouvait déranger, qui paraissent avoir été visés²⁵². En effet, les professeurs ont su en réalité s'affranchir des règles dictées par le pouvoir étatique, qui suggéraient alors de diffuser le savoir juridique selon une méthode essentiellement exégétique (mais pas exclusivement), revendiquant à ce titre « une liberté de pensée irréductible »²⁵³.

1867 pour y parvenir, non toutefois sans la méfiance du ministre qui, craignant d'éventuelles contestations, ne le nomme qu'à titre temporaire. Il devient néanmoins doyen titulaire de 1869 à 1871 (*Ibid.*, p. 282-283).

²⁵² Ainsi de Serrigny, qualifié en 1871, par le recteur, de doyen « détestable en raison de ses défauts de caractère, ni cœur ni âme, une vanité sans mesure, un égoïsme profond, une indocilité tantôt violente, tantôt sophistiquée, toujours sans droiture ni convenance, et par-dessus tout la passion de l'argent » (*Ibid.*, p. 283).

²⁵³ N. HAKIM, *loc. cit.*

CONCLUSION

Beauty lies in the eye of the beholder. L'on pourrait croire ce proverbe né pour les membres de la doctrine juridique française des deux premiers tiers du XIX^e siècle... Parce que la France est *terre de modèles juridiques*, les horizons étrangers paraissent alors aux yeux de la plupart de ses juristes aussi lointains qu'imperceptibles. Parce qu'elle est une terre *riche*, ces derniers s'en accommodent, mieux : ils s'y confortent, ils s'y complaisent, *ils s'y établissent*, se nourrissant abondamment de ce qu'elle leur apporte en constitutions, en codes, en lois spéciales mais aussi en cours suprêmes, en jurisprudence ou encore en institutions. Alors encouragée, du moins dirigée de façon assez contraignante, par « l'Etat » dans la « voie exégétique », méthode qui irrigue les différentes matières juridiques, la doctrine laboure ses propres champs (de recherche), avec ses propres outils : les *textes de droit français*.

Dans un tel contexte, elle ne se soucie guère, apparemment, de l'activité juridique – législative ou doctrinale – de ses voisins. La doctrine juridique française travaille mais sur les droits étrangers, elle garde le silence ou observe les choses avec condescendance. Laissons-lui dès lors le dernier mot afin de clore ce premier chapitre :

« Que nos voisins acceptent, s'ils le veulent, la consolation qui leur est offerte, nous ne la leur disputerons pas, et peut-être la vue de nos maux les aidera-t-elle à supporter les leurs. Nous aussi sachons profiter de cet enseignement. [...] Si nous reportons [...] nos regards sur la législation de notre pays, je crois pouvoir l'affirmer avec confiance, il n'est pas un de nous qui ne recueille de cette étude plus d'estime pour les lois de la France et ne sente dans son cœur s'accroître son attachement et son amour pour les institutions sous lesquelles nous avons le bonheur de vivre. Plus je vis l'étranger, plus j'aimai ma patrie »²⁵⁴...

²⁵⁴ L. CAILLOUE, « Notice sur le tribunal établi en Angleterre sous le nom de Cour de Chancellerie », *Thémis*, t. X, 1830-1831, p. 481.

CHAPITRE II – LES OUVERTURES DE LA DOCTRINE JURIDIQUE FRANCAISE

75 % des publications majeures ayant vu le jour entre 1815 et 1869 restent silencieux à l'égard des textes de droit étranger²⁵⁵. 15 % en font une utilisation sans pour autant que l'on puisse parler encore de juristes véritablement *comparatistes* c'est-à-dire se consacrant entièrement – ou, à tout le moins, pour une très grande partie de leur œuvre – à la comparaison juridique²⁵⁶. Cette catégorie d'auteurs que nous visons désormais ne correspond pas nécessairement à la génération succédant à celle des juristes « silencieux » mais elle comprend ceux qui se réfèrent, citent et utilisent les textes étrangers, normatifs ou doctrinaux. Bien souvent, il s'agira de simples renvois à titre indicatif, de traductions ou encore d'exposés sommaires d'une loi, d'une institution ou d'un système juridique – parfois qualifié de *modèle* (repoussoir ou non) – au détour d'un développement spécifique ou quelquefois tout au long de l'ouvrage concerné mais sans jamais prétendre cependant à une œuvre de droit comparé.

Les civilistes fournissent le contingent le plus important avec seize auteurs²⁵⁷ sur les trente-cinq concernés. Parmi eux, Delvincourt, Demolombe mais surtout Aubry et Rau, soit des professeurs qui ont tenté – contrairement à ce que l'on pourrait croire au premier abord – de *sortir de la stricte exégèse* notamment en s'orientant, pour la plupart d'entre eux, vers un commentaire plus synthétique (Section 1). En outre, des auteurs comme Boncenne ou Acolas recourent aux expériences juridiques étrangères tantôt pour promouvoir, tantôt pour critiquer le droit français (Section 2). Enfin, André-Marie-Jean-Jacques Dupin, dit « Dupin aîné » (1783-1865), (Firmin) Laferrière, Michelet (1798-1874), Lerminier ou encore Klimrath ont en commun d'être des tenants de la *méthode historique* à la suite de l'importation des idées de l'Ecole historique allemande (Section 3).

²⁵⁵ Cf. Tableau 1, dans la partie Annexes, p. 519.

²⁵⁶ Cette catégorie d'auteurs forme les 10 % restants et fait l'objet du Titre suivant (Titre II).

²⁵⁷ Quatorze ouvrages sont en fait concernés puisque deux ont été coécrits : le *Cours de droit civil français* d'Aubry et Rau et *Le droit civil français* de Massé et Vergé.

Section 1 – Le commentaire synthétique : une première ouverture au droit étranger

Si l'application de la méthode exégétique constitue un frein à la comparaison²⁵⁸, il est néanmoins très délicat, sinon incorrect, de ne retenir des exégètes qu'une interprétation littérale des textes normatifs français. A vrai dire, certains exégètes français, sous l'influence de la pensée allemande, savent aussi faire preuve de constructions juridiques plus abstraites ou, à tout le moins, rechercher des principes de droit au-delà des textes français (§1). Le meilleur exemple est donné par Aubry et Rau et leur *Cours de droit civil français* (§2).

§1. La recherche de principes juridiques au-delà des textes français

Initialement, les « écoles de droit » avaient pour mission d'assurer la formation des gens de robe et plus généralement des praticiens²⁵⁹. En 1845, Demolombe continue d'ailleurs à déplorer, dans la préface de son *Cours de Code civil*,

« cette espèce de divorce, que l'on remarque parfois entre la théorie et la pratique et ces dédains réciproques qu'elles se témoignent si mal à propos de part et d'autre... Comme si la théorie, étrangère au progrès du temps et des mœurs, privée des enseignements de l'expérience, ne devait pas dégénérer bientôt en vaine spéculation ! Comme si la pratique sans méthode et sans règles, n'était pas autre chose, à son tour, qu'une pitoyable et dangereuse routine ! Rien n'est donc plus nécessaire et plus désirable que leur alliance pour conserver à la science du droit son caractère essentiel, pour la maintenir dans sa voie, pour la diriger enfin vers le but marqué à ses efforts, vers un but d'application utile, positive et pratique »²⁶⁰.

En d'autres termes, les exégètes français – il est en effet possible de conserver ce qualificatif²⁶¹ – ont avant tout le souci de guider les praticiens à travers les codes et autres textes normatifs²⁶² en leur donnant les clés nécessaires à leur compréhension. A ce titre, Philippe Jestaz et Christophe Jamin rappellent que « les explorateurs du code [civil] ne sont pas des théoriciens en ce sens qu'ils ne théorisent pas sur le droit »²⁶³. En revanche, tous, y compris dès les premiers temps de l'exégèse, entendent dégager des principes sur la base des textes qu'ils commentent et, ainsi, dépasser leur lettre. Toullier, habituellement présenté comme l'un des pionniers de l'« Ecole de l'exégèse », est l'un d'eux. Ayant fait ses études de

²⁵⁸ Cf. *supra.*, p. 41 et s.

²⁵⁹ Cf. *supra.*, p. 42.

²⁶⁰ C. DEMOLOMBE, *Cours de Code civil*, Paris, Auguste Durand, t. I, 1845, p. iv-v.

²⁶¹ Les raisons en sont données plus loin.

²⁶² L'exégèse n'ayant effectivement pas concerné les seules matières codifiées. Sur l'exégèse au-delà du droit civil : cf. *supra.*, p. 49 et s.

²⁶³ P. JESTAZ et C. JAMIN, *La doctrine, op. cit.*, p. 89. Ces derniers poursuivent : « Même dans les préfaces de Troplong, la philosophie demeure fort superficielle et ne tiendrait pas un instant devant un tribunal de philosophes. Elle n'est faite que d'une accumulation de citations, destinées le plus souvent à démontrer le caractère transactionnel du code. Que l'on ait qualifié Troplong de "philosophe" des exégètes ne prouve en définitive qu'une chose : que ses pairs l'étaient bien peu ! » (*Ibid.*, p. 89-90).

droit à Rennes, il devient licencié et avocat en 1775, docteur en 1776 puis docteur-agrégé à la faculté de droit de Rennes en 1778 mais n'y donne cependant pas de cours. Appuyé par Jean-Denis Lanjuinais (1753-1827), Toullier est nommé « professeur de Code civil » l'année de l'établissement de l'Ecole de droit de Rennes (1806) et en devient doyen six ans plus tard. Seulement, bien qu'il soit favorable à la Restauration et à la Charte, il se montre hostile à la Terreur blanche en refusant de dénoncer les étudiants contestataires ; ce qui lui vaut alors d'être suspendu de ses fonctions décanales de 1816 à 1830. Pendant cet épisode, Toullier exerce comme avocat-consultant et devient bâtonnier de l'ordre des avocats de Rennes de 1816 à 1817 et de 1823 à sa mort, en septembre 1835²⁶⁴.

Dans son *Supplément* à la première édition des huit premiers volumes du *Droit civil français*, Toullier affirme déjà :

« Ma méthode n'est point celle des hommes savants qui m'ont précédé. J'ai d'abord cherché les principes de la théorie, et j'ai tâché de les puiser, non seulement dans l'histoire, dans la comparaison de nos nouvelles lois avec les anciennes, avec les lois romaines, et même quelquefois avec les législations voisines »²⁶⁵.

C'est dire si le jurisconsulte rennais a très tôt entendu forger certains principes juridiques dans le creuset de la comparaison. En 1824, lors de la quatrième édition de ce qui reste son œuvre principale, l'auteur ne se dément pas, estimant en effet que « l'esprit s'éclaire par la comparaison de ce qu'on pense sur un point de droit chez les autres nations »²⁶⁶. Il est vrai qu'au long de ses nombreux volumes²⁶⁷, Toullier renvoie fréquemment aux dispositions du Code civil prussien de 1794²⁶⁸ sans l'ériger toutefois en *modèle*, en ce sens qu'il ne s'agit en effet que d'indications d'ailleurs reléguées la plupart du temps au rang de notes. Prenons un exemple avec le commentaire qu'il propose de la Section III (« De la remise de la dette ») du Chapitre V (« De l'extinction des obligations ») du Titre III (« Des contrats et obligations conventionnelles ») du Livre III (« Des différentes manières dont on acquiert la propriété ») du Code de 1804. Toullier part effectivement d'un *principe* : celui par lequel toute obligation conventionnelle peut s'éteindre par une convention contraire, sauf exception légale, et que chaque partie, en la supposant maîtresse de ses droits et capable de contracter, peut faire remise à l'autre du droit qu'elle avait acquis par la première convention. Ce principe est alors interrogé par le commentateur : « la seule manifestation de la volonté du créancier, qui

²⁶⁴ Pour une biographie plus complète et détaillée, consulter : J.-B. DUVERGIER, « C.-B.-M. TOULLIER, Notice sur sa vie et son œuvre », *Revue de législation et de jurisprudence*, t. III, oct. 1835-mars 1836, p. 262 et s. ; J. TONNEAU, *Un jurisconsulte de transition : Charles Toullier et son temps*, Thèse, Droit, Rennes, 1962 ; J.-L. HALPERIN, V° « Toullier », *Dictionnaire historique des juristes français...*, op. cit., 1^{ère} éd., 2007, p. 746-747 ; F. CHENEDE, « Charles Toullier, les sources de l'obligation », *Revue des contrats*, n° 3, 1^{er} juillet 2010, p. 1015 et s. ; F. CHENEDE, « Charles Toullier, le quasi-contrat », *Revue des contrats*, n° 1, 1^{er} janv. 2011, p. 305 et s.

²⁶⁵ C.-B.-M. TOULLIER, *Supplément au Droit civil français*, Paris, B. Warée, 1820, p. iv.

²⁶⁶ C.-B.-M. TOULLIER, *Le droit civil français, suivant l'ordre du Code, ouvrage dans lequel on a réuni la théorie à la pratique*, Paris, Warée oncle et Warée fils aîné, 4^e éd., t. VII, 1824, p. 411.

²⁶⁷ Nous en avons dénombrés treize en ce qui concerne la quatrième édition qui s'étend de 1824 à 1828.

²⁶⁸ L'auteur précise à ce titre que le Code prussien a été traduit et publié par ordre du ministre de la justice, et imprimé en l'an IX à l'Imprimerie de la république.

déclare faire remise de la dette, en opère-t-elle l'extinction avant que le débiteur ait accepté cette remise ? »²⁶⁹. En cela, Toullier rejoint parfaitement ses pairs exégètes qui ont en effet un goût prononcé pour la controverse, « [celle-ci] fait partie de leur méthode : on controverse avec tous les auteurs de toutes les époques. Il n'est pas rare de voir tel jurisconsulte romain débattre avec un juriste du XVI^e ou du XVII^e siècle, Cujas fréquente Ulpien et il arrive à Pothier de se voir contredit par Papinien... »²⁷⁰. Sur le point de droit qui le retient, Toullier fait appel par exemple à Jean Barbeyrac (1674-1744), principalement connu en sa qualité de traducteur de Samuel von Pufendorf (1632-1694)²⁷¹, mais aussi aux observations d'un « professeur à l'université de Glasgow », Carmichael²⁷², ou encore à l'opinion de Robert-Joseph Pothier (1699-1772) à laquelle il se range par ailleurs, déclarant en définitive que « la remise qui n'a point encore été acceptée par le débiteur, peut être révoquée par le créancier, et qu'elle s'évanouit, soit par la mort du créancier, soit par celle du débiteur, survenue avant l'acceptation »²⁷³. Surtout, lorsqu'il s'intéresse plus loin aux présomptions légales de remise de dette, Toullier rappelle que « le droit romain mettait la cancellation du titre de créance, au nombre des présomptions légales [...] de remise, sauf néanmoins la preuve du contraire »²⁷⁴ et finit par se référer, en note, au Code prussien dont il cite deux dispositions²⁷⁵ et pour lesquelles il se justifie : « Nous citons assez souvent le Code prussien, parce que ce Code étant l'ouvrage d'un profond jurisconsulte, son autorité est toujours d'un grand poids »²⁷⁶.

En somme, Toullier, et beaucoup d'exégètes avec lui, ne se limite jamais vraiment à un commentaire purement exégétique. Certains abandonnent même très tôt l'exégèse au profit d'une autre méthode : la *synthèse*²⁷⁷, dont le *Cours de droit civil français* d'Aubry et Rau fournit le meilleur exemple²⁷⁸. D'autres adoptent enfin une position intermédiaire c'est-à-dire mi-exégétique, mi-synthétique. Demolombe, quant à lui, entend suivre l'ordre général des livres et des titres du Code civil, en distribuant toutefois chacun des titres suivant l'ordre qui lui paraît « le meilleur et le plus propre à la démonstration et au *développement des*

²⁶⁹ *Ibid.*, p. 388-389.

²⁷⁰ P. JESTAZ et C. JAMIN, *La doctrine*, op. cit., p. 90.

²⁷¹ G. MARIA LABRIOLA, V^o « Barbeyrac », *Dictionnaire historique des juristes français...*, op. cit., 1^{ère} éd., 2007, p. 35.

²⁷² Sur lequel nous ne disposons pas d'informations complètes.

²⁷³ C.-B.-M. TOULLIER, *Le droit civil français...*, op. cit., p. 390.

²⁷⁴ *Ibid.*, p. 410.

²⁷⁵ « Le Code prussien admet aussi cette présomption légale. Le tit. 14 de la 2^e part., sect. du paiement, art. 102, porte : "Lorsque, du vivant du créancier, ou dans sa succession, le billet se trouve déchiré, coupé ou annulé d'une façon quelconque, il y a présomption légale que la créance fondée sur ce titre a été elle-même éteinte d'une ou d'autre manière." Art. 103. "Cette présomption cesse, dès qu'il peut être prouvé que le dommage est un pur accident, ou qu'il vient des faits du débiteur même, ou d'un tiers, sans approbation ou participation du créancier." » (*Ibid.*, p. 411).

²⁷⁶ *Ibid.*, p. 411.

²⁷⁷ Philippe Jestaz et Christophe Jamin définissent la synthèse comme étant la seconde phase de la dogmatique, la première étant celle de l'analyse pouvant être exégétique mais pas nécessairement (P. JESTAZ et C. JAMIN, *La doctrine*, op. cit., p. 72).

²⁷⁸ Sur ce point, cf. *infra*, p. 78 et s.

principes »²⁷⁹ ; aussi ne veut-il pas « réveiller [...] la vieille querelle du commentaire et du traité, de la méthode exégétique et de la méthode dogmatique »²⁸⁰. Il mérite à ce titre une attention particulière. Ayant fait ses études de droit à Paris, Demolombe est nommé en 1831 professeur titulaire de la chaire de Code civil à Caen qu'il occupera avec passion (il refuse notamment une chaire de droit civil à Paris, un poste de conseiller et de procureur général près la Cour de cassation ou encore un siège inamovible au Sénat !) jusqu'à son décès, en 1887. Doyen de la faculté à partir de 1853, il est admiré de tous et jouit, comme professeur, d'une notoriété nationale et même internationale. Son *Cours de Code civil* en 31 volumes, publiés à partir de 1845 (le 32^e volume, commencé en 1879, restera inachevé), est une œuvre monumentale²⁸¹.

C'est à tort que l'on désigne Demolombe comme étant le « prince de l'exégèse ». S'il reconnaît en effet à la méthode exégétique quelques avantages, notamment celui de découvrir plus facilement la pensée du législateur, il n'hésite cependant pas à lui reprocher, « sinon d'empêcher absolument, du moins de favoriser très peu, par ses allures saccadées et décousues, cet esprit de méthode et de généralisation, cet ordre et cet arrangement systématique qui constituent la science et qui en rendent l'initiation plus puissante et plus efficace »²⁸². Aussi Demolombe propose-t-il une méthode alors considérée comme nouvelle :

« Je me suis [...] demandé, sur chaque sujet, après l'avoir considéré dans son ensemble, de quelle manière je voudrais qu'il me fût exposé à moi-même, si je n'en avais encore aucune notion ; et j'ai dû dès lors prendre toujours pour point de départ les règles premières et essentielles, *les principes*, les éléments enfin de la science... les éléments ! *les principes* ! cette base nécessaire de toute étude sérieuse et solide. Aussi ma constante préoccupation est-elle de les bien poser, de les mettre en relief, de les discipliner surtout et de les classer dans l'ordre qui me paraît le plus clair et le plus rationnel, avec cet enchaînement méthodique qui en fait la puissance et la vérité »²⁸³.

Assurément, *la recherche de principes juridiques* et leur exposition systématique constitue chez cet autre exégète une part essentielle de son travail²⁸⁴. Or, là encore, l'auteur ne se prive pas de renvoyer à des lois étrangères, lesquelles viennent alors seulement appuyer une démonstration. En d'autres termes, il ne s'agit pas de comparaison juridique *stricto sensu* mais plutôt de donner du poids à une thèse défendue par celui qui écrit dans la mesure où, en se référant ainsi à une disposition étrangère, l'auteur indique que ce qui a « simplement » valeur doctrinale en France, a valeur de loi ailleurs. En outre, cet argument d'autorité présente l'avantage de placer celui qui l'invoque dans une position apparemment neutre en ce sens que le principe en question apparaît moins comme le fruit de son raisonnement personnel et

²⁷⁹ C. DEMOLOMBE, *Cours de Code civil*, op. cit., p. vii. L'italique est de notre fait.

²⁸⁰ *Ibid.*, p. vii.

²⁸¹ Pour une biographie plus complète et détaillée, consulter : J. MUSSET, V^o « Demolombe », *Dictionnaire historique des juristes français...*, op. cit., 1^{ère} éd., 2007, p. 245.

²⁸² C. DEMOLOMBE, *Cours de Code civil*, op. cit., p. vii-viii.

²⁸³ *Ibid.*, p. i-ii. L'italique est de notre fait.

²⁸⁴ A ce propos, le terme « principe » est utilisé à sept reprises au cours de la préface du *Cours de Code civil*, longue de seulement dix pages.

davantage comme la solution déjà proposée et appliquée par d'autres c'est-à-dire par l'étranger.

Dans le tome VII de son *Cours*, Demolombe en vient par exemple à commenter l'article 452 du Code civil portant sur la vente des meubles du mineur par le tuteur²⁸⁵. Cette disposition ne s'appliquant, selon lui, qu'aux meubles corporels, le professeur soulève alors la question de savoir ce qu'il faut décider à l'égard des meubles incorporels qui appartiennent au mineur au moment de l'ouverture de la tutelle ou qui lui adviennent postérieurement et qui sont généralement d'une grande importance²⁸⁶ ; tels les établissements industriels et de commerce : usine, fabrique, magasin de nouveautés, épicerie, boulangerie, etc.

« En ce qui me concerne, écrit-il, [...] je pense qu'il ne sera pas possible d'annuler l'acte, vis-à-vis des tiers, pour défaut d'autorisation du conseil de famille, d'homologation du tribunal, ou de formalités quelconques, si, en effet, la loi n'exigeait [...] ni autorisation, ni homologation, ni formalités. S'agit-il, au contraire, d'apprécier la responsabilité à laquelle pourrait être tenu, envers le mineur, le tuteur [...] ? Je crois alors qu'il est dans le devoir du tuteur [...] de suppléer [...] à l'imperfection des textes, et, par conséquent, d'en référer au conseil de famille »²⁸⁷.

Appliquée à l'espèce précédemment retenue des meubles incorporels formant les établissements industriels et commerciaux (achalandage, réputation commerciale...), cette théorie amène par conséquent Demolombe à conclure que, « rigoureusement le traité fait même par le tuteur seul, devrait être maintenu à l'égard du tiers, si ce tiers était de bonne foi [...]. Que, néanmoins, le tuteur fera très-sagement [...] de ne traiter qu'avec l'autorisation du conseil de famille »²⁸⁸. Et Demolombe d'indiquer *in fine* :

« Le Code prussien a prévu cette hypothèse, dans son article 597 : "Quand une maison de commerce fait partie des biens d'un mineur, la volonté du testateur et l'intérêt du mineur doivent être consultés pour sa continuation ou sa discontinuation." [...] Voilà certainement aussi ce qu'il convient de faire chez nous ; et pour cela, le tuteur n'a pas de meilleure voie à prendre que de consulter le conseil de famille »²⁸⁹.

Le Code prussien semble en effet avoir particulièrement attiré l'attention des civilistes français, Delvincourt y compris. Né le 7 septembre 1762 à Paris, il y fait ses études de droit et devient avocat en 1784 puis docteur en droit l'année suivante. Recruté en 1790 en qualité de docteur agrégé à la faculté de droit de Paris, la Révolution interrompt cependant sa carrière universitaire avec laquelle il renoue finalement en 1808, année de la restauration des facultés de droit, où il obtient la chaire de Code civil. Royaliste, Delvincourt défend la Restauration ; il conserve ainsi sa qualité de doyen obtenue en 1809 et occupe en outre de nombreuses

²⁸⁵ Article 452 du Code civil, tel que commenté par Demolombe : « Dans le mois, qui suivra la clôture de l'inventaire, le tuteur fera vendre, en présence du subrogé tuteur, aux enchères reçues par un officier public, et après des affiches ou publications dont le procès-verbal de vente fera mention, tous les meubles, autres que ceux que le conseil de famille l'aurait autorisé à conserver en nature ».

²⁸⁶ « S'ils doivent ou s'ils peuvent être vendus ? S'ils peuvent l'être par le tuteur seul, sans autorisation du conseil de famille et sans formalités ? Ou si, au contraire, la vente ne doit être faite qu'avec l'autorisation de la famille, avec ou sans formalités ? » (C. DEMOLOMBE, *Cours de Code civil*, op. cit., p. 359).

²⁸⁷ *Ibid.*, p. 360-361.

²⁸⁸ *Ibid.*, p. 365.

²⁸⁹ *Ibid.*, p. 365-366.

fonctions officielles (censeur royal en 1814, membre du Conseil royal de l'Instruction publique à partir de 1822...). La Révolution de 1830 brisera toutefois définitivement sa carrière, en déclin depuis 1824, étant notamment révoqué de son décanat²⁹⁰.

A l'instar de son contemporain Toullier, Delvincourt mêle « tous les auteurs de toutes les époques »²⁹¹ dans son *Cours de Code Napoléon* publié pour la première fois en 1813 et réédité à deux reprises jusqu'en 1824²⁹². Surtout, l'écrit du doyen parisien contient plusieurs renvois aux dispositions prussiennes mais il ne s'agit une fois de plus que de simples indications, l'auteur se contentant en effet de reprendre, textuellement ou en substance, l'*Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten*, en précisant ou non le numéro de l'article dont il est question. De même, ces références étrangères lui servent-elles à fixer des principes. Un exemple nous est donné dès la Section première du Chapitre I du Titre préliminaire :

« Je pense que l'on peut établir en principe général, que l'on peut user d'une prescription établie par une loi nouvelle, même à l'égard d'une obligation déclarée jusque là imprescriptible, en commençant à compter le délai du jour de la promulgation de la loi nouvelle ; et que la même disposition doit être appliquée au cas d'une prescription plus courte, introduite par une loi de remplacement d'une plus longue. Cette doctrine est également consacrée par une disposition qui se trouve dans les lettres-patentes, portant promulgation du Code Prussien. Il y est dit, art. 17, que si, pour l'accomplissement d'une prescription déjà commencée au moment de la mise en activité dudit Code, il est fixé par la nouvelle loi un terme plus court que par l'ancienne, celui qui voudra s'autoriser d'une prescription ainsi raccourcie, le pourra, mais à la charge de commencer à en compter le temps, du jour de la mise en activité de la nouvelle loi seulement »²⁹³.

Finalement, cet engouement pour les principes juridiques ne montre qu'une chose : lorsqu'ils se lancent dans l'explication des codes français, certains auteurs ne visent pas exclusivement les praticiens mais souhaitent également « former de véritables jurisconsultes et par conséquent s'adonnent plus volontiers à une dogmatique parfois très abstraite »²⁹⁴ destinée, en premier lieu, aux étudiants²⁹⁵. Même Demante²⁹⁶, pourtant « partisan déclaré de la méthode exégétique »²⁹⁷, reconnaîtra :

²⁹⁰ Sur ces éléments biographiques, lire : N. HAKIM, V° « Delvincourt », *Dictionnaire historique des juristes français...*, op. cit., 1^{ère} éd., 2007, p. 240-241.

²⁹¹ Cf. *supra*, p. 70.

²⁹² Cette œuvre comporte en réalité la réédition des *Institutes de droit civil français* de Delvincourt, publiées en trois volumes dès 1808, et qui sont en fait la reproduction de ses cahiers dictés aux étudiants selon la réglementation en vigueur. A ces *Institutes*, qui résument et commentent rapidement le Code civil, Delvincourt y ajoutent des notes et des explications formant une glose du texte initial (N. HAKIM, *loc. cit.*). Précisons toutefois qu'a été utilisée, pour la présente thèse, l'édition bruxelloise du *Cours de Code civil*, en huit volumes publiés entre 1825 et 1827.

²⁹³ C.-E. DELVINCOURT, *Cours de Code civil*, op. cit., p. 15-16. L'italique est de notre fait.

²⁹⁴ P. JESTAZ et C. JAMIN, *La doctrine*, op. cit., p. 72.

²⁹⁵ Régulièrement, les auteurs-professeurs rappellent ce point dans leur préface : « Je voulais [...] faire un ouvrage qui fût à la portée de tout le monde, et surtout des Etudiants, auxquels j'ai consacré spécialement mes travaux » (C.-E. DELVINCOURT, *Cours de Code civil*, op. cit., p. x) ; ou encore : « Un cours est une œuvre d'enseignement ; et je n'aurais pas été fidèle à mon titre, si je ne m'étais pas appliqué à faire, avant tout, un livre doctrinal et didactique » (C. DEMOLOMBE, *Cours de Code civil*, op. cit., p. i).

²⁹⁶ Sur cet auteur, cf. *supra*, p. 47.

²⁹⁷ A.-M. DEMANTE, *Programme du cours de droit civil français fait à la Faculté de droit de Paris*, Paris, Alex-Gobelet, t. I, 1830, p. vii.

« Il ne faut pas laisser croire aux étudiants qu'ils sauront quelque chose quand ils auront admis sans examen, et retenu de mémoire, un certain nombre de solutions : ce qu'il faut leur apprendre, c'est à résoudre eux-mêmes les diverses questions qui se présentent tous les jours sous des faces nouvelles ; et pour cela, *il faut les initier dans la connaissance des principes* qui constituent la science. Les questions qu'on examine dans les cours doivent avoir pour objet unique de mettre ces principes en lumière, et, par l'application qu'on en fait à des cas supposés, d'exercer l'esprit à faire plus sûrement et plus facilement cette application à tous les cas possibles »²⁹⁸.

Aussi trouvons-nous au sein de notre corpus de nombreux « *commentaires raisonnés* » ou de « *droit (ou loi) étudié et expliqué par ses principes* », tel le *Traité des lois de l'organisation judiciaire et de la compétence des juridictions civiles* expliquées par les principes de la théorie, les doctrines des publicistes et les décisions des cours souveraines de Guillaume-Louis-Justin Carré. Né à Rennes en 1777, Carré se forme au droit, avec l'aide de Lanjuinais, à l'école centrale d'Ille-et-Vilaine (il y remporte le premier prix de législation sous le Directoire). Il devient alors défenseur officieux à Rennes et fonde également une école privée de droit et collabore à un conseil de jurisprudence charitable. Nommé professeur de procédure civile et de législation criminelle en 1806 à la faculté de droit de Rennes, il est ensuite choisi comme conseiller à la cour d'appel de cette même ville pendant les Cent-Jours mais revient finalement à la faculté lors de la seconde Restauration, succédant à Toullier²⁹⁹ comme doyen, sans pour autant cesser de plaider ou consulter. Favorable à la révolution de Juillet qu'il accueille en reprenant l'uniforme de garde national, il est déçu de ne pas être nommé magistrat en 1830 alors qu'il est accablé par les dettes laissées par son père. Carré meurt le 14 mars 1832 à Rennes³⁰⁰.

Dans son *Traité*, Carré cite lui aussi le Code prussien mais toujours avec mesure c'est-à-dire sans jamais entrer dans une comparaison complète avec le droit français ; ces citations ne faisant l'objet par ailleurs que de simples notes. Lorsque, par exemple, le doyen rennais examine l'article 4 du Code civil français³⁰¹, il rappelle alors dans l'une de ces notes que « ce *principe*, que le juge doit, en l'absence de texte positif de loi, se décider d'après les règles de l'équité [...] se trouve consigné dans plusieurs législations étrangères »³⁰². S'il cite à ce propos l'article 7 du « Code civil général autrichien » ainsi que les cours d'équité de l'Angleterre (« *courts of Equity* ») ; Carré reproduit également l'article 53 du Code général

²⁹⁸ *Ibid.*, p. vii-viii.

²⁹⁹ Sur cet auteur, cf. *supra.*, p. 85 et s.

³⁰⁰ Sur ces éléments biographiques : J.-L. HALPERIN, V^o « Carré », *Dictionnaire historique des juristes français...*, op. cit., 1^{ère} éd., 2007, p. 164.

³⁰¹ Ce développement se trouve à l'Article 6 du Chapitre premier du Titre premier du Livre premier de la Deuxième partie du Volume I du *Traité* de Carré, soit : G.-L.-J. CARRE, *Traité des lois de l'organisation judiciaire et de la compétence des juridictions civiles expliquées par les principes de la théorie, les doctrines des publicistes et les décisions des cours souveraines*, Paris, Delamotte, 2^e éd., t. I, 1839, p. 165-171.

³⁰² *Ibid.*, p. 169. L'italique est de notre fait.

pour les états prussiens³⁰³ qu'il résume finalement par cette formule : « Ici l'équité est appliquée selon l'esprit général des lois du pays ; la loi en fait une obligation au juge »³⁰⁴.

En matière pénale, la même volonté de fixer les principes et de donner une explication *raisonnée* du droit s'observe chez les auteurs. Achille Morin est l'un d'eux. Né à Rouen le 25 octobre 1802, il devient docteur en droit, avocat à la Cour de Paris en 1833 puis avocat aux Conseils en 1836. Il est, à partir de 1838, le rédacteur du *Journal du droit criminel* fondé en 1829 par Chauveau et Hélie. Appelé comme conseiller à la Cour de cassation en 1871, il se suicide peu après à Saint-Germain le 23 juin 1874³⁰⁵. Morin est notamment l'auteur d'un *Dictionnaire du droit criminel : répertoire raisonné de législation et de jurisprudence, en matière criminelle, correctionnelle et de police, contenant le résumé de toutes les lois, opinions d'auteurs et solutions de jurisprudence* (1842) au début duquel il donne une « Bibliothèque de droit criminel ou indication des principaux auteurs et recueils cités dans cet ouvrage »³⁰⁶. Parmi eux, de nombreux jurisconsultes français tels Henrion de Pansey, Merlin, Jean-Guillaume Locré (1758-1840), Jean-Marie-Emmanuel Le Graverend (1776-1827), Carré, Dupin aîné, Béranger, Rossi, Cormenin, Fœlix, Duvergier, Hélie, Berriat-Saint-Prix, Chauveau, Ortolan, Boitard, Tocqueville ou encore Massé³⁰⁷ ; mais la « Bibliothèque » contient également plusieurs ouvrages d'auteurs étrangers comme la *Théorie des peines et récompenses*, le *Traité de la législation civile et pénale* et le *Traité des preuves judiciaires* de Jeremy Bentham (1748-1832) ; le *Rapport sur le projet d'un Code pénal, fait à l'assemblée générale de la Louisiane, suivi d'observations sur les conditions nécessaires à la perfection d'un Code pénal* du Louisianais Edward Livingston (1764-1836) ou encore l'*Esprit, origine et progrès des institutions judiciaires des principaux pays de l'Europe* du Néerlandais Jonas Daniel Meyer (1780-1834). De la même manière, Morin donne dans son *Répertoire général et raisonné du droit criminel* une liste, sensiblement identique à celle de l'œuvre précédente, des « auteurs et ouvrages cités dans le Répertoire du droit criminel », classés sur huit pages par ordre alphabétique et parmi lesquels figure Mittermaier avec qui Morin était par ailleurs en correspondance³⁰⁸.

Particulièrement évocateur est enfin le titre de l'œuvre de Claude-Joseph Tissot (1801-1876) : *Le droit pénal étudié, dans ses principes, dans les usages et les lois des différents peuples du monde*, publiée en 1860 et comportant deux tomes. Une fois de plus, la

³⁰³ « Si le juge ne trouve aucune loi qui puisse servir à la décision de l'espèce en litige, il doit, après avoir mûrement délibéré, prononcer suivant les principes généraux établis dans le code des lois, et d'après les ordonnances rendues pour des circonstances semblables ».

³⁰⁴ *Ibid.*, p. 169.

³⁰⁵ O. MOTTE, *Lettres inédites de juristes français du XIX^e siècle...*, op. cit., t. II, 1990, p. 1306 et s.

³⁰⁶ A. MORIN, *Dictionnaire du droit criminel : répertoire raisonné de législation et de jurisprudence, en matière criminelle, correctionnelle et de police, contenant le résumé de toutes les lois, opinions d'auteurs et solutions de jurisprudence*, Paris, Durand, 1842, p. iii-viii.

³⁰⁷ Tous ces auteurs font partie de notre corpus.

³⁰⁸ O. MOTTE, *loc. cit.*

recherche de principes n'est jamais très loin de ce que l'on pourrait appeler un « commencement de comparaison juridique ». Né aux Fourgs (Doubs), Tissot débute sa carrière comme régent au collège de Dole (Jura) en 1829 (il est alors bachelier ès lettres et licencié en droit) et devient ensuite professeur provisoire de philosophie au collège royal de Bourges à compter du 18 octobre 1831 puis au collège royal de Dijon à compter du 11 novembre 1834. En mars 1836, il est nommé chargé de cours de philosophie à la faculté des lettres de Dijon où il devient trois ans plus tard professeur de philosophie et même doyen le 4 juillet 1861. Tissot est resté célèbre pour avoir introduit en France la philosophie d'Emmanuel Kant (1724-1804) dont il est par ailleurs le principal traducteur au XIX^e siècle. Echappant ainsi, par sa situation universitaire, à l'enseignement positiviste du droit, il consacre la plupart de ses œuvres juridiques à l'étude philosophique du droit, notamment constitutionnel et international, ainsi qu'à l'idée de volontarisme juridique³⁰⁹. Tissot est admis à la retraite en 1871, il meurt à Dijon le 17 octobre 1876.

Dans la préface de son *Droit pénal*, le professeur dijonnais reconnaît qu'il aurait pu « mettre plus largement à profit les estimables travaux qui se sont accomplis en Europe, particulièrement en Allemagne, sur cette branche du droit, dans ces derniers temps »³¹⁰, et évoque à ce titre « ceux de Stubel, de Feuerbach, de Klein, de Kleinschrod, de Grolman, de Tittman, de Bauer, qui sont d'un caractère plus particulièrement philosophique ; ceux de Klenze, Marzeoll, Abegg, Heffter, Luden, Koestlin, Berner, d'un caractère historique plus marqué ; ceux de Martin, Henke, Mittermaier, Birbaum, Hepp, Welcker, Hufnagel, Werner, etc., où l'érudition, la connaissance des législations et de la jurisprudence pratique tiennent une plus grande place »³¹¹. Assurément ouvert à la pensée juridique allemande, Tissot regrette seulement de ne pas avoir eu le temps ni l'espace suffisants pour la retranscrire³¹².

Pour le reste, et conformément à ce qu'annonçait le titre de son ouvrage, l'auteur indique effectivement de nombreuses *lois des différents peuples du monde*. Dans son introduction aux cinq Livres composant sa Troisième partie sur la poursuite des délits, il pose par exemple la

³⁰⁹ C'est justement en raison de sa formation de juriste (licence en droit) et de ses œuvres principalement juridiques – lesquelles étaient lues, au demeurant, par les juristes contemporains – que Tissot, bien que professeur de philosophie, figure ainsi parmi les auteurs de doctrine juridique. Ce dernier a d'ailleurs son entrée au *Dictionnaire historique des juristes français* : G. BIGOT, V^o « Tissot », *Dictionnaire historique des juristes français*..., op. cit., 1^{ère} éd., 2007, p. 744.

³¹⁰ C.-J. TISSOT, *Le droit pénal étudié, dans ses principes, dans les usages et les lois des différents peuples du monde*, Paris, Cotillon, t. I, 1860, p. liv.

³¹¹ *Ibid.*, p. liv.

³¹² « Le temps et l'espace nous ont manqué. Et quand nous aurions eu les loisirs nécessaires pour mettre à profit tous ces ouvrages, d'autres œuvres non moins estimables seraient bientôt venues réclamer la même attention et nous sommer d'ajourner encore notre publication. De cette manière, le temps de parler pour notre compte ne serait jamais venu. Je veux bien qu'il n'y eût pas eu grand mal à cela ; mais en voyant la chose de plus haut, en raisonnant en thèse générale, il faut ou se condamner à un silence perpétuel, ou se résigner à ne pas connaître ou tout au moins à laisser ignorer des travaux estimables. Le principe de toujours apprendre sans essayer jamais d'enseigner, s'il était généralisé, aurait bien plus d'inconvénients que celui de parler sans connaître et sans faire connaître tout ce qu'il y aurait de bon à savoir et à répandre. Il suffit de laisser à chacun et à chaque génération la tâche » (*Ibid.*, p. liv-lv).

question des emprunts mutuels que peuvent se faire les législations entre elles et remarque que :

« Il ne suffit pas que des institutions, un Code par exemple, soit absolument meilleur qu'un autre, pour qu'il puisse être adopté par d'autres peuples que celui pour lequel il est fait, et auquel il convient à merveille ; il faut encore qu'il cadre avec les mœurs, les lumières et les autres institutions de ces peuples ; autrement, il y est impraticable, inutile ou dangereux. Le bien, en fait d'emprunts de ce genre, est donc essentiellement relatif. On conçoit que des peuples qui ont autant d'affinité entre eux que ceux des Etats-Unis et de la Grande-Bretagne, que la France et la Prusse même, puissent plus facilement se faire des emprunts en matière législative que la Russie, par exemple, n'en peut faire à la France »³¹³.

A cet égard, Tissot consacre deux notes aux ressemblances et aux différences qui existent respectivement entre les Etats-Unis et la Grande-Bretagne et entre la France et la Prusse. Pour les premiers, le criminaliste écrit :

« *Grande ressemblance* avec la législation criminelle de la Grande-Bretagne : Des deux parts, cours d'équité ; aveu de la culpabilité suffisant pour convaincre ; influence des juges tenant les assises, sur la délibération du jury ; moyen de preuves, manière de les proposer. *Différence* : Un procureur de l'Etat en Amérique, ou un accusateur public, tandis qu'en Angleterre ce soin est laissé aux parties lésées ; ce n'est que par exception que le gouvernement confie à un avocat du *commun* le soin de poursuivre au nom de la couronne. En Ecosse, il y a un accusateur public permanent »³¹⁴.

Quant aux secondes :

« Le Code de procédure criminelle de la Prusse, révisé en 1846, a fait à notre Code d'instruction criminelle des emprunts considérables : le ministère public, le débat oral, la publicité des audiences, l'information préliminaire ou l'instruction séparée de l'examen, et la distinction des diverses espèces de délits. Les tribunaux ne sont plus chargés de poursuivre d'office ; ils en sont requis par un ministère public ; ils prennent connaissance immédiate des faits, se mettent en rapport avec le prévenu ; leur conscience n'est plus enlacée par les preuves légales, etc. Plus de distinctions entre les preuves et les indices, entre les preuves complètes et les demi-preuves, entre les indices prochains et les éloignés. Mais on y aperçoit encore la distinction des peines en ordinaires et en extraordinaires, le renvoi de l'instance, la défense de l'accusé par le ministère public, le droit de défense imparfaitement reconnu [...]. C'est dans la procédure cependant que les progrès du nouveau Code prussien sont le plus notables, surtout lorsqu'on le compare à la procédure criminelle des autres pays de l'Allemagne »³¹⁵.

En résumé, qu'ils utilisent une méthode exégétique, dogmatique ou intermédiaire, les juristes français cherchent tous à établir des principes juridiques sur la base des textes normatifs français auxquels certains auteurs ajoutent parfois, et de façon relativement modeste c'est-à-dire généralement sous la forme de simples notes, quelques dispositions issues de droits étrangers. C'est par ailleurs dans le même esprit que s'inscrira le *Cours de droit civil français* d'Aubry et Rau.

³¹³ *Ibid.*, t. II, 1860, p. 326-327.

³¹⁴ *Ibid.*, p. 326-327.

³¹⁵ *Ibid.*, p. 327.

§2. Le Cours de droit civil français d'Aubry et Rau

Charles Aubry est né le 20 juin 1803 à Saverne. Ayant fait ses études au collège de Phalsbourg puis à Strasbourg, il s'inscrit à la faculté de droit selon le désir de ses parents. Licencié en 1822, docteur en 1824, il est recruté comme professeur suppléant en 1830 avant de devenir professeur titulaire de Code civil en 1833 (avec dispense d'âge). Nommé doyen de la faculté de droit de Strasbourg par le ministre de l'Instruction publique, Charles Giraud (1802-1880), en 1851, il le restera jusqu'en 1870. Manifestement apprécié de tous les recteurs et ministres du Second Empire, ses idées religieuses – il est catholique – ne lui portent nullement préjudice. Ayant décliné une première fois l'honneur d'en faire partie, Aubry entre finalement à la Cour de cassation en 1870. A ce titre, il siège quelques mois à la chambre criminelle en 1872 puis à la chambre civile de 1872 à 1878. Il meurt à Paris le 12 mars 1883³¹⁶.

Surtout, l'on retiendra d'Aubry qu'il est l'auteur du *Cours de droit civil français* écrit en collaboration avec son collègue Rau. Né le 3 août 1803, Frédéric-Charles Rau fait ses études secondaires à Bouxwiller. Il est alors licencié en droit en 1823, devient avocat puis soutient sa thèse de doctorat en 1826. Juge suppléant à Strasbourg en 1832, il devient professeur-suppléant dès l'année suivante à la faculté de cette même ville puis professeur titulaire de Code civil en 1841. Aussi son parcours se caractérise-t-il par cette double orientation : lié à la pratique par ses fonctions judiciaires, il n'éprouve cependant aucun mal à se livrer à des études d'œuvres théoriques, notamment allemandes. Sa carrière universitaire est d'ailleurs remarquable et, à l'instar d'Aubry, le rectorat de Strasbourg sous le Second Empire le soutient volontiers, le considérant en effet comme « un des professeurs les plus distingués de la faculté ». De même son cabinet d'avocat est-il très fréquenté, il est en outre à la tête du barreau de Strasbourg en 1868 puis entre finalement à la Cour de cassation où il sera membre de la chambre des requêtes de 1870 à sa mort en 1877, sans cependant y exercer une influence déterminante.

En 1837, ces deux juristes publient le premier volume du *Cours de droit civil français* d'après le manuel, écrit en allemand, de Zachariæ. Dans la préface de la première édition, l'ouvrage est alors présenté comme la simple traduction du *Handbuch des Französischen Zivilrechts*³¹⁷ publié par le professeur à Heidelberg, Karl (ou Carl) Salomo Zachariæ von Lingenthal, né en 1769 et mort en 1843³¹⁸. Dès 1808, c'est-à-dire quatre ans seulement après

³¹⁶ Sur ces éléments biographiques : J.-L. HALPERIN, V° « Aubry », *Dictionnaire historique des juristes français...*, op. cit., 1^{ère} éd., 2007, p. 22-23.

³¹⁷ K. S. ZACHARIÆ VON LINGENTHAL, *Handbuch des Französischen Zivilrechts*, hrsg. von August Anschutz, Heidelberg, 1808.

³¹⁸ « Nous avons conçu le dessein de donner la traduction d'un ouvrage » (C. AUBRY et F.-C. RAU, *Cours de droit civil français par C. S. Zachariæ, Professeur à l'université de Heidelberg, traduit de l'allemand sur la cinquième édition (1839), et revu et augmenté avec l'agrément de l'auteur*, Bruxelles, Meline, Cans et Comp., 2^{nde} éd., t. I, 1850, p. 1 ; cette édition bruxelloise reproduit en effet la préface de la première édition française de 1837).

la promulgation du Code civil et pendant ce qui est encore l'occupation française en Rhénanie, Zachariæ s'est effectivement lancé dans l'analyse d'un texte – qu'il considérait d'ailleurs comme presque parfait – dans le but de familiariser les agents locaux avec le modèle de 1804. « Des dizaines d'œuvres françaises ou étrangères, certaines très connues, d'autres moins, voient en effet le jour pour offrir dans tous les territoires soumis des explications doctrinales, des guides pratiques, des commentaires détaillés, des modèles d'actes, aussi bien pour le droit civil que pour l'ensemble des modèles français »³¹⁹. En Allemagne, la publication de Zachariæ n'est donc pas un cas unique ; de nombreux autres ouvrages consacrés au Code Napoléon paraissent également à la même période³²⁰.

« Enchaîner d'une manière systématique, écrit pour sa part Zachariæ, les différentes matières qui forment l'objet du droit civil français ; rattacher les dispositions de la loi à des principes certains ; présenter à l'occasion des questions controversées, soit le résumé de mes investigations ou de celles de mes devanciers, soit du moins l'indication des commentateurs qui ont discuté ces questions, et celle des arrêts qui les ont décidées ; justifier et corroborer, par des citations d'autorités puisées dans la jurisprudence et dans la doctrine, tous les points sur lesquels la loi a pu laisser quelques doutes ; en un mot, exposer dans un ordre méthodique l'ensemble et les détails du droit civil français de manière à satisfaire tout à la fois les exigences de la science et les besoins de la pratique ; tel est le but que je me suis proposé d'atteindre »³²¹.

C'est, en d'autres termes, à un autre « traité *raisonné* » – ainsi Aubry et Rau qualifient-ils en effet l'ouvrage de leur homologue allemand – que les professeurs français ont recours pour « l'exposé des *principes* qui régissent chaque matière »³²². En cela, les auteurs strasbourgeois s'inscrivent dès lors complètement dans la recherche précédemment évoquée d'une méthode qui ne soit pas purement exégétique mais davantage systématique. La forme synthétique du commentaire de Zachariæ constitue d'ailleurs la première raison pour laquelle les collègues de la faculté de Strasbourg ont été « demander à l'Allemagne un ouvrage sur le Code civil »³²³, estimant en effet que « le cours de M. Zachariæ, aussi riche en détails que nourri de doctrine, allie de la manière la plus heureuse la pratique à la théorie, et réunit tous les avantages de la méthode exégétique à ceux d'un enseignement dogmatique »³²⁴.

Surtout, une seconde raison est avancée, à savoir l'adoption d'un plan *original*. Selon Aubry et Rau,

« le plan adopté par M. Zachariæ ne consiste pas dans un arrangement plus ou moins arbitraire des matières dont se compose le Code civil. Il est conçu d'après un ordre logique d'une rigueur telle que chaque matière vient nécessairement, et d'elle-même, pour ainsi dire, prendre la place qu'elle occupe. Tout en intervertissant l'ordre matériel des dispositions du Code, il en facilite l'intelligence par la liaison et l'enchaînement qu'il établit entre elles »³²⁵.

³¹⁹ S. SOLEIL, *Le modèle juridique français dans le monde...*, *op. cit.*, p. 257.

³²⁰ Pour quelques exemples: *Ibid.*, p. 258 et s.

³²¹ Cité par C. AUBRY et F.-C. RAU, *Cours de droit civil français...*, *op. cit.*, p. 1-2.

³²² C. AUBRY et F.-C. RAU, *Cours de droit civil français...*, *op. cit.*, p. 2. L'italique est de notre fait.

³²³ *Ibid.*, p. 1.

³²⁴ *Ibid.*, p. 2.

³²⁵ *Ibid.*, p. 2.

En effet, alors que le Code Napoléon est divisé en trois Livres (*Des personnes, Des biens et des différentes modifications de la propriété* et *Des différentes manières dont on acquiert la propriété*), Zachariæ propose une étude du Code en classant les matières selon un critère scientifique³²⁶. Concrètement, le manuel du professeur allemand est composé d'une introduction sur le droit français en général et le droit civil français en particulier. Le *Cours* est ensuite divisé en deux parties : l'une sur le droit civil théorique et l'autre sur le droit civil pratique (théories des actions, des preuves et de la prescription extinctive). La première partie est également divisée en deux avec une première subdivision intitulée « De l'état civil » qui traite de la capacité juridique et des circonstances qui peuvent exercer quelque influence sur cette capacité ; autrement dit, elle est une explication du Livre premier du Code civil, à l'exception des titres V à IX. La seconde subdivision, qui traite des droits qui peuvent appartenir aux personnes sur les objets du monde extérieur avec lesquels elles se trouvent en rapport, comporte deux livres : le premier s'occupe des droits sur les objets du monde extérieur envisagés dans leur individualité c'est-à-dire traite des droits réels (Livre II du Code, Titre XVIII et la majeure partie du titre XX du Livre III) et des droits personnels (théorie des obligations : Titres III, IV, VI à XVII du Livre III, à l'exception des règles relatives à la preuve des obligations ; théorie des droits de puissance et de famille : Titres V à IX du Livre I et Titre V du Livre III) ; le second s'occupe des droits sur les objets du monde extérieur envisagés comme parties intégrantes d'un patrimoine c'est-à-dire traite de la théorie générale du patrimoine (Titres XVI et XIX du Livre III) et de l'hérédité (Titres I et II du Livre III). Enfin, une introduction précède chaque division principale de l'ouvrage et présente sur la matière à laquelle elle se rapporte un aperçu historique, des vues critiques et des notions générales « de la plus haute utilité pour l'intelligence des dispositions du Code »³²⁷.

Ce sont cette méthode et ce plan qu'Aubry et Rau affirment ne pas avoir connus lorsqu'ils étaient étudiants ni même rencontrés chez leurs contemporains civilistes. Pour le dire autrement, cette ouverture franche à l'étranger que constitue la traduction de ces deux Strasbourgeois devait répondre à un *besoin doctrinal*.

« En rendant hommage, écrivent-ils en effet, aux travaux des auteurs qui, depuis la publication du Code civil, ont contribué aux progrès de la science du droit en France, nous croyons cependant qu'ils ont laissé une lacune à combler, *un besoin à satisfaire*. Nous avons senti ce besoin sur les bancs de l'école ; nous l'avons senti plus vivement encore, lorsqu'après les avoir quittés, nous avons voulu nous livrer à l'étude approfondie de notre législation civile. Nous cherchions un livre à l'aide duquel nous pussions systématiser les connaissances que nous avions acquises, un livre qui nous offrît un plan d'études pour les connaissances que nous avions à acquérir encore. Ce livre, nous sommes forcés de le dire, dût notre déclaration blesser la susceptibilité nationale, ce n'est point en France, c'est en Allemagne que nous l'avons trouvé »³²⁸.

³²⁶ C. BOCQUET, « Traduction juridique et appropriation par le traducteur. L'affaire Zachariæ, Aubry et Rau », *Actes du colloque international sur la traduction juridique, Les actes*, Genève, Berne, ETI-ASTTI, 2001, p. 5.

³²⁷ C. AUBRY et F.-C. RAU, *Cours de droit civil français...*, *op. cit.*, p. 3.

³²⁸ *Ibid.*, p. 1. L'italique est de notre fait.

Ainsi semble-t-il particulièrement curieux de noter que ce qui est considéré par beaucoup comme « le chef-d'œuvre de la science française au XIX^e siècle »³²⁹ n'est à première vue que le résultat d'une simple traduction française d'un manuel allemand. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle le *Cours* d'Aubry et Rau contient d'aussi nombreuses références à des ouvrages d'outre-Rhin, dont ils traduisent parfois les titres, tels que le *Ausführliches theoretisch-praktisches Commentar über den Codex Napoleon* de Christoph Christian Dabelow (1768-1830), la *Théorie de l'interprétation logique des lois en général, et des lois romaines en particulier* d'Anton Friedrich Justus Thibaut (1772-1840), le *Ausführliches Handbuch über den Codex Napoleon* de Karl von Grolman (1777-1843), le *Codex Napoleon dargestellt und commentirt* de Franz Georg Joseph von Lassaulx (1781-1818), le *Commentar über den Codex Napoleon* d'Ernst Peter Johann Spangenberg (1784-1833) ou encore *Der gemeine deutsche Process in Vergleichung mit dem preussischen und französischen Civilverfahren, und mit den neuesten Fortschritten der Processgesetzgebung* de Mittermaier.

De surcroît, d'autres productions doctrinales allemandes figurent dans l'œuvre des civilistes français dont le manuel de Zachariæ ne fait pourtant aucune mention. Il s'agit en premier lieu d'écrits publiés postérieurement à l'édition de Zachariæ que ce dernier ne pouvait donc pas, en toute logique, signaler. A titre d'exemples, sont ajoutés au fil des éditions du *Cours* d'Aubry et Rau le *Cours d'introduction générale à l'étude du Droit* de Falck Niels Nikolas³³⁰, la *Doctrina Pandectarum* de Christian Friedrich Mühlenbruch (1785-1843), le *Ausführliche Entwicklung der gesamten Verjährungslehre aus den gemeinen in Deutschland geltenden Rechten* de Karl August Dominik Unterholzner (1787-1838), les *Vorträge über das französische und badische Civilrecht* d'Anton von Stabel (1806-1880) ou encore le *Lehrbuch des franzoesischen Civilrechts* de Ludwig Frey (1810-1871)³³¹. Sur ce point, les traducteurs français se sont également expliqués dans leur préface de la première édition :

« En nous astreignant à la reproduction exacte de l'original, sans nous permettre d'y apporter aucune modification, le Cours dont nous publions la traduction, et dont la troisième édition date de 1827, n'aurait point été, en 1837, au courant des progrès de la science. Un travail de simple traduction n'eût donc pas rempli le but que nous devions nous proposer d'atteindre »³³².

« En somme pour eux *simple traduction* semble signifier traduction littérale, mot à mot. Aubry et Rau nous annoncent ainsi une traduction qui serait une sorte d'édition simplement revue et augmentée par les développements de la science postérieurs à la parution de l'édition en langue-source »³³³ sans prétendre en effet « accompagner la traduction de notes spéciales,

³²⁹ J.-L. HALPERIN, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, op. cit., p. 65.

³³⁰ Les dates de naissance et de mort nous sont restées inconnues.

³³¹ Ces auteurs sont effectivement cités dans la troisième édition (Paris, Cosse, 6 t., 1856-1863) du *Cours de droit civil français* d'Aubry et Rau.

³³² C. AUBRY et F.-C. RAU, *Cours de droit civil français...*, op. cit., p. 3-4.

³³³ C. BOCQUET, « Traduction juridique et appropriation par le traducteur. L'affaire Zachariæ, Aubry et Rau », art. cit., p. 7.

dans lesquelles [ils auraient] exposé [leurs] opinions particulières et fait entrer [leurs] additions »³³⁴. Bien qu'envisagée, cette combinaison aurait finalement été écartée, présentant, « outre la difficulté de son exécution matérielle, l'inconvénient de grossir démesurément le volume de l'ouvrage, et d'en augmenter considérablement le prix »³³⁵.

Plus qu'une mise à jour, l'analyse de détail de la traduction d'Aubry et Rau montre qu'il s'agit en réalité d'une véritable « adaptation aux goûts et aux besoins politiques du public-cible français »³³⁶. D'ailleurs, bien qu'ils aient affirmé le contraire dans leur préface, les traducteurs parleront plus loin de « *remaniement* qui pût faire considérer [cette] traduction comme une nouvelle édition française de [l'ouvrage de Zachariæ] »³³⁷.

« Nous ne pouvions entreprendre un semblable travail, poursuivent-ils, que du consentement de l'auteur, qui a daigné nous l'accorder avec une bienveillance dont nous le prions de recevoir nos remerciements publics. M. Zachariæ a fait plus encore : il a revu notre manuscrit, il a bien voulu nous éclairer de ses conseils, et nous encourager par ses concessions. Aussi sommes-nous bien rarement restés divisés d'opinion avec l'auteur. C'est dans ce cas seulement que nous avons cru devoir signer *les notes que nous avons ajoutées* »³³⁸.

Au-delà de cette contradiction, qui prend plutôt la forme d'une prétérition, il reste qu'au fur et à mesure des éditions du *Cours de droit civil français* – quatre, du vivant d'Aubry – les civilistes strasbourgeois se sont « [appropriés] une traduction au point de devenir les auteurs

³³⁴ C. AUBRY et F.-C. RAU, *Cours de droit civil français*..., *op. cit.*, p. 4.

³³⁵ *Ibid.*, p. 4.

³³⁶ C. BOCQUET, *loc. cit.* L'auteur prend un exemple que nous décidons de reproduire : « Au tout début de son ouvrage, Zachariæ nous présente le Code civil par rapport à l'ensemble des codes de l'Empire et il conclut : *Alle diese Gesetzbücher sind Schöpfungen Napoleons. Die Werke des Friedens sind dauernder als die Thaten des Krieges.* Ce qui pourrait se transcoder tout à fait banalement par : "Tous ces codes sont des créations de Napoléon. Les œuvres de paix sont plus durables que les faits de guerre." Qu'en font Aubry et Rau ? Il est vrai tout d'abord qu'on peut dire et faire croire à des Allemands que Napoléon est l'auteur, le rédacteur lui-même de tous les codes ; il est beaucoup plus difficile de le faire croire à des Français. Il faut donc atténuer une telle affirmation ; mais il y a plus que cela, et Aubry et Rau traduisent finalement par ce long développement : *Tous ces codes, préparés et discutés de la même manière, ont été promulgués sous le règne d'un prince dont la puissance n'est plus aujourd'hui pour l'Europe un sujet d'effroi mais dont les lois sont toujours l'objet de la reconnaissance des Français. Les travaux pacifiques du monarque législateur sont donc plus durables que les hauts faits d'armes du conquérant.* Serait-ce là ce que les spécialistes de la stylistique comparée, en vogue autrefois, appelleraient un étoffement ? On peut enfin et surtout se demander s'il n'y a pas dans cette traduction une coquille d'imprimerie ou alors une fausse coquille d'imprimerie. *Tous ces codes préparés et discutés de la même manière ont été promulgués sous le règne d'un prince dont la puissance n'est plus aujourd'hui pour l'Europe un sujet d'effroi* nous disent nos auteurs. N'ont-ils pas oublié deux lettres, et ne devrait-on pas lire : "...n'est plus aujourd'hui pour l'Europe qu'un sujet d'effroi" ? On peut être enclin à le penser, car la suite de la phrase exprime une opposition, par la conjonction *mais*. "...*mais dont les lois sont toujours l'objet de la reconnaissance des Français*". Si l'on n'ajoute pas le "que", le "mais" est illogique parce que les deux affirmations coordonnées par ce *mais* ne comportent alors pas d'opposition. Sur le plan politique maintenant, on peut penser qu'Aubry et Rau ont commencé leur traduction peu après la parution de la version de 1827 : on était alors sous Charles X, pour qui Napoléon n'était certainement qu'un sujet d'effroi. Nous sommes maintenant sous Louis Philippe qui, au contraire, encense le souvenir de Napoléon, parce qu'il en a bien besoin. Nous auteurs auraient-ils été tentés, au moment de corriger les dernières épreuves d'imprimerie, de plaire en supprimant deux lettres, quitte à oublier que leur phrase perdait ainsi sa cohérence ? Faute de preuves, chacun devra se faire une idée personnelle sur le sujet » (*Ibid.*, p. 8-9).

³³⁷ C. AUBRY et F.-C. RAU, *loc. cit.*

³³⁸ *Ibid.*, p. 4. L'italique est de notre fait.

originaux de l'œuvre »³³⁹. Le changement de titre à la quatrième édition (1869-1879), qui est celle à partir de laquelle les traducteurs commencent véritablement à s'éloigner de l'original en raison de l'évolution conséquente de la science juridique et de la jurisprudence en la matière, est à ce propos assez révélateur : le *Cours de droit civil français d'après l'ouvrage allemand de C.-S. Zachariæ* devient effectivement le *Cours de droit civil français d'après la méthode de C.-S. Zachariæ*³⁴⁰. En outre, bien que rares, les divergences d'opinion avec l'auteur allemand que signalent les jurisconsultes français ne sont pas pour autant inexistantes. Ainsi n'hésitent-ils pas, par exemple, à substituer leur propre approbation de l'article 340 du Code Napoléon à la critique du juriste allemand sur l'interdiction de la recherche en paternité ou à se rallier, contrairement à Zachariæ, à la théorie des statuts personnels et réels pour expliquer l'article 3 du Code civil ou encore à s'opposer à la théorie de la saisine successorale collective au profit des héritiers alors développée par le professeur d'Heidelberg³⁴¹.

Que faut-il retenir de ces commentaires synthétiques ? D'abord, la sur-présence du Code civil prussien. Sans doute s'explique-t-elle en premier lieu par le souci qu'ont les juristes français de « positionner » le Code de 1804 sur l'échiquier des grandes codifications européennes des XVIII^e et XIX^e siècles. En ce sens, les renvois à la législation prussienne ne doivent pas tromper : l'objet principal de ces commentaires reste avant tout le Code Napoléon ; il ne s'agit pas, autrement dit, d'une comparaison *stricto sensu* entre les deux codifications civiles. Lorsqu'il y a référence au texte prussien, c'est en effet bien souvent afin de dégager une « tendance législative » ou, plus précisément, un *principe juridique* que le commentateur français cherche justement à fixer et dont il trouve un exemple heureux de consécration législative (et par là même, la preuve qu'une telle consécration, en France, est également possible). En second lieu, cette sur-présence de la loi prussienne va de pair avec la réception, en France, de la pensée – juridique mais aussi philosophique – allemande³⁴². Les jurisconsultes français lisent en effet l'allemand et traduisent – à l'instar d'Aubry et Rau, Tissot, etc. – ou font traduire les ouvrages de leurs homologues d'outre-Rhin. Ainsi, la doctrine allemande a pu constituer un vecteur de diffusion du droit allemand auprès des juristes français.

En résumé, parce qu'il permet d'aller au-delà des textes normatifs nationaux, dans le but de dégager les « véritables » principes juridiques, le commentaire synthétique séduit les membres de la doctrine juridique française. Ainsi menée, cette recherche de principes apparaît effectivement comme une première ouverture aux textes de droit étranger – et notamment

³³⁹ C. BOCQUET, « Traduction juridique et appropriation par le traducteur. L'affaire Zachariæ, Aubry et Rau », art. cit., p. 11.

³⁴⁰ *Ibid.*, p. 11.

³⁴¹ J.-L. HALPERIN, V^o « Aubry », *Dictionnaire historique des juristes français...*, op. cit., 1^{ère} éd., 2007, p. 23.

³⁴² Cf. *infra.*, p. 97 et s.

ceux des territoires d'outre-Rhin – qui, parce qu'ils invitent les auteurs français à aborder leur droit *de l'extérieur*, leur permettent finalement de mieux observer ses qualités et ses défauts. En d'autres termes, ces textes étrangers deviennent autant d'*outils critiques* (positives ou négatives à l'égard du droit national) désormais mis à la disposition des juristes français.

Section 2 – Défendre ou critiquer : l'instrumentalisation de la législation comparée

Parmi les trente-et-un auteurs retenus en raison de leur *ouverture* aux droits étrangers, figurent – entre autres – Acollas et Boncenne. Si ces deux juristes partagent le point commun d'être des *libéraux*, il faut surtout retenir d'eux leur utilisation particulière de la législation comparée. En effet, si le comparatisme du premier est mis au service d'une critique de la codification napoléonienne (§1), celui du second sert au contraire la défense de la procédure civile « à la française » (§2).

§1. Critiquer la codification napoléonienne : le *Manuel de droit civil* d'Accollas

Emile-Pierre-René-Paul Acollas³⁴³ est un libre-penseur comme l'avait été son père avant lui, l'avoué Pierre Isidore Acollas³⁴⁴. Né le 27 juin 1826 à La Châtre, en Indre, Emile Acollas fait, à partir de 1844, ses études de droit à Paris où il caresse l'espoir de faire une carrière dans l'enseignement supérieur. Son peu de fortune et son « républicanisme combatif »³⁴⁵ l'écartent cependant des facultés de droit ; il échoue notamment dans sa tentative d'ouvrir un cours libre à la faculté de droit de Paris, en 1855³⁴⁶. Démocrate convaincu, Acollas poursuit la tâche de fonder rationnellement le droit sur les principes du XVIII^e siècle et de la Révolution française, défendant alors ardemment la rénovation de la science et des études juridiques qui suppose entre autres la refonte de la codification napoléonienne³⁴⁷. A ce titre, il se forme autour de lui un *Comité d'étude pour la refonte de la législation civile* qui se réunit à huit reprises entre mai 1866 et janvier 1867, avec la participation notable de Jules Favre (1809-1880), Jules Simon (1814-1896), Jules Ferry (1832-1893), Ferdinand Hérold (1828-1882) ou encore Eugène Henri Brisson (1835-1912)³⁴⁸. Au terme de débats parfois vifs, ces républicains

³⁴³ Sur cet auteur, consulter le dictionnaire auquel il a été largement emprunté : F. AUDREN, V^o « Acollas », *Dictionnaire historique des juristes français...*, op. cit., 1^{ère} éd., 2007, p. 4-6.

³⁴⁴ Ce dernier a notamment été avec Georges Sand l'un des fondateurs du journal républicain *L'Eclaireur de l'Indre*.

³⁴⁵ J.-L. HALPERIN, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, op. cit., p. 77.

³⁴⁶ Ce n'est que plus tard, en 1870, qu'il acceptera, d'ailleurs sans enthousiasme, un poste de professeur de droit civil à la faculté de droit de Berne auquel il renonce finalement l'année suivante. A son retour en France, Acollas essuie un autre refus du ministre de l'Instruction publique, Jules Simon, relativement à la création de cours de droit pour les ouvriers. Il se contentera dès lors, en marge de l'enseignement officiel, d'enseigner pendant plus de trente ans à une clientèle privée. Nommé en 1880 inspecteur général des établissements pénitentiaires, Acollas, bien que consciencieux dans l'exercice de ses nouvelles fonctions, reste toutefois sur sa déception et pose d'ailleurs, quelques mois avant son décès (il se suicide le 17 octobre 1891), sa candidature pour devenir consul dans un pays du bassin méditerranéen.

³⁴⁷ Sur ce point, lire notamment : F. GARNIER, « Emile Acollas et la codification napoléonienne », *Compilations et codifications juridiques. 2-Autour du Code Napoléon*, sous la dir. de F. GARNIER, Paris, Passé et présent du droit, n° 4, 2009, p. 175-222.

³⁴⁸ Sur ce comité : *Ibid.*, p. 175-222.

envisagent une profonde réforme du droit des personnes et abordent plus particulièrement les questions du divorce, de l'égalité entre le mari et la femme, les conditions de validité du mariage ou encore la filiation naturelle et légitime. Divisés sur ces questions, la tentative n'aboutit pas à l'élaboration d'un plan précis de révision du Code civil mais elle donne lieu à une publication d'Acollas, *Nécessité de refondre l'ensemble de nos codes et notamment le code Napoléon, au point de vue de l'idée démocratique* (1866).

Seulement, ce militantisme démocratique et républicain lui vaut d'être poursuivi, dès la fin de l'année 1867, par la justice pour avoir introduit des proclamations hostiles à l'Empereur. Acollas est condamné au mois de décembre 1867 par le tribunal correctionnel de la Seine à un an de prison et 500 francs d'amende pour « manœuvres à l'intérieur dans le but de troubler la paix publique et d'exciter à la haine et au mépris du gouvernement ». Libéré, il quitte alors la France pour rejoindre la Suisse en septembre 1869 mais ses convictions demeurent inchangées. C'est en cette même année 1869 qu'il publie, en deux tomes, son *Manuel de droit civil à l'usage des étudiants, contenant l'exégèse du Code Napoléon et un exposé complet des systèmes juridiques*, dans lequel il continue de fustiger ce qu'il appelle « l'esprit légiste »³⁴⁹. Traquant également sans relâche les traces d'autocratie et de privilèges dans le Code civil de 1804³⁵⁰, qu'il critique d'ailleurs avec toujours autant de véhémence³⁵¹, cet « individualiste

³⁴⁹ Il y consacre d'ailleurs un développement, intitulé « Abolition de l'esprit légiste », qu'il introduit en ces termes : « Aux époques où les énergies morales s'affaissent, paraît le plus détestable esprit qui puisse miner les sociétés. Pour définir l'esprit légiste, il suffit de regarder autour de soi. S'en tenant toujours à la forme et biaisant toujours sur le fond, artisan du pour et du contre, dégagé de toutes convictions, ignorant de tous principes, adulateur du succès, fauteur de la trahison, grimaçant le droit, aidant la force, ne respirant que l'intérêt propre, l'esprit légiste marque infailliblement l'extinction du cœur et la ruine de la conscience. Il y a soixante-huit ans qu'en France l'esprit légiste s'est fait l'allié de l'esprit militaire ; il y a soixante-huit ans que, sous tous les régimes qui se sont succédés en France, ce même esprit corrompt et dissout le corps social ; contre l'esprit légiste il n'existe qu'un remède : il faut revenir à l'idée du Droit ! » (E.-P.-R.-P. ACOLLAS, *Manuel de droit civil à l'usage des étudiants, contenant l'exégèse du Code Napoléon et un exposé complet des systèmes juridiques*, Paris, E. Thorin, 1^{ère} éd., t. I, 1869, p. lxxii).

³⁵⁰ Par exemple : « Aux termes de l'art. 997 [...], la personne qui fait son testament sur mer ne peut disposer au profit des officiers du vaisseau, à moins que le légataire ne soit son parent. Cet article contient d'abord la sanction des incapacités décrétées par les textes précédents ; il prononce la nullité des dispositions faites contrairement aux volontés du législateur napoléonien. Rappelons toutefois que lorsqu'il ne s'agit que d'une incapacité de disposer au-delà d'une certaine quotité, la disposition qui excède cette quotité est alors simplement réductible. A part ce point de sanction, l'art. 911 se propose un but principal : il entreprend de déjouer les simulations au moyen desquelles l'individu essaierait de reconquérir son droit contre l'autocratie napoléonienne, et il prononce encore : 1° La nullité des dispositions déguisées sous la forme d'un contrat à titre onéreux au profit d'un incapable ; 2° La nullité des dispositions faites sous le nom de personnes interposées au profit d'un incapable » (*Ibid.*, t. II, 1869, p. 404-405).

³⁵¹ Ainsi de l'examen du Chapitre V du Titre V du Livre premier du Code Napoléon relatif aux obligations qui naissent du mariage et plus particulièrement de l'article 203 du Code portant sur le droit de l'enfant à être élevé. Selon Acollas, dans l'hypothèse où le père et la mère existent tous les deux, « si tous les deux sont en état d'acquitter la dette, chacun a l'action contre l'autre ; si l'un des deux n'est pas en état de l'acquitter et que l'autre le soit, le premier a l'action contre le second. Si aucun des deux n'a les moyens suffisants et qu'il existe des ascendants qui aient ces moyens, le père et la mère ont l'un et l'autre l'action contre les ascendants. [...] En ce qui concerne l'ordre dans lequel les ascendants sont passibles de l'action, nous appliquerions les règles qui déterminent l'ordre de dévolution de la tutelle légitime aux ascendants ». En note, l'auteur poursuit : « Nous ne nous dissimulons pas l'objection que, sous l'empire du Code Napoléon, on peut faire à notre doctrine ; on peut nous dire que, tant que le mariage n'est pas dissous, les ascendants ne participent, à aucun titre, à la puissance paternelle, et qu'il serait exorbitant de les astreindre à faire les frais d'une éducation qu'ils ne dirigeront dans aucune mesure. Nous n'avons pas à discuter cette objection en elle-même, par la raison que le Code Napoléon

libéral »³⁵² – il cite à de nombreuses reprises l'économiste Frédéric Bastiat (1801-1850) ou encore Jean-Gustave Courcelle-Seneuil (1813-1892) dont il qualifiera le second volume du *Traité théorique et pratique d'économie politique* d'« excellente synthèse économique [ayant] une valeur exceptionnelle pour l'étude du Droit »³⁵³ – se fait avant tout le pourfendeur de Napoléon Bonaparte³⁵⁴.

Surtout, le *Manuel* d'Acollas, publié la même année que celle de la fondation de la *Société de législation comparée*, n'est pas hermétique à l'utilisation des textes de droit étranger. D'une part, l'auteur cite aisément et invite même spécialement les étudiants à consulter certains ouvrages étrangers. De plus, si ce dernier déplore l'inquiétante maigreur de la bibliographie du Droit de la Révolution³⁵⁵, dont il n'offre que des titres français³⁵⁶, il regrette au contraire que « la Bibliographie du Droit napoléonien [soit] tellement encombrée qu'un volume ne suffirait pas à énoncer les titres de tous les ouvrages auxquels ce Droit a donné lieu ; abondance presque entièrement stérile, et qui, au point de vue bibliographique, doit être contenue dans de strictes limites »³⁵⁷. Composée dès lors majoritairement de publications

n'est qu'un assemblage de textes disparates ; au point de vue d'une doctrine rationnelle, il est certain, qu'en pareil cas, il y aurait à faire au moins une part aux ascendants dans la direction de l'enfant » (*Ibid.*, t. I, 1869, p. 207-208).

³⁵² J.-L. HALPERIN, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, op. cit., p. 78.

³⁵³ E.-P.-R.-P. ACOLLAS, *Manuel de droit civil à l'usage des étudiants...*, op. cit., p. lxxviii.

³⁵⁴ Le §III de la Section I du Chapitre III de son Introduction est par exemple consacré à la *Refonte de la codification napoléonienne* au sein duquel une division est intitulée « *Manière dont le législateur issu du 18 brumaire a conçu et appliqué l'idée de la codification* ». Les propos d'Acollas sont alors sans équivoque : « On ne saurait dire assez ce que fut Bonaparte lorsqu'il s'agit de juger la codification qui porte justement son nom. Né dans une île qui dut à sa situation de rester en dehors de la vie moderne ; génie de la race des conquérants antiques et politique de la famille des Césars, contempteur effréné de l'humanité, n'ayant d'autre culte que celui de lui-même, d'autre souci que celui de sa propre domination, Bonaparte était incapable de s'élever jusqu'à la hauteur de la moindre idée morale ; religion, science, mœurs, lois, tout n'était entre ses mains que l'instrument de sa monstrueuse personnalité ». Et Acollas de poursuivre encore en note : « Parce que la conspiration de Bonaparte a réussi en brumaire dans une nation épuisée, Bonaparte aurait pris position de grand homme ! Mais à qui donc alors l'humanité décerne-t-elle ce titre ? Bonaparte a-t-il éclairé la marche de l'humanité ? L'a-t-il poussée en avant ? A-t-il porté plus haut le cœur de la France ? Législateur politique, il a su recevoir des mains de Sieyès la Constitution de l'an VIII, cette merveille du despotisme astucieux ; législateur de l'ordre civil, il a su faire assembler par Cambacérès et par Portalis le Code de 1804, ce néant de doctrine philosophique, économique et juridique, ce leurre des espérances de 89. Cet homme a pesé sur tout un siècle ; il a précipité peut-être une nation ! Génie militaire, nous l'ignorons, et dans ce génie qui appartient au passé, nous ne voyons que le fléau des peuples ; génie humain, nous le nions » (*Ibid.*, p. lxiii).

³⁵⁵ « La bibliographie du Droit de la Révolution a à peine attiré l'attention des légistes ; il est difficile d'imaginer jusqu'à quel point ils poussent tantôt l'oubli, tantôt l'ignorance des actes législatifs qui se rapportent à la seule période juridique de l'histoire de France. Il y a là une mine presque entièrement inexplorée et à laquelle nulle autre n'est comparable. [...] En somme, la collection des documents de l'histoire de la Révolution reste enfouie dans les Archives nationales ; la France, oubliée et ignorée d'elle-même, renoncera-t-elle indéfiniment à mettre en lumière les origines de l'ordre juridique nouveau ? » (*Ibid.*, p. xxx-xxxi).

³⁵⁶ A savoir les quarante volumes de l'*Histoire parlementaire de la Révolution française* de Philippe-Joseph-Benjamin Buchez (1796-1865) et de Pierre-Célestin Roux (1802-1874) ; l'*Introduction aux Mémoires sur la Révolution française* de François-Joseph Grille (1782-1853) ; les *Lois civiles* (édition parisienne de 1809, en quatre volumes) de Sirey et Gabriel Sanfourche-Laporte (dates inconnues) et un dernier recueil, publié en huit volumes à Paris, entre 1806 et 1807 : *Lois et actes du gouvernement depuis le mois d'août 1789 jusqu'au 18 prairial an II*.

³⁵⁷ E.-P.-R.-P. ACOLLAS, *Manuel de droit civil à l'usage des étudiants...*, op. cit., p. xxxix.

françaises³⁵⁸, la « Bibliographie choisie du droit actuel se rapportant en général au droit napoléonien » contient cependant une œuvre étrangère : l'*Esprit, origine et progrès des institutions judiciaires des principaux pays de l'Europe*³⁵⁹ de Meyer, déjà cité par Morin dans son *Dictionnaire de droit criminel*³⁶⁰, que « les élèves consulteront aussi avec fruit »³⁶¹. Enfin, lorsqu'il aborde la question de l'« abolition de l'esprit légiste », Acollas propose une « Bibliothèque choisie de l'étudiant en droit » qui, selon lui,

« s'efforce de correspondre à une double pensée ; l'enseignement scolaire doit avoir essentiellement pour but d'apprendre à l'étudiant à devenir son propre maître et à diriger lui-même le développement ultérieur de ses études ; pour cela deux choses sont nécessaires : il faut d'abord que l'étudiant fasse provision de principes, car il n'existe de science qu'à cette condition ; il faut ensuite qu'il connaisse aussi précisément que possible la législation existante, c'est-à-dire les textes »³⁶².

Si l'auteur se félicite alors de subvenir dans la plus large mesure aux éventuelles omissions relativement aux ouvrages français à consulter et d'en proposer toujours les plus indispensables, il avoue cependant une faiblesse à l'égard des livres de législation comparée :

« Il y a pourtant une lacune qui s'impose à nous et que nous regrettons trop profondément pour ne pas la signaler. Dans la vaste et capitale matière de la législation comparée, il n'existe aucun ouvrage

³⁵⁸ Parmi lesquelles figurent la plupart des œuvres de notre corpus, notamment (dans l'ordre et d'après les titres indiqués par Acollas), en droit constitutionnel, le *Cours de politique constitutionnelle* de Constant et le *Cours de droit constitutionnel* de Rossi. En droit administratif, le *Cours de droit administratif* de Macarel, le *Traité de droit administratif* de Batbie, le *Cours de droit administratif* de Ducrocq, les *Répétitions écrites sur le droit administratif* de Cabantous, le *Traité de la hiérarchie administrative* d'Alfred-François Trolley (1808-1869), les *Etudes administratives* d'Alexandre-François-Auguste Vivien (1799-1854), le *Traité général de droit administratif* de Dufour et le *Contentieux administratif* de Serrigny. En droit civil, le *Cours de Code civil* de Delvincourt, le *Droit civil français, suivant l'ordre du droit civil* de Toullier, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code* de Troplong, le *Cours de droit français, suivant le Code civil* de Duranton, le *Programme du cours de droit civil français, fait à la Faculté de Droit de Paris* et le *Cours analytique de Code civil* de Demante, le *Cours de droit français sur l'état des personnes* de Proudhon, l'*Explication sommaire du Livre premier du Code Napoléon* de Valette, la *Théorie raisonnée du Code civil* de Taulier, le *Cours de droit civil français* d'Aubry et Rau, le *Cours de droit civil français* de Massé et Vergé, le *Cours de Code Napoléon* de Demolombe, l'*Explication théorique et pratique du Code Napoléon* de Marcadé et les *Répétitions écrites sur le Code Napoléon* de Mourlon. En procédure civile, la *Théorie de la procédure civile* de Boncenne. En droit pénal et instruction criminelle, le *Traité de droit pénal* de Rossi, *De la répression pénale, de ses formes, de ses effets* de Bérenger, *De l'amélioration de la loi criminelle* d'Arnould Bonneville de Marsangy (1802-1894), les *Eléments de droit pénal* d'Ortolan, la *Théorie du Code pénal* de Chauveau et Hélie, la *Théorie du Code d'instruction criminelle* d'Hélie, les *Leçons sur les Codes d'instruction criminelle et pénal* de Boitard, le *Cours de Code pénal et Leçons de législation criminelle* de Charles-Alfred Bertauld (1812-1882) et le *Répertoire général et raisonné du droit criminel* de Morin. En droit commercial, le *Cours de droit commercial* de Pardessus, le *Commentaire du Code de commerce* de Bédarride, le *Cours de droit commercial* de Bravard-Veyrières, le *Traité du contrat de commission* de Louis-Emmanuel Delamarre (1774-1868) et Joseph Le Poitvin (1800-1864) et *Le droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens et avec le droit civil* de Massé. De même Acollas indique-t-il les principales revues de droit dont *La Thémis*, *La Revue de législation et de jurisprudence*, *La Revue critique*, *La Revue étrangère et française de législation, de jurisprudence et d'économie politique*, *La Revue de droit français et étranger*, *La Revue pratique* et *La Revue historique de droit français et étranger*, ainsi que les principaux répertoires dont celui de Merlin, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*.

³⁵⁹ Acollas renvoie plus précisément aux cinq volumes d'une édition parisienne – il ne précise pas laquelle – de 1823.

³⁶⁰ Cf. *supra.*, p. 75.

³⁶¹ E.-P.-R.-P. ACCOLLAS, *Manuel de droit civil à l'usage des étudiants...*, *op. cit.*, p. xli.

³⁶² *Ibid.*, p. lxxii.

élémentaire formant un ensemble doctrinal ; l'unique chaire que l'Etat a jusqu'ici jugé à propos de consacrer à cet enseignement a beau être occupée par un professeur [Laboulaye] qui n'immobilise pas l'idée du Droit, cette chaire est de tous points insuffisante, et si l'intelligente tutelle de l'Etat n'était de nature à expliquer les choses même les plus contraires à la raison, on ne comprendrait pas que, tandis que le Droit romain compte, par exemple, quatre représentants officiels à la Faculté de Droit de Paris, le Droit moderne, le Droit vivant, la législation comparée ne soit pas parvenue à en obtenir un seul. De là, par une sorte de corrélation, l'absence, dans cet ordre, de tout ouvrage d'enseignement »³⁶³.

Ainsi trouve-t-on chez Acollas un véritable défenseur de la législation comparée dont il plaide ardemment le développement en France sans pourtant désirer en être l'un des pionniers³⁶⁴. Dans une position d'attente plus que d'initiative sur ce point, l'on perçoit déjà, par conséquent, avec ce civiliste qui écrit en 1869, que la création, la même année, de la *Société de législation comparée* correspond véritablement à une *demande* des membres de la doctrine juridique française³⁶⁵. Pour l'heure, Acollas invite seulement les étudiants, dans une note, à consulter trois ouvrages : la *Concordance entre les Codes civils étrangers et le Code Napoléon* d'Anthoine de Saint-Joseph, le *Résumé de la législation anglaise* de l'avocat du barreau de Londres et membre du Sénat de l'Université de Cambridge, William Amos Scarborough Westoby (1815-1899) et enfin le *Lehrbuch des Privatrechts* de Johann Caspar Bluntschli (1808-1881) avec qui il correspond depuis plusieurs années³⁶⁶. Acollas avait en outre participé en septembre 1866 à la quatrième session de l'Association internationale pour le progrès des sciences sociales qui se tint à Berne lors de laquelle Bluntschli présidait justement la section de législation comparée³⁶⁷. Profitant de la proximité de l'Allemagne, le premier s'était rendu à Heidelberg pour y interroger le second sur des aspects du système juridique allemand³⁶⁸. Quant à la composition de sa « Bibliothèque choisie », celle-ci se divise en « ouvrages généraux », notamment de philosophie, où l'on trouve – sans surprise – l'œuvre du libéral John Stuart Mill (1806-1873), *La Liberté*³⁶⁹. Puis, parmi les « ouvrages spéciaux », figurent tout d'abord ceux du droit romain, avec notamment l'*Histoire romaine* de Theodor Mommsen (1817-1903) – à laquelle il ajoute en note l'*Histoire grecque* de l'anglais George Grote (1794-1871), afin que « l'élève [ait] toute l'antiquité sous la main »³⁷⁰ – mais aussi les *Eléments de droit romain* du jurisconsulte allemand Charles

³⁶³ *Ibid.*, p. lxxiii.

³⁶⁴ Sur les pionniers de la comparaison juridique, cf. *infra.*, p. 113 et s.

³⁶⁵ Sur cette *Société*, cf. *infra.*, p. 268 et s.

³⁶⁶ Dans une lettre en date du 28 septembre 1865 qu'il adresse au professeur d'Heidelberg, il écrit notamment : « Je désirerais des renseignements sur l'organisation judiciaire du grand duché de Bade, où fonctionne, à ce qu'il paraît le système de la magistrature élective. Décidément, le grand duché a plus d'une leçon à donner à notre orgueilleux pays et je me propose, en demandant la Révision de nos Codes, de faire connaître ce système électif » (O. MOTTE, *Lettres inédites de juristes français du XIX^e siècle...*, *op. cit.*, t. I, 1989, p. 129).

³⁶⁷ F. AUDREN, V^o « Acollas », *Dictionnaire historique des juristes français...*, *op. cit.*, 1^{ère} éd., 2007, p. 5.

³⁶⁸ *Ibid.*, p. 5.

³⁶⁹ A la suite de cette référence, Acollas insère par ailleurs une note dans laquelle il invite le lecteur à consulter également, pour l'histoire générale des religions, *La symbolique et la mythologie des peuples anciens* de Friedrich Kreutzer (ou Creuzer) et, pour l'histoire générale de la philosophie, l'*Histoire de la philosophie ancienne, chrétienne et moderne* d'Heinrich Ritter (1791-1869).

³⁷⁰ E.-P.-R.-P. ACCOLLAS, *Manuel de droit civil à l'usage des étudiants...*, *op. cit.*, p. lxxv.

Maynz (1812-1882) ou encore, pour « les élèves qui savent l'allemand », le *Lehrbuch der Pandekten* du professeur Karl Philipp Adolph von Vangerow (1808-1870) et *Le Droit des obligations* de Savigny. En droit international, Acollas signale l'*Histoire du droit des gens en Europe et en Amérique, depuis la paix de Westphalie jusqu'à nos jours* du juriste américain Henry Wheaton (1785-1848). En droit politique, il est intéressant de recueillir l'avis relativement tranché de l'auteur qui laisse deviner chez ce dernier un travail préalable de *comparaison juridique* :

« Sous prétexte de législation politique comparée, que les élèves ne perdent pas leur temps à étudier les Constitutions politiques de l'Europe actuelle, réserve faite des Constitutions suisses dans lesquelles l'idée démocratique a profondément pénétré. Les autres Constitutions de l'Europe, y compris même celle de l'Angleterre, appartiennent à un esprit de transaction et sont toutes aujourd'hui des législations de transition ; la législation politique comparée ne comprend au point de vue scientifique que les trois Constitutions de la Révolution, la Constitution de 1848, la Constitution américaine et les Constitutions suisses. En dehors de cette sphère il n'y a que des accidents historiques, des tâtonnements et de l'empirisme »³⁷¹.

En ce sens, Acollas indique quatre ouvrages sur les institutions, l'état général et l'histoire de la société américaine : les *Etats-Unis d'Amérique* de John Bigelow (1817-1911), l'œuvre de Samuel Griswold Goodrich (1793-1860) portant le même titre, le *Commentaire de la Constitution des Etats-Unis* de Joseph Story (1779-1845) et l'*Histoire des Etats-Unis* de George Bancroft (1800-1891). L'organisation judiciaire ne donne lieu qu'à une seule référence mais elle est celle d'un juriste anglais, « Sir Richard Phillpotts » (1767-1840), *Des pouvoirs et des obligations des jurys*, ouvrage qui se rapporte, selon Acollas, à l'idée d'une organisation judiciaire rationnelle et à la législation comparée, et dans lequel « les élèves ne trouveront nulle part une critique plus vigoureuse et plus autorisée de l'institution actuelle, et en même temps de meilleures vues d'ensemble sur l'établissement du jury en matière civile »³⁷². En matière de droit pénal et d'instruction criminelle, la *Théorie des peines et des récompenses* de Bentham n'est évidemment pas absente mais Acollas précise surtout en note que « les principes du Droit pénal et de l'instruction criminelle doivent aussi être cherchés dans le Code des Délits et des peines du 3 brumaire an IV et dans les institutions de l'Angleterre, de l'Ecosse et des Etats-Unis. Consulter sur ce dernier point, ajoute-t-il sans davantage de précision, l'ouvrage original de Mittermaier »³⁷³. Poursuivant avec le droit commercial, un renvoi est fait à l'auteur suisse Walther Munzinger (1830-1873) et ses *Motifs du Code de commerce suisse*. Enfin, Mill est à nouveau répertorié à propos de ses *Principes d'économie politique* qui sont, d'après le libéral français, « comme tout ce qui est sorti de la plume de M. Mill, [...] une œuvre hors ligne »³⁷⁴.

D'autre part, Acollas livre au cours de son *Manuel* quelques réflexions de nature comparative. Néanmoins, ces dernières ne donnent généralement lieu qu'à de simples notes

³⁷¹ *Ibid.*, p. lxxvii.

³⁷² *Ibid.*, p. lxxviii.

³⁷³ *Ibid.*, p. lxxviii.

³⁷⁴ *Ibid.*, p. lxxix.

infrapaginales ; autrement dit, ces exemples de droit comparé, sur lesquels l'auteur reste bien souvent concis, sont davantage donnés à titre indicatif qu'à celui d'une véritable analyse comparative. Par exemple, lorsqu'il s'interroge sur la présomption d'absence (articles 112 à 115 du Code Napoléon) et plus précisément sur les personnes qui peuvent agir durant cette période³⁷⁵, Acollass place parmi celles-ci le ministère public au vu de l'article 114 du Code de 1804³⁷⁶ qui accorde, dans sa première partie, au procureur impérial le droit d'agir d'office. Toutefois, Acollass rappelle que le ministère public ne peut aller jusqu'à intenter lui-même et directement contre les tiers les actions qui appartiennent au présumé absent. C'est alors qu'il ajoute en note, regrettant l'état législatif antérieur au Code Napoléon :

« Le Code de la Convention, en plaçant les biens du présumé absent sous la surveillance des municipalités, avait consacré un principe éminemment moral ; elle avait entendu déclarer le devoir de tous les habitants de la commune envers l'individu, qui se trouve dans l'impossibilité de protéger lui-même son patrimoine. Presque toutes les législations modernes, notamment le droit commun allemand, le Code du canton de Vaud, le Code de la Louisiane, ont adopté l'ancienne règle française de la nomination d'un curateur au présumé absent »³⁷⁷.

Certes, Acollass loue la comparaison juridique, notamment lorsque celle-ci vient nourrir la critique qu'il formule à l'égard de la codification napoléonienne. Ayant effectivement en horreur le législateur de 1804, ses prises de position (républicaines, démocrates, libérales) lui valent d'être sanctionné par le pouvoir politique – qu'il s'agisse du ministère de l'Instruction publique ou de celui de la Justice – et, par conséquent, d'être écarté des facultés de droit françaises³⁷⁸. A cet égard, les écrits du libre-penseur laissent manifestement transparaître son amertume : ne rédige-t-il pas en effet un manuel de droit civil à l'usage des étudiants, ceux de la faculté de droit de Paris dont l'accès lui a justement été refusé ?

Mais s'il appelle ainsi au développement des études de législation comparée, Acollass n'en offre pourtant aucune. En effet, son ouverture à l'étranger consiste essentiellement en la citation de textes *doctrinaux*, non pas législatifs. D'ailleurs, lorsqu'un droit étranger est évoqué, il n'est alors traité que de façon succincte, au détour d'une simple note infrapaginale. Aussi faut-il bien marquer la distinction entre, d'une part, l'attitude de fond de ce juriste, laquelle tendrait plutôt à le situer – il est vrai – parmi les pionniers de la comparaison juridique³⁷⁹, et, d'autre part, le faible nombre de références au droit étranger qui le place au contraire à l'écart de cette dernière catégorie de juristes. A ce propos, le titre complet de son ouvrage – *Manuel de droit civil à l'usage des étudiants, contenant l'exégèse du Code*

³⁷⁵ L'article 112 disposant en effet que « s'il y a nécessité de pourvoir à l'administration de tout ou partie des biens laissés par une personne présumée absente, et qui n'a point de procureur fondé, il y sera statué par le tribunal de première instance, sur la demande des *parties intéressées* ». C'est alors sur cette dernière expression que se penche Acollass.

³⁷⁶ Article 114 du Code Napoléon, reproduit par Acollass : « Le ministère public est spécialement chargé de veiller aux intérêts des personnes présumées absentes, et il sera entendu sur toutes les demandes qui les concernent ».

³⁷⁷ E.-P.-R.-P. ACOLLAS, *Manuel de droit civil à l'usage des étudiants...*, *op. cit.*, p. 107.

³⁷⁸ Sur la réglementation et la surveillance des enseignements du droit par le pouvoir politique, cf. *supra.*, p. 57 et s.

³⁷⁹ Cette catégorie d'auteurs fait l'objet du Titre suivant de la présente thèse.

Napoléon et un exposé complet des systèmes juridiques – ne rappelle-t-il pas avec force son appartenance au « cercle large des auteurs de doctrine »³⁸⁰ ?

Une semblable analyse – celle qui conclut à une utilisation mesurée des textes de droit étranger – n'est pas propre à Acollas³⁸¹ mais se vérifie également chez plusieurs autres juristes français ou auteurs lus par ces derniers³⁸². Simplement, à la différence d'Acollas, il arrive que les jurisconsultes utilisent la législation comparée afin, cette fois-ci, de défendre le droit national. Tel est le cas de Boncenne.

§2. Défendre la procédure civile française : la *Théorie de la procédure civile* de Boncenne

Ce qui frappe, lorsqu'on lit la *Théorie de la procédure civile* de Boncenne, c'est la sur-présence des écrits de Bentham. En effet, le philosophe anglais est cité tout au long des quatre premiers tomes rédigés de la main de celui qui deviendra en 1829 le doyen de la faculté de Poitiers. Plus précisément, Pierre Boncenne, fils d'un avocat, né le 14 septembre 1774, a fait ses études au collège de Poitiers avant de s'engager, sous la Révolution, dans l'armée où il se signale par ailleurs par une action d'éclat en qualité d'aide-de-camp du général Desclozeaux. Autodidacte, il s'établit dans un premier temps comme défenseur officieux puis

³⁸⁰ Sur la méthode exégétique largement employée par les membres de la doctrine juridique française, cf. *supra.*, p. 41 et s.

³⁸¹ Pour aller plus loin sur cet auteur, consulter entre autres : F. AUDREN, « Emile Acollas libertarien de la République », *La République et son droit*, sous la dir. d'A. STORA-LAMARRE, J.-L. HALPERIN et F. AUDREN, Besançon, Presses Universitaires de Franche-Comté, 2011, p. 239-261 ; E. SCHNEIDER, « Emile Acollas, un juriste atypique », *Annales de la faculté de droit de Strasbourg*, n° 3, 1999, p. 287-325 ainsi que, dans une certaine mesure, C. NICOLET, *L'Idée républicaine en France. 1789-1924. Essai d'histoire critique*, Paris, Gallimard, 1995, p. 301-302 et P. FAVRE, *Naissance de la science politique en France, 1870-1914*, Paris, Fayard, 1989, p. 57-59.

³⁸² La lecture des membres de la doctrine juridique française ne se limite effectivement pas aux seuls ouvrages de juristes mais concerne parfois des auteurs qui peuvent, eux aussi, faire plus ou moins œuvre de comparaison juridique. Ainsi d'Adolphe Blanqui (1798-1854), professeur d'économie industrielle au Conservatoire des Arts et Métiers, dont les travaux sont par exemple cités par Molinier (V. MOLINIER, *Traité de droit commercial...*, *op. cit.*, p. xxiii). Appelé vers 1825 à la chaire d'histoire et d'économie politique de l'Ecole spéciale du Commerce, dont il devient le directeur, Blanqui entreprend en 1837 de rédiger une *Histoire de l'économie politique en Europe*. Dans ce travail, il propose notamment une « bibliographie des ouvrages d'économie politique les plus importants qui aient été publiés dans toutes les langues européennes » (A. BLANQUI, *Histoire de l'économie politique en Europe, depuis les anciens jusqu'à nos jours suivie, d'une bibliographie raisonnée des principaux ouvrages d'économie politique*, Paris, Guillaumin, 1^{ère} éd., t. I, 1837, p. xxiii). Particulièrement fournie – elle s'étend sur plus de quatre-vingt pages et correspond, d'après l'auteur, à quinze années de lecture –, la diversité et la multiplicité des auteurs étrangers retiennent l'attention, avec pas moins de huit nationalités présentes (polonaise, italienne, états-unienne, suisse, espagnole, anglaise, russe et allemande). Dans une autre œuvre, également éditée à partir de 1837 et qui est en réalité la publication de son *Cours d'économie industrielle* professé de 1836 à 1839 au Conservatoire des Arts et Métiers, Blanqui affirme que « les grandes études d'économie politique se font surtout chez [...] trois peuples, [...] elles ne se font même que là » (A. BLANQUI, *Cours d'économie industrielle. 1836-37*, Paris, J. Angé et Comp., 1837, p. 6) ; « ces peuples qui, semblables à des astres puissants, entraînent, par leur exemple, tous les autres peuples dans leur orbite, sont : la France, l'Angleterre et les Etats-Unis » (*Ibid.*, p. 5). C'est pourquoi, d'après le programme de son cours, Blanqui s'attache essentiellement à *comparer* les expériences économiques respectives de ces trois nations.

comme avocat sous le Consulat. En 1806, il est nommé professeur-suppléant à la faculté de droit de Poitiers avant de devenir conseiller de préfecture et être élu représentant pendant les Cent-Jours (il se montre alors favorable à l'idée d'un gouvernement constitutionnel). Ayant obtenu, à la suite d'un concours organisé à Toulouse, une chaire de procédure civile à Poitiers en 1822, Boncenne, nommé doyen sept ans plus tard (il le restera jusqu'à sa mort, le 2 février 1840), continue cependant à faire partie du barreau et à plaider³⁸³.

Dans sa *Théorie*, qu'il publie à partir de 1828 et qui sera poursuivie jusqu'au sixième tome, de 1845 à 1847, par Olivier Bourbeau, Boncenne ne cache pas son admiration pour le « génie » de Bentham mais il n'adopte pas pour autant toutes les idées de ce dernier. Ainsi consacre-t-il par exemple, dans le Chapitre premier du deuxième volume consacré à la *Conciliation*, six pages sur les « délais de la citation pour comparaître. De la nature du préliminaire de conciliation. – *Réfutation d'un passage de Bentham* »³⁸⁴. Surtout, l'œuvre se signale par les quelques passages où le professeur poitevin utilise manifestement certains textes de droit étranger afin de mener à bien sa démonstration. Une inspection rapide de la table des matières suffit d'ailleurs pour s'en convaincre, avec des titres tels que « Du jury en matière civile. – *Ce qu'il est en Angleterre*. – Des discussions qui ont eu lieu sur la proposition de l'introduire en France » (Chapitre X de l'Introduction), « Un seul juge vaut-il mieux pour juger que plusieurs ? *Opinion de Bentham* » (Chapitre VII contenu dans le deuxième tome), « *Dispositions des législations voisines*, relativement à l'effet qu'il faut accorder à un jugement étranger » (Chapitre XII, tome troisième), « *Le Code de procédure de Genève* exige qu'en matière de vérification les parties comparaissent en personne. Heureux résultats que l'on peut obtenir à l'aide de ce moyen », « *Le Code de procédure de Genève* a remis aux tribunaux eux-mêmes le soin de faire la comparaison et la vérification d'écriture », « *Formules analytiques de Bentham* » (Chapitre XV, tome troisième) ou encore « *Dispositions que renferment [...] les lois du canton de Genève* » (Chapitre XIX, tome quatrième).

Prenons deux exemples. Le premier concerne l'organisation des tribunaux de première instance et leur compétence, des points qui sont traités dans le Chapitre XIII de l'Introduction. Boncenne commence par rappeler que, en France, l'organisation judiciaire est calquée, depuis la Révolution, sur l'organisation administrative. Ainsi, les départements, devenus des préfectures, sont partagés en arrondissements communaux ou sous-préfectures, et un tribunal de première instance est établi dans chaque arrondissement communal. « Cette combinaison, confie-t-il alors, qui réunit dans un centre d'unité les diverses branches de l'ordre administratif et de l'ordre judiciaire, comme la perception des contributions directes, celle des contributions indirectes, l'enregistrement, les hypothèques, l'administration forestière, etc.,

³⁸³ Sur ces différents éléments biographiques, consulter : J.-L. HALPERIN, V^o « Boncenne », *Dictionnaire historique des juristes français...*, op. cit., 1^{ère} éd., 2007, p. 103.

³⁸⁴ P. BONCENNE, *Théorie de la procédure civile, précédée d'une introduction*, Poitiers, Librairie de E.-P.-J. Catineau, t. II, première partie, 1830, p. 32-38.

donne une précieuse facilité à la marche des affaires »³⁸⁵. Autrement dit, Boncenne se prononce en faveur du maintien de l'organisation judiciaire « à la française » :

« Si j'avais à discuter ici le mérite des projets que les sessions législatives ont tour à tour annoncés, depuis quelques années, sur la suppression, ou la réunion de quelques tribunaux, sur l'augmentation de leur territoire et l'agrandissement de leur juridiction, je dirais que le respect des peuples s'attache mieux à l'immovibilité des personnes et des institutions ; que ces incertitudes périodiques, ces systèmes menaçants altèrent la considération et la confiance dont se nourrit la magistrature ; qu'on ne pourrait changer l'ordre établi, sans rendre la justice d'un accès trop difficile, d'un trop grand coût pour le pauvre, et sans détruire cet ensemble harmonieux qui raccorde toutes les parties de l'administration publique »³⁸⁶.

Autrement dit encore, il rejette l'organisation judiciaire « à l'anglaise » :

« On se récrie sur ce qu'il n'y a que douze juges pour toute l'Angleterre, tandis que chez nous ils sont par milliers ! J'en conviens, si l'on ne reconnaît pour véritables et seuls juges en Angleterre, que le grand juge et les trois juges de la Cour du banc du roi, le grand juge et les trois juges de la Cour des plaids communs, le chef baron et les trois barons de la Cour de l'échiquier. Mais l'organisation de la justice civile, chez les Anglais, n'est point un modèle qui doive nous être proposé ; nos institutions en cette matière sont incomparablement meilleures. Les douze juges d'Angleterre siègent à Londres ; c'est là qu'il faut venir des points les plus éloignés du royaume pour plaider toutes les causes dont la valeur excède quarante schellings. Toutes les assignations sont données pour comparaître à Londres. Il est vrai que ces juges font des tournées, et tiennent des assises dans chaque comté ; mais le point de fait qu'ils vont y faire examiner par des jurés a dû être fixé à Londres. Les questions préparatoires sont plaidées et décidées à Londres. Le verdict des jurés est reporté à Londres, en cas d'opposition par l'une des parties ; et tous les débats sur l'exécution du jugement sont agités à Londres. Je m'assure qu'il ne serait point aussi avantageux pour les habitants des bords du Rhin, ou des Bouches-du-Rhône, par exemple, de venir discuter leurs droits à Paris, que d'avoir un tribunal par arrondissement, et une cour royale dans un rayon de vingt ou trente lieues au plus. Si l'on veut nous mettre au régime judiciaire des Anglais, il faudra donc avoir des jurés au civil, et faire voyager dans les départements les juges et les avocats de Paris »³⁸⁷.

Le second exemple est celui du Chapitre III, contenu dans le deuxième tome et intitulé « Constitution d'avoué et défenses », dans lequel Boncenne aborde la question du déroulement de l'instruction judiciaire pour les causes civiles. D'après l'auteur, le Code de procédure civile de 1806 a instauré une règle générale : l'*instruction ordinaire*, et deux exceptions. L'instruction ordinaire est réservée aux affaires relativement peu importantes³⁸⁸, elle est alors réduite à un mémoire ou une requête que l'avoué du défendeur fait signifier et à des observations que le demandeur fournit à son tour. La première exception renvoie à l'*instruction sommaire*, laquelle est orale et ne s'applique que pour « les causes qui exigent une prompte décision [et] dont les points tout simples n'ont pas besoin d'explications préliminaires, ou dont la mince valeur ne supporterait pas le déchet des frais »³⁸⁹. La seconde exception est l'*instruction par écrit*, elle vise quant à elle les procès « qui se composent d'un

³⁸⁵ P. BONCENNE, *Théorie de la procédure civile*, op. cit., t. I, 1828, p. 308-309.

³⁸⁶ *Ibid.*, p. 309.

³⁸⁷ *Ibid.*, p. 309-311.

³⁸⁸ « Les affaires qui ne sont point traversées par des enquêtes, des expertises, des visites de lieux, etc. » (P. BONCENNE, *Théorie de la procédure civile*, op. cit., t. II, première partie, 1830, p. 264).

³⁸⁹ *Ibid.*, p. 265.

si grand nombre de chefs, qui se grossissent d'un si grand nombre de titres et de pièces, qu'il serait impossible d'en saisir les détails, s'ils n'étaient pas écrits »³⁹⁰.

A la suite de cette présentation de l'instruction judiciaire française, le professeur de procédure civile fait alors remarquer que le législateur du canton de Genève a conservé ces trois espèces d'instruction mais les a agencées différemment, faisant de l'instruction sommaire la règle et des instructions ordinaire et par écrit les exceptions. Or, d'après la doctrine juridique française dominante – toujours selon l'auteur –, l'agencement genevois répondrait à davantage de logique puisqu'il remonte de l'instruction la plus simple (l'instruction orale) aux instructions les plus complexes (les instructions écrites), contrairement au système français. Autrement dit, le Code de procédure civile de 1806 souffrirait sur ce point précis de la comparaison avec une législation étrangère. Boncenne ne se rattache cependant pas à cette doctrine. Pour lui, les critiques ne visent pas la véritable cause des abus, lesquels ne sont pas dus au Code visé par les auteurs mais aux « agents de l'instruction » c'est-à-dire les avoués qui font des écritures trop longues, les juges qui ne les lisent pas, etc³⁹¹. Par conséquent, alors que les auteurs proposent de supprimer toute espèce d'instruction, Boncenne voudrait au contraire la rendre obligatoire pour toutes les causes ordinaires, se plaçant de ce fait en défenseur convaincu du Code de 1806 et de l'instruction judiciaire pour les causes civiles « à la française ». Mieux encore, il utilise à son tour les moyens employés par ses « adversaires », à savoir la *législation comparée*, afin d'aboutir bien évidemment à la conclusion opposée. En effet, si Boncenne compare la procédure française aux procédures étrangères, c'est uniquement pour faire ressortir les caractères suffisant et satisfaisant du système français³⁹². C'est sans doute la raison pour laquelle la présentation des procédures anglaise et allemande, avec lesquelles il compare l'instruction française, reste d'ailleurs très sommaire. N'entrant effectivement pas dans les détails juridico-techniques – sans toutefois que les termes employés soient d'ordre culturel –, Boncenne fait, il est vrai, plus ou moins œuvre comparative lorsqu'il écrit :

« Comparez la marche de la procédure, en France, avec la complication des formes chez les Anglais, avec l'entortillement de leurs diverses espèces de *writs*, la variété de leurs fictions, leurs *rejoinder* et leurs *sur-rejoinder*, leurs *rebutter* et leurs *sur-rebutter*, et tous ces mille détours que les plaideurs sont obligés de parcourir, avant d'arriver à l'issue générale et au jugement du pays ! Comparez notre système d'instruction judiciaire avec celui de l'Allemagne, où l'on écrit tout, où rien n'est public, où le sac d'une lente et dispendieuse procédure est renvoyé, par le juge saisi de l'affaire, à l'examen secret de la Faculté de Droit d'une Université, pour y faire rendre la sentence, laquelle revient cachetée à ce juge, qui la prononce à huis-clos devant les parties ! Comparez, et je m'assure que vous serez moins tenté de déprimer l'œuvre de nos législateurs »³⁹³.

³⁹⁰ *Ibid.*, p. 265.

³⁹¹ « Reporterez-vous vos doléances sur les désordres de la pratique ? Je vous dirai de les adresser aux magistrats. La loi se confie à leur sagesse et à leur fermeté, pour le maintien de ses dispositions. En matière de procédure et de frais, il faut retourner cette maxime, que tout ce qui n'est pas défendu est permis. Il faut redire sans cesse que tout ce qui n'est pas permis est défendu » (*Ibid.*, p. 276).

³⁹² Sur l'autosuffisance juridique de la France, cf. *supra.*, p. 30 et s.

³⁹³ P. BONCENNE, *Théorie de la procédure civile*, op. cit., p. 276.

Porter un regard sur les auteurs « ouverts » à la comparaison juridique et aux droits étrangers, c'est ainsi se rendre compte d'une *demande* souvent exprimée de manière expresse par ces derniers relativement à la législation comparée ; demande à laquelle satisfera d'ailleurs la *Société de législation comparée* en 1869. A vrai dire, d'autres juristes – tels Dupin aîné, Rossi, Molinier ou encore Lermnier – partagent avec Acolas et Boncenne un point commun : leur *libéralisme*. Mais ces derniers se signalent avant tout par l'emploi qu'ils font de la méthode historique.

Section 3 – L'«Ecole historique» : un engouement pour une méthode venue d'Allemagne

Si les commentateurs synthétiques se départent plus ou moins de la méthode exégétique, l'*Ecole historique*, fondée en Allemagne, rassemble quant à elle les auteurs français franchement dégoûtés par l'exégèse. En cela, la méthode historique invite elle aussi les membres de la doctrine juridique à aller au-delà des textes normatifs français pour finalement s'ouvrir aux droits étrangers. Cette méthode, qui conduit en effet couramment ses partisans à l'*histoire comparée du droit*, se présente alors comme une introduction – ou une initiation – au *droit comparé* et peut ainsi aboutir, *in fine*, à l'utilisation des droits étrangers. Pour l'heure, il nous faut parler moins de droits étrangers, et notamment du droit allemand, que de *modèle* : celui du *Rechtswissenschaft* allemand dont une partie de la doctrine française cherche effectivement à s'inspirer à l'égard du système juridique de la France.

On le sait, « les premières critiques systématiques du Code civil sont venues d'Allemagne »³⁹⁴. Parmi elles, celle du professeur à l'Université de Berlin, Friedrich Carl von Savigny, véritable « chef de file de l'*Ecole historique* »³⁹⁵ dont les thèses sont rapidement diffusées en France par des juristes germanistes se lançant à cet effet dans de vastes et ambitieuses entreprises de traduction des œuvres allemandes (§1). Ainsi importée, la méthode historique devait alors toucher de nombreux auteurs français non exclusivement civilistes (§2).

§1. L'importation des idées de l'Ecole historique allemande

C'est en 1814 que Savigny publie *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*³⁹⁶. A l'origine de ce pamphlet, un débat doctrinal sur la grande question de la codification du droit civil allemand qui l'oppose à son collègue Anton Friedrich Justus

³⁹⁴ J.-L. HALPERIN, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, op. cit., p. 70.

³⁹⁵ *Ibid.*, p. 70.

³⁹⁶ Sur Savigny et son œuvre, consulter notamment : Z. KRYSTUFEK, « La querelle entre Savigny et Thibaut et son influence sur la pensée juridique européenne », *Revue historique du droit français et étranger*, 1944, p. 59 et s. ; O. MOTTE, *Savigny et la France*, Berne, P. Lang, 1983 ; A. DUFOUR, « L'idée de codification et sa critique dans la pensée juridique allemande des XVIII^e-XIX^e siècles », *Droits*, 1996, p. 45 et s. ; F. STURM, « Le code prussien », *Index. Mélanges Impallomeni*, Naples, Jovene, 1998, p. 429 ; J. RUCKERT, « Code civil, Code Napoléon und Savigny », *Influences et réceptions mutuelles du droit et de la philosophie en France et en Allemagne...*, op. cit., p. 143 et s. ; O. JOUANJAN, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918). Idéalisme et conceptualisme chez les juristes allemands du XIX^e siècle*, Paris, PUF, 2005, p. 11 et s. ; J. LE RIDER, « La codification, objet de la controverse Thibaut – Savigny », *La Codification : perspectives transdisciplinaires. Actes des journées d'études organisées à Paris à l'Institut national d'histoire de l'art, les 8-10 juin 2006*, Paris, EPHE, 2007, p. 161 et s. ; S. SOLEIL, *Le modèle juridique français dans le monde...*, op. cit., p. 278 et s.

Thibaut (1772-1840)³⁹⁷. Alors que ce dernier, professeur de droit romain à Heidelberg, se montre favorable à l'idée d'un Code civil allemand dans son article *Über die Notwendigkeit eines allgemeinen Rechts für Deutschland*³⁹⁸ publié la même année, Savigny se livre à une attaque en règle de la codification napoléonienne. « Expression d'un libéralisme éclairé condamnable, [...] moyen d'apaisement pour ainsi mieux installer [le despotisme de Napoléon] envers les Français et les autres peuples »³⁹⁹, le Code de 1804 n'aurait fait l'objet, au demeurant, que de débats très superficiels ; le professeur berlinois portant en effet un jugement particulièrement sévère sur les juristes français de l'époque dont il souligne à ce propos l'insuffisante connaissance du système et des notions de droit romain⁴⁰⁰. Or, une telle lacune est difficilement acceptable pour le jurisconsulte allemand qui considère les juristes comme étant – ou devant être – les représentants du *peuple créateur de droit*. Là réside effectivement toute la conception savignienne du droit : comme la langue, qui ne connaît aucun moment d'arrêt total, le droit est selon lui un produit du *Volksgeist* (« l'esprit du peuple ») que l'Etat ne peut dès lors prétendre créer *ex nihilo* notamment *via* une codification jugée de ce fait prématurée. Parce que ce droit se complique naturellement avec le temps, il revient par conséquent aux juristes de clarifier les règles juridiques existantes c'est-à-dire – s'agissant des Etats allemands – de mettre à la disposition du peuple un « droit romain national systématisé ». En ce sens, de nombreux et grands professeurs allemands ont accompagné Savigny dans ce travail de rénovation de l'étude de l'histoire du droit et plus spécialement celle du droit romain (le *Pandektenrecht*, le droit des Pandectes). Ainsi l'*Ecole historique allemande*, qui avait débuté plus exactement avec Gustav von Hugo (1764-1844),

³⁹⁷ « Il faut toutefois remarquer que l'opposition, dont Thibaut et Savigny furent les représentants les plus importants, a été récemment remise en perspective, aussi bien pour les nouvelles recherches qui ont privilégié la personnalité et l'œuvre de Thibaut lui-même que et surtout pour l'approfondissement des idées de Savigny, à travers la publication des matériaux inédits de son ouvrage sur la codification. En outre, une vision plus équilibrée qui identifie dans les bases culturelles les facteurs substantiels de divergence, a remplacé une opposition politique schématique dans les termes de protolibéralisme-restauration » (L. MOSCATI, « Influences européennes et science juridique italienne dans la première moitié du XIX^e siècle », *Etudes d'histoire du droit privé en souvenir de Maryse Carlin*, sous la dir. d'O. VERNIER, Paris, Editions La Mémoire du Droit, 2008, p. 648-649).

³⁹⁸ En réalité, « dans cet article Thibaut n'évoque le Code civil qu'à quelques endroits et la plupart du temps de manière plutôt péjorative. Cependant il écrit à un endroit que le Code civil, comme les autres codes éclairés de la Prusse au XVIII^e siècle et de l'Autriche au début du XIX^e siècle, avait fourni un travail préparatoire extrêmement enrichissant. "Cela fait dresser les oreilles", parce que le code allemand que Thibaut préconise [...] doit être l'instrument de percée de la voie de la Raison nationale. En même temps ce code, toujours d'après Thibaut, aurait pour fonction d'une part de faire cesser l'imbroglio juridique et d'autre part de mettre un terme au caractère raide et théorique, éloigné du peuple de ce droit romain-germanique. Ce dernier trait de Thibaut est une attaque implicite contre la pensée corporatiste des juristes élevés dans l'esprit du droit des universités de la fin du XVIII^e siècle et du début du XIX^e. Dans ce programme on peut en fait découvrir tous les éléments qui avaient inspiré la codification en France. C'est aussi de cette façon que cela a été ressenti en Allemagne et a provoqué ainsi la forte réaction de Savigny » (H. J. SONNENBERGER, « Allemagne », *La circulation du modèle juridique français (journées franco-italiennes)*, Travaux de l'Association Henri Capitant, Paris, Litec, t. XLIV, 1994, p. 342 et s.).

³⁹⁹ *Ibid.*, p. 342 et s.

⁴⁰⁰ « Le Code civil qui se baserait sur le droit romain contiendrait, [d'après Savigny], "plus de zones obscures que l'on ne pourrait croire" (mehr Dämmerung, als man glauben sollte) » (*Ibid.*, p. 342 et s.).

était-elle établie et Savigny, faisant alors figure de fondateur, en résumera parfaitement l'idée directrice : « Toute la science juridique n'est rien d'autre que l'histoire du droit »⁴⁰¹.

Très tôt, cette idéologie séduit les juristes français, las d'une méthode exégétique réduisant l'étude du droit à « une simple interprétation grammaticale et logique »⁴⁰² des textes et aboutissant en fin de compte à « couper le droit français de son histoire et de son contexte politique »⁴⁰³. Aussi, au cadre étroit de l'exégèse⁴⁰⁴, les auteurs de cette nouvelle génération opposent et proposent-ils le vaste champ de l'histoire du droit. A leur tête, Athanase Jourdan⁴⁰⁵. « Cet homme qui fut à l'origine de la rénovation de l'étude et de l'enseignement du droit en France n'a laissé aucune œuvre achevée. Ses publications, du fait de l'extrême brièveté de sa vie scientifique, sont peu nombreuses »⁴⁰⁶. En effet, c'est avant tout par l'édition de textes que Jourdan participe à une meilleure connaissance des sources. En ce sens, il publie à partir de 1821, et jusqu'en 1833, un important *Recueil général* (29 volumes) des « anciennes lois françaises [...] qui peuvent servir soit à l'interprétation, soit à l'histoire du droit public et privé »⁴⁰⁷. De même publie-t-il en 1822 les Institutes de Gaius (à la suite de leur redécouverte à Vérone), celles de Justinien, les sentences de Paul ainsi que les fragments d'Ulpian qu'il réunit en un seul volume intitulé *Juris civilis Ecloga*. Enfin, il édite l'année suivante les *Fragmenta juris romani Vaticana* découverts par Angelo Mai (1782-1854) à la Bibliothèque Vaticane ou encore les *Tabulas chronologicas* de Christian Gottlieb Haubold (1766-1824).

Surtout, Jourdan est l'un des fondateurs de « la première grande revue juridique depuis le Code civil, *La Thémis* »⁴⁰⁸, avec Dufrayer⁴⁰⁹, Du Caurroy, Demante, Charles-Auguste Pellat (1793-1871)⁴¹⁰, l'allemand Warnkönig, sans oublier celui qui fut « le véritable pivot de

⁴⁰¹ J.-L. HALPERIN, *loc. cit.*

⁴⁰² H. KLIMRATH, *loc. cit.*

⁴⁰³ P. JESTAZ et C. JAMIN, *La doctrine, op. cit.*, p. 96. Les auteurs rapportent en outre (*ibid.*, p. 97), à propos de cet « ennui ambiant », une citation de Gustave Flaubert (1821-1880) – lequel a effectivement poursuivi des études de droit à Paris – extraite d'une lettre écrite à Ernest Chevalier (1820-1887) en 1844 et manifestement dépourvue de toute ambiguïté : « Ecris-moi comment tu vas et ce que tu fais. Vois-tu quelquefois Oudot dans tes rêves ? Duranton te pèse-t-il sur la poitrine quand tu as des cauchemars ? Quelle belle invention que l'Ecole de Droit pour vous emmerder ! C'est à coup sûr la plus enkyrinante de la création... ».

⁴⁰⁴ Sur le poids de la méthode exégétique, cf. *supra*, p. 41 et s.

⁴⁰⁵ Sur lequel nous reviendrons plus longuement lorsqu'il s'agira d'apprécier l'œuvre des pionniers de la comparaison juridique parmi lesquels il figure (cf. *infra*, p. 189 et s.). Pour l'heure, seul l'historien du droit qu'a été Jourdan nous occupe.

⁴⁰⁶ O. MOTTE, *Lettres inédites de juristes français du XIX^e siècle...*, *op. cit.*, t. I, 1989, p. 892.

⁴⁰⁷ A. JOURDAN, DECRUSY et F.-A. ISAMBERT, *Recueil général des anciennes lois françaises, depuis l'an 420 jusqu'à la révolution de 1789, contenant la notice des principaux monuments des Mérovingiens, des Carolingiens et des Capétiens, et le texte des ordonnances, édits, déclarations, lettres patentes, règlements, arrêts du conseil, etc., de la troisième race, qui ne sont pas abrogés, ou qui peuvent servir soit à l'interprétation, soit à l'histoire du droit public et privé, avec notes de concordance, table chronologique, et table générale analytique et alphabétique des matières*, Paris, Belin-le-Prieur, 29 t., 1821-1833.

⁴⁰⁸ J.-L. HALPERIN, *Histoire du droit privé français depuis 1804, op. cit.*, p. 71.

⁴⁰⁹ « Le plus discret des fondateurs, sans doute parce qu'il disparut prématurément : lors de la création de la *Thémis*, il est professeur suppléant à la Faculté de droit de Paris, après avoir enseigné à Coblenz » (P. JESTAZ et C. JAMIN, *La doctrine, op. cit.*, p. 98). Nous n'avons pu obtenir d'autres informations le concernant.

⁴¹⁰ Né le 6 octobre 1793 à Grenoble, Pellat est bachelier puis licencié ès lettres avant d'entamer des études juridiques qu'il conclut par un doctorat en 1819. Avocat près la cour royale de Grenoble (1818), il est nommé

l'entreprise »⁴¹¹ : Jean-Baptiste-Antoine-Hyacinthe Blondeau. Ce dernier, fils de riches tanneurs de Namur où il naît le 20 août 1784, y fait ses études à l'Ecole centrale qu'il poursuit ensuite à Bruxelles puis à l'Académie de législation du département des Deux-Nèthes et enfin à l'université de jurisprudence, en 1803. Professeur suppléant à la faculté de droit de Strasbourg en 1806, il est transféré à Paris en 1808 où il reçoit l'année suivante, par collation, le diplôme de docteur. Puis, de 1812 à 1819, Blondeau enseigne le droit romain, en qualité de suppléant, dont il soutient qu'il est « la mère commune de toutes les législations modernes »⁴¹². Le 21 juin 1819, il est finalement nommé à la chaire de droit romain à la suite d'un brillant concours dont les épreuves furent d'ailleurs fidèlement rapportées par Jourdan, désireux, en leur assurant la plus grande publicité possible, de déjouer l'hostilité de plusieurs de ses juges à son égard⁴¹³. Il sera nommé le 3 août 1830 doyen de la faculté de droit de Paris (fonction à laquelle il renonce cependant, le 11 novembre 1843), accumulera les distinctions (membre de l'Académie de sciences morales et politiques, correspondant des Académies de Bruxelles et de Turin) et sera naturalisé en 1838. Il meurt à Ermenonville, dans la maison même qu'avait habitée Jean-Jacques Rousseau, le 11 novembre 1854⁴¹⁴.

A l'instar de Jourdan, Blondeau se veut « l'intermédiaire entre l'école historique d'outre-Rhin et la pensée juridique française »⁴¹⁵. Aussi s'élève-t-il contre l'interprétation grammaticale des codes – et les professeurs qui y recourent – et proclame-t-il qu'« il n'existe pas d'études possibles du droit sans philosophie et sans histoire, et l'histoire du droit français plonge ses racines dans le droit romain [que Blondeau] veut restaurer dans sa pureté classique : c'est le messianisme juridique de la *Thémis* »⁴¹⁶. Telle est en effet l'ambition du comité de rédaction de la revue, lesquels divisent chaque livraison en quatre parties dont la

professeur suppléant à la faculté de droit de cette même ville à la suite d'un concours ouvert en 1820. Toutefois, l'ordonnance royale du 8 avril 1821, supprimant cette faculté, vient dès lors mettre fin le même jour à ses fonctions. C'est alors par un autre concours que Pellat retrouve ses fonctions de suppléant, cette fois-ci à la faculté de droit de Paris (1821). Huit ans plus tard, après avoir participé au concours pour la chaire de Pandectes et des Institutes, le Grand Maître de l'université l'institue professeur de Pandectes. Il sera nommé doyen de la faculté de droit de Paris en 1848 et reconduit dans son décanat en 1851. Homme cultivé dont l'instruction est vaste tant du point de vue littéraire, scientifique, historique, philosophique et grammaticale, polyglotte parlant l'allemand, l'anglais, l'italien, l'espagnol et le portugais, Pellat publie ses *Textes du droit romain* sur la dot en 1836. En 1837, il fait éditer une traduction du livre VII des Pandectes. Enfin, il fait paraître en 1840 un *Traité succinct du droit de gage et d'hypothèque* ainsi que la traduction annotée du précis d'un cours sur l'ensemble du droit privé des Romains de Gustav Ludwig Theodor Marezoll (1794-1873). Pellat meurt à Paris le 14 novembre 1871 (sur ces éléments biographiques, consulter : P. DUCRET, V° « Pellat », *Dictionnaire historique des juristes français*..., *op. cit.*, 1^{ère} éd., 2007, p. 614-615).

⁴¹¹ O. MOTTE, *Lettres inédites de juristes français du XIX^e siècle*..., *op. cit.*, t. I, 1989, p. 374.

⁴¹² Cité par C. LECOMPTE, V° « Blondeau », *Dictionnaire historique des juristes français*..., *op. cit.*, 1^{ère} éd., 2007, p. 90.

⁴¹³ A. JOURDAN, *Relation du concours ouvert à Paris pour la chaire de droit romain vacante par la mort de M. Berthelot*, Paris, Baudouin frères, 1819.

⁴¹⁴ Pour une biographie plus détaillée, consulter : *ibid.*, p. 372-377. Egalement : N. HAKIM, « Un essai de conceptualisation des fonctions de la doctrine et des juristes : l'Introduction à l'étude du droit de Hyacinthe Blondeau », *Revue trimestrielle de droit civil*, n° 4, 2008, p. 635-640.

⁴¹⁵ C. LECOMPTE, *loc. cit.*

⁴¹⁶ *Ibid.*, p. 91.

première, justement intitulée « Législation et Histoire du Droit », doit notamment être consacrée à la « comparaison des lois françaises avec les lois romaines » ou aux « antiquités du droit romain et du droit français ». La troisième partie, portant sur la « Doctrine des Auteurs », devra contenir, selon ces mêmes rédacteurs, l'« analyse critique des principaux ouvrages de droit français, publiés, soit en France, soit en pays étranger [et] recherchera les causes de la divergence des opinions des jurisconsultes, et les moyens de parvenir à cette uniformité de doctrine, objet des vœux et des efforts de tous les amis de la science »⁴¹⁷. Enfin, quant à la quatrième partie sur l'« Enseignement du Droit », elle est envisagée comme un « coup d'œil sur l'organisation des Ecoles de droit dans les divers Etats de l'Europe ; examen comparé des méthodes d'enseignement ; analyse des ouvrages élémentaires »⁴¹⁸. Or – il faut le rappeler – les animateurs de la *Thémis* songent principalement, lorsqu'ils tracent leur « plan de l'ouvrage », à l'Allemagne et ses auteurs. D'ailleurs, « de façon caractéristique, [...] la *Thémis*, s'ouvre par un article de Warnkönig sur "l'état actuel de la science du Droit en Allemagne" – et [...] se clôt sur un article du même auteur sur "l'enseignement du droit germanique en Allemagne" »⁴¹⁹.

En fin de compte, l'action de ces jeunes juristes parisiens est double : il s'agit pour eux, dans un premier temps, d'importer massivement les idées de l'Ecole historique allemande puis, dans un second temps, de propager ces mêmes idées sur l'ensemble du territoire national. Outre la nécessaire lecture des ouvrages publiés en Allemagne, l'importation des thèses allemandes est surtout rendue possible par la constitution de véritables *réseaux* franco-allemands dont celui de Jourdan est extrêmement important⁴²⁰. « Ce sont en effet pratiquement tous les juristes allemands de son temps qu'il faut mettre au nombre de ses correspondants »⁴²¹ : Johannes Birnbaum (1763-1832), Hugo, Haubold, Karl Friedrich Christian Wenck (1784-1828), Mittermaier, Gustav Friedrich Hänel (1792-1877), Warnkönig, Walther Friedrich von Clossius (1795-1838), Sigmund Zimmern (1796-1830), Eduard Gans (1798-1839), Friedrich Ludwig Keller (1799-1860) et bien-sûr Savigny, dont la relation épistolaire fut sans aucun doute, pour Jourdan, « comme une consécration »⁴²².

Par ces lettres, les animateurs de la *Thémis* ne cessent de demander à leurs « mentors » d'outre-Rhin, dès lors avec toujours beaucoup de déférence, l'envoi de leurs écrits ou de ceux de leurs collègues, parfois même leurs propres notes personnelles voire des copies de textes, notamment de droit romain, tout juste découverts⁴²³ ; en somme, « de tout ce qui peut

⁴¹⁷ *Thémis*, t. I, 1819, p. 6.

⁴¹⁸ *Ibid.*, p. 6.

⁴¹⁹ O. MOTTE, *Lettres inédites de juristes français du XIX^e siècle...*, op. cit., t. I, 1989, p. 76 et s.

⁴²⁰ L'auteur écrivant d'ailleurs à ce propos à Warnkönig, dans une lettre en date du 25 avril 1824 (un Mardi gras) : « Je ne trouve pas que les idées nouvelles, quoique généralement estimées, se répandent avec facilité. On s'isole trop, et il faut absolument se confier à l'esprit d'association comme à un moyen de propager une nouveauté et de la défendre contre les Coups d'état » (*Ibid.*, p. 977).

⁴²¹ *Ibid.*, p. 896-897.

⁴²² *Ibid.*, p. 901.

⁴²³ Ainsi Jourdan avait-il écrit à Savigny pour lui demander ses notes relatives à l'*Histoire du droit romain*, dont il avait effectivement pris sous son égide la traduction, ainsi qu'une « Copie des Collations des manuscrits de

intéresser les jurisconsultes »⁴²⁴. De même n'hésitent-ils pas, une fois ces documents obtenus, à en poursuivre l'examen en questionnant leurs auteurs sur des points précis et, souvent, en obtenant d'eux des développements supplémentaires que les directeurs de la revue décident alors de publier⁴²⁵. « De plus en plus en effet, [ces derniers verront] dans [leur] correspondance un moyen d'action privilégié, une véritable activité scientifique »⁴²⁶. Dans le même sens, les rédacteurs de la *Thémis* déclarent recevoir avec reconnaissance les dissertations que les jurisconsultes étrangers désireront faire insérer dans le recueil, ce qui sera justement le cas de Christian Gottlob Biener (1748-1828), Birnbaum, Hugo, Savigny, Hänel, Warnkönig, Zimmern, Keller et un certain Weber, docteur en droit de l'Université d'Heidelberg.

En définitive,

« [ces germanophiles] travailleront sans relâche dans la direction indiquée par l'Allemagne, se dépensant sans compter pour propager ses thèses et imiter ses travaux. [...] L'idée qu'il ne saurait y avoir de science juridique qu'inspirée par l'Allemagne, et sanctionnée par elle, fait parmi eux figure de dogme. Celle-ci devient, pour tous ceux qui s'occupent de la théorie du droit, la référence absolue ; par rapport à laquelle on se définit. [...] D'où le puissant mouvement qui, dans un enthousiasme général, pousse toute une génération désireuse d'œuvrer à "l'alliance intellectuelle de la France et de l'Allemagne" à l'étude des vérités venues d'outre-Rhin. [...] Tous en tous cas, quelles que soient leur destination et la durée de leur séjour, ils iront vers l'Allemagne avec le sentiment de pénétrer dans le sanctuaire même de la science »⁴²⁷.

Une fois la pensée de l'Ecole historique allemande réceptionnée, il restait ensuite à la diffuser en France... et *en français*. En effet, sur ce point,

« on est unanime : il faut traduire, et rapidement. Le but, comme l'écrit alors Jourdan, est de "transvaser" en France l'ensemble des progrès de l'Allemagne ; et on s'y attache avec ardeur. Partout, on entreprend des traductions [...]. Le mouvement gagne la province [...]. Pour aller plus vite, on constitue même à Paris une "Société de traduction" qui se donne pour but de promouvoir et de coordonner les efforts. A l'évidence il y a là un mouvement très ample qui révèle une curiosité passionnée pour l'Allemagne et semble promettre pour un proche avenir la traduction de l'ensemble de ses chefs-d'œuvre »⁴²⁸.

Jourdan lui-même se lancera dans l'apprentissage de la langue allemande qu'il finira d'ailleurs par maîtriser, non sans peine⁴²⁹. Là encore, l'entreprise semble mobiliser des réseaux véritablement européens et plus particulièrement franco-allemands. L'article

Vercell et de Vienne relatifs à l'Epitome de Gaius [qu'il] seroit très bon de réimprimer [...] dans l'Ecloga » (*Ibid.*, p. 902).

⁴²⁴ Tel est en effet l'objet de l'*Appendice* prévu par les rédacteurs de la *Thémis* à la fin de chaque livraison : « Un Appendice contiendra l'annonce des ouvrages de droit ou de législation, des mémoires d'avocats, des arrêts les plus notables, et en général, de tout ce qui peut intéresser les jurisconsultes » (*Thémis*, t. I, 1819, p. 6 ; l'italique est de notre fait).

⁴²⁵ Ainsi une lettre de Clossius, datée du 23 juin 1821, nourrit-elle un article publié dans l'*Appendice* du tome III de la *Thémis* (1821), pages 474 à 476. Pour d'autres exemples, consulter : O. MOTTE, *Lettres inédites de juristes français du XIX^e siècle...*, op. cit., t. I, 1989, p. 897-898.

⁴²⁶ *Ibid.*, p. 897.

⁴²⁷ *Ibid.*, p. 40 et s.

⁴²⁸ *Ibid.*, p. 69 et s.

⁴²⁹ Il écrit par exemple le 28 octobre 1824 à Warnkönig : « Je commence à me reconnoître dans votre maudite langue allemande » (*Ibid.*, p. 984).

d'ouverture de la *Thémis* composé en allemand par Warnkönig sur *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* est par exemple traduit en français par l'un des élèves de l'auteur dénommé Cralle⁴³⁰.

Pour autant, s'agit-il pour cette « assez large fraction de la jeune génération libérale parisienne »⁴³¹ de reprendre *l'ensemble* des thèses savigniennes ? Assurément non. Parce que « le code civil est une sorte d'arche sainte, à laquelle il est impensable de toucher parce qu'elle représente la stabilité dans le domaine du droit, clef de voute de la transaction entre l'Ancien Régime et la Révolution »⁴³², les auteurs de la *Thémis* ne peuvent se rallier à l'opposition véhémement exprimée par Savigny à l'encontre de la codification. Parce qu'ils ne considèrent pas non plus le Code de 1804 comme un « aboutissement historique » mais plutôt comme un modèle perfectible, ils ne peuvent davantage souscrire au fatalisme historique présent chez le jurisconsulte berlinois. En somme, cette adaptation des idées de l'Ecole historique allemande au contexte national ne montre qu'une chose : la fondation d'une *Ecole historique française*⁴³³.

Contre cette dernière, des voix s'élèvent et taxent alors volontiers ses disciples de « germanistes » – qualificatif dès lors entendu de façon évidemment péjorative – à l'exemple d'Alexandre-Auguste Ledru-Rollin (1807-1874) qui écrit en 1845 :

« De l'Ecole doctrinaire est sortie une nouvelle secte *gallophobe*, qui veut naturaliser dans nos écoles et dans nos académies les doctrines de l'Ecole historique allemande. Ardents et souples à la fois, les néophytes se prosternent avec ferveur devant les ombres du passé ; mais ils savent où rencontrer les récompenses du présent. Le croirait-on ? C'est l'Université de France qui encourage la révolte contre l'Ecole française. Elle appelle dans ses chaires les adorateurs superstitieux de la coutume ! Elle leur ouvre ses académies, et les convie au partage de toutes ses gloires ! Nous sommes menacés d'une nouvelle invasion étrangère, ou plutôt l'invasion est déjà triomphante. C'était bien la peine, vraiment, de voir nos Codes partout accueillis, ou partout imités, pour entendre en même temps les ennemis de nos Codes parler en maîtres dans le sanctuaire d'où ils sont émanés. La révolution française et Napoléon triomphent au dehors ; à Paris, on réserve les triomphes pour les disciples de de Maïstre et de Savigny »⁴³⁴.

En réalité, ces Codes restent pour l'Ecole française le résultat d'une longue tradition qu'il s'agit alors d'étudier. En d'autres termes, « ce fut surtout la méthode de Savigny, plus que sa critique de fond du Code civil, qui inspira ses "disciples" français »⁴³⁵. Une méthode qui touche en fin de compte l'ensemble des disciplines juridiques.

⁴³⁰ Nous ne disposons malheureusement d'aucune autre information à son sujet.

⁴³¹ P. JESTAZ et C. JAMIN, *La doctrine*, op. cit., p. 99.

⁴³² O. MOTTE, *Lettres inédites de juristes français du XIX^e siècle...*, op. cit., t. I, 1989, p. 91 et s.

⁴³³ Sur cette école : J. GAUDEMET, « Les écoles historiques du droit en France et en Allemagne au XIX^e siècle », *RHFD*, 1998, n° 19, p. 87-124 ; Y.-A. DURELLE-MARC, « La Revue bretonne de droit et de jurisprudence de F. Laferrière (Rennes, 1840-1842) et l' "Ecole" historique française du droit », *Etudes d'histoire du droit et des idées politiques*, vol. X, 2006, p. 375-390.

⁴³⁴ A.-A. LEDRU-ROLLIN, *Jurisprudence française. Répertoire général du Journal du Palais. Introduction. De l'influence de l'école française sur le droit au XIX^e siècle*, Paris, F.-F. Patris, 1845, p. xlviii-xlix.

⁴³⁵ J.-L. HALPERIN, loc. cit.

§2. L'application de la méthode historique par les auteurs français

De nombreux juristes français ont fait application de la méthode historique. Formé par son père, Charles-André Dupin (1758-1843), et tenu d'apprendre par cœur, de 11 à 17 ans, des parties entières du *Corpus iuris civilis*, de l'ancien droit et du droit canonique⁴³⁶ ; Dupin aîné livre par exemple plusieurs travaux d'histoire du droit dont un *Précis historique du droit romain* en 1809. De même, dans son *Manuel des étudiants en droit et des jeunes avocats* publié en 1835, il donne une « Biographie des principaux auteurs de droit, jurisconsultes, magistrats, publicistes, etc. »⁴³⁷ où apparaît Savigny⁴³⁸. Klimrath se rend à Heidelberg en mai 1832 et suit pendant une année les cours de Zachariæ, Thibaut et Mittermaier dont il rend compte dans la *Revue encyclopédique* (1832). En 1833, il soutient sa thèse de doctorat, *Essai sur l'étude historique du droit et son utilité pour l'interprétation de Code civil*, dans laquelle il mobilise généreusement les thèses d'Hugo, Savigny, Karl Friedrich Eichhorn (1781-1854) ou encore Mittermaier. Jules Michelet (1798-1874) indique, dans ses *Origines du droit français cherchées dans les symboles et formules du droit universel* (1837), les *Antiquités du droit allemand* de Jacob Grimm (1785-1863). Firmin Laferrière, lecteur de Michelet qu'il considère d'ailleurs comme « l'une des illustrations de l'école historique »⁴³⁹ et de Klimrath auquel il rend hommage⁴⁴⁰, cite quant à lui – et parmi d'autres – l'allemand Philipp August Böckh (1785-1867). Duranton⁴⁴¹, lorsqu'il traite de

⁴³⁶ En 1800, il monte à Paris et poursuit sa formation juridique entre des cours particuliers et une étude d'avoué où il se perfectionne en procédure. Inscrit ensuite à l'Académie de législation, Dupin y étudie le droit romain ainsi que le nouveau droit français. Après avoir obtenu sa licence, il présente en 1806 la première thèse de doctorat (sur les successions *ab intestat*) qui fait de lui le doyen de tous les docteurs en droit français. La suite de sa carrière n'est pas moins brillante et singulière : en effet, il est également l'un des premiers avocats au barreau de Paris (1804-1830), bâtonnier de l'ordre en 1829, procureur général près la Cour de cassation de 1830 à 1852 et de 1857 à 1865, membre de l'Académie française et de l'Académie des sciences morales et politiques, inspecteur des écoles de droit, initiateur des comices agricoles de la Nièvre dont les électeurs le désignent régulièrement à la Chambre des députés (1827-1830, 1830-1848, 1848-1849 et 1849-1851), président de cette même Chambre de 1832 à 1840 puis président de l'Assemblée nationale de 1849 à 1851, il finit sa carrière parlementaire, sénateur d'empire de 1857 à sa mort en 1865. Pour une biographie plus détaillée, consulter : F. BRAMI, V° « Dupin », *Dictionnaire historique des juristes français...*, op. cit., 1^{ère} éd., 2007, p. 281-283 mais aussi M. RASERA, *Dupin l'aîné : un Nivernais au centre de la monarchie de Juillet*, Précyc-sous-Thil, Editions de l'Armançon, 2011.

⁴³⁷ A.-M.-J.-J. DUPIN, *Manuel des étudiants en droit et des jeunes avocats ; Recueil d'opuscules de jurisprudence*, Paris, Joubert, 1835, p. 723.

⁴³⁸ Ce *Manuel* dénote d'ailleurs une véritable ouverture chez Dupin aîné vis-à-vis des auteurs étrangers puisque les anglais Bentham et Thomas Erskine (1750-1823), l'allemand Guillaume-Frédéric de Martens (1756-1821) ou encore l'italien Dominique-Albert Azuni (1760-1827) sont également retenus.

⁴³⁹ L.-F.-J. LAFERRIERE, *Histoire du droit français*, Paris, Joubert, t. II, 1838, p. 545.

⁴⁴⁰ « On ne saurait trop déplorer la mort de ce jeune savant de 30 ans qui se dévouait avec ardeur à l'histoire du droit » (*Ibid.*, p. 553).

⁴⁴¹ Né à Cusset (Allier) le 27 janvier 1783, Duranton devient avocat en 1810. En 1820, il succède à Nicolas-Eustache Pigeau (1750-1818) comme professeur de procédure civile à la faculté de droit de Paris où il devient ensuite professeur de droit civil de 1822 à 1856. Il meurt le 18 août 1866 à La Chapelle-de-Guichay, en Saône-et-Loire.

l'adoption et de la tutelle officieuse dans son *Cours de droit français*⁴⁴², rappelle en observations préliminaires que « l'origine de l'adoption remonte à la plus haute antiquité : elle était connue chez les Hébreux, les Assyriens et les Egyptiens. Les Grecs la leur avaient empruntée. Mais c'est surtout chez les Romains qu'elle était honorée et puissamment encouragée »⁴⁴³. Aussi le civiliste mentionne-t-il la constitution justinienne *de Adoptionibus* selon laquelle

« lorsque le fils de famille serait donné en adoption par son père naturel à son aïeul, paternel ou maternel, ou autre ascendant, l'adopté passerait sous la puissance de l'adoptant, avec tous les droits attachés à la qualité de fils de famille ; mais que si l'adoption était faite par un autre qu'un ascendant, par exemple, par un oncle, paternel ou maternel, l'adopté resterait dans sa famille, en acquérant toutefois le droit de succéder *ab intestat* à l'adoptant »⁴⁴⁴.

C'est encore au regard de l'histoire, celle des Etats-Unis d'Amérique, que Guizot analyse la « République démocratique » ; objet du troisième Chapitre (sur huit) de son œuvre *De la démocratie en France* publiée en 1849⁴⁴⁵. Auteur d'un *Essai sur l'enseignement du droit en France* en 1831, d'un *Cours d'introduction générale à l'étude du droit* et d'un *Traité de droit commercial* en 1842 ainsi que de nombreux articles dans la *Revue critique*, dont il est l'un des fondateurs en 1851, Molinier publie en cette même année son *Programme du cours de droit criminel* dans lequel il donne « des développements un peu étendus à la partie qui résume [ses] leçons sur la philosophie et sur l'histoire du droit criminel. Ces matières reposent sur des principes qui ne peuvent être saisis qu'à l'aide d'une grande attention, et sur des documents nombreux qu'il était nécessaire d'indiquer »⁴⁴⁶. A cet effet, le professeur toulousain présente

⁴⁴² Un *Cours* qu'il publie en vingt-deux volumes à partir de 1825 et dans lequel il livre un commentaire classique du Code Napoléon, ne cherchant effectivement pas l'originalité mais présentant une analyse textuelle de la loi, à l'exception toutefois de quelques formulations : Duranton range par exemple les lois sur le mariage, la puissance maritale et la puissance paternelle dans le « droit public » au motif qu'il est impossible d'y déroger par des conventions. Il plaide en outre pour une modification de la loi relativement à l'article 331 du Code civil interdisant selon lui la légitimation des enfants incestueux, même en cas de dispense pour se marier obtenue par leurs parents. Sur ce point et pour davantage d'éléments biographiques sur Duranton : J.-L. HALPERIN, V^o « Duranton », *Dictionnaire historique des juristes français...*, op. cit., 1^{ère} éd., 2007, p. 295-296.

⁴⁴³ A. DURANTON, *Cours de droit français suivant le Code civil*, op. cit., t. III, 1844, p. 261.

⁴⁴⁴ *Ibid.*, p. 262.

⁴⁴⁵ Dans ce Chapitre, l'ancien ministre des Affaires étrangères (1840-1848) tente de repérer le « mal » qui ronge la France, à savoir l'absence de paix sociale : « Le besoin permanent de toute société, écrit-il en effet, le premier besoin de la France actuelle, c'est le besoin de la paix au sein de la société elle-même » (F. GUIZOT, *De la démocratie en France (janvier 1849)*, Bruxelles, Wouters frères, 1849, p. 34). Or, toujours selon l'auteur, la république démocratique telle qu'elle est établie en France n'est pas en mesure d'instaurer cette paix : « La paix intérieure, la paix entre toutes les classes de citoyens, la paix sociale ! c'est le besoin suprême de la France, c'est le cri de salut. La République démocratique nous la donnera-t-elle ? Elle n'a pas bien débuté à cet égard. A peine née, elle a subi et rendu la guerre civile. C'est pour elle un grand malheur. Les gouvernements ont beaucoup de peine à sortir de ce qui fut leur berceau. La République démocratique y parviendra-t-elle ? avec du temps, rétablirait-elle la paix sociale ? » (*Ibid.*, p. 35-36). En revanche, « les Etats-Unis d'Amérique sont, dans le monde, le modèle de la république et de la démocratie » (*Ibid.*, p. 36).

⁴⁴⁶ V. MOLINIER, *Programme du cours de droit criminel fait à la Faculté de Toulouse*, Toulouse, imprimerie de Bonnal et Gibrac, t. I, 1851, Avertissement (nous soulignons). A vrai dire, Molinier ne semblait pas prédestiné à enseigner cette matière. Né à Turin le 8 avril 1799 (il est le fils d'un capitaine de dragons servant dans l'armée d'Italie), il étudie à Toulouse où il est reçu bachelier en 1818 puis licencié en droit en 1821. Dès lors commence pour Victor Molinier une carrière de praticien : d'abord avocat à Villefranche-de-Lauragais, il est ensuite nommé procureur du roi à Villefranche en 1831 et enfin substitut à Toulouse en 1834. A partir de 1838, année où il passe

par exemple plusieurs notices bibliographiques comportant pratiquement autant de jurisconsultes français que d'auteurs étrangers, y compris d'outre-Rhin⁴⁴⁷.

Ce qui ressort définitivement de tous ces exemples, c'est bien l'emploi de la méthode historique. Qu'ils appartiennent directement au cercle de la *Thémis* – tel Duranton, qui se lie au périodique par une lettre publiée en 1821 relativement au neuvième volume de Toullier⁴⁴⁸ – ou qu'ils s'en éloignent – à l'instar de Dupin aîné, collaborateur puis pourfendeur de la revue de Jourdan qu'il qualifiera de « petite secte qui s'efforce d'introduire le germanisme en France »⁴⁴⁹ –, ces juristes français ont pu bénéficier de l'importation et de la traduction des grands ouvrages de l'Ecole historique allemande menées au sein de cette revue. Historiens (Dupin aîné, Klimrath, Michelet, Firmin Laferrière, Guizot) ou « positivistes » (Duranton, Molinier), praticiens (Dupin, Laferrière et Molinier ont été avocats) ou professeurs (Klimrath, Michelet, Guizot), parisiens ou provinciaux ; tous semblent en réalité avoir été séduits, ou du moins réceptifs, à un moment ou un autre et à un degré plus ou moins fort, à l'égard de cette méthode venue d'Allemagne ; convaincus en effet de la supériorité du système allemand des études juridiques.

Si les historiens du droit n'éprouvent ainsi aucun complexe à évoquer leurs homologues étrangers, la méthode historique permet également à leurs collègues positivistes de s'ouvrir aux droits étrangers ; autrement dit, de faire – dans une certaine mesure du moins – de l'*histoire comparée du droit*. Plus encore, les développements historiques qu'ils consacrent dans leurs ouvrages leur permettent bien souvent d'aboutir à d'autres développements, cette fois-ci de *droit comparé*. C'est ainsi qu'après avoir mentionné la constitution justinienne de

son doctorat, Molinier s'oriente également vers une carrière universitaire : échouant à un concours de chaire à Poitiers, il est cependant retenu comme suppléant à Toulouse et chargé de l'introduction générale à l'étude du droit. C'est à partir de 1843 qu'il enseigne la législation criminelle, d'abord à titre provisoire, puis en qualité de titulaire dès 1846. Il enseignera le droit pénal, « l'une des branches les plus importantes et les plus intéressantes de la vaste science du Droit » selon lui, jusqu'en 1881. Pour une biographie plus détaillée, consulter : J.-L. HALPERIN, V° « Molinier », *Dictionnaire historique des juristes français...*, op. cit., 1^{ère} éd., 2007, p. 568-569.

⁴⁴⁷ Ainsi de la notice bibliographique qu'il donne dans la première partie de son *Programme* en matière d'*histoire du droit criminel* composée de six œuvres françaises : l'*Ordre, Formalité et Instruction judiciaire dont les Grecs et les Romains ont usé ès-accusations publiques, conféré au styl et usage de nostre France* de Pierre Ayrault (1536-1601), *Loi salique* de Pardessus, *Essai sur l'Histoire du Droit français au moyen âge* de Giraud, *Théorie de la Procédure criminelle* d'Hélie, *Histoire du Droit civil de Rome et du Droit français* de Firmin Laferrière, *Discours prononcé à l'audience de rentrée de la cour de cassation, du 3 novembre 1847* de Dupin ; et de quatre œuvres étrangères : *Geschichte des römischen criminal processes bis zum tode Justinian's* de Gustav Geib (1808-1864), *de Publicis et criminalibus judiciis libri tres* de Philippi Invernizi, *Corpus juris Germanici antiqui* de Ferdinand Walter (1794-1879), *Esprit, Origine et Progrès des Institutions judiciaires des principaux pays de l'Europe* de Meyer.

⁴⁴⁸ Sur cet auteur, cf. *supra.*, p. 68 et s. Quant à l'article de Duranton : A. DURANTON, « Lettre de M. Duranton, professeur à l'Ecole de Droit de Paris, relativement au neuvième volume de M. Toullier », *Thémis*, t. III, 1821, p. 95-104.

⁴⁴⁹ J.-L. HALPERIN, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, op. cit., p. 72.

*Adoptionibus*⁴⁵⁰, Duranton indique que cette espèce d'adoption est celle que le Code prussien a admise, « avec quelques différences dans les conditions, les formes et les effets, et c'est aussi celle qui a servi de type à la nôtre »⁴⁵¹. Simplement, le professeur parisien tient particulièrement à souligner l'origine romaine du modèle d'adoption en question, désirant défendre et surtout préserver, semble-t-il, l'indépendance du Code français à l'égard de son concurrent prussien. L'auteur écrit en effet en note :

« On remarque [dans le Code prussien], en grand nombre, des dispositions pleines de sagesse. Les rédacteurs du nôtre y ont puisé en grande partie le titre de l'adoption. Mais ce n'est pas là, comme le dit un auteur, qu'ils ont pris l'idée d'une adoption qui ne rompt pas les liens de famille entre l'adopté et ses parents naturels, qui ne fait point entrer l'adopté dans la famille de l'adoptant : l'adoption établie par Justinien, que les docteurs appellent *adoption imparfaite*, leur en avait fourni le modèle, comme elle l'avait fourni aux rédacteurs du Code prussien eux-mêmes »⁴⁵².

De la même manière, lorsque Guizot oppose l'histoire des Etats-Unis d'Amérique à celle de la France, il entre en réalité dans une certaine *comparaison* dont voici la teneur :

« Il n'y avait chez eux point de lutte entre [...] une société ancienne aristocratique et une société nouvelle démocratique. Bien loin de là ; [...] l'aristocratie naturelle et nationale du pays, étaient à la tête de la révolution et de la république [...]. Quelles sont les républiques qui ont longtemps et honorablement vécu, résistant aux défauts et aux orages naturels de leurs institutions ? Celles-là seules chez qui l'esprit républicain a été vrai et général ; qui ont obtenu à la fois, d'une part, le dévouement et la confiance du peuple, de l'autre, l'appui décidé des classes qui, par leur situation acquise, par leur fortune, par leur éducation, par leurs habitudes, apportent dans les affaires publiques le plus d'autorité naturelle, d'indépendance tranquille, de lumières et de loisir. A ces conditions seulement la République s'établit et dure, car à ces conditions seulement elle gouverne sans troubler la paix sociale et sans condamner le pouvoir à la déplorable alternative d'être désorganisé par l'anarchie ou tendu jusqu'à la tyrannie. Les Etats-Unis d'Amérique ont eu ce bonheur. Il manque à la République française »⁴⁵³.

L'on s'aperçoit enfin, pour terminer sur le *Programme du cours de droit criminel* de Molinier, que les recherches historiques auxquelles ce dernier procède et qu'il inscrit dans une perspective contemporaine, c'est-à-dire qu'il conçoit comme une méthode d'appréhension du droit positif, l'amènent également à s'intéresser aux droits étrangers. Par exemple, est incluse dans le programme consacré à la Deuxième République l'étude de la question du *système pénitentiaire*, « propre à remplacer avec avantage le régime des bagnes, des maisons centrales et des maisons de correction. Il peut s'adapter avec assez de facilité à la législation pénale qui nous régit »⁴⁵⁴. Pour ce faire, le professeur entend alors remonter à l'origine de l'emprisonnement solitaire, qui fut notamment appliqué au moyen-âge par l'Eglise⁴⁵⁵, et retracer ainsi son histoire jusqu'aux différents projets de loi sur les prisons encore en discussion au moment où il écrit. Or, cette étude historique conduit nécessairement Molinier à examiner « comment les Quakers [...] firent admettre [l'emprisonnement solitaire] dans la

⁴⁵⁰ Cf. *supra.*, p. 105.

⁴⁵¹ A. DURANTON, *Cours de droit français suivant le Code civil*, op. cit., p. 262-263.

⁴⁵² *Ibid.*, p. 263.

⁴⁵³ F. GUIZOT, *De la démocratie en France*, op. cit., p. 37-39.

⁴⁵⁴ V. MOLINIER, *Programme du cours de droit criminel*, op. cit., p. 66.

⁴⁵⁵ *Ibid.*, p. 66.

législation de l'Amérique du Nord » ; l' « Etablissement de la prison cellulaire de Walnut-Street à Philadelphie » ; les « progrès du système pénitentiaire en Amérique » qui connaît alors trois régimes différents : l'ancien système de Philadelphie, établi dans les pénitenciers de Pittsburg et de Cherry-Hill⁴⁵⁶, le système d'Auburn dans l'Etat de New-York⁴⁵⁷ et enfin le « nouveau » système pennsylvanien ou de Philadelphie⁴⁵⁸ ; « l'introduction du système pénitentiaire dans plusieurs pays de l'Europe » notamment en Suisse⁴⁵⁹ et bien évidemment en France où « l'emprisonnement américain [...] y trouve des partisans nombreux »⁴⁶⁰ parmi lesquels Molinier lui-même. En effet, en *comparant* le régime des bagnes, des maisons centrales et des maisons de correction alors en vigueur en France à celui de l'emprisonnement solitaire, tel qu'il s'inspirerait du modèle états-unien (et plus particulièrement celui de Pennsylvanie), le criminaliste toulousain oppose, aux quatre inconvénients du premier⁴⁶¹, quatre avantages liés au second⁴⁶² et finit par conclure :

« En nous résumant, nous trouvons que le système pénitentiaire met certainement obstacle à la perversion du condamné, peut offrir quelques chances de produire son amélioration morale, et le rend à la société sans être atteint de cette flétrissure profonde que lui imprime la vie commune des lieux actuels de détention. Son succès, s'il est adopté, dépendra beaucoup des moyens d'exécution que l'administration

⁴⁵⁶ « Emprisonnement solitaire. – Isolement absolu des condamnés jour et nuit sans communication entr'eux ou avec le dehors et sans travail. – Ce régime rigoureux amène le dépérissement de ceux qui y sont soumis ; ils sont en proie à un profond désespoir ; leurs facultés intellectuelles s'affaiblissent, plusieurs succombent ou tombent en état de démence » (*Ibid.*, p. 67).

⁴⁵⁷ « Isolement des condamnés dans leurs cellules pendant la nuit. – Travail en commun dans les ateliers pendant le jour, avec obligation d'observer le silence. – Châtiments corporels (des coups de fouet) infligés à ceux qui enfreignent la loi du silence » (*Ibid.*, p. 67).

⁴⁵⁸ « Isolement absolu pendant le jour et pendant la nuit. – Travail en cellule accordé comme remède contre l'ennui » (*Ibid.*, p. 67-68).

⁴⁵⁹ « Dans le canton de Vaud, en Suisse, par exemple, on fut obligé, en 1843, de se départir des rigueurs de l'isolement des condamnés, qui n'avait produit que des résultats désastreux » (*Ibid.*, p. 68).

⁴⁶⁰ *Ibid.*, p. 68.

⁴⁶¹ « 1. Le nombre des récidives atteste que les lieux dans lesquels les condamnés sont détenus deviennent pour eux des foyers de corruption. La société peut bien infliger, à titre de peine, la privation de la liberté à celui qui a enfreint la loi, mais elle ne doit pas exposer ses mœurs en lui imposant un contact dangereux avec des hommes qui peuvent être plus pervers que lui. – 2. La peine des travaux forcés n'a qu'une faible puissance préventive pour les malfaiteurs d'habitude : elle est, pour eux, peu redoutable, tandis qu'elle dégrade et qu'elle atteint très vivement celui qui a failli sans être profondément corrompu. Il s'ensuit qu'elle agit en sens inverse des besoins de la répression et de ce qui serait utile et juste. – 3. Il est constant que la réclusion est plus redoutée des malfaiteurs que les travaux forcés, quoiqu'elle soit placée à un degré inférieur dans l'échelle établie par notre législation pénale. Il en résulte que les crimes que la loi considère comme moins graves, sont réprimés par une peine qui est considérée, en fait, comme plus forte. – 4. Enfin, la vie commune et le contact avec toute sorte de malfaiteurs inflige à ceux qui sont dans les bagnes ou dans les maisons centrales, une flétrissure si forte et inspire une méfiance si grande, qu'ils sont partout repoussés lorsqu'ils rentrent dans la société et qu'ils se voient souvent dans l'impossibilité d'obtenir du travail pour pourvoir à leurs besoins » (*Ibid.*, p. 65-66).

⁴⁶² « 1. S'il n'est pas certain [que l'emprisonnement solitaire] produise toujours une réaction morale salutaire dans l'âme du coupable, il le protège au moins contre la contagion qu'engendre la vie commune dans les lieux actuels de détention. – 2. L'idée de l'emprisonnement dans une cellule effraie les malfaiteurs, et est douée, à leur égard, d'une puissance d'intimidation beaucoup plus grande que celle que possèdent les peines actuellement en vigueur. – 3. Le système pénitentiaire, en isolant les condamnés, brise leurs habitudes, rompt les rapports qu'ils avaient établis entre eux et met obstacle à ces associations et à ces complots dangereux, qui se forment si souvent dans les lieux mêmes de détention. – 4. Enfin la voix de la religion et de la morale trouvera un accès plus facile pour arriver au cœur du condamné, lorsqu'il sera seul, livré à ses propres pensées et lorsqu'il n'aura des rapports qu'avec des personnes dont le dévouement lui donnera une haute idée de la vertu » (*Ibid.*, p. 71).

devra organiser avec sagesse et de manière à assurer, à l'égard de tous, la stricte application des mesures prescrites par le législateur »⁴⁶³.

⁴⁶³ *Ibid.*, p. 71.

CONCLUSION DU TITRE I

S'interroger sur l'intérêt porté par les membres de la doctrine juridique française aux droits étrangers entre 1815 et 1869 présente deux difficultés. La première est relative aux *raisons* de cet intérêt voire, dans 75 % des cas, d'un apparent *désintérêt*. Si l'on peut assurément penser que les vertus des législations françaises – leurs caractères exhaustif, reproductible, etc. – a pu amener la majorité des jurisconsultes à adopter, sous le regard attentif du pouvoir politique, certaines méthodes d'enseignement et de rédaction – telles que la méthode exégétique, entendue de façon plus ou moins étroite – propres, semble-t-il, à les éloigner de toute comparaison juridique *stricto sensu*, l'on peut aussi identifier une minorité d'auteurs – 15 % des publications majeures – qui s'en est très tôt *lassée*. Bien que leur démarche soit distincte – les commentateurs synthétiques cherchent à systématiser le droit français par l'énoncé de principes juridiques qu'ils établissent alors régulièrement à l'aide de textes étrangers ; certains autres juristes critiquent ou défendent les lois françaises à la lumière de ce qu'énoncent ou proposent les législateurs des autres nations ; les partisans de la méthode historique, importée d'Allemagne, veulent sortir du carcan de l'interprétation exégétique des codes français et aboutissent dès lors généralement à des analyses comparatives –, *tous* semblent cibler la même lacune et ressentir par conséquent le même besoin : celui de développer les études de droit comparé.

La seconde difficulté tient cependant à la classification des auteurs de cette même période. Comme le souligne Nader Hakim, « l'histoire de la pensée juridique aime à présenter les courants doctrinaux qui la traversent sous la forme d'écoles »⁴⁶⁴. A propos de la doctrine civiliste du XIX^e siècle, cette histoire oppose par exemple habituellement deux écoles successives : l'une exégétique qui aurait connu, d'après l'historiographie officielle, trois phases successives⁴⁶⁵ et l'autre scientifique avec, pour date charnière, l'année 1880. Or, de telles classifications – et la remarque vaut également pour les autres disciplines juridiques – présentent souvent l'inconvénient d'éluder certains auteurs n'appartenant pas totalement à l'une ou l'autre école ou l'une et l'autre période. Autrement dit, elles ne rendent pas compte des *auteurs de transition*. Lerminier est l'un d'eux. Né le 29 mars 1803 à Paris, il suit sa scolarité à Strasbourg, avant de revenir à Paris, au lycée Louis-le-Grand, à partir de 1817. Très tôt, Lerminier manifeste son intérêt pour la philosophie et l'histoire du droit⁴⁶⁶, publiant notamment plusieurs articles à ce sujet au *Globe* ainsi qu'à la *Revue française*. Surtout, ce

⁴⁶⁴ N. HAKIM, « De l'esprit et de la méthode des civilistes de la seconde moitié du XIX^e siècle. L'exemplarité de Claude Bufnoir », art. cit., p. 45.

⁴⁶⁵ Sur ce point, cf. *supra.*, p. 45 et s.

⁴⁶⁶ Sur la philosophie éclectique du droit de Lerminier : T. POUTHIER, *Droit naturel et droits individuels en France...*, *op. cit.*, p. 181 et s.

libéral s'attachera à faire connaître en France Savigny – et l'Ecole historique allemande – auquel il consacre d'ailleurs, en 1827, sa thèse de doctorat (*De possessione analytica savignianeae doctrinae expositio*), sous la direction de Du Caurroy. De même publie-t-il en 1829 une *Introduction générale à l'histoire du droit* qui lui vaut alors une immense réputation tant en France qu'à l'étranger et dans laquelle il renvoie abondamment aux travaux de nombreux jurisconsultes allemands – avec lesquels il entretient par ailleurs une importante correspondance scientifique – tels Hugo, Haubold, Zachariæ, Savigny, Grimm ou Mittermaier. Puis, la Révolution de 1830 accélère son ascension. Il est appelé en 1831 à la chaire de *l'histoire des législations comparées* au Collège de France dont le cours connaîtra un réel succès. Rencontrant Savigny à Berlin en 1834, publiant *Au-delà du Rhin* en 1835 et fondant le journal *Le Droit* auquel il s'efforce d'associer ses correspondants germaniques, Lerminier ne cesse d'encourager l'interculturalité franco-allemande⁴⁶⁷. En d'autres termes, l'on quitte avec lui le cercle large des auteurs de la doctrine juridique française pour rejoindre celui, plus restreint, des pionniers de la comparaison juridique.

⁴⁶⁷ Néanmoins, sa carrière entre en déclin à partir de 1837. Son cours au Collège de France est suspendu en 1839 avant qu'il n'obtienne un congé à partir d'octobre 1840 et se fasse suppléer dès le mois de décembre 1841. Tentant de reprendre son cours en 1848, Lerminier sera définitivement suspendu de ses fonctions de professeur l'année suivante. Il décède, oublié, en 1857. Sur ces éléments biographiques, consulter avec fruit : F. AUDREN, V° « Lerminier », *Dictionnaire historique des juristes français...*, op. cit., 1^{ère} éd., 2007, p. 497-498.

TITRE II – LE CERCLE RESTREINT DES PIONNIERS DE LA COMPARAISON JURIDIQUE FRANCAISE

Sur environ deux-cents publications parues entre 1815 et 1869, cent-cinquante restent silencieuses relativement aux textes de droit étranger et une trentaine y renvoie de façon plus ou moins fréquente avec un contenu relevant davantage de l'*information*, que de la vraie *comparaison*. Autrement dit, le cercle restreint des pionniers de la comparaison juridique française désigne les auteurs d'une vingtaine d'ouvrages (soit 10 % des publications retenues) à travers lesquels une méthode particulière est effectivement promue et employée : celle de la *législation comparée*⁴⁶⁸. Désormais, les juristes français ne se contentent plus de simples renvois aux droits étrangers ou de notices bibliographiques contenant des œuvres étrangères ; de même ne cantonnent-ils plus leur analyse aux seules notes infrapaginales mais la comparaison irrigue au contraire constamment leurs écrits alors même que, pour certains, leur ambition n'est pas nécessairement de rédiger un « *Traité de droit comparé* ».

Si l'on pousse plus loin, l'on s'aperçoit tout d'abord que la plupart de ces auteurs – parisiens (Dareste par exemple), provinciaux (Anthoine de Saint-Joseph) ou immigrés naturalisés (Rossi) – sont de la même génération : celle qui est née aux alentours de 1800⁴⁶⁹ et qui publie ses œuvres principalement dans le courant des décennies 1830-1840. A cet égard, une première question se pose : existe-t-il un lien entre l'instauration de la monarchie de Juillet et l'apparition de ces ouvrages⁴⁷⁰ ? Cette période n'est-elle pas du reste une période de réformes législatives, propice aux analyses doctrinales ? Tocqueville et Beaumont ne publient-ils pas *Du système pénitentiaire aux Etats-Unis et de son application en France*⁴⁷¹ un an après la réforme du Code pénal, en 1832 ? De même, Hélie et Chauveau ne livrent-ils pas leur *Théorie du Code pénal*⁴⁷² en 1837 ? Relevons d'ailleurs à ce propos que la matière pénale passionnent les jeunes juristes de cette première moitié du XIX^e siècle – en 1833, Tocqueville et Beaumont ont respectivement vingt-huit et trente-et-un ans – parce que celle-ci est directement liée à des questions *politiques*⁴⁷³. La remarque conduit alors à une autre interrogation : quels sont les *enjeux* de la comparaison juridique pour ces auteurs ? Livrer une

⁴⁶⁸ Sur l'apparition et l'emploi de cette expression au cours du XIX^e siècle, cf. *supra.*, p. 16.

⁴⁶⁹ Si Constant, Béranger et Rossi sont respectivement nés en 1767, 1785 et 1787 ; et si Dareste naît en 1824 ; Anthoine de Saint-Joseph, Hélie, Chauveau, Victor Foucher, Tocqueville, Alauzet, Nouguier et Laboulaye sont tous nés entre 1794 et 1811.

⁴⁷⁰ Par exemple, sur vingt-deux ouvrages retenus (Cf. Tableau 1, dans la partie Annexes, p. 519) et si l'on ne s'occupe que des dates de première édition, onze paraissent entre 1833 et 1849 ; six après 1849 et cinq avant 1830.

⁴⁷¹ Sur cette œuvre, cf. *infra.*, p. 126 et s.

⁴⁷² Sur cette œuvre, cf. *infra.*, p. 142 et s.

⁴⁷³ Cf. *infra.*, p. 144.

étude originale – en ce qu'elle est justement comparative – afin de se constituer un sérieux titre scientifique en vue d'obtenir une chaire ? Attirer l'opinion par un examen *inédit* avant une élection ? Forger ses futures armes d'homme politique ? Interpeller le législateur et lui réclamer une réforme sur tel point de droit ? En somme, la question des enjeux est liée à celle des *mobiles* de la comparaison. Quelle est en effet l'*origine* de ces vocations comparatistes ? La lecture de textes étrangers ? La découverte d'ouvrages de doctrine étrangère ? Une correspondance ? Un voyage ? La lassitude à l'égard de l'exégèse ? Une commande, du gouvernement ou d'un éditeur ? Pour y répondre, il nous faudra nécessairement prendre en considération l'ensemble de ces éléments (parcours et formation de l'auteur ; réseau amical, familial, professionnel... ; etc.).

Enfin, une dernière interrogation demeure quant au support choisi par ces comparatistes. Pourquoi et en quoi la revue juridique apparaît-elle, aux côtés de l'ouvrage, comme un champ privilégié de la comparaison ? N'est-elle pas un moyen commode pour répondre aux attaques des adversaires ? Que l'on songe notamment à la rivalité opposant Tocqueville à Charles-Jean-Marie Lucas (1803-1889)⁴⁷⁴. Ne permet-elle pas en outre de livrer rapidement une analyse comparative sur un point précis de droit ; de poursuivre, de corriger ou de compléter une étude précédemment entamée dans un ouvrage juridique ? Si une partie des précurseurs de la comparaison juridique opte en effet pour l'*essai* ou le *traité* (Chapitre I), une autre se lance quant à elle dans la fondation de *revues* (Chapitre II).

⁴⁷⁴ Cf. *infra.*, p. 130.

CHAPITRE I – COMPARAISON ET PUBLICATION D’OUVRAGES JURIDIQUES

Face à la diversité des profils⁴⁷⁵, et malgré l’inconvénient propre à toute sélection qui est de ne pouvoir tous les inclure, un choix doit être opéré. Si l’on opte ici pour cinq juristes que sont Foucher, Tocqueville, Hélie, Anthoine de Saint-Joseph et Batbie, c’est pour quatre raisons. Premièrement, ces cinq auteurs sont au cœur des débats et des grandes questions juridiques de l’époque ; ils les nourrissent, ils y participent, ils y contribuent. Ainsi de Tocqueville et de la question du système pénitentiaire en France. Deuxièmement, ils parviennent à constituer autour d’eux de grands *réseaux* de juristes réunissant tant des collègues français que des jurisconsultes du monde entier. Les cas de Foucher et d’Anthoine de Saint-Joseph sont à ce titre particulièrement éclairants. Or, la prise en compte de ces réseaux aide bien souvent à saisir le courant de pensée dans lequel s’inscrit l’auteur et, pour ce qui nous occupe plus spécialement, à comprendre le recours à la comparaison juridique. Troisièmement, les travaux de ces cinq juristes sont des références pour leurs pairs, qui les citent alors abondamment. L’autorité d’Hélie dans le domaine du droit pénal et de l’instruction criminelle, ou celle de Batbie en droit administratif, sont ainsi incontestables. Enfin, quatrièmement, les œuvres réunies de ces cinq pionniers de la comparaison juridique permettent de porter un regard sur l’ensemble des matières de droit et de les mettre en outre en relation avec leurs collègues comparatistes. Ce sont des profils exemplaires. L’œuvre du premier d’entre eux, Foucher, est sans doute la plus impressionnante : sa *Collection des lois civiles et criminelles des Etats modernes* s’étend en effet sur plus de trente ans et ne recense pas moins de dix codes étrangers (Section 1). Quant à Tocqueville, lorsqu’il se penche sur la question pénitentiaire et observe à cet effet les différents régimes états-uniens, il entre en réalité dans un long mais vif débat avec Bérenger ou Lucas. De surcroît, avec son œuvre majeure *De la démocratie en Amérique*, il utilise également la méthode comparative en droit public – et plus spécifiquement en matière constitutionnelle et administrative – et témoigne en outre d’une véritable fascination que peuvent ressentir certains juristes français envers les expériences étrangères, tels Constant, Joseph Rey (1779-1855) ou Laya (Section 2). Hélie, pour sa part, publiera avec Chauveau – après la parution du *Traité de droit pénal* de Rossi mais avant l’installation d’Ortolan dans la nouvelle chaire de législation pénale comparée à la faculté de droit de Paris – sa *Théorie du Code pénal* puis une seconde *Théorie*, cette fois-ci en matière d’instruction criminelle (Section 3). Concernant Anthoine de Saint-Joseph, ce dernier propose trois *Concordances* : la *Concordance entre les Codes civils étrangers et le Code*

⁴⁷⁵ Nous avons notamment retenu ici Constant, Rey, Bérenger, Rossi, Anthoine de Saint-Joseph, Hélie, Beaumont, Chauveau, Foucher, Tocqueville, Alauzet, Laya, Nouguié, Laboulaye, Dareste, Batbie ou encore Oudart.

Napoléon, puis la *Concordance entre les lois hypothécaires étrangères et françaises* et, en matière de droit commercial, la *Concordance entre les Codes de commerce étrangers et le Code de commerce français* à laquelle Nougier fera de nombreux emprunts (Section 4). Enfin, l'apport de Batbie en droit administratif, du point de vue du droit comparé, paraît évident, à la lecture de son *Traité théorique et pratique de droit public et administratif* (Section 5). C'est après avoir analysé ces cinq parcours individuels que l'on peut rechercher ce qui unit et ce qui différencie ces cinq pionniers. En définitive, il s'agit de faire ressortir par induction les raisons qui ont poussé certains membres de la doctrine juridique française – toutes disciplines confondues – à la comparaison entre 1815 et 1869.

Section 1 – La *Collection des lois civiles et criminelles des Etats modernes* de Foucher

En 1833, Foucher avertit le lecteur quant à sa traduction du *Code pénal général de l'Empire d'Autriche* :

« La traduction d'un Code ne peut être que littérale : la pureté du style doit y être sacrifiée à la nécessité de ne hasarder aucune signification qui expose le lecteur à prendre le change sur l'esprit de la loi. Nous avons, dans notre travail, poussé fort loin le scrupule sous ce rapport [...] afin que chacun pût se rendre compte non-seulement de la pensée du législateur, mais aussi des formes sous lesquelles il la manifeste »⁴⁷⁶.

En 1834, il fait observer relativement au *Code criminel de l'Empire du Brésil* :

« Les dispositions générales du Code brésilien [...] dénotent en général un avancement vrai dans les voies philanthropiques, mais nous devons, avant de mettre le signet, faire mention de quelques articles qui terminent le livre des dispositions préliminaires. Ainsi on admet, en principe, le cumul des peines, on rejette celui de la prescription, et le pouvoir modérateur embrasse dans son droit de grâce celui de faire remise même des condamnations civiles. Quel retour vers le passé, et quel passé ! quelle violation des droits privés et de ceux de l'humanité ! elle est telle qu'il suffit d'énoncer de pareilles doctrines pour que l'opinion en fasse justice »⁴⁷⁷.

En 1838, il note à propos du *Code de commerce du royaume d'Espagne* :

« [Les] législations étrangères [...] qui nous ont le plus emprunté [...] sont surtout les documents que nous devons étudier ; car, éclairés par l'expérience, leurs auteurs ont dû éviter les défauts et combler les lacunes que nos lois pouvaient renfermer. Le Code de commerce espagnol est sous ce rapport un de ceux qui contiennent les matériaux les plus utiles pour la révision qu'appellent quelques parties de notre droit commercial »⁴⁷⁸.

En 1839, il précise, s'agissant de sa traduction du *Code de commerce du royaume de Hollande* :

« Nous devons la traduction du Code de commerce de Hollande à M. le docteur Willem Wintgens, de La Haye, auquel nous exprimons ici toute notre reconnaissance ; mais nous avons dû y ajouter plusieurs autres lois qui en sont le complément indispensable, surtout en présence des prescriptions de l'art. 357 *qui exige que tout capitaine de navire ait à son bord un exemplaire de ce Code*. [...] C'est ainsi que le volume que nous livrons au public comme 7^e livraison de notre collection des lois civiles et criminelles des Etats modernes, servira en même temps de manuel non-seulement pour tout commerçant, mais encore pour tout capitaine en rapport avec la Hollande ou navigant dans ses possessions »⁴⁷⁹.

⁴⁷⁶ V. FOUCHER, *Code pénal général de l'Empire d'Autriche, avec des appendices contenant les règlements généraux les plus récents*, Paris, Imprimerie royale, 1833, p. i.

⁴⁷⁷ V. FOUCHER, *Code criminel de l'Empire du Brésil, adopté par les chambres législatives dans la session de 1830*, Paris, Imprimerie royale, 1834, p. xxxix-xl.

⁴⁷⁸ V. FOUCHER, *Code de commerce et loi de procédure sur les affaires et causes de commerce du royaume d'Espagne*, Rennes, Blin ; Paris, Joubert ; 1838, p. xiv.

⁴⁷⁹ V. FOUCHER, *Code de commerce du royaume de Hollande, traduit par M. Willem Wintgens, avocat à la haute cour de La Haye, précédé des lois nouvelles sur l'organisation judiciaire du royaume de Hollande et du titre du Code de procédure civile, relatif à la contrainte par corps*, Rennes, Blin ; Paris, Joubert ; La Haye, M. P. Van Stockum, 1839, p. vi-viii.

En 1841, à l'occasion de la traduction du *Code civil de l'Empire de Russie*, il avoue :

« En France, surtout, fiers d'avoir conquis les principes de liberté et d'égalité inscrits en tête de nos chartes, nous faisons trop de nos propres institutions la mesure du mérite de celles des autres nations, que nous classons dans notre estime et dans l'échelle de la civilisation, selon qu'elles s'en éloignent ou s'en rapprochent davantage. Ce jugement, trop absolu, ne saurait être impartial ni éclairé. Pour se faire une juste idée des institutions d'un peuple, il faut se placer à un point de vue plus élevé, d'où, dominant l'histoire générale, on puisse l'embrasser tout entière et la suivre à travers le cours des siècles. Les lois d'un empire doivent être en rapport avec les différentes populations qui le composent, avec leurs mœurs, avec l'état, la division et la production du sol, de même que les progrès de ses lois doivent s'apprécier d'après sa forme sociale et les obstacles que ces diverses conditions de son existence apportent à la perfectibilité de sa législation »⁴⁸⁰.

A partir de ces citations, que pouvons-nous conclure de la démarche de Foucher ? Tout d'abord, il s'agit d'une grande collection de *traductions* de codes étrangers dont la publication s'étend sur dix livraisons⁴⁸¹, de 1833 à 1864, mais qui est restée incomplète en raison du décès prématuré de Foucher (il meurt le 2 février 1866 pendant une audience de la Cour de cassation). Sur ce point, Foucher s'efforcera de rester « fidèle au système que nous avons embrassé pour toutes nos traductions, nous avons négligé l'élégance du style, quelquefois même sa correction, pour nous attacher à rendre davantage la pensée du législateur, à la donner dans toute sa naïveté »⁴⁸². C'est qu'en effet, selon lui, « le traducteur [doit], avant tout, s'attacher à rendre la pensée du législateur dans la forme qu'il a voulu lui donner, de manière à initier le lecteur à la formule législative de la nation dont on veut reproduire les lois »⁴⁸³. Cette fidélité à la « pensée du législateur » ne se dément pas puisque Foucher écrit encore, en 1844, à propos du Code civil du royaume de Sardaigne : « Ne donnant pas une traduction de la version italienne du code, mais bien le texte officiel français, publié par S. M. le roi de Sardaigne pour la partie de ses états où la langue française est parlée par les regnicoles, nous avons dû laisser subsister toutes les formules de langage, l'orthographe et toutes les acceptions données aux mots employées par le législateur sarde »⁴⁸⁴.

⁴⁸⁰ V. FOUCHER, *Code civil de l'Empire de Russie, traduit sur les éditions officielles par un jurisconsulte russe, et précédé d'un aperçu historique sur la législation de la Russie et l'organisation judiciaire de cet Empire*, Rennes, Blin ; Paris, Joubert ; 1841, p. v-vi.

⁴⁸¹ I. *Code pénal général de l'Empire d'Autriche...*, op. cit. ; II. *Code criminel de l'Empire du Brésil...*, op. cit. ; III. *Code civil général de l'Empire d'Autriche*, Paris, Imprimerie nationale, 1836 ; IV. *Lois de la procédure criminelle et lois pénales du royaume des Deux-Siciles, précédées d'un aperçu sur l'organisation et la compétence de l'ordre judiciaire de ce royaume*, Rennes, Blin ; Paris, Joubert, 1836 ; V. *Loi de la procédure civile du canton de Genève, suivie des lois d'organisation judiciaire du 5 décembre 1832, de la loi sur les avocats, les procureurs et les huissiers, du 20 juin 1834, ainsi que du règlement sur l'exercice de l'état d'avocat du 11 juillet 1836, précédées des divers rapports de M. le professeur Bellot, et d'une introduction par M. A. Taillandier*, Rennes, Blin ; Paris, Joubert, 1837 ; VI. *Code de commerce et loi de procédure sur les affaires...*, op. cit. ; VII. *Code de commerce du royaume de Hollande...*, op. cit. ; VIII. *Code civil de l'Empire de Russie...*, op. cit. ; IX. *Code civil du royaume de Sardaigne, précédé d'un travail comparatif avec la législation française par M. le Comte Portalis*, Paris, Joubert, 1844 ; X. *Code de commerce allemand et règlement général sur le contrat de change avec les lois spéciales rendues dans chaque Etat pour leur mise à exécution*, Paris, Firmin-Didot, V^{re} Joubert, 1864.

⁴⁸² V. FOUCHER, *Code criminel de l'Empire du Brésil...*, op. cit., p. i.

⁴⁸³ V. FOUCHER, *Code de commerce et loi de procédure sur les affaires...*, op. cit., p. xix-xx.

⁴⁸⁴ V. FOUCHER, *Code civil du royaume de Sardaigne...*, op. cit., p. cxcix.

Sans doute le beau-frère de Victor Hugo (1802-1885) vise-t-il en premier lieu, lorsqu'il se lance dans cette remarquable entreprise de traduction et comme il l'écrit par exemple en 1839, les *praticiens* ; Foucher poursuivant lui-même, d'ailleurs, une brillante carrière de magistrat. Né à Paris le 1^{er} juin 1802, Victor Foucher, avocat depuis le 30 août 1822, est effectivement nommé le 5 novembre 1823 substitut du procureur du roi à Alençon puis procureur à Argentan le 19 décembre 1827 et enfin avocat général à Rennes le 10 juin 1829. Pendant la Monarchie de Juillet, il devient premier avocat général à la Cour de Rennes en 1842, maître des requêtes extraordinaire au Conseil d'Etat en 1845 et directeur général des affaires civiles en Algérie puis appelé comme conseiller à la Cour de Paris le 11 septembre 1847. Après les journées de juin 1848, Foucher devient président de la Commission des transportés et est nommé procureur de la République près le tribunal de la Seine le 21 janvier 1849 puis conseiller à la Cour de cassation le 20 juillet 1850. Après le coup d'Etat, il continue d'assurer de hautes fonctions : membre de la chambre des mises en accusation de la Haute cour de justice puis du Comité pour les affaires contentieuses de la maison de l'Empereur, il est aussi appelé au Conseil de l'ordre de la Légion d'honneur, au Comité consultatif de l'Algérie et au Conseil de Paris⁴⁸⁵.

A la réflexion, c'est peut-être Fœlix – avec qui Foucher entre très tôt en contact – qui lui transmet son goût pour les droits étrangers : le second, du moins, collabore régulièrement à la revue du premier⁴⁸⁶. Pour la seule année 1834, il y publie par exemple trois études sur le « Code pénal de la République de Bolivie »⁴⁸⁷, la « Législation sur le Duel, en Angleterre »⁴⁸⁸ et « l'organisation judiciaire et administrative de la Sicile »⁴⁸⁹. Son intérêt pour les législations et la doctrine allemandes, à l'instar de Fœlix⁴⁹⁰, est également bien présent ; mais si Foucher rend compte de « l'administration de la justice criminelle dans le grand-duché de Bade, pendant l'année 1834 » dans la *Revue étrangère de législation et d'économie politique*⁴⁹¹, il donne cependant un compte rendu de la *Théorie de l'interprétation des lois* de Thibaut⁴⁹² au périodique concurrent, la « *Revue Wolowski* »⁴⁹³, et traduit, seul, plusieurs

⁴⁸⁵ Sur ces divers éléments biographiques et ceux qui vont suivre : O. MOTTE, *Lettres inédites de juristes français du XIX^e siècle...*, op. cit., t. I, 1989, p. 678-681.

⁴⁸⁶ Sur cette revue et son fondateur, cf. *infra.*, p. 209 et s.

⁴⁸⁷ V. FOUCHER, « Code pénal de la République de Bolivie », *Revue étrangère de législation et d'économie politique*, t. I, 1834, p. 46-49 et 80-87.

⁴⁸⁸ V. FOUCHER, « De La Législation sur le Duel, en Angleterre », *Revue étrangère de législation et d'économie politique*, t. I, 1834, p. 521-528.

⁴⁸⁹ V. FOUCHER, « De l'organisation judiciaire et administrative de la Sicile », *Revue étrangère de législation et d'économie politique*, t. I, 1834, p. 705-718.

⁴⁹⁰ Cf. *infra.*, p. 209 et s.

⁴⁹¹ V. FOUCHER, « Compte de l'administration de la justice criminelle dans le grand-duché de Bade, pendant l'année 1834 », *Revue étrangère de législation et d'économie politique*, t. III, 1837, p. 931-941.

⁴⁹² V. FOUCHER, « Théorie de l'interprétation des lois, par A. F. J. Thibault, professeur à l'université de Heidelberg (compte rendu) », *Revue de législation et de jurisprudence*, t. VI, 1837, p. 291-298.

⁴⁹³ Sur cette revue, cf. *infra.*, p. 220 et s. Il ne s'agit pas, du reste, de sa seule contribution à ce périodique : V. FOUCHER, « De la législation en matière de conflit », *Revue de législation et de jurisprudence*, t. I, oct. 1834-mars 1835, p. 15-35 ; V. FOUCHER, « Sur le projet de loi d'organisation judiciaire », *Revue de législation et de jurisprudence*, t. I, oct. 1834-mars 1835, p. 381-391 ; V. FOUCHER, « De l'incompétence des tribunaux civils en matière commerciale », t. II, 1835, p. 401 et 419.

ouvrages de juristes d'outre-Rhin, dont le *Système pénitentiaire américain* de Nicolaus Heinrich Julius (1783-1862) et *Paris au XIII^e Siècle* d'Anton Heinrich Springer (1825-1891).

Ce qui est sûr, c'est que pour mener à bien sa *Collection des lois civiles et criminelles des Etats modernes*, Foucher a su s'entourer ou du moins bénéficier de l'aide de nombreux jurisconsultes, français et étrangers. Du côté des juristes français, outre Fœlix et Wolowski, il rencontre Gérando, Delamarre, Le Poitvin, et, « grâce à la bienveillance de [son] savant professeur, M. Pardessus »⁴⁹⁴, se procure un exemplaire manuscrit du projet de Code de commerce espagnol préparé par la commission de 1828 ; Alphonse-Honoré Taillandier (1797-1867), ancien député et conseiller à la cour royale de Paris, rédige quant à lui l'Introduction de la cinquième livraison relative à la *Loi de la procédure civile du canton de Genève* tandis que Joseph-Marie Portalis (1778-1858) – le fils du célèbre rédacteur du Code civil de 1804 – offre à la neuvième livraison, celle sur le *Code civil du royaume de Sardaigne*, un « Travail comparatif avec la législation française »⁴⁹⁵. Du côté des juristes étrangers, Foucher se rapproche de Mittermaier, lequel lui propose – par l'intermédiaire de Fœlix – de collaborer à sa *Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes*. Acceptant cette proposition, Foucher adressera deux articles au professeur heidelbergois ; l'un en 1835⁴⁹⁶, l'autre en 1838⁴⁹⁷. En échange, ce dernier annoncera dans sa revue la *Collection des lois civiles et criminelles* de Foucher ainsi que son étude sur la législation en matière d'interprétation des lois en France⁴⁹⁸ ou encore ses observations sur le régime pénitentiaire⁴⁹⁹. De même Foucher est-il en correspondance avec Warnkönig et doit-il la traduction du Code de commerce de Hollande au docteur Willem Wintgens (1818-1895) alors que le nom d'Alexandre Tolhausen – consul honoraire, chancelier de l'ambassade de France à Berlin et chevalier de la Légion d'honneur et de l'ordre de la Couronne royale de Prusse – figure au côté de celui de Foucher sur la page de grande titre de la dernière livraison sur le *Code de commerce allemand et règlement général sur le contrat de change avec les lois spéciales rendues dans chaque Etat pour leur mise à exécution*.

Surtout, dans une lettre qu'il adresse à Mittermaier en 1834, Foucher livre sa vision de la législation comparée :

« J'ai toujours pensé que la législation comparée devait être pour la science du droit, ce qu'a été l'anatomie comparée pour les sciences naturelles ; elle ouvre des voies nouvelles, et tend surtout à rapprocher les peuples les plus civilisés ; son effet peut être immense pour l'humanité dans un temps donné ; il vous appartient, monsieur, par vos profonds et savants travaux de creuser profondément le

⁴⁹⁴ V. FOUCHER, *Code de commerce et loi de procédure sur les affaires...*, *op. cit.*, p. xvii.

⁴⁹⁵ V. FOUCHER, *Code civil du royaume de Sardaigne...*, *op. cit.*, p. i-cxcviii.

⁴⁹⁶ V. FOUCHER, « Über die Gesetzgebung für die Militärgerichtschöfe in Frankreich », *Kritische Zeitschrift*, t. VII, 1835, p. 391-412.

⁴⁹⁷ V. FOUCHER, « Gesetzgebung von Frankreich und England über die Beurkundung des bürgerlichen Standes », t. X, 1838, p. 85-113.

⁴⁹⁸ V. FOUCHER, *De la législation en matière d'interprétation des lois en France*, Paris, P. Dupont et G. Laguionie, 1834 ; Rennes, Duchesne, 2^e éd., 1835.

⁴⁹⁹ V. FOUCHER, « Quelques observations sur le régime pénitentiaire », *Revue de législation et de jurisprudence*, t. V, oct. 1836-mars 1837, p. 41-56.

sillon où doit germer cette belle gerbe, et moi aussi je travaille à l'œuvre, heureux de vous prendre pour guide et de voir fermenter mon grain de semaille »⁵⁰⁰.

Rapprocher les peuples. Foucher y insiste. Mais cela ne peut se faire, prévient-il, qu'à la condition de se placer à « un point de vue plus élevé » que celui de nos propres institutions. En d'autres termes, il faut en finir avec cette complaisance voire cette suffisance, bien françaises, qu'éprouvent alors les membres de la doctrine⁵⁰¹. « Si nous nous plaisons, écrit par exemple Foucher lors de sa traduction du Code de commerce du royaume de Hollande, à constater que les vieilles ordonnances françaises et le code de commerce de notre pays sont encore des bases sur lesquelles la loi néerlandaise a été édifiée, nous devons en même temps reconnaître que le législateur hollandais y a introduit d'importantes modifications, et en a complété les prescriptions par un grand nombre de dispositions nouvelles, dignes d'un des premiers peuples commerçants du monde »⁵⁰².

Non seulement, en effet, Foucher compare – dans ses Introductions, Avertissements, Aperçus ou Observations qui précèdent les textes traduits – les lois étrangères aux législations équivalentes françaises mais il les confronte aussi entre elles. Dans les deux cas, le comparatiste semble vouloir éloigner tout sentiment patriotique ou discours nationaliste, et écarter toute passion partisane. En effet, si chaque législation traduite et étudiée peut faire l'objet de critiques, Foucher n'hésite toutefois pas à reconnaître les qualités que celle-ci peut contenir. A propos du Code pénal général de l'Empire d'Autriche, il note par exemple que « si l'on rencontre quelques heureuses combinaisons dans plusieurs parties de la pénalité de ce Code, si la deuxième partie qui traite des graves infractions de police nous a paru être telle qu'on pourrait y puiser les bases d'un excellent code, il n'en est pas de même de la section qui forme la deuxième division de chaque partie et règle le mode de procédure »⁵⁰³. Concernant le Code criminel de l'Empire du Brésil, il reconnaît « dès le premier pas [...] que le législateur [...] est dans la voie de la vérité »⁵⁰⁴ mais signale cependant

« une confusion qui nuit à la régularité de la marche, à la division du travail : les expressions *crime* et *délit* sont déclarées synonymes par l'article premier du Code brésilien. Cette confusion prive le rédacteur de la loi d'une classification méthodique fort utile, en ce sens que par la dénomination donnée à l'infraction on embrasse à la fois la compétence du tribunal et le genre de peines compris dans l'étendue du mot. Cette synonymie ne se concevrait qu'autant que la même juridiction serait appelée à prononcer sur toutes les infractions, quelles que fussent leur gravité et leur espèce »⁵⁰⁵.

De même, en ce qui concerne le Code de commerce du royaume d'Espagne, Foucher remarque que « si le Code de commerce est un véritable modèle législatif, malgré quelques

⁵⁰⁰ O. MOTTE, *Lettres inédites de juristes français du XIX^e siècle...*, op. cit., t. I, 1989, p. 682.

⁵⁰¹ Sur l'autosuffisance juridique de la France et la complaisance juridique de la doctrine française, cf. *supra.*, p. 30 et s.

⁵⁰² V. FOUCHER, *Code de commerce du royaume de Hollande...*, op. cit., p. vi.

⁵⁰³ V. FOUCHER, *Code pénal général de l'Empire d'Autriche...*, op. cit., p. vi.

⁵⁰⁴ V. FOUCHER, *Code criminel de l'Empire du Brésil...*, op. cit., p. xi.

⁵⁰⁵ *Ibid.*, p. xi.

imperfections qui se découvrent de loin en loin, il n'en est pas ainsi de la Loi de procédure »⁵⁰⁶.

En définitive, la place de Victor Foucher parmi les pionniers de la comparaison juridique française du XIX^e siècle ne fait aucun doute. D'une part, il est l'un des premiers à publier des œuvres véritablement comparatives. Déjà, en 1825, alors qu'il a à peine vingt-trois ans, il publie *De l'administration de la justice militaire en France et en Angleterre*. Comment expliquer cette curiosité précoce pour les droits étrangers ? Probablement par l'influence ou du moins la fréquentation de juristes français eux-mêmes comparatistes – tels Fœlix, Wolowski, Taillandier⁵⁰⁷, Joseph-Marie Portalis⁵⁰⁸ – ainsi que la volonté de Foucher de collaborer avec des auteurs étrangers tels que Mittermaier ou Warkönig. D'autre part, sa *Collection des lois civiles et criminelles des Etats modernes* est réellement impressionnante, tant du point de vue des livraisons qui la composent que de celui du nombre d'années pendant lesquelles elle est publiée. En trente-et-un ans, de 1833 à 1864, Foucher livre en effet la traduction de dix lois étrangères différentes, codifiées ou non. Si sa contribution à la comparaison juridique française consiste ainsi principalement en la *traduction* de textes législatifs étrangers, ses Introductions – dans lesquelles sont contenus les développements comparatifs à proprement parler – interdisent cependant de ne voir en Foucher qu'un simple traducteur mais bien plutôt un comparatiste averti. De surcroît, sa volonté de rester fidèle à la pensée du législateur dont il traduit la loi, la rigueur avec laquelle il maintient cette exigence de traduction au fil des livraisons et l'exactitude de ses analyses comparatives sont tout aussi remarquables. Enfin, la *Collection* de Foucher s'adresse aux praticiens mais intéresse également les théoriciens. Sur ce point encore, l'œuvre ne déçoit pas. Elle est en effet régulièrement citée, reprise, *utilisée* par les contemporains de Foucher, y compris – de façon logique – par les autres membres du cercle restreint des pionniers de la comparaison juridique.

⁵⁰⁶ V. FOUCHER, *Code de commerce et loi de procédure sur les affaires...*, *op. cit.*, p. xx-xxi.

⁵⁰⁷ Sur ce dernier, cf. *infra.*, p. 214, note 1021.

⁵⁰⁸ Pour une autre contribution de ce juriste, cf. *infra.*, p. 224-225.

Section 2 – La curiosité particulière pour un droit étranger : l'exemple approfondi de Tocqueville

Il y a, chez certains auteurs français, une *curiosité* pour le Royaume-Uni – qui paraît, au demeurant, plus libéral – en ce sens que ces derniers sont curieux de découvrir eux-mêmes ce système politique et juridique étranger ou bien entendent répondre à la curiosité de ceux qui s'y intéressent. Parmi ces auteurs : Benjamin Constant (1767-1830), Joseph Rey (1779-1855), Alexis de Tocqueville (1805-1859) et Alexandre Laya (1809-1883). Quel est leur point commun ? Sans aucun doute, leur rapport étroit avec le Royaume-Uni. Tout d'abord, tous ont foulé les terres d'outre-Manche. Le premier, né le 25 octobre 1767 à Lausanne, fait, dans sa jeunesse, un séjour à l'université d'Edimbourg et assiste à des procès, principalement criminels. En outre, il participe aux travaux de la *Speculative Society* écossaise, fondée en 1764⁵⁰⁹. Le second, né le 24 octobre 1779 à Grenoble, participe à la préparation du complot du Bazar français du 19 août 1820. Rapidement dénoncé, il est contraint de fuir le pays et s'exile alors en Angleterre où il reste six ans. Le dernier, né à Paris en novembre 1809, donne sa démission au ministre de l'Intérieur Camille Bachasson de Montalivet (1801-1880) – ministère dont il était le chef de bureau – et décide de passer quelque temps en Angleterre⁵¹⁰.

Ensuite, qu'il s'agisse de Constant, Rey ou Laya, il est ressorti de leur séjour une ou plusieurs publications traitant en tout ou en partie du droit et des institutions de l'Angleterre. Dans le premier volume de sa *Collection complète des ouvrages publiés sur le gouvernement représentatif* publié en 1818, Constant se justifie :

« Si j'ai souvent rendu hommage à la forme du gouvernement anglais, si j'ai paru désirer que la monarchie constitutionnelle de la France s'élevât sur les mêmes bases, c'est que l'expérience d'un siècle et demi de bonheur est pour moi d'un grand poids. J'ai recommandé, non pas l'imitation servile, mais l'étude approfondie de la constitution anglaise, et son application parmi nous dans tout ce qui peut nous convenir ; je l'ai recommandé, par amour pour la France, [...] pour cette France [...], notre seule patrie [...] »⁵¹¹.

Durant son exil anglais, et avec l'aide financière de Bentham⁵¹², Rey rédige son important ouvrage, en deux volumes, *Des institutions judiciaires de l'Angleterre comparées avec celles de la France* (1828).

« Personne, j'imagine, écrit-il, ne contestera l'utilité qui résulte en général de l'observation simultanée de systèmes divers sur un même objet, ou sur des objets à peu près semblables. Les défauts de l'un font

⁵⁰⁹ A. CABANIS et O. DEVAUX, V° « Constant », *Dictionnaire historique des juristes français...*, op. cit., 2^e éd., 2015, p. 259.

⁵¹⁰ G. VAPERAU, V° « Laya (Alexandre) », *Dictionnaire universel des contemporains*, Paris, Librairie Hachette et C^{ie}, 1880, p. 1105.

⁵¹¹ B. CONSTANT, *Collection complète des ouvrages publiés sur le gouvernement représentatif...*, op. cit., t. I, 1818, p. 461 (note 1).

⁵¹² F. AUDREN, V° « Rey », *Dictionnaire historique des juristes français...*, op. cit., 2^e éd., 2015, p. 871.

mieux voir la perfection de l'autre, et réciproquement. Cette comparaison donne en même temps lieu à une foule de réflexions qui naissent des contrastes ou même de simples nuances, et que n'aurait pas suggérées l'exposition seule du plus beau système considéré isolément. C'est ainsi, par exemple, qu'en histoire naturelle l'anatomie comparée a fait faire tant de progrès à la science de l'homme »⁵¹³.

Quant à Laya, il propose en 1845 un *Résumé de la législation anglaise sous la forme de codes*, en deux volumes. « La forme de cette publication, s'explique-t-il alors, est indiquée par les éléments mêmes du droit anglais »⁵¹⁴ : c'est en effet pour « arriver à se rendre compte des principes de la loi anglaise » *non codifiée* que Laya décide d'en reproduire ses dispositions, en les rassemblant dans « une codification et dans un ordre qui nous ont paru se rapprocher du système ordinaire de nos travaux législatifs »⁵¹⁵. Un regret toutefois : celui de ne donner au lecteur qu'un *résumé* du droit anglais au lieu d'« une bibliothèque complète de Droit anglais, ou si l'on aime mieux, un Bulletin des lois anglaises. Cette tâche, nous désirions nous l'imposer ; nous avons reculé devant l'étendue de ce travail »⁵¹⁶ ; Laya rappelant en effet qu'il eût fallu pour cela « publier douze ou quinze volumes au lieu de deux »⁵¹⁷. L'auteur y insistera cependant :

« Nous croyons qu'il ne serait pas contraire au but que se proposent les Chambres, chaque année, dans le vote du budget et relativement aux ouvrages confiés, soit à la direction de l'Imprimerie royale, soit aux divers ministères, d'allouer une somme annuelle destinée à enrichir les bibliothèques publiques, les Chambres elles-mêmes, d'une publication qui, sous le titre de Bulletin des lois anglaises et américaines, contiendrait un résumé de ces documents si précieux qui, chaque année, émanent du *Parlement* ou du *Congrès*. [...] Une direction, établie au ministère de la justice, et chargée de ce beau travail, serait, selon nous, une institution utile, et tout à fait conforme au but des allocations littéraires faites au budget de l'Etat : nous ne pouvons ici qu'émettre un vœu ; mais nous appelons vivement l'attention des membres de la Chambre des députés sur cette proposition »⁵¹⁸.

Enfin, ces trois juristes ont clairement exprimé leur admiration à l'égard du modèle anglo-saxon. « Assurément, écrit Constant, *j'admire* et je respecte les institutions d'un peuple qui, soutenu par elles, a résisté seul à l'envahissement universel »⁵¹⁹. A propos de l'examen des traités internationaux par les parlementaires, il écrit par exemple :

« L'Angleterre mérite encore ici de nous servir de modèle. Les traités sont examinés par le parlement, non pour les rejeter ou pour les admettre, mais pour déterminer si les ministres ont rempli leur devoir dans les négociations. La désapprobation du traité n'a de résultat que le renvoi ou l'accusation du ministre qui a mal servi son pays. Cette question n'arme point la masse du peuple, avide de repos, contre l'assemblée qui paraîtrait vouloir lui en disputer la jouissance, et cette faculté contient toutefois les ministres avant la conclusion des traités »⁵²⁰.

⁵¹³ J. REY, *Des institutions judiciaires de l'Angleterre comparées avec celles de la France...*, op. cit., t. I, 1828, p. xviii.

⁵¹⁴ A. LAYA, *Droit anglais ou résumé de la législation anglaise sous la forme de codes...*, op. cit., t. I, 1845, p. ix.

⁵¹⁵ *Ibid.*, p. x.

⁵¹⁶ *Ibid.*, p. x.

⁵¹⁷ *Ibid.*, p. x.

⁵¹⁸ *Ibid.*, p. x.

⁵¹⁹ B. CONSTANT, *loc. cit.* Nous soulignons.

⁵²⁰ *Ibid.*, p. 40-42. L'italique est de notre fait.

L'admiration de Laya ne fait également aucun doute :

« Tous ceux qui étudieront la constitution politique de la France et celle de l'Angleterre, préface-t-il, reconnaîtront sans peine que les principes d'une liberté raisonnée et réelle ont une forme plus spécieuse chez nous, un fond plus solide chez nos voisins. En Angleterre, le peuple est libre [...]. Il n'est pas un pays où la noblesse soit plus puissante ; où la richesse se développe avec plus de luxe ; où les relations privées soient plus distinctes ; où le gouvernement monarchique soit plus respecté ; où la constitution soit plus forte ; où la religion soit plus dominante »⁵²¹.

Aussi convient-il, selon lui, d'étudier « cette organisation puissante, dont l'exemple peut servir nos intérêts : quelque similitude dans les principes, une ressemblance très-rapprochée dans l'application, commandent aux esprits sérieux de notre pays de chercher à répandre, en France, ces notions si nécessaires. C'est là le véritable principe d'une alliance utile, mais qui doit être raisonnée et non systématique »⁵²². En d'autres termes, Laya s'adresse au législateur français : « Les hommes d'état, poursuit-il en effet, ne le nieront pas : la comparaison que l'on ferait de ces documents [législatifs anglais et américains] pourrait être utile dans la discussion générale des lois françaises »⁵²³. Pour sa part, si Rey promet de ne proposer dans son ouvrage « ni la censure ni l'apologie des lois anglaises » mais bien plutôt de les « peindre telles qu'elles sont en réalité, soit en bien, soit en mal »⁵²⁴ ; il insiste pourtant davantage sur leurs défauts et paraît donc plus mesuré : « L'ensemble des lois anglaises est si compliqué et si plein de bigarrures, elles sont quelquefois si contraires à toute induction naturelle, si peu conformes aux notions légales des autres peuples, qu'il me paraît bien difficile d'en donner une idée juste »⁵²⁵. Et Rey de finalement se dédouaner : « Ce n'est pas ma faute si j'ai vu plus de mal que de bien »⁵²⁶. Constant, Rey et Laya ne sont toutefois pas des cas isolés. D'autres auteurs manifestent en effet leur curiosité à l'égard des expériences étrangères. Parmi eux : Tocqueville, dont l'œuvre et le parcours méritent assurément toutes les attentions.

Marqué par la Terreur au cours de laquelle il faillit perdre ses parents directs, « Tocqueville a très vite à cœur de comprendre, accepter ou réformer ce que, avec ses contemporains, il va appeler la "démocratie" »⁵²⁷. Très tôt, son regard se tourne alors vers les Etats-Unis d'Amérique. Pour autant, le « Montesquieu du XIX^e siècle »⁵²⁸ n'y cherche pas « un modèle, mais un principe à étudier, et une question à illustrer et à résoudre ; à quelles conditions la démocratie, si elle est un état de société, devient ce qu'elle doit être aussi, faute de conduire à une dictature : un état de gouvernement »⁵²⁹. C'est la raison pour laquelle il est sans doute préférable de parler à ce propos d'« exemple » américain, voire *des* exemples,

⁵²¹ A. LAYA, *Droit anglais ou résumé de la législation anglaise sous la forme de codes...*, *op. cit.*, p. vii.

⁵²² *Ibid.*, p. vii-viii.

⁵²³ *Ibid.*, p. x.

⁵²⁴ J. REY, *Des institutions judiciaires de l'Angleterre comparées avec celles de la France...*, *op. cit.*, p. xxii.

⁵²⁵ *Ibid.*, p. xviii-xix.

⁵²⁶ *Ibid.*, p. xvii.

⁵²⁷ L. JAUME, V^o « Tocqueville », *Dictionnaire historique des juristes français...*, *op. cit.*, 1^{ère} éd., 2007, p. 745.

⁵²⁸ Le mot est de Royer-Collard et est cité par J.-J. CHEVALLIER, *Les grandes œuvres politiques. De Machiavel à nos jours*, Paris, A. Colin, 7^e éd., 1962, p. 223.

⁵²⁹ F. FURET, préface à *De la Démocratie en Amérique*, Paris, Garnier-Flammarion, t. I, 1981, p. 18.

Tocqueville consacrant en effet certaines de ses œuvres à des questions juridiques bien spécifiques qui se posaient alors sur le territoire états-unien et qu'il a pu lui-même observer. Parmi ses nombreuses productions parues en ce sens, deux attirent particulièrement l'attention du point de vue de la comparaison juridique : *Du système pénitentiaire aux Etats-Unis et de son application en France* (1833), lequel, de manière beaucoup plus générale, reflète l'importance – et l'urgence – de la question pénitentiaire qui agite alors les criminalistes français (§1) et, bien évidemment, *De la démocratie en Amérique* (1835), chef-d'œuvre dans lequel le juriste aborde des questions d'ordre constitutionnel et administratif (§2).

§1. La question pénitentiaire : l'observation des systèmes états-uniens

Alexis-Charles-Henri Clérel de Tocqueville⁵³⁰ est né à Verneuil-sur-Seine, dans les Yvelines, le 29 juillet 1805⁵³¹. Par son père, Hervé de Tocqueville (1772-1856), il est lié à la noblesse d'épée de vieille souche ; par sa mère, Louise de Rosanbo (1772-1836), il descend de la noblesse de robe (les Lamoignon). Entré au collège royal de Metz en novembre 1821, il semblerait que l'un de ses professeurs, M. Mougin, lui ait assez rapidement recommandé l'étude de l'histoire, « comprise à partir de la comparaison entre plusieurs Etats »⁵³². Puis, Tocqueville revient à Paris où il y fait son droit de 1823 à 1826. Après ses deux thèses (l'une en droit romain, l'autre en droit civil français), il est nommé à vingt-deux ans juge auditeur au tribunal de première instance de Versailles mais Tocqueville vise en réalité une carrière politique ; simplement, l'éligibilité est fixée à quarante ans. Le 16 août 1830, il accepte de prêter serment à Louis-Philippe (il renouvellera ce serment en octobre) mais écrit dix jours plus tard :

« Si je suis obligé de quitter ma carrière et si rien ne me retient forcément en France, je suis décidé à fuir l'oisiveté de la vie privée et à reprendre pendant quelques années l'existence agitée du voyageur. Voilà longtemps que j'ai le plus grand désir de visiter l'Amérique du Nord. J'irai voir là ce que c'est qu'une grande république »⁵³³.

Cet épisode est peut-être celui qui aura effectivement déterminé son choix d'aller outre-Atlantique, le serment plaçant Tocqueville dans une situation très inconfortable, tant du point de vue personnel⁵³⁴ que familial⁵³⁵. Dès lors, il prépare, avec son ami et collègue au

⁵³⁰ Sur ce juriste, ont notamment été consultés : L. JAUME, V° « Tocqueville », *Dictionnaire historique des juristes français...*, op. cit., 1^{ère} éd., 2007, p. 744-745 et A. JARDIN, *Alexis de Tocqueville 1805-1859*, Poitiers, Hachette, 1984.

⁵³¹ Il meurt à Cannes le 16 avril 1859.

⁵³² *Ibid.*, p. 61.

⁵³³ Cité par A. JARDIN, *ibid.*, p. 89.

⁵³⁴ Il écrira par exemple dans l'une de ses correspondances : « Je viens enfin de le prêter ce serment. Ma conscience ne me reproche rien, mais je n'en suis pas moins profondément blessé et je mettrai ce jour au nombre des plus malheureux de ma vie... Je suis en guerre avec moi-même, c'est un état nouveau, affreux pour moi. Comme ma voix a changé au moment où j'ai prononcé ces trois mots [« Je le jure ! »], je sentais que mon cœur battait à briser ma poitrine » (cité par A. JARDIN, *ibid.*, p. 88).

tribunal de Versailles, Gustave-Auguste de La Bonninère de Beaumont⁵³⁶, son voyage aux Etats-Unis. Pourquoi l'Amérique ?

« Sans doute la tradition de relations franco-américaines ravivée par le voyage de La Fayette aux Etats-Unis en 1825, n'était pas inconnue de Beaumont : il était cousin éloigné du "héros des Deux Mondes", épousera plus tard sa petite-fille Clémentine et fréquentait sans doute déjà son salon. Mais chez les Tocqueville, l'intérêt pour l'Amérique était aussi une tradition familiale demeurée vivante : Malesherbes [arrière grand-père de Tocqueville] s'était intéressé à la jeune république et son neveu La Luzerne [...] avait été près d'elle le premier ambassadeur français ; le vieil homme avait aussi conseillé Chateaubriand lorsqu'il imagina d'aller chercher là-bas un passage du Nord entre les deux grands océans. Et, à côté de Chateaubriand, fréquentaient chez les Tocqueville Hyde de Neuville, exilé aux Etats-Unis sous l'Empire, puis ambassadeur à Washington sous la Restauration, Mgr de Cheverus, archevêque de Bordeaux, qui venait à Paris pour les sessions de la Chambre des pairs et avait été longtemps évêque de Boston, personnage presque légendaire associé aux progrès du catholicisme aux Etats-Unis, dont la fréquentation peut expliquer le souci d'Alexis d'informer les siens de la situation des fidèles de la religion romaine »⁵³⁷.

Quoi qu'il en soit, dès le mois d'octobre 1830, Beaumont rédige un rapport au ministre de l'Intérieur Montalivet dans lequel il sollicite une mission d'observation – sur place – des différents systèmes pénitentiaires états-uniens en vue d'une réforme du Code pénal de 1810 et d'une amélioration du système carcéral français. En cela, les deux amis versaillais semblent, au premier abord, vouloir s'inscrire pleinement dans le « mouvement pénitentiaire »⁵³⁸ engagé déjà depuis plusieurs années. En effet, il n'est pas un criminaliste qui ne s'alarme de l'état déplorable des prisons en France et de la proportion plus qu'inquiétante des récidivistes condamnés. Par leurs fonctions de magistrat, Tocqueville et Beaumont ne peuvent également ignorer cette situation, ayant effectivement fréquenté la maison d'arrêt de Versailles et la prison centrale de Poissy « à la discipline fort relâchée »⁵³⁹. Aussi le second rappelle-t-il ces faits dans son rapport au ministre afin de justifier le bien-fondé et l'opportunité d'une telle mission. Certes, d'autres pays, plus proches de la France (telles l'Angleterre ou la Suisse), peuvent se prêter à l'observation dans la mesure où ils présentent eux aussi de véritables

⁵³⁵ Plusieurs membres de sa famille, en particulier son père, ont notamment refusé de se soumettre au serment et Tocqueville écrira alors à leur sujet : « Il me faut éviter la présence de gens que j'estime, tout en les désapprouvant » (cité par A. JARDIN, *ibid.*, p. 88).

⁵³⁶ Juriste de formation, Gustave de Beaumont (1802-1866) devient en effet substitut du procureur du roi à Versailles, il y rencontre alors Tocqueville. A son retour des Etats-Unis d'Amérique (cf. *infra.*, p. 128), il est cependant destitué pour avoir refusé de représenter le ministère public dans le procès de la baronne de Feuchère contre la famille de Rohan. Beaumont entame dès lors une carrière politique. Elu député de la Sarthe en 1839, il est élu sous la II^e République député à la Constituante (où il siège dans la commission de constitution) puis à l'Assemblée législative. En 1848, il est nommé ambassadeur à Londres puis à Vienne par Odilon Barrot (1791-1873). Beaumont sera réélu à l'Assemblée législative le 13 mai 1849 mais, adversaire du coup d'Etat du 2 décembre 1851, il est arrêté puis détenu un court moment au fort du Mont-Valérien avant que la consécration du Prince-Président ne l'éloigne définitivement de la vie politique. Coauteur avec Tocqueville du *Système pénitentiaire aux Etats-Unis*, il est également l'auteur de *Marie ou l'esclavage aux Etats-Unis* (1835) et de *L'Irlande sociale, politique et religieuse* (1839). On lui doit enfin d'avoir édité les œuvres posthumes et la correspondance de Tocqueville (J.- J. CLERE, V^o « Beaumont », *Dictionnaire historique des juristes français...*, *op. cit.*, 1^{ère} éd., 2007, p. 57).

⁵³⁷ A. JARDIN, *Alexis de Tocqueville 1805-1859*, *op. cit.*, p. 93.

⁵³⁸ J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, *op. cit.*, p. 446.

⁵³⁹ A. JARDIN, *Alexis de Tocqueville 1805-1859*, *op. cit.*, p. 90.

prisons-modèles mais, selon les deux collaborateurs, « il fallait aller chercher plus loin la lumière, aux Etats-Unis : là il existait, établis depuis bien plus longtemps, des systèmes pénitentiaires divers, mais si efficaces, que, pour l'ensemble du pays, les récidives ne dépassaient pas un condamné sur trente-deux »⁵⁴⁰. En outre, si les deux magistrats prennent acte des diverses études déjà publiées en matière de systèmes carcéraux américains, ils soulignent néanmoins chez elles l'absence d'enquêtes sur place qui seules permettent d'expliquer clairement le relèvement moral étonnant des détenus ainsi que le faible coût des nouvelles prisons. Le rapport remis au ministre en janvier 1831, ce dernier leur répond alors favorablement et les deux collègues obtiennent du garde des Sceaux une mise en congé de dix-huit mois, le 6 février suivant.

Finale­ment, le séjour de Tocqueville et Beaumont a lieu du 11 mai 1831 au 20 février 1832. Durant celui-ci, les deux amis visitent à New-York la maison de refuge pour les jeunes délinquants, l'asile des fous de Bloomingdale, l'établissement des sourds-muets, l'hospice des pauvres puis la prison de Blackwell's Island. « Mais surtout, ils sont en présence du système d'Auburn : système consistant dans le travail en commun le jour et l'isolement la nuit, prôné par les criminalistes français »⁵⁴¹, et percent le secret d'une discipline qui y est exemplaire : le silence absolu imposé par le fouet. Puis, après avoir rapidement visité la prison de l'Etat du Michigan, ils visitent à Boston une autre maison de refuge pour jeunes délinquants ainsi que la prison de Charleston, établie cette fois-ci sur le système pennsylvanien d'isolement cellulaire absolu pendant le jour et la nuit. A l'intérieur de celle-ci, Tocqueville interroge en tête-à-tête les détenus soumis à cet emprisonnement solitaire. Enfin, les deux Français retrouvent le système d'Auburn, dont la discipline semble apparemment adoucie par rapport à la maison mère, à la prison de Wethersfield.

De retour en France, Tocqueville et Beaumont se mettent rapidement à l'œuvre et en janvier 1833 paraît *Du système pénitentiaire aux Etats-Unis et de son application en France*. « Honoré du prix Montyon [qui leur vaut de toucher trois mille francs chacun] en 1833, réédité en 1836 et en 1844, le *Système pénitentiaire* eut un succès d'estime certain »⁵⁴². Formellement, l'ouvrage est divisé en trois parties d'inégale importance. La première, la plus volumineuse, comporte quatre chapitres consacrés respectivement à « l'historique du système pénitentiaire », à la « discussion » de ce système, à la « réforme » et enfin à la « partie financière ». La deuxième ne contient que deux chapitres : l'un sur la « cherté de l'entretien de nos prisons », la corruption des détenus qui y sont enfermés, le « mauvais emploi du pécule » et le caractère « funeste » du régime alors en vigueur en France ; l'autre à « l'application du système pénitentiaire à la France » et l'« examen des objections qui sont faites contre ce système ». Enfin, la troisième partie sur les « maisons de refuge » est

⁵⁴⁰ *Ibid.*, p. 90.

⁵⁴¹ *Ibid.*, p. 109-110.

⁵⁴² *Ibid.*, p. 179. La première édition (1833) a été retenue pour la présente étude : G. DE BEAUMONT et A. DE TOCQUEVILLE, *Du système pénitentiaire aux Etats-Unis, et de son application en France ; suivi d'un appendice sur les colonies pénales et de notes statistiques*, Paris, H. Fournier jeune, 1833.

également divisée en deux chapitres avec, pour le premier, l'étude proprement dite de celles-ci, telles qu'elles ont été observées outre-Atlantique et, pour le second, la question de « l'application du système des maisons de refuge à nos maisons de correction ».

En toute logique, des développements sont spécialement consacrés à la distinction entre le système d'Auburn et celui de Philadelphie vis-à-vis desquels, d'ailleurs, l'ouvrage recherche l'objectivité. En effet, à propos du second – qui consiste en l'isolement absolu de jour et de nuit avec, comme moyens disciplinaires, l'emprisonnement dans une cellule ténébreuse accompagné éventuellement d'une réduction de nourriture – les auteurs écrivent : « Le système de Philadelphie est dispendieux, mais non difficile à établir ; et une fois constitué, il se soutient lui-même »⁵⁴³. Quant aux pénitenciers ayant adopté la « discipline d'Auburn », c'est-à-dire l'isolement de nuit et le travail en commun le jour, ceux-ci admettent le principe des châtiments corporels – dont, en premier lieu, les coups de fouet – dès lors plus ou moins appliqués selon le nombre de détenus et la nature des travaux qu'ils ont à exécuter. Or, là encore, Tocqueville et Beaumont s'expriment avec beaucoup de réserve, posant des questions auxquelles ils n'entendent pas répondre. Ainsi, lorsqu'ils s'interrogent sur l'utilité de tels châtiments, les deux auteurs déclarent : « C'est une question que nous n'oserions point résoudre »⁵⁴⁴. De même refusent-ils, plus loin, d'approfondir « la question de savoir si la société a le droit de punir de châtiments corporels le condamné qui ne se soumet ni à l'obligation du travail, ni aux autres exigences de la discipline pénitentiaire »⁵⁴⁵ ou encore de « résoudre d'une manière absolue » la question de l'ignominie de ces peines, qui iraient alors directement contre « le but qu'on se propose, qui est de relever la moralité d'un homme déchu à ses propres yeux »⁵⁴⁶.

Il est cependant vrai qu'à certains égards, les coauteurs peuvent laisser croire à un parti pris. Revenant par exemple sur les reproches adressés à la discipline d'Auburn, ils n'hésitent alors pas à affirmer qu'« il y a certainement [...] beaucoup d'exagération »⁵⁴⁷ et que, *in fine*, « tout [...] porte à penser que le système de réclusion perpétuelle et absolue qui [...] est en vigueur [dans la nouvelle prison de Philadelphie] sera moins favorable à la santé des prisonniers que le système d'Auburn »⁵⁴⁸. Pourtant, tous deux ont explicitement manifesté, durant leur séjour, leur nette préférence pour le système pennsylvanien ; Tocqueville le premier, écrivant le 16 juillet 1831 à Ernest de Chabrol-Chaméane (1803-1889) :

« Il est très vrai... qu'à Auburn la santé des détenus est incroyablement bonne, que la discipline y est admirable, qu'enfin les travaux des détenus y couvrent et au-delà les frais de l'établissement : tout cela est vrai, mais [les philanthropes français] oublient de dire que tout cela est obtenu, non par la conviction, mais à l'aide d'un instrument que les Américains appellent *the cat* et que nous nommons le fouet... Le

⁵⁴³ *Ibid.*, p. 74-75.

⁵⁴⁴ *Ibid.*, p. 78.

⁵⁴⁵ *Ibid.*, p. 81.

⁵⁴⁶ *Ibid.*, p. 82.

⁵⁴⁷ *Ibid.*, p. 84.

⁵⁴⁸ *Ibid.*, p. 86.

fouet, voilà ce que M. Lucas préconise depuis dix ans, ce qu'il demande tendrement au nom de la philanthropie »⁵⁴⁹.

A propos de ce dernier criminaliste, une parenthèse peut-être ouverte : « La bête noire de Tocqueville dans le monde pénitentiaire, c'est Charles Lucas »⁵⁵⁰. Né à Saint-Brieuc le 9 mai 1803, Charles-Jean-Marie Lucas s'inscrit en 1825 au barreau de Paris où il plaide avec succès. Très vite, il acquiert une renommée par sa campagne contre la peine de mort (il publie notamment *Du système pénal et du système répressif, de la peine de mort en particulier* en 1829). Il se fait également connaître pour son ouvrage *Du système pénitentiaire en Europe et aux Etats-Unis* publié en 1828 c'est-à-dire cinq ans avant celui de Tocqueville et de Beaumont. Nommé en 1830 inspecteur général des prisons, Lucas sera élu en 1836 à l'Académie des sciences morales et politiques auprès de laquelle il fera d'ailleurs échouer la première candidature de Tocqueville⁵⁵¹. En effet, « il y a entre Tocqueville et Charles Lucas une divergence philosophique (et sans doute religieuse) profonde »⁵⁵². Pour le premier, partisan de l'isolement permanent en cellule individuelle, « l'objet principal de la peine relativement à celui qui la subit [...] c'est de lui donner des habitudes sociables, et d'abord de lui apprendre à obéir »⁵⁵³. Au contraire, pour le second,

« un système pénitentiaire [doit] se proposer pour objet : l'interdiction des communications dangereuses, l'intimidation et l'amendement ; [...] nous [...] ne reconnaissons en conséquence de système pénitentiaire que là où la discipline s'attache à combiner ces trois éléments, à satisfaire à ces trois conditions, sans en omettre ni en négliger aucune ; nous n'avons jamais pu apercevoir dans les deux systèmes de l'école américaine autre chose que deux systèmes purement *négatifs*, qui ne visent qu'à l'interdiction des communications dangereuses et à l'intimidation : aussi combattons-nous ces deux écoles de Philadelphie et d'Auburn, en ce qu'elles ne se préoccupent nullement de la recherche et de l'emploi des moyens positifs qui pourraient opérer l'amendement »⁵⁵⁴.

⁵⁴⁹ Cité par A. JARDIN, *Alexis de Tocqueville 1805-1859, op. cit.*, p. 109-110. En 1842, Alauzet – autre auteur appartenant au cercle restreint des pionniers de la comparaison juridique française – reprendra les arguments de Tocqueville (qu'il cite d'ailleurs) : « [Le régime d'Auburn] apprît-il [...] à obéir, il resterait à examiner si des inconvénients corrélatifs ne compenseraient pas cet avantage ; c'est ce que nous ferons [...]. [Les détenus] apprennent à travailler, à obéir aux moindres injonctions, dit-on ; mais sous peine du fouet ou d'autres châtiments ; est-ce là l'état social ? Est-ce là le sort qui leur est réservé une fois rendus à la liberté ? Un citoyen obéit aux lois ; mais les lois se présentent-elles à lui sous la forme d'un gardien armé d'un fouet ou d'un fusil chargé ; d'un surveillant qui ne le quitte pas de vue un instant, et qui fera suivre chaque faute d'un châtiment immédiat ? Otez la présence continuelle de cet argus, la loi disparaît pour le détenu ; elle est pour lui toute matérielle : si elle n'est pas présente à ses yeux, il peut la violer, et il la viole en effet » (I. ALAUZET, *Essai sur les peines et le système pénitentiaire...*, op. cit., 1^{ère} éd., 1842, p. 127-128). Sur Alauzet : G. VAPERAU, V^o « Alauzet », *Dictionnaire universel des contemporains, op. cit.*, p. 22-23 ; J.-L. HALPERIN, V^o « Alauzet », *Dictionnaire historique des juristes français...*, op. cit., 2^e éd., 2015, p. 10.

⁵⁵⁰ *Ibid.*, p. 176.

⁵⁵¹ *Ibid.*, p. 176.

⁵⁵² L. JAUME, V^o « Lucas », *Dictionnaire historique des juristes français...*, op. cit., 1^{ère} éd., 2007, p. 521-522, auquel il a été amplement emprunté.

⁵⁵³ G. DE BEAUMONT et A. DE TOCQUEVILLE, *Du système pénitentiaire aux Etats-Unis...*, op. cit., p. 46.

⁵⁵⁴ C. LUCAS, « Communication sur la réforme pénitentiaire », *Revue de législation et de jurisprudence*, t. XIX, janv.-avr. 1844, p. 274. Pour sa part, Béranger se prononce en faveur d'une application tempérée de l'isolement. Dans *La répression pénale* qu'il fait paraître en 1855, il écrit en effet : « Ce qui frappe tout d'abord dans l'application du système de l'isolement, c'est qu'il met un terme au double inconvénient que nous avons signalé tant de fois : d'une part, école mutuelle de perversité, avenir commun engagé dans le crime ; d'autre part, et par suite, affiliations toutes formées, complicité forcée de la faiblesse, impuissance du repentir ! Au point de vue philosophique, il est impossible de méconnaître combien est grande l'influence de la solitude sur le moral de

Convaincu qu' « on ne peut comparer l'Amérique qu'avec elle-même »⁵⁵⁵, Tocqueville – et Beaumont avec lui – fait cependant suivre son *Système pénitentiaire* de « Quelques points de comparaison entre la France et l'Amérique »⁵⁵⁶. Sept tableaux sont en effet dressés par lesquels l'on apprend tout d'abord, chiffres à l'appui, que « la proportion des crimes contre les personnes a été [...] un peu plus considérable en France qu'en Amérique », que « les condamnations pour crimes contre les mœurs ont au contraire été un peu plus nombreuses en Amérique qu'en France », qu' « une grande différence ne se rencontre que dans les crimes de faux » et, enfin, que les crimes contre les personnes ont une légère tendance à devenir moins fréquents en France, contrairement en Amérique. A propos de la mortalité dans les prisons pour la période 1828-1830, « la moyenne de la mortalité dans les maisons centrales de France a été d'environ 1 décès sur 14 détenus. En Amérique, [...] il n'est mort, terme moyen, dans les cinq pénitenciers de Sing Sing, d'Auburn, de Wethersfield, de Baltimore et de Charlestown (Massachusetts) que 1 détenu sur 49 à peu près ».

Sur la difficile comparaison des taux de récidive, la France a eu chaque année, de 1828 à 1830, « moins de condamnés en récidive que la Pennsylvanie, autant que le Maryland, et près de trois fois plus que l'Etat de New-York depuis la fondation d'Auburn » mais Tocqueville s'entendra – fait suffisamment rare pour être souligné – avec Lucas sur un point :

« la comparaison de ces chiffres ne peut jamais fournir que des *à peu près*. Le nombre des condamnés en récidive d'Amérique ne peut être exactement comparé au nombre des condamnés en récidive de France. En Amérique, l'administration criminelle proprement dite n'existe pas. Ce n'est, en général, que le retour du coupable dans la *même prison* qui établit son état de récidive. En France, on a mille moyens de connaître la condamnation antérieure d'un criminel. Il résulte de là qu'en admettant que le chiffre des condamnés en récidive d'Amérique soit le même que le chiffre des condamnés en récidive de France, on peut encore compter qu'en réalité l'Amérique en fournit plus que la France »⁵⁵⁷.

l'homme » (A.-M.-M.-T. BERENGER, *De la répression pénale...*, op. cit., t. 2, 1855, p. 263). Nous revenons plus loin sur ce criminaliste : cf. *infra*, p. 151, note 673.

⁵⁵⁵ G. DE BEAUMONT et A. DE TOCQUEVILLE, *Du système pénitentiaire aux Etats-Unis...*, op. cit., p.129. Sur ce point, Lucas rejoindra cependant Tocqueville : « Nous devons rappeler ici une vérité incontestable et incontestée, c'est que, [...] *on ne peut comparer l'Amérique qu'à elle-même*. Comment établir un point de comparaison entre les dépenses de construction en France et aux Etats-Unis, quand il y a une si grande différence dans le prix des matières premières et dans le taux des salaires ? Comment comparer les résultats du régime sanitaire, quand le régime alimentaire, par exemple, qui se borne, dans les maisons centrales de France, à une ration d'une livre et demie de pain, d'une soupe et d'une pitance de légumes chaque jour, et de quatre onces de viandes par semaine, consiste à Philadelphie, dans la distribution journalière, *du café le matin, d'une livre de bœuf, d'une livre de pain, de pommes de terre à discrétion*, et pour qui le désire, *d'une ration supplémentaire* ? Comment admettre le rapprochement dans la proportion des récidives, lorsque l'absence de surveillance de la haute police, l'affranchissement de passeport dont l'usage européen ne s'est pas étendu à l'Amérique, la facilité d'émigrer d'un état à un autre, tout procure au libéré les moyens de cacher la récidive par le changement de nom et de pays. Aussi la récidive ne peut-elle être constatée aux Etats-Unis que dans le seul cas où le récidiviste revienne subir sa seconde condamnation au même pénitencier où il avait expié la première » (C. LUCAS, « Lecture de M. Ch. Lucas sur les prisons d'Amérique », *Revue de législation et de jurisprudence*, t. XI, janv.-juin 1840, p. 68).

⁵⁵⁶ G. DE BEAUMONT et A. DE TOCQUEVILLE, *Du système pénitentiaire aux Etats-Unis...*, op. cit., p. 414 et s.

⁵⁵⁷ *Ibid.*, p. 417.

Dans le même ordre d'idées, Tocqueville admet qu'il ne peut comparer le chiffre des femmes condamnées en France à moins d'un an de prison avec aucun chiffre correspondant en Amérique. En revanche, il parvient – ou prétend y parvenir... – à comparer le nombre des étrangers parmi les accusés et celui des Français nés hors du département où ils ont été jugés avec le nombre des étrangers parmi les condamnés et celui des Américains nés hors de l'Etat où ils ont été jugés, pour finalement conclure :

« La comparaison de ces nombres établit un fait dont on avait déjà connaissance, savoir : que la population est infiniment moins sédentaire en Amérique qu'en France. On s'en convaincra d'autant plus si l'on songe que nos départements sont, en général, beaucoup plus petits que les Etats de l'Union, et qu'aucun lien politique n'y attache ceux qui y ont reçu la naissance. Il devrait donc être plus commun chez nous qu'en Amérique de changer son domicile ; c'est cependant le contraire qui arrive »⁵⁵⁸.

Enfin, après un « Tableau comparatif de l'âge des condamnés », l'auteur propose un dernier « Rapport des condamnés à la population en France et en Amérique » d'après lequel il y a lieu de croire que « si l'on pouvait comparer dans les deux pays le nombre total des individus condamnés à un emprisonnement quelconque, l'avantage resterait à la France ». En effet, poursuit-il,

« la comparaison nous serait bien autrement favorable encore, si nous pouvions obtenir les résultats de la justice criminelle dans les 50 comtés de la Pennsylvanie, dont les rapports nous manquent. Nous estimons que si cette opération avait pu être faite, nous aurions trouvé au moins 1 condamné sur 600 habitants, tandis qu'en France on n'en trouve qu'un sur 1000. On peut attribuer ce grand nombre d'emprisonnements principalement à deux causes : 1° D'abord à la sévérité de principes que les mœurs des premiers habitants ont importée dans les lois. Il y a une foule de petits désordres que nos codes laissent impunis, et que répriment les législations pénales de l'Amérique : tels sont les jeux de toute espèce, les jurements, le tapage, l'ivrognerie, l'oisiveté en beaucoup de cas. 2° Ces lois sont sévères ; leur application l'est encore plus. Il y règne un grand arbitraire. En général, aux Etats-Unis la liberté du pauvre est mal garantie. Un des principes de la constitution britannique est de laisser aux classes supérieures le droit de faire fort librement la police de la société. En Amérique l'aristocratie anglaise n'existe pas, mais une partie de ses attributions réglementaires est restée aux administrations municipales, qui, composées de magistrats plébéiens, n'en ont pas moins jusqu'à présent adopté les mêmes doctrines »⁵⁵⁹.

En définitive, le *Système pénitentiaire* de Tocqueville et Beaumont reste « modeste »⁵⁶⁰. En demandant à ce que le gouvernement fasse « une chose utile en établissant un pénitencier-modèle, construit sur le plan des prisons d'Amérique, et gouverné, autant que possible, selon les règles disciplinaires qui sont usitées dans ces prisons »⁵⁶¹, les deux magistrats ne font en effet qu'émettre un vœu déjà formulé par les criminalistes et autres philanthropes français⁵⁶². Comment expliquer alors cette apparente sobriété ? La réponse nous est donnée par Tocqueville lui-même : « Le système pénitentiaire, écrit-il en 1835, était un prétexte : je l'ai pris comme un passeport qui devait me faire pénétrer partout aux

⁵⁵⁸ *Ibid.*, p. 420-421.

⁵⁵⁹ *Ibid.*, p. 424.

⁵⁶⁰ A. JARDIN, *Alexis de Tocqueville 1805-1859, op. cit.*, p. 179.

⁵⁶¹ G. DE BEAUMONT et A. DE TOCQUEVILLE, *Du système pénitentiaire aux Etats-Unis...*, *op. cit.*, p. 185.

⁵⁶² Dès 1819, une *Société royale des prisons* avait notamment été fondée par le duc Elie Decazes (1780-1860) dont les membres philanthropes étaient déjà sensibles à l'exemple américain.

Etats-Unis »⁵⁶³. Dès le départ, Tocqueville avait en effet envisagé de « saisir l'opinion par un ouvrage sur la vie politique américaine »⁵⁶⁴ – objet bien plus large que celui des prisons d'Amérique – ; ce qu'une lettre de Beaumont, écrite à son père le 25 avril 1831, vient d'ailleurs confirmer :

« Nous méditons de grands projets... Nous verrons l'Amérique en visitant ses prisons, nous visiterons ses habitants, ses villes, ses institutions, ses mœurs ; nous connaissons le mécanisme de son gouvernement républicain. Ce gouvernement n'est point connu en Europe... Ne serait-ce pas un bon livre que celui-ci qui donnerait une idée exacte du peuple américain, exposerait largement son histoire, peindrait à grands traits son caractère, analyserait son état social et rectifierait tant d'opinions qui sont erronées sur ce point ? »⁵⁶⁵.

Assurément, *De la démocratie en Amérique* était déjà en germe au moment où les deux amis embarquaient pour le Nouveau Monde.

§2. *De la démocratie en Amérique*

Aux raisons déjà évoquées plus haut quant au départ pour l'Amérique, il faut très certainement y ajouter « l'ambition d'embrasser une carrière politique. Dans cette perspective, Tocqueville sait qu'un ouvrage prenant l'opinion à témoin serait incontestablement un élément accélérateur et il pense très vite à dépeindre l'Amérique aux Français »⁵⁶⁶. Aussi, quoiqu'il s'acquitte, avec Beaumont, de sa mission ministérielle de manière exemplaire, son voyage représente avant tout à ses yeux une heureuse occasion de fournir matière à un ouvrage dont il envisage depuis longtemps l'écriture. C'est la raison pour laquelle les deux jeunes magistrats français n'ont pas consacré en réalité leur entier séjour à la seule observation des pénitenciers états-uniens mais se sont au contraire rendus, parfois attardés, à New-York (mai-juin 1831) où, reçus par le maire en personne, ils pénètrent assez rapidement et facilement au sein de l'élite américaine ; à Buffalo puis à Détroit (juillet 1831), espérant y rencontrer quelques tribus indiennes ; à Green Bay (début août 1831), là où les voyageurs hésitent traditionnellement à se rendre ; à Montréal et à Québec (fin août 1831), surpris par l'importance et la permanence de la colonie française qu'ils trouvent cependant « défaite » face aux Anglais ; à Boston, ville dans laquelle ils retrouvent la vie mondaine ainsi qu'à Philadelphie (septembre-novembre 1831), où Tocqueville observe en outre attentivement le système judiciaire, notamment sous l'angle de l'institution du jury ; à Pittsburgh (novembre 1831), Memphis (décembre 1831), La Nouvelle-Orléans (janvier 1832), entendant effectivement se diriger vers le Sud des Etats-Unis afin de comparer ses mœurs avec celles du Nord ; à Washington (janvier-février 1832), étape au cours de laquelle Tocqueville a pu

⁵⁶³ Cité par A. JARDIN, *ibid.*, p. 92.

⁵⁶⁴ *Ibid.*, p. 92.

⁵⁶⁵ *Ibid.*, p. 93.

⁵⁶⁶ E. KESLASSY, *Alexis de Tocqueville. De la démocratie en Amérique. Pour une sociologie de la démocratie*, Paris, Ellipses, 2012, p. 7.

véritablement saisir le fonctionnement des institutions centrales et rencontrer de nombreux hommes politiques ; enfin, à New-York, qu'ils quittent pour rejoindre la France, après deux semaines de séjour, le 20 février 1832⁵⁶⁷.

A son retour, Tocqueville ne se lance pas directement dans la rédaction de ce qui aura pour titre provisoire (jusqu'à la publication) « *L'empire de la démocratie aux Etats-Unis* »⁵⁶⁸. En effet, du 3 août au 7 septembre 1833, il se rend en Angleterre afin de « compléter son information et approfondir sa pensée [...] : l'Angleterre représente en quelque sorte le berceau de la démocratie américaine »⁵⁶⁹. Finalement, c'est entre le mois de septembre 1833 et celui d'août 1834 que Tocqueville rédige, seul⁵⁷⁰, son ouvrage sur l'Amérique. Charles Gosselin (1793-1859), l'éditeur d'Alphonse de Lamartine (1790-1869), d'Honoré de Balzac (1799-1850) ou encore de Victor Hugo (1802-1885), fait alors paraître le premier volume de *La démocratie en Amérique* le 23 janvier 1835. Le succès est immédiat : la presse reconnaît en effet largement le talent de Tocqueville et l'ouvrage bénéficie par conséquent de nombreux comptes rendus dans les journaux (*Les Débats*, *Le National*, *L'Ami de la religion et du roi*, *Journal des débats*, *Le Constitutionnel*, *Le Temps*, *Revue de Paris*, *L'Européen*, *Revue républicaine*, *Revue européenne*, *Revue des deux mondes*...). De surcroît, *La démocratie* de Tocqueville lui attire plusieurs patronages qui lui permettront d'asseoir son autorité : Royer-Collard, Chateaubriand (1768-1848), Abel-François Villemain (1790-1870), Lamartine, François-Auguste Mignet (1796-1884) ou encore Cavour (1810-1861). En outre, l'œuvre lui ouvre les portes de l'Académie des Sciences morales et politiques (1838) puis celles de l'Académie française (1841) qui lui accordera d'ailleurs un prix Montyon de douze mille francs.

Au total, le premier volume de *La démocratie* connaît sept rééditions avant la publication du second – la « seconde » *Démocratie* – en avril 1840. Tocqueville avait pourtant envisagé de publier une suite dès 1835 mais la période de rédaction de la seconde partie de *La démocratie en Amérique* (1835-1839) est entrecoupée de plusieurs entractes : un séjour avec Beaumont en Angleterre puis en Irlande entre avril et septembre 1835 ; son mariage avec Mary Mottley (1799-1864) en octobre de la même année ; la rédaction d'un *Mémoire sur le paupérisme* (1835), de *L'Etat social et politique de la France avant et après 1789*, publié dans la *London and Westminster Review* (1836) et enfin de *Deux Lettres sur l'Algérie* qu'il donne à un petit journal, *La Presse de Seine-et-Oise* (1836). Au demeurant, il faut ajouter à ces épisodes une longue campagne électorale en 1837, une autre au début de 1839 (qui aboutit à son élection comme député) et, enfin, la rédaction d'un grand rapport sur l'abolition de l'esclavage à la session de 1839. Plus abstraite, la réflexion que Tocqueville propose dans ce

⁵⁶⁷ Sur les différentes étapes de ce voyage : *Ibid.*, p. 10 et s.

⁵⁶⁸ A. JARDIN, *Alexis de Tocqueville 1805-1859*, op. cit., p. 196.

⁵⁶⁹ E. KESLASSY, *Alexis de Tocqueville...*, op. cit., p. 17.

⁵⁷⁰ L'idée de collaborer à nouveau avec Beaumont ayant en effet été abandonnée ; ce dernier, préférant se concentrer sur la question de l'inégalité des races, se consacrera dès lors à la rédaction de son ouvrage *Marie ou l'esclavage aux Etats-Unis*.

second volume décontenance les critiques qui avaient pourtant été enthousiasmés par la première *Démocratie*. « L'approche très originale qui consiste à établir une sorte de démocratie pure pour mieux en dévoiler les dangers désarçonne les lecteurs. Au fond, la volonté de Tocqueville d'éduquer à la démocratie n'est tout simplement pas comprise ou, au mieux, mal perçue. Si bien que le livre ne se vend pas »⁵⁷¹. C'est toutefois un moindre mal pour l'auteur qui entend désormais se consacrer pleinement à sa carrière politique.

« Instruire la démocratie »⁵⁷², tel est en effet le but que poursuit Tocqueville⁵⁷³. Dans son introduction, il écrit plus précisément :

« Ce n'est [...] pas seulement pour satisfaire une curiosité, d'ailleurs légitime, que j'ai examiné l'Amérique ; j'ai voulu y trouver des enseignements dont nous puissions profiter. On se tromperait étrangement si l'on pensait que j'aie voulu faire un panégyrique ; quiconque lira ce livre sera bien convaincu que tel n'a point été mon dessein ; mon but n'a pas été non plus de préconiser telle forme de gouvernement en général ; car je suis du nombre de ceux qui croient qu'il n'y a presque jamais de bonté absolue dans les lois ; je n'ai même pas prétendu juger si la révolution sociale, dont la marche me semble irrésistible, était avantageuse ou funeste à l'humanité ; j'ai admis cette révolution comme un fait accompli ou prêt à s'accomplir, et, parmi les peuples qui l'ont vu s'opérer dans leur sein, j'ai cherché celui chez lequel elle a atteint le développement le plus complet et le plus paisible, afin d'en discerner clairement les conséquences naturelles et d'apercevoir, s'il se peut, les moyens de la rendre profitable aux hommes. J'avoue que dans l'Amérique, j'ai vu plus que l'Amérique ; j'y ai cherché une image de la démocratie elle-même, de ses penchants, de son caractère, de ses préjugés, de ses passions ; j'ai voulu la connaître, ne fût-ce que pour savoir du moins ce que nous devons espérer ou craindre d'elle »⁵⁷⁴.

Pour ce faire, Tocqueville mobilise trois types de sources. Le premier renvoie aux documents législatifs et administratifs fournis par les fonctionnaires américains rencontrés sur place, lesquels n'ont d'ailleurs pas hésité à lui remettre bien souvent les textes originaux (à l'instar de Livingston, alors secrétaire d'Etat, qui communiqua à Tocqueville plusieurs documents relatifs au gouvernement fédéral). Le deuxième concerne les « ouvrages les plus authentiques et les plus estimés »⁵⁷⁵. Or, bien qu'il affirme les indiquer en notes, de manière à ce que chacun puisse les vérifier, Tocqueville les cite finalement assez peu. C'est ailleurs qu'il signalera en effet les trois principaux commentaires auxquels il a eu recours : *The Federalist on the Constitution Written in the Year 1788* (1831) de John Jay (1745-1829), James Madison (1751-1836) et Alexander Hamilton (1757-1804), principaux rédacteurs de la Constitution fédérale ; les quatre volumes des *Commentaries on American Law* (1826-1830) du chancelier James Kent (1763-1847) ainsi que les *Commentaries on the Constitution of the United States* (1833) de Story⁵⁷⁶. Enfin, le troisième type de sources est certainement le plus

⁵⁷¹ *Ibid.*, p. 19.

⁵⁷² A. DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, Bruxelles, Louis Hauman et Comp^e, t. I, 1835, p. xiii.

⁵⁷³ « Son objectif est bien d'influencer l'opinion de ceux qui décident, mais entend-il le faire en toute impartialité » (E. KESLASSY, *Alexis de Tocqueville...*, *op. cit.*, p. 30). Tocqueville achève en effet l'introduction de sa *Démocratie en Amérique* par le rappel suivant : « Ce livre ne se met précisément à la suite de personne ; en l'écrivant, je n'ai entendu servir ni combattre aucun parti ; j'ai entrepris de voir, non pas autrement, mais plus loin que les partis, et tandis qu'ils s'occupent du lendemain, j'ai voulu songer à l'avenir » (A. DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, *op. cit.*, p. xxxviii).

⁵⁷⁴ *Ibid.*, p. xxxi-xxxiii.

⁵⁷⁵ *Ibid.*, p. xxxv.

⁵⁷⁶ A. JARDIN, *Alexis de Tocqueville 1805-1859*, *op. cit.*, p. 194 et s.

essentiel : ce sont ses carnets de voyage. Tout au long de son séjour en Amérique, Tocqueville rédige en effet de nombreux cahiers, certains chronologiques, contenant principalement des conversations mises en forme (avec la mention du nom et de la qualité de l'interlocuteur) ; d'autres alphabétiques, rassemblant diverses notes thématiques ou encore des cahiers portatifs c'est-à-dire des notes prises sur le moment (parfois au crayon de papier), des croquis et des passages déjà entamés de *La démocratie en Amérique*. A ces cahiers doivent enfin s'ajouter les nombreux échanges que Tocqueville entretenait avec Beaumont ainsi que les lettres qu'il envoyait très régulièrement à ses amis proches ou à sa famille⁵⁷⁷.

Voyons comment Tocqueville procède en termes de comparaison. L'auteur de *La démocratie en Amérique* use d'« un procédé d'abstraction que Max Weber popularisera sous le nom du type idéal. [...] Il s'agit [...] de dessiner une image idéalisée de l' "état social" aristocratique d'une part et de l' "état social" démocratique d'autre part en sélectionnant certains de leurs traits caractéristiques spécifiques et en accentuant systématiquement les oppositions »⁵⁷⁸. En d'autres termes (ceux de Tocqueville lui-même),

« ceux qui voudront y regarder de près, retrouveront, [...] dans l'ouvrage entier, une pensée-mère qui enchaîne, pour ainsi dire, toutes ses parties. [...] L'auteur qui veut se faire comprendre est obligé de pousser chacune de ses idées dans toutes leurs conséquences théoriques, et souvent jusqu'aux limites du faux et de l'impraticable ; car s'il est quelquefois nécessaire de s'écarter des règles de la logique dans les actions, on ne saurait le faire de même dans les discours, et l'homme trouve presque autant de difficultés à être inconséquent dans ses paroles, qu'il en rencontre d'ordinaire à être conséquent dans ses actes »⁵⁷⁹.

L'édition bruxelloise retenue divise *De la démocratie en Amérique* en quatre tomes dont les deux premiers comportent respectivement huit⁵⁸⁰ et dix⁵⁸¹ chapitres. Quant aux deux autres, ils forment la « seconde *Démocratie* » et contiennent chacun deux parties : l'« Influence de la Démocratie sur le Mouvement intellectuel aux Etats-Unis » et l'« Influence de la Démocratie sur les sentiments des Américains » d'une part ; l'« Influence de la démocratie sur les mœurs proprement dites » et « De l'influence qu'exercent les idées et

⁵⁷⁷ E. KESLASSY, *Alexis de Tocqueville...*, op. cit., p. 24.

⁵⁷⁸ *Ibid.*, p. 27.

⁵⁷⁹ A. DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, op. cit., p. xxxvii-xxxviii.

⁵⁸⁰ Chapitre I – Configuration extérieure de l'Amérique du Nord ; Chapitre II – Du point de départ et de son importance pour l'avenir des Anglo-américains ; Chapitre III – Etat social des Anglo-américains ; Chapitre IV – Du principe de la souveraineté du peuple en Amérique ; Chapitre V – Nécessité d'étudier ce qui se passe dans les Etats particuliers, avant de parler du gouvernement de l'Union ; Chapitre VI – Du pouvoir judiciaire aux Etats-Unis et de son action sur la société politique ; Chapitre VII – Du jugement politique aux Etats-Unis ; Chapitre VIII – De la constitution fédérale.

⁵⁸¹ Chapitre I – Comment on peut dire rigoureusement qu'aux Etats-Unis c'est le peuple qui gouverne ; Chapitre II – Des parties aux Etats-Unis ; Chapitre III – De la liberté de la presse aux Etats-Unis ; Chapitre IV – De l'association politique aux Etats-Unis ; Chapitre V – Du gouvernement de la démocratie en Amérique ; Chapitre VI – Quels sont les avantages réels que la société américaine retire du gouvernement de la démocratie ; Chapitre VII – De l'omnipotence de la majorité aux Etats-Unis, et de ses effets ; Chapitre VIII – De ce qui tempère, aux Etats-Unis, la tyrannie de la majorité. – Absence de centralisation administrative ; Chapitre IX – Des causes principales qui tendent à maintenir la république démocratique aux Etats-Unis ; Chapitre X – Quelques considérations sur l'état actuel et l'avenir probable des trois races qui habitent le territoire des Etats-Unis.

les sentiments démocratiques sur la société politique » d'autre part⁵⁸². Cependant, certaines divisions peuvent attirer plus particulièrement l'attention en ce qu'elles ont précisément pour objet de *comparer* une institution américaine avec une institution équivalente étrangère. Ainsi de l'une des sous-divisions du Chapitre VIII du tome premier significativement intitulée « En quoi la position du président aux Etats-Unis diffère de celle d'un roi constitutionnel en France ». En réalité, « l'objectif reste inlassablement le même : produire de la connaissance intelligible »⁵⁸³. Or, la comparaison facilite, selon Tocqueville, la compréhension de la constitution fédérale américaine et permet notamment de « concevoir une idée claire et précise de la position du président des Etats-Unis »⁵⁸⁴.

L'étude débute alors par une exclusion : il ne sera pas question de comparer ici les « signes extérieurs de la puissance [qui] trompent l'œil de l'observateur plus qu'ils ne le guident »⁵⁸⁵ mais seulement de signaler, conformément au titre évoqué plus haut, « les points capitaux de différence »⁵⁸⁶. Tocqueville en expose trois. Le premier a trait à l'étendue de la souveraineté et constitue surtout « la première et la plus grande différence [...] entre le président des Etats-Unis et le roi en France »⁵⁸⁷. En effet, alors qu'aux Etats-Unis la souveraineté est divisée entre l'Union et les Etats et que, dès lors, le pouvoir exécutif au nom de laquelle il agit se trouve « borné et exceptionnel » ; en France, ce dernier « s'étend à tout », comme la souveraineté qui est « une et compacte ». « Voilà, conclut Tocqueville sur ce premier point de différence, une première cause d'infériorité qui résulte de la nature même des choses »⁵⁸⁸.

La place du pouvoir exécutif par rapport à la « législature » en est une deuxième. Définissant la souveraineté comme « le droit de faire les lois », Tocqueville remarque en effet que, plus qu'un simple exécuter des normes législatives, « le roi, en France, constitue réellement une partie du souverain » dans la mesure où ces dernières ne peuvent exister s'il refuse de les sanctionner. Au contraire, le président états-unien, bien qu'il soit également l'exécuter de la loi, ne concourt pas réellement à la faire puisque, remarque Tocqueville, en refusant son assentiment, il ne peut l'empêcher d'exister. Selon Tocqueville, le président ne fait donc point partie du souverain, « il n'en est que l'agent ». Dans le même sens, le comparatiste observe que le roi participe à la formation de la législature – autre « portion du souverain » – en nommant les membres d'une chambre et en faisant cesser à sa volonté la durée du mandat de l'autre. De même le monarque partage-t-il, avec les chambres, le droit de proposer la loi et y est-il représenté par un certain nombre d'agents autorisés à exposer ses vues, soutenant ses opinions et faisant prévaloir ses maximes de gouvernement. A l'opposé, le

⁵⁸² Pour un résumé de *la Démocratie en Amérique*, consulter : J.-P. FENAUX, « *De la Démocratie en Amérique*, synopsis de l'ouvrage », *Analyses & réflexions sur... Tocqueville*, De la démocratie en Amérique, Paris, Ellipses, 1985, p. 113-119.

⁵⁸³ E. KESLASSY, *Alexis de Tocqueville...*, op. cit., p. 32.

⁵⁸⁴ A. DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, op. cit., p. 206.

⁵⁸⁵ *Ibid.*, p. 206.

⁵⁸⁶ *Ibid.*, p. 210.

⁵⁸⁷ *Ibid.*, p. 207.

⁵⁸⁸ *Ibid.*, p. 207.

président des Etats-Unis ne concourt en rien à la composition du corps législatif et ne saurait le dissoudre ; il n'a pas l'initiative de la loi ni entrée au Congrès, pas plus que ses ministres. Dès lors, si le roi de France marche « d'égal à égal » avec la législature, qui ne peut agir sans lui, comme il ne saurait agir sans elle ; le président des Etats-Unis est, quant à lui, simplement placé à ses côtés comme « un pouvoir inférieur et dépendant ».

Enfin, le président a encore « plusieurs causes d'infériorité très grandes » dans l'exercice du pouvoir exécutif proprement dit. D'une part, le pouvoir du roi en France a, sur celui du président, « l'avantage de la durée » : en effet, alors que le roi est un chef héréditaire, le président est un magistrat élu pour quatre ans. « Or, ajoute Tocqueville, la durée est un des premiers éléments de la force. On n'aime et on ne craint que ce qui doit exister longtemps »⁵⁸⁹. D'autre part, la liberté d'action du président américain est de beaucoup inférieure à celle du roi de France : « continuellement soumis à une surveillance jalouse », il prépare effectivement les traités mais ne les fait pas et désigne aux emplois mais n'y nomme pas tandis que le roi est « maître absolu dans la sphère du pouvoir exécutif ». En outre, Tocqueville oppose au principe de l'inviolabilité de la personne du roi de France celui de la responsabilité des actes commis par le président des Etats-Unis.

Si l'exposition, somme toute assez brève, de ces principales différences peut suffire, selon Tocqueville, à rendre compte de « l'infériorité » du pouvoir présidentiel face au pouvoir royal, l'auteur précise néanmoins que « [s'il eût] voulu entrer dans les détails, le tableau eût été bien plus frappant encore »⁵⁹⁰. C'est d'ailleurs par préterition que le comparatiste en vient à ajouter un dernier exemple relativement au pouvoir gouvernemental du roi, en France, « dépassant même ses limites naturelles, quelque étendues qu'elles soient, et pénétrant, de mille manières, dans l'administration des intérêts individuels »⁵⁹¹. D'après Tocqueville, cette influence royale est notamment rendue possible par le « grand nombre des fonctionnaires publics, qui, presque tous, doivent leur mandat à la puissance exécutive »⁵⁹². Alors que ce nombre s'élève à 138 000 nominations et coûte chaque année à l'Etat 200 000 000 francs, dépassant ainsi « toutes les bornes connues », ces emplois publics n'excèdent guère aux Etats-Unis 12 000 fonctionnaires pour la nomination desquels le président n'a, au demeurant, aucun droit absolu. « Il résulterait de ce qui précède, ajoute Tocqueville en note, que le roi de France dispose de onze fois plus de places que le président des Etats-Unis, quoique la population de la France soit qu'une fois et demie plus considérable que celle de l'Union »⁵⁹³.

Seul un point commun est relevé au cours de ces développements : il existe au-dessus de la puissance exécutive, qu'il s'agisse du président états-unien ou du roi de France, un « pouvoir dirigeant » ou « dominant » : celui de l'opinion publique. Moins défini en France qu'aux Etats-Unis, il est en effet « moins reconnu », « moins formulé dans les lois » et procède « par

⁵⁸⁹ *Ibid.*, p. 209.

⁵⁹⁰ *Ibid.*, p. 210-211.

⁵⁹¹ *Ibid.*, p. 211.

⁵⁹² *Ibid.*, p. 211.

⁵⁹³ *Ibid.*, p. 211-212.

des révolutions ». En Amérique, « il procède par des élections et des arrêts ». Toujours est-il que, chez les deux nations, le pouvoir de l'opinion publique est effectif et « le principe générateur des lois » est par conséquent « le même chez les deux peuples ». Or, constate Tocqueville, « ce principe, de sa nature, est essentiellement républicain »⁵⁹⁴. Dès lors, l'auteur peut aboutir à la conclusion voulue : « La France, avec son roi, ressemble plus à une république que l'Union, avec son président, à une monarchie »⁵⁹⁵.

Telle est en effet la thèse principale contenue dans *De la démocratie en Amérique* : parce que la France et les Etats-Unis partagent le même fait générateur des lois et des mœurs, ces deux nations se dirigent alors nécessairement – *irrésistiblement* – vers un même état social, celui de « l'égalité des conditions ». Simplement, aux Etats-Unis, cette égalité semble déjà y avoir atteint ses « limites extrêmes » contrairement à l'Europe, où « une grande révolution démocratique s'opère »⁵⁹⁶ et se continue ; « cette révolution irrésistible, qui marche depuis tant de siècles à travers tous les obstacles »⁵⁹⁷. Dès lors, « il [...] paraît hors de doute que tôt ou tard nous arriverons, comme les Américains, à l'égalité presque complète des conditions »⁵⁹⁸. Pour cette raison, il y a un « intérêt immense », selon Tocqueville, à *comparer* l'état social qu'est la démocratie ainsi que la forme de gouvernement de l'un et l'autre peuple sans jamais, cependant, que le système démocratique américain – et ce qu'il comprend c'est-à-dire sa Constitution, ses lois, ses institutions, etc. – n'apparaisse à ses yeux comme un *modèle*. Sur ce point, laissons Tocqueville résumer lui-même sa propre démarche et nous donner, pour conclure, la raison d'être d'une œuvre proprement comparative :

« Ceux qui après avoir lu ce livre jugeraient qu'en l'écrivant j'ai voulu proposer les lois et les mœurs anglo-américaines à l'imitation de tous les peuples qui ont un état social démocratique, ceux-là auraient commis une grande erreur ; ils se seraient attachés à la forme, abandonnant la substance même de ma pensée. Mon but a été de montrer, par l'exemple de l'Amérique, que les lois et surtout les mœurs pouvaient permettre à un peuple démocratique de rester libre. Je suis, du reste, très loin de croire que nous devons suivre l'exemple que la démocratie américaine a donné, et imiter les moyens dont elle s'est servie pour atteindre ce but de ses efforts ; car je n'ignore point quelle est l'influence exercée par la nature du pays et les faits antécédents sur les constitutions politiques, et je regarderais comme un grand malheur pour le genre humain, que la liberté dût en tous lieux se produire sous les mêmes traits »⁵⁹⁹.

Si l'on désire synthétiser le recours de Tocqueville à la comparaison, trois points doivent être évoqués. Premièrement, l'*environnement* dans lequel Tocqueville a grandi ; un environnement assurément propre à développer chez ce dernier un « esprit de comparaison », une « logique comparative », bref : un « profil de comparatiste ». Très tôt initié à l'histoire *comparée*, Tocqueville compte en outre parmi les membres de sa famille (ou les amis de celle-ci) des ambassadeurs ayant longuement séjourné aux Etats-Unis. Mais son voyage en

⁵⁹⁴ *Ibid.*, p. 210.

⁵⁹⁵ *Ibid.*, p. 210.

⁵⁹⁶ *Ibid.*, p. iii.

⁵⁹⁷ *Ibid.*, p. xii. Tocqueville ira jusqu'à qualifier ce mouvement social de « fait providentiel, il en a les principaux caractères : il est universel, il est durable, il échappe chaque jour à la puissance humaine ; tous les événements, comme tous les hommes, servent à son développement » (*Ibid.*, p. x-xi).

⁵⁹⁸ *Ibid.*, p. xxxi.

⁵⁹⁹ A. DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, op. cit., t. II, 1835, p. 298.

Amérique du Nord se comprend davantage comme une réaction – une « blessure profonde », selon lui – à l'avènement de Louis-Philippe, un « jour au nombre des plus malheureux de [sa] vie »⁶⁰⁰. Cet aspect politique est d'autant plus important – deuxièmement – que Tocqueville rédige son ouvrage sur le système pénitentiaire états-unien, et plus encore sa *Démocratie en Amérique*, dans le but d'attirer l'opinion au moment même où il entame sa carrière politique (l'homme devenant député de la Manche en 1839). Enfin, troisièmement, il s'agit de relever la *méthode* singulière employée par Tocqueville en matière de comparaison, laquelle consiste avant tout en une observation de l'étranger (son droit, ses institutions, ses mœurs, etc.), *sur place*. Ainsi neuf mois aux Etats-Unis et plus de trente jours en Angleterre auront été nécessaires à la rédaction de son chef-d'œuvre, *De la démocratie en Amérique*.

⁶⁰⁰ Déjà cité, cf. *supra.*, p. 126, note 534.

Section 3 – Hélie et la production scientifique étrangère en matière pénale

Il paraît difficile, voire impossible, d'aborder la question de la doctrine criminaliste française de 1815 à 1869 sans évoquer le nom de Faustin Hélie. Or, « la célébrité de F. Hélie n'est pas liée à sa carrière, mais à ses écrits magistraux. Par sa méthode, il a donné des lettres de noblesse au droit criminel, en élevant cette matière au niveau scientifique »⁶⁰¹. A vrai dire, cette méthode se caractérise par une triple approche. Une approche historique tout d'abord, parce que,

« d'une part, [...] il est impossible de déduire les lois d'une matière quelconque sans remonter, à travers les siècles, jusqu'à son berceau et sans suivre la lutte de ses progrès et de son développement ; d'un autre côté, il est également impossible de saisir l'esprit et le sens d'une loi sans en rechercher les motifs dans les lois antérieures, et sans établir sa filiation plus ou moins étroite avec ces lois, et, si l'on peut parler ainsi, sa généalogie »⁶⁰².

Ensuite, une approche philosophique qui consiste à « réunir les études de la théorie aux explications du commentaire, [...] embrasser à la fois la philosophie de la loi et son application, la doctrine et la pratique »⁶⁰³. Enfin, une approche comparative – celle qui nous occupera –, véritable « science morale » chez Hélie sur laquelle s'appuie l'« étude de la théorie de la loi » afin que « ses travaux s'emprennent d'un intérêt plus vrai ; les limites du Droit s'agrandissent, et les mesquines proportions dans lesquelles on l'a trop étouffé disparaissent »⁶⁰⁴. Or, une telle méthode – consistant à « présenter l'ensemble du droit criminel, législation, doctrine et jurisprudence, dans une optique critique et humaniste »⁶⁰⁵ – a engendré une « œuvre colossale »⁶⁰⁶ dont deux grands traités, l'un en matière pénale (§1) et l'autre dans le domaine de la procédure (§2).

⁶⁰¹ R. MARTINAGE, V° « Hélie », *Dictionnaire historique des juristes français...*, op. cit., 1^{ère} éd., 2007, p. 401.

⁶⁰² F. HELIE, *Traité de l'instruction criminelle ou Théorie du Code d'instruction criminelle*, Paris, Charles Hingray, t. I, 1845, p. 11-12.

⁶⁰³ A. CHAUVÉAU et F. HELIE, *Théorie du Code pénal*, op. cit., t. I, p. ix.

⁶⁰⁴ *Ibid.*, p. xi.

⁶⁰⁵ R. MARTINAGE, loc. cit.

⁶⁰⁶ *Ibid.*, p. 401.

§1. La Théorie du Code pénal

Incontestablement, le Code pénal français de 1810 a été l'un des « modèles à la législation de l'Europe »⁶⁰⁷ et a d'ailleurs été présenté comme tel par les pénalistes français du XIX^e siècle.

« L'ensemble de la matière pénale y était codifié avec clarté et logique. La simplicité et l'ordre de son plan, la distribution des matières, la précision de langage ont été justement réputés. Il avait consacré formellement la classification simple [...] des infractions en trois niveaux, crime, délit, contravention, en fonction de la nature des peines qui leur était affectées, afflictives ou infamantes pour les crimes, correctionnelles pour les délits, de police pour les contraventions. Les matières étaient ensuite classées selon la nature des biens essentiels protégés. Cette méthode fut reprise ensuite par d'innombrables codes »⁶⁰⁸.

Toutefois, il est un point que nul ne peut ignorer : sa *sévérité*. Le champ d'application de la peine de mort y est en effet sensiblement élargi, les peines mutilantes d'Ancien Régime (ablation du poing, marque au fer rouge...) réintroduites, la peine perpétuelle rétablie, la tentative y est punie comme le crime consommé et le régime des faits justificatifs se trouve sensiblement réduit (le Code ignore par exemple l'état de nécessité). De surcroît, le Code de 1810 apparaît comme un véritable outil politique au service du gouvernement puisqu'il s'agit avant tout de défendre l'Etat contre tout ce qui pourrait l'affaiblir ou le contester⁶⁰⁹. Surtout, le législateur revient quelque peu sur le principe de légalité des peines en établissant, pour certaines infractions, un maximum et un minimum entre lesquels il appartenait aux juges d'arbitrer la peine en fonction des circonstances de chaque espèce. Seulement, pour les crimes les plus graves, le Code continue de comminer des peines fixes (peine de mort ou travaux forcés à perpétuité) sans qu'aucune atténuation ne soit possible, engendrant ainsi des acquittements scandaleux prononcés par les jurys⁶¹⁰.

Aussi, les premières critiques apparaissent dès la Restauration. Tout d'abord, à l'étroit utilitarisme benthamien – « la peine est juste par cela seul qu'elle est utile » – répondent les thèses théologiques d'auteurs tels que Joseph de Maistre (1753-1821) ou Louis de Bonald (1754-1840) d'après lesquelles la loi pénale doit être en conformité avec la Loi de Dieu. Mais « la majorité de la doctrine chercha une troisième voie : ce fut celle de l'éclectisme »⁶¹¹. Cette dernière école – aussi appelée « école néo-classique » – va présenter une vision générale du droit pénal autour d'une formule restée célèbre : « Punir ni plus qu'il n'est juste, ni plus qu'il n'est utile ». Véritable principe directeur des néo-classiques « en parfaite concordance avec le "juste milieu" politique que tente de réaliser, dans les années

⁶⁰⁷ Le mot est d'un député au Corps législatif de 1807 et est cité par S. SOLEIL, *Le modèle juridique français dans le monde...*, op. cit., p. 229.

⁶⁰⁸ R. MARTINAGE, *Histoire du droit pénal en Europe*, op. cit., p. 77.

⁶⁰⁹ 197 articles sur 484 sont ainsi consacrés à la défense de la sûreté intérieure et extérieure de l'Etat.

⁶¹⁰ J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, op. cit., p. 443.

⁶¹¹ *Ibid.*, p. 445.

1830, la monarchie de Juillet »⁶¹², elle traduit à la fois « un ralliement à Beccaria (ne pas punir "plus qu'il n'est utile") et un dépassement de Beccaria (ne pas punir "plus qu'il n'est juste") »⁶¹³.

« Après Guizot, qui publie en 1822 son fameux *Traité sur la peine de mort en matière politique* – évidemment pour en demander l'abolition –, c'est Rossi qui donne en 1829 [sic] le premier exposé général de la doctrine éclectique dans son *Traité de droit pénal* »⁶¹⁴. Or, il est particulièrement intéressant de noter que sa critique du Code français de 1810 s'aide de la *comparaison juridique*⁶¹⁵. Lorsqu'il oppose par exemple le « nouveau Code pénal pour les Etats de Parme et de Plaisance » au « Code qui a servi de modèle », l'auteur prend soin de relever en effet « les changements et [les] modifications dignes d'éloges » que renferme le Code de 1820, lesquels sont, *a contrario*, autant de défauts contenus et surtout maintenus par le Code de 1810 :

« Le nouveau Code pénal pour les états de Parme et de Plaisance paraît avoir été calqué sur le Code français. Il renferme cependant un grand nombre de changements et de modifications dignes d'éloges. Les peines du carcan, de la marque et de la confiscation générale, n'y figurent point. On y trouve sur la punition de la tentative et de la complicité, des distinctions qu'on cherche en vain dans le Code qui a servi de modèle. Ces améliorations ne sont pas les seules qui nous ont frappé en parcourant rapidement le Code de Parme, qui nous est tombé entre les mains au moment de livrer ces feuilles à l'impression »⁶¹⁶.

⁶¹² *Ibid.*, p. 445.

⁶¹³ J. PRADEL, *Histoire des doctrines pénales*, *op. cit.*, p. 52.

⁶¹⁴ J.-M. CARBASSE, *loc. cit.*

⁶¹⁵ L'exposé du parcours de cet auteur pourrait d'ailleurs justifier à lui seul la place qu'il doit effectivement occuper parmi les pionniers de la comparaison juridique française. Né le 3 juillet 1787 à Carrare, Pellegrino Rossi devient docteur en droit de l'Université de Bologne le 22 juin 1806 alors qu'il n'a pas encore dix-neuf ans. Il poursuit dès lors une carrière scientifique qu'il amorce tout d'abord comme professeur à la chaire d'institutions civiles créée au Lycée de Bologne (1813-1814). Puis, il passe le 28 avril 1814 à la chaire de procédure civile de l'Université avant de devenir le 19 novembre de la même année professeur de droit pénal et de procédure pénale. Parallèlement, Rossi poursuit une carrière politique qu'il débute en 1815 comme Commissaire général civil de l'éphémère roi d'Italie, Joachim Murat. En raison de son attachement au parti français, il est cependant forcé de quitter l'Italie (1815) et gagne alors Genève, dont il obtient d'ailleurs la citoyenneté. Sa double carrière scientifique et politique ne s'interrompt toutefois pas puisqu'il devient en 1819 professeur de droit romain et de droit criminel à l'Académie de Calvin et député au Parlement genevois ainsi qu'à la Diète fédérale de la Confédération helvétique de 1832 à 1833. Par suite, sur proposition de Guizot, il est appelé au Collège de France à la chaire d'économie politique de Say en 1833 et est nommé l'année suivante à la chaire de droit constitutionnel créée pour lui à la Faculté de droit de Paris. Membre de l'Académie des sciences morales en 1836, naturalisé citoyen français en 1838, Rossi devient successivement pair de France en 1839, membre du Conseil supérieur de l'Instruction publique en 1840 et doyen de la Faculté de droit de Paris le 18 novembre 1843. En 1845, il est promu ministre plénipotentiaire pour finir ambassadeur de France auprès du Saint-Siège jusqu'en 1848. La même année, le pape Pie IX le nomme ministre de l'Intérieur et des Finances *ad interim* mais il est finalement assassiné sur les marches du Palais de la Chancellerie apostolique à Rome, victime de ses idées libérales, le 15 novembre (Sur ces éléments biographiques : O. MOTTE, *Lettres inédites de juristes français du XIX^e siècle...*, *op. cit.*, t. II, 1990, p. 1540-1543 et A. DUFOUR, V^o « Rossi », *Dictionnaire historique des juristes français...*, *op. cit.*, 1^{ère} éd., 2007, p. 678-680 ; sur le cours de Rossi à la faculté de droit de Paris : T. POUTHIER, *Droit naturel et droits individuels en France...*, *op. cit.*, p. 198 et s.).

⁶¹⁶ P. ROSSI, *Traité de droit pénal*, Paris, A. Sautet et C^{ie}, Genève, J. Barbezat et C^{ie}, t. I, 1829, p. 68-69. « Mais, de l'autre côté, poursuit cependant l'auteur, nous y avons remarqué cette division insolente d'arbitraire en crimes, délits et contraventions, tirée du fait de la peine légale » (*Ibid.*, p. 69). D'après Annamaria Monti (A. MONTI, « L'influence du Code Pénal français de 1810 sur les conceptions de la peine en Italie », *La Dimension Historique de la Peine 1810-2010*, sous la dir. d'Y. JEANCLOS, Paris, Economica, 2013, p. 277-292), la critique la plus influente en Italie à l'égard de la tripartition « à la française » des infractions est en effet celle de Rossi, lequel écrit à ce propos : « La division des actes punissables en crimes, délits et contraventions,

Comme le rappelle Jean-Marie Carbasse, « Rossi, qui était lié à Guizot, à Mme de Staël et au duc de Broglie, sera nommé en 1835 sur la première chaire de droit constitutionnel créée à la Faculté de Paris. Aussi bien considère-t-il le droit pénal comme de nature essentiellement politique : c'est peut-être, dira-t-il, "la branche la plus importante, soit sous les rapports *moraux*, soit sous les rapports *politiques*, de la science du droit" »⁶¹⁷. A propos des correspondances établies entre les juristes allemands et français au XIX^e siècle, l'on peut dresser par ailleurs le même constat :

« Si, quantitativement, c'est le droit pénal, la procédure criminelle et le système pénitentiaire qui occupent la première place dans ces correspondances, ils le doivent [...] d'abord à l'extraordinaire engouement du 19^e siècle à ses débuts pour la politique pénale, à laquelle s'attache toute une génération de jeunes juristes pour qui cette question est liée aux libertés publiques et donc en dernier lieu directement politique »⁶¹⁸.

Ainsi l'impulsion donnée au droit pénal comparé par les juristes éclectiques des années 1820, parmi lesquels figure en premier lieu Rossi, s'expliquerait-elle. Ce qui est en tout cas certain, c'est que cette impulsion trouve un écho dans la décennie suivante avec, par exemple, la création de la chaire de législation pénale comparée à la faculté de droit de Paris dans laquelle Ortolan⁶¹⁹, « principal représentant de la pensée éclectique »⁶²⁰, est installé – non sans difficulté il est vrai – par ordonnance du 12 décembre 1837⁶²¹ ou encore avec la publication, la même année, de la *Théorie du Code pénal* de Chauveau et Hélie.

Il est en effet tout à fait possible de parler de « continuité » entre le « personnage aux "quatre vies" »⁶²², Rossi, et le pénaliste « pionnier de l'approche comparative », Hélie. Tout d'abord, le second a lu le *Traité* du premier puisqu'il le cite régulièrement dès les premières pages de sa *Théorie*. Or, de manière générale, Hélie partage la conception que propose son prédécesseur relativement au droit de punir d'après laquelle « la justice pénale ne peut légitimement s'exercer qu'autant qu'elle appuie les punitions qu'elle inflige sur cette double

division tirée du fait matériel et arbitraire de la peine, révèle à elle seule, ce nous semble, l'esprit du code et du législateur. C'est dire au public : Ne vous embarrassez pas d'examiner la nature intrinsèque des actions humaines ; regardez le pouvoir : fait-il couper la tête à un homme, concluez-en que cet homme est un grand scélérat. Il y a là un tel mépris de l'espèce humaine, une telle prétention au despotisme en tout, même en morale, qu'on pourrait, sans trop hasarder, juger de l'esprit du code entier par la lecture de l'art. 1^{er} » (P. ROSSI, *Traité de droit pénal*, op. cit., p. 54-55, cité par A. MONTI, « L'influence du Code Pénal français de 1810 sur les conceptions de la peine en Italie », art. cit., p. 285).

⁶¹⁷ J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, op. cit., p. 445-446.

⁶¹⁸ O. MOTTE, *Lettres inédites de juristes français du XIX^e siècle...*, op. cit., t. I, 1989, p. 82 et s.

⁶¹⁹ Sur cet auteur, cf. *supra*, p. 59 et s.

⁶²⁰ J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, op. cit., p. 446.

⁶²¹ Le gouvernement, souhaitant confier cet enseignement sensible à un libéral, s'était en effet bien gardé de mettre la chaire au concours ; ce qui irrita les professeurs parisiens, considérant la nomination d'Ortolan – candidat du gouvernement – entachée d'illégalité et inconvenante puisqu'il n'était pas agrégé. Sur cet épisode : M. VENTRE-DENIS, « La difficile naissance, à la Faculté de droit de Paris, de la première chaire autonome de droit criminel (1804-1846) », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, n° 12, 1991, p. 151-183 ; J.-M. CARBASSE, loc. cit. et C. LECOMTE, V° « Ortolan », *Dictionnaire historique des juristes français...*, op. cit., 1^{ère} éd., 2007, p. 601.

⁶²² A. DUFOUR, V° « Rossi », *Dictionnaire historique des juristes français...*, op. cit., 1^{ère} éd., 2007, p. 678.

condition : 1° que l'acte à punir soit immoral, ce qui constitue la justice intrinsèque de la punition ; 2° que la punition soit nécessaire à la conservation de l'ordre social »⁶²³. Mieux, Hélie reverra en 1855 la deuxième édition du *Traité de droit pénal* de Rossi qu'il fera en outre précéder d'une introduction de cent sept pages⁶²⁴. De surcroît, « durant vingt ans, Hélie fit régulièrement parvenir, par l'intermédiaire de Fœlix, Bergson, Anschütz et Fitting, ses ouvrages à Mittermaier qui en rendit fidèlement compte »⁶²⁵. Il faut alors rappeler que le professeur de droit pénal à l'Université d'Heidelberg est – avec Guizot, Rossi (avec qui Mittermaier est lui-même en correspondance) et Ortolan – l'une des têtes de l'école néo-classique de la Restauration et de la Monarchie de Juillet⁶²⁶. Malgré quelques points de désaccord, Hélie est donc très loin de rejeter l'éclectisme de Rossi⁶²⁷. Ne donne-t-il pas, par ailleurs, la même lecture que ce dernier à propos des codes pénaux étrangers ? « Les systèmes étrangers européens qui s'étaient pour beaucoup, inspirés du droit français, l'ont peu à peu amélioré, et dépassé, estime l'auteur, c'est pourquoi il convient de s'inspirer de leurs fructueuses améliorations »⁶²⁸. Cette approche guide effectivement toute l'œuvre d'Hélie et notamment sa *Théorie du Code pénal*.

A l'instar de *La démocratie en Amérique*⁶²⁹, la rédaction de la fameuse *Théorie* résulte d'une amitié : celle qui a lié Hélie à Chauveau. Né à Nantes en 1799, le premier est élevé avec ses deux frères – Félix et Théodore Hélie – par leur mère, veuve depuis 1809. Après des études secondaires au lycée de sa ville natale, il s'inscrit à l'université de Rennes et en ressort licencié en droit en 1822. La même année, il prête le serment d'avocat et sollicite dès lors sans succès – probablement à cause de l'absence de fortune de l'intéressé ou de ses idées jugées trop libérales – son entrée dans la magistrature jusqu'en 1849, année où il obtient finalement

⁶²³ A. CHAUVEAU et F. HELIE, *Théorie du code pénal*, op. cit., t. I, 1837, p. 12. S'il est vrai qu'Hélie (avec Chauveau) est effectivement « complètement d'accord avec la théorie » de Rossi, y trouvant « de salutaires limites aux incriminations légères ou despotiques, un principe qui satisfait l'intelligence et la conscience de l'homme, une règle morale féconde en applications utiles », il reconnaît cependant que « ce système se complique [...] encore de difficultés graves. La justice humaine a-t-elle les moyens de déterminer la criminalité absolue des actes, d'après une connaissance complète de la loi morale ? A-t-elle les moyens de connaître la criminalité de l'agent, d'après une connaissance également complète de son intention ? Il est évident qu'elle n'a point cette science, et qu'elle est à la fois limitée par l'imperfection de ses moyens d'action. [...] Mais le système de Rossi n'est pas également satisfaisant sous un autre rapport. [...] Il ne suffit pas que l'acte soit immoral pour que le pouvoir social doive le frapper, il est nécessaire qu'il expose la société à des périls. L'utilité de la peine est donc l'une des conditions de son application. Or, où seront les garanties contre les exigences injustes du pouvoir social ? L'immoralité ne peut-elle pas se trouver à un certain degré dans des actions qu'il n'est pas utile de punir ? [...] Ces questions restent sans réponse [...]. Ensuite, il existe des faits que la conscience ne désavoue pas et que la société est toutefois dans la nécessité de punir, dans l'intérêt de sa propre conservation. [...] Peut-être eût-il été possible, sans déplacer les bases de ce système, d'en faire disparaître les conséquences que nous venons de signaler » (*Ibid.*, p. 13-15).

⁶²⁴ P. ROSSI, *Traité de droit pénal*, Paris, Guillaumin et C^{ie}, 2^e éd., 1855.

⁶²⁵ O. MOTTE, *Lettres inédites de juristes français du XIX^e siècle...*, op. cit., t. I, 1989, p. 845. C'est ainsi que le professeur allemand a pu recevoir la *Théorie du Code pénal* d'Hélie.

⁶²⁶ J. PRADEL, *loc. cit.*

⁶²⁷ Renée Martinage précise simplement qu'« en droit pénal, l'orientation de sa pensée est conforme à l'école classique, sans originalité » (R. MARTINAGE, V^o « Hélie », *Dictionnaire historique des juristes français...*, op. cit., 1^{ère} éd., 2007, p. 401).

⁶²⁸ *Ibid.*, p. 401.

⁶²⁹ Cf. *supra.*, p. 145 et s.

un poste de conseiller à la Cour de cassation. Attaché au ministère de la Justice comme secrétaire général puis comme rédacteur au service des archives en 1823, Hélie est ensuite transféré au service des affaires criminelles en 1828, où il trouve enfin sa voie. C'est en outre au cours de cette dernière période qu'il se lie d'amitié avec Chauveau⁶³⁰.

Né le 29 mai 1802 à Poitiers, Adolphe Chauveau est le fils d'un inspecteur des contributions, Jean Chauveau, et de Marie Richard. Il fait sa licence de droit à Poitiers – et suit notamment les cours de Boncenne⁶³¹ – avant de devenir avocat en 1821 puis à Paris en 1825. Cette dernière installation semble correspondre au moment où les deux auteurs de la *Théorie du Code pénal* se rencontrent. En effet, dès 1829, Chauveau et Hélie créent ensemble le *Journal du droit criminel*⁶³². Le juriste poitevin n'en est alors pas à son premier essai puisqu'il a assuré la direction du *Journal des arrêts de la cour de Poitiers* de 1823 à 1825 et a dirigé, à partir de cette même année, le *Journal des avoués*. Il semblerait que sa collaboration avec Hélie à la *Théorie du Code pénal* corresponde à son désir d'être nommé dans une chaire de procédure (civile et criminelle) qu'à Poitiers son maître, Boncenne, avait d'ailleurs tenue ou de droit pénal qu'on lui aurait alors promise à Paris. En effet, alors qu'il est avocat aux Conseils dès le début de la Monarchie de Juillet (il achète une charge en septembre 1830), Chauveau rédige un grand nombre d'ouvrages en droit pénal et en procédure ; il poursuit notamment, à partir de 1825, les *Lois de la procédure civile* de Carré⁶³³ et écrit un *Code pénal progressif* en 1832, se définissant alors comme un « véritable universitaire »⁶³⁴.

Finalement, c'est à partir de 1837 que les deux amis font paraître leur *Théorie*. La première édition comptera huit volumes, publiés jusqu'en 1842 et réédités pendant 71 ans ! L'œuvre séduit en effet très rapidement, tant en France qu'à l'étranger. En France, cela se traduit par de nombreuses recensions voire même par la publication d'extraits du traité, à l'instar de la *Revue Fœlix* à laquelle Chauveau et Hélie communiquent, dès 1837, une dissertation sur la tentative, tirée de leur ouvrage. « Nous ne doutons pas, écrivent alors les rédacteurs du périodique juridique, que les lecteurs de la *Revue* n'accueillent, avec beaucoup d'intérêt, cet extrait d'un ouvrage dont le premier volume a déjà assuré à ses auteurs une des places parmi les criminalistes les plus distingués »⁶³⁵. A l'étranger, l'on a déjà signalé les comptes-rendus élogieux de Mittermaier, lesquels se poursuivront au demeurant des années durant. En 1845, Victor-Marie Chauffour (1819-1889) traduit par exemple « la première partie d'un travail de

⁶³⁰ Ont été consultés, sur Faustin Hélie : O. MOTTE, *Lettres inédites de juristes français du XIX^e siècle...*, op. cit., t. I, 1989, p. 844-846 et R. MARTINAGE, V^o « Hélie », *Dictionnaire historique des juristes français...*, op. cit., 1^{ère} éd., 2007, p. 400-402.

⁶³¹ Sur cet auteur, cf. *supra.*, p. 92 et s.

⁶³² A ce titre, les deux auteurs auraient effectivement pu figurer parmi les comparatistes-fondateurs de revues juridiques (cf. *infra.*, p. 187 et s.). Simplement, le *Journal du droit criminel* n'a pas été retenu comme objet d'étude en raison des critères préétablis (cf. *supra.*, p. 13 et s.).

⁶³³ Sur cet auteur, cf. *supra.*, p. 74 et s.

⁶³⁴ Pour davantage d'éléments biographiques sur Chauveau, consulter notamment : M. TOUZEIL-DIVINA, *La doctrine publiciste 1800-1880*, op. cit., p. 258-259 et J.-L. HALPERIN, V^o « Chauveau », *Dictionnaire historique des juristes français...*, op. cit., 1^{ère} éd., 2007, p. 185-186.

⁶³⁵ A. CHAUVEAU et F. HELIE, « De la tentative », *Revue étrangère et française de législation et d'économie politique*, t. III, 1837, p. 130.

M. Mittermaier sur l'état de la littérature juridique en France » vis-à-vis de laquelle le jugement de l'illustre auteur allemand est « très-favorable » : « La législation et la jurisprudence françaises, écrit-il en effet, ont toujours exercé une si grande influence sur la *littérature* juridique des autres peuples, qu'il est du devoir des jurisconsultes de tous les pays de se tenir au courant de l'état de la science en France »⁶³⁶. Surtout, le professeur d'Heidelberg confirme qu'il s'est opéré, depuis les années 1830, un « changement radical dans la littérature juridique de la France » :

« L'on s'est habitué à reconnaître le mérite divers des différentes nations. L'on s'est convaincu que dans l'empire des esprits, aucune barrière ne sépare les hommes voués à la science, et que les productions scientifiques, fruits des labeurs de tous les peuples, sont le patrimoine commun de l'humanité. L'on a reconnu que la législation comparée élargit le point de vue et l'enrichit de nouvelles découvertes. Ces idées prennent de plus en plus racine en France, et les ouvrages publiés récemment dans ce pays montrent qu'elles y ont produit déjà des fruits remarquables »⁶³⁷.

A ce titre, Mittermaier salue les grands ouvrages de ses contemporains français pour le progrès qu'ils amènent aux différentes matières juridiques. Or, selon lui, « pour le droit criminel, le nouvel esprit qui a pénétré dans la science a provoqué un ouvrage qui surpasse, par son étendue, tout ce que possèdent les autres peuples en cette matière ; je veux parler de la théorie du Code pénal, par MM. Chauveau (Adolphe) et Faustin Hélie »⁶³⁸.

En quoi cette œuvre innove-t-elle ? D'après ses rédacteurs eux-mêmes, « les auteurs qui ont écrit sur les matières criminelles peuvent se diviser en deux classes »⁶³⁹ : les théoriciens et les commentateurs-praticiens. Mais, « entre ces deux routes suivies avec gloire par ces savants écrivains, une voie reste ouverte : [...] éclairer l'application de la loi pénale par sa théorie ». Autrement dit, Chauveau et Hélie se donnent pour but de « faire un ouvrage de pratique » tout en le puisant à cette « source nouvelle et féconde » qu'est la théorie. Seulement, « l'étude de la théorie de la loi » doit, d'après les coauteurs, « [faire] alliance avec les sciences morales : elle s'appuie de l'histoire, de la philosophie, de la morale, des *législations comparées*. [...] Placée à ce point de vue, la science des lois embrasse toutes les études qui s'y rattachent ; elle examine tous les systèmes qu'elle recèle dans son sein ; elle rapproche les législations et les principes, *elle compare*, elle juge »⁶⁴⁰.

Nouvelle en droit pénal, « cette voie [...], précisent cependant les auteurs, a déjà été parcourue en matière civile par un jurisconsulte célèbre, M. Boncenne, dont l'un de nous s'enorgueillit d'avoir été le disciple »⁶⁴¹. Il faut en effet se rappeler que Boncenne fut l'un des premiers membres *libéraux* de la doctrine juridique française à nourrir ses écrits d'exemples

⁶³⁶ M.-V. CHAUFFOUR, « Appréciation de la littérature juridique française en Allemagne », *Revue de législation et de jurisprudence*, t. XXII, 1845, p. 278. Sur Chauffour, consulter par exemple : J.-L. HALPERIN, V° « Chauffour », *Dictionnaire historique des juristes français*..., *op. cit.*, 1^{ère} éd., 2007, p. 184-185.

⁶³⁷ M.-V. CHAUFFOUR, « Appréciation de la littérature juridique française en Allemagne », *art. cit.*, p. 279.

⁶³⁸ *Ibid.*, p. 280.

⁶³⁹ A. CHAUEAU et F. HELIE, *Théorie du code pénal*, *op. cit.*, t. I, 1837, p. vii.

⁶⁴⁰ *Ibid.*, p. x-xi. L'italique est ici de notre fait.

⁶⁴¹ *Ibid.*, p. ix.

de droit comparé dont il réclamait par ailleurs le développement⁶⁴². Aussi Chauveau – « un Poitevin héritier de Boncenne ne s'intéressant qu'à la procédure »⁶⁴³ (il convoitera, en vain, la chaire laissée vacante par son maître) – n'hésite-t-il pas à le dire : « Notre ambition a été de suivre, quoique de loin, cet illustre devancier dans la carrière qu'il a tracée avec tant d'éclat »⁶⁴⁴.

Formellement, les deux auteurs de la *Théorie* ont entendu « traiter les matières du Code pénal dans une suite de chapitres qui puisent dans la diversité même de ces matières une division toute naturelle »⁶⁴⁵, préférant en effet « cette méthode claire et commode, à la forme du commentaire par articles qui conduit à des répétitions inévitables et s'oppose au développement des théories, et à la forme du traité dogmatique qui crée des divisions et des classifications plus propres à fatiguer le lecteur qu'à l'éclairer »⁶⁴⁶. Même s'il existe quelques rares cas pour lesquels Chauveau et Hélie ne suivent pas l'ordre du Code, chaque chapitre renferme malgré tout « un traité complet, non pas seulement de la théorie de la matière qui en fait l'objet, mais de toutes les questions pratiques qu'elle a fait naître, l'interprétation des textes, et l'examen critique soit des arrêts par lesquels la jurisprudence les a expliqués, soit des opinions des auteurs »⁶⁴⁷. En définitive, ce ne sont pas moins de quatre-vingt-quatre chapitres qui sont organisés à travers les huit volumes de la première édition de la *Théorie du Code pénal*.

Prenons le seul exemple du Chapitre IV contenu dans le premier tome et portant sur les peines en général, le système pénal, les peines afflictives et infamantes, et l'emprisonnement. Lorsqu'ils abordent la question des *peines perpétuelles*, les deux auteurs s'y montrent favorables : « Le principe de la perpétuité des peines, écrivent-ils en effet, doit être maintenu, mais en le modifiant toutefois dans son application, de manière à ce qu'il ne détruise pas entièrement l'un des effets les plus tutélaires de la peine, l'amendement du coupable »⁶⁴⁸. Trois arguments sont alors avancés. Premièrement, « la perpétuité des peines est une nécessité »⁶⁴⁹ en raison même de l'atténuation de la peine de mort. En effet, parce que cette dernière tend à l'abolition, il devient dès lors impératif de maintenir cette autre peine puissante, rigoureuse, intimidante qu'est la peine perpétuelle, au risque, sinon, d'être placé « entre deux maux inévitables, celui de ne pas opposer aux crimes un frein assez puissant en leur appliquant des peines inférieures à leurs dangers et à leurs maux, ou celui d'excéder l'intensité dont ils ont besoin, par une application criminelle et plus fréquente de la peine de mort »⁶⁵⁰. Deuxièmement, parce que la perpétuité des peines « saisit fortement

⁶⁴² Cf. *supra.*, p. 92 et s.

⁶⁴³ M. TOUZEIL-DIVINA, *La doctrine publiciste 1800-1880*, op. cit., p. 259.

⁶⁴⁴ A. CHAUXEAU et F. HELIE, *loc. cit.*

⁶⁴⁵ *Ibid.*, p. xii.

⁶⁴⁶ *Ibid.*, p. xiii.

⁶⁴⁷ *Ibid.*, p. xiv.

⁶⁴⁸ *Ibid.*, p. 119.

⁶⁴⁹ *Ibid.*, p. 120.

⁶⁵⁰ *Ibid.*, p. 120.

l'imagination », elle remplit par conséquent le but principal de toute peine qui est de prévenir les crimes⁶⁵¹. Enfin, les deux criminalistes soulèvent un troisième argument en faveur de la perpétuité des peines, tiré cette fois-ci de la législation comparée :

« Nous retrouvons ce principe dans les lois de toutes les nations. Il sert de base aux Codes criminels de l'Autriche et du Brésil, deux Codes qui se distinguent par la douceur de leurs peines et leurs dispositions pleines d'humanité. La législation anglaise ne l'a jamais répudié. [...] M. Livingston lui-même n'hésite pas à le faire entrer dans son Code pénal de la Louisiane »⁶⁵².

Bien évidemment, ce « réflexe comparatif » est maintenu en matière de *peines temporaires* et plus précisément lorsqu'il s'agit d' « examiner, en peu de mots, le but et les espérances [du système pénitentiaire] »⁶⁵³. Le regard alors logiquement tourné vers les Etats-Unis, où « il n'y a [...] que trente ans environ que [les prisons pénitentiaires] ont été créées », Chauveau et Hélie rappellent, avec Beaumont et Tocqueville⁶⁵⁴, l'existence de deux systèmes distincts : celui de la « nouvelle maison d'Auburn », où les détenus, durant le jour, travaillent ensemble – mais dans un « silence rigoureux » – dans des ateliers communs et sont renfermés, pendant la nuit, dans leurs cellules individuelles ; celui de Philadelphie, où chaque prisonnier est renfermé dans une cellule particulière, le jour comme la nuit, accomplissant cependant un travail destiné à les occuper. Si les deux jurisconsultes refusent d'entrer plus loin dans l'analyse du but et des effets présumés du système pénitentiaire, parce qu' « il serait en dehors de [leur] plan d'examiner les divers systèmes proposés pour son exécution par des publicistes célèbres »⁶⁵⁵, ils précisent toutefois que « de récentes expériences tendent à acclimater en France cette grande et bienfaisante pensée, et que quelques succès déjà obtenus permettent d'en espérer de véritables pour l'avenir »⁶⁵⁶.

Enfin, Chauveau et Hélie se proposent de terminer ce chapitre par « un rapprochement des systèmes répressifs qui sont considérés comme les moins défectueux »⁶⁵⁷. En d'autres termes, ils entendent sélectionner les systèmes pénaux les plus efficaces et qui, à ce titre, pourraient possiblement revêtir la qualité de *modèle juridique*. Quels sont-ils ? Quatre législations sont ici retenues. Tout d'abord, le Code pénal d'Autriche qui ne prononce, selon les auteurs, que deux peines : la mort et la détention du coupable dans une prison. Simplement, la peine

⁶⁵¹ D'après Chauveau et Hélie, « il est des crimes qui jettent une telle épouvante dans la société, que la crainte d'un châtiment sans fin peut seule l'en préserver, et cette éternité du châtiment semble seule aussi répondre au besoin d'expiation que ressent la conscience sociale. [...] La perpétuité doit donc être réservée pour les crimes qui arrachent à la société un cri d'effroi, lorsque l'exécution capitale ne leur est pas infligée, et pour les condamnés en récidive, contre lesquels les premières peines sont reconnues impuissantes » (*Ibid.*, p. 121).

⁶⁵² *Ibid.*, p. 121-122.

⁶⁵³ *Ibid.*, p. 137-138.

⁶⁵⁴ Cf. *supra*, p. 126 et s.

⁶⁵⁵ A. CHAUEAU et F. HELIE, *Théorie du code pénal*, *op. cit.*, p. 143. Et les auteurs de citer en note le Chapitre XII de la *Théorie des peines* ainsi que l'article « Panoptique » du *Traité de législation* de Bentham ; le traité de Rossi ; le *Code of reform and prison discipline* de Livingston ; le *Système pénal et du Système pénitentiaire* de Lucas ou encore les « savantes Dissertations » de Mittermaier dans la *Revue étrangère de législation*.

⁶⁵⁶ *Ibid.*, p. 143-144.

⁶⁵⁷ *Ibid.*, p. 149.

d'emprisonnement se divise en trois degrés : la prison est en effet simple, dure et « très-dure », suivant le degré de la culpabilité. En outre, elle peut encore être aggravée par le travail public, par l'exposition au carcan, par des coups de bâton et de verges et par le jeûne. Dans tous les cas, à la peine de prison est jointe l'obligation du travail⁶⁵⁸. Ensuite, le Code du Brésil dont les pénalités sont plus variées que celles du Code autrichien : amende proportionnelle, exil local, déportation, bannissement, prison simple, prison aux travaux, galères et enfin peine de mort⁶⁵⁹. Puis, viennent les peines de la loi anglaise qui se réduisent à un « petit nombre : la peine de mort, la transportation à Botany-Bay, l'emprisonnement avec ou sans travail (with or without hard labour), le pilori, le fouet et les amendes »⁶⁶⁰. Enfin, les juristes français retiennent « le système pénal du code de la Louisiane [qui] se résume dans ces termes : amendes pécuniaires, destitution d'offices, simple emprisonnement, privation temporaire des droits civils, privation permanente des droits civils, emprisonnement aux travaux de force à temps ou à vie, enfin réclusion solitaire durant des périodes fixées par la sentence »⁶⁶¹.

Que retenir, dès lors, d'un tel rapprochement ? « En examinant ces divers systèmes répressifs, concluent Chauveau et Hélie, en suivant leurs applications, il serait facile d'établir que l'échelle pénale de notre code est moins défectueuse encore que celle des autres codes ». Aussi, le Code de 1810 ne mérite-t-il pas, d'après ces auteurs, les critiques sévères formulées à son égard par « quelques publicistes ». Certes, le système pénal du Code français peut être « utilement modifié »⁶⁶², en s'inspirant éventuellement des expériences législatives étrangères, mais, parce qu'« en matière pénale, le législateur ne doit s'avancer qu'avec une sage réserve »⁶⁶³, il n'est pas besoin – pas plus qu'il n'est prudent – de le « bouleverser ».

C'est ainsi qu'à propos de la peine d'emprisonnement correctionnel frappant les coups ou blessures n'ayant pas occasionné une incapacité de travail de plus de vingt jours mais laissant la victime mutilée ou privée d'un de ses membres, les deux pénalistes français reconnaissent que « la loi semble ici se contredire elle-même ; elle s'est trompée »⁶⁶⁴ ; Chauveau et Hélie jugeant en effet la peine « trop faible, lorsque la seule incapacité de travail pendant plus de vingt jours est punie de la réclusion ou des travaux forcés à temps »⁶⁶⁵. A l'appui de leur

⁶⁵⁸ *Ibid.*, p. 149.

⁶⁵⁹ *Ibid.*, p. 149.

⁶⁶⁰ *Ibid.*, p. 149-150.

⁶⁶¹ *Ibid.*, p. 150.

⁶⁶² « En maintenant la peine de mort avec quelques sages restrictions, en maintenant les peines perpétuelles, ces deux premiers degrés de l'échelle, il faudrait détruire la distinction qui sépare les peines afflictives, infamantes et non infamantes, resserrer l'emploi des travaux forcés, confondre la réclusion avec l'emprisonnement laborieux, élargir cette peine pour y comprendre la plupart des crimes contre la propriété, enfin assigner au régime des prisons un but pénitencier. A ces simples termes semblent se réduire les réformes les plus urgentes ; et la société doit les accueillir sans effroi, car elle y trouve de nouvelles garanties pour l'avenir, et elle conserve toutes celles qu'elle possédait déjà » (*Ibid.*, p. 150-151).

⁶⁶³ *Ibid.*, p. 150.

⁶⁶⁴ A. CHAUXEAU et F. HELIE, *Théorie du code pénal*, Paris, E. Legrand, t. V, 1839, p. 378.

⁶⁶⁵ *Ibid.*, p. 378.

observation, les auteurs mobilisent alors la législation brésilienne⁶⁶⁶, la « loi pénale de Naples »⁶⁶⁷, le Code de Prusse⁶⁶⁸ et le « Code de Livingston »⁶⁶⁹, pour finalement réclamer « une saine application de la loi » c'est-à-dire une élévation de la peine⁶⁷⁰.

A vrai dire, cette approche comparative caractérise l'ensemble de la *Théorie du Code pénal*, fruit d'un travail commun entre deux criminalistes passionnés. L'un d'eux, Chauveau, finit néanmoins par obtenir une chaire de droit administratif à la faculté de droit de Toulouse en 1838 (il y est nommé doyen en 1865). En conséquence, Chauveau abandonne sa collaboration en matière pénale. De son côté, Hélie poursuit son œuvre et continue d'appliquer sa méthode liée à la législation comparée. En effet, il commence dès 1845 la publication d'un deuxième ouvrage d'importance : le *Traité de l'instruction criminelle*.

§2. La Théorie du Code d'instruction criminelle

« C'est dans le domaine de la procédure, souligne Renée Martinage, une matière assez souvent délaissée par ses prédécesseurs, que [l']œuvre [d'Hélie] apparaît comme pionnière »⁶⁷¹. Sans doute la méthode qu'il inaugure avec Chauveau en 1837, lors de la publication de leur *Théorie du Code pénal*, et qu'il continue d'appliquer en matière procédurale, y contribue-t-elle. En effet, l'objet du *Traité de l'instruction criminelle* ou

⁶⁶⁶ « La loi brésilienne aggrave la peine portée contre les coups ou blessures, lorsqu'il y aura ou qu'il résultera mutilation d'un membre ou d'un organe, lorsqu'il résultera une difformité de la blessure (art. 203, t. 204) » (*Ibid.*, p. 378).

⁶⁶⁷ « La loi pénale de Naples, copie presque textuelle de notre Code et qui l'a corrigé sur ce point, élève également la peine si la personne lésée est restée estropiée ou mutilée (art. 358 et 360) » (*Ibid.*, p. 378-379).

⁶⁶⁸ « Le Code de Prusse [...] prolonge jusqu'à six années la peine de la reclusion, "si l'offenseur s'est réellement proposé la mutilation ou défiguration qui a été effectuée (art. 799)." » (*Ibid.*, p. 379).

⁶⁶⁹ « Le Code rédigé par M. Livingston considère comme une circonstance aggravante de la blessure le fait que la personne blessée reste *défigurée*, ou qu'il en résulte quelque infirmité permanente (art. 438) » (*Ibid.*, p. 379).

⁶⁷⁰ « N'est-il pas évident que la personne maltraitée éprouve un préjudice plus grave d'une mutilation, ou même d'une blessure qui laisse une trace perpétuelle et qui la défigure, que d'une maladie momentanée ? » (*Ibid.*, p. 378).

⁶⁷¹ R. MARTINAGE, V° « Hélie », *Dictionnaire historique des juristes français...*, op. cit., 1^{ère} éd., 2007, p. 401. Parmi les prédécesseurs en question figure le bonapartiste Béranger, un auteur que nous avons également classé parmi les pionniers de la comparaison juridique française. Né le 31 mai 1785 à Valence, le fils du député aux Etats généraux de 1789, Marcellin-René Béranger (1744-1822), entre dans la magistrature, après des études juridiques. Conseiller-auditeur à la cour d'appel de Grenoble en 1808, avocat général près la même Cour en 1811 et député de l'arrondissement de Valence le 12 mai 1815, il démissionne cependant de ses fonctions après la seconde abdication de Napoléon I^{er}. Béranger renoue toutefois avec sa carrière parlementaire puisqu'il est élu député en 1827 puis réélu de très nombreuses fois par la suite. En parallèle, il devient conseiller à la Cour de cassation avant de finalement obtenir le grade de président de chambre. Son œuvre est presque entièrement consacrée à la législation criminelle et aux sciences pénitentiaires. Dans *La justice criminelle en France* qu'il publie en 1818, il entend seulement « jeter un coup d'œil général sur notre instruction criminelle [...] et en montrer tous les défauts », parce que « nos lois pénales sont à mille siècles de l'époque où nous vivons » ; son but étant effectivement de « fixer l'attention du législateur sur la nécessité d'améliorer nos lois » (A.-M.-M.-T. BERANGER, *De la justice criminelle en France...*, op. cit., p. ii-iii). Sur Béranger et son œuvre : J.-J. CLERE, V° « Béranger », *Dictionnaire historique des juristes français...*, op. cit., 2^e éd., 2015, p. 90-91.

Théorie du Code d'instruction criminelle, publié en neuf volumes de 1845 à 1860⁶⁷², ne diffère pratiquement pas de celui du traité précédent. Parce que la procédure criminelle a justement, « comme toutes les branches du droit », ses lois générales et ses lois écrites, il s'agit alors pour Hélie d'allier à nouveau « l'étude des règles générales de la matière » à « l'étude des textes de la loi » ; en d'autres termes, l'auteur projette de renfermer dans cet autre livre « une théorie de la procédure criminelle » en même temps qu' « un commentaire du Code » dans la mesure où « la théorie et la pratique se fécondent et se vivifient l'une et l'autre : l'une a besoin d'éprouver ses règles par les faits, l'autre d'assouplir les faits sous le despotisme salubre des règles »⁶⁷³. Or, si l'étude de la « théorie du Code pénal » devait notamment s'appuyer, selon Hélie, sur l'histoire ; celle de la « théorie du Code d'instruction criminelle » impose également « une première obligation : c'est de rechercher, dans les institutions judiciaires qui ont précédé les nôtres, les principes et les variations de la procédure criminelle, c'est de constater ensuite l'origine historique de notre législation et d'en découvrir les sources »⁶⁷⁴.

En réalité, cette approche historique ne semble pas étrangère à l'influence que l'Ecole historique allemande a pu exercer sur les juristes français du XIX^e siècle⁶⁷⁵. Sur ce point, l'on peut de nouveau rappeler l'œuvre de Rossi. Durant son séjour genevois (1815-1833), l'auteur du *Traité de droit pénal* de 1829 découvre en effet les juristes allemands et, « profondément impressionné par ce qu'il [lit], début[e] dans la science sous leur emblème »⁶⁷⁶. Fondateur et principal rédacteur des *Annales de législation et de jurisprudence* – le pendant genevois de la *Thémis* de Jourdan – de 1820 à 1823, Rossi se fait alors, le premier dans le monde de culture française, le propagateur des thèses de l'Ecole allemande du droit historique⁶⁷⁷. Plus tard, à Paris, il fera encore figure, à l'Académie des sciences morales qu'il intègre en 1836, de disciple de cette école⁶⁷⁸. En outre, à la correspondance qu'il entretient avec Mittermaier, il faut ajouter les lettres qu'il échange avec Mohl et surtout le fondateur de l'Ecole historique

⁶⁷² La deuxième édition, en huit volumes parus en 1866-1867, a également été consultée. « Elle a été revue avec soin et a été l'objet d'un travail très-long et très-considérable. Elle s'est approprié toutes les améliorations qui pouvaient l'enrichir. Mise au courant de toutes les modifications de la législation, elle a recueilli et commenté les lois nouvelles. Tous les arrêts intervenus depuis la première édition y sont indiqués et examinés. Toutes les questions qui se sont élevées sur des matières si multiples et si diverses y sont discutées. Elle est par conséquent complètement au niveau des besoins de la pratique » (F. HELIE, *Traité de l'instruction criminelle*..., *op. cit.*, 2^e éd., t. I, 1866, p. vii).

⁶⁷³ F. HELIE, *Traité de l'instruction criminelle*..., *op. cit.*, t. I, 1845, p. 11.

⁶⁷⁴ *Ibid.*, p. 11.

⁶⁷⁵ Sur l'importation des idées de l'Ecole historique allemande, cf. *supra.*, p. 97 et s.

⁶⁷⁶ O. MOTTE, *Lettres inédites de juristes français du XIX^e siècle*..., *op. cit.*, t. II, 1990, p. 1541.

⁶⁷⁷ A. DUFOUR, V^o « Rossi », *Dictionnaire historique des juristes français*..., *op. cit.*, 1^{ère} éd., 2007, p. 679. Il y donne notamment un long article programmatique qui le montre disciple attentif de Savigny : P. ROSSI, « De l'étude du droit dans ses rapports avec la civilisation et l'état actuel de la science », *Annales de législation et de jurisprudence*, t. I, 1820, p. 1-69 et 357-428 ; cité par O. MOTTE, *loc. cit.*

⁶⁷⁸ *Ibid.*, p. 1542.

allemande, Savigny, pour qui il avait été, pendant dix ans, « un correspondant assidu, respectueux et désireux de bien faire »⁶⁷⁹.

De même, de nombreux juristes allemands sont-ils mobilisés tout au long du *Traité de l'instruction criminelle* d'Hélie qui paraît, à cet égard encore, le continuateur de Rossi⁶⁸⁰ ; lequel y est au demeurant lui-même cité à plusieurs reprises. A titre d'exemples (mais de façon non-exhaustive), le procéduraliste français renvoie à l'ouvrage de Julius Friedrich Heinrich Abegg (1796-1868), *Ueber die Bestrafung der im Auslande begangenen Verbrechen* ; au *Dissertatio juridica inauguralis de delictis a civibus extra civitatem suam commissis eorumque puniendorum ratione* de Johannes Wibrandus Wilhelmus Wens (dates inconnues) ; à celui d'Arnoldus Carolus Cosman (idem), *Dissertatio juridica inauguralis de delictis extra civitatis fines commissis* ; aux *Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft* de Grolman ; au premier tome du *Handbuch des Criminalrechts und der Criminalpolitik* d'Hermann Wilhelm Eduard Henke (1783-1869) ; au *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts* de Paul Johann Anselm von Feuerbach (1775-1833) ; à Karl August Tittman (1775-1834) et son *Handbuch der Strafrechtswissenschaft und der deutschen Strafgesetzkunde* ; au *Précis du droit des gens moderne de l'Europe* traduit de l'Allemand Martens ; à l'œuvre d'Henricus Provo Kluit (1803-1860), *De deditione profugorum* ; celle de Christoph Carl Stübel (1764-1828), *Über den Thatbestand der Verbrechen* ; d'Adolph Dietrich Weber (1753-1817), *Archiv des Criminalrecht* ou, bien entendu, au *Traité de la preuve en matière criminelle* de Mittermaier.

Comme Rossi, Hélie est en effet en relation épistolaire avec l'incontournable criminaliste heidelbergois ; cette dernière durera alors plus de vingt ans. Or, la première place occupée par le droit pénal, la procédure criminelle et le système pénitentiaire dans ces correspondances s'explique non seulement par la nature politique de ces matières⁶⁸¹ mais également par

« l'intérêt porté outre-Rhin à ces problèmes ; au fait que, comme l'écrivait Emile Garçon titulaire de la chaire de droit pénal comparé de la Faculté de droit de Paris, "Le droit criminel... a été étudié, en Allemagne, pendant tout le XIX^e siècle, avec une ardeur qui ne s'est jamais démentie... nulle part ailleurs... cette science n'a suscité tant d'efforts ni plus de travaux." Enfin, bien entendu, [par] l'exceptionnelle personnalité de Mittermaier, qui, de sa nomination à une chaire à sa mort, ne cessera de diriger de Heidelberg l'ensemble du mouvement européen dans ces domaines »⁶⁸².

Il faut par conséquent insister sur cette entente, particulièrement bonne et durable, entre Hélie et Mittermaier. Des deux côtés du Rhin, chacun donnera par exemple, des écrits de l'autre, des recensions bienveillantes. Ainsi du compte-rendu, livré à la *Revue Fœlix* en

⁶⁷⁹ O. MOTTE, *loc. cit.* C'est surtout dans les années 1815-1830 que le lien entre Rossi et l'Ecole historique allemande fut le plus fort. Par la suite, il ne devait cesser de se relâcher, « si bien que le Rossi de 1840 sera loin de ressembler au jeune professeur de 1820. C'est tout juste si subsistera dans son discours politique un écho tardif et lointain des thèses de l'Ecole sous le patronage desquelles il avait situé ses premiers travaux » (*Ibid.*, p. 1542). Dès 1834, Savigny déplore par exemple auprès des amis qu'il a en commun avec Rossi – tel Victor Cousin (1792-1867) – un éloignement progressif dont cependant il ne lui tient pas rigueur (*Ibid.*, p. 1543).

⁶⁸⁰ Sur cette « relation » qui lie Hélie à Rossi, cf. *supra.*, p. 144 et s.

⁶⁸¹ Cf. *supra.*, p. 144.

⁶⁸² O. MOTTE, *Lettres inédites de juristes français du XIX^e siècle...*, *op. cit.*, t. I, 1989, p. 82 et s.

1838⁶⁸³, de la dissertation de Mittermaier, *De principio imputationis alienationum mentis in jure criminali recte constituendo*, que le pénaliste français qualifie de « nouveau service rendu à la science par le célèbre professeur à qui elle doit déjà tant de progrès », ne doutant dès lors pas que « ce travail sera accueilli avec empressement par tous les criminalistes ». En retour, le *Traité de l'instruction criminelle* qu'Hélie adresse au jurisconsulte allemand de 1845 à 1850 fera l'objet de deux publications au sein de la *Kritische Zeitschrift* : l'une en 1845⁶⁸⁴, l'autre en 1853⁶⁸⁵. Finalement, ces « recensions extrêmement élogieuses [...] traduisent une remarquable convergence de leurs pensées »⁶⁸⁶. Tous deux partagent effectivement le même point de vue relativement au Code d'instruction criminelle de 1808 : véritable *modèle juridique* en la matière, ce dernier n'en est pas moins *perfectible*. C'est en ce sens que Mittermaier publiera en 1851, dans la *Revue Wolowski*, une étude *comparative* sur la *Procédure criminelle française*, traduite par Chauffour. En effet, d'après le juriste allemand, « c'est le Code français que le législateur de tout pays doit prendre comme modèle, sauf à étudier soigneusement les points dans lesquels il peut être amélioré par des emprunts faits au système anglais »⁶⁸⁷. Aussi compare-t-il « les expériences faites dans les deux pays, [qui] mettront, mieux que toute autre chose, en état d'apprécier sainement quelles sont les lois d'instruction les plus propres à donner à la société toute garantie que les coupables seront sûrement découverts, et les innocents sûrement protégés »⁶⁸⁸. Or, ce n'est certainement pas un

⁶⁸³ F. HELIE, « De l'exception de la démente, en matière criminelle », *Revue étrangère et française de législation et d'économie politique*, t. V, 1838, p. 624-627.

⁶⁸⁴ C. J. A. MITTERMAIER, « Ueber die neuesten Leistungen der französischen Schriftsteller, in Bezug auf die Geschichte des römischen Strafprozesses », *Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes*, t. XVII, 1845, p. 448-453.

⁶⁸⁵ C. J. A. MITTERMAIER, « Die neuesten Fortschritte der Strafrechtswissenschaften in Frankreich », *Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes*, t. XXVII, 1853, p. 79-81.

⁶⁸⁶ O. MOTTE, *Lettres inédites de juristes français du XIX^e siècle...*, op. cit., t. I, 1989, p. 846.

⁶⁸⁷ C. J. A. MITTERMAIER, « Procédure criminelle française », *Revue de législation et de jurisprudence*, t. XL, janv.-avr. 1851, p. 339.

⁶⁸⁸ *Ibid.*, p. 336. A cet effet, Mittermaier note, dans un premier temps, les avantages que le système français possède sur le système anglais : « Le premier de tous, c'est qu'il s'adapte à une organisation judiciaire savamment combinée de manière à concilier tous les intérêts qui sont en présence. Ainsi, le juge d'instruction a toute l'indépendance nécessaire pour l'énergique poursuite des criminels ; mais il est placé sous le contrôle de la Chambre du conseil, où le ministère public et l'accusé peuvent attaquer ses décisions, et qui, par ses *ordonnances de non-lieu*, arrête dès leur début bien des procédures mal fondées. Une organisation judiciaire uniforme amène dans tout le pays l'uniformité de la procédure, tandis qu'en Angleterre la procédure préliminaire est très-diverse, plus ou moins vigoureuse selon le caractère du juge de paix, et toujours exclusivement dépendante de la décision d'un juge unique, jugeant sans contrôle » (*Ibid.*, p. 337). « Un second avantage de la procédure criminelle française, c'est le ministère public. Par cette institution, la société est assurée que les crimes seront poursuivis rapidement, utilement, avec des moyens énergiques, et que la poursuite ne dépendra pas, comme en Angleterre, du caprice, de la mollesse, de la peur des citoyens » (*Ibid.*, p. 337). « Un autre avantage de la procédure française se trouve dans le soin avec lequel la loi elle-même règle les détails de la procédure, les droits respectifs de l'accusation et de la défense : par où l'on pare à l'arbitraire du président » (*Ibid.*, p. 337). « Enfin, la bonne organisation de la Cour de cassation prévient ou réprime la violation des lois et assure dans tous les tribunaux l'uniformité de la procédure » (*Ibid.*, p. 337-338). Dans un second temps, le juriste allemand reconnaît plusieurs points sur lesquels le système anglais est, au contraire, supérieur au système français : « Le premier de tous, c'est la publicité, qui commence au début même des poursuites, dès le premier acte de la procédure préparatoire. Cette publicité, en même temps qu'elle est le contrôle le plus efficace du juge, fait souvent découvrir des preuves importantes, prépare les jurés et contribue puissamment à la confiance du peuple anglais dans les décisions judiciaires. Chacun sait, en effet, que depuis le moment de son arrestation le prévenu

hasard si Mittermaier signale dans cet article, comme « un écrivain qui fait honneur à la science du droit criminel »⁶⁸⁹, Hélie et son *Traité de l'instruction criminelle*.

Dès la publication de sa *Théorie du Code pénal*, Hélie avait effectivement insisté sur l'importance de la *législation comparée* en ce qu'elle permet de combler les lacunes de codes parfois mal vieillissants et qui, de ce fait, semblent surtout accuser ce qui apparaît aux yeux de la doctrine juridique française comme un inquiétant *retard* sur les lois étrangères. Sur ce point encore, l'examen des correspondances qu'entretiennent les juristes français au cours de cette période 1815-1869 aide à saisir leur opinion, et autres intuitions, du moment.

« Concrètement, parce que la législation française en la matière semblait très en retard sur l'Angleterre et l'Allemagne, ceci se traduira par la suprématie très marquée de droit pénal dans les correspondances qui, sans absorber tous les efforts dans le champ du droit comparé, loin de là, tendra néanmoins cependant à en venir un domaine privilégié »⁶⁹⁰.

En réalité, « la doctrine criminelle, moins complaisante que les civilistes à l'égard du Code Napoléon, s'exprime assez tôt sur certains défauts des codifications pénales »⁶⁹¹ ; parfois, au moyen de la comparaison juridique. Dans son *Essai sur l'organisation du jury de jugement et sur l'instruction criminelle* de 1819, Oudart compare par exemple le jury anglais avec celui qu'organise le Code d'instruction criminelle de 1808 et rappelle à ce titre que « c'est évidemment sur le modèle des lois anglaises, que notre loi criminelle a été réformée »⁶⁹². Si, d'après cet « ancien conseiller à la Cour de cassation », « cette comparaison met en évidence les défauts de notre organisation », il ne s'ensuit toutefois pas que le jury anglais soit « au-dessus de toute objection ». « J'ai la plus profonde vénération pour la nation anglaise, écrit-il, pour ses fortes institutions, et surtout pour l'esprit public qui les vivifie ; mais, dans un écrit où nous recherchons *de bonne foi* les moyens de fermer l'entrée du temple à tous les

est sous la protection de la publicité et protégé par elle contre tout mauvais traitement, contre l'emploi de toute violence » (*Ibid.*, p. 338). « Il est un autre point où, après quelque séjour en Angleterre, un étranger, arrivé même avec des préjugés invétérés, ne tarde pas à reconnaître la supériorité du système anglais. Je veux parler du droit de libre défense reconnu à l'accusé dès le début de l'instruction. Dès lors il peut s'aider des conseils d'un homme de loi, assister aux dépositions des témoins, leur adresser des questions, et concourir ainsi à la découverte de la vérité. Rien n'est plus propre à inspirer cette confiance dans la justice que tout le monde admire en Angleterre, et c'est aussi l'une des principales causes du nombre considérable de condamnations prononcées par les jurys de jugement » (*Ibid.*, p. 338). « Un autre avantage de la procédure anglaise, c'est la position tout à fait impartiale du président. Il ne procède pas à l'interrogatoire des accusés, ni à l'audition des témoins auxquels il n'adresse qu'exceptionnellement des questions, et par là il acquiert sur le jury une influence qui n'est pas étrangère aux excellents résultats que cette institution produit en Angleterre » (*Ibid.*, p. 338-339). « Enfin, il faut louer la simplicité extrême des matériaux soumis aux jurés, le soin avec lequel on écarte tout débat inutile, les bons rapports entre l'accusation et la défense, l'absence complète de déclamations et la simplicité avec laquelle le jury, à qui nulle question n'est posée, porte son verdict sur ce seul point : l'accusé est-il coupable du crime porté dans l'acte d'accusation ? » (*Ibid.*, p. 339).

⁶⁸⁹ *Ibid.*, p. 339.

⁶⁹⁰ O. MOTTE, *Lettres inédites de juristes français du XIX^e siècle...*, op. cit., t. I, 1989, p. 82 et s.

⁶⁹¹ C. BOUGLE-LEROUX, « Procédure criminelle, France, XIX^e siècle. Code d'instruction criminelle de 1808 », art. cit., p. 607.

⁶⁹² OUDART, *Essai sur l'organisation du jury de jugement et sur l'instruction criminelle*, Paris, Oudart, 1819, p. 175

partis, il est de notre devoir d'exposer les défauts que nous avons remarqués dans le jury que l'on propose ordinairement pour modèle »⁶⁹³.

En 1845, Hélie s'inscrit dans ce courant qui prend conscience de ce retard, tant sur le plan législatif – notamment quant au Code de 1808 – qu'au niveau doctrinal. Le 4 mars, il écrit par exemple à Mittermaier :

« Nous n'avons, nous, à vous offrir que de faibles travaux & d'incomplètes recherches ; vous êtes nos maîtres dans la Science ; nous ne marchons qu'après vous, glanant parmi vos richesses & fouillant dans vos trésors. Voilà pourquoi, Monsieur, c'est pour vous presque un devoir de faire un bon accueil à nos essais & de nous tendre une main bienveillante »⁶⁹⁴.

La même année, Hélie publiait en effet son fameux *Traité de l'instruction criminelle* dans lequel il a voulu prouver que « ce Code, recueillant ainsi et conciliant toutes les règles, restituant à chacune sa puissance et ses limites essentielles, imprimant à toutes une profonde unité, est une œuvre sérieuse qui ne doit être jugée qu'avec réserve, et mérite, dans tous les cas, d'être étudiée avec soin »⁶⁹⁵.

Aussi Hélie consacre-t-il tout au long de son écrit, et de manière régulière, des paragraphes entiers spécialement consacrés aux droits étrangers. Deux exemples seront ici choisis afin de saisir au mieux la méthode comparative ainsi appliquée par le criminaliste français⁶⁹⁶. Le premier est tiré du Chapitre X du Livre II intitulé « De l'action publique et de l'action civile » et porte sur l'exercice de ces deux actions hors du territoire national c'est-à-dire sur « le principe que le Français peut être appelé à répondre devant les tribunaux de son pays des crimes qu'il a commis à l'étranger »⁶⁹⁷. Franchement favorable à ce principe⁶⁹⁸ – alors consacré aux articles 5, 6 et 7 du Code d'instruction criminelle de 1808 – dont il recherche au demeurant, mais sans surprise, l'autorité dans les dispositions des lois romaines et de l'ancien droit, Hélie juge surtout « utile, avant d'aller plus loin, de constater que ce principe est universellement appliqué, et que la plus grande partie des législations modernes de l'Europe n'ont point hésité à le consacrer »⁶⁹⁹. Aussi rapporte-t-il les dispositions de treize législations différentes : les articles 1 et 2 de la loi belge du 30 décembre 1836 ; l'article 9 du Code

⁶⁹³ *Ibid.*, p. 69.

⁶⁹⁴ Cité par O. MOTTE, *Lettres inédites de juristes français du XIX^e siècle...*, op. cit., t. I, 1989, p. 849-850.

⁶⁹⁵ F. HELIE, *Traité de l'instruction criminelle...*, op. cit., 2^e éd., t. I, 1866, p. 454.

⁶⁹⁶ Précisons simplement que les analyses qui vont suivre portent uniquement sur la deuxième édition du *Traité de l'instruction criminelle*.

⁶⁹⁷ F. HELIE, *Traité de l'instruction criminelle...*, op. cit., t. II, 1866, p. 127.

⁶⁹⁸ « Il nous paraît que le principe qui déclare la loi pénale essentiellement territoriale a reçu, en général, une fausse application ; que si cette loi oblige toutes les personnes qui résident sur le territoire, il ne s'ensuit pas qu'elle ne puisse en même temps, même en dehors du territoire, obliger encore les membres de la cité soumise à son empire ; que si la souveraineté dont émane le droit de justice, que si l'autorité de la loi elle-même expirent à la frontière, ce n'est pas une raison pour que la justice et la loi ne saisissent, dans les limites du territoire, un crime qui a été commis sur le territoire étranger ; enfin, que si la loi pénale est territoriale en ce sens qu'elle ne peut être appliquée que sur le territoire, elle peut néanmoins régir, dans une certaine mesure, les actions des citoyens pendant leur séjour momentané à l'étranger, et réprimer à leur retour les infractions qu'ils ont pu commettre. Nous allons développer ces propositions qui s'écartent sous quelque rapport des règles professées par plusieurs criminalistes » (*Ibid.*, p. 121).

⁶⁹⁹ *Ibid.*, p. 127.

d'instruction criminelle des Pays-Bas, rendu exécutoire le 1^{er} octobre 1838 ; l'article 280 du Code pénal russe ; le §97 du Code d'instruction criminelle de Prusse ; l'article 2 du Code pénal de Saxe de 1838 ; l'article 2 du Code pénal de Saxe-Weimar de 1839 ; l'article 3 du Code pénal du royaume de Wurtemberg de 1839 ; l'article 2 du Code pénal du royaume de Hanovre de 1840 ; l'article 1^{er} du Code pénal de Hesse de 1841 ; l'article 30 du Code pénal de Bavière ; l'article 30 du Code pénal autrichien ; les articles 5 et 6 du Code pénal de Sardaigne de 1839 et enfin les articles 6 et 7 des lois de procédure criminelle de Naples de 1819. Clairement, le caractère « universel » que permet de dégager un tel survol comparatif semble dès lors justifier à lui seul, chez Hélié, l'application du principe de la personnalité de la loi pénale en France contenu dans les articles du Code de 1808⁷⁰⁰.

Le second exemple est relatif au droit de récusation, analysé dans le §II du Chapitre VIII, portant sur la « formation du jury de jugement », du Livre VIII ayant pour objet l'« organisation, compétence et procédure des Cours d'assises ». Tout d'abord, Hélié commence par rappeler le caractère essentiel du droit de récusation qui est, selon lui, « le complément de l'institution du jury, son accessoire indispensable, son principe de vie »⁷⁰¹. Selon qu'elles s'exercent avec plus ou moins d'étendue, les récusations font en effet du jury, une institution « forte ou débile, tutélaire ou dangereuse » dans la mesure où « il ne suffit pas que les jurés soient donnés par le sort, il faut qu'ils soient acceptés comme juges par l'accusation et par la défense [...]. Ce n'est que lorsque [le jury] a été librement accepté comme un souverain arbitre que ses sentences peuvent être considérées comme l'expression de la vérité, et que lui-même semble devenir l'organe de la conscience sociale »⁷⁰². Après avoir rappelé l'exercice du droit de récusation dans la jurisprudence romaine – réflexe « historique » quasi systématique chez Hélié –, l'auteur s'intéresse ensuite aux législations contemporaines anglaise et états-unienne avant d'examiner le système français. Deux règles générales contenues dans le Code d'instruction criminelle de 1808 font alors l'objet d'une comparaison avec les lois anglo-saxonnes. En premier lieu, Hélié rappelle que le système du Code français rejette les récusations motivées ; autrement dit, toutes les récusations sont péremptoires⁷⁰³. Au contraire, la législation anglaise compte deux espèces de récusation : la récusation de la liste entière et la récusation individuelle. Or, la récusation individuelle est, dans certains cas seulement (haute trahison, meurtre, félonie...), péremptoire et, dans les

⁷⁰⁰ « Ainsi, c'est donc un principe général, dans toutes les législations pénales du continent, qu'elles suivent leurs nationaux dans les pays étrangers et s'appliquent aux crimes qu'ils y commettent. Elles ne diffèrent qu'en ce qui concerne l'influence qu'elles accordent à la pénalité du lieu du délit ; mais elles sont unanimes pour maintenir la chose jugée en pays étranger. Ces règles n'ont point été appliquées dans la législation anglaise et dans celle des Etats-Unis » (*Ibid.*, p. 129-130).

⁷⁰¹ F. HELIE, *Traité de l'instruction criminelle...*, *op. cit.*, t. VII, 1867, p. 290.

⁷⁰² *Ibid.*, p. 290.

⁷⁰³ « Elles excluent d'une manière absolue tous les jurés qu'elles frappent tant que le nombre légal n'est pas épuisé. Il importe peu qu'elles soient fondées sur l'incapacité des individus, sur leurs infirmités, sur des motifs d'incompatibilité, sur l'intérêt qu'ils ont dans la cause, sur l'affection ou l'inimitié qu'ils ont témoignée aux parties : l'effet de toutes ces causes est le même [...]. Il n'y a lieu ni d'examiner ces causes ni de les discuter. Il suffit que la récusation soit proposée ; elle est admise de plein droit » (*Ibid.*, p. 293).

autres accusations, motivée⁷⁰⁴. Aux Etats-Unis, les récusations motivées peuvent être proposées dans les mêmes cas que dans la jurisprudence anglaise et elles sont examinées et jugées de la même manière⁷⁰⁵. Tout bien considéré, le système du Code de 1808 paraît, aux yeux du comparatiste français, « préférable à tous les autres » dans la mesure où

« il abrège et simplifie les formes préliminaires de la procédure ; il évite des incriminations et des récriminations fâcheuses au moment de la formation du jury ; il atténue autant que possible les blessures que peuvent faire les récusations, et du moins il n'en laisse subsister aucunes traces ; enfin, il permet les récusations sans cause précise, celles auxquelles l'accusé ne pourrait assigner un motif déterminé, qui tiennent à l'aspect du juré, à sa tenue, aux dispositions qu'il semble apporter dans l'accomplissement de ses fonctions, et ces récusations ne sont ni moins légitimes ni moins nécessaires que celles qui reposent sur un fait prévu et défini »⁷⁰⁶.

En second lieu, l'auteur revient sur le nombre de récusations que le Code d'instruction criminelle circonscrit de neuf à douze pour chacune des deux parties, suivant la composition de la liste de la session, laquelle doit contenir trente noms au moins et trente-six au plus. « Il y a loin assurément, reconnaît dans un premier temps Hélie, de ce terrain un peu étroit au champ vaste et presque illimité que la législation anglaise et la législation américaine assurent au droit des accusés »⁷⁰⁷. En effet, ces dernières permettent la récusation de la liste entière des jurés, notamment lorsque l'autorité qui l'a composée est suspecte de partialité. Quant aux récusations individuelles motivées, proposées par l'accusé, celles-ci sont, tant en droit anglais que dans la législation états-unienne, illimitées. « Néanmoins, poursuit Hélie, on ne doit pas aisément critiquer sous ce rapport un mode qui n'est que le corollaire du système général de notre législation et qui n'a pas révélé de très-graves inconvénients »⁷⁰⁸. Effectivement, pour lui,

« lorsque la liste des jurés est dressée avec impartialité, il doit suffire à la défense de pouvoir en exclure le tiers. Ce ne serait pas assez sans doute si la liste entière était frappée de suspicion, si la manière dont elle a été rédigée témoignait d'une partialité préméditée ; il faudrait alors, comme dans les législations que nous avons citées, donner à l'accusé la faculté d'écarter le *panel*, c'est-à-dire la liste tout entière. Mais notre Code n'a pas prévu ce péril, parce qu'il n'a pas paru qu'il pût exister ; il n'a prévu que des récusations portant non contre le tableau, mais contre quelques individus de ce tableau ; et à ce point de vue, qui suppose que la liste a été composée avec toutes les garanties que la justice exige, il est certain que neuf récusations péremptoires sur trente jurés, douze sur trente-six, donnent à la défense une protection efficace et sûre »⁷⁰⁹.

⁷⁰⁴ Quatre catégories de récusations motivées existent en droit anglais : « 1° *Propter honoris respectum* ; ce sont les dispenses qui ont pour cause la dignité dont le juré est revêtu ; 2° *propter defectum*, lorsque le juré est frappé d'incapacité, si, par exemple, il est étranger, s'il n'a pas l'âge requis, s'il ne possède aucune propriété ; ou lorsqu'il est atteint par quelque cause d'incompatibilité, si, par exemple, il est parent de l'une des parties, s'il est intéressé ou témoin dans l'affaire, s'il a émis une opinion ; 3° *propter affectum*, lorsque le juré peut être soupçonné de partialité, soit à raison de ses relations avec les parties, soit à raison des motifs de haine ou de faveur qu'il peut avoir à leur égard ; 4° *propter delictum*, lorsque le juré s'est rendu indigne de cette fonction par quelque délit ou quelque infraction aux lois » (*Ibid.*, p. 291).

⁷⁰⁵ *Ibid.*, p. 291.

⁷⁰⁶ *Ibid.*, p. 293-294.

⁷⁰⁷ *Ibid.*, p. 294.

⁷⁰⁸ *Ibid.*, p. 294.

⁷⁰⁹ *Ibid.*, p. 294.

Que faut-il retenir, dès lors, de l'œuvre d'Hélie, considérée du seul point de vue de la comparaison juridique ? Tout d'abord, un *objectif* : celui de réformer le droit pénal français, substantiel et processuel. Plus exactement, Hélie vise à l'*amélioration* du droit national, avec cette idée – semble-t-il – de maintenir les codes français au rang de *modèle*. En effet, la conscience d'un retard législatif en matière pénale et de procédure criminelle, vis-à-vis des lois étrangères, ne doit pas emporter avec elle une critique sévère et systématique des Codes de 1808 et 1810. Lucide face aux lacunes que ces derniers contiennent et absolument favorable à leurs améliorations qu'il s'agirait alors d'emprunter aux législations étrangères, Hélie ne leur retire nullement pour autant leur valeur de modèle juridique. S'il est vrai que la législation comparée fait bien souvent apparaître les imperfections de la loi française – mais « quel est le droit, écrira-t-il, quelque sacré qu'il soit, dont l'exercice ne puisse révéler quelque inconvénient ? »⁷¹⁰ –, elle rassure aussi – surtout ? – le comparatiste qui s'aperçoit en effet que le droit national qu'il compare, si perfectible soit-il, demeure « une œuvre sérieuse qui ne doit être jugée qu'avec réserve ». De ce point de vue, l'œuvre d'Hélie consiste davantage en une *défense* du modèle juridique français, plutôt qu'en une attaque.

Passionné par le droit pénal – comme la plupart des jeunes juristes de son époque d'ailleurs (Hélie n'a pas quarante ans lorsqu'il publie, en 1837, sa *Théorie du Code pénal*) – parce que ce droit porte sur des questions politiques ; son cercle de pensée le conduit à s'ouvrir aux doctrines ainsi qu'aux lois étrangères, et donc à aborder le droit pénal et l'instruction criminelle sous un angle comparatif. Quelle est alors sa *méthode* ? Concilier, à l'instar de Boncenne, la théorie et la pratique mais également, pour ce qui nous intéresse plus particulièrement, allier l'étude de la théorie de la loi et les sciences morales, dont la législation comparée.

Finalement, qu'il s'agisse de Tocqueville, en droit pénitentiaire, constitutionnel voire « administratif », ou bien d'Hélie, dans les domaines pénal et de procédure criminelle, tous deux ont débuté leur œuvre par une collaboration. Il en sera de même, à vrai dire, d'Anthoine de Saint-Joseph qui apparaît quant à lui comme un pionnier de la comparaison juridique française en matière civile et commerciale.

⁷¹⁰ *Ibid.*, p. 295-296.

Section 4 – Les *Concordances* d’Anthoine de Saint-Joseph

En 1833, Foucher fait paraître le premier volume de sa *Collection des lois civiles et criminelles des Etats modernes*⁷¹¹. En cela, il ne fait que confirmer une observation : l’étude des législations comparées commence timidement à se développer dans les années 1830-1840. D’ailleurs, Foucher semble avoir trouvé, relativement à sa démarche comparative, quelques continuateurs, tant en matière criminelle – avec les *Théories* de 1837 et 1845 d’Hélie⁷¹² – qu’en matière civile et commerciale, avec la publication en 1840 de la *Concordance entre les Codes civils étrangers et le Code Napoléon* (§1), de la *Concordance entre les Codes de commerce étrangers et le Code de commerce français* en 1844 (§2) et, enfin, de la *Concordance entre les lois hypothécaires étrangères et françaises* en 1847 (§3) par un autre pionnier de la comparaison juridique : Anthoine de Saint-Joseph.

§1. La *Concordance entre les Codes civils étrangers et le Code Napoléon*⁷¹³

Né le 14 août 1794 à Lambesc, dans les Bouches-du-Rhône, Fortuné Anthoine de Saint-Joseph, fils d’Antoine Ignace Anthoine⁷¹⁴ et de Marie Anne Rose Clary⁷¹⁵, est le quatrième d’une fratrie de cinq enfants⁷¹⁶. Il épouse en 1829 Ernestine Remondat (1807-1876) avec qui il a la même année un fils, Arthur Anthoine de Saint-Joseph (1829-1911), lequel

⁷¹¹ Cf. *supra.*, p. 117 et s.

⁷¹² Sur Hélie et son approche comparative, cf. *supra.*, p. 141 et s.

⁷¹³ Les développements qui vont suivre, relativement à cette œuvre et son auteur, sont en très grande partie tirés de l’article d’Anthony Mergey : 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 XIX^e siècle...*, *op. cit.*, p. 187-221.

⁷¹⁴ Né en 1749, le père de Fortuné est « issu d’une famille de magistrats très influente du Dauphiné [et] contribua grandement à développer les liens commerciaux entre la France, la Russie et la Pologne. Tout en parvenant à s’attirer les grâces des grands d’Europe, dont la redoutable Catherine II, il travailla en relation étroite avec Versailles afin de représenter au mieux les intérêts du royaume. Installé à Marseille en 1783 comme négociant où il fit fortune, ses nombreuses actions pour renforcer les échanges commerciaux entre la France et la mer Noire lui valurent son anoblissement par Louis XVI en 1786, sous le nom de baron d’Anthoine. Indéfectible soutien de Napoléon, il fut nommé maire de Marseille en 1805 et le restera jusqu’en 1813, année où il se retira pour des raisons de santé. Entre-temps, en 1808, il se vit attribuer le titre de baron de Saint-Joseph et de l’Empire ainsi qu’un majorat » (*Ibid.*, p. 188). Il meurt en 1826.

⁷¹⁵ Issue d’une importante famille de négociants de Marseille, riche et respectée, Marie Anne Rose Clary est née en 1764. Elle décède en 1835. Ses deux sœurs furent des reines : « Julie Clary (1771-1845) fut l’épouse du frère aîné de Napoléon, Joseph Bonaparte, qui deviendra roi de Naples (1806-1808), puis roi d’Espagne (1808-1813), tandis que Désirée Clary (1777-1860) fut celle du général d’Empire Jean-Baptiste Bernadotte, qui sera élu roi de Suède et de Norvège sous le titre de Charles XIV Jean en 1818. Fortuné Anthoine de Saint-Joseph était donc le neveu de deux reines ! » (*Ibid.*, p. 188).

⁷¹⁶ Il a en effet deux frères, l’aîné François Auguste et Auguste Antoine, et deux sœurs, Rosine et Honorine. Il est également le beau-frère du maréchal Louis-Gabriel Suchet (1770-1826) et de l’amiral Denis Decrès (1761-1820).

devient le troisième baron de Saint-Joseph au décès de son oncle (François Auguste) en 1866. Après avoir fait des études à Marseille, Fortuné Anthoine de Saint-Joseph entre dans la magistrature le 23 avril 1817 comme substitut du procureur à Louviers puis à Rambouillet (3 février 1819), Mantes-sur-Seine (5 mai 1819) et Chartres (22 septembre 1819). Nommé le 18 juin 1823 procureur du roi à Mantes-sur-Seine, il est appelé dès le 8 juin 1825 comme substitut du procureur au tribunal de première instance de la Seine où il est ensuite promu aux fonctions de juge le 4 avril 1834 (sa demande de devenir conseiller à la Cour n'ayant pas abouti – ses supérieurs estimant sa capacité trop médiocre – il le reste jusqu'à sa mort le 9 décembre 1853). « Nommé chevalier de l'ordre royal de l'Etoile polaire de Suède en 1841 et élevé au rang de chevalier de l'ordre royal de la Légion d'honneur en 1843, Fortuné Anthoine de Saint-Joseph est décrit en 1849 par les directeurs de la *Revue de droit français et étranger* comme un "magistrat honorablement connu pour ses travaux sur les codes comparés" »⁷¹⁷.

En effet, alors qu'il est juge au tribunal civil de la Seine, Anthoine de Saint-Joseph fait paraître en 1840, sous la forme d'un important volume de plus de 450 pages, sa première *Concordance*. Seize ans plus tard, une seconde édition voit le jour, « entièrement refondue et augmentée de la concordance de la législation civile de plus de quarante pays » c'est-à-dire enrichie de trois volumes supplémentaires formant finalement un ouvrage de plus de 2000 pages, « terminé et publié par M. A. de Saint-Joseph son fils ». « En mettant à la disposition [d'un] "public studieux" la législation civile des Etats étrangers, l'objectif est quadruple : donner une idée générale et complète de l'état du droit civil appliqué à différents endroits du globe ; faciliter son étude et sa compréhension ; offrir les moyens d'améliorer et de perfectionner son propre droit national ; populariser la science du droit comparé »⁷¹⁸. Revenons sur ces quatre points.

Donner une idée générale et complète de l'état du droit civil appliqué à différents endroits du globe. Même si Anthoine de Saint-Joseph est « loin de prétendre exposer complètement [...] tous les rapports et toutes les dissemblances qui peuvent exister entre les législations civiles »⁷¹⁹ et qualifie, pour cette raison, son étude de « travail très-sommaire »⁷²⁰, il reste que « le projet est audacieux »⁷²¹. En effet, concernant la première édition, pas moins de quinze législations, principalement européennes, sont retenues : celles de la France, des Deux-Siciles, de la Louisiane, de la Sardaigne, du canton de Vaud, de la Hollande, de la Bavière, de l'Autriche, de la Prusse, de la Suède, du canton de Berne, du canton de Fribourg, du canton

⁷¹⁷ *Ibid.*, p. 188-189. Ajouter également, pour davantage d'informations biographiques sur cet auteur : O. MOTTE, *Lettres inédites de juristes français du XIX^e siècle...*, op. cit., t. I, 1989, p. 177-179.

⁷¹⁸ 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 », art. cit., p. 191.

⁷¹⁹ F. ANTHOINE DE SAINT-JOSEPH, *Concordance entre les Codes civils étrangers et le Code Napoléon*, op. cit., 2^e éd., t. I, 1856, p. v.

⁷²⁰ *Ibid.*, p. vi.

⁷²¹ A. MERGEY, loc. cit.

d'Argovie, du Grand-Duché de Bade et d'Haïti⁷²². Quant à la seconde édition, elle « n'embrasse plus seulement [...] quinze Codes étrangers, mais la législation codifiée ou non de près de soixante pays »⁷²³. Afin de parvenir à la réalisation de cet ambitieux projet, Anthoine de Saint-Joseph a logiquement recours à des traducteurs. En 1840, il fait appel aux services d'un certain Henschel, savant allemand et auteur des traductions des lois civiles des cantons de Berne et d'Argovie ainsi que d'autres passages de codes rédigés en langue allemande. Mais Anthoine de Saint-Joseph s'appuie également sur le baron Louis Boye, conseiller référendaire de la Haute cour du royaume de Suède à Stockholm, afin de vérifier le texte traduit du Code suédois. En 1856, il obtient l'aide du juriste français d'origine allemande, Jules Bergson (1815-1863), lequel maîtrise notamment le danois, le suédois ou encore l'anglais et s'occupe de réviser entièrement la traduction du Code de la Hollande mais aussi des lois de Brunswick, de Francfort, de Hambourg, du Hanovre, de Prusse, de Saxe-Weimar ou encore du Wurtemberg⁷²⁴. Enfin, cette entreprise de traduction passe aussi par le recours aux ouvrages de doctrine tels que la *Collection des lois civiles et criminelles* de

⁷²² En réalité, Anthoine de Saint-Joseph opère, en 1840, une double sélection. Tout d'abord, il ne présente des lois étrangères « que celles qui sont *codifiées* ; [laissant] de côté, à cause de leur incertitude ou de leur infinie variété, les lois, les précédents ou les usages des nations qui ne jouissent pas, comme nous, du précieux avantage d'une législation uniforme écrite » (F. ANTHOINE DE SAINT-JOSEPH, *Concordance entre les Codes civils étrangers et le Code Napoléon*, op. cit., 1840, p. i). Ensuite, il ne reproduit, parmi les législations codifiées, que celles que nous venons de citer. A ce propos, l'auteur signale simplement que « les Codes Prussien, Autrichien et Bavarois ont été le plus particulièrement l'objet de ce travail, parce que ayant paru ou ayant été préparés avant le Code Napoléon, ils ont une classification différente. Quant aux autres Codes, qui ont pris le nôtre pour modèle, on conçoit que sa disposition ayant été respectée, nous n'avons pas eu besoin de changer ni d'altérer l'ordre qu'ils ont établi. [...] Il existe encore une troisième série de Codes : mais ceux-ci sont calqués sur notre Code (comme les Codes de *Bade*, d'*Haïti*, etc.), ou diffèrent trop du Code Napoléon pour supporter les transpositions que nous avions à leur faire subir sans perdre leur caractère original (tels sont les Codes de *Suède*, de *Berne*, etc.) ; nous avons cru qu'il suffisait alors dans les deux cas de les analyser ou de les reproduire textuellement, sans les soumettre à la rédaction du tableau par concordances. Il est des matières qui ne sont pas traitées dans le Code Napoléon et qui souvent se trouvent longuement exposées dans les Codes étrangers ; pour celles-là, nous nous sommes contenté de les désigner aux études du lecteur. Cependant quand elles nous ont paru de nature à donner une idée des usages particuliers d'une nation, nous en avons fait l'objet d'un titre distinct. C'est ainsi que nous avons consacré un titre spécial au mariage morganatique (*de la main gauche*) en Prusse, aux droits de superficie et d'emphytéose en Hollande, etc. » (*Ibid.*, p. ii-iii).

⁷²³ Le caractère codifié ou non de la législation ne constitue effectivement plus un critère en 1856. Aussi trouve-t-on aux côtés des législations codifiées du duché de Bade, de la Belgique, de la Bolivie, du Danemark, d'Haïti, de la Hollande, des Iles Ioniennes, de la Louisiane, de Malte, des duchés de Parme, Plaisance et Guastalla, et de Modène, de la Norvège, de la Pologne, de la Prusse, de la Russie, de la Serbie, de la Suède, du Wurtemberg, des cantons d'Argovie, de Berne, de Fribourg, de Genève, de Lucerne, de Neuchâtel, de Soleure, du Tessin, du Valais et de Zurich, les législations non codifiées de l'Amérique du Sud, de l'Espagne, du duché de Brunswick, des Etats-Unis, des Etats-Romains, de Francfort, de la Grande-Bretagne, de la Grèce, de Hambourg, de Hanovre, du Portugal, du Brésil, de la Saxe, de la Saxe-Weimar, de la Toscane, de la Turquie, du Venezuela, des cantons d'Appenzell, de Bâle, de Glaris, des Grisons et de Saint-Gall ainsi que le droit commun allemand.

⁷²⁴ Sur Jules Bergson : J.-R. FERRAND-HUS, *La pensée juridique de Jules Bergson. Entre attachement aux fondements historiques du droit et promotion d'un rapprochement des législations nationales*, Mémoire, Droit, Rennes, 2014 ; J.-R. FERRAND-HUS, « Le rôle joué par Jules Bergson au sein de la doctrine française du milieu du XIX^e siècle. Entre comparaison des droits nationaux et diffusion des discours juridiques étrangers », *Les traductions du discours juridique. Perspectives historiques (Colloque international pour jeunes chercheurs tenu le jeudi 12 mars 2015 à la faculté de droit et de science politique de l'Université de Rennes 1)*, sous la dir. d'H. BEUVANT, T. CARVALHO et M. LEMEE, à paraître.

Foucher⁷²⁵, dans laquelle « la *Concordance* n'hésite pas à puiser [...] pour accéder à certaines législations étrangères traduites, comme par exemple le Code russe et le Code sarde »⁷²⁶. De même Anthoine de Saint-Joseph reprend-il les ouvrages d'un avocat à la cour d'appel de Bruxelles, Louis Lübliner, pour la traduction d'articles relatifs à la législation civile de la Pologne⁷²⁷.

Faciliter l'étude du droit civil et sa compréhension. Selon Troplong, cité par Anthoine de Saint-Joseph dès la page de garde de la première édition, « l'étude de la législation comparée est la meilleure manière d'approfondir les grandes questions que présente la science du droit ». C'est bien en ce sens que l'auteur de la *Concordance* reconnaît « les avantages qu'offr[e], sous le double rapport de la législation et de l'histoire, une comparaison raisonnée des lois qui régissent les différents états de l'Europe »⁷²⁸. Bien que « cette collection ne compren[ne] que les matières civiles »⁷²⁹, « sous peine d'étendre, écrit-il en 1856, démesurément un travail qui, embrassant toutes les branches du droit, aurait dépassé nos forces et serait sorti des limites que nous nous sommes tracées »⁷³⁰, Anthoine de Saint-Joseph croit en effet « faire une chose utile en reproduisant dans ce livre les dispositions des lois étrangères d'une manière analytique, la seule [...] qui permette de pénétrer et de comprendre la substance de toute une législation »⁷³¹. Aussi espère-t-il que « ce recueil sera de quelque secours au législateur, au magistrat, au jurisconsulte, et qu'il leur fournira les moyens d'agrandir le cercle de leurs méditations »⁷³², tout en pensant également qu'« il peut être de quelque utilité à l'historien, au littérateur, à l'homme politique, en leur présentant, sous la forme de tableaux comparatifs, les points de rapport et de différence établis entre les peuples par leurs lois, résultat de leurs mœurs et de leur caractère »⁷³³.

Offrir les moyens d'améliorer et de perfectionner son propre droit national. A vrai dire, ce troisième objectif fait suite aux deux précédents : en effet, parce que « le droit comparé est utile pour mieux connaître notre droit national »⁷³⁴, notamment en ce qu'il fait poindre ses défauts tout en soulignant parallèlement les points forts des droits étrangers, il permet de « pressentir ainsi les améliorations qu'on est en droit d'attendre de toutes parts et dans tous les

⁷²⁵ Sur cette œuvre et son auteur, cf. *supra*, p. 117 et s.

⁷²⁶ F. ANTHOINE DE SAINT-JOSEPH, *Concordance entre les Codes civils étrangers et le Code Napoléon*, op. cit., 2^e éd., t. I, 1856, p. 202.

⁷²⁷ Il s'agit de l'*Essai critique sur la nouvelle législation concernant le mariage en Pologne* de 1840 et de la *Concordance entre le Code civil du royaume de Pologne, promulgué en 1825, et le Code civil français, relativement à l'état des personnes* de 1846.

⁷²⁸ F. ANTHOINE DE SAINT-JOSEPH, *Concordance entre les Codes civils étrangers et le Code Napoléon*, op. cit., 1840, p. i.

⁷²⁹ *Ibid.*, p. ii.

⁷³⁰ F. ANTHOINE DE SAINT-JOSEPH, *Concordance entre les Codes civils étrangers et le Code Napoléon*, op. cit., 2^e éd., t. I, 1856, p. ii.

⁷³¹ F. ANTHOINE DE SAINT-JOSEPH, *Concordance entre les Codes civils étrangers et le Code Napoléon*, op. cit., 1840, p. i.

⁷³² *Ibid.*, p. ii.

⁷³³ *Ibid.*, p. ii.

⁷³⁴ R. DAVID et C. JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Paris, Dalloz, 10^e éd., 1992, p. 5.

pays »⁷³⁵. A cet égard, si le fond du droit est bien évidemment concerné au premier chef⁷³⁶, l'amélioration juridique doit viser également, selon Anthoine de Saint-Joseph, son aspect formel. Bien qu'il intègre dans l'édition de 1856, contrairement à celle de 1840, des législations non codifiées, l'auteur n'hésite pas en effet à « déclarer [sa] préférence pour la codification »⁷³⁷. Mieux encore, ce dernier distingue deux systèmes de codification,

« l'un voulant rendre inutile à peu près la science du droit, en multipliant les définitions et en essayant de prévoir les cas particuliers ; l'autre exposant les principes et laissant aux jurisconsultes et aux magistrats le soin d'en faire découler les règles applicables à chaque espèce qui leur serait présentée. Le premier système est celui du Code prussien seul ; nous n'y adjoignons pas les Codes de Bavière et de Louisiane, malgré les longs développements qu'ils contiennent et qui trouveraient mieux place dans des ouvrages de doctrine que dans un Code. Le second système est celui du Code Napoléon, auquel se sont rangés tous les autres pays »⁷³⁸.

Autrement dit, le Code civil de 1804 apparaît chez Anthoine de Saint-Joseph comme « le modèle à suivre, à imiter »⁷³⁹. Ainsi le choix de tableaux synoptiques s'explique-t-il. Suivant l'ordre du Code Napoléon, dont les dispositions sont reproduites dans la première colonne, le jurisconsulte français indique ensuite dans les colonnes suivantes les articles des codes étrangers correspondants c'est-à-dire *concordants*⁷⁴⁰. Dès lors, le Code de 1804 apparaît

⁷³⁵ F. ANTHOINE DE SAINT-JOSEPH, *Concordance entre les Codes civils étrangers et le Code Napoléon*, op. cit., 1840, p. i. En 1856, Anthoine de Saint-Joseph ne dira pas autre chose : « Quant à l'étude comparative et théorique de ces lois [étrangères], elle est indispensable aux jurisconsultes et aux législateurs dont l'horizon est trop peu étendu, s'ils se bornent à étudier les leurs et s'ils ne profitent pas des améliorations qui s'introduisent hors de chez eux » (F. ANTHOINE DE SAINT-JOSEPH, *Concordance entre les Codes civils étrangers et le Code Napoléon*, op. cit., 2^e éd., t. I, 1856, p. i.).

⁷³⁶ 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 », art. cit., p. 205.

⁷³⁷ F. ANTHOINE DE SAINT-JOSEPH, *Concordance entre les Codes civils étrangers et le Code Napoléon*, op. cit., 2^e éd., t. I, 1856, p. xcvi. A propos des législations civiles non codifiées, il écrit : « On n'y trouve aucune unité ; le plus souvent il y a dans chaque localité une coutume différente. Accessibles seulement aux savants et à ceux qui ont intérêt à la *glorieuse incertitude de la loi*, elles sont lettre close pour la grande majorité de ceux à qui on les applique » (*Ibid.*, p. xcvi).

⁷³⁸ *Ibid.*, p. xcvi.

⁷³⁹ 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 », art. cit., p. 207. Nombreux sont en effet les passages de la *Concordance* dans lesquels Anthoine de Saint-Joseph rappelle la qualité de *modèle* juridique – le terme lui-même est employé de manière récurrente – endossée par le Code Napoléon. Afin de se pénétrer du style de l'auteur, nous en reproduisons un extrait : « On n'a pas oublié la grande controverse commencée en 1814, entre Thibaut et Savigny, sur la codification, où le mérite du Code Napoléon fut si vivement attaqué. Nous ne prétendons pas reproduire les arguments donnés de part et d'autre ou en ajouter de nouveaux. Aujourd'hui que les passions politiques soulevées en 1814, sont calmées, nous ferons seulement remarquer que les faits ont donné raison à l'opinion de Thibaut, et que depuis cette époque, plus de vingt-cinq pays se sont donnés des Codes. On peut dire que la codification sera le caractère distinctif des progrès du droit au XIX^e siècle. Elle est devenue un besoin général dans l'univers et semble devoir se continuer et s'étendre à tous les pays : l'Espagne, le Portugal, la Saxe, la Toscane, Venezuela préparent des Codes civils ; quelques-uns de ces pays même ont déjà des Codes de procédure ou de commerce. Ce mouvement est dû en grande partie au Code Napoléon, qui a prouvé qu'une bonne législation codifiée n'était pas une chimère, et même que la codification était nécessaire à une législation bien faite » (F. ANTHOINE DE SAINT-JOSEPH, *Concordance entre les Codes civils étrangers et le Code Napoléon*, op. cit., 2^e éd., t. I, 1856, p. xcvi-xcviii).

⁷⁴⁰ Dans l'édition de 1840, huit législations codifiées figurent, à côté du Code Napoléon, dans les tableaux comparatifs d'Anthoine de Saint-Joseph : le Code bavarois de 1756, le Code prussien de 1794, le Code

comme « l'étalon principal »⁷⁴¹, « le type auquel nous comparons les lois des autres pays »⁷⁴². Indiquant en effet systématiquement les conformités voire les emprunts faits par les législateurs étrangers au Code français, sans cependant mentionner en retour ceux réalisés par ce dernier auprès des lois étrangères, Anthoine de Saint-Joseph semble finalement ne proposer qu'une lecture à sens unique, c'est-à-dire « orientée », au lecteur qui pourrait pourtant voir dans ces tableaux analytiques un gage d'objectivité⁷⁴³.

Populariser la science du droit comparé. Au-delà de son évocation des utilités de la comparaison juridique, dont la principale est de « conduire au perfectionnement progressif des Codes, en faisant profiter tous les peuples du génie et des lumières de chacun d'eux »⁷⁴⁴, Anthoine de Saint-Joseph cherche à « faciliter l'étude et l'intelligence du droit moderne, à populariser cette science, aujourd'hui surtout que tant de citoyens peuvent être appelés à faire des lois, à les modifier ou à les appliquer »⁷⁴⁵. Conscient en effet d'être « à une époque de tentatives, de recherches et d'investigations, honorables pour le siècle, utiles à la jeunesse et favorables aux progrès des connaissances humaines »⁷⁴⁶, il propose alors d'« ouvrir une nouvelle carrière aux études »⁷⁴⁷ et considère son œuvre comme « un pas de plus fait dans une voie de travail comparatif »⁷⁴⁸. En d'autres termes, cette science du droit comparé n'en est, au

autrichien de 1811, les Codes des Deux-Siciles et du canton de Vaud de 1819, le Code de la Louisiane de 1825, le Code sarde de 1837 et le Code de la Hollande de 1838. Dans l'édition de 1856, elles sont au nombre de cinq (Code des Deux-Siciles, Code sarde, Code du canton de Vaud, Code autrichien et Code de Bavière) auxquelles vient s'ajouter le droit commun allemand dont la division a été subordonnée à celle du Code français de 1804, « sans cependant y rien retrancher » (*Ibid.*, p. i).

⁷⁴¹ 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 », art. cit., p. 195.

⁷⁴² F. ANTHOINE DE SAINT-JOSEPH, *Concordance entre les Codes civils étrangers et le Code Napoléon*, op. cit., 2^e éd., t. I, 1856, p. xcvi.

⁷⁴³ L'auteur entend toutefois éliminer toute suspicion de nationalisme juridique : « Le Code Napoléon [...] a été imité depuis dans la plupart des pays qui ont codifié leurs lois. Conservé, sauf quelques modifications, dans la Prusse rhénane, dans le grand duché de Berg, dans le duché de Bade, dans la Bavière rhénane, à Genève, en Belgique et en Pologne, où il avait été mis en vigueur sous l'empire, le Code Napoléon a servi de modèle depuis aux Codes de Sardaigne, des Deux-Siciles, de Parme, de Modène, des Iles Ioniennes, de Bolivie, de Haïti, de Louisiane, et des cantons de Fribourg, de Lucerne, de Neuchâtel, du Tessin, de Vaud et du Valais. C'est cette généralité du Code Napoléon et non pas un choix arbitraire ou une préférence nationale qui nous l'ont fait prendre dans notre Concordance, comme un type auquel nous comparons les lois des autres pays » (*Ibid.*, p. xcvi). Pour plus de détails sur le nationalisme juridique modéré d'Anthoine de Saint-Joseph : 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 », art. cit., p. 208-210.

⁷⁴⁴ F. ANTHOINE DE SAINT-JOSEPH, *Concordance entre les Codes civils étrangers et le Code Napoléon*, op. cit., 1840, p. iii.

⁷⁴⁵ *Ibid.*, p. iii.

⁷⁴⁶ *Ibid.*, p. iii.

⁷⁴⁷ *Ibid.*, p. iii.

⁷⁴⁸ *Ibid.*, p. iii.

moment où écrit Anthoine de Saint-Joseph, qu'à ses balbutiements. Mais enfin elle prend forme et l'auteur de la *Concordance* désire fortement y contribuer⁷⁴⁹.

Pour terminer sur cette première *Concordance*, soulignons l'accueil favorable qui lui est réservé en France ainsi qu'à l'étranger⁷⁵⁰. Les recensions, somme toute assez nombreuses, sont en effet bienveillantes et les contemporains d'Anthoine de Saint-Joseph saluent unanimement dans leurs propres ouvrages cette œuvre incontestablement pionnière. La réception d'une autre *Concordance*, celle de 1844, ne devait pas être différente.

§2. La *Concordance entre les Codes de commerce étrangers et le Code de commerce français*

Dès la *Concordance entre les Codes civils étrangers et le Code Napoléon* de 1840, Anthoine de Saint-Joseph avait envisagé de faire suivre « ce premier essai [...] d'un second, traitant de la concordance des Codes de commerce français et étrangers »⁷⁵¹. Parue une première fois en 1844⁷⁵², cette deuxième *Concordance* est alors jugée par son auteur « d'une utilité encore plus générale que la première »⁷⁵³ en raison de la nature même du droit commercial. Parce qu'il est en effet un droit d'échanges, de « relations entre tous les peuples et sur tous les points de la terre », « la connaissance des lois, qui régissent en chaque pays les transactions commerciales, est devenue indispensable »⁷⁵⁴.

Sur le plan doctrinal, « on rappelle volontiers les publications [...] qui sont nées ou se sont développées dans cette première moitié du XIX^e siècle et dans lesquelles la préoccupation

⁷⁴⁹ En 1856, il écrit encore : « Nous constatons avec plaisir qu'aujourd'hui, dans les commentaires, dans les recueils de jurisprudence et dans les exposés de motifs des lois nouvelles dont plusieurs ont été inspirées par des lois analogues qui réussissaient dans des pays voisins, on cite souvent les législations étrangères et qu'on semble se tourner vers cette étude si essentielle plus que dans aucun autre temps. La meilleure récompense de nos travaux serait d'avoir contribué pour notre part à ce résultat que nous croyons utile » (F. ANTHOINE DE SAINT-JOSEPH, *Concordance entre les Codes civils étrangers et le Code Napoléon*, op. cit., 2^e éd., t. I, 1856, p. v).

⁷⁵⁰ Sur ce point : 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 », art. cit., p. 197-199.

⁷⁵¹ F. ANTHOINE DE SAINT-JOSEPH, *Concordance entre les Codes civils étrangers et le Code Napoléon*, op. cit., 1840, p. iii-iv.

⁷⁵² La *Concordance entre les Codes de commerce étrangers et le Code de commerce français* connaît une seconde édition – « augmentée de la loi générale sur le change, en Allemagne, du 24 novembre 1848, comparée avec le Titre VIII du Livre I^{er} du Code de commerce français » – en 1851.

⁷⁵³ *Ibid.*, p. iv.

⁷⁵⁴ *Ibid.*, p. iv. Anthoine de Saint-Joseph écrit encore en 1844 (puis en 1851) : « A une époque où les relations commerciales embrassent à la fois les plus grands intérêts publics et privés, où les nationalités tendent à se mêler, sinon à se confondre, où le commerce ne se borne plus à quelques échanges limitrophes, mais embrasse le monde, de telle sorte que les commerçants de tous les pays sont aujourd'hui moins étrangers les uns aux autres que ne l'étaient autrefois les sujets du même Empire, ne devenait-il pas nécessaire de mettre les lois en harmonie avec les nouveaux besoins de l'industrie, et la codification ne devait-elle pas suivre cette impulsion, comme étant la forme de législation la plus précise et la plus savante ? » (F. ANTHOINE DE SAINT-JOSEPH, *Concordance entre les Codes de commerce étrangers et le Code de commerce français*, op. cit., 1844, p. xi).

comparatiste était immédiate ou très accusée »⁷⁵⁵. Déjà, en 1827, l'avocat à la Cour royale et inspecteur des études, Poux-Franklin⁷⁵⁶, affirmait dans son discours prononcé à l'Ecole spéciale de commerce et d'industrie, où il y était professeur, qu'il « ne suffisait pas au négociant de connaître les lois de son pays, il devait encore ne pas ignorer celles des peuples avec lesquels son commerce lui ouvrira des relations ; sans cela ses intérêts seraient tous les jours compromis »⁷⁵⁷. Un autre avocat (et ancien agréé au tribunal de commerce de Paris), Horson⁷⁵⁸, portera également son regard au-delà des frontières nationales et s'intéressera notamment, en 1830, à la révision du Code de commerce intervenue dans le royaume des Pays-Bas, qui a eu pour effet de « lever quelques équivoques et d'améliorer la législation commerciale dans quelques parties »⁷⁵⁹ et dans laquelle « il y aurait bien [...] quelque chose d'utile à prendre le jour où l'on comprendrait l'insuffisance et les imperfections de notre Code actuel »⁷⁶⁰. En 1833, c'est Foucher qui lance la publication de sa grande *Collection des lois civiles et criminelles des Etats modernes* dans laquelle seront notamment reproduits le « Code de commerce et loi de procédure sur les affaires et causes de commerce du royaume d'Espagne », le « Code de commerce du royaume de Hollande » ou encore le « Code de commerce allemand et règlement général sur le contrat de change avec les lois spéciales rendues dans chaque Etat pour leur mise à exécution »⁷⁶¹. Cette œuvre sera alors lue, citée et surtout « utilisée » par de nombreux autres juristes français tel Nouguier, avocat à la cour d'appel de Paris, qui, en 1839, exprimera son besoin de « payer un juste tribut de louanges aux services signalés que [rend] à la science du droit [...] la *Collection des lois des états modernes*, due aux savantes recherches de M. Victor Foucher, avocat-général à Rennes »⁷⁶².

⁷⁵⁵ J. HILAIRE, « Le comparatisme en matière commerciale au XIX^e siècle », art. cit., p. 129.

⁷⁵⁶ Nous ne disposons malheureusement pas d'informations supplémentaires à son sujet.

⁷⁵⁷ Cité par Jean Hilaire : *Ibid.*, p. 130.

⁷⁵⁸ Sur lequel nous ne disposons pas non plus d'informations satisfaisantes.

⁷⁵⁹ HORSON, *Questions sur le Code de commerce*, Paris, Béchét aîné, t. I, 1830, p. xxx ; cité par J. HILAIRE, *loc. cit.*

⁷⁶⁰ *Ibid.*, p. xxxi ; également cité par J. HILAIRE, *loc. cit.*

⁷⁶¹ Sur l'œuvre de Foucher, cf. *supra.*, p. 117 et s.

⁷⁶² L. NOUGUIER, *Des lettres de change et des effets de commerce en général*, Paris, Charles Hingray, 1^{ère} éd., t. I, 1839, p. 12. Précisons qu'une deuxième édition – qu'il ne nous appartient pas d'analyser en détails ici – voit le jour en 1851, dans laquelle Nouguier accorde une place encore plus importante au droit comparé. Cette édition est en effet « revue, corrigée et augmentée » notamment d'une introduction significativement intitulée « Du contrat de change suivant les lois française et allemande comparées ». Qualifiant la législation commerciale française « d'exemple et de modèle au législateur étranger » (cf. *supra.*, p. 5) tout en refusant de « céder aux inspirations de l'esprit national poussé à l'extrême » (L. NOUGUIER, *Des lettres de change et des effets de commerce en général*, op. cit., t. I, 1851, p. 6) et ainsi d'être « suspect de partialité » (*Ibid.*, p. 7), Nouguier y rejette le système allemand – cristallisé par la loi du 24 novembre 1848 adoptée par l'Assemblée nationale de Francfort et promulguée dans trente-sept Etats de l'Allemagne – au motif qu'il est « en opposition directe avec les principes les plus essentiels du contrat de change et avec l'opération qu'il a pour but de régulariser : il dénature, sans motifs et sans profits, les bases séculaires sur lesquelles repose ce contrat. Il aurait pour conséquences de troubler le commerce et de nuire à ses intérêts les plus chers. Enfin, il offre des dangers d'autant plus grands, qu'il s'appuie sur des idées séduisantes et qui ne sont fausses que parce qu'elles sont exagérées » (*Ibid.*, p. 12-13). De surcroît, dans le second volume de cette édition, l'auteur entend « [examiner] en détail toutes les lois des divers pays de l'Europe ; [placer] les principes du droit français en regard des principes du droit étranger, et [critiquer], en toute conscience et en toute liberté, ou les uns ou les autres » (*Ibid.*, p. 1) ; empruntant alors les citations des textes des lois étrangères, soit à la première édition de son traité, soit à la

Dans ses *Lettres de change*, Nouguiier insiste en effet lui aussi sur l'étude des lois étrangères qui est pour lui « d'une profonde utilité pour le jurisconsulte, pour le publiciste, pour le législateur » mais devient également « une impérieuse nécessité pour ceux qui se livrent au commerce »⁷⁶³. En faisant paraître sa *Concordance* en 1844, Anthoine de Saint-Joseph apparaît dès lors inévitablement comme l'un des continuateurs de ces auteurs commercialistes qui se sont pleinement inscrits dans cette « époque des pionniers »⁷⁶⁴.

L'objectif reste de ce fait inchangé et il est double :

« Si, d'un côté, [les travaux de comparaison des lois d'un pays avec les lois étrangères] font faire quelques progrès à la science, de l'autre aussi, entrant dans le domaine de la pratique, ils fournissent aux affaires des moyens d'applications quotidiennes, en offrant des solutions immédiates pour les questions litigieuses, qui peuvent s'élever avec des habitants d'un pays, dont on ignore souvent les usages, les mœurs, et surtout les lois, quoique dans une foule de cas on soit soumis à leur empire »⁷⁶⁵.

Aussi la *Concordance* d'Anthoine de Saint-Joseph s'adresse-t-elle non seulement au législateur⁷⁶⁶ mais également – et peut-être même « principalement » – aux commerçants⁷⁶⁷. Toutefois, la question d'un troisième objectif peut légitimement se poser : Anthoine de Saint-Joseph aspire-t-il, au moyen de sa *Concordance*, à une législation européenne uniforme ? A le lire, l'on pourrait effectivement le penser⁷⁶⁸. Déjà, lors de la publication de la *Concordance entre les codes civils étrangers et le Code Napoléon*, le doute était permis.

Concordance entre les Codes de commerce étrangers et le Code de commerce français d'Anthoine de Saint-Joseph.

⁷⁶³ L. NOUGUIER, *Des lettres de change et des effets de commerce en général*, op. cit., t. I, 1839, p. 12. Et l'auteur de poursuivre : « Appelés par la multiplicité de leurs relations, à payer et à recevoir dans des pays éloignés du centre de leurs affaires, les négociants [sic] donnent et acceptent des lettres de change sur les principales places de l'Europe. Comment auraient-ils quelque sécurité s'ils ignoraient l'étendue de leurs engagements, s'ils ne connaissaient pas les dispositions importantes des lois qui dominent leurs contrats hors du territoire de France ? » (*Ibid.*, p. 13).

⁷⁶⁴ J. HILAIRE, « Le comparatisme en matière commerciale au XIX^e siècle », art. cit., p. 129. Jean Hilaire situe en effet cette « époque des pionniers » entre 1819, année de la fondation de la *Thémis*, et 1858 ou 1865 c'est-à-dire à la promulgation de la loi sur les warrants ou de celle sur le chèque, dates à partir desquelles « le législateur se faisait comparatiste et le manifestait ouvertement dans la manière d'exposer les motifs de ces textes » (*Ibid.*, p. 129).

⁷⁶⁵ F. ANTHOINE DE SAINT-JOSEPH, *Concordance entre les Codes de commerce étrangers et le Code de commerce français*, op. cit., 1844, p. vii. Nous soulignons.

⁷⁶⁶ « L'étude comparative et théorique, d'un autre côté, en nous faisant faire de salutaires retours sur nous-mêmes, ne doit-elle pas aussi nous révéler les améliorations dont notre Code est encore susceptible ? » (*Ibid.*, p. viii).

⁷⁶⁷ « J'ai [...] pensé que les commerçants, dont les spéculations s'étendent aujourd'hui sur tous les points du globe, pourraient donner à leurs opérations des bases plus sûres, en ayant à leur disposition un livre qui présentât, sous une forme simple et facile, les lois commerciales de tous les pays » (*Ibid.*, p. vii-viii).

⁷⁶⁸ « Si la fusion des diverses coutumes a été déjà dans l'intérêt de chaque nation un progrès pour parvenir à un droit commun, de même l'étude comparée des différents Codes ne serait-elle pas un moyen d'arriver à des principes universels et à une espèce de droit commun à toutes les nations ? N'est-ce pas, d'ailleurs, en se tenant surtout au courant des améliorations nouvelles, que l'on peut espérer de parvenir à de sages et utiles réformes ? Si ce sont les tendances de notre temps, la science de la législation ne peut rester en-dehors des autres travaux de l'intelligence » (*Ibid.*, p. xvii).

L'analyse d'Anthony Mergey tend néanmoins à le dissiper⁷⁶⁹ : selon ce dernier, si Anthoine de Saint-Joseph est bien conscient de l'existence d'un fonds juridique commun prenant la double forme d'« une histoire qui serait commune aux droits des nations européennes » et d'« une reconnaissance de principes qui seraient communs à différentes nations », la *Concordance* n'est pas pour autant un préalable à la construction d'un Code européen. Ne trouvant en effet, dans la *Concordance* de 1840, « nulle trace explicite d'une promotion de l'uniformisation complète des législations civiles à l'échelle européenne », il ne s'agit en somme que « d'une première étape, d'un simple mais précieux outil permettant de prendre connaissance de façon synthétique, des ressemblances et des différences entre les principaux droits européens ». Assurément, cette observation vaut aussi pour la *Concordance entre les Codes de commerce étrangers et le Code de commerce français*.

Quant à la *méthode* appliquée, elle reste également la même.

« J'ai continué à suivre, explique l'auteur, pour cette collection, le mode de reproduction des textes étrangers que j'ai adopté dans la *Concordance des Codes civils*. En prenant pour base la division du Code de commerce français, titre par titre, en renvoyant à ses dispositions et même à celles des Codes étrangers entre eux, lorsqu'elles étaient identiques ou dérivées l'une de l'autre, et enfin en indiquant leurs ressemblances ou leurs différences, je crois présenter une classification sanctionnée par l'expérience pour la plus grande intelligence des lois et la facilité des recherches »⁷⁷⁰.

Formellement, la *Concordance* de 1844 débute par une introduction longue de trente-six pages dans laquelle l'auteur réitère sa profession de « foi en la codification » et rappelle d'ailleurs à ce titre que le Code de commerce de 1807, bien que perfectible⁷⁷¹, se présente – à l'instar du Code civil de 1804 – comme *le* modèle juridique à imiter, celui qui doit encore « servir de point de départ à toute tentative de codification nouvelle »⁷⁷². Dès lors, il retrace, depuis la chute de Napoléon, le sort du Code de commerce français en Allemagne, où les débats furent nombreux mais les grands projets de codes généraux rejetés ; en Hollande, qui fut « le premier pays où [...] l'on essaya de combler la lacune que faisait naître la disparition du Code Français »⁷⁷³ ; en Espagne et au Portugal, où le Code de 1807 a « servi de base »⁷⁷⁴ à laquelle les législateurs de ces deux pays ont ensuite apporté des améliorations ; en Wurtemberg dans lequel est discuté un projet de Code « sous l'influence du Code français »⁷⁷⁵ ; enfin, en Autriche, en Prusse et en Russie, lesquelles se dirigent toutes en effet

⁷⁶⁹ 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 », art. cit., p. 210 et s. ; d'où les citations qui vont suivre sont tirées.

⁷⁷⁰ F. ANTHOINE DE SAINT-JOSEPH, *Concordance entre les Codes de commerce étrangers et le Code de commerce français*, op. cit., 1844, p. x.

⁷⁷¹ Un exemple, à propos des facteurs et commis : « Il n'existe dans la législation française aucune disposition, précisément formulée, pour régler la position du facteur envers les tiers ou avec le commerçant qui lui a transmis ses pouvoirs. [...] Les lois étrangères, ou du moins la plupart d'entre elles, ont posé des règles fixes qu'il est utile de parcourir, parce qu'elles établissent des innovations dont nous pourrions profiter » (*Ibid.*, p. xxvi-xvii).

⁷⁷² *Ibid.*, p. xiii.

⁷⁷³ *Ibid.*, p. xiii.

⁷⁷⁴ *Ibid.*, p. xiv.

⁷⁷⁵ *Ibid.*, p. xiv.

vers la codification et toujours en prenant pour « base » – pour ne pas dire « modèle » – le Code de commerce français. Et l'auteur de conclure finalement :

« Ne faut-il pas chercher la raison et le point de départ des progrès que nous avons signalés, dans l'empressement à adopter nos lois ? N'est-ce pas implicitement reconnaître à notre Code de commerce, et aux ordonnances qui l'ont précédé, cette suprématie morale, si honorable pour nos législateurs »⁷⁷⁶.

Dans la seconde édition de la *Concordance entre les Codes de commerce étrangers et le Code de commerce français*, une « Concordance entre la loi générale sur le change, en Allemagne, du 24 novembre 1848, et le Titre VIII, Livre Premier du Code de commerce français » fait suite à l'introduction. Dans cette partie, Anthoine de Saint-Joseph relève les différences entre ces deux législations, souligne leurs rapprochements et indique ce que le législateur français pourrait emprunter à son homologue allemand⁷⁷⁷. Puis, il donne la traduction même de la loi allemande en indiquant, à la fin de chaque article, les dispositions du Code français avec lesquelles celles de la loi de 1848 concordent.

L'œuvre se poursuit ensuite avec la « Concordance entre le Code de commerce français et les Codes de commerce étrangers » elle-même. Pour celle-ci, Anthoine de Saint-Joseph fait à nouveau usage de tableaux synoptiques permettant d'indiquer non seulement les concordances entre les codes étrangers et le Code français – ce dernier demeurant « l'étalon principal » – mais également celles entre les codes étrangers eux-mêmes. Finalement, neuf législations commerciales étrangères intègrent les tableaux d'Anthoine de Saint-Joseph : les codes espagnol, hollandais, portugais, wurtembergeois, hongrois, prussien, russe, l'ordonnance de Bilbao et la loi mexicaine sur l'organisation des tribunaux de commerce du 18 novembre 1841.

Enfin, la dernière partie de l'ouvrage est consacrée aux « Codes de commerce étrangers et lois commerciales étrangères non compris dans la *Concordance* ». Bien que ces législations – trente-cinq au total⁷⁷⁸, classées par ordre alphabétique – ne figurent pas sous la forme de tableaux analytiques, l'objet reste le même : résumer la situation législative de l'Etat en

⁷⁷⁶ *Ibid.*, p. xvii.

⁷⁷⁷ Un exemple : « Suivant l'art. 45, le porteur doit avertir, par écrit, l'endosseur du défaut de paiement, dans les deux jours du protêt. Cette disposition, qui est une innovation sage, dont notre législation pourrait s'enrichir, n'existe pas en France, où l'endosseur n'est prévenu que par la notification du protêt dans la quinzaine du jour de sa date ; ce qui l'expose, par la nécessité à laquelle il est réduit, à payer incontinent et sans avoir le temps de s'y préparer : cet avertissement a d'ailleurs l'avantage de contribuer à éviter des frais » (F. ANTHOINE DE SAINT-JOSEPH, *Concordance entre les Codes de commerce étrangers et le Code de commerce français*, op. cit., 1851, Concordance entre la loi générale sur le change, en Allemagne, du 24 novembre 1848, et le Titre VIII, Livre Premier du Code de commerce français. Introduction, p. iii).

⁷⁷⁸ Il s'agit, d'après la page de garde, des législations de l'Amérique du Sud, de l'Anhalt, de l'Autriche, de Bade, de Bavière, de Brême, du Brunswick, du Danemark, des Deux-Siciles, des Etats de l'Eglise, des Etats-Unis, de Francfort, de Grande-Bretagne, de Grèce, d'Haïti, d'Hambourg, du Hanovre, de la Hesse-Electorale, des Iles Ioniennes, de la Lombardie, de Lubeck, de Malte, de Mecklembourg, de Nassau, de Norvège, de Parme, de Sardaigne, de Saxe, de Saxe-Weimar, de Suède, de Suisse, de Toscane, de Tunis, de Turquie et de la Valachie.

question – non sans quelques rappels historiques – et distinguer surtout les lois proches du Code de 1807⁷⁷⁹ de celles qui, au contraire, s'en éloignent⁷⁸⁰.

En toute logique, la troisième *Concordance* d'Anthoine de Saint-Joseph – celle publiée en 1847 en matière hypothécaire – ne devait pas s'écarter de cette manière si singulière de comparer.

§3. La *Concordance entre les lois hypothécaires étrangères et françaises*

Sept ans après sa première *Concordance*, Anthoine de Saint-Joseph en fait paraître une troisième, cette fois-ci dans le domaine spécifique du droit hypothécaire. Déjà, en 1840, l'auteur formulait le vœu de voir la France « dotée, comme les pays voisins, d'une loi qui donnera à la propriété les moyens d'ajouter à la prospérité dont elle jouit, les ressources qu'offrent la garantie et la sécurité territoriale »⁷⁸¹. Si la méthode paraît identique, l'objectif diverge cependant. En effet, alors que le Code civil et le Code de commerce ressortent grandis

⁷⁷⁹ Tel est le cas de l'Empire du Brésil, dont « les tribunaux de commerce décident la plus grande partie des contestations qui leur sont soumises *ex aequo et bono* [...] en se référant surtout aux dispositions du Code de commerce français » (*Ibid.*, p. 171) ; du Code de commerce pour le royaume des Deux-Siciles, promulgué le 26 mars 1819, qui contient « à peu près les mêmes dispositions que celles du Code français, qui a évidemment servi de base à sa rédaction, et dont un long usage consacrait d'ailleurs déjà l'application » (*Ibid.*, p. 189) ; de l'édit du pape Pie VII rétablissant, « avec quelques modifications peu importantes » (*Ibid.*, p. 196), dans toute l'étendue des Etats de l'Eglise, le Code de commerce français, supprimé en 1814 au moment de la cessation de l'occupation française ; du Code de commerce du royaume de Grèce, entré en vigueur le 1^{er} mai 1835, « qui n'est que la reproduction textuelle du Code français, à part quelques changements très peu importants » (*Ibid.*, p. 255) ; du Code de commerce de la République d'Haïti, publié le 28 mars 1826 et rendu exécutoire le 1^{er} juillet 1827, « entièrement semblable au Code français » (*Ibid.*, p. 257) ; des provinces rhénanes, dans lesquelles « le Code français a été conservé » (*Ibid.*, p. 283), « à l'égard des autres provinces, telles que celles de *Starkenbourg* et de la *Hesse-Supérieure*, la législation commerciale est réglée, autant que possible, d'après les principes du droit français » (*Ibid.*, p. 283) ; des Iles ioniennes au sein desquelles « le Code de commerce français, sauf un très-petit nombre de modifications, [...] vient d'être récemment introduit » (*Ibid.*, p. 282) et est entré en vigueur le 1^{er} mai 1841 ; du royaume Lombardo-Vénitien, où « le Code de commerce français a été conservé presque intégralement » (*Ibid.*, p. 289) ; de l'ordonnance du 6 mai 1840 qui déclare que « le Code de commerce français doit continuer à recevoir son exécution dans le duché de Lucques » (*Ibid.*, p. 299) ; du grand-duché de Luxembourg, dans lequel « le Code de commerce français n'a pas cessé d'être en vigueur » (*Ibid.*, p. 299) ; des duchés de Parme, Plaisance et Guastalla, où « le Code de commerce français [...] y a été maintenu jusqu'à ce jour » (*Ibid.*, p. 324) ; de la ville libre de Cracovie et du grand-duché de Varsovie qui ont conservé le Code de 1807 ; du grand-duché de Toscane, où « le Code de commerce français [...] est toujours demeuré en vigueur [et] n'a point subi de modifications bien importantes » (*Ibid.*, p. 398) et, enfin, de la principauté de Valachie qui se dota, en 1840, d'un Code de commerce, déclaré exécutoire à partir du 1^{er} janvier 1841 et contenant « les mêmes dispositions que celles du Code français, à l'exception de quelques modifications » (*Ibid.*, p. 403).

⁷⁸⁰ La ville d'*Offenbach* est par exemple régie par « une ordonnance spéciale sur le change, du 4 mars 1829, qui n'est autre que l'ordonnance de la ville de Francfort » (*Ibid.*, p. 283). Dans le royaume Lombardo-Vénitien, « à l'égard des faillites, on s'en réfère encore à la législation autrichienne, c'est-à-dire à l'ancienne ordonnance du 1^{er} janvier 1782 et aux ordonnances postérieures insérées en grande partie dans l'ordonnance pour la Gallicie occidentale, et plus tard dans l'ordonnance judiciaire pour les Etats italiens de la monarchie autrichienne » (*Ibid.*, p. 289).

⁷⁸¹ F. ANTHOINE DE SAINT-JOSEPH, *Concordance entre les Codes civils étrangers et le Code Napoléon*, op. cit., 1840, p. xxix.

de la comparaison, le système hypothécaire français, lui, en souffre : Anthoine de Saint-Joseph vise autrement dit la réforme du système français.

« Après toutes les critiques dont notre système hypothécaire a été l'objet, écrit-il en sens, et au moment où une savante et nombreuse commission se livre à de profondes recherches de réforme, il m'a semblé qu'il serait utile de présenter un travail comparatif des législations de tous les pays sur ce sujet important, travail qui, je l'espère, pourra répondre à une préoccupation générale et servir au perfectionnement progressif des Codes, en faisant profiter tous les peuples du génie et des lumières de chacun d'eux »⁷⁸².

Pour commencer, Anthoine de Saint-Joseph dégage, d'un côté, « deux systèmes hypothécaires bien distincts, qui sont : l'un le système allemand et l'autre le système français »⁷⁸³ ; puis, de l'autre, différents régimes satellites, « sanctionnés par des usages anciens et respectables, ils sont suffisants pour assurer les garanties des droits réels, mais ils n'ont aucun rapport, aucune affinité, aucun point de comparaison entre eux, sauf quelques exceptions, en Suisse, par exemple, dans ses nombreux Cantons »⁷⁸⁴. Il décrit ensuite de façon sommaire, dans un premier temps, en quoi consiste le droit français hypothécaire⁷⁸⁵, avant de dresser la liste des Etats l'ayant adopté⁷⁸⁶ puis modifié⁷⁸⁷. L'esprit synthétique d'Anthoine de Saint-Joseph, raisonnant en outre par symétrie, se met une nouvelle fois à l'œuvre puisque ce dernier présente, dans un second temps, « la loi prussienne qui a eu l'honneur de servir de type aux autres législations hypothécaires formées à son imitation »⁷⁸⁸, lesquelles sont en effet

⁷⁸² F. ANTHOINE DE SAINT-JOSEPH, *Concordance entre les lois hypothécaires étrangères...*, op. cit., p. i.

⁷⁸³ *Ibid.*, p. v.

⁷⁸⁴ *Ibid.*, p. v.

⁷⁸⁵ « Voici les principes généraux [...] : La transcription n'est déclarée nécessaire que pour conserver le privilège du vendeur et comme préliminaire de la purge ; Les privilèges sur les immeubles sont soumis à l'inscription ; Aucun délai n'est fixé au vendeur pour prendre inscription ; Quand elle est prise, elle remonte au jour du contrat, ce qui équivaut à une dispense d'inscription ; Enfin, tant qu'il n'est pas payé, le vendeur conserve une action résolutoire distincte de son privilège et dont l'existence est indépendante de toute publicité ; Les immeubles et les usufruits sont seuls susceptibles d'hypothèques ; Les hypothèques conventionnelles doivent résulter d'un acte authentique et sont spéciales ; En général, la date de l'inscription fixe le rang entre les créanciers ; Mais les hypothèques légales des femmes, qui remontent au jour du contrat de mariage, et celles des mineurs et des interdits, sont dispensées de l'inscription ; elles sont générales, ainsi que les hypothèques judiciaires ; Les biens à venir peuvent être grevés d'hypothèques légales, judiciaires et même conventionnelles, lorsque, pour celles-ci, il est prévu dans le contrat que les biens présents sont insuffisants ; Le renouvellement est prescrit tous les dix ans ; Le tiers détenteur est assimilé à un dépositaire, il doit payer ou délaisser ; il peut purger l'immeuble qu'il a acquis, pour se libérer de son prix et le dégager des hypothèques légales non inscrites dont il est grevé ; Le bénéfice de la surenchère est admis ; Les registres sont publics » (*Ibid.*, p. vii-viii).

⁷⁸⁶ « Bade, code de 1809 ; Bavière-Rhénane, projet de 1834 ; Prusse et Hesse-Rhénane, qui observent littéralement le code français ; Bolivie, code de 1843 ; Deux-Siciles, code de 1824 ; Etats-Romains, loi de 1834 ; Grèce, loi de 1835 ; Haïti, code de 1825 ; Hollande, code de 1838 ; Iles Ioniennes, code de 1841 ; Louisiane, code de 1825 ; Parme, Plaisance et Guastalla, code de 1820 ; Portugal, digeste de 1840 ; Sardaigne, code de 1837 ; canton du Tésin, code de 1837 ; Toscane, loi de 1836 ; canton de Vaud, code de 1821 et lois de 1824 et 1840 ; Brunswick, ordonnance de 1823 » (*Ibid.*, p. viii).

⁷⁸⁷ « Dans les uns, on exigea la transcription de l'acte de vente et du droit de résolution, et l'inscription du privilège du vendeur dans un délai déterminé, on prescrivit aussi l'inscription de toutes les hypothèques légales ; dans les autres, on limita le temps pendant lequel l'hypothèque légale pouvait frapper les biens des tuteurs et des maris après la cessation de la tutelle ou la dissolution du mariage, on dispensa de l'obligation de renouveler les inscriptions et on ne soumit pas les biens à venir aux hypothèques judiciaires » (*Ibid.*, p. ix).

⁷⁸⁸ *Ibid.*, p. ix.

indiquées par l'auteur⁷⁸⁹, avant d'évoquer « certains changements forts importants et dont la Prusse est décidée à profiter à son tour, tant il est vrai que lorsqu'on est sur la voie du bien, on améliore sans cesse dans l'espérance d'approcher de la perfection »⁷⁹⁰.

Cet exposé des deux principaux systèmes hypothécaires en présence permet en réalité à l'auteur de la *Concordance* de les comparer c'est-à-dire de noter non seulement leurs ressemblances⁷⁹¹ mais également de relever leurs différences⁷⁹² qu'Anthoine de Saint-Joseph qualifie du reste de « sensibles ». Or, clairement, cette comparaison tourne à l'avantage du système allemand, lequel devient en cela un véritable *modèle juridique* qui a pour lui, en effet, « une expérience heureuse déjà acquise, car, dans les pays où il est en vigueur, il a contribué à donner de la valeur aux propriétés, il a créé un véritable crédit territorial, fait baisser l'intérêt de l'argent et secondé ainsi le développement de l'industrie et de l'agriculture »⁷⁹³. Surtout, la législation hypothécaire allemande prodigue, d'après l'auteur, deux bienfaits essentiels : la publicité d'une part⁷⁹⁴, la spécialité de l'autre⁷⁹⁵.

Dès lors, il s'agit encore pour Anthoine de Saint-Joseph de « combler les lacunes ou corriger les vices de notre propre législation »⁷⁹⁶ à l'aide de la comparaison juridique. Ainsi réclame-t-il l'adoption de la transcription des hypothèques « à l'allemande » ou plaide-t-il en faveur de l'introduction, en droit français, de l'inscription des hypothèques légales, laquelle est exigée « en Allemagne, [et] dans tous les Etats qui suivent le régime germanique »⁷⁹⁷. De

⁷⁸⁹ « Autriche, code de 1811 ; Bavière, loi de 1822 ; canton de Berne, code de 1831 ; Brême, loi de 1833 ; Fribourg, code de 1834 ; Genève, projet de 1827 ; Hanovre, projet de 1834 ; grand-duché de Hesse, projet de 1832 ; Hongrie, code de 1842 ; Lauenbourg, ordonnance de 1836 ; Mecklenbourg, terres seigneuriales et territoire, lois de 1819 et de 1829 ; Milan, édit de 1826 ; Pologne, lois de 1818 et de 1825 ; Prusse, ordonnance de 1783 et code de 1794 ; Saxe, loi de 1843 ; Saxe-Weimar, loi de 1839 ; canton de Soleure, code de 1845 ; Wismar (capitale du Mecklenbourg), loi de 1838 ; Wurtemberg, loi de 1825 ; Oldenbourg, loi de 1814 » (*Ibid.*, p. xi).

⁷⁹⁰ *Ibid.*, p. ix. Ces changements sont indiqués p. xiii-xvi.

⁷⁹¹ « On trouve, comme semblables au Code français, les dispositions suivantes : L'obligation d'un titre authentique, pour réaliser une inscription hypothécaire sur les registres ; mais à la différence du Code français, qui permet la transcription d'un acte de vente sous signature privée, il faut, dans les pays régis par les lois allemandes, des actes authentiques pour effectuer cette formalité ; La détermination de la créance, la publicité du titre, la vente de l'immeuble s'il est gravement détérioré ; Et l'inscription qui assure les intérêts de deux ans au même rang que le capital » (*Ibid.*, p. xi).

⁷⁹² *Ibid.*, p. xi-xiii.

⁷⁹³ *Ibid.*, p. iv.

⁷⁹⁴ « Toutes les hypothèques quelconques doivent être inscrites, ainsi que les charges et les modifications de la propriété, *ce qui est une garantie immense et une sécurité dont profite la propriété elle-même*. Au moyen de l'examen préalable des titres par les cours et tribunaux, la propriété et le rang hypothécaire sont acquis au titulaire, sans crainte de contestation ni même de prescription. Par l'usage des registres qui présentent le tableau exact et seul officiel de chaque propriété le sort des créanciers et des propriétaires est constant, régulier et à l'abri de toute atteinte » (*Ibid.*, p. xii ; l'italique est ici de notre fait).

⁷⁹⁵ « « Un des autres bienfaits du système allemand est la spécialité. Par ce moyen, chaque immeuble a ses charges particulières, indépendantes, et n'est point exposé à voir les garanties qu'il offre envahies par les créances générales. Les hypothèques judiciaires sont soumises elles-mêmes à l'application de ce principe, car, en règle générale, point d'inscription sans attribution spéciale. En France, les créanciers ne peuvent connaître par l'inspection des registres l'état exact de l'immeuble ; leur sort est compromis sans cesse, et ce n'est guère que la garantie morale et personnelle du propriétaire débiteur que l'on consulte le plus souvent pour consentir un prêt d'argent » (*Ibid.*, p. xiii).

⁷⁹⁶ *Ibid.*, p. xx.

⁷⁹⁷ *Ibid.*, p. xxxii.

même le comparatiste français condamne-t-il l'absence d'obligation d'inscription, en France, en cas de cession ou subrogation de titres hypothécaires alors que « les législations étrangères qui suivent le système allemand, prescrivent toutes l'inscription de la cession comme indispensable pour être valable à l'égard des tiers »⁷⁹⁸. Plus loin, Anthoine de Saint-Joseph s'élève contre « les hypothèques judiciaires du Code français, constitutives de plein droit d'hypothèques générales sur les biens présents et à venir du débiteur »⁷⁹⁹, rappelant alors qu'« en Allemagne où, comme en *Bavière*, en *Prusse*, en *Wurtemberg*, [...] il n'y a pas d'hypothèques judiciaires, ou, pour mieux dire, toutes le sont. [...] Dans les pays soumis au régime de la spécialité, aucun jugement n'entraîne l'hypothèque générale »⁸⁰⁰. Enfin, à propos du sort des hypothèques spéciales, lorsqu'elles sont en concurrence avec les hypothèques générales, ou quand elles sont primées par elles, il trouve curieux de voir que, « dans le *Mecklembourg* [sic] (art. 41) et à *Wismar* (art. 33), il existe une disposition semblable à celle qu'il serait à désirer qu'on pût introduire dans notre Code, à savoir : que quand l'hypothèque générale est payée sur un immeuble au détriment d'une hypothèque spéciale, celle-ci prend sa place sur les autres immeubles affectés à la garantie de la première »⁸⁰¹.

Après cette introduction longue de soixante-huit pages, la *Concordance entre les lois hypothécaires étrangères et françaises* se divise en deux parties. La première comprend les résumés des législations étrangères « auxquelles on pourra recourir comme pièces justificatives et comme sources originales »⁸⁰². Au total, cinquante-deux lois étrangères, classées par ordre alphabétique, sont ainsi abrégées⁸⁰³. Pour chacune d'elles, Anthoine de Saint-Joseph précise à nouveau si la législation en question résulte d'une adoption pleine et entière du système hypothécaire français⁸⁰⁴ ou des principes allemands⁸⁰⁵, si des modifications y ont été apportées⁸⁰⁶ ou sont envisagées⁸⁰⁷, si le législateur est revenu sur son

⁷⁹⁸ *Ibid.*, p. liv.

⁷⁹⁹ *Ibid.*, p. lx.

⁸⁰⁰ *Ibid.*, p. lx.

⁸⁰¹ *Ibid.*, p. lxiii.

⁸⁰² *Ibid.*, p. iii.

⁸⁰³ Il s'agit des lois hypothécaires du canton d'Appenzell, de celui d'Argovie, de l'Autriche, de Bade, du canton de Bâle, de la Bavière-Rhénane, du canton de Berne, de la Bolivie, de Brème, de Brunswick, du Danemark, des Deux-Siciles, des Etats romains, des Etats-Unis, de Francfort, du canton de Fribourg, du canton de Genève, de la Grande-Bretagne, de la Grèce, d'Haïti, d'Hambourg, du Hanovre, du grand-duché de Hesse, de la Hongrie, des Iles Ioniennes, du Luxembourg, de la Louisiane, de Lubeck, du canton de Lucerne, de Mecklembourg, de Milan, de Nassau, de la Norvège, d'Oldenbourg, de Parme, de Pologne, du Portugal, de Prusse, de Russie, de Sardaigne, de Saxe, de Saxe-Weimar, du canton de Soleure, de la Suède, du canton du Tessin, du canton de Thurgovie, de la Toscane, de Turquie, du canton de Vaud, de Wismar et de Wurtemberg.

⁸⁰⁴ Tel, par exemple, le Code civil de 1841 des Iles Ioniennes qui reproduit « toutes les dispositions du Code français, avec fort peu de modifications, et encore les seules que l'on puisse indiquer sont peu importantes » (*Ibid.*, première partie, p. 70).

⁸⁰⁵ C'est le cas de la loi sur les hypothèques de 1843 de la Saxe qui est, selon Anthoine de Saint-Joseph, « la reproduction du système allemand » (*Ibid.*, première partie, p. 115).

⁸⁰⁶ Anthoine de Saint-Joseph donne l'exemple de la Bavière Rhénane, régie par le Code français mais dont le régime hypothécaire tend cependant à s'en écarter parce qu'« [il] avait donné lieu dans ce pays à des plaintes fondées ; le crédit était altéré, les transactions entravées » (*Ibid.*, première partie, p. 14). Bien loin de condamner cette nouvelle orientation législative, qui consiste « dans la nécessité de la transcription de l'acte de vente pour fixer la propriété sur l'acheteur ; dans l'extinction de l'inscription d'office ; dans la limitation à cinq années, sans

premier choix pour finalement se rapprocher du modèle concurrent⁸⁰⁸ ou encore si les réformes de l'Etat étranger ont abouti à un système mixte⁸⁰⁹.

Dans la seconde partie de l'ouvrage sont donnés les textes des lois hypothécaires étrangères. Anthoine de Saint-Joseph n'y apporte donc plus ses observations relativement à la concurrence entre les deux principaux systèmes allemands et français mais il reprend cependant le procédé de sa *Concordance entre les codes civils étrangers et le Code Napoléon* et de sa *Concordance entre les Codes de commerce étrangers et le Code de commerce français* c'est-à-dire qu'il signale, au sein même des textes des cinquante-deux Etats retenus, les dispositions qui concordent avec le Code civil français et celles qui présentent au contraire des différences. En d'autres termes, le Code de 1804 demeure une fois encore – la méthode d'Anthoine de Saint-Joseph restant inchangée – le « Code-référence », « l'étalon principal ».

Lorsque l'on synthétise les travaux et les années d'effort d'Anthoine de Saint-Joseph, trois principaux éléments ressortent. En premier lieu, son *environnement familial*, aussi exceptionnel qu'extraordinaire : un père négociant, installé à Marseille, qui fait fortune grâce à ses nombreux liens commerciaux avec la Russie, la Pologne et la mer Noire ; une tante, reine de Naples puis d'Espagne ; une autre, reine de Suède et de Norvège... Nul doute que cet entourage ait encouragé Fortuné à porter lui aussi un regard au-delà des frontières nationales pour finalement s'intéresser, alors qu'il est magistrat, aux droits étrangers du monde entier.

En deuxième lieu, l'*objectif* poursuivi par Anthoine de Saint-Joseph lorsque ce dernier entreprend de publier ses *Concordances*. Cet objectif est en réalité multiple. De manière générale, il s'agit d'*aider le législateur français* dans son travail de création et d'amélioration de la loi en faisant justement ressortir, au moyen de la comparaison, les lacunes ou les défauts de celle-ci qu'il s'agira alors de combattre. C'est qu'en effet la prospérité d'un pays passe, pour Anthoine de Saint-Joseph, par le perfectionnement continu de sa législation. Mais la

inscription, du droit de résolution de vente ou de réserve de propriété, ou de privilège de vendeur ; dans le maintien de l'hypothèque légale et tacite, seulement en prescrivant un mode de publicité de la part du ministère public à l'égard de l'hypothèque légale des mineurs et interdits ; enfin, dans l'obligation de faire inscrire les radiations d'hypothèques sur le registre des transcriptions » (*Ibid.*, première partie, p. 16), Anthoine de Saint-Joseph l'encourage : « En France, les efforts que l'on tente atteindraient-ils seulement ce résultat, que déjà on aurait amélioré le sort de tous ceux auxquels des droits réels ont été accordés » (*Ibid.*, première partie, p. 15).

⁸⁰⁷ L'auteur évoque par exemple un projet de loi du Hanovre, en cours au moment où il écrit, « qui est en très-grande partie la reproduction des lois germaniques » (*Ibid.*, première partie, p. 57), sauf à considérer la partie relative aux gages mobiliers où « les principes posés sont les mêmes que ceux du Code français » (*Ibid.*, première partie, p. 59).

⁸⁰⁸ C'est par exemple le cas du Code civil des Deux-Siciles de 1824 qui s'est « entièrement conformé aux dispositions du Code français ; il n'y a fait que de très-légers changements » (*Ibid.*, première partie, p. 24) alors qu'Anthoine de Saint-Joseph observe désormais que « le législateur napolitain a une tendance à se rapprocher du système allemand » (*Ibid.*, première partie, p. 25).

⁸⁰⁹ La Hollande est ici concernée puisque, en effet, son Code civil de 1838, « tout en suivant la marche du Code civil français, a abandonné son système [...] pour se rapprocher du système germanique. Cependant le législateur néerlandais a conservé la plus grande partie des dispositions de la loi française comme base de son travail ; il y a seulement introduit des changements importants » (*Ibid.*, première partie, p. 64).

comparaison juridique doit également *aider les étudiants en droit* à pénétrer et à comprendre « la substance de toute une législation » ; en ce sens, elle tend à faciliter « l'étude et l'intelligence du droit moderne » et participe plus généralement au progrès des connaissances humaines. De même, Anthoine de Saint-Joseph adresse-t-il ses *Concordances* aux *jurisconsultes* afin de « populariser » la *science du droit comparé*. Ce qu'il désire effectivement, c'est ouvrir une nouvelle « voie de travail comparatif », une « nouvelle carrière aux études » : celle de la législation comparée. A cet égard, Anthoine de Saint-Joseph fait incontestablement figure de pionnier. Enfin, l'auteur des *Concordances* songe aux *praticiens* et souhaite leur offrir « des solutions immédiates pour les questions litigieuses, qui peuvent s'élever avec des habitants d'un pays [étranger] ». En d'autres termes, Anthoine de Saint-Joseph conçoit ses *Concordances* comme des recueils de lois de « tous les pays » mis à la disposition des praticiens français susceptibles de les appliquer.

En troisième et dernier lieu, il faut relever la *méthode* employée. Celle-ci est tout à fait singulière puisqu'elle consiste en effet à comparer les lois étrangères à la législation française au moyen de tableaux synoptiques. Autrement dit, la méthode de la concordance consiste avant tout à présenter en *modèles* les codes français auxquels les « lois des autres pays » sont ensuite comparées. Un « ordre » – une préférence ? – est ainsi établi entre les différentes législations et une certaine lecture est imposée. Surtout, l'œuvre d'Anthoine de Saint-Joseph impressionne par le nombre de législations embrassées, codifiées ou non : près de soixante en droit civil ; trente-cinq en droit commercial et plus de cinquante en matière hypothécaire.

Section 5 – Batbie et le droit administratif comparé

« Pour composer son *Traité de droit public et administratif*, dont le premier volume [...] a été accueilli avec faveur, il a tourné ses regards vers des sources presque inexplorées, allant étudier, sur les lieux mêmes, l'organisation administrative de plusieurs Etats de l'Europe »⁸¹⁰. Ainsi Valette rend-il compte de l'œuvre pionnière de Batbie. Revenons tout d'abord sur le parcours de ce dernier. Né le 31 août 1828 à Seissan⁸¹¹, dans le Gers, Batbie effectue ses études de droit, jusqu'à la licence, à Auch puis à Toulouse. Le 30 août 1850, il reçoit à Paris le grade de docteur en droit. Il entre alors dans l'Université deux ans plus tard suite à un concours pour une place de suppléant à la Faculté de Dijon avant d'être muté en janvier 1853 à Toulouse, où sa famille réside encore majoritairement, et où il exerce également en qualité de suppléant. En 1857, Batbie intègre la Faculté de droit de Paris ; il occupe alors dans les mêmes qualités de suppléant la première chaire de droit administratif parisienne dont le titulaire est, depuis 1851, Edouard-Auguste Vuatrin (1811-1893). C'est finalement en 1863 que Batbie est nommé professeur titulaire de la seconde chaire parisienne de droit administratif qu'il occupe jusqu'à sa mort, le 12 juin 1887⁸¹². De même occupe-t-il dès 1864 la première – et unique jusqu'en 1877 – chaire d'économie politique en Faculté de droit. C'est à ce dernier titre que l'on peut relever, au demeurant, le côté *libéral* de Batbie. En effet, celui qui peut être tenu pour un précurseur en droit administratif⁸¹³ va également publier de très nombreux ouvrages d'économie politique dans la tradition citoyenne libérale que lui inculqua Firmin Laferrière dont Batbie devient le disciple après quelques années passées à son service notamment en tant que professeur de *droit administratif comparé* de 1854 à 1856 (Laferrière étant en effet à cette période inspecteur général et recteur de l'académie de Toulouse). Nourri en outre des pensées du parti constitutionnel et libéral de François Guizot (1787-1874) et de Constant, Batbie est manifestement un économiste libéral militant, défendant en ce sens énergiquement le libre échange, et proche des idées développées par Rossi, Léon Say (1826-1896), Bastiat, Laboulaye, Blanqui, Frédéric Passy (1822-1912), Comte ou encore Gustave de Molinari (1819-1912)⁸¹⁴.

⁸¹⁰ A. VALETTE, « Turgot, philosophe, économiste et administrateur (compte rendu) », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, t. XIX, 1861, p. 364.

⁸¹¹ C'est effectivement la date de naissance qu'indique François Burdeau : F. BURDEAU, V° « Batbie », *Dictionnaire historique des juristes français...*, *op. cit.*, 1^{ère} éd., 2007, p. 50. Mathieu Touzeil-Divina retient cependant une autre date, celle du 31 mai 1827 : M. TOUZEIL-DIVINA, *La doctrine publiciste 1800-1880*, *op. cit.*, p. 254.

⁸¹² Batbie repose à Montmartre dans l'une des chapelles latérales de la Basilique dont il avait favorisé la construction.

⁸¹³ F. BURDEAU, *loc. cit.*

⁸¹⁴ Sur ces précieux éléments biographiques, consulter avec fruit : M. TOUZEIL-DIVINA, *La doctrine publiciste 1800-1880*, *op. cit.*, p. 254-255.

L'ouvrage majeur de Batbie concerne cependant le droit public⁸¹⁵. En 1862-1868 paraît en effet le *Traité théorique et pratique de droit public et administratif*, riche de sept volumes, contenant, d'après le titre complet de l'œuvre, « l'examen de la doctrine et de la jurisprudence ; la comparaison de notre législation avec les lois politiques et administratives de l'Angleterre, des Etats-Unis, de la Belgique, de la Hollande, des principaux Etats de l'Allemagne et de l'Espagne ; la comparaison de nos institutions actuelles avec celles de la France avant 1789 ; et des notions sur les sciences auxiliaires de l'administration, l'économie politique et la statistique ». Dans son *Avertissement*, le professeur suppléant à la Faculté de droit de Paris s'explique sur ce choix de recourir à la législation comparée :

« Une lacune qui se rencontre dans tous les traités qui ont précédé le nôtre, sans distinction, c'est l'étude des législations étrangères, ou le *droit comparé*. Nous avons essayé de la combler, en étudiant, sur chaque matière, les principales législations. Pour bien faire cette comparaison, nous nous sommes arrêté à trois points de vue différents : 1° les peuples dont l'administration diffère le plus de la nôtre, c'est-à-dire l'Angleterre et les Etats-Unis de l'Amérique du Nord ; 2° ceux qui nous ont le plus imité et dont les institutions se rapprochent le plus de leur modèle : dans cette catégorie se trouve l'Espagne ; 3° les peuples qui occupent une espèce de milieu entre nos institutions et celles de l'Angleterre, qui tiennent à la fois de notre régularité administrative et du *self-government* d'outre-Manche, la Belgique, la Hollande et quelques Etats de l'Allemagne »⁸¹⁶.

Cet aspect comparatiste est du reste confirmé par la publication de nombreux articles et comptes-rendus au sein de la *Revue critique de législation et de jurisprudence*⁸¹⁷. En 1862, Batbie rend compte par exemple de deux ouvrages de l'auteur russe, Victor de Porochine (1809-1867), *Régénération sociale de la Russie* (1860) et *Solution pratique de la question des paysans en Russie* (1861)⁸¹⁸. La même année, il communique sur la liberté religieuse à l'étranger et expose, à ce titre, les projets de réforme proposés par les publicistes et les législations de la Belgique, de la Suède, de la Russie, de l'Angleterre et des principaux Etats de l'Allemagne⁸¹⁹. De même rédige-t-il avec Edouard Laferrière, en 1869, *Les Constitutions d'Europe et d'Amérique*.

Dans son *Traité théorique et pratique*, Batbie tient particulièrement à indiquer les sources où il a puisé ses renseignements et à « rendre hommage aux écrivains distingués dont les ouvrages [...] ont servi de guide »⁸²⁰. Pour l'Angleterre, il reconnaît par exemple avoir

⁸¹⁵ F. BURDEAU, *loc. cit.*

⁸¹⁶ A.-P. BATBIE, *Traité théorique et pratique de droit public et administratif contenant l'examen de la doctrine et de la jurisprudence ; la comparaison de notre législation avec les lois politiques et administratives de l'Angleterre, des Etats-Unis, de la Belgique, de la Hollande, des principaux Etats de l'Allemagne et de l'Espagne ; la comparaison de nos institutions actuelles avec celles de la France avant 1789 ; et des notions sur les sciences auxiliaires de l'administration, l'économie politique et la statistique*, Paris, Cotillon, t. I, 1862, p. 5-6.

⁸¹⁷ Sur ce périodique et les études comparatives qu'il comporte, cf. *infra.*, p. 220 et s.

⁸¹⁸ A.-P. BATBIE, « Régénération sociale de la Russie ; Solution pratique de la question des paysans en Russie (compte rendu) », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, t. XX, 1862, p. 280-288.

⁸¹⁹ A.-P. BATBIE, « Législation des cultes. – Liberté religieuse », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, t. XX, 1862, p. 324-345. Il s'agit plus précisément d'un extrait du *Traité théorique et pratique de droit public et administratif* de Batbie.

⁸²⁰ A.-P. BATBIE, *Traité théorique et pratique de droit public et administratif...*, op. cit., p. 6.

« beaucoup mis à contribution »⁸²¹ l'ouvrage du professeur berlinois Heinrich Rudolf Hermann Friedrich von Gneist (1816-1895), *Das heutige Englische verfassungs und verwaltungs-recht*, estimant en effet qu'« il occupe un rang distingué parmi les politiques libéraux de son pays. Par ses tendances, comme par ses études, il était mieux que personne apte à comprendre et à exposer les institutions anglaises. Le jugement qu'il en porte à la fin de son deuxième volume, est d'une remarquable profondeur »⁸²². Pour les Etats-Unis, Batbie évoque Story ou encore Robert Baird (1798-1863). Pour la Belgique, il emprunte au *Répertoire de l'administration et du droit administratif de la Belgique* de Charles de Brouckère (1796-1860) et Franciscus Tielemans (1799-1888), au *Droit administratif belge* de Jean Henri Nicolas de Fooz, professeur à l'Université de Liège, et enfin aux *Eléments de droit public et administratif* d'un certain J.-M. Havard. Pour la Hollande, c'est entre autres à un précis du professeur à l'Athénée d'Amsterdam, Jeronimo de Bosch Kemper (1808-1876), que Batbie a recours. Pour l'Allemagne, ce dernier doit beaucoup aux ouvrages de Bluntschli et Joseph Pözl (1814-1881), professeurs à l'Université de Munich ; de Karl Heinrich Rau (1792-1870) et Robert von Mohl (1799-1875), professeurs à Heidelberg ; de Carl Heinrich Ludwig Hoffmann (1807-1881), professeur à Tübingen ; de Moriz von Stubenrauch (1811-1865), professeur à Vienne, et en dernier lieu, de Ludwig Moritz Peter von Rönne (1804-1891), d'Heinrich Simon (1805-1860) et d'Heinrich Friedrich Jacobson (1804-1868). Enfin, pour l'Espagne, l'auteur français a suivi les *Instituciones de derecho administrativo* de Pedro Gomez de la Serna (1806-1871) ainsi que le *Derecho administrativo Español* de Manuel Colmeiro y Penido (1818-1894), professeur à l'Université de Madrid, dont la méthode inspire Batbie, ce dernier reconnaissant en effet qu'il ne connaît pas de livre sur l'administration « plus largement écrit et mieux raisonné que celui de M. Colmeiro »⁸²³. A cela s'ajoutent également les études personnelles de Batbie « grâce à la bienveillance de M. le ministre de l'instruction publique, qui a voulu que je pusse étudier sur les lieux les institutions administratives de la Belgique, de la Hollande et de l'Allemagne »⁸²⁴.

Au reste, le *Traité* de Batbie adopte un « plan [qui] diffère complètement de ceux qui ont été adoptés jusqu'à présent ; s'il n'est pas meilleur, il est au moins différent »⁸²⁵. En effet,

« en matière administrative, poursuit l'auteur, comme en matière civile, il y a trois éléments irréductibles autour desquels on peut méthodiquement classer toutes les dispositions : 1° les *personnes* ou le *sujet du droit* ; 2° les *choses* ou l'*objet du droit* ; 3° les *manières d'acquérir* ; là est, selon nous, le secret de l'unité qui se trouve au fond des lois administratives »⁸²⁶.

⁸²¹ *Ibid.*, p. 6.

⁸²² *Ibid.*, p. 6.

⁸²³ *Ibid.*, p. 8.

⁸²⁴ *Ibid.*, p. 9.

⁸²⁵ *Ibid.*, p. 2.

⁸²⁶ *Ibid.*, p. 4.

Les « matières administratives » ainsi divisées, l'auteur y ajoute généralement un développement de *droit comparé*. Lorsqu'il traite par exemple de l'*égalité civile*⁸²⁷, Batbie dresse alors l'état législatif en vigueur de la Belgique, la Russie, l'Espagne et le Portugal, l'Angleterre et l'Allemagne. De même, lorsqu'il pose la question de la *liberté d'enseignement*⁸²⁸, sa réflexion s'achève sur plusieurs paragraphes consacrés à la Belgique, la Hollande, l'Angleterre, les Etats-Unis d'Amérique, l'Allemagne, la Suisse et l'Espagne. Dans les deux cas – mais les exemples pourraient s'accumuler⁸²⁹ – l'auteur *expose* les règles étrangères applicables en la matière, sans cependant y porter de jugement. A propos de l'*enseignement primaire*, il précise simplement pour chaque législation retenue si le principe de l'obligation est consacré (Massachusetts, Connecticut, Maine, New-Hampshire, Etat de Vermont, Prusse, Saxe, Hanovre, Wurtemberg, grand-duché de Bade, grand-duché de Saxe-Weimar, duché de Saxe-Cobourg-Gotha, Hesse électorale, Hesse-Darmstadt, duché de Nassau, duché de Brunswick, Autriche, Bavière, cantons de Zurich, Vaud, Berne et Appenzel) ou non (Belgique, Hollande, Angleterre, cantons de Genève, Uri, Schwitz et Unterwalden) en visant généralement les textes concernés sans pour autant les confronter entre eux ni les opposer avec les dispositions françaises.

Pour conclure, trois questions doivent être posées sur Batbie. La première d'entre elles est relative à son *parcours* : il y a nécessairement dans celui-ci un ou plusieurs événements (une rencontre, une promotion, une collaboration, etc.) qui expliquent, parce qu'ils y ont contribué, l'intérêt porté par Batbie à la comparaison juridique. Est-ce sa relation avec Firmin Laferrière qui lui permet d'accéder à une chaire de droit administratif comparé dès ses vingt-six ans ? Sa mission, reçue du ministre de l'Instruction publique Gustave Rouland (1806-1878) en 1860, consistant à visiter les universités de Belgique, de Hollande et d'Allemagne pour y étudier l'organisation de l'enseignement du droit public et administratif⁸³⁰ ? Il s'agit sans doute d'un peu des deux. La deuxième question est celle de la *méthode* employée par Batbie, laquelle se veut elle aussi *originale* en ce qu'elle consiste non seulement à présenter les matières administratives selon un « plan [qui] diffère complètement de ceux qui ont été adoptés jusqu'à présent » – un plan en réalité emprunté aux *Institutes* (personnes, choses, manières d'acquérir)⁸³¹ – mais aussi à les traiter sous l'angle comparatif, en exposant régulièrement, sinon quasi systématiquement, les règles étrangères applicables à la matière concernée. Enfin,

⁸²⁷ *Ibid.*, t. II, 1862, p. 320-333.

⁸²⁸ *Ibid.*, t. III, 1862, p. 238-245.

⁸²⁹ Ainsi notamment de l'étude de l'*Administration communale* où Batbie ne survole pas moins de huit législations étrangères (Etats-Unis, Angleterre, Italie, Belgique, Hollande, Espagne, Autriche, Prusse) : *ibid.*, t. IV, 1863, p. 348-398 ; de celle de *L'Etat* en tant que *Personnes morales* où les droits de l'Angleterre, la Belgique, la Prusse et l'Espagne sont indiqués : *ibid.*, t. V, 1867, p. 46-50 ; de celle de l'*Impôt foncier* français « comparé » avec celui de l'Angleterre, la Belgique, l'Allemagne, l'Espagne et l'Italie : *ibid.*, t. VI, 1867, p. 131-139 ; ou encore de celle de l'*Expropriation et travaux publics* en Angleterre, Russie et Espagne : *ibid.*, t. VII, 1868, p. 285-334.

⁸³⁰ G. VAPEREAU, V° « Beudant », *Dictionnaire universel des contemporains*, op. cit., p. 143.

⁸³¹ « Sans doute, l'idée n'était pas neuve ; de Gérando puis Chauveau, l'avaient déjà émise et Dareste s'en était inspiré. Batbie eut le mérite de chercher à y ordonner ses développements » (F. BURDEAU, loc. cit.).

la troisième question concerne l'*objectif* poursuivi par Batbie. Clairement, il est – selon ses propres termes – de combler « une lacune qui se rencontre dans tous les traités qui ont précédé le [sien], sans distinction, c'est l'étude des législations étrangères, ou le *droit comparé* ». Rappelons cependant que le comparatisme de Batbie ne s'est pas cristallisé autour du seul *Traité théorique et pratique*. Si l'on sait que le publiciste a cofondé en 1853 et codirigé jusqu'en 1855 le *Journal du droit administratif* au côté du comparatiste Chauveau⁸³², dont Batbie a été l'élève, il faut également signaler son adhésion à la *Société de législation comparée* – et son *Bulletin* – dès son année de fondation, en 1869. Ces choix montrent au demeurant l'importance d'un autre support privilégié par les juristes s'intéressant aux droits étrangers : les revues juridiques.

⁸³² Cf. *supra.*, p. X.

CONCLUSION

De l'analyse de ces cinq pionniers de la comparaison juridique, que sont Foucher, Tocqueville, Hélie, Anthoine de Saint-Joseph et Batbie, il ressort tout d'abord des *ressemblances*. Premièrement, et c'est une évidence : ces auteurs ne sont pas de purs exégètes. Ils vont plus loin. Ils proposent autre chose. Certes, lorsqu'Anthoine de Saint-Joseph rédige par exemple sa *Concordance entre les Codes civils*, celui-ci reproduit, dans l'ordre du Code Napoléon, toutes ses dispositions. Simplement, son analyse ne consiste pas à interpréter et expliquer chaque article du Code en s'en tenant à sa lettre⁸³³, mais bien à faire *concorde* ces articles avec les dispositions étrangères correspondantes. En ce sens, Foucher, Tocqueville, Hélie, Anthoine de Saint-Joseph et Batbie semblent exprimer une certaine *lassitude* à l'égard de l'exégèse.

De surcroît, chacun désire contribuer, plus ou moins, à l'*amélioration du droit national*. Tous semblent percevoir en effet, au moyen de la législation comparée, un certain « retard législatif français » ou décèlent du moins, au sein des lois nationales qu'ils étudient (civile, pénitentiaire, pénale, commerciale, hypothécaire, administrative, etc.), des lacunes et des défauts qu'ils entendent dès lors signaler au législateur. Parce que, d'un côté, les modèles juridiques français vieillissent – les auteurs publient dans les décennies 1830-1840 voire 1860, en ce qui concerne Batbie – et que, de l'autre, la comparaison met en exergue des systèmes étrangers modernes, plus vertueux et mieux adaptés à la société de leur temps (au monde des affaires par exemple, en ce qui concerne le droit commercial), il apparaît par conséquent nécessaire, selon eux, de tirer profit des diverses expériences législatives étrangères.

A l'opposé, l'analyse révèle également des *différences*. Celles-ci sont de trois ordres. *Différence de parcours*, tout d'abord. En effet, si Tocqueville, Foucher et Anthoine de Saint-Joseph sont tous trois magistrats au moment où ils publient leurs œuvres, le premier digère cependant très mal le serment qu'il prête, à deux reprises, à Louis-Philippe et envisage pour cette raison de visiter l'Amérique du Nord pour y voir « ce que c'est qu'une grande république » tandis que les deux autres – l'un, brillant magistrat et beau-frère de Victor Hugo ; l'autre, fils d'un baron ayant fait fortune dans le négoce et neveu de deux reines – se font justement connaître pour leurs travaux sur les codes étrangers, qu'ils traduisent (ou font traduire) et comparent. Pour sa part, Hélie – qui n'est ni fortuné, ni magistrat (jusqu'en 1849) mais attaché au ministère de la Justice – semble davantage solliciter, par correspondance plus que par des voyages, les membres de l'école néo-classique ou éclectique, tels Rossi ou

⁸³³ Sur la méthode exégétique, cf. *supra.*, p. 41 et s.

Mittermaier. *Différence de méthodes*, ensuite. Alors que Tocqueville – à l'image de Batbie – privilégie l'observation sur place et mobilise trois types de sources (documents législatifs originaux, ouvrages « les plus estimés » et carnets de voyage) ; Hélie s'attache à concilier trois approches (historique, philosophique et comparative) et entend ouvrir une « nouvelle voie » en droit pénal : celle que Boncenne a déjà parcourue en matière civile et qui consiste à « éclairer l'application de la loi pénale par sa théorie ». Pour sa part, Foucher se lance dans une remarquable entreprise de traduction de lois et codes étrangers qu'il confronte entre eux, ou oppose aux textes français, dans ses introductions, observations ou aperçus généraux. Quant à Anthoine de Saint-Joseph, sa méthode de concordance, appliquée sous la forme de tableaux synoptiques, est – à n'en pas douter – elle aussi singulière. *Différence d'objectifs*, enfin. Certes, Anthoine de Saint-Joseph et Foucher partagent avec Hélie la même volonté d'améliorer le droit national – le premier en matière hypothécaire, le deuxième en matière civile et criminelle et le troisième en matière pénale et d'instruction criminelle – mais, pour le reste, l'auteur des *Concordances*, comme celui de la *Collection des lois civiles et criminelles*, se distinguent du pénaliste français en ce qu'il désire également constituer une aide, un « guide », tant pour le législateur que pour le jurisconsulte, l'étudiant en droit ou encore le praticien. Concernant Tocqueville, nous l'avons vu, ce dernier nourrit avant tout l'ambition d'embrasser une carrière politique et projette, pour ce faire, de « dépeindre l'Amérique aux Français » : ainsi naît, en 1835, le premier volume de *La démocratie en Amérique*.

Quoi qu'il en soit, qu'il s'agisse de Foucher, Tocqueville, Hélie, Anthoine de Saint-Joseph ou Batbie, tous ont accédé à la célébrité par la publication d'un ou plusieurs ouvrages juridiques, essais ou traités. Mais il faut s'empresse de dire que les œuvres de ces pionniers de la comparaison juridique française ont bien souvent été « annoncées », poursuivies ou complétées par des articles parus dans diverses revues juridiques. C'est notamment le cas de Foucher, qui publie en effet régulièrement dans les revues – pourtant concurrentes – de Fœlix et de Wolowski mais également dans le périodique allemand de Mittermaier, la *Kritische Zeitschrift*. En 1835, soit deux ans avant sa *Théorie du Code pénal*, Hélie collabore lui aussi à la *Revue Fœlix* et lui donne (entre autres) une étude sur le « Projet d'un système complet de droit pénal pour l'état de la Louisiane »⁸³⁴ ainsi qu'un examen du « Code de procédure criminelle, rédigé par M. Edward Livingston »⁸³⁵. Six ans plus tard, c'est au tour d'Anthoine de Saint-Joseph d'y rapporter un commentaire sur le Code de commerce de la Grèce⁸³⁶ puis, en 1843, sur le Code de commerce de la Valachie⁸³⁷ ou encore une « Concordance entre le titre des hypothèques et privilèges du Code civil de Parme, Plaisance et Guastalla (partie III,

⁸³⁴ F. HELIE, « Projet d'un système complet de droit pénal pour l'état de la Louisiane (A system of penal law for the state of Louisiana), par M. Edward Livingston », art. cit., p. 208-222.

⁸³⁵ F. HELIE, « Examen du code de procédure criminelle, rédigé par M. Edward Livingston pour l'état de la Louisiane (A system of penal law for the state of Louisiana ; a code of procedure) », *Revue étrangère de législation et d'économie politique*, t. II, 1835, p. 687-701.

⁸³⁶ F. ANTHOINE DE SAINT-JOSEPH, « Code de commerce de la Grèce », art. cit., p. 674-679

⁸³⁷ F. ANTHOINE DE SAINT-JOSEPH, « Code de commerce de la Valachie », art. cit., p. 721-730.

titre 8, chap. 1) et le titre correspondant du Code civil français »⁸³⁸ en 1846 et deux articles en 1849, l'un sur la « révision de nos lois hypothécaires, selon les bases arrêtées par une commission instituée avant la révolution de 1848 »⁸³⁹, l'autre sur les « institutions de crédit foncier en Allemagne »⁸⁴⁰. De même, les nombreux débats – parfois houleux – qui opposent Tocqueville à Lucas, à propos de la réforme pénitentiaire, sont également relayés de façon régulière au sein des périodiques juridiques⁸⁴¹. Quant à Batbie, il voit son *Traité théorique et pratique* faire l'objet de comptes rendus (favorables) par les rédacteurs de la *Revue Wolowski*, à laquelle il livre d'ailleurs lui-même plusieurs communications.

Plus encore, figurent parmi eux – à l'instar de Chauveau et Hélie qui créent ensemble, en 1829, le *Journal du droit criminel*⁸⁴² ou de Batbie et Chauveau qui fondent en 1853 le *Journal du droit administratif* – de véritables *fondeurs* de revues juridiques. C'est à cette autre catégorie d'auteurs qu'il nous faut désormais nous intéresser.

⁸³⁸ F. ANTHOINE DE SAINT-JOSEPH, « Extrait du titre des hypothèques et privilèges du Code civil de Parme, Plaisance et Guastalla (partie III, titre 8, chap. 4), et concordance entre ce titre et le titre correspondant du Code civil français », *Revue de droit français et étranger*, t. III, 1846, p. 43-61.

⁸³⁹ F. ANTHOINE DE SAINT-JOSEPH, « De la révision de nos lois hypothécaires, selon les bases arrêtées par une commission instituée avant la révolution de 1848 », *Revue de droit français et étranger*, t. VI, 1849, p. 47-53.

⁸⁴⁰ F. ANTHOINE DE SAINT-JOSEPH, « Des institutions de crédit foncier en Allemagne », *Revue de droit français et étranger*, t. VI, 1849, p. 389-418.

⁸⁴¹ Pour un exemple : C. LUCAS, « Communication sur la réforme pénitentiaire », art. cit., p. 269-305.

⁸⁴² Cf. *supra.*, p. 146.

CHAPITRE II – COMPARAISON ET FONDATION DE REVUES JURIDIQUES

Les grands auteurs de la doctrine française ne se limitent pas aux ouvrages juridiques pour exprimer leurs idées et rendre publics leurs travaux mais ils se servent également – ou plutôt « parallèlement » – de cet autre support que sont les périodiques. La question qui se pose alors est celle de savoir si leur approche – notamment vis-à-vis de la comparaison juridique – diffère lorsqu'ils passent de l'un à l'autre de ces supports. Quels sont en effet les objectifs poursuivis par les directeurs de revues juridiques ? Y a-t-il, de surcroît, un décalage entre ces objectifs « déclarés » et les véritables aspirations des fondateurs qui se succèdent ? Ces derniers sont-ils du reste plus prolixes sur la méthode comparative qu'ils emploient ?

En ce qui concerne la période 1815-1869, sept revues juridiques apparaissent prometteuses : la *Thémis* (fondée en 1819), la *Revue Wolowski* (1834), la *Revue Fælix* (1834), le *Journal du droit administratif* (1853), la *Revue historique de droit français et étranger* (1855), la *Revue pratique de droit français* (1856) et le *Bulletin de la Société de législation comparée*⁸⁴³. Toutefois, du point de vue de la comparaison juridique, le *Journal du droit administratif*, fondé en 1853 par Chauveau et Batbie, doit être écarté de l'étude. En effet, parce que ses rédacteurs entendent avant tout « aider l'administrateur, éclairer l'administré, vulgariser la législation administrative »⁸⁴⁴ en traitant « une foule [de] matières d'une application quotidienne [...] dans un style simple et accessible à tous »⁸⁴⁵ – écartant autrement dit « les formes du langage scientifique »⁸⁴⁶ –, le *Journal* n'a pas pour objet principal l'étude des législations étrangères ni ne promeut particulièrement la science du droit comparé⁸⁴⁷.

⁸⁴³ Ce bulletin sera traité dans la Partie II de la présente thèse : cf. *infra.*, p. 268 et s.

⁸⁴⁴ A.-P. BATBIE et A. CHAUEAU, « Article premier. Introduction », *Journal du droit administratif*, t. I, 1853, p. 5.

⁸⁴⁵ *Ibid.*, p. 7.

⁸⁴⁶ *Ibid.*, p. 7. Batbie et Chauveau ont en effet « l'intention d'adopter un mode de rédaction qui s'éloignera de la plupart des publications analogues qui ont été faites jusqu'à ce jour ; car, il suffit de jeter un coup-d'œil superficiel sur ces journaux pour voir qu'ils consacrent un grand nombre de pages à rapporter des arrêts des Cours ou des décisions du Conseil d'Etat. Mais les décisions du Conseil d'Etat sont ordinairement fort difficiles à saisir. Les motifs sont rédigés avec une sobriété calculée pour engager aussi peu de principes que possible. Quelle instruction les abonnés peuvent-ils retirer d'une pareille lecture ? Saisir le sens des décisions n'est déjà pas une tâche aisée pour les personnes exercées à l'étude de ces matières ; comment serait-il compris des lecteurs inexpérimentés ? Nous ne citerons les arrêts et les décisions que par leur date ; quant au fond, nous le ferons toujours connaître par une exposition et des rapprochements » (*Ibid.*, p. 11-12).

⁸⁴⁷ En effet, il s'agit davantage de se préoccuper des « intérêts matériels » ainsi que de « toutes les institutions créées par la loi pour assurer l'ordre public, répandre l'instruction, protéger la morale et régulariser l'exercice de la charité [...] ». Des articles seront successivement consacrés à *l'instruction publique, l'extinction de la mendicité, au vestiaire des pauvres, aux institutions de charité, à l'organisation des sociétés de secours mutuels, aux caisses d'épargne et de retraite, à la surveillance du colportage, à la police des théâtres, à l'administration des prisons, au récit des récompenses décernées par le gouvernement aux belles et bonnes actions, etc.* [...] La France se glorifie, à juste titre, d'administrateurs dont les noms sont chers aux amis de l'humanité ; d'hommes de bien dont la vie toute entière a été consacrée à aider le pouvoir par l'ardeur d'une constante charité. Nous offrirons ces vies d'hommes comme des modèles à imiter » (*Ibid.*, p. 12-13).

Néanmoins, ce sont peut-être ces fondateurs qui résument le mieux l'intérêt d'une publication périodique par rapport à celle, plus ponctuelle, d'un ouvrage :

« Un journal sera toujours plus utile que les meilleurs livres. Ceux-ci exigent une étude soutenue, tandis qu'une publication périodique produit son effet peu à peu. Elle ne fatigue pas l'esprit et ressemble à une nourriture lentement absorbée. D'ailleurs un livre, fût-il excellent, n'exerce son action qu'à un moment donné, et, son bienfait s'efface après quelque temps. [...] Un livre doit être écrit avec sévérité, et suivre scrupuleusement une méthode. Un journal se prête mieux aux formes du style familier et gagne en efficacité ce qu'il perd en élégance »⁸⁴⁸.

Peut-être les comparatistes français partagent-ils le même avis, lequel peut expliquer du reste – dans l'immédiat – l'éclosion de revues juridiques au cours du XIX^e siècle – et plus particulièrement durant la période qui nous retient – et ce, en divers domaines : celui de l'histoire du droit par exemple (Section 1), de la législation et de la jurisprudence (Section 2) ou encore de la pratique du droit français (Section 3).

⁸⁴⁸ *Ibid.*, p. 11.

Section 1 – Les comparatistes et les revues d’histoire du droit

Principal réseau français d’importation et de diffusion des thèses de l’Ecole historique allemande⁸⁴⁹, la *Thémis* contient logiquement de très nombreuses études d’histoire du droit. Elle ne s’y consacre toutefois pas exclusivement puisque des articles de droit positif, *intéressant la législation comparée*, y trouvent aussi facilement leur place (§1). Puis, « en 1855, une nouvelle revue reprend explicitement le flambeau de la *Thémis* : c’est la *Revue historique de droit français et étranger* »⁸⁵⁰, fondée par deux incontournables pionniers de la comparaison juridique française : Dareste et Laboulaye (§2).

§1. La *Thémis* (1819-1831)

Rénover la science du droit et améliorer la législation nationale : telles sont les ambitions d’Athanasie-Jean-Léger Jourdan⁸⁵¹. Né le 29 juin 1791 à Saint-Aubin-des-Chaumes, Jourdan fait ses études à l’Ecole centrale de la Nièvre puis vient à Paris pour y suivre les cours de la Faculté de droit, dont ceux de son compatriote Dupin aîné⁸⁵². Inscrit comme avocat le 27 décembre 1812 et soutenant sa thèse de doctorat en droit le 31 août 1813, il ne paraît cependant que rarement au barreau. Ce qu’il convoite avant tout, c’est une chaire de professeur ; aussi donne-t-il des cours particuliers dans l’attente du concours. Seulement, ses vues novatrices lui attirent l’hostilité de Delvincourt⁸⁵³ et de Pardessus qui le tiennent dès lors constamment en marge de la faculté. Trop jeune pour être candidat en 1819 et 1820, écarté en 1822, il ne peut se présenter en 1826 en raison de l’état de sa santé, lequel fait également échec aux démarches de son ami Pierre-François-Hercule de Serre (1776-1824), garde des sceaux, auprès du président de la Commission royale de l’Instruction publique, Georges Cuvier (1769-1832), pour obtenir une nomination directe à une chaire ou une suppléance⁸⁵⁴.

Surtout, Jourdan devient, malgré l’absence de tout titre officiel, le véritable directeur de la revue *Thémis*, fondée en 1819. Il y consacre en effet tous ses efforts : il assure la publication

⁸⁴⁹ Sur ce point, cf. *supra.*, p. 97 et s.

⁸⁵⁰ P. JESTAZ et C. JAMIN, *La doctrine*, *op. cit.*, p. 100.

⁸⁵¹ Les informations biographiques qui vont suivre sont tirées de : O. MOTTE, *Lettres inédites de juristes français du XIX^e siècle...*, *op. cit.*, t. I, 1989, p. 892-902 et J.-J. CLERE, V° « Jourdan », *Dictionnaire historique des juristes français...*, *op. cit.*, 1^{ère} éd., 2007, p. 431-432. Signalons, en outre, l’ouvrage de Joseph-Julien Bonnet (1878-1950) : J. BONNET, *La Thémis (1819-1831), Son fondateur, Athanasie Jourdan*, Paris, Sirey, 2^e éd., 1914. Egalement, sur la fondation de la *Thémis* en tant qu’organe du renouveau spiritualiste de la science du droit : T. POUTHIER, *Droit naturel et droits individuels en France...*, *op. cit.*, p.173 et s.

⁸⁵² Sur ce dernier, cf. *supra.*, p. 104.

⁸⁵³ Sur ce auteur, cf. *supra.*, p. 72 et s.

⁸⁵⁴ Faute de pouvoir imposer Jourdan dans l’enseignement, Serre le nommera alors membre de la commission chargée de la réforme de l’organisation judiciaire dans les colonies et lui fera accorder plusieurs missions en Angleterre pour y étudier le fonctionnement des justices de paix.

de la revue, répartit le travail entre ses collaborateurs, correspond avec les plus grands savants étrangers et obtient d'eux l'envoi des principaux ouvrages parus dans les différents pays⁸⁵⁵. Assurément, « ce qui caractérise Jourdan, c'est une sorte de curiosité universelle qui s'attache à toutes les disciplines, toutes les époques et tous les pays »⁸⁵⁶. Pour la satisfaire, il dépense sans compter et s'appuie dès lors sur un réseau véritablement européen : « Ma coopération dans la *Thémis*, écrit-il en effet à Warnkönig le 10 novembre 1825, m'a fait entrer en correspondance avec tous les jurisconsultes des universités »⁸⁵⁷. En Italie, il est notamment en relation avec Mai ; aux Pays-Bas avec Birnbaum, Cornelis Anne Den Tex (1795-1854) et un certain Van Assen ; en Suisse avec Pierre-François Bellot (1776-1836), Rossi et un certain Snell ; en Angleterre et en Ecosse avec *l'attorney at law* W. Irving, James William Geldart (1785-1876), Stirling ou encore Sutton Sharpe (1797-1843). Mais c'est l'Allemagne, cependant, qui occupe principalement son attention et fait l'objet, de sa part, d'une « vénération toute particulière qui se traduit dans un enthousiasme un peu naïf »⁸⁵⁸.

Manifestement, la *Thémis* reflète l'ouverture dont fait preuve Jourdan. Rappelons en effet que ses rédacteurs entendent diviser chacune de ses livraisons en quatre parties dont la première doit être consacrée à la « Législation et Histoire du Droit » c'est-à-dire, notamment, à la « comparaison des lois françaises avec [...] celles qui régissent aujourd'hui les différents peuples de l'Europe ; [...] histoire des modifications faites à nos Codes dans les pays où ils ont été introduits [...] »⁸⁵⁹ ; étant précisé que « des correspondances ont été établies, à cet effet, avec plusieurs jurisconsultes des pays étrangers »⁸⁶⁰. Quant à la troisième partie – portant sur la « Doctrine des Auteurs » et devant contenir l'« analyse critique des principaux ouvrages de droit français, publiés, soit en France, soit en pays étranger »⁸⁶¹ – et la quatrième sur l'« Enseignement du Droit » – consistant en un « coup d'œil sur l'organisation des Ecoles de droit dans les divers Etats de l'Europe ; examen comparé des méthodes d'enseignement »⁸⁶² – elles ne font que confirmer cet « esprit comparatiste » effectivement présent chez les auteurs de la *Thémis*. Jourdan le premier. En effet, ce dernier ne s'est pas contenté de diriger la revue : « il a été lui-même le meilleur écrivain de la *Thémis* »⁸⁶³.

⁸⁵⁵ Cf. *supra*, p. 99 et s.

⁸⁵⁶ O. MOTTE, *Lettres inédites de juristes français du XIX^e siècle...*, *op. cit.*, t. I, 1989, p. 894.

⁸⁵⁷ Cité par Olivier Motte : *Ibid.*, p. 896.

⁸⁵⁸ *Ibid.*, p. 894. Sur le réseau franco-allemand de Jourdan, cf. *supra*, p. 101 et s.

⁸⁵⁹ Les rédacteurs, « Plan de l'ouvrage », *Thémis*, t. I, 1819, p. 5.

⁸⁶⁰ *Ibid.*, p. 5.

⁸⁶¹ *Ibid.*, p. 6.

⁸⁶² *Ibid.*, p. 6.

⁸⁶³ J.-J. CLERE, V^o « Jourdan », *Dictionnaire historique des juristes français...*, *op. cit.*, 1^{ère} éd., 2007, p. 431. Dans le cadre de son projet de rénovation de la science du droit, il y publie par exemple trois remarquables articles programmatiques (A. JOURDAN, « Coup-d'œil sur l'Histoire de la Science du droit en France, suivi de quelques réflexions sur la découverte d'un manuscrit de Caius », *Thémis*, t. II, 1820, p. 74-83 ; A. JOURDAN, « Considérations sur l'état actuel de la science du droit en France, et revue de quelques ouvrages de droit romain », *Thémis*, t. III, 1821, p. 367-379 et A. JOURDAN, « Quelques réflexions sur l'histoire de la philosophie du droit en France », *Thémis*, t. VIII, 1826, p. 97-108) dans lesquels il trace le bilan de cette science en France et dessine un projet détaillé de ce qu'il juge convenable de faire, en prenant pour point de départ – conformément à la méthode de l'école historique – le droit romain. En matière civile, il insiste sur le rôle de la jurisprudence pour

« Préoccupé par les questions législatives, il va chercher dans les pays étrangers des éléments de solution, et est ainsi amené à publier des dissertations de droit comparé portant notamment sur les différents systèmes hypothécaires »⁸⁶⁴ qui ont également préoccupé plusieurs auteurs de l'époque⁸⁶⁵.

Prenons l'exemple du régime hypothécaire. En 1823, il rend compte du *Traité des hypothèques* publié l'année précédente par Jean Grenier (1753-1841) – premier président de la cour royale de Riom, chevalier des ordres royaux de Saint-Michel et de la Légion d'honneur – auquel il adresse un premier reproche particulièrement significatif : celui de ne pas avoir examiné « comment les législateurs de tant de nations diverses ont [...] suivi, d'un commun accord, le nouveau système qu'ils semblent vouloir établir » et « comment la publicité des hypothèques a [...] été constituée par les nouveaux Codes » alors que « [Grenier] défend le système du Code français, et propose seulement quelques modifications »⁸⁶⁶. Pour Jourdan, en effet, « un principe nouveau a été posé depuis plus d'un siècle, comme base de la législation hypothécaire [...] à Paris, à Vienne, à Naples, à Milan, et longtemps auparavant, à Berlin »⁸⁶⁷. Par conséquent, « il n'est pas sans intérêt de suivre, selon lui, dans leurs diverses périodes, les paisibles révolutions des systèmes hypothécaires, et de chercher dans les codes des législations modernes, les principes du nouveau Droit commun que l'Europe veut substituer au Droit romain »⁸⁶⁸. A ce propos, toute loi hypothécaire doit satisfaire – toujours selon Jourdan – à une triple condition : assurer les intérêts de l'acquéreur, assurer les intérêts du prêteur et assurer aux propriétaires la jouissance d'un crédit proportionnel à leurs véritables facultés. Or, « dans le Code civil, observe l'auteur de la recension, comme dans le Code de procédure, on a pris soin des intérêts de l'acquéreur beaucoup plus que des intérêts du prêteur »⁸⁶⁹ ; ce dernier ne pouvant effectivement être certain qu'il n'existera ni privilège susceptible de remonter à une date antérieure, ni hypothèque légale ou privilège dispensé de l'inscription. Sur ce point, « M. Grenier pense que le prêteur pourrait, avant de confier son argent, exiger la réduction des hypothèques légales, conformément aux articles 2140 et 2144, dont les dispositions ont été adoptées par l'édit

la formation et les progrès du droit (cf., par exemple : A. JOURDAN, « Jurisprudence du Code civil », *Thémis*, t. I, 1819, p. 48-53). Bien évidemment, il donne aussi à la *Thémis* des études de droit romain (A. JOURDAN, « Sur un manuscrit du Code Théodosien, nouvellement retrouvé », *Thémis*, t. III, 1821, p. 474-476) mais il se charge également de nombreux comptes rendus (A. JOURDAN, « Traité des Servitudes ou Services fonciers, par M. Pardessus », *Thémis*, t. II, 1820, p. 275-285, 455-467 et t. III, 1821, p. 163-170 ; A. JOURDAN, « Traité des hypothèques, par M. le baron Grenier », t. V, 1823, p. 225-246 ; A. JOURDAN, « Observations sur les deux derniers volumes publiés par M. Toullier (tome X et XI) », *Thémis*, t. VI, 1824, p. 339-351 ; A. JOURDAN, « Sur le 16^e volume du Répertoire de M. Merlin », *Thémis*, t. VI, 1824, p. 441-463 ; A. JOURDAN, « Sur une édition de la Table législative de la Gaule Cisalpine », *Thémis*, t. VI, 1824, p. 525-528).

⁸⁶⁴ J.-J. CLERE, V^o « Jourdan », *Dictionnaire historique des juristes français...*, op. cit., 1^{ère} éd., 2007, p. 432.

⁸⁶⁵ A l'instar d'Anthoine de Saint-Joseph, cf. *supra*, p. 160 et s.

⁸⁶⁶ A. JOURDAN, « Traité des hypothèques, par M. le baron Grenier », art. cit., p. 226.

⁸⁶⁷ *Ibid.*, p. 226.

⁸⁶⁸ *Ibid.*, p. 225.

⁸⁶⁹ *Ibid.*, p. 229.

piémontais [du 16 juillet 1822] (*art. 20 et suiv.*), et par le Code napolitain [de 1819] (*art. 2034*) »⁸⁷⁰ mais Jourdan n'y voit cependant qu'une « formalité [qui] retarderait l'emprunt dont il importe toujours au débiteur de hâter l'effet »⁸⁷¹ et qui ne réglerait d'ailleurs pas la question des hypothèques légales existant du chef des précédents propriétaires. « En résumé, [...] on peut dire qu'il n'existe aucun moyen de prêter avec sûreté, et que, sous la loi actuelle, aucun créancier dans le royaume, ne sera jamais certain de recouvrer ses capitaux par voie d'hypothèque, contre un débiteur marié ou non marié. Il n'a que des chances plus ou moins probables de remboursement »⁸⁷². Autrement dit, « Grenier défend la loi que [Jourdan] considère comme défectueuse »⁸⁷³.

Prétendant néanmoins ne pas insister « plus longtemps pour développer tous les arguments qu'on peut présenter contre notre système hypothécaire »⁸⁷⁴, Jourdan trace en second lieu « le tableau des changements ou des nouveaux systèmes adoptés par les législateurs contemporains » par lequel il continue pourtant de faire ressortir les incohérences de la législation française. A propos du Code napolitain – dont il reproduit d'ailleurs plusieurs articles en langue originale⁸⁷⁵ –, le jurisconsulte fait par exemple remarquer qu'il suit, « pas à pas, notre Code civil et nos lois de 1807. Il sanctionne les dispositions de notre jurisprudence. C'est ainsi que, par les articles 2081 et 2082, toutes les questions de priorité entre deux acquéreurs se trouvent tranchées, d'après les principes qu'avait adoptés la Cour de cassation »⁸⁷⁶. Seulement, « le Code napolitain, par une bizarrerie qu'il est difficile d'expliquer, admet tout à la fois sur la même matière, et les articles du Code civil, et les articles contraires du Code de procédure, tant on a pris soin de nous copier avec fidélité »⁸⁷⁷; ce qui est notamment le cas des articles 2080 – semblable à l'article 834 du Code de procédure civile de 1806 accordant un délai de quinze jours pour inscrire l'hypothèque, à l'expiration duquel l'acquéreur est à l'abri de toute inscription – et 2099, traduisant l'article 2198 du Code civil français, d'après lequel l'immeuble sera libre de toutes charges aussitôt après la transcription. Au contraire, « les rédacteurs de l'édit piémontais ne sont pas tombés dans cette contradiction manifeste. Comme nous, ils ont donné un délai aux créanciers pour s'inscrire même après la vente; mais, en transcrivant notre art. 2198, ils ont eu soin d'ajouter que l'immeuble n'était libre qu'après l'expiration du délai accordé pour l'inscription »⁸⁷⁸.

Toutefois, la comparaison de Jourdan n'a pas pour objectif de mettre nécessairement en valeur la législation piémontaise dans la mesure où, « en Piémont comme en France, [il] ne trouve dans les nouvelles lois, ni sûreté pour le prêteur et pour l'acquéreur, ni crédit pour le

⁸⁷⁰ *Ibid.*, p. 231.

⁸⁷¹ *Ibid.*, p. 231.

⁸⁷² *Ibid.*, p. 232.

⁸⁷³ *Ibid.*, p. 234.

⁸⁷⁴ *Ibid.*, p. 234.

⁸⁷⁵ Il s'agit des articles 2009, 2014, 2029, 2031, 2080, 2081, 2088, 2097 et 2099.

⁸⁷⁶ *Ibid.*, p. 235.

⁸⁷⁷ *Ibid.*, p. 237.

⁸⁷⁸ *Ibid.*, p. 238.

débiteur ; au fond, les deux régimes sont également vicieux, puisque tous deux manquent le but qu'on a dû se proposer »⁸⁷⁹. Plus encore, « sous quelques rapports, le Code piémontais paraît plus défectueux que le nôtre »⁸⁸⁰ bien que « sous d'autres [...], l'édit contient de véritables améliorations »⁸⁸¹.

En vérité, seul le Code autrichien de 1812 semble trouver grâce aux yeux de Jourdan⁸⁸² ; ses rédacteurs s'étant effectivement ouvert « une route nouvelle »⁸⁸³. D'après ce Code, en effet, « nul ne peut transférer, ni propriété, ni autre droit réel, s'il n'est lui-même inscrit sur les registres publics »⁸⁸⁴ ; dès lors, « il devient facile, en suivant la chaîne des successeurs universels ou singuliers que la loi soumet tous aux mêmes formalités, de connaître s'il n'existe pas dans le titre de l'un d'eux des causes ultérieures de résolution »⁸⁸⁵. En d'autres termes, « on voit que ce système, pour la transmission des droits réels, repose sur une base uniforme, la publicité : pour acquérir l'obligation, le consentement des parties suffit : pour acquérir, comme pour perdre le droit réel, c'est-à-dire le droit à exercer contre tous, le domaine ou ses démembrements, il faut une manifestation extérieure publique et durable, de la volonté des contractants »⁸⁸⁶.

Pourtant, cette dernière législation n'emporte pas non plus la pleine satisfaction de Jourdan, « quoique le système autrichien présente de grandes améliorations »⁸⁸⁷. Pour lui, en effet,

« ce n'est pas en suivant la série des propriétaires inscrits sur les registres publics, qu'on peut toujours découvrir [...] la véritable généalogie de la propriété : au lieu d'un état nominatif des personnes, il faudrait exiger un état nominatif des héritages, et le système de transmission deviendrait encore plus simple, si, au lieu de chercher les propriétaires, dont les noms changent sans cesse, on n'avait à chercher

⁸⁷⁹ *Ibid.*, p. 240.

⁸⁸⁰ *Ibid.*, p. 240. Jourdan donne trois exemples. Premièrement, « après avoir multiplié à l'infini les privilèges, [le Code piémontais] leur donne effet du jour de leur date, pourvu qu'ils soient inscrits dans les trois mois suivants ; par là le prêteur est exposé à de nouveaux dangers, et l'acquéreur forcé d'attendre un délai plus long pour connaître la situation hypothécaire du vendeur. A cette dispense temporaire d'inscription, il faut ajouter la dispense indéfinie accordée par l'édit, au fisc pour impôts, au vendeur et copermutant, au donateur, à la femme mariée, etc. » (*Ibid.*, p. 240). Deuxièmement, « l'art. 18 contient une disposition qui nous rappelle les lois fiscales les plus sévères. Il est ainsi conçu : "En cas d'insuffisance des biens libres des comptables et administrateurs, l'hypothèque légale portée par l'article précédent frappera aussi sur les biens affectés à un fidéicommiss ou à une primogéniture ; et, en cas d'insuffisance de semblables biens, cette hypothèque frappera même sur tous les biens acquis postérieurement à sa date par la femme, les descendants et frères qui vivent avec ledit comptable ou administrateur, tant qu'ils ne feront pas conster de la manière dont leur sera parvenu l'argent avec lequel ils auront acquis les dits biens" » (*Ibid.*, p. 240-241). Troisièmement, « la loi Piémontaise n'établit qu'un seul mode de purger les hypothèques dispensées ou non dispensées d'inscription, en sorte que la notification aux créanciers inscrits et l'insertion dans les journaux purge à l'égard de tous créanciers hypothécaires sans distinction. Mais qu'arriverait-il si aucun créancier n'était inscrit ? » (*Ibid.*, p. 241).

⁸⁸¹ *Ibid.*, p. 241. Et l'auteur d'évoquer la détermination des rangs entre privilégiés, le privilège accordé au donateur pour les aliments qui seraient dus par le donataire, l'hypothèque indépendante de l'inscription donnée aux enfants sur les biens du père administrateur ou encore la soumission de l'hypothèque légale du tuteur à l'inscription.

⁸⁸² A ce titre, il reproduit, en italien, les §432, 440, 443, 444 et 445 du Code autrichien.

⁸⁸³ *Ibid.*, p. 242.

⁸⁸⁴ *Ibid.*, p. 244.

⁸⁸⁵ *Ibid.*, p. 244.

⁸⁸⁶ *Ibid.*, p. 243.

⁸⁸⁷ *Ibid.*, p. 244-245.

que la propriété, dont le nom et la nature sont presque immuables, et dont la situation ne change jamais »⁸⁸⁸.

Ce sujet dépassant toutefois le cadre d'une simple recension, Jourdan se contente alors d'offrir « ce projet à la controverse des jurisconsultes »⁸⁸⁹, rappelant que « la question n'est pas restreinte à la France, elle appartient à toute l'Europe »⁸⁹⁰, et précisant que « les éditeurs de la *Thémis*, quoique voués à l'étude du droit romain, qu'ils veulent enrichir de toutes les découvertes faites en Europe depuis trente ans, n'en recherchent pas moins, avec ardeur, tous les documents qui peuvent intéresser la science, et contribuer à améliorer notre législation »⁸⁹¹.

C'est effectivement en ce sens que viennent s'inscrire les différentes études de législation comparée publiées entre 1819 et 1831. Pour des raisons déjà évoquées⁸⁹², la matière pénale semble particulièrement – voire majoritairement – concernée. Ainsi par exemple de l'article de Dufour, avocat à Mayence⁸⁹³, grâce auquel ce dernier entend « provoquer une nouvelle discussion du système des législateurs français »⁸⁹⁴ relativement à l'ivresse que le Code pénal de 1810 ne range, dans aucun cas, parmi les moyens d'excuse, contrairement à plusieurs « législations modernes ». Ne distinguant pas « l'ivresse volontaire », c'est-à-dire préméditée, de « l'ivresse accidentelle », dont « l'infraction commise en cet état, devrait être assimilée à celles qui sont la suite d'une imprudence »⁸⁹⁵, la loi française paraît en effet aux yeux de Dufour « trop rigoureuse »⁸⁹⁶ comme tend à le prouver, du reste, « une comparaison entre le système du Code français et les systèmes adoptés dans les divers Codes de l'Allemagne »⁸⁹⁷. En effet,

« le Code autrichien (part. I, §1 et 2 ; part. 2, §3 et 267) décide nettement que nulle action ou omission ne peut être réputée *crime*, lorsque son auteur était dans un état d'ivresse complète et accidentelle, et que toute action ou omission ne doit, dans ce cas, être punie que comme une grave contravention de police, ou, pour parler le langage des Codes français, comme un simple délit »⁸⁹⁸.

De même la législation prussienne fait-elle la distinction entre l'individu qui s'est, à dessein, ou par grossière imprudence, soit par suite d'ivresse, soit par toute autre cause, mis dans un

⁸⁸⁸ *Ibid.*, p. 245.

⁸⁸⁹ *Ibid.*, p. 245. Il poursuivra néanmoins ce premier travail en publiant deux autres articles : A. JOURDAN, « Sur le nouveau système des Hypothèques, établi en Bavière », *Thémis*, t. VI, 1823, p. 193-202 et A. JOURDAN, « Quelques observations sur les Projets de Loi relatifs aux Hypothèques et aux Privilèges, présentés à la Deuxième Chambre des Etats-Généraux du Royaume des Pays-Bas », *Thémis*, t. VII, 1825, p. 53-62.

⁸⁹⁰ *Ibid.*, p. 245.

⁸⁹¹ *Ibid.*, p. 245-246.

⁸⁹² Cf. *supra.*, p. 144.

⁸⁹³ C'est en effet la seule information dont nous disposons sur ce juriste qui ne doit cependant pas être confondu avec Gabriel-Michel Dufour.

⁸⁹⁴ DUFOUR, « Rapprochement des principes de diverses législations relativement à cette question : Est-il des cas où l'Ivresse puisse être considérée comme un motif d'excuse ? », *Thémis*, t. I, 1819, p. 101.

⁸⁹⁵ *Ibid.*, p. 109.

⁸⁹⁶ *Ibid.*, p. 101.

⁸⁹⁷ *Ibid.*, p. 113. Dufour se réfère plus exactement au Code criminel autrichien publié en 1803, aux Codes pénal et d'instruction criminelle publiés par le roi de Prusse en 1805 et à la loi bavaroise de 1813.

⁸⁹⁸ *Ibid.*, p. 113.

état tel, qu'il ait éprouvé une privation ou du moins une restriction dans la faculté de raisonner – l'infraction qu'il aura commise dans cet état sera alors punie en raison de la gravité de son imprudence (§22) – et celui qui, au moyen de liqueurs spiritueuses ou de toute autre manière, mais avec préméditation, a mis un autre hors d'état d'agir avec liberté et réflexion et se rend dès lors responsable des mauvaises actions que cet autre commet en cet état (§78). Quant au législateur bavarois, il décide, rappelle Dufour, que quiconque s'étant, avec préméditation, proposé de commettre un crime, s'est, pour sa perpétration, mis à dessein dans un état d'absence d'esprit, soit par suite de boisson, soit de toute autre manière, sera puni comme coupable avec préméditation, quand même le crime commis en cet état serait d'une nature autre que celui dont le coupable avait médité l'exécution (article 40) ; en outre, d'après l'article 121 de cette même loi bavaroise, un fait est non punissable lorsqu'il a été résolu et exécuté dans un égarement des sens ou de l'esprit, survenu à l'auteur sans sa faute, et pendant lequel il n'avait point la conscience, soit de l'action elle-même, soit de sa culpabilité. Aussi Dufour insiste-t-il :

« Le système adopté dans tous les nouveaux Codes de l'Allemagne relativement à l'ivresse accidentelle, nous paraissent mériter toute l'attention des législateurs français. Nous serions heureux, si nos réflexions pouvaient être la source de quelques changements utiles sur ce point important, lorsqu'on s'occupera de la réforme du Code pénal qui régit actuellement la France »⁸⁹⁹.

C'est encore en matière criminelle qu'intervient Dupin jeune (1795-1846)⁹⁰⁰, lequel offre à la revue une « Analyse de divers ouvrages sur le Jury »⁹⁰¹. A vrai dire, cet article est d'autant plus intéressant qu'il résume parfaitement la conception adoptée par les juristes appartenant au cercle de la *Thémis* relativement à la législation comparée. A propos d'un ouvrage sur *l'Administration de la Justice criminelle en Angleterre, et de l'Esprit du Gouvernement anglais*, par le conseiller à la Cour royale de Paris et secrétaire général du Conseil de la Société royale des Prisons et du Conseil spécial des Prisons de Paris, Charles Cottu (1778-1849), Dupin jeune écrit en effet :

« Par cela même qu'il parle d'une législation étrangère, son livre est plus piquant ; et il n'en est pas moins instructif, puisqu'en déroulant le tableau de l'administration de la justice criminelle chez un grand peuple, il nous met à même de juger en quoi la nôtre est meilleure ou moins bonne, et de connaître ce que nous pourrions nous approprier de cette législation étrangère dans l'état de notre constitution, de nos mœurs et de notre organisation judiciaire. Rien, je crois, ne serait plus utile aux progrès de la science, que de bons traités de législation comparée »⁹⁰².

⁸⁹⁹ *Ibid.*, p. 118.

⁹⁰⁰ Sur cet auteur, consulter notamment : F. BRAMI, V° « Dupin (Philippe-Simon) », *Dictionnaire historique des juristes français...*, *op. cit.*, 1^{ère} éd., 2007, p. 283.

⁹⁰¹ P.-S. DUPIN, « Analyse de divers ouvrages sur le Jury », *Thémis*, t. I, 1819, p. 329-341.

⁹⁰² *Ibid.*, p. 331.

Dix ans plus tard, cette conception n'est toujours pas démentie. Un article signé « W. » – et qui est en fait la reproduction d'un extrait d'un discours prononcé par Birnbaum, à Louvain, en 1828 – rappelle en effet l'importance des études de droit (criminel) comparé :

« Aucune partie de la science du droit n'a un plus grand caractère d'universalité que celle du droit criminel. Il est important de connaître ce qui se fait chez d'autres nations, d'examiner quels résultats ont eus les essais tentés ailleurs, pour s'épargner la peine de mettre de nouveau à l'épreuve ce qui a déjà été jugé et reconnu vicieux. Il y a plus : le lien qui existe aujourd'hui entre tous les peuples policés, impose au gouvernement de chacun, l'obligation de ne pas rester en arrière de la civilisation générale ; de même que nous désirons ne pas voir nos concitoyens jugés à l'étranger d'après des lois barbares, nous devons prendre garde de ne pas avoir des lois pénales qui diminueraient, aux yeux des autres nations, l'estime et la considération que tout peuple jaloux de sa propre grandeur doit tâcher de mériter et de conserver »⁹⁰³.

Ce même « W. » traduira par ailleurs les « Observations critiques sur les Projets de Codes criminels publiés pendant ces dernières années dans les Etats de l'Allemagne », tirées d'un « ouvrage critique (de 186 pages) *sur l'état actuel de la législation en Allemagne* »⁹⁰⁴ publié en 1825 par Mittermaier dont la personnalité exceptionnelle et l'influence incontestable sur les pénalistes français ont été soulignées⁹⁰⁵. Ainsi traduits, les écrits du professeur à l'université d'Heidelberg et ceux des nombreux autres collaborateurs étrangers – principalement allemands, il est vrai – ont véritablement contribué, semble-t-il, à faire de la *Thémis* la première grande revue de comparaison juridique depuis le Code civil. Sur ce point encore,

« le plus actif [...] sera incontestablement Jourdan, qui se dépensera sans compter pour mettre son pays au niveau de son voisin en s'appropriant les résultats de ses recherches. Malgré sa position très marginale et la faiblesse de ses moyens, celui qui fut véritablement l'âme de ce mouvement multipliera les efforts "pour que les communications entre la France et l'Allemagne deviennent de jour en jour plus intimes et plus fréquentes". Ce sera la plus belle époque ; parce que la plus neuve, la plus enthousiaste, la plus capable de fraîcheur d'esprit »⁹⁰⁶.

« Je veux, écrit encore Jourdan dans une lettre à Mittermaier du 12 février 1826 alors que sa santé est déjà chancelante, défrayer la *Thémis* de toutes les nouvelles de l'Allemagne et mettre beaucoup d'exactitude à ce compte rendu »⁹⁰⁷. Pourtant, l'enthousiasme laisse place, assez tôt, à la désillusion puis à la déception⁹⁰⁸.

« C'est qu'au fond [Jourdan] fut, en matière juridique, trop allemand pour la France et trop français pour l'Allemagne. Considéré à Paris comme un disciple à part entière de l'Ecole historique en raison de son opposition à la doctrine dominante qui faisait du Code un monument intouchable, de ses déclarations enthousiastes en faveur du droit romain, considéré comme une législation idéale, et de son goût pour la

⁹⁰³ W., « De la tendance de notre siècle vers la réforme de la législation criminelle ; extrait d'un Discours de M. Birnbaum », *Thémis*, t. IX, 1829, p. 179.

⁹⁰⁴ W., « Observations critiques sur les Projets de Codes criminels publiés pendant ces dernières années dans les Etats de l'Allemagne ; extrait des ouvrages de M. Mittermaier », *Thémis*, t. IX, 1829, p. 190.

⁹⁰⁵ Cf. *supra*, p. 153.

⁹⁰⁶ O. MOTTE, *Lettres inédites de juristes français du XIX^e siècle...*, op. cit., t. I, 1989, p. 40 et s.

⁹⁰⁷ Cité par Olivier Motte : *Ibid.*, p. 895.

⁹⁰⁸ Il écrit par exemple le 11 janvier 1824 à Warnkönig : « Nous n'avancons pas beaucoup ici. Nous sommes dans la bonne voie sans toucher au but. Je suis bien découragé par toutes les difficultés que nous rencontrons à chaque moment » (*Ibid.*, p. 974-975).

philosophie et en conséquence à peu près totalement rejeté, il ne fut pas mieux accepté à Berlin où l'on nota surtout la place essentielle qu'il donnait à la codification, à la fois vecteur et critère des progrès du droit »⁹⁰⁹.

Dans ces conditions, la *Thémis* ne pouvait survivre à la mort de son fondateur, survenue le 27 août 1826 à Deal, près de Douvres. Une autre revue d'histoire du droit devait cependant prendre le relais en 1855 : la *Revue historique de droit français et étranger*.

§2. La *Revue historique de droit français et étranger* (1855-1869)

Comme son titre l'indique, la *Revue historique de droit français et étranger* mêle *histoire du droit* et *comparaison*. Cette double approche a été encouragée tant par Laboulaye que par son collègue Dareste. En ce qui concerne Edouard-René Lefebvre de Laboulaye⁹¹⁰, s'il y a bien une chose à retenir à son sujet, c'est son aversion à l'égard de l'enseignement purement exégétique donné à la Faculté de droit de Paris où il y a été étudiant et au sein de laquelle le droit est réduit, selon lui, à « l'art d'interpréter logiquement la parole du législateur »⁹¹¹. Aussi se tourne-t-il très rapidement vers « l'étude de l'histoire [qui] lui paraît seule de nature à donner toutes leurs dimensions aux institutions »⁹¹² et qui retient dès lors toute son attention. En 1837, il décide de participer par exemple au concours organisé par l'Académie des Inscriptions et Belles-Lettres et son mémoire sur l'« Histoire de la propriété foncière en Occident » est couronné. En 1842, il répond à la question posée par l'Académie des sciences morales et politiques – « Tracer l'histoire du droit de succession des femmes dans l'ordre civil et dans l'ordre politique chez les différents peuples de l'Europe au Moyen Age » – et partage le prix avec deux autres candidats. En 1843, il prend part à un autre concours organisé par l'Académie des inscriptions autour de la question des « lois criminelles des Romains concernant la responsabilité des magistrats » et l'emporte. Ces succès répétés attirent sur lui l'attention de Pardessus et de Benjamin Guérard (1797-1854) et lui valent d'être appelé, à trente-deux ans, à l'Académie des inscriptions dont il est élu membre le 17 janvier 1845, en remplacement de Claude-Charles Fauriel (1772-1844).

Durant cette période de sa vie, le jeune Laboulaye est alors « très influencé par l'Ecole historique allemande »⁹¹³. En effet, « toute la période qui va de 1838 à 1848 est placée sous le

⁹⁰⁹ *Ibid.*, p. 895.

⁹¹⁰ Pour l'heure, il ne s'agit que d'évoquer son goût pour l'histoire du droit ainsi que ses affinités avec Savigny et d'autres disciples de l'Ecole historique allemande qui expliquent en partie sa volonté de fonder avec Dareste la *Revue historique de droit français et étranger* dans laquelle les études de législation comparée sont loin d'être mises à l'écart mais sont au contraire encouragées. D'autres détails biographiques seront donnés sur Laboulaye lorsqu'il s'agira d'aborder la question de la fondation de la *Société de législation comparée* (cf. *infra.*, p. 268 et s.).

⁹¹¹ E. LABOULAYE, *Essai sur la vie et les doctrines de Frédéric Charles de Savigny*, Paris, A. Durand, 1842, p. 7 ; cité par J.-L. HALPERIN, « Laboulaye, historien du droit et / ou comparatiste ? », *Revue internationale de droit comparé*, n° 3, juill.-sept. 2011, p. 519.

⁹¹² J.-J. CLERE, V° « Laboulaye », *Dictionnaire historique des juristes français...*, *op. cit.*, 1^{ère} éd., 2007, p. 445.

⁹¹³ *Ibid.*, p. 445.

signe de la fascination de l'Allemagne et, si l'on considère l'ensemble de son existence, Laboulaye est sans aucun doute le juriste français de sa génération qui l'a le mieux connue »⁹¹⁴. Plus précisément, « la première révélation qu'a eue Laboulaye dès les années 1830 [...] est celle de la doctrine de Savigny »⁹¹⁵ auquel il voue une admiration sans bornes⁹¹⁶ et avec qui il entretint une relation épistolaire sur plus de quinze ans⁹¹⁷. Ces deux personnalités devaient en outre se rencontrer en Allemagne à trois reprises : en 1840, 1846 et 1850. Leurs affinités d'esprit sont telles que Laboulaye devient aussitôt, aux yeux de ses contemporains⁹¹⁸, le fondateur et le chef de l'Ecole historique en France⁹¹⁹.

Deux idées dominent alors la pensée de cet historien du droit. La première est que

« le monde marche providentiellement à un but donné, chaque siècle est une étape, chaque génération un pas dans cette marche immense. La suprême liberté, c'est de marcher volontairement vers ce but divin avec le monde, avec le siècle, avec la génération ; l'abus de liberté c'est de vouloir contrarier ce mouvement de toutes les nations et de tous les âges »⁹²⁰.

La seconde, que « toutes les nations du continent sont solidaires et s'entraînent mutuellement vers un but commun. [...] Cette grande famille chrétienne qui, partie des plus faibles commencements, sera quelque jour seule maîtresse du monde, par la supériorité des idées bien plus encore que par la force matérielle »⁹²¹. En résumé, « toutes [les nations], selon Laboulaye, passent par les mêmes étapes et marchent vers le même but »⁹²². Ainsi entendue, « *l'histoire appelle la comparaison, dans le temps et l'espace* »⁹²³ et Bénédicte Fauvarque-Cosson, citant Jean-Louis Halpérin, rappelle alors à très juste titre que « la combinaison histoire-droit comparé, si elle n'a pas permis au droit comparé de s'épanouir comme discipline autonome, a du moins ouvert la voie à "une histoire contextuelle du droit" »⁹²⁴. Et c'est bien Laboulaye qui, offrant « une lecture politique des systèmes juridiques

⁹¹⁴ O. MOTTE, *Lettres inédites de juristes français du XIX^e siècle...*, op. cit., t. II, 1990, p. 1041.

⁹¹⁵ J.-L. HALPERIN, « Laboulaye, historien du droit et / ou comparatiste ? », art. cit., p. 518-519. La seconde étant celle de la pensée américaine : *Ibid.*, p. 518 et s. Sur la doctrine de Savigny et l'Ecole historique allemande, cf. *supra.*, p. 97 et s.

⁹¹⁶ Il lui consacre par exemple, en 1842, un *Essai* de 77 pages (déjà cité) dont la dédicace porte ces mots de Dante : « Tu duca, tu signore e tu maestro ».

⁹¹⁷ Laboulaye lui communiquera notamment ses trois mémoires qu'il avait soumis à l'Institut de France (cf. *supra.*, p. 197) et qui sont devenus par la suite des livres : E. LABOULAYE, *Histoire du droit de propriété foncière en Occident*, Paris, l'auteur, A. Durand, G. Rimmelman, 1839 ; E. LABOULAYE, *Recherches sur la condition civile et politique des femmes, depuis les Romains jusqu'à nos jours*, Paris, A. Durand, Joubert, Brockhaus et Avenarius, 1843 et E. LABOULAYE, *Essai sur les lois criminelles des Romains concernant la responsabilité des magistrats*, Paris, A. Durand, Joubert, Franck, 1845.

⁹¹⁸ C'est par exemple le cas de Jacques Flach (1846-1919) : J. FLACH, « Vie et œuvres de M. Laboulaye », *Archives du Collège de France*, troisième série, janv.-juill. 1884, p. 613.

⁹¹⁹ Sur cette dernière, cf. *supra.*, p. 103.

⁹²⁰ E. LABOULAYE, *Histoire du droit de propriété foncière en Occident*, op. cit., p. 34 ; cité par O. MOTTE, *Lettres inédites de juristes français du XIX^e siècle...*, op. cit., t. II, 1990, p. 1038.

⁹²¹ E. LABOULAYE, *Recherches sur la condition civile et politique des femmes*, op. cit., p. xi-xii ; également cité par O. MOTTE, *loc. cit.*

⁹²² J.-J. CLERE, *loc. cit.*

⁹²³ B. FAUVARQUE-COSSON, « Deux siècles d'évolution du droit comparé », *Revue internationale de droit comparé*, n° 3, juill.-sept. 2011, p. 528. Nous tenions à souligner cette vérité par l'emploi de l'italique.

⁹²⁴ *Ibid.*, p. 528.

et accordant une place importante aux révolutions juridiques, [...] propose parmi les premiers une réflexion sur la circulation des droits et des institutions »⁹²⁵.

Avec lui, un autre historien du droit : Rodolphe Dareste de la Chavanne⁹²⁶. Né à Paris le 26 décembre 1824, ce dernier entre – comme son frère Cléophas – à l'Ecole des chartes et obtient le diplôme d'archiviste-paléographe le 10 décembre 1846. Parallèlement à cette formation, il suit des études de droit et est reçu avocat au barreau de Paris. Le 21 août 1847, Dareste devient docteur en droit puis, le 20 juillet 1850, docteur ès lettres. L'année suivante (1^{er} février 1851), il acquiert une charge d'avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation qu'il résilie en 1877 pour être nommé, le 17 avril de cette année, conseiller à la Cour de cassation en remplacement de Rau⁹²⁷.

L'on voit déjà, par son parcours universitaire et professionnel, « l'impressionnante diversité des sujets »⁹²⁸ que Dareste a pu traiter au cours de sa vie. Son œuvre, en effet, est immense et elle unit, au même titre que celle de Laboulaye – ce qui explique sans doute le succès de leur collaboration qui, du reste, fut durable⁹²⁹ –, le droit comparé à l'histoire du droit. En ce sens, Dareste s'intéresse d'abord aux jurisconsultes et philologues français des XVI^e et XVII^e siècles, lesquels avaient voulu, comme lui, associer le droit et l'histoire⁹³⁰. Puis, excellent helléniste, il collabore à la *Revue des études grecques* et publie, entre autres, *Du prêt à la grosse chez les Athéniens* en 1867 sans pour autant négliger l'étude du droit romain dont il tient à signaler les textes récemment découverts. En résumé, étant « romaniste, germaniste, slavisant, il est peu de domaines du passé des institutions qu'il n'ait exploré »⁹³¹.

Cette approche « historico-comparative » que Dareste partage avec Laboulaye n'est pas non plus absente des « œuvres de praticien » qu'il a également écrites⁹³². Dans *La justice administrative en France* – œuvre magistrale publiée en 1862 par laquelle Dareste laisse définitivement son nom attaché à l'étude du droit administratif –, il vise par exemple à « replacer le droit administratif dans le temps et dans l'espace afin d'en mieux souligner les singularités nationales »⁹³³, ce qui s'apparente en effet incontestablement à une démarche de

⁹²⁵ J.-L. HALPERIN, « Laboulaye, historien du droit et / ou comparatiste ? », art. cit., p. 525.

⁹²⁶ Les éléments biographiques qui vont suivre sont tirés de : O. MOTTE, *Lettres inédites de juristes français du XIX^e siècle...*, op. cit., t. I, 1989, p. 588-593 et J.-J. CLERE, V^o « Dareste », *Dictionnaire historique des juristes français...*, op. cit., 1^{ère} éd., 2007, p. 231-232.

⁹²⁷ Sur ce dernier, cf. *supra*, p. 78 et s.

⁹²⁸ J.-J. CLERE, V^o « Dareste », *Dictionnaire historique des juristes français...*, op. cit., 1^{ère} éd., 2007, p. 231.

⁹²⁹ En effet, outre la fondation en 1855 de la *Revue historique de droit français et étranger*, les deux hommes vont également éditer ensemble l'*Institution au droit français* de l'abbé Claude Fleury (1640-1723) en 1858 ainsi que le *Grand Coutumier de France* de Jacques d'Ableiges (?-1402) en 1868.

⁹³⁰ Dans son essai sur François Hotman (1524-1590), qu'il publie en 1850, Dareste écrit par exemple : « En recommandant l'étude de l'histoire, [...] Hotman se faisait l'interprète de tous les gens sensés » (R. DARESTE, *Essai sur François Hotman*, Paris, A. Durand, 1850, p. 24).

⁹³¹ O. MOTTE, *Lettres inédites de juristes français du XIX^e siècle...*, op. cit., t. I, p. 588.

⁹³² Deux exemples : R. DARESTE, *De la propriété en Algérie. Commentaire de la loi du 17 juin 1851*, Paris, A. Durand, 1852 ; R. DARESTE, *Code des pensions civiles, contenant la loi du 9 juin 1853*, Paris, s. n., 1854.

⁹³³ J.-J. CLERE, loc. cit.

comparaison juridique⁹³⁴. Autrement dit, « Dareste, comme Laboulaye, pratique une méthode inductive basée sur les faits : tous deux cherchent à connaître la vie du droit en empruntant le chemin de l'histoire »⁹³⁵. C'est très certainement cette similarité de méthode qui explique que les deux hommes se soient associés en 1855 en vue de fonder la *Revue historique de droit français et étranger* (RHD).

Sans surprise, l'article programmatique (de vingt-trois pages) de cette revue, rédigé par Laboulaye, est avant tout une justification de l'emploi de la méthode historique en jurisprudence par les deux codirecteurs ainsi qu'un rappel de « leur » philosophie du droit :

« Jusqu'à présent je n'ai parlé que du passé ; ce n'est point que l'avenir n'ait un grand intérêt pour l'école historique ; tout au contraire, on peut le dire sans crainte de paradoxe, l'avenir intéresse surtout celui qui suit la marche constante de l'humanité, et qui, au moyen des lignes déjà parcourues, cherche la courbe qui reste à décrire. [...] La véritable philosophie du droit, comme celle de l'histoire, est celle à qui ce qui s'est fait donne l'intelligence de ce qui doit se faire. L'histoire comparée du droit, en nous révélant l'origine commune des peuples d'Europe et la similitude de leur développement, en nous donnant le secret de leurs institutions, identiques au fond, quoique de formes différentes, nous fait comprendre le phénomène qui nous frappe aujourd'hui ; et le rapprochement des peuples, amené par les chemins de fer et les progrès de l'industrie, nous paraît non pas l'effet d'un heureux hasard, mais la conséquence naturelle d'une civilisation qui marche depuis quinze siècles. [...] Notre intention est de consacrer une bonne part de la *Revue* à la comparaison des législations modernes, pour servir, autant qu'il nous est possible, ce grand mouvement. Rapprocher les codes des différentes nations en les simplifiant de plus en plus, c'est l'œuvre du législateur ; montrer quel en est l'esprit commun, dégager l'idée dominante, c'est l'œuvre du jurisconsulte, et c'est en cela que consiste pour nous la véritable philosophie du droit »⁹³⁶.

⁹³⁴ Dans le Chapitre XIX sur « Les délits et quasi-délits » de sa *Justice administrative*, Dareste aborde par exemple la question de la responsabilité des fonctionnaires. L'auteur commence alors par retracer et exposer les différents régimes de responsabilité des « fonctionnaires publics » qu'a connus l'Histoire, remontant aux républiques d'Athènes et de Rome. Parmi les textes qu'il évoque (constitution de Gratien, Code de Justinien, ordonnance de Saint-Louis de 1256, etc.), Dareste s'attarde tout particulièrement sur l'article 75 de la Constitution du 22 frimaire an VIII (13 décembre 1799) d'après lequel, en substance, les agents du gouvernement autres que les ministres ne peuvent être poursuivis pour des faits relatifs à leurs fonctions, qu'en vertu d'une décision du Conseil d'Etat ; cette garantie s'appliquant aux poursuites à fins civiles comme aux poursuites à fins criminelles. Autrement dit, selon Dareste, cette disposition constitutionnelle ne permet de saisir la justice à l'encontre du gouvernement « que si l'administration veut bien y consentir » (R. DARESTE, *La justice administrative en France...*, op. cit., p. 517). Aussi s'étonne-t-il de voir cette règle française s'être répandue dans la plus grande partie de l'Allemagne, en Espagne, en Italie et en Autriche dès le début du XIX^e siècle : « Qu'une pareille institution, écrit-il en effet, se soit établie sous des gouvernements despotiques, on le comprend sans peine ; mais il est plus difficile d'expliquer comment elle a pu se maintenir sous des gouvernements constitutionnels » (*Ibid.*, p. 520). Dès lors, bien loin de proposer le système français à l'imitation, Dareste invite au contraire les législateurs étrangers à suivre « la législation anglaise [qui] nous offre en cette matière un admirable modèle à suivre » (*Ibid.*, p. 521 ; l'italique est ici de notre fait). Parce qu'en Angleterre, tous les fonctionnaires sont responsables de leurs actes, « depuis le premier ministre jusqu'au simple constable », non seulement envers la reine ou envers leur supérieur, mais encore, « et c'est l'essentiel », envers le public ; parce qu'ils ne bénéficient pas, comme en France, d'un privilège de juridiction mais sont jugés par les tribunaux ordinaires et, enfin, parce que les subordonnés ne peuvent alléguer pour leur justification les ordres illégaux qu'ils ont reçus de leurs ministres et restent par conséquent soumis à la responsabilité ordinaire, civile ou criminelle, et peuvent ainsi être traduits par les particuliers devant les tribunaux ordinaires, civils ou criminels, sans aucune autorisation préalable ; la loi anglaise semble en effet, aux yeux de Dareste, juridiquement meilleure, à tel point qu'il lui consacrera des développements somme toute assez conséquents qu'il justifiera finalement en ces termes : « Telle est la responsabilité des fonctionnaires publics en Angleterre. On nous pardonnera d'avoir insisté ici plus que d'habitude sur une législation étrangère. C'était nous le croyons du moins, une nécessité du sujet » (*Ibid.*, p. 525).

⁹³⁵ J.-J. CLERE, V^o « Dareste », *Dictionnaire historique des juristes français...*, op. cit., 1^{ère} éd., 2007, p. 232.

⁹³⁶ E. LABOULAYE, « De la méthode historique en jurisprudence et de son avenir », *Revue historique de droit français et étranger*, t. I, 1855, p. 22-23.

Dès lors, il ne faut pas s'y tromper : si, bien-sûr, la *RHD* propose principalement des études d'histoire (comparée) du droit à ses lecteurs, il reste que les articles de droit *positif* comparé sont également loin d'être absents. Dans les deux cas, l'objectif doit cependant rester le même : rapprocher les législations des nations les plus diverses.

Prenons quelques illustrations. En 1855, Paul Laboulaye publie par exemple une « Etude sur le droit de propriété littéraire en Allemagne » et rappelle, à la suite de son père⁹³⁷, que

« à une époque où les nations tendent à se rapprocher, où leurs différences semblent diminuer tous les jours pour laisser place à des idées communes, à des principes universels, c'est une étude utile que de donner à une législation le spectacle d'une législation voisine. Jeter dans la circulation le contingent d'un peuple étranger, c'est le moyen le plus sûr de favoriser le progrès et d'amener l'unité »⁹³⁸.

S'appuyant sur un ouvrage de Bluntschli sur le droit privé allemand, Laboulaye fils traite effectivement, dans la première partie de son étude, de l'histoire de la propriété littéraire en Allemagne puis, dans la seconde, du droit positif allemand applicable en la matière. A ce titre, il en vient à dresser quelques parallèles entre la législation d'outre-Rhin et la loi française sans toutefois chercher à les « hiérarchiser » dans la mesure où – insistons sur ce point – ce qui importe véritablement à l'auteur, c'est le rapprochement des législations européennes entre elles :

« Toute personne qui s'intéresse au triomphe de la vérité, conclut-il en effet, sera heureuse de voir que les législations de France et d'Allemagne reconnaissent les mêmes principes. On en peut dire autant de la loi anglaise. La communauté des idées amène par toute l'Europe l'établissement de règles semblables, et de cette ressemblance des lois sortira nécessairement un droit international, ou, pour mieux dire, un droit européen. Pour moi, j'ai vu avec un vif plaisir les jurisconsultes allemands citer à chaque instant comme une autorité le savant jurisconsulte à qui nous devons le *Traité des droits d'auteurs*, et travailler ainsi à l'établissement d'une législation commune, qui donne aux auteurs français le droit de cité en Allemagne, et aux auteurs allemands le droit de cité en France »⁹³⁹.

En 1857, Nicolas Damaschino fait quant à lui paraître un article sur la transcription du droit de propriété immobilière et les autres droits réels en Grèce dans lequel il s'agit davantage de relever – et de saluer – les améliorations apportées par le législateur étranger à la loi française qui lui a servi de modèle. Cet avocat à la Cour impériale de Paris et docteur en droit remarque en effet que, si les législateurs de la Grèce se sont bien aidés de la loi française du 23 mars 1855 sur la transcription hypothécaire⁹⁴⁰, ils ne s'y sont toutefois pas « conformés

⁹³⁷ Sauf erreur, il s'agit effectivement du fils d'Edouard Laboulaye. Né en 1833, Paul Lefebvre de Laboulaye devient docteur en droit puis entre en 1855, après des séjours à Heidelberg et à Londres, au ministère des affaires étrangères en qualité de rédacteur. En 1870, il est nommé secrétaire d'ambassade à Bruxelles. En 1873, il est envoyé comme premier secrétaire à l'ambassade de Berne puis, deux ans plus tard, à Saint-Petersbourg. Il devient ministre plénipotentiaire à Lisbonne en 1878, ambassadeur à Madrid en 1886 et enfin à Saint-Petersbourg en 1887. Il meurt en 1905 après avoir demandé sa mise à la retraite anticipée (O. MOTTE, *Lettres inédites de juristes français du XIX^e siècle...*, op. cit., t. II, 1990, p. 1037-1038).

⁹³⁸ P. LABOULAYE, « Etude sur le droit de propriété littéraire en Allemagne », *Revue historique de droit français et étranger*, t. I, 1855, p. 272.

⁹³⁹ *Ibid.*, p. 300.

⁹⁴⁰ Laquelle offrait un plan que « les législateurs grecs ont eu le bon sens [d'] adopter dans la loi du 29 octobre 1856 » (N. DAMASCHINO, « De la loi sur la transcription du droit de propriété immobilière et des autres droits réels en Grèce », *Revue historique de droit français et étranger*, t. III, 1857, p. 284).

servilement »⁹⁴¹ mais ont opéré, au contraire, « quelques changements presque toujours heureux et parfois très-importants, à raison desquels il [...] paraît intéressant de faire connaître la loi du 29 octobre »⁹⁴². Simplement, pour ne pas entrer dans de trop longs développements, l'auteur se borne à « donner une traduction de cette loi grecque, en l'accompagnant de quelques remarques sur ce qu'elle a de particulier et de différent de la loi française »⁹⁴³. Ainsi, chaque article, traduit, de la loi du 29 octobre 1856 est accompagné d'un commentaire dans lequel Damaschino note les analogies, les différences ou encore les ajouts faits par le législateur grec à la loi française de 1855. Dès lors, les dispositions grecques sont tantôt saluées, tantôt critiquées ; à l'image d'ailleurs de ce qu'écrivait l'auteur en conclusion :

« Pour résumer en quelques mots notre pensée sur cette loi, nous dirons que, faite d'après le plan de la loi française du 23 mars 1855, elle est meilleure que celle-ci sur plusieurs points. C'est ainsi, pour prendre seulement deux exemples, que, d'après la loi du 29 octobre, la transcription est nécessaire pour transférer la propriété immobilière ou ses démembrements, *même entre les parties*, tandis que la loi du 23 mars n'exige la transcription *qu'à l'égard des tiers* ; c'est encore ainsi que la loi du 29 octobre, supposant la concurrence de plusieurs transcriptions faites le même jour, pour des droits relatifs au même immeuble, donne la préférence à la transcription du titre le plus ancien, au lieu qu'en présence du silence de la loi du 23 mars sur cette hypothèse, on doit, dans le droit français, donner la préséance à la transcription opérée la première. Mais nous ferons aux législateurs grecs le reproche de n'avoir pas toujours assez approfondi les questions qu'ils ont résolues, de s'être laissé dominer par les craintes peu fondées ou tout au moins exagérées qu'ont subies les auteurs de la loi française et d'avoir limité par là l'application des règles posées par eux aux actes entre-vifs et aux actes postérieurs au 1^{er} janvier 1857. Toutefois, malgré ces critiques sérieuses qu'on peut adresser à la loi grecque, il nous paraît impossible de ne pas reconnaître qu'elle est réellement en progrès sur la législation française »⁹⁴⁴.

En 1862, l'analyse du Code pénal norvégien du 20 août 1842 par Etienne Tenaille-Saligny (1830-1889), avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, montre que l'intérêt de la *RHD* pour les droits étrangers ne faiblit pas au cours du temps. D'abord présenté, semble-t-il, comme un code à ne pas imiter⁹⁴⁵, l'auteur, en le comparant avec le Code pénal français de 1810, ne lui trouvera pourtant que des qualités. A propos du droit de punir, il remarque par exemple que,

« laissant à l'écart, comme ne relevant que de l'opinion publique et de la justice divine, tout fait coupable qui ne constitue par lui-même qu'une infraction à la loi du devoir, [nos législateurs] n'ont cherché à atteindre et à réprimer que les actes dont la perpétration a pour but d'attenter au droit d'autrui. [...] Le législateur norvégien, au contraire, en énumérant les faits punissables et en déterminant les peines qui devaient les frapper, semble s'être bien moins attaché à défendre la société contre les agressions de nature à menacer sa sécurité, qu'à protéger la loi morale elle-même contre les transgressions dont elle peut être l'objet. [...] La pente sur laquelle [les rédacteurs du Code norvégien] se trouvaient placés était glissante et pouvait aisément les conduire à une exagération regrettable des droits de la société ; ils ont su s'arrêter à

⁹⁴¹ *Ibid.*, p. 284.

⁹⁴² *Ibid.*, p. 284.

⁹⁴³ *Ibid.*, p. 284.

⁹⁴⁴ *Ibid.*, p. 292.

⁹⁴⁵ « Ce code, le dernier venu peut-être parmi les codes criminels de l'Europe, est-il vraiment le moins imparfait d'entre eux ? Est-il digne des soins dont son enfantement a été entouré ? Approche-t-il quelque peu de l'idéal poursuivi par les criminalistes contemporains ? Nous n'oserions l'affirmer ; nous considérons même plusieurs de ses dispositions comme de nature à heurter les idées généralement reçues en France sur l'origine et les conditions du droit de punir » (E. TENAILLE-SALIGNY, « Code pénal de Norvège », *Revue historique de droit français et étranger*, t. VIII, 1862, p. 349).

temps en se contentant d'apporter les rigueurs de la loi sur certains faits qui, sans porter atteinte aux droits d'autrui, n'en ont pas moins un caractère incontestable d'immoralité »⁹⁴⁶.

La comparaison entre le Code pénal de 1810 et celui de 1842 tourne encore à l'avantage du second lorsqu'elle porte sur le pouvoir d'appréciation du juge. En France,

« le Code pénal pèche par excès de laconisme ; l'élasticité de son texte, en effet, laisse parfois planer l'incertitude sur la qualification qu'il convient de donner à tel ou tel acte coupable, et l'assimilation rigoureuse établie au point de vue de la pénalité entre tous les faits de même nature (art. 401 et 405 notamment) arme souvent le juge d'un pouvoir d'appréciation que l'on peut, sans témérité, considérer comme excessif »⁹⁴⁷.

En Norvège,

« [les rédacteurs du Code] ne se sont pas contentés de prévoir et de définir les principaux actes par lesquels l'intention criminelle peut communément se produire ; après avoir analysé ces actes et avoir opéré entre eux une classification basée sur le degré de perversité dont ils sont la manifestation, ils ont encore minutieusement recherché les circonstances aggravantes ou atténuantes qui peuvent en précéder, en accompagner ou en suivre la perpétration ; ils ont spécifié ces circonstances, et ont rigoureusement attaché à l'existence de chacune d'elles des conséquences particulières qui s'imposent au juge, et que celui-ci ne peut ni aggraver, ni restreindre ; ils ont, en un mot, subdivisé les délits tels que notre Code pénal les définit, en presque autant de délits spéciaux qu'il peut se présenter d'espèces différentes »⁹⁴⁸.

Et l'auteur de conclure sur ce point : « Ce système, nous n'hésitons pas à le dire, nous semble infiniment préférable au procédé employé par les rédacteurs du Code de 1810 »⁹⁴⁹. D'ailleurs, c'est bien l'ensemble du Code pénal de Norvège qui est, aux yeux de Tenaille-Saligny,

« sinon un chef-d'œuvre, du moins une œuvre de sagesse et de progrès. Fruit de travaux consciencieux, de longues méditations et de scrupuleuses recherches, il présente, sans contredit, des côtés défectueux, mais il a un mérite qui nous le rend particulièrement estimable, celui de révéler à chacune de ses pages l'esprit hautement libéral qui l'a inspiré. C'est à ce titre surtout qu'il nous semble digne d'être connu et étudié par ceux qui, sans méconnaître la valeur de notre législation pénale, désirent cependant y voir introduire des modifications dont l'expérience a depuis longtemps déjà démontré la nécessité »⁹⁵⁰.

En 1862, à nouveau, un autre Code pénal étranger attire l'attention de la *RHD* et plus particulièrement de Valette, alors professeur à la Faculté de droit de Paris, à savoir le Code pénal prussien de 1851. Dans le compte rendu qu'il offre à la *Revue* de l'ouvrage *Code pénal prussien du 14 avril 1851* de Jean-Servais-Guillaume Nypels (1803-1886), Valette propose en effet de donner « une idée générale des longs travaux préparatoires du nouveau Code pénal prussien »⁹⁵¹ puis de s'occuper des dispositions même de ce Code, « en ce qu'elles ont de plus remarquable »⁹⁵². A cet égard, il observe tout d'abord que la division du Code de 1851

⁹⁴⁶ *Ibid.*, p. 349-350.

⁹⁴⁷ *Ibid.*, p. 350.

⁹⁴⁸ *Ibid.*, p. 351.

⁹⁴⁹ *Ibid.*, p. 351.

⁹⁵⁰ *Ibid.*, p. 352.

⁹⁵¹ A. VALETTE, « Compte rendu sur le *Code pénal prussien du 14 avril 1851* », *Revue historique de droit français et étranger*, t. VIII, 1862, p. 613.

⁹⁵² *Ibid.*, p. 613.

présente « une très-grande analogie avec celle du Code français »⁹⁵³ mais il indique ensuite « les points qui, dans [la partie générale du Code prussien], [lui] ont paru les plus importants et les plus dignes de remarque »⁹⁵⁴. Surtout, dans sa conclusion, Valette pose la question de la circulation des modèles juridiques en matière de codification pénale :

« Suivant M. Nypels [...], écrit-il en effet, le législateur prussien a eu la sagesse de consulter à propos un *bon modèle*, quant à la *forme*, c'est-à-dire quant au cadre des matières et à la rédaction. Ce *modèle*, on le devine sans peine, est notre Code français. "Quant au *fond*, dit le savant criminaliste belge, c'est différent." M. Mittermaier, de son côté (*Archiv für Preussisches Strafrecht*, t. VII, p. 14 et seq.), fait remarquer que le Code prussien sert lui-même aujourd'hui de modèle (comme jadis le Code bavarois de 1813) aux nouveaux Codes qui s'élaborent, particulièrement dans le nord de l'Allemagne »⁹⁵⁵.

En 1863, il revient à Ambroise Buchère – docteur en droit, substitut à Charleville et procureur impérial à Saint-Claude – d'examiner la justice civile en Angleterre⁹⁵⁶. Si l'essentiel de l'article consiste en une description – sans comparaison aucune – de l'organisation judiciaire des tribunaux civils anglais, ce dernier s'achève néanmoins sur la question du jury qu'il confronte avec le système adopté en France. Selon Buchère, le jury anglais ne décide que des questions de fait et « adopte aveuglément l'opinion du juge »⁹⁵⁷ sur les questions de droit.

⁹⁵³ *Ibid.*, p. 616.

⁹⁵⁴ Ces points sont au nombre de neuf. Le premier d'entre eux concerne les peines principales que sont la mort, la privation de la liberté à vie ou à temps et l'amende. Le deuxième point vise l'interdiction légale, adoptée par le Code prussien pour le cas de condamnation à la maison de force, peine qui peut être prononcée à vie ou à temps (article 11 du Code pénal prussien de 1851). Le troisième point traite des modalités d'application de la peine de mort, laquelle doit être exécutée dans un lieu clos, soit à l'intérieur de la prison, soit ailleurs, sur une place où le public n'est pas admis, et en présence de certains témoins (article 8). Le quatrième point est relatif à la tentative (article 31 à 33) vis-à-vis de laquelle le législateur prussien a abandonné « l'ancienne doctrine du *droit commun allemand*, conservée dans tous les autres Codes de l'Allemagne, et qui refuse d'assimiler la tentative au crime ou délit consommé » (*Ibid.*, p. 618), pour admettre au contraire la « fâcheuse simplification » (*Ibid.*, p. 618) du Code pénal français. Le cinquième point renvoie aux articles 34 et 35 du Code de 1851, lesquels distinguent entre la participation essentielle à un crime ou à un délit, c'est-à-dire indispensable à l'exécution du fait, et la participation non essentielle. Quant au recel lui-même, « que notre Code a si étrangement puni comme *complicité* » (*Ibid.*, p. 619), il forme l'objet des articles 237 à 240 du Code prussien. Le sixième point concerne la prescription de l'action publique (article 45 et 48) qui varie suivant la nature ou la durée de la peine dont les crimes ou les délits sont passibles. Cependant, aucune prescription n'est admissible contre les peines prononcées par un jugement passé en force de chose jugée (article 40), « à la différence de ce qui existe chez nous » (*Ibid.*, p. 620) mais conformément au « système admis dans tous les Codes de l'Allemagne » (*Ibid.*, p. 620). Le septième point est relatif aux circonstances atténuantes. « Sur cet objet, [...] nous sommes heureux de pouvoir le dire, notre Code pénal actuel nous paraît décidément supérieur. Il va tout droit au but, sans distinctions subtiles sur les cas et les espèces, en attribuant d'une manière générale, au juré ou au juge, la faculté d'apprécier dans chaque cause les circonstances atténuantes en faveur de l'accusé ou du prévenu. La loi pénale est ainsi devenue plus flexible, plus humaine, et par cela même, plus intelligente et plus *applicable* dans l'infinie diversité de faits que présentent les affaires criminelles. Combien de fautes scientifiques ne rachète pas un semblable principe ! Le législateur de Prusse nous paraît s'être mal à propos arrêté en chemin, lorsque, au lieu de laisser un libre cours à l'appréciation consciencieuse du juré ou du juge, il distingue sans raison suffisante et appréciable (selon nous du moins) entre les diverses infractions, pour admettre ou rejeter le tempérament dont il s'agit » (*Ibid.*, p. 620-621). Le huitième point expose les règles suivies en matière de concours ou cumul de plusieurs crimes et délits (articles 55 à 57), abstraction faite de la récidive proprement dite. Enfin, le neuvième point se réfère à la récidive en tant que circonstance aggravante (articles 58 et 60).

⁹⁵⁵ *Ibid.*, p. 622.

⁹⁵⁶ A. BUCHÈRE, « De la justice civile en Angleterre », *Revue historique de droit français et étranger*, t. IX, 1863, p. 122-181 et 318-365.

⁹⁵⁷ *Ibid.*, p. 180.

« Ce n'est donc pas réellement le jury qui décide les procès civils, mais le juge, qui seul et sans assesseur, tranche de graves questions qui intéressent la fortune des citoyens. Dès lors, la prétendue garantie résultant de l'examen par les jurés est réellement illusoire, et leur intervention dans les procès civils n'a d'autre résultat que d'augmenter les frais et d'entraîner des lenteurs regrettables »⁹⁵⁸.

Pour cette raison, Buchère, sans nier complètement « les avantages que peut retirer l'Angleterre de son organisation judiciaire »⁹⁵⁹, n'en envie toutefois pas les résultats et ne la croit pas préférable à « la marche régulière de nos tribunaux »⁹⁶⁰ ; lesquels « répondent mieux aux besoins de notre pays et de notre époque »⁹⁶¹, rendent par conséquent la justice civile « d'une manière plus rapide et moins coûteuse »⁹⁶² et présentent, par la réunion de plusieurs juges en leur sein, « des garanties qui manquent aux Cours de l'Angleterre »⁹⁶³. Seulement, l'auteur se garde de comparer les deux systèmes parce que « les caractères des deux nations sont tellement dissemblables, que certaines règles qui conviennent à l'une d'elles ne pourraient fonctionner chez l'autre »⁹⁶⁴. Dès lors, « pour bien juger les institutions judiciaires de l'Angleterre, il faut [...] oublier en quelque sorte les idées que nous suggère l'ensemble de notre organisation judiciaire, et en faire abstraction dans l'appréciation de celle de la nation voisine »⁹⁶⁵. Pourtant, en affirmant que

« les institutions judiciaires de l'Angleterre ne nous paraissent point en harmonie avec les idées libérales de notre époque. La justice doit être égale pour tous les citoyens ; pour arriver à ce résultat, elle doit être rapide, peu coûteuse, à la portée de tous les justiciables. L'organisation judiciaire anglaise, avec sa haute magistrature, ses cours supérieures de loi commune et d'équité résidant à Londres, ses procédures lentes et coûteuses, ne satisfait aucun de ces principes, admis aujourd'hui comme une nécessité sociale ; l'intervention du jury, malgré l'importance qu'y attachent les Anglais, ne nous paraît apporter aucune garantie sérieuse en matière civile. Il nous sera donc permis de dire, en terminant cette étude, sans crainte d'être taxé de partialité nationale, que la France n'a rien à envier à l'Angleterre, au point de vue de l'administration de la justice »⁹⁶⁶,

⁹⁵⁸ *Ibid.*, p. 180.

⁹⁵⁹ *Ibid.*, p. 180.

⁹⁶⁰ *Ibid.*, p. 180.

⁹⁶¹ *Ibid.*, p. 181.

⁹⁶² *Ibid.*, p. 181.

⁹⁶³ *Ibid.*, p. 181.

⁹⁶⁴ *Ibid.*, p. 352. L'auteur développe par ailleurs ce point : « En Angleterre s'est perpétué, malgré l'esprit libéral du pays, le principe d'une haute aristocratie, et avec lui celui du *self-government*. En France, à côté d'une centralisation qui écarte toute intervention des citoyens dans l'administration, la démocratie tend à se développer chaque jour et à prendre place dans toutes nos institutions. On l'a dit souvent, et avec vérité, si l'Angleterre aime la liberté et en fait le but principal de ses aspirations, la France semble lui préférer l'égalité. En Angleterre, l'aristocratie impose le respect : en France, elle inspire la crainte. Cette différence dans le caractère des deux peuples amène dans des institutions, en apparence identiques, des dissemblances frappantes. En Angleterre, les juges de paix, chargés de maintenir l'ordre public dans le comté, sont les grands propriétaires du pays, et ne sont revêtus d'aucune fonction publique ; les jurés appelés à statuer dans les affaires criminelles et civiles sont, presque exclusivement, choisis parmi les propriétaires du sol. En France, les juges de paix sont de véritables magistrats, revêtus d'un caractère public, sans lequel leur autorité serait le plus souvent méconnue ; les jurés ont été pris pendant longtemps dans toutes les classes de la société ; l'exercice de ces fonctions était revendiqué comme un droit politique, et il a fallu l'expérience d'un demi-siècle pour permettre d'en fixer le choix d'après les seules considérations de l'intelligence, qui doivent assurer la rectitude de leurs décisions » (*Ibid.*, p. 352-353).

⁹⁶⁵ *Ibid.*, p. 353.

⁹⁶⁶ *Ibid.*, p. 365.

Buchère a nécessairement comparé puisqu'il conclut à la satisfaction de l'administration française de la justice *au regard de* celle de l'Angleterre.

En 1866, Paul Gide (1832-1880) s'occupe de la législation civile dans le nouveau royaume d'Italie et rappelle qu'il y aurait peut-être

« quelque intérêt, pour le jurisconsulte et le publiciste, à comparer ces nouveaux codes à ceux qui les ont précédés ou leur ont servi de modèle, et à rechercher si l'un des peuples les plus libres et les plus éclairés de l'Europe moderne n'a pas su faire un pas de plus à la science de la législation. [...] Depuis un demi-siècle, les lois de ces Etats, formées d'abord à l'école de la nôtre, se sont développées, se sont émancipées, et elles peuvent aujourd'hui fournir en retour au législateur français plus d'un utile enseignement. Si nous prenions la peine de les étudier, peut-être verrions-nous plus d'une réforme civile, repoussée parmi nous comme impraticable, s'établir et fonctionner avec succès de l'autre côté de la frontière »⁹⁶⁷.

Incontestablement, la philosophie du droit de Laboulaye trouve écho chez cet agrégé à la Faculté de droit de Paris, pour qui « la frontière n'est plus une barrière aujourd'hui : aujourd'hui, les peuples échangent librement entre eux leurs idées comme leurs marchandises, et toute innovation juridique qui, chez nos voisins, aura subi avec succès l'épreuve de l'expérience, sera bien près de se réaliser chez nous »⁹⁶⁸. Désirant signaler, dans le Code civil du royaume d'Italie rendu public et exécutoire à dater du 1^{er} janvier 1866, « les innovations et les réformes qui peuvent être pour nous-mêmes un enseignement et un exemple »⁹⁶⁹, Gide fait alors le choix – non guidé, précise-t-il, par « un esprit de partialité »⁹⁷⁰ mais uniquement par « le désir d'être [...] plus utile à mes lecteurs »⁹⁷¹ – de « signaler seulement les meilleures de ses dispositions et passer les autres sous silence »⁹⁷². Pour ce faire, l'auteur recourt à la comparaison juridique et oppose ainsi le Code italien au Code Napoléon⁹⁷³ avant de conclure :

⁹⁶⁷ P. GIDE, « De la législation civile dans le nouveau royaume d'Italie », *Revue historique de droit français et étranger*, t. XII, 1866, p. 392-393.

⁹⁶⁸ *Ibid.*, p. 393.

⁹⁶⁹ *Ibid.*, p. 404.

⁹⁷⁰ *Ibid.*, p. 404.

⁹⁷¹ *Ibid.*, p. 404.

⁹⁷² *Ibid.*, p. 404.

⁹⁷³ Assurément, cette comparaison tourne à l'avantage du Code du royaume d'Italie. Sur la puissance paternelle, Gide écrit par exemple : « La puissance paternelle, sous le code de 1866, n'est plus une magistrature ; aussi n'est-ce point au père seul qu'elle est dévolue, mais aux deux parents à la fois. Le père, sans doute, en a l'exercice, de préférence à la mère ; mais cette règle n'a rien d'absolu, et, à cet égard, la loi italienne est en progrès sur la nôtre » (*Ibid.*, p. 406-407). Quant à la puissance maritale : « Ici encore nous allons voir la loi italienne, toujours animée du même esprit progressif et sagement libéral, accomplir plus d'une réforme qui peut-être un jour servira de modèle à la loi française. [...] En premier lieu, [le Code italien] n'exige plus une autorisation spéciale ; il n'impose plus au mari l'obligation d'intervenir comme un tuteur dans tous les contrats que sa femme aura souscrits. Désormais le mari [...] pourra, en confiant à sa femme une autorisation générale, la laisser libre de veiller à ses intérêts elle-même et de disposer de ses biens à son gré. [...] Une seconde innovation de la loi italienne, c'est le droit conféré à la femme d'agir seule et sans contrôle, toutes les fois que le mari est lui-même incapable ou indigne de l'autoriser [...]. Tel est le contraste entre les deux législations ; je laisse à juger de quel côté est le bon sens et la prudence » (*Ibid.*, p. 408-410). Plus spécifiquement, sur la puissance maritale en situation de séparation de corps : « La matière délicate de la séparation de corps occupe, dans le code italien, une plus grande place que dans le nôtre. [...] Aujourd'hui encore, la femme qui a obtenu la séparation de corps reste soumise à l'autorité d'un époux indigne et ne peut agir sans demander sa permission. Le législateur italien s'est placé à un point de vue tout différent et, à ce qu'il nous semble, bien préférable. Tout en proclamant l'indissolubilité du mariage et en donnant ainsi satisfaction au sentiment religieux du pays, il a voulu laisser en

« Dans le grand travail de rénovation entrepris de nos jours par la nation italienne, s'il est des réformes qui se sont produites avec plus d'éclat, il n'en est pas peut-être de plus profonde ni surtout de plus durable ; car, nous en avons la ferme assurance, quelles que puissent être les destinées politiques que l'avenir réserve à l'Italie, l'œuvre législative de 1866 ne périra point, et elle suffirait à elle seule pour valoir au gouvernement qui a su l'accomplir la reconnaissance de la postérité »⁹⁷⁴.

En d'autres termes, si, de 1855 à 1869 – comme l'illustrent les contributions choisies –, la plupart des juristes qui écrivent pour le compte de la *RHD* respectent les lignes directrices tracées dans l'article programmatique de Laboulaye et œuvrent effectivement pour un rapprochement législatif des différentes nations (dont la réalisation certaine et inévitable serait, du reste, démontrée par l'histoire), d'autres n'hésitent cependant pas à formuler des critiques, parfois sévères, à l'égard des lois étrangères au nom, cette fois-ci, du perfectionnement du droit national. Autrement dit, pour ces derniers, le rapprochement entre les diverses législations ne doit pas se faire au détriment de la qualité juridique de la loi française ou bien au prix de « compromis législatifs » inacceptables. Une telle attitude montre finalement qu'il peut être parfois difficile d'aligner parfaitement l'ensemble des contributeurs d'une revue juridique sur l'objectif initialement fixé par son ou ses directeurs.

Avec Laboulaye et Dareste, d'autres fondateurs de revues juridiques entendent poursuivre l'œuvre de Jourdan et de la *Thémis* ; en particulier dans le domaine de la jurisprudence et de la législation.

même temps la plus large place possible à la liberté civile, et en conséquence il a rendu la séparation de corps à la fois plus facile et plus efficace » (*Ibid.*, p. 410). Ensuite, sur les enfants naturels : « Traités avec une sévérité presque inhumaine par les législateurs qui faisaient de la famille une institution civile et politique, ils ont vu peu à peu leur sort s'adoucir à mesure que les affections et les devoirs naturels ont repris, dans la constitution domestique, la place qu'avait usurpée trop longtemps la raison d'état. Jamais, je l'ai déjà remarqué, ces sentiments naturels n'avaient trouvé une plus large consécration que dans le nouveau code italien ; jamais aussi les enfants illégitimes n'avaient été plus généreusement traités par la loi. Le code de Victor-Emmanuel, à la différence du Code Napoléon, admet la légitimation par décret royal, ce qui lui permet de frapper d'une prohibition formelle un acte que les principes du droit et ceux de la morale condamnent également, l'adoption de l'enfant naturel » (*Ibid.*, p. 411-412). Concernant le régime des successions : « La loi italienne est sagement revenue à ces principes d'équité naturelle qu'avaient consacrés déjà en grande partie, il y a treize siècles, les Novelles de Justinien. Comme dans les Novelles, le père et la mère, et en général les ascendants du défunt, concourent avec ses frères et sœurs, se partageant les biens par parts viriles, et excluent, sans distinction de ligne, tous les autres collatéraux. L'enfant naturel prend place parmi les héritiers légitimes ; il passe avant tous les collatéraux, même avant les frères et sœurs ; il prend une demi-part, s'il partage la succession avec des enfants légitimes ; il prend les deux tiers, s'il vient en concours avec des ascendants ou le conjoint survivant. Quant au conjoint survivant lui-même, la loi italienne ne s'est pas bornée à rétablir en sa faveur les anciennes Novelles, et à lui octroyer cette espèce d'aumône légale qu'on appelait la *quarte pauvre* ; elle a créé pour lui un système complet de succession, digne de servir de modèle aux législateurs futurs » (*Ibid.*, p. 413). Enfin, à propos du régime hypothécaire : « Si le but du législateur, dans le régime hypothécaire, doit être avant tout la consolidation du crédit foncier et son développement, tel n'est pas, ce semble, le but qu'a poursuivi le législateur français. On croirait qu'il s'est appliqué, non pas à étendre le crédit des propriétaires, mais à le restreindre. D'un côté, il multiplie et prodigue les hypothèques judiciaires et légales, qui sont la ruine du crédit ; de l'autre, il impose des restrictions de toute sorte à l'hypothèque conventionnelle. Mieux inspirée, je crois, et, à coup sûr, plus libérale, la loi italienne a voulu, au contraire, faciliter les conventions d'hypothèque, et en même temps réduire le nombre et l'étendue des hypothèques forcées » (*Ibid.*, p. 420).

⁹⁷⁴ *Ibid.*, p. 422.

Section 2 – Les comparatistes et les « revues de législation »

« La *Thémis* a eu des continuateurs [...]. On les mentionnera [...] pour ce qu'ils ont apporté à la pensée juridique et afin de montrer que le mouvement d'idées lancé au début du siècle n'avait rien d'un feu de paille »⁹⁷⁵. Et Philippe Jestaz d'évoquer, avec Christophe Jamin, Fœlix d'une part (§1), Wolowski d'autre part (§2).

§1. La *Revue Fœlix* (1834-1850)

Originale, la *Revue étrangère de législation et d'économie politique* – aussi appelée « *Revue Fœlix* » – l'est (au moins) sur un point : elle n'entend se consacrer qu'exclusivement aux droits étrangers. Mais qui est Fœlix ? Fils d'un conseiller à la Cour royale de Cologne, Jean-Jacques-Gaspard Fœlix est né le 3 juin 1791 à Oberstein, dans l'électorat de Trèves, alors principauté ecclésiastique. Il commence ses études à la Faculté de droit de Coblence pendant la période française et obtient la licence, à Mayence, le 9 juin 1812. En 1814, Fœlix revient à Coblence pour s'y établir en tant qu'avocat-avoué alors qu'au sein des provinces rhénanes, que la France abandonne, les conflits de lois entre les codes français et le droit commun allemand ainsi que les nombreuses législations locales subsistent : « Fœlix est condamné à pratiquer la législation comparée »⁹⁷⁶. Etabli à Paris – où il envisage de faire carrière – depuis juin 1826, il obtient le 1^{er} mars 1829 des lettres de déclaration de naturalité ; ce qui lui permet de s'inscrire rapidement au barreau de Paris (1^{er} mai 1829). Là encore, Fœlix dévoile son intérêt certain – et son talent – pour le droit comparé puisqu'il se spécialise dans les consultations sur les matières faisant intervenir le droit étranger⁹⁷⁷. Aussi commence-t-il à écrire pour des avocats : déjà, en 1820 (puis en 1828), son *Traité des rentes foncières* paraissait à Paris ; en 1827, c'est un *Code forestier* en deux volumes qu'il fait publier ; en 1832, un *Commentaire de la loi du 17 avril 1832 sur la contrainte par corps* ; dix ans plus tard, un précis sur les *Mariages contractés en pays étrangers* puis, en 1843, son traité *De l'effet ou de l'exécution des jugements dans les pays étrangers*.

La même année 1843, un autre traité devait faire sa réputation : le *Traité du droit international privé*⁹⁷⁸. Dans ce dernier, Fœlix s'attache à rapprocher les législations, ce qui n'est pas sans rappeler la philosophie du droit adoptée par Laboulaye à la même période.

⁹⁷⁵ P. JESTAZ et C. JAMIN, *La doctrine*, op. cit., p. 100.

⁹⁷⁶ J.-O. KEISTINE, *La Revue Fœlix (1834-1843). Un miroir allemand pour la science du droit en France*, Thèse, Droit, Université Paris-Est Marne-la-Vallée, t. I, 2011, p. 94.

⁹⁷⁷ J.-L. HALPERIN, V° « Fœlix », *Dictionnaire historique des juristes français...*, op. cit., 1^{ère} éd., 2007, p.335.

⁹⁷⁸ L'ouvrage fera l'objet de quatre rééditions jusqu'en 1866.

D'ailleurs, Fœlix s'inscrit dans la doctrine éclectique qui s'établit au cours de la période de la Monarchie de Juillet et dont Laboulaye est l'un des représentants. Or,

« considérées en leur principe, les démarches comparatistes et éclectiques sont voisines. Elles supposent la possibilité de rapprocher et, de fait, d'échanger des techniques juridiques et politiques relevant de peuples différents, éloignées aussi bien dans l'espace que dans le temps. [...] Le comparatisme renseigne sur l'état des institutions juridiques et politiques en Europe. L'éclectisme sélectionne les aspects les plus prégnants des différents systèmes philosophico-politiques, afin de les fondre en un ensemble formant un tout original à partir de composants déjà identifiés. Comparatisme et éclectisme se nourrissent de la permanence des institutions. Le comparatisme la constate et l'éclectisme la consacre. Observer la réalité d'un fait et évaluer sa validité renvoie à la science historique, non pas en tant que recherche, relation et explication des faits passés mais en tant que réception d'un phénomène de rémanence institutionnelle. La cause du phénomène est secondaire au regard de sa nature. A ce titre la *Revue Fœlix* se doit de refléter la France de la Monarchie de Juillet »⁹⁷⁹.

Fondé en 1834, le périodique connaît deux périodes. La première s'étend de 1834 à 1843, contient dix volumes et se déroule sous la direction exclusive de Fœlix. La seconde débute en 1844. La présence de Fœlix, très souffrant, s'efface dès lors peu à peu ; le comparatisme s'en trouve par conséquent négligé et les collaborateurs étrangers se raréfient. « La revue devient un périodique savant parmi d'autres qu'il ne convient plus d'appeler *Revue Fœlix*. Désormais dirigée par le professeur Auguste Valette, la parution atteint son étiage. Elle s'y confinera jusqu'au tarissement en 1850 »⁹⁸⁰.

Concrètement, « chaque parution se décline en trois parties contenant une moyenne de 45 articles de doctrine par an, des rapports de jurisprudence et une bibliographie présentant parfois des informations sur le parcours professionnel des enseignants en droit, l'activité législative, économique ou encore géopolitique »⁹⁸¹. L'objet du périodique est alors clairement défini dans l'article programmatique de ce dernier, rédigé par Fœlix lui-même :

« Nous voulons doter notre patrie d'un recueil exclusivement destiné à y répandre la connaissance de la législation et de l'économie politique des pays étrangers, à tenir les jurisconsultes nos compatriotes au courant de l'état et du mouvement de ces sciences dans la plupart des contrées de l'Europe ; enfin, de présenter un puissant véhicule aux esprits qui se sentiraient les moyens de provoquer le perfectionnement possible de nos institutions civiles »⁹⁸².

Autrement dit, le droit comparé est exhorté. « Nous n'avons point donné place dans notre *Revue* à la législation française, écrit encore Fœlix. Il existe assez de recueils qui s'en occupent, et le nôtre s'adresse à des personnes auxquelles notre droit national est suffisamment connu »⁹⁸³. Ainsi le titre officiel de ce journal juridique s'explique-t-il : il s'agit bien, en effet, d'une *Revue étrangère de législation et d'économie politique*. Dès la première année de parution, Fœlix devra pourtant répondre à un « reproche fait à la Revue

⁹⁷⁹ *Ibid.*, p. v.

⁹⁸⁰ *Ibid.*, p. i.

⁹⁸¹ *Ibid.*, p. i.

⁹⁸² J.-J.-G. FÆLIX, « Du système et de l'objet du Journal », *Revue étrangère de législation et d'économie politique*, t. I, 1834, p. 5.

⁹⁸³ J.-J.-G. FÆLIX, « Du système et de l'objet du Journal », art. cit., p. 6.

étrangère »⁹⁸⁴ portant précisément sur ce choix. Dans cette réponse, le fondateur se borne à rappeler que la *Revue* n'a pas vocation à établir systématiquement des parallèles entre la législation ou l'institution étrangère étudiée et celle équivalente en France. Autrement dit, il s'agirait moins d'une « revue de législation comparée » que d'un « journal sur les législations étrangères ».

Plus exactement, Fœlix signale que la comparaison juridique est en fait plus ou moins accentuée selon les cas. Tout d'abord, « dans les articles qui se rapportent plus directement à l'esprit des législations et où la question dogmatique est intéressée autant que la question pratique, on a soigneusement établi le parallèle entre la législation française et les codes étrangers dont on rendait compte »⁹⁸⁵. Mais « dans d'autres cas, le rapprochement résulte de l'article même, sans autre indication »⁹⁸⁶. Parfois, les rapprochements entre institutions ou législations sont tout simplement impossibles, « comme lorsqu'il s'agit du régime pénitentiaire et d'autres institutions qui n'existent pas en France »⁹⁸⁷. D'autres fois, la *Revue* doit s'« abstenir de toute comparaison entre les institutions de la France et celles que nous [examinons], parce qu'une réflexion de ce genre [entraînerait] une discussion politique, et que notre publication reste étrangère aux matières politiques »⁹⁸⁸. Surtout, c'est le défaut d'espace qui est avancé comme la principale raison expliquant le choix de cette exclusivité étrangère :

« Si en regard de chaque article qui fait connaître une matière de la législation étrangère, nous nous astreignons à indiquer les dispositions législatives de la France sur la même matière, et à signaler, comme résultat de ce rapprochement, les améliorations dont celles-ci seraient susceptibles, l'étendue de chaque article s'accroîtrait nécessairement, et nous serions obligés de restreindre considérablement le nombre de ceux que nous publions dans un cahier de quatre feuilles »⁹⁸⁹.

En réalité, « Fœlix sous-estime la curiosité des juristes étrangers pour la France, alors qu'il surestime l'intérêt des juristes français pour l'étranger »⁹⁹⁰. Ne pouvant toutefois pas ignorer longtemps le désir d'« un grand nombre d'abonnés, et surtout ceux qui habitent à l'étranger »⁹⁹¹, de voir la *Revue* s'occuper « non seulement de la Législation et de l'Economie politique des pays étrangers, mais aussi de rendre compte des progrès de l'Economie législative et politique en France »⁹⁹², le Comité de direction décide, dès la troisième année de publication de la *Revue étrangère* (1837), de consacrer « désormais, une partie de ses colonnes [...] à la discussion des questions les plus importantes du droit français et de l'économie politique en France »⁹⁹³. Simplement, « la législation française étant plus connue

⁹⁸⁴ J.-J.-G. FÆLIX, « Réponse à un reproche fait à la *Revue étrangère* », *Revue étrangère de législation et d'économie politique*, op. cit., p. 692-695.

⁹⁸⁵ *Ibid.*, p. 693-694.

⁹⁸⁶ *Ibid.*, p. 694.

⁹⁸⁷ *Ibid.*, p. 694.

⁹⁸⁸ *Ibid.*, p. 694.

⁹⁸⁹ *Ibid.*, p. 694-695.

⁹⁹⁰ J.-O. KEISTINE, *La Revue Fœlix...*, op. cit., p. 147.

⁹⁹¹ J.-J.-G. FÆLIX, « Avis », *Revue étrangère de législation et d'économie politique*, t. III, 1837, p. 1.

⁹⁹² *Ibid.*, p. 1.

⁹⁹³ *Ibid.*, p. 1.

dans les pays étrangers que les législations étrangères ne le sont en France »⁹⁹⁴, les « discussions approfondies » lui sont dès lors consacrées tandis que « la méthode de l'exposition analytique et du parallèle »⁹⁹⁵ est réservée aux lois étrangères. En d'autres termes, l'on assiste à un élargissement du cadre de la *Revue Fœlix* : d'une revue qui ne considérerait que les législations et l'économie politique étrangères, l'on passe effectivement à une revue qui intègre, trois ans après sa fondation, la législation et l'économie politique françaises. En cela, la *Revue* – d'ailleurs rebaptisée *Revue étrangère et française de législation et d'économie politique* – semble s'aligner sur les autres journaux juridiques français de la même période, encourageant la comparaison entre la législation nationale et celle des pays étrangers.

Pourquoi Fœlix se lance-t-il dans cette « entreprise très risquée »⁹⁹⁶ que constitue la fondation d'une revue consacrée aux législations étrangères ? Tout d'abord, parce que l'époque le permet. Mieux, elle le réclame : « à aucune autre, écrit Fœlix, il ne s'est manifesté une tendance de rapprochement scientifique et plus active et plus ardente »⁹⁹⁷. Le temps ne serait effectivement plus au nationalisme juridique, dont « la France surtout doit se reprocher »⁹⁹⁸, mais au contraire à la lutte contre le « pédantisme national »⁹⁹⁹. Fœlix émet en effet un vœu : celui d'« entretenir des relations de bienveillance et d'estime entre les jurisconsultes des divers pays »¹⁰⁰⁰. Ensuite, parce que l'étude des législations étrangères présente de nombreux avantages. D'une part, elle agrandit « le cercle de nos connaissances » et satisfait à « une juste curiosité ». D'autre part, elle fait « connaître, par l'application de la méthode comparative, les améliorations dont la législation nationale est susceptible, les défauts qui la déparent, avec les moyens de faire disparaître celles-ci et d'accélérer celles-là »¹⁰⁰¹.

Aussi les études juridiques comparatives – et, par conséquent, la *Revue Fœlix* elle-même – s'adressent-elles en premier lieu aux « législateurs de chaque nation » qu'elles guident « dans l'examen de la question de savoir s'il convient d'introduire de nouvelles institutions dans l'organisation sociale, de nouvelles dispositions dans la législation »¹⁰⁰². Les praticiens du droit, en particulier les magistrats et les membres du barreau, ne sont cependant pas oubliés. Parce qu'en effet « les relations civiles et commerciales de presque toutes les nations se sont prodigieusement étendues, il n'est point d'Etat dont les tribunaux ne puissent avoir à décider

⁹⁹⁴ *Ibid.*, p. 1.

⁹⁹⁵ *Ibid.*, p. 1.

⁹⁹⁶ J.-O. KEISTINE, *La Revue Fœlix...*, *op. cit.*, p. 96. Et l'auteur de citer, en note, Valette : « Surtout en France, où les études juridiques de pure érudition, et d'un avantage indirect et éloigné, n'excitent généralement pas un grand intérêt ».

⁹⁹⁷ J.-J.-G. FÆLIX, « Du système et de l'objet du Journal », *art. cit.*, p. 1.

⁹⁹⁸ *Ibid.*, p. 2. Et Fœlix de poursuivre : « Nulle part, en effet, la législation intérieure actuelle n'avait été entourée de plus de prérogatives de la perfection. Le nationalisme l'avait colorée de ses teintes et imposée aux méditations des jurisconsultes et des publicistes comme thème universel renfermant tous les germes de la science, comme type obligé, unique, nécessaire, exclusif » (*Ibid.*, p. 2).

⁹⁹⁹ *Ibid.*, p. 1.

¹⁰⁰⁰ *Ibid.*, p. 5.

¹⁰⁰¹ *Ibid.*, p. 2.

¹⁰⁰² *Ibid.*, p. 3.

quelque contestation relative à des conventions faites, à des actes rédigés ou à des jugements rendus en pays étrangers : ce qui nécessite l'application des lois étrangères »¹⁰⁰³. De même, les « personnes qui embrassent la carrière diplomatique » sont concernées ; la *Revue* leur permettrait à vrai dire d'avoir « quelques notions, au moins, des institutions et des lois du pays dans lequel elles seront un jour chargées de représenter leur patrie »¹⁰⁰⁴. Enfin, le périodique juridique vise les théoriciens du droit c'est-à-dire tant « le jurisconsulte [qui] pourra se trouver en position de diriger les réclamations que ses compatriotes auront à exercer à l'étranger »¹⁰⁰⁵ que « les esprits qui se nourrissent d'idées d'administration, [et qui] trouveront, dans la comparaison des divers systèmes de cette portion éminemment utile des ressorts de l'Etat, des moyens de simplifier les rouages de la grande machine et d'en augmenter la force »¹⁰⁰⁶.

Tout bien considéré, la *Revue Fœlix* s'inscrit – comme, plus tard, la *Revue historique de droit français et étranger* de Laboulaye ; laquelle partagera effectivement cette volonté de « rapprochement des peuples » – dans la continuité de la *Thémis* en ce que, elle aussi, tente de « parvenir à cette uniformité de doctrine, objet des vœux et des efforts de tous les amis de la science »¹⁰⁰⁷, et par conséquent de lutter contre cette « faute » que constitue le nationalisme juridique¹⁰⁰⁸ – et plus particulièrement la germanophobie¹⁰⁰⁹ – mais également en ce qu'elle vise l'amélioration de la législation nationale. Une différence tout de même : « alors que le courant romantique bat son plein, l'histoire devient une mode scientifique, la *Revue Fœlix* se contente de quelques articles d'histoire juridique surtout destinés à comprendre la forme prise par les institutions dans les pays de l'Europe post-napoléonienne »¹⁰¹⁰. « En ce sens, la *Revue Fœlix* est bien la continuation de la *Thémis* et non sa confirmation » dans la mesure où la revue de Jourdan avait au contraire pour principale ambition d'importer et de promouvoir la méthode de l'Ecole historique allemande¹⁰¹¹. Fœlix, lui, « destine d'emblée sa revue au droit comparé », ce qui fait dire à Olivier Motte qu'il est le « fondateur du droit comparé en France »¹⁰¹².

Quels sont alors, à la lecture des différentes publications de la *Revue étrangère*, les domaines juridiques qui semblent faire le plus fréquemment l'objet d'analyses comparatives ? Sur environ soixante-dix contributions retenues au regard de la comparaison juridique (articles, notices, examens de rapports de commission législative ou de projets de loi, comptes-rendus ou extraits d'ouvrages voire même traductions de textes étrangers, normatifs

¹⁰⁰³ *Ibid.*, p. 3.

¹⁰⁰⁴ *Ibid.*, p. 3.

¹⁰⁰⁵ *Ibid.*, p. 3.

¹⁰⁰⁶ *Ibid.*, p. 3.

¹⁰⁰⁷ Cf. *supra.*, p. 101.

¹⁰⁰⁸ C'est ainsi, en effet, que Fœlix qualifie le nationalisme juridique français : J.-J.-G. FÆLIX, « Du système et de l'objet du Journal », art. cit., p. 2.

¹⁰⁰⁹ Cf. *supra.*, p. 103.

¹⁰¹⁰ J.-O. KEISTINE, *La Revue Fœlix...*, op. cit., p. iv.

¹⁰¹¹ Sur ce point, cf. *supra.*, p. 97 et s.

¹⁰¹² O. MOTTE, *Lettres inédites de juristes français du XIX^e siècle...*, op. cit., t. I, 1989, p. 667.

ou doctrinaux), une vingtaine – soit à peu près 30 % de celles-ci – concerne la matière pénale (droit substantiel et procédural) dont trois articles de droit pénitentiaire¹⁰¹³. Puis, viennent les

¹⁰¹³ Il s'agit, en premier lieu, d'une notice de Taillandier : A.-H. TAILLANDIER, « Notice sur les maisons pénitentiaires de Lausanne et de Genève », *Revue étrangère de législation et d'économie politique*, t. I, 1834, p. 129-147. Dans celle-ci, l'auteur idéalise et embellit quelque peu le pénitencier de Lausanne qui « offre plutôt l'aspect d'un hospice que celui d'une prison » et dans lequel « les guichetiers n'ont point cet air rébarbatif devenu en quelque sorte classique pour cette classe de fonctionnaires ». Si, du reste, Taillandier procède à une comparaison entre le système pénitentiaire français et celui de Genève, il n'érige cependant pas ce dernier en *modèle* dans la mesure où « le nombre des récidives dépasse de beaucoup [les] espérances, et prouve que l'amélioration morale des détenus n'est pas aussi grande qu'on avait lieu de s'y attendre ». A ce titre, l'auteur remarque qu'« on a opposé à ce nombre de récidives celui qui a lieu en France ». « J'avoue, poursuit-il, que cette comparaison, qui, au premier abord, paraît très-favorable au système suivi à Genève, ne me semble pas entièrement concluante. Il ne faut pas oublier en effet, quelle est la situation topographique du canton de Genève. Ce canton, placé entre la France, la Suisse et l'Italie, offre une population extrêmement mouvante. L'état florissant de l'industrie du pays et le grand nombre d'étrangers qu'y attire la beauté du climat, font qu'une foule de gens mal intentionnés vont y tenter la fortune. Souvent leurs méfaits les font renfermer dans la prison pénitentiaire ; mais lorsque le temps de leur séquestration est terminé, il y a tout lieu de supposer qu'ils vont porter ailleurs leur vie vagabonde ; et s'ils tombent en récidive, c'est en d'autres pays ; ils ne peuvent donc figurer en cette qualité sur les registres du pénitencier. [...] Une autre considération nécessaire également à exposer ici, pour l'appréciation du chiffre des récidives, c'est que près de la moitié de ces récidives appartiennent à des détenus condamnés à moins d'un an de prison. [...] Or, on a dit avec raison que le système pénitentiaire ne pouvait avoir d'action pendant un si court séjour. [...] Pour établir une comparaison exacte entre le mouvement des récidives, dans le pénitencier de Genève et celui de nos maisons centrales, il faudrait donc mettre de côté les condamnés à moins d'un an, et partir, comme base commune, des condamnations à plus d'une année ». Et Taillandier de conclure : « Nonobstant ces observations, je ne puis dissimuler que l'aspect général de la maison pénitentiaire de Genève est on ne peut plus satisfaisant pour l'ami de l'humanité. Mais, d'un autre côté, il ne faut pas perdre de vue qu'il est beaucoup plus facile de maintenir une discipline sévère parmi une cinquantaine de prisonniers que parmi les huit ou neuf cents détenus qui encombrant chacune de nos maisons centrales. Quelque disposé que je sois à louer ce qui me paraît digne de l'être dans les contrées étrangères, je ne puis être injuste envers les institutions de mon pays. [...] Je n'en fais pas moins des vœux ardents pour que la situation de nos prisons s'améliore encore, car je crois qu'il reste beaucoup à faire, surtout pour ce qui concerne la régénération morale des détenus ; mais la tendance générale des idées me donne à penser que ces vœux ne tarderont pas à être exaucés ».

Le deuxième article est celui de Jules de la Pilorgerie (1803-1881) : J. DE LA PILORGERIE, « Des prisons de la Belgique », *Revue étrangère et française de législation et d'économie politique*, t. IV, 1837, p. 481-506 et 584-610. A l'instar de Taillandier, Jules de la Pilorgerie ne considère pas la législation pénitentiaire qu'il examine comme un modèle juridique mais plutôt comme une loi (simplement) « exemplaire » : « Quoiqu'à dire vrai, il n'existe aujourd'hui en Belgique aucune maison que l'on puisse citer comme modèle, il n'en est du moins aucune dont la vue soit affligeante pour l'humanité ». Clairement, pour l'auteur, « la base de tout bon système pénitentiaire doit être le plus complet isolement des moralités sur lesquelles on se propose d'agir ». D'ailleurs, « la conviction qui ressort le plus fortement de l'examen des prisons de la Belgique, [...] c'est que l'isolement de nuit seulement, ou à certaines heures de la journée, ne peut amener que des résultats très incomplets ». En revanche, Jules de la Pilorgerie appelle à l'imitation du système belge d'administration et d'inspection des prisons et établissements de bienfaisance, lesquelles missions sont confiées à un administrateur subordonné comme chef de division au ministre de la justice : « Tant que cette concentration d'attributions et de pouvoirs n'aura pas lieu en France, il n'y aura rien à espérer de l'action du pouvoir central. [...] Que de réformes matérielles ne nous reste-t-il pas à imiter de nos voisins ! » De même les « Commissions d'administration des prisons pour peines et collèges de régents » sont-ils salués par le contributeur. Relativement aux mesures sanitaires, il insiste sur les nets et grands progrès réalisés en la matière : « Au reste, on ne saurait trop louer l'ordre matériel qui règne dans les prisons de la Belgique ». Ailleurs, c'est la gestion du budget des prisons belges qui suscite l'admiration du juriste français, lequel constate en effet que « le coût moyen d'un détenu est [...] en Belgique de 42 centimes par jour. Si l'on défalque de cette moyenne le montant des bénéfices qui a été de plus de huit cent mille francs pour cinq années, on arrive à des résultats qui font le plus grand honneur à l'administration supérieure, et qui recommandent puissamment le système adopté en Belgique ». Enfin, Jules de la Pilorgerie a pu observer qu'en Belgique « des religieuses viennent d'être substituées aux gardiens », « elles sont chargées, au nombre de trois dans chaque prison, de la surveillance, des détails domestiques, et du maintien de la discipline. [...] Cette heureuse innovation, tentée en Belgique, serait d'autant plus facile à transporter dans nos maisons de femmes, que les religieuses chargées de cette mission, en Belgique, sont venues de France ».

droits commercial et civil (substantiel et procédural) avec une dizaine de publications chacun (15 %). Le droit hypothécaire semble particulièrement retenir l'attention des civilistes tandis que l'importante question des faillites préoccupe les spécialistes de droit commercial. Polygraphe, Félix lui-même publiera pour l'une et l'autre discipline. Plus que le fondateur de la *Revue étrangère*, il en est aussi effectivement le principal rédacteur¹⁰¹⁴. C'est ainsi qu'il rédige – par exemple –, dès la première année de parution de sa revue et en collaboration avec un certain Strafford-Carey, un article sur les faillites dans la législation anglaise dans lequel il rappelle que « l'Angleterre est devenue le premier état commercial de l'Europe »¹⁰¹⁵ mais ne possède pas encore l'institution des tribunaux consulaires. « Voilà pourquoi, explique-t-il, les faillites restèrent jusqu'en 1831 dans les attributions de la cour de la chancellerie, ou plutôt du lord chancelier (ministre de la justice), chef de cette cour »¹⁰¹⁶. C'est en effet à cette date qu'une loi est venue supprimer les principales attributions du lord chancelier en matière de faillite et établir une cour chargée de la juridiction. Revêtue de la sanction royale le 20 octobre 1831, Félix désire en « exposer le système » en suivant – détail à souligner – « autant qu'il est possible, l'ordre des dispositions du livre III du Code de commerce [français] »¹⁰¹⁷. Aussi l'exposé débute-t-il avec la question de la juridiction en matière de faillites : la *court of bankruptcy*¹⁰¹⁸. Il se poursuit avec l'examen des individus qui peuvent être déclarés en état de faillite¹⁰¹⁹. Enfin, il s'achève sur les actes constitutifs de la faillite d'après la loi anglaise.

Le troisième article, rédigé par Bernard-Benoît Remacle (1805-1871), entend attirer l'attention sur les maisons d'arrêt allemandes : B.-B. REMACLE, « Des prisons et particulièrement des maisons d'arrêt en Allemagne », *Revue étrangère et française de législation et d'économie politique*, t. VI, 1839, p. 321-338. Il se divise en trois parties. La première porte sur la maison d'arrêt considérée comme prison préventive. L'avis de Remacle est alors négatif : « Il semble [...] que les maisons d'arrêt devraient être l'objet de plus de précautions, de plus de soins que les prisons. Nous avons regret à le dire : c'est le contraire qui arrive en Allemagne comme en France. [...] Point de cet isolement qui lui [le détenu] serait si utile pour le soin de sa défense, en l'enlevant à une société qui peut le blesser. Point de travail ». La deuxième partie traite de la maison d'arrêt, considérée comme prison civile et pour laquelle l'opinion de l'auteur est légèrement plus favorable : « La théorie de l'emprisonnement pour dettes est plus simple dans la législation allemande que dans la nôtre. Toute dette constatée, quelle que soit sa quotité ou sa nature, donne au créancier le droit d'incarcération contre son débiteur. Le sexe ni l'âge ne sont des motifs d'exemption. Mais l'exercice de ce droit rigoureux, est restreint à un an ». Enfin, la troisième partie de l'article vise les maisons d'arrêt considérées comme prisons locales, « aussi vicieuses à cet égard, écrit Remacle, qu'à tous les autres ». Tout bien considéré, l'Allemagne semble finalement au même niveau que la France sur le plan pénitentiaire : « Nous avons peu de choses peut être à [...] reprocher [aux maisons d'arrêt de l'Allemagne], eu égard à nos propres établissements ; mais certainement nous n'avons rien à leur envier, ni à imiter dans leur régime. Il n'en est pas de même des prisons pour peines ; elles nous ont paru dignes à beaucoup d'égard d'être étudiées ; c'est une justice par laquelle nous aimons à terminer cette notice ».

¹⁰¹⁴ Il donnera à la *Revue étrangère* cent cinq articles et comptes rendus.

¹⁰¹⁵ J.-J.-G. FÉLIX et STRAFFORD-CAREY, « Législation anglaise sur les faillites », *Revue étrangère de législation et d'économie politique*, t. I, 1834, p. 364.

¹⁰¹⁶ *Ibid.*, p. 364.

¹⁰¹⁷ *Ibid.*, p. 366.

¹⁰¹⁸ Et Félix d'en donner la composition, ses différentes formations (cour supérieure, tribunal inférieur lui-même divisé en deux sections), ses domaines de compétence, les différents recours possibles, la procédure à respecter devant elle puis d'évoquer les « commissaires de provinces » chargés par la *court of bankruptcy* de toutes les faillites qui se présentent dans les lieux de leurs domiciles.

¹⁰¹⁹ Félix évoque ici, de façon presque exhaustive, « les personnes réputées commerçantes [...] ou de toute autre manière ; les personnes qui, soit pour leur propre compte, soit comme facteurs ou agents d'autrui, font leur

La même année 1834, Fœlix donne également à sa revue une traduction des lois des provinces septentrionales des Pays-Bas en matière d'hypothèques et de privilèges sur les immeubles « parce qu'elles ont opéré des changements dans une partie de notre législation dont les vices et les lacunes réclament depuis longtemps une réforme »¹⁰²⁰. Cette traduction s'accompagne en outre de « notes indicatives des principales modifications que notre loi a subies dans les délibérations des législateurs hollandais »¹⁰²¹, précisant en effet les dispositions des Codes civil et de procédure civile français concernées. En 1837, Fœlix usera à nouveau de ce procédé des notes indicatives à l'occasion d'une autre traduction, celle de la loi hypothécaire de la Grèce, par Etienne Stroumbo, licencié en droit. Dans la première d'entre elles, le fondateur de la revue souligne le fait qu'un grand nombre de dispositions de la loi hypothécaire promulguée en Grèce le 11 (23) août 1836 a été emprunté au Code civil français mais que les modifications apportées par le législateur grec – « en se fondant, selon toute probabilité [...], sur les expériences faites dans les différents pays de l'Allemagne et sur les exigences véritables d'un bon système hypothécaire »¹⁰²² – sont, pour la plupart, de « véritables améliorations »¹⁰²³. C'est la raison pour laquelle Fœlix entend indiquer, pour chaque disposition de la loi grecque, l'article du Code civil auquel elle correspond ainsi que les modifications qu'elle y apporte. En vérité, l'annotateur rhénan fait bien plus : il y exprime son propre jugement. A propos de l'article 9 de la loi grecque, disposant que « l'hypothèque conférée par un titre, s'étend à tous les immeubles du débiteur, à moins que la loi, le juge ou la convention des parties ne la restreigne à des immeubles déterminés », il note par exemple : « Cette disposition est contraire au principe de la spécialité de l'hypothèque, consacré par l'art. 2129 du C. c. Cette modification ne nous semble point heureuse »¹⁰²⁴. L'article 11-1 prévoyant que « les créanciers qui ont une hypothèque légale sont [...] l'état, sur les immeubles de contribuables, pour les impôts qu'ils n'ont pas encore payés », ne trouve pas non plus grâce aux yeux de Fœlix : « Cette disposition, écrit-il en effet, ne saurait servir de modèle pour les pays civilisés où règne l'ordre et la régularité », pas plus que l'article 23 qu'il qualifie d'« inutile »¹⁰²⁵. Néanmoins, dans leur ensemble, les dispositions grecques sont

profession à acheter et vendre, à louer ou à travailler des marchandises ou autres objets » (*Ibid.*, p. 371) sans que la loi anglaise ne distingue, précise-t-il, si ces individus sont « naturels anglais, ou étrangers, ou s'ils ont obtenu la denization ; de même, la loi s'applique aux femmes non mariées comme aux hommes » (*Ibid.*, p. 372). De manière tout aussi détaillée, il signale également les individus qui ne sont pas réputés commerçants ni soumis aux dispositions anglaises relatives aux faillites.

¹⁰²⁰ J.-J.-G. FœLIX, « Législation actuelle des provinces septentrionales des Pays-Bas, en matière d'hypothèques et de privilèges sur les immeubles », *Revue étrangère de législation et d'économie politique*, t. I, 1834, p. 641.

¹⁰²¹ *Ibid.*, p. 641.

¹⁰²² E. STROUMBO, « Loi hypothécaire de la Grèce (traduite du grec), suivie de notes par M. Fœlix », *Revue étrangère et française de législation et d'économie politique*, t. IV, 1837, p. 139.

¹⁰²³ *Ibid.*, p. 139.

¹⁰²⁴ *Ibid.*, p. 141.

¹⁰²⁵ L'article 23 de la loi grecque de 11 (23) août 1836 dispose : « La prénotation se fait : 1° lorsque l'inscription hypothécaire ne peut être prise faute des titres exigés par la loi ; 2° lorsque l'existence d'une créance à terme est prouvée par des écrits, et qu'en même temps il existe une preuve officielle que le créancier en a demandé le

saluées par Fœlix – le terme *modèle* est parfois même employé – à l'image, pour ne prendre qu'un seul exemple, de l'article 11-7 qui compte parmi les créanciers ayant une hypothèque légale, les architectes, les entrepreneurs et ouvriers, pour leurs créances provenant des constructions ou réparations de bâtiments et surtout « ceux qui auraient fourni des matériaux pour les mêmes bâtiments ». En effet, d'après Fœlix, « cette disposition, étrangère au Code civil, [...] paraît aussi juste qu'équitable »¹⁰²⁶.

Après les disciplines pénales (30 %), civiles (15 %) et commerciales (15 %), c'est la matière constitutionnelle (5 %) qui fait l'objet d'analyses comparatives. En 1835, Philippe de Golbéry (1786-1854) compare par exemple la loi sur la responsabilité des ministres, alors discutée à la chambre des députés dont il est membre, avec pas moins de dix-sept législations¹⁰²⁷. En 1837, un avocat nantais, Auguste Lorieux (1796-1842), s'inscrit également de manière franche dans une démarche comparative afin non seulement d'indiquer les « notables différences » qui existent entre les institutions françaises et celles de l'Angleterre mais aussi de « faire connaître, en même temps, quels sont les principes admis dans divers états, en ce qui concerne l'initiative et la formation des lois »¹⁰²⁸. Il donnera la même année un autre article à la *Revue étrangère*, cette fois-ci sur la prérogative royale en Angleterre¹⁰²⁹, en commençant par opposer cette dernière à la France relativement à la grande question de la liberté du peuple¹⁰³⁰. L'on peut encore évoquer la contribution, publiée en 1843, de Thibault Lefebvre, avocat à la cour royale de Paris, relative à l'administration

paiement par voie judiciaire ; 3° lorsque la créance a été confirmée en première instance ». Fœlix juge en effet cette dernière disposition inutile, « parce qu'il existe alors un jugement qui autorise l'inscription (art. 14 de la loi) » (*Ibid.*, p. 146).

¹⁰²⁶ *Ibid.*, p. 142.

¹⁰²⁷ Celles de l'Angleterre, Espagne, Belgique, royaume de Wurtemberg, grand duché de Hesse, Portugal, duché de Saxe-Altenbourg, royaume de Saxe, royaume de Hanovre, duché de Brunswick, principauté de Hohenzollern-Sigmaringen, électorat de Hesse, pays de Saxe-Weimar, duché de Cobourg, principauté de Lippe-Schaumbourg, duché de Nassau et Bavière. Quant à l'article en question : P. DE GOLBERY, « De la responsabilité des ministres, dans les divers Etats constitutionnels de l'Europe, *Revue étrangère de législation et d'économie politique*, t. II, 1835, p. 342-351.

¹⁰²⁸ A. LORIEUX, « De l'initiative et de la formation des lois », *Revue étrangère et française de législation et d'économie politique*, t. III, 1837, p. 241-255. Dans cet article, Lorieux commence par décrire, en détails, la procédure législative de l'Angleterre. Puis, il examine celle des Etats-Unis d'Amérique du Nord en notant, du reste, les différences et les similitudes entre la constitution états-unienne et celle de l'Angleterre. Enfin, l'auteur s'intéresse aux Etats de la Confédération germanique.

¹⁰²⁹ A. LORIEUX, « De la prérogative royale en Angleterre, *Revue étrangère et française de législation et d'économie politique*, t. IV, 1837, p. 226-232. L'article peut se diviser en deux parties. Dans la première, Lorieux passe en revue les « principes abstraits proclamés par les publicistes » faisant du roi un souverain absolu. Dans la seconde, il les contrebalance par des « principes opposés de la loi constitutionnelle » anglaise. Puis il termine par une explication historique de cette opposition de principes : la Constitution anglaise n'a pas été « coulée d'un seul jet » mais s'est formée lentement, « de siècle en siècle », de sorte que, « plus libérale, sous certains rapports, que notre charte de 1830, souvent aussi elle semble fort arriérée » ; si bien que « nous ne devons invoquer en France qu'avec une extrême circonspection, cette vieille constitution anglaise qui, depuis longtemps naturalisée dans la Grande-Bretagne, semble destinée à servir de modèle à toute l'Europe ».

¹⁰³⁰ « En France, la liberté est dans les lois ; en Angleterre, elle est dans les mœurs. Nous la professons en théorie, les Anglais la mettent en pratique. En Angleterre, il n'existe point de constitution écrite ; mais l'amour de la liberté et la haine de l'arbitraire sont gravés dans le cœur de tous les citoyens. En France, [...] nous possédons une charte libérale ; mais l'absence d'esprit public la rend souvent inutile » (*Ibid.*, p. 226-227).

provinciale en Belgique qu'il décrit de façon détaillée et compare avec les institutions départementales françaises¹⁰³¹ ou bien celle de Berriat-Saint-Prix, significativement intitulée *Comparaison de la Charte grecque et de la Charte française*¹⁰³².

Enfin, le pourcentage restant – 30 à 35 % des soixante-dix articles retenus, soit environ le tiers de ces derniers – recouvre un nombre très varié de sujets tels que le duel en Irlande et

¹⁰³¹ « De tous les peuples, écrit en effet Lefebvre, aucuns peut-être ne se touchent par des points de contact plus nombreux que le Belge et le Français [...]. Eh bien ! comparez ensemble les lois faites sur les mêmes objets, dans les mêmes vues, presque au même moment, chez les deux peuples, et si des affinités nombreuses vous frappent d'abord, bientôt l'étude fait jaillir des dissemblances dont le nombre vous éblouit et la contrariété vous surprend » (T. LEFEBVRE, « De l'administration provinciale en Belgique », *Revue étrangère et française de législation, de jurisprudence et d'économie politique*, t. X, 1843, p. 625). L'auteur se propose plus précisément de comparer l'article 69 de la Charte de 1830 ainsi que les lois des 22 juin 1833 et 10 mai 1838 à l'article 108 de la Constitution belge et à la loi du 30 avril 1836. Plusieurs différences sont alors relevées. Par exemple, alors qu'en France, l'administration départementale repose sur le préfet (stade de l'exécution de l'acte administratif), en Belgique, l'institution centrale est le conseil provincial (stade de la délibération de l'acte administratif). En outre, en Belgique, « si des contestations s'élèvent ou sur la formation des listes ou sur la validité des élections, elles sont portées devant la députation provinciale. Ce système est sans contredit plus rationnel que le système français, qui abandonne à un agent du pouvoir, au préfet, opérateur et juge à la fois, la formation des listes, l'examen et la poursuite des contestations auxquelles elles donnent lieu » (*Ibid.*, p. 631-632). Ailleurs, Lefebvre remarque que « la loi belge, qui ne craint pas de supposer le mal pour l'empêcher d'éclater, interdit aux membres des conseils et des députations et aux gouverneurs de prendre part, directement ou indirectement, aux fournitures, aux adjudications ou entreprises faites ou à faire dans la province. Nos lois contiennent si rarement de pareilles prohibitions, et il entre si peu dans nos mœurs de les faire, qu'il est bon de les noter dans les législations étrangères » (*Ibid.*, p. 654).

¹⁰³² Dans cette publication, le professeur à la faculté de droit de Paris constate en premier lieu que « la constitution grecque de 1844 a été évidemment rédigée sur le modèle de notre charte constitutionnelle de 1830. Non seulement l'organisation des pouvoirs politiques est la même, mais un grand nombre de dispositions de détail sont pareilles. Une trentaine environ d'articles de la charte française ont passé, presque mot pour mot, dans la charte grecque » (C. BERRIAT-SAINT-PRIX, « Comparaison de la Charte grecque et de la Charte française », *Revue de droit français et étranger*, t. II, 1845, p. 287-288). Toutefois, il reconnaît que cette imitation grecque n'a pas été « servile : la charte grecque contient un assez grand nombre de changements, d'un ordre secondaire, il est vrai, mais pour la plupart fondés sur des motifs au moins plausibles, et dont quelques-uns même pourraient, à leur tour, servir de modèles à des rédacteurs de futurs pactes constitutionnels » (*Ibid.*, p. 288). Le premier point de comparaison porte alors sur la distribution des matières : « Dans notre charte, on suit, [...] un ordre d'idées peu logique, en plaçant les règles relatives au pouvoir exécutif avant celles qui déterminent la puissance législative. [...] On a rétabli l'ordre rationnel dans la charte grecque. [...] Dans la même charte, un chapitre spécial, consacré à régler l'ordre de succession à la couronne et la régence [...] vient immédiatement après les articles qui traitent du pouvoir royal ; tandis que, chez nous, ces matières sont reléguées dans une déclaration des chambres, placée en dehors de la charte, ou même dans des lois proprement dites, portées longtemps après... » (*Ibid.*, p. 289). Puis, Berriat-Saint-Prix compare les dispositions constitutionnelles grecques et françaises relatives au pouvoir législatif, au roi, aux deux chambres réunies, à la chambre des députés, au Sénat, au pouvoir exécutif, au pouvoir judiciaire et aux droits des citoyens. Enfin, il termine sur trois regrets : celui de ne pas trouver dans la charte grecque l'article transitoire de la charte française d'après lequel on doit abaisser le cens de l'éligibilité à la chambre des députés lorsque, dans un département, on ne compte pas cinquante citoyens payant ce cens ; celui de ne pas y trouver non plus d'article garantissant la dette nationale et celui de ne pas voir proclamée plus hautement la liberté religieuse. « D'après notre charte, en effet (art. 5), chacun professe sa religion avec une égale liberté, et obtient pour son culte la même protection ; tandis que, d'après la constitution hellénique, la religion grecque est dominante, et les autres, simplement tolérées, ne peuvent pas même essayer de faire des prosélytes. Toutefois, il est juste de l'observer, avant de blâmer ces prescriptions, il faudrait vérifier d'une manière certaine si la position où s'est trouvée la Grèce n'a pas forcé ses législateurs constituants à les consacrer » (*Ibid.*, p. 295-296). Pour le reste, Berriat-Saint-Prix laisse à chacun le soin de « se former un jugement sur les points où l'une [des constitutions française et grecque] peut paraître préférable à l'autre. Mais, ce nous semble, il ne peut guère y avoir d'hésitation quant au dernier, celui qui concerne les cultes » (*Ibid.*, p. 295-296).

aux Etats-Unis de l'Amérique septentrionale¹⁰³³, la législation russe en matière d'inventions industrielles et agricoles¹⁰³⁴, la propriété littéraire dans les législations étrangères¹⁰³⁵, l'état de la législation française et des législations étrangères sur la compétence en matière de procès entre étrangers¹⁰³⁶, l'administration des finances en Angleterre¹⁰³⁷, la législation anglaise sur les pauvres¹⁰³⁸ ou encore les droits des sociétaires ou actionnaires étrangers dans les entreprises de France, soit en temps de paix, soit en temps de guerre¹⁰³⁹.

Quel bilan tirer de la *Revue Fælix*, dont l'aventure s'achève en 1850 ? Tout d'abord, il faut rappeler qu'à l'évidence une revue qui prétend se consacrer exclusivement aux législations et à l'économie politique étrangères – comme ce fut le cas de la *Revue Fælix* pendant trois années consécutives, de 1834 à 1837 – doit se reposer avant tout sur ses membres étrangers. Mais, parce que « la *Revue Fælix* utilis[e] ses correspondants étrangers pour diffuser leur connaissance, il lui est difficile de rendre compte de la législation de pays où elle en est dépourvue. Il pallie l'absence de collaborateurs locaux par l'utilisation d'informations récoltées lors de voyages scientifiques ou obtenus par les correspondants de ses collaborateurs »¹⁰⁴⁰. Ces informations, si elles constituent des *descriptions* souvent très détaillées et surtout fidèles à la réalité des lois et institutions observées sur place, contiennent-elles pour autant systématiquement des développements comparatifs ? Jacques-Olivier Keistine répond par la négative :

« Les descriptions de la *Revue Fælix* ne sont que rarement comparatistes. Les commentaires politiques sont sommaires et les appréciations sociologiques fréquentes. Ils peuvent être sibyllins ou directes sur le ton de l'éloge, de l'ironie ou de la colère. En fait ces travaux reflètent l'opinion politique des différents collaborateurs de la revue »¹⁰⁴¹.

L'observation est particulièrement vraie pour la seconde période de la *Revue* allant de 1844 à 1850 durant laquelle les études comparatives sont délaissées et les collaborateurs étrangers se

¹⁰³³ BANNISTER et J.-J.-G. FÆLIX, « Du duel, en Irlande et aux Etats-Unis de l'Amérique septentrionale », *Revue étrangère de législation et d'économie politique*, t. I, 1834, p. 529-533.

¹⁰³⁴ ANONYME, « Législation russe sur les inventions industrielles et agricoles », *Revue étrangère et française de législation et d'économie politique*, t. III, 1837, p. 443-451.

¹⁰³⁵ V. FOUCHER, « De la propriété littéraire et de la contrefaçon », *Revue étrangère et française de législation et d'économie politique*, t. IV, 1837, p. 361-381, 506-524 et 573-584 ou encore J.-J.-G. FÆLIX, « De la Propriété littéraire en Angleterre et en Wurtemberg », *Revue étrangère et française de législation et d'économie politique*, t. V, 1838, p. 627-632.

¹⁰³⁶ F. ROGER, « Etat de la législation française et des législations étrangères sur la compétence en matière de procès entre étrangers », *Revue étrangère et française de législation et d'économie politique*, t. V, 1838, p. 180-191.

¹⁰³⁷ A. LORIEUX, « De l'administration des finances, en Angleterre », *Revue étrangère et française de législation et d'économie politique*, t. V, 1838, p. 421-438 ; T. FIX, « De l'Administration des finances en Angleterre », *Revue étrangère et française de législation et d'économie politique*, t. V, 1838, p. 546-553.

¹⁰³⁸ J.-M. DE GERANDO, « Législation anglaise sur les pauvres », *Revue étrangère et française de législation et d'économie politique*, t. V, 1838, p. 641-657.

¹⁰³⁹ L. LANGLOIS, « Droits des sociétaires ou actionnaires étrangers dans les entreprises industrielles de France, soit en temps de paix, soit en temps de guerre », art. cit., p. 716-728.

¹⁰⁴⁰ J.-O. KEISTINE, *La Revue Fælix...*, op. cit., p. 165.

¹⁰⁴¹ *Ibid.*, p. 165-166. L'italique est ici de notre fait.

font rares. Sur les soixante-dix articles retenus au titre de la comparaison juridique¹⁰⁴², cinquante-cinq – soit environ 80 % de l'échantillon – ont en effet été publiés avant 1844 c'est-à-dire au cours de la direction exclusive de Fœlix. C'est d'ailleurs à cette date que la revue change – pour la troisième fois en dix ans¹⁰⁴³ – de titre. Fœlix, tombé gravement malade en 1840, est alors paralysé. Cet effacement se perçoit dans l'orientation même que prend sa revue, qui n'est d'ailleurs plus une revue « étrangère ». De façon significative, elle abandonne en effet les premiers mots de son titre et devient une revue où le droit étranger ne figure plus qu'en seconde (et dernière...) position : la *Revue de droit français... et étranger*.

La maladie de Fœlix – qui finit par l'emporter le 26 mai 1853 à Paris – ne devait cependant pas être, pour la *Revue*, la seule difficulté à surmonter ; elle devait également faire face, en effet, à une revue concurrente : la *Revue Wolowski*.

§2. La *Revue Wolowski* (1835-1869)

Fondée en 1835¹⁰⁴⁴, soit quasiment au même moment que la *Revue Fœlix*, la *Revue Wolowski* est une autre « Revue de législation » qui prétend à la succession de la *Thémis*. Aussi apparaît-elle très rapidement comme la concurrente directe de la *Revue Fœlix*¹⁰⁴⁵. Du moins les deux fondateurs donnent-ils l'impression, par le choix des titres de leurs revues, de se « partager » l'ancien programme du périodique de Jourdan : « à Fœlix l'étude du droit étranger, puis français, et à Wolowski "la philosophie du droit, l'histoire du droit français, le droit administratif, la critique juridique et enfin les rapports du droit et de l'économie politique" »¹⁰⁴⁶. A cet égard, la *Revue Wolowski* – « on ne la désignera jamais que sous ce nom »¹⁰⁴⁷ – aurait pu figurer parmi les revues d'histoire du droit. En effet, « l'œuvre scientifique de Wolowski [...] est toute entière placée sous le signe de l'Ecole historique, dont il fut sans aucun doute le plus illustre représentant en France dans le domaine de l'économie politique »¹⁰⁴⁸. Né le 31 août 1810 à Varsovie, le fils de François Wolowski (1786-1844), jurisconsulte spécialiste de droit français et membre de la diète polonaise, achève sa scolarité

¹⁰⁴² Cf. *supra*, p. 212 et s.

¹⁰⁴³ Après être passé, en 1837, de la *Revue étrangère de législation et d'économie politique* à la *Revue étrangère et française de législation et d'économie politique*, le périodique voit modifier en effet une deuxième fois son titre, pour devenir, en 1840, la *Revue étrangère et française de législation, de jurisprudence et d'économie politique*.

¹⁰⁴⁴ Sur la *Revue de législation et de jurisprudence*, dite « *Revue Wolowski* » : P. CANTO, *La Revue de législation et de jurisprudence : 1835-1853*, Thèse, Droit, Université de Lyon Jean Moulin, 1999.

¹⁰⁴⁵ Selon Jacques-Olivier Keistine, « une attitude polémiste l'atteste. Louis Wolowski ne manque pas de rectifier en personne les erreurs commises par Fœlix dans la rédaction d'articles sur le droit étranger. Ces attaques sont futiles et sans autre intérêt que la révélation d'une rivalité dans l'accès aux sources et dans leur vérification, notamment, à propos de la législation allemande sur la propriété littéraire [...]. La *Revue Fœlix* répond à ces attaques sur le même mode » (J.-O. KEISTINE, *La Revue Fœlix...*, *op. cit.*, p. 148).

¹⁰⁴⁶ *Ibid.*, p. 147. L'italique est ici de notre fait.

¹⁰⁴⁷ P. JESTAZ et C. JAMIN, *loc. cit.*

¹⁰⁴⁸ O. MOTTE, *Lettres inédites de juristes français du XIX^e siècle...*, *op. cit.*, t. II, 1990, p. 1688.

à Paris au collège Henri IV mais retourne en Pologne en 1828 pour y faire ses études juridiques et administratives, lesquelles sont alors placées sous le signe de l'école allemande de la *geschichtliche Rechtswissenschaft*. En 1830, il soutient la tentative de Révolution libérale et revient à Paris cette même année comme secrétaire de la légation du gouvernement provisoire polonais. Seulement, l'échec du mouvement insurrectionnel le retient en France : il est en effet condamné à mort par contumace. Wolowski doit alors achever sa licence à la faculté de droit de Paris. En 1834, il reçoit des lettres de naturalisation et s'inscrit au barreau de Paris. Alors qu'il parvient à entrer, la même année, au cabinet Dalloz, spécialisé en droit administratif, il conçoit le projet d'une revue juridique, « encouragé par un civiliste prestigieux, Troplong, défenseur au sein de la doctrine de l'Exégèse du recours à l'*éclaircissement historique* »¹⁰⁴⁹. C'est d'ailleurs ce dernier qui donnera le « ton de l'historicité »¹⁰⁵⁰ à la *Revue Wolowski* en y publiant effectivement, dès le premier numéro, un long article soulignant « la nécessité de réformer les études historiques applicables au droit français »¹⁰⁵¹.

Pour sûr, Wolowski marque « l'histoire de la doctrine en contribuant à réhabiliter l'histoire comme l'une des sources du droit »¹⁰⁵². Et il se dépense sans compter. Dans le but de faire connaître sa *Revue de législation et de jurisprudence* et de lui acquérir des collaborateurs, il s'adresse par exemple – et sans surprise – à de nombreux juristes allemands qu'il parvient pour la plupart à gagner à sa cause : Mittermaier, Mohl, Stein, Warnkönig, Zachariæ, tous acceptent en effet de contribuer à la revue de Wolowski et lui adressent en outre la leur¹⁰⁵³. D'ailleurs,

« l'entreprise même de la création de la *Revue de législation et de jurisprudence* ne se conçoit que comme une imitation, voulue, des revues juridiques allemandes, se proposant de doter la France d'un périodique à leur image. Et cette revue, conçue sur le modèle allemand, se donnera évidemment pour premier but de faire connaître les progrès réalisés par la science du droit en Allemagne ; si même elle visera à dégager, grâce à son apport, une science juridique nationale. De ce point de vue, on peut dire que nul peut-être, sinon Fœlix, n'a plus fait, sous la Monarchie de Juillet, pour populariser les doctrines des savants allemands »¹⁰⁵⁴.

Wolowski contribuera en effet personnellement à mieux faire apprécier la science juridique allemande en donnant par exemple à sa revue de nombreuses traductions¹⁰⁵⁵ ; son but étant – comme il l'écrit encore à Reyscher en 1843 – de « multiplier les communications

¹⁰⁴⁹ J.-P. ALLINNE, V° « Wolowski », *Dictionnaire historique des juristes français...*, op. cit., 1^{ère} éd., 2007, p. 782. L'italique est de notre fait.

¹⁰⁵⁰ *Ibid.*, p. 783.

¹⁰⁵¹ Cité par Jean-Pierre Allinne : *Ibid.*, p. 783.

¹⁰⁵² *Ibid.*, p. 783.

¹⁰⁵³ O. MOTTE, *Lettres inédites de juristes français du XIX^e siècle...*, op. cit., t. II, 1990, p. 1691. A cette importante correspondance s'ajoutent encore celles de Bluntschli, August Ludwig Reyscher (1802-1880), Savigny ou Heinrich Zöpfl (1807-1877).

¹⁰⁵⁴ *Ibid.*, p. 1689.

¹⁰⁵⁵ Ainsi par exemple des articles de Mittermaier : C. J. A. MITTERMAIER, « Etat actuel de l'opinion touchant l'abolition de la peine de mort, dans les Etats-Unis de l'Amérique, en Angleterre, en France, en Italie et en Allemagne », *Revue de législation et de jurisprudence*, t. II, 1835, p. 112-123 et 201-221 ; C. J. A. MITTERMAIER, « Du Duel », *Revue de législation et de jurisprudence*, t. III, 1835-1836, p. 194-200.

intellectuelles entre l'Allemagne et la France »¹⁰⁵⁶. Ce n'est donc pas un hasard si, parmi les collaborateurs français, figurent les plus illustres disciples de l'Ecole historique allemande tels Rossi¹⁰⁵⁷ dont la *Revue Wolowski* publie l'introduction au cours de droit constitutionnel¹⁰⁵⁸ ; Blondeau¹⁰⁵⁹, qui y livre un article sur la prison pénitentiaire de Genève¹⁰⁶⁰ ; Hélie¹⁰⁶¹, qui y fait paraître un examen des lois civiles et criminelles des Etats modernes¹⁰⁶² ; Dareste¹⁰⁶³, qui

¹⁰⁵⁶ Cité par O. MOTTE, *Lettres inédites de juristes français du XIX^e siècle...*, op. cit., t. II, 1990, p. 1689.

¹⁰⁵⁷ Sur ce juriste, cf. *supra.*, p. 143, note 615.

¹⁰⁵⁸ P. ROSSI, « Droit constitutionnel, introduction », *Revue de législation et de jurisprudence*, t. III, oct. 1835-mars 1836, p. 81-104. Au simple stade de l'annonce du plan de son cours, Rossi insiste déjà sur les principes qui, « par leur réunion, impriment au système français un caractère propre, un véritable cachet d'originalité nationale. Ces principes sont : 1° l'égalité devant la loi, en d'autres termes la liberté pour tous ; 2° l'unité nationale, la réunion dans un seul et même tout des diverses parties de l'état, d'un grand nombre d'éléments matériels et moraux conspirant tous au même but. [...] Ces principes, en les prenant isolément, séparément l'un de l'autre, vous pouvez les retrouver ailleurs ; mais par leur réunion, ils constituent un fait social qui jusqu'à présent est un fait exclusivement français, un fait unique dans l'histoire des nations ».

¹⁰⁵⁹ Sur Blondeau, cf. *supra.*, p. 100 et s.

¹⁰⁶⁰ J.-B.-A.-H. BLONDEAU, « Prison pénitentiaire de Genève », *Revue de législation et de jurisprudence*, t. III, oct. 1835-mars 1836, p. 201-214. Dans le but d'hâter « l'accomplissement d'une réforme promise depuis tant d'années et qui chaque jour devient plus urgente », Blondeau attire en effet l'attention des pénologues français sur les prisons suisses qui apparaissent chez lui comme de véritables modèles, rappelant par exemple qu'à Genève, « depuis dix ans que la prison pénitentiaire existe, il n'y a eu aucune évasion, et aucun crime, aucun délit punissable par les tribunaux n'a été commis dans son intérieur ». Convaincu qu'il est effectivement « possible et utile d'importer chez nous des institutions éprouvées chez nos voisins », Blondeau s'aide notamment de la statistique pénitentiaire : « Nous voyons que, sur le nombre total des prisonniers sortis de 1826 à 1835, il n'en était rentré à la fin de 1835 qu'environ un sixième. Avant l'établissement du système pénitentiaire à Genève, on avait calculé qu'il y avait 26 pour cent de récidives sur les condamnés correctionnellement, et 41 pour cent sur les condamnés criminellement. En France, suivant le compte rendu de la justice criminelle pour 1831, les récidives sont de 31 pour cent sur les condamnés aux bagnes, de 33 sur les détenus des maisons centrales, et de 51 sur ceux des autres prisons assimilées aux maisons centrales ».

¹⁰⁶¹ Sur Hélie, cf. *supra.*, p. 141 et s.

¹⁰⁶² F. HELIE, « Collection des lois des états modernes », *Revue de législation et de jurisprudence*, t. V, oct. 1836-mars 1837, p. 432-444. Dans cet article, Hélie se borne aux lois criminelles de Naples du 1^{er} septembre 1819, « calquées sur les deux codes criminels de la France ». Parmi celles-ci, seules les dispositions nouvelles qui se rattachent à la théorie et aux principes mêmes du droit criminel, « et qui dès lors peuvent se reproduire chez tous les peuples », intéressent l'auteur ; certaines sont critiquées, d'autres saluées. Hélie juge par exemple « pleine de périls » la disposition du code sicilien selon laquelle il n'y a pas lieu à l'action pénale pour crime de viol, de rapt, d'adultère, ou d'autres attentats à la pudeur commis avec violence, à moins de déclaration de poursuite de la partie lésée. En revanche, le criminaliste français observe, « non sans quelque surprise, que notre système d'arrestation y a éprouvé une amélioration assez remarquable. Les mandats de dépôt, qui sont, à Naples comme en France, des ordres d'arrestation provisoire, sont décernés par le procureur-général, le juge d'instruction ou le juge de canton ; mais dans les vingt-quatre heures de leur exécution, il doit en être rendu compte à la cour criminelle [...]. Cette intervention immédiate de la grande cour criminelle de chaque province, pour statuer sur la légitimité de chaque arrestation, offre pour la liberté individuelle une garantie qui assurément n'a point été empruntée à notre code d'instruction ». Dans le même sens, la disposition de l'article 308 des lois de procédure suivant laquelle, lorsque la sentence portera condamnation à la peine de mort, le défenseur, sous sa responsabilité personnelle, devra produire le pourvoi dans le délai voulu par la loi, alors même que le condamné ne le voudrait pas par dégoût de la vie ou de la prison, lui semble « digne d'être remarquée ». Il regrette encore que la seule « crainte de troubler l'harmonie du code pénal » a empêché le législateur français de proclamer en 1832, contrairement au législateur de Naples, le principe « simple et vrai » selon lequel aucune peine n'est infamante. De même ne passe-t-il pas sous silence la disposition qui déclare exempts de toute peine les enfants âgés de moins de neuf ans alors que « notre code est muet sur cette distinction, que réclament l'humanité et la justice ». Sur la tentative, les lois siciliennes présentent « une théorie neuve et complète [...] ». Loin d'adopter la règle absolue de notre code, qui confond dans la même peine le délit *tenté*, le délit *manqué* et le délit *consommé*, le législateur de Naples a vu dans ces trois degrés du même fait l'objet d'un triple degré dans la peine ». A propos de la complicité, « deux dispositions importantes [...] sont encore un progrès sur la loi française ». La première porte que les circonstances personnelles qui aggravent la peine d'un complice, ne profitent ni ne

lui donne une étude comparative détaillée entre le projet de Code pénal prussien de 1848 et les Codes pénal et d'instruction criminelle français¹⁰⁶⁴ ou encore Laboulaye¹⁰⁶⁵, qui enrichit cette même *Revue* de son cours de législations comparées professé au Collège de France¹⁰⁶⁶.

nuisent aux autres ; la seconde déclare [...] que les circonstances matérielles qui aggravent la peine d'un crime ne nuisent qu'à ceux des complices qui en avaient connaissance au moment de l'action tandis que « les art. 59 et 63 de notre code permettent d'imposer encore au complice, dans plusieurs cas, la responsabilité d'un fait auquel il est complètement étranger ». En revanche, Hélie ne désire s'arrêter ni aux crimes contre la religion ni aux crimes d'état dans la mesure où l'on ne retrouve plus « la mansuétude et l'humanité que reflètent quelques unes des dispositions que nous avons citées ». Relativement à l'incrimination des coups et blessures, le Code de Naples les sépare en coups et blessures *légers* d'un côté, *graves* de l'autre. « Ce système, plus régulier et plus satisfaisant peut-être que celui de notre code sous plusieurs rapports, est cependant entaché du même vice, en ce qu'il fait dépendre, d'une manière presque absolue [...] la qualification du fait et la gravité de la peine, des résultats même accidentels de l'action, sans combiner l'élément intentionnel avec ces résultats ». Enfin, le système d'incrimination des vols présente également « une innovation fort importante » en ce qu'il distingue le vol simple du vol qualifié. Or, selon Hélie, « cette distinction, omise par notre législateur, et recueillie par la plupart des lois étrangères, nous paraît fondée sur les vrais principes du droit pénal ». En définitive, « le législateur des Deux-Siciles, tout en conservant les formes, et pour ainsi dire, les ossements de nos codes, a su les animer d'une vie propre et nouvelle, par les dispositions qu'il y a introduites ».

¹⁰⁶³ Sur Dareste, cf. *supra.*, p. 199 et s.

¹⁰⁶⁴ R. DARESTE, « Projet de Code pénal prussien », *Revue de législation et de jurisprudence*, t. XXXI, janv.-avr. 1848, p. 200-221. Dans cette étude, Dareste établit quelques concordances entre le projet prussien et la loi française. Il observe par exemple que l'ordre des matières est « en général le même que celui de notre Code français » et que « le titre premier traite de l'application de la loi pénale et de ses limites, et correspond aux articles 5-7 de notre Code d'instruction criminelle ». Sur la capacité civile du condamné, sa préférence va à la « loi prussienne » qui suit « un système plus simple » : la mort civile y est supprimée et la dégradation civique – qui peut être prononcée à perpétuité (crimes) ou à temps, c'est-à-dire de un à cinq ans (délits) – est maintenue. En matière de récidive et de coexistence de plusieurs délits, le projet lui paraît « d'une rigueur excessive » mais il constate toutefois que, du point de vue de la récidive, « le système du projet et celui de notre Code pénal sont identiques ». Quant à la seconde partie du Code pénal prussien, consacrée à l'énumération des délits, à leur définition et à la fixation des peines qui doivent leur être appliquées, il note « l'analogie, souvent même [...] l'identité presque complète de cette partie du projet, avec la partie correspondante de notre Code pénal » ; dès lors se borne-t-il « à citer quelques articles qui n'ont pas d'équivalent dans nos lois ». En conclusion, Dareste admettra que le projet de loi est « incontestablement supérieur non-seulement à l'ancienne législation prussienne, à l'*Allgemeines Landrecht* ou à la *Caroline*, mais même, sur plusieurs points, au Code pénal français de 1810. La pénalité y est assez douce. L'exposition des condamnés, la confiscation générale, la mort civile, n'y figurent plus. La dégradation civique à temps ou à perpétuité y est trop prodiguée ; mais les peines les plus dures y sont appliquées avec réserve, et le système des peines infamantes a disparu. Sous ce rapport, on doit le reconnaître, il y a progrès ».

¹⁰⁶⁵ Sur Laboulaye, cf. *supra.*, p. 198 et s. ; *infra.*, p. 263 et s.

¹⁰⁶⁶ E. LABOULAYE, « Cours de législations comparées », *Revue de législation et de jurisprudence*, t. XXXVI, sept.-déc. 1849, p. 321-343. Il s'agit plus exactement de la *Première Leçon* portant sur la Constitution des Etats-Unis d'Amérique, véritable garante – selon Laboulaye – de la stabilité du gouvernement nord-américain. Pour lui, le secret des Etats-Unis est « bien simple, et cependant infaillible ; c'est la paix, c'est la neutralité, c'est la non-intervention », laquelle leur épargne le coût de la guerre et l'entretien des troupes en temps de paix. De plus, dans la sphère du droit privé, « la liberté individuelle est garantie aux Etats-Unis, comme en Angleterre, de la façon la plus efficace et la plus énergique ». La liberté sous caution est de droit et elle ne doit pas être excessive, « il en résulte qu'aux Etats-Unis, on n'a point le triste exemple de ces emprisonnements préventifs qui dépassent en durée la peine même qu'encourrait l'accusé s'il était reconnu coupable ». Les libertés industrielle et du travail sont, quant à elles, « plus considérable[s], mieux entendue[s] aux Etats-Unis qu'en France » et la liberté des cultes y est absolue. Si, sur le plan constitutionnel, « nous sentons tous que le pouvoir exécutif a besoin d'indépendance, et que cependant le pays a droit à une surveillance de tous les instants », les Américains, eux, ont « résolu la question en rendant le président indépendant de l'Assemblée, en mettant le ministère à l'abri de l'action incessante et jalouse des Chambres ; et, d'un autre côté, ils ont assuré le droit du pays en mêlant à la haute administration, [...] le sénat [...]. Ce sénat, [...] est la pierre angulaire de la Constitution américaine ; c'est là qu'est la véritable force, la force régulatrice du gouvernement ; et si la république dure aux Etats-Unis, c'est

A y regarder de près, l'histoire appelle une nouvelle fois la comparaison¹⁰⁶⁷ et Wolowski apparaît à cet égard comme « un jurisconsulte ouvert bien avant la majorité de ses collègues à l'histoire et au droit comparé »¹⁰⁶⁸. En effet,

« le droit comparé constitue le second axe de la *Revue*. Placé par ses origines polonaises au carrefour juridique de l'Europe, Wolowski a toujours considéré l'observation des législations étrangères comme source de solutions positives, crédit hypothécaire, assurances ouvrières, organisation du travail qu'il va vérifier sur place, en Suisse notamment, n'hésitant pas à étudier des sujets aussi humbles en apparence que l'industrie bâloise du ruban. "Histoire et philosophie du droit, analyse des travaux de droit publiés à l'étranger, tel est le cadre de cette publication", prévient-il le lecteur de sa *Revue* en 1844 »¹⁰⁶⁹.

Infatigable voyageur, il se rend en effet régulièrement – tout particulièrement au cours de la décennie 1840¹⁰⁷⁰ – en Allemagne ainsi qu'en Angleterre pour y rapporter de nouvelles informations qu'il publie ensuite dans son périodique¹⁰⁷¹. Aucun article programmatique, dans lequel il aurait éventuellement défini la comparaison juridique telle qu'il l'entend, ne figure cependant en tête de sa revue. La conception du droit comparé adoptée au sein de cette dernière est à rechercher par conséquent à travers les différentes contributions qui lui parviennent. Prenons quelques exemples.

En 1837, la *Revue Wolowski* fait paraître un extrait du mémoire de Joseph-Marie Portalis portant sur le « nouveau Code civil sarde »¹⁰⁷² et dans lequel l'auteur insiste particulièrement sur la nécessité, l'importance et l'utilité des études de législation comparée, non seulement pour le législateur, mais également pour le magistrat et le jurisconsulte :

« L'étude de la législation comparée est en effet une partie essentielle de la science du droit et de la jurisprudence. On saisit mieux, à son aide, les principes générateurs ; elle fonde la philosophie du droit sur l'observation et l'expérience. Les législateurs puisent dans cette étude les plus sûrs enseignements ; ils apprennent ce que les peuples ont droit d'attendre d'eux dans des circonstances données, l'état de leur

au sénat qu'elle le doit ». De même, « l'Amérique n'a pas voulu que les deux Chambres, même d'accord avec le président, se missent au-dessus de la Loi suprême. C'est là une particularité du système américain, et qui se retrouve dans les Constitutions des Etats particuliers, aussi bien que dans la Charte fédérale. C'est dans ce but qu'a été créée la Cour suprême des Etats-Unis, tribunal plus puissant que la Cour de cassation, et qui peut invalider une loi du Congrès ou des Etats comme inconstitutionnelle. On a ainsi ouvert un recours légal à quiconque croit souffrir d'une violation de la Constitution ; on a désarmé la sédition en lui ôtant son dernier prétexte ». Toutefois, Laboulaye se garde de vouloir importer telle quelle la Constitution américaine : « Ne copions pas la Constitution des Etats-Unis, mais profitons des leçons qu'elle renferme, et, tout en restant Français, ne rougissons pas de suivre les exemples et d'écouter les conseils qu'a laissés un Washington ! »

¹⁰⁶⁷ Cf. *supra*, p. 198.

¹⁰⁶⁸ J.-P. ALLINNE, *loc. cit.*

¹⁰⁶⁹ *Ibid.*, p. 783.

¹⁰⁷⁰ Il entreprend en effet son premier grand voyage en Allemagne, avec une mission du gouvernement, en 1841. « Après 1850 cependant, Wolowski ne devait cesser de s'éloigner de l'Allemagne. S'il y fit de longs séjours, en particulier à l'occasion d'expositions, s'il conserva des liens avec ses juristes, s'il traduisit encore certains de ses ouvrages, il n'y verra plus cette inspiration privilégiée qui avait donné son sens à ses premiers travaux » (O. MOTTE, *Lettres inédites de juristes français du XIX^e siècle...*, *op. cit.*, t. II, 1990, p. 1690).

¹⁰⁷¹ Par exemple : L. WOŁOWSKI, « Législation industrielle de l'Allemagne, les brevets d'invention », *Revue de législation et de jurisprudence*, t. XV, janv.-juin 1842, p. 405-439, 401-441 et t. XVII, janv.-juin 1843, p. 75-99.

¹⁰⁷² J.-M. PORTALIS, « Mémoire sur le nouveau code civil sarde », *Revue de législation et de jurisprudence*, t. VII, oct. 1837-mars 1838, p. 196-217, 437-455 et t. XI, janv.-juin 1840, p. 298-334. Il s'agit du Code des lois civiles pour les Etats de Sardaigne de 1837, devenu exécutoire le 1^{er} janvier 1838.

législation et leur situation religieuse, politique, morale, industrielle étant connus. Elle est aussi pour les magistrats et les jurisconsultes un moyen d'information précieux : en leur enseignant la filiation des lois nationales, elle leur découvre le véritable esprit de ces lois, elle leur indique comment et pourquoi, dès leur origine, elles ont été plus ou moins modifiées par les institutions ou par les mœurs, et leur révèle, avec la raison de ces changements, la complète intelligence de leurs dispositions actuelles. En les initiant à la connaissance des diverses lois étrangères qui gouvernent parallèlement d'autres peuples, elle facilite souvent l'interprétation de celles que les magistrats et les jurisconsultes sont chargés d'appliquer »¹⁰⁷³.

C'est sensiblement dans les mêmes termes que s'exprimera Dupin aîné l'année suivante, à l'occasion d'un rapport lu le 14 avril 1838 à l'Académie des sciences morales et politiques et reproduit dans la *Revue Wolowski* :

« Au point où la société humaine, écrit-il en effet, sous les divers gouvernements qui la régissent, est parvenue aujourd'hui, au milieu du mouvement commun qui porte les nations les unes vers les autres, qui les conduit à s'étudier, à profiter mutuellement de leur expérience diverse, la science du droit ne peut rester cantonnée isolément entre les frontières de chaque état. On peut dire que désormais l'étude des législations comparées est appelée à former un élément essentiel de cette science, et l'un des plus importants. Cette étude agrandit et élève la pensée législative, elle la fait sortir de la sphère circonscrite du droit privé et local, elle apprend à généraliser ; tandis que, dans les détails, elle montre les lacunes, les défauts, et prépare les réformes. Enfin, envisagée au point de vue pratique, au milieu des relations multipliées que le commerce, les voyages, les échanges réciproques établissent entre les divers nationaux, cette étude devient chaque jour plus nécessaire pour régler les conventions et les intérêts qui naissent de ce contact »¹⁰⁷⁴.

Enfin, en 1867-1868¹⁰⁷⁵, c'est encore aux réformes législatives nationales – autrement dit, au législateur français – que songe Léopold Thézard (1840-1907) lorsqu'il évoque l'intérêt premier d'une « étude des textes de la loi étrangère, parfois même de la jurisprudence qui les commente, [qui] peut seule éclairer bien des points obscurs. Par là, on obtient un travail tout fait et tout coordonné [...]. Qui ne voit tout l'avantage que peuvent tirer de cette étude ceux qui réforment les lois ? »¹⁰⁷⁶ L'observation des lois ou expériences législatives pratiquées à l'étranger permet en effet, d'après cet avocat et professeur agrégé à la faculté de droit de Poitiers, d'écarter tout doute attaché aux innovations législatives ainsi que « l'incertitude de leurs effets, les inconvénients cachés qui peuvent en sortir dans l'application »¹⁰⁷⁷. « Malheureusement, ajoute-t-il, [les lois étrangères] sont peu connues en France ; et si quelquefois on en invoque les principes, c'est avec l'ignorance la plus complète des détails d'organisation »¹⁰⁷⁸. Aussi Thézard appelle-t-il – avec force – tant les réformateurs que le « public, qui est leur soutien et leur modérateur »¹⁰⁷⁹, à « pousser plus avant des recherches

¹⁰⁷³ J.-M. PORTALIS, « Mémoire sur le nouveau code civil sarde », art. cit., p. 204.

¹⁰⁷⁴ A.-M.-J.-J. DUPIN, « Rapport lu à l'Académie des sciences morales et politiques, le 14 avril 1838 », *Revue de législation et de jurisprudence*, t. VIII, avr.-sept. 1838, p. 22-23. Sur Dupin aîné, cf. *supra.*, p. 104.

¹⁰⁷⁵ La *Revue de législation et de jurisprudence* s'est alors éteinte depuis 1853 pour toutefois fusionner avec la *Revue critique de jurisprudence en matière civile* – créée deux ans plus tôt par Marcadé, Demolombe, Jean-Baptiste-César Coin-Delisle (1789-1869) et Paul Pont (1808-1888) – et donner dès lors naissance à la *Revue critique de législation et de jurisprudence* qui survivra à Wolowski jusqu'en 1939.

¹⁰⁷⁶ L. THEZARD, « De la révision du Code pénal en Belgique », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, t. XXXIII, 1868, p. 273-275.

¹⁰⁷⁷ *Ibid.*, p. 273 et s.

¹⁰⁷⁸ *Ibid.*, p. 273 et s.

¹⁰⁷⁹ *Ibid.*, p. 273 et s.

semblables [...] pour le perfectionnement des sciences morales [...] et [...] la sincérité des progrès à venir »¹⁰⁸⁰.

« Autrement, on aura beau voir dans les exposés des motifs et dans les rapports sur les lois la savante nomenclature des législations étrangères : qui pourra dire si la portée n'en a pas été exagérée, si on a bien placé les textes qu'on cite dans leur véritable milieu, si on n'a pas omis quelque institution destinée à en prévenir les inconvénients possibles ? Qui pourra connaître les erreurs, involontaires ou non, que contiendra cette interprétation ? »¹⁰⁸¹

Finalement, l'on pourrait résumer l'opinion de ces trois juristes français en quatre points. Premièrement, l'étude de législation(s) comparée(s) constitue « une partie essentielle de la science du droit ». Elle est en effet, aux yeux des jurisconsultes de cette période, plus qu'une simple *méthode*, sans toutefois former encore une véritable *science autonome*. Deuxièmement, parce qu'elle est justement *scientifique*, elle s'affranchit des « frontières de chaque état » et s'adresse en ce sens aux législateurs de chaque nation, faisant effectivement sortir la « pensée législative » de « la sphère circonscrite du droit privé et local ». Pour la même raison – troisièmement –, elle encourage les échanges entre les *doctrines juridiques* des différents pays que les comparatistes français placent dès lors « au milieu du mouvement commun qui porte les nations les unes vers les autres ». Enfin, quatrièmement, n'étant pas exclusivement spéculative, elle ne délaisse pas les *praticiens*. C'est en ce sens que Wolowski – avocat au cabinet Dalloz – fait appel (ou écho) à des collaborateurs magistrats, procureurs, avocats, juges, inspecteurs généraux des prisons, etc.

Tout bien considéré, la *Revue Wolowski* – qui doit sa survie à sa fusion avec la *Revue critique de jurisprudence en matière civile*, créée en 1851 dans « un esprit nettement plus pratique »¹⁰⁸² – partage finalement le même éclectisme que la *Revue Félix*. C'est une autre revue de droit qui, dès lors, se positionnera beaucoup plus franchement – sinon exclusivement – sur le champ de la pratique juridique : la *Revue pratique de droit français*.

¹⁰⁸⁰ *Ibid.*, p. 273 et s.

¹⁰⁸¹ *Ibid.*, p. 273 et s.

¹⁰⁸² P. JESTAZ et C. JAMIN, *loc. cit.*

Section 3 – Les comparatistes et la *Revue pratique de droit français* (1856-1869)

A l'instar de la *Revue Wolowski*, la *Revue pratique de droit français* ne contient pas d'article programmatique. Un simple regard prosopographique porté sur ses quatre fondateurs semble néanmoins pouvoir combler cette lacune et permettre de saisir « l'esprit » qui l'a animée. D'emblée, deux observations peuvent être faites. Premièrement, le profil de Demangeat, Mourlon, Ollivier et Ballot diffère très peu de celui des fondateurs de revues rencontrés jusqu'alors : séduits par les thèses de Savigny, ils deviennent également sensibles à la méthode comparative. Une fois de plus, l'histoire du droit apparaît comme l'antichambre de la comparaison juridique. Plus encore, les créateurs de la *Revue pratique* ont parfois été en contact, plus ou moins directs, avec leurs prédécesseurs – notamment Fœlix et Wolowski – ; ce qui tend à prouver leur appartenance à un même « mouvement » : celui des pionniers de la comparaison juridique. Aussi la fondation de cette revue ne surprend-elle pas, ou peu ; pas plus qu'il n'est étonnant d'y voir publiés des articles de législation comparée. Secondement, la *Revue pratique de droit français* passe à première vue – en considération de la première partie de son titre notamment – pour un périodique créé *par* des praticiens, *pour* des praticiens. S'il est vrai que le frontispice de la *Revue* présente ses fondateurs en leur qualité d'« avocat à la Cour impériale de Paris », fonction qui leur est effectivement commune, il ne faut pourtant pas omettre de signaler qu'ils ont aussi été *professeurs* de droit ; le titre complet de leur journal indiquant d'ailleurs en ce sens qu'il s'agit d'une revue, non seulement de droit français, mais aussi de jurisprudence, de *doctrine* et de législation. Afin de saisir toute la portée de ces remarques, il faut revenir quelque peu sur le parcours de ces quatre fondateurs.

Fils d'un magistrat ayant fait l'essentiel de sa carrière à Nantes, Charles Demangeat y naît le 2 septembre 1820¹⁰⁸³. Il devient avocat et exerce pendant une dizaine d'années (de 1841 à 1851). En 1844, c'est-à-dire un an seulement après la parution du fameux *Traité du droit international privé* de Fœlix¹⁰⁸⁴, Demangeat se fait lui aussi connaître dans ce domaine tout nouveau du droit par une *Histoire de la condition civile des étrangers en France*. Le lien entre ces deux spécialistes de droit international privé est d'ailleurs évident. Non seulement Demangeat collabore à la *Revue étrangère de législation et d'économie politique* mais il publie en outre le traité de Fœlix dans une édition augmentée. Il fait « en quelque sorte le lien entre la génération de Fœlix et celle de Clunet, directeur du *Journal de droit international privé* créé en 1874, auquel il participe également »¹⁰⁸⁵. Dans l'introduction au premier numéro de ce journal, Demangeat s'affirme en effet – plus de trente ans après le *Traité* de Fœlix de

¹⁰⁸³ Les éléments biographiques qui vont suivre sont empruntés pour une très grande partie à J.-L. HALPERIN, V^o « Demangeat », *Dictionnaire historique des juristes français...*, *op. cit.*, 1^{ère} éd., 2007, p. 241.

¹⁰⁸⁴ Sur ce traité, cf. *supra.*, p. 208 et s.

¹⁰⁸⁵ J.-L. HALPERIN, *loc. cit.*

1843 – « partisan de l'universalisme, convaincu de l'existence d'un droit international supérieur et d'un possible rapprochement des droits nationaux, notamment par l'étude de la jurisprudence »¹⁰⁸⁶. Enfin, l'influence de l'Ecole historique allemande est commune aux deux privatistes français¹⁰⁸⁷. Dans son *Cours de droit romain* publié en deux volumes en 1864, Demangeat cite par exemple fréquemment Savigny et Georg Friedrich Puchta (1798-1846). Entré en 1851 à l'université comme professeur-suppléant à Rennes, puis à Paris l'année suivante, il était effectivement devenu titulaire d'une chaire de droit romain à Paris et avait dès lors consacré plusieurs ouvrages à ce droit sous le Second Empire, « sans jouer cependant un rôle important dans la rénovation des études romanistes »¹⁰⁸⁸. C'est alors au cours de cette période qu'il fonde, en compagnie de son ami Mourlon, la *Revue pratique de droit français*¹⁰⁸⁹.

Fils de notaire, Frédéric Mourlon naît le 13 février 1811 à Chambon-sur-Voueize, dans la Creuse¹⁰⁹⁰. A Paris, il poursuit des études juridiques. Il obtiendra sa licence en 1835, deviendra docteur en droit en 1841 puis s'installera comme professeur libre de droit jusqu'en 1855, année où il cède effectivement son cours privé de droit civil alors pourtant que ses leçons rencontrent un succès non négligeable. Inscrit au barreau de Paris, la profession ne semble cependant pas le stimuler. Il démissionne d'ailleurs rapidement pour ainsi se consacrer pleinement à ses travaux de jurisconsulte. Civiliste aguerri, les considérations pratiques caractérisent incontestablement ses œuvres. La première d'entre elles, les *Répétitions écrites sur le Code civil, contenant l'exposé des principes généraux, leurs motifs et la solution des questions théoriques*¹⁰⁹¹ publiées pour la première fois en trois volumes entre 1846 et 1852, connaît un succès éditorial édifiant : elles seront en effet rééditées par Mourlon à sept reprises puis six fois par son ami Demangeat entre 1869 et 1896. Fortement apprécié des étudiants, qui y trouvent une excellente préparation aux examens, cet ouvrage inspire également les praticiens dont le célèbre magistrat québécois Pierre Basile Mignault (1854-1945) pour son

¹⁰⁸⁶ *Ibid.*, p. 241.

¹⁰⁸⁷ Même si, en ce qui concerne Fœlix, « l'appartenance à l'Ecole du Droit historique de Savigny [...] existe mais n'est pas révélée par sa posture internationaliste. Fœlix se présente comme un scientifique chrétien qui, sans être partisan d'un Etat universel, se veut trop universaliste pour être attiré par le *Volkgeist* et les "droits populaires". Fœlix s'aligne sur les principes du droit international avancés par Savigny lorsque ce dernier défend l'existence d'une identité culturelle juridique européenne. [...] En fait, si Fœlix s'affiche proche de l'Ecole historique allemande, c'est surtout par ses relations. [...] Dans la logique de Fœlix, les inventeurs du *génie européen* ne peuvent être que les juristes. Plus particulièrement des juristes attirés par la science. Ceux que Savigny nomme les "juristes savants". Fœlix assigne à une élite savante européenne la mission de tisser des liens scientifiques qui se transformeront plus tard en liens politiques. Cela suppose le développement du droit comparé auquel Savigny s'oppose farouchement. En revanche, cette idée est proche des théories doctrinaires sur le gouvernement des *masses* par les *capacités*. Si Fœlix n'affirme jamais, comme le font Savigny ou Guizot, que l'élite intellectuelle et sociale représente par nature un peuple attardé ou faible, il affiche un goût prononcé pour l'organicisme politique lorsqu'il aborde la question du jury, et de la publicité des audiences. Une certitude subsiste : l'indépendance affirmée de Fœlix » (J.-O. KEISTINE, *La Revue Fœlix...*, *op. cit.*, p. 97-98).

¹⁰⁸⁸ J.-L. HALPERIN, *loc. cit.*

¹⁰⁸⁹ Il y publiera du reste un article sur le statut personnel : C. DEMANGEAT, « Du statut personnel », *Revue pratique de droit français*, t. I, 1856, p. 49-66.

¹⁰⁹⁰ Les éléments biographiques qui vont suivre sont empruntés pour une très grande partie à N. HAKIM, « Mourlon », *Dictionnaire historique des juristes français...*, *op. cit.*, 1^{ère} éd., 2007, p. 583-584.

¹⁰⁹¹ Sur cette œuvre, cf. *supra.*, p. 48 et s.

Droit civil canadien basé sur les « Répétitions écrites sur le Code civil » de Frédéric Mourlon, publié en neuf volumes à Montréal, entre 1895 et 1916, et offrant ainsi une certaine réputation internationale au civiliste français. Fort de ce premier succès, ce dernier devient « une sorte de spécialiste des *Répétitions écrites* »¹⁰⁹² puisqu'il publie en effet en 1850 des *Répétitions écrites sur la prescription* ou encore des *Répétitions écrites sur le Code de procédure civile* qui connaissent quatre éditions à partir de 1857 et une cinquième réalisée par Eliacin Naquet (1843-1921) en 1885. Comme Demangeat, Mourlon ne néglige pas le droit romain dont les solutions occupent en effet une place notable dans son *Traité théorique et pratique des subrogations personnelles* paru en 1848, son *Examen critique et pratique du commentaire de M. Troplong sur les privilèges* publié en deux volumes en 1855 et son *Traité théorique et pratique de la transcription*, en deux volumes, de 1862. Comme Demangeat encore, il se rapproche d'une revue de droit comparé, signe manifeste de son intérêt pour ce dernier : la *Revue critique de législation et de jurisprudence* de Wolowski¹⁰⁹³. Au regard de ces nombreuses publications pratiques¹⁰⁹⁴, il n'est donc pas étonnant de voir Mourlon participer en 1856 à la fondation de la *Revue pratique de droit français* aux côtés de ses amis et collègues Demangeat et Ollivier. C'est en effet avec ce dernier qu'il fera paraître, deux ans plus tard, un *Commentaire de la loi portant modification des articles du Code de procédure civile sur les saisies immobilières et sur les ordres*.

Fils de Démosthènes Ollivier (1799-1884), député républicain des Bouches-du-Rhône à la tête d'une maison de commerce florissante, Emile Ollivier naît à Marseille, le 2 juin 1825¹⁰⁹⁵. A vingt-et-un ans, il termine son cours de droit et se fait inscrire au barreau de Paris. Le lendemain de la Révolution de février, Ledru-Rollin, ami de Démosthènes, le présente au gouvernement provisoire et parvient à le faire nommer commissaire général de la République à Marseille. Plus tard, en juin 1848, « le protégé de Ledru-Rollin »¹⁰⁹⁶ est nommé préfet des Bouches-du-Rhône puis, le mois suivant, préfet de la Haute-Marne. Destitué brusquement en janvier 1849, à la suite de l'élection présidentielle de Louis-Napoléon Bonaparte, Ollivier reprend alors sa place au palais de justice. « Pendant les années qui suivirent, on lui confia nombre de causes importantes, dont la plus célèbre est celle de M^{me} de Guerry contre la communauté de Picpus »¹⁰⁹⁷. Refusant de plaider devant un conseil de guerre, il est toutefois

¹⁰⁹² N. HAKIM, « Frédéric MOURLON, *Répétitions écrites sur le Code civil, contenant l'exposé des principes généraux, leurs motifs et la solution des questions théoriques*, Paris, A. Marescq et E. Dujardin, 1846-1852, 3 vol. in-8° », art. cit., p. 655.

¹⁰⁹³ Sur cette revue, cf. *supra.*, p. 220 et s. Mourlon y publie par exemple en 1854 : F. MOURLON, « Preuve contre et outre le contenu aux actes », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, t. IV, 1854, p. 114-136 et « De l'effet que peuvent avoir sur les privilèges mobiliers les modifications ou transformations subies par les choses sur lesquelles ils sont établis », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, t. V, 1854, p. 79-112.

¹⁰⁹⁴ Auxquelles s'ajoute encore un *Formulaire général à l'usage des notaires*, publié en 1862 avec Jeannest Saint-Hilaire (1804-1874).

¹⁰⁹⁵ Sur le parcours d'Emile Ollivier : E. DE MIRECOURT, *Emille Ollivier*, Paris, Librairie des contemporains, 1870. Ollivier meurt à Saint-Gervais-les-Bains, en Haute-Savoie, le 20 août 1913.

¹⁰⁹⁶ *Ibid.*, p. 14.

¹⁰⁹⁷ *Ibid.*, p. 33.

suspendu pour trois mois, ce qui le pousse à ouvrir en 1852 des cours de jurisprudence qui virent le nombre d'élèves augmenter d'une façon si prodigieuse pendant les années 1853-1854, que « les leçons, commencées à huit heures du matin, n'étaient pas terminées quelquefois à sept heures du soir »¹⁰⁹⁸. Fort de ce succès, il peut regagner une nouvelle fois le palais de justice. C'est au cours de cette période qu'il fonde alors, en 1856, la *Revue pratique* avec Demangeat, Mourlon et Ballot.

Des quatre fondateurs, Ballot semble le plus discret¹⁰⁹⁹. Né à Orléans le 14 mars 1818, la *Revue pratique* le présente en ses qualités de docteur en droit et d'avocat à la Cour impériale de Paris¹¹⁰⁰. En cela, il résume parfaitement ce qu'ils sont : « professeurs et praticiens, tous au premier chef jurisconsultes, tous membres de la doctrine »¹¹⁰¹ et visiblement loin d'être indifférents aux études de législation comparée. Leur *Revue* abrite en effet plusieurs articles dont les titres ne laissent aucun doute sur le recours à la comparaison juridique par leurs auteurs ; lesquels se signalent du reste par leur grande renommée ou bien les hautes fonctions qu'ils occupent. Ainsi, par exemple, d'Hérolde¹¹⁰², docteur en droit et avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation¹¹⁰³, qui livre à la *Revue pratique* un examen volumineux (quarante-deux pages) des articles 244 à 284 du projet de révision du Code civil albertin de 1861 formant le Titre de la paternité et de la filiation¹¹⁰⁴. Parce que ce dernier se rapporte, d'une part, à « l'une des matières les plus sujettes à difficulté de toute la législation civile et que, d'autre part, les dispositions de notre Code sur ce point sont plus imparfaites »¹¹⁰⁵, Hérolde se propose alors :

« 1° de faire connaître les différences qui existent entre la législation française, la législation sarde et le projet italien ; 2° de signaler les lacunes que ce projet présente encore. Pour réaliser ce double but, nous ferons porter nos critiques tant sur le fond que sur la forme. On sait, en effet, quelle importance les questions de pure rédaction acquièrent parfois. Il va sans dire, néanmoins, que nous nous attacherons surtout au fond. Nous n'avons pas la prétention d'émettre des opinions nouvelles et nous croirions inutile de nous livrer à des discussions approfondies ; nous voulons seulement *constater et indiquer*. Cette tâche n'est déjà ni sans difficulté ni sans utilité »¹¹⁰⁶.

Aussi Hérolde commence-t-il par comparer le plan, en trois chapitres, du Titre de la paternité et de la filiation du Code Napoléon avec celui du projet de révision qui contient le même nombre de chapitres mais présente néanmoins « de légères modifications ». Puis, l'auteur

¹⁰⁹⁸ *Ibid.*, p. 41.

¹⁰⁹⁹ Très peu d'informations nous sont effectivement parvenues à son sujet.

¹¹⁰⁰ Marié à Adélaïde Belloc, avec qui il a un fils, Ballot est le gendre du peintre français Jean-Hilaire Belloc (1786-1866). Ballot décède à Menton le 29 décembre 1885.

¹¹⁰¹ N. HAKIM, « Frédéric MOURLON, *Répétitions écrites sur le Code civil, contenant l'exposé des principes généraux, leurs motifs et la solution des questions théoriques*, Paris, A. Marescq et E. Dujardin, 1846-1852, 3 vol. in-8° », art. cit., p. 657.

¹¹⁰² Un auteur déjà rencontré : cf. *supra.*, p. 85.

¹¹⁰³ Sur le juriste Hérolde, consulter notamment : Y.-A. DURELLE-MARC, V° « Hérolde », *Dictionnaire historique des juristes français...*, op. cit., 1^{ère} éd., 2007, p. 407.

¹¹⁰⁴ F. HEROLDE, « Sur le projet de révision du Code civil albertin (Sardaigne). Examen du titre de la paternité et de la filiation. Articles 244 à 284 du Projet », *Revue pratique de droit français*, t. XI, 1861, p. 5-47.

¹¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 6.

¹¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 6-7. L'italique est ici de notre fait.

passé à l'examen successif des articles du projet italien et en salue quelquefois la rédaction¹¹⁰⁷. D'autres fois, la préférence d'Hérolde va au contraire à la législation française¹¹⁰⁸. Mais en définitive, le projet de révision offre, selon lui, « plus à louer qu'à blâmer »¹¹⁰⁹. « Cependant, conclut-il, nous avons signalé des lacunes importantes. Il suffirait d'un petit nombre de lignes pour les combler ; nous espérons que le parlement italien y avisera »¹¹¹⁰.

« Constater et indiquer » ? En vérité, il y a plus. En 1865, Henri Ameline (1840-1889), avocat¹¹¹¹, rédige pour le compte de la *Revue pratique* un bulletin bibliographique portant sur une œuvre de Bonneville de Marsangy, *De l'amélioration de la loi criminelle en vue d'une justice plus prompte, plus efficace, plus généreuse et plus moralisante* (1855-1865), dans lequel il donne son opinion sur les études de législation comparée. D'après lui, ces dernières, ne suscitant pas encore suffisamment l'intérêt des juristes français, se trouvent par conséquent trop peu développées en France ; lacune regrettable au vu de ce qu'elles peuvent apporter, pourtant, sur le plan des réformes nationales législatives.

« C'est peut-être encore un préjugé que nous avons, écrit-il en effet, mais il me semble que nous dédaignons trop cette étude comparative des législations. Que des frontières infranchissables séparent des peuples, qu'ils vivent sous un climat tout différent, que leur tempérament national ait telles ou telles exigences spéciales, soit [allusion à *L'Esprit des lois* de Montesquieu] ; mais nous serions néanmoins étonnés, si nous faisons une étude comparée, de voir partout des principes communs et des institutions semblables. Nous comprendrions mieux alors que la société, comme l'homme, a des besoins qui sont toujours les mêmes, que nous pourrions envier telle ou telle réforme à tel ou tel pays dont nous faisons peu de cas, et que le patriotisme vrai ne consiste pas à se croire imperturbablement au-dessus des autres peuples, mais bien à leur emprunter tout ce qu'ils ont de bon, afin d'acquérir précisément cette supériorité »¹¹¹².

C'est bien en ce sens qu'un autre célèbre jurisconsulte français entend inscrire sa contribution à la *Revue pratique de droit français*. Rédigé en 1868, l'article de Boissonade est peut-être, de surcroît, la publication qui résume le mieux l'attitude des membres de la doctrine

¹¹⁰⁷ Par exemple, quant à l'article 246 dudit projet : « Il suffit de comparer cet article à l'art. 314 du C. Nap., que l'art. 153 du C. Alb. s'était contenté de traduire, pour constater la supériorité de la rédaction nouvelle » (*Ibid.*, p. 10).

¹¹⁰⁸ Sur le désaveu de paternité, il écrit par exemple : « Dans notre loi, le désaveu exercé par le mari, en pareil cas, est péremptoire, c'est-à-dire qu'il suffit au mari de prouver que la conception se rapporte à une époque où la séparation légale existait pour que son désaveu soit admis ; il n'a aucune autre preuve à faire [...]. Au contraire, d'après la loi italienne, la circonstance de la conception à une époque de séparation légale ne fait qu'autoriser le mari "à proposer tous les faits tendant à prouver qu'il n'est pas le père." Les rôles sont donc entièrement changés : au lieu d'avoir à repousser la preuve d'une réunion de fait, le mari aura à prouver la non-réunion de fait, preuve difficile, sans le succès de laquelle, cependant, il devra succomber. [...] Nous croyons que la loi française, sur ce point, vaut mieux que la loi italienne. Il est vrai que, quand le Code Albertin a été fait, la disposition dont il s'agit n'existait pas encore dans le nôtre. Mais rien de plus facile aujourd'hui que d'y rendre le projet conforme. Remarquons que le Code hollandais résout la question comme le nôtre. (Voy. l'art. 309 de ce Code.) » (*Ibid.*, p. 12-13).

¹¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 47.

¹¹¹⁰ *Ibid.*, p. 47.

¹¹¹¹ Ameline participera en outre, en 1867, à la fondation officielle de la Société des agriculteurs de France dont, au demeurant, il sera secrétaire. Il deviendra également auditeur au Conseil d'Etat.

¹¹¹² H. AMELINE, « Bulletin bibliographique. De l'amélioration de la loi criminelle en vue d'une justice plus prompte, plus efficace, plus généreuse et plus moralisante, par M. Bonneville de Marsangy, Conseiller à la Cour impériale de Paris », *Revue pratique de droit français*, t. XIX, 1865, p. 73.

juridique française au cours de cette première période 1815-1869¹¹¹³. « Ne négligeons aucune des occasions qui se présentent, écrit-il en effet, de comparer les lois étrangères aux nôtres, et cherchons à profiter, à notre tour, de l'expérience des autres peuples dans la direction des hommes et dans la réglementation de leurs intérêts »¹¹¹⁴. A cet égard, le « Code civil uniforme pour le nouveau royaume d'Italie » de 1866 constitue, pour Boissonade, l'une de ces occasions. Désirant en effet « signaler surtout les principales innovations qui séparent le Code de 1866 du Code Napoléon, son modèle, et le corrigent à plus d'un égard »¹¹¹⁵, il entend alors indiquer « les solutions législatives données en Italie à beaucoup de questions qui sont sans cesse discutées chez nous, en doctrine et en jurisprudence »¹¹¹⁶. Aussi l'article de Boissonade – placé à la suite d'autres contributeurs comparatistes ou, à tout le moins, de laudateurs de la méthode comparative – peut-il également se comprendre comme un appel fait à la *Revue pratique* voire même comme une volonté de celle-ci d'augmenter la publication d'études comparatives – lesquelles, jusqu'alors, ne prédominent effectivement pas¹¹¹⁷ – malgré un titre qui restera inchangé jusqu'à l'extinction du périodique, en 1884 : *Revue pratique de droit français*. Selon Boissonade, l'analyse comparative qu'il fournit relativement aux Codes civils italiens et français paraît en effet « le mieux répondre au caractère de la *Revue* »¹¹¹⁸. En d'autres termes, l'étude pratique du droit français doit s'aider, d'après lui, de la comparaison juridique.

Choisissant de suivre, autant qu'il le peut, l'ordre du Code civil de 1804, « pour la facilité des recherches et l'intérêt du parallèle »¹¹¹⁹, Boissonade évoque ainsi, pour chaque matière, les innovations particulières, heureuses ou malheureuses, du Code de 1866.

« Dans ce parallèle entre le Code italien et le Code Napoléon, conclut-il alors, nous avons dû négliger bien des différences de détail, mais on voit assez par ce qui précède que, si la loi civile d'Italie n'est pas toujours à l'abri de la critique, elle présente une grande somme d'améliorations sur celle qui lui a servi de modèle. [...] En ce qui concerne les innovations du Code italien, la plupart en paraîtront heureuses aux

¹¹¹³ Nader Hakim rappelle d'ailleurs que Boissonade peut être considéré comme « un précurseur du droit comparé, bien qu'il ne bâtit pas d'œuvre fondatrice en la matière et qu'il ne participe pas au mouvement qui va se développer à la charnière des XIX^e et XX^e siècles » (N. HAKIM, V^o « Boissonade de Fontarabie », *Dictionnaire historique des juristes français...*, op. cit., 1^{ère} éd., 2007, p. 100). Né en 1825, il fait ses études de droit à Paris. Il obtient sa licence (1849), soutient sa thèse de doctorat (1852) mais échoue aux concours nationaux d'agrégation de 1856 et 1858. Il donne alors des cours privés de droit mais devient finalement agrégé en 1864. Nommé à Grenoble, il enseigne le droit romain puis obtient son transfert à la faculté de droit de Paris où il est chargé, en qualité de suppléant, du cours d'économie politique de Batbie (1867) puis du cours de droit pénal d'Ortolan. En 1873, il part en mission au Japon ; s'ouvre alors la seconde partie de son œuvre (sur cette seconde période : *Ibid.*, p. 100 et s.). Trois disciplines caractérisent donc l'éclectisme de Boissonade : l'histoire du droit, le droit comparé et l'économie politique ; ce qui n'est évidemment pas sans rappeler les spécialités de tous les pionniers de la comparaison juridique rencontrés jusqu'alors. Pour aller plus loin sur Boissonade : *Ibid.*, p. 100-101 (l'auteur y donne notamment une bibliographie fort intéressante) ; C. JAMIN, « Boissonade et son temps », *Archives de Philosophie du Droit*, n^o 44, 2000, p. 285-312.

¹¹¹⁴ G. BOISSONADE, « Le nouveau Code civil italien comparé au Code Napoléon », art. cit., p. 68.

¹¹¹⁵ *Ibid.*, p. 70 et s.

¹¹¹⁶ *Ibid.*, p. 70 et s.

¹¹¹⁷ En effet, il existe davantage d'articles de droit comparé publiés après 1869 (les deux tiers des articles retenus au regard de la comparaison juridique entre 1856 et 1884) qu'avant cette date.

¹¹¹⁸ *Ibid.*, p. 71.

¹¹¹⁹ *Ibid.*, p. 72.

esprits non prévenus, et pour celles à l'égard desquelles on peut faire des réserves, elles vont être soumises à l'épreuve décisive des faits dans un pays régénéré, dans une nation redevenue grande et libre. Ces innovations et leurs conséquences devront être pour nous un objet d'attention sérieuse et continue. Ne serait-il pas bien naturel, d'ailleurs, et très-honorable pour deux peuples amis, qu'après avoir fourni à l'Italie le type de sa nouvelle législation civile, la France, à son tour, adoptât les améliorations apportées par celle-ci au modèle ? »¹¹²⁰

La France présente un modèle, imité par un pays voisin mais amélioré par ce dernier ; ce qui doit en retour attirer l'attention du législateur français ? Ce discours tenu par Boissonade en 1868 sera précisément, à vrai dire, celui de la *Société de législation comparée* créée l'année suivante.

¹¹²⁰ *Ibid.*, p. 95-96.

CONCLUSION DU TITRE II

Que dire finalement du cercle restreint des pionniers de la comparaison juridique française ? Tout d'abord, un point leur semble commun : qu'ils soient auteurs d'ouvrages ou fondateurs de revues juridiques, tous paraissent las de la méthode exégétique. En ce sens, par exemple,

« Laboulaye espérait que l'enseignement de l'Ecole historique [allemande] produirait en France une orientation analogue, permettant de ne pas enfermer l'étude du droit exclusivement dans les schémas rigides du Code, lequel n'offrait pas d'ouverture vers des œuvres à caractère historique tellement différentes de la culture pragmatique dominante »¹¹²¹.

Ces membres de la doctrine juridique française ressentent en effet le besoin de se tourner vers autre chose ; une autre façon d'enseigner, de commenter, de discuter, de critiquer le droit : la *comparaison juridique*. Seulement, parce que cette « chose » leur semble nouvelle – l'est-elle pourtant ? –, ils éprouvent visiblement quelques difficultés à la maîtriser. L'absence de théorisation de cette « discipline » juridique peut s'expliquer en partie par la qualité des membres de ce cercle restreint. Souvent universitaires, ils sont aussi – voire, pour certains, exclusivement – *praticiens* c'est-à-dire avocats, juges, auditeurs, procureurs, substituts du procureur, ambassadeurs, conseillers à la Cour de cassation, secrétaires généraux de ministère, archivistes, etc. Par exemple, Wolowski : vice-maître des requêtes au Conseil d'Etat, secrétaire de la légation du gouvernement provisoire polonais, avocat, banquier et administrateur du Crédit foncier de France ! Assurément, les parcours individuels de ces juristes sont atypiques : Tocqueville ambitionne une carrière politique et entreprend pour cela de voyager en Amérique ; Chauveau passe « toute sa carrière à demander mutations et promotions pour quitter l'enseignement d'un droit public qu'il n'avait pas choisi »¹¹²² ; Anthoine de Saint-Joseph évolue au sein d'une riche et importante famille de négociants ; Jourdan convoite une chaire de professeur qu'il n'obtiendra jamais ; Laboulaye, fasciné un temps par l'Allemagne, s'affirme comme le chef de file de l'Ecole historique française ; Wolowski soutient en Pologne la Révolution libérale de 1830 et sera, pour cette raison, condamné à mort par contumace ; Mourlon est un auteur aux succès éditoriaux incontestables ; Ollivier est consulté par l'Impératrice-régente en mai-juin 1865 et rencontre même Napoléon III, « profita[nt] de l'occasion pour plaider la cause de la liberté »¹¹²³ ; etc.

¹¹²¹ L. MOSCATI, « Influences européennes et science juridique italienne dans la première moitié du XIX^e siècle », art. cit., p. 647.

¹¹²² M. TOUZEIL-DIVINA, *loc. cit.*

¹¹²³ E. DE MIRECOURT, *Emille Ollivier, op. cit.*, p. 53.

Aussi leurs objectifs diffèrent-ils et les publics visés ne sont-ils pas les mêmes. Si Tocqueville dépeint l'Amérique – son système pénitentiaire, son système démocratique – aux Français, c'est principalement afin de proposer une réforme des prisons françaises et d'avertir l'opinion de l'arrivée des Etats-Unis sur la scène politique. Foucher se lance dans une grande *Collection des lois civiles et criminelles des Etats modernes* tandis qu'Hélie se donne pour but de « faire un ouvrage de pratique » sans jamais délaisser les questions purement théoriques et s'adresse par conséquent aux « commentateurs-praticiens ». Quant aux *Concordances* d'Anthoine de Saint-Joseph, elles peuvent intéresser selon lui un très large public : législateurs, magistrats, jurisconsultes, historiens, littérateurs, hommes politiques, etc. ; mais cette affirmation semble davantage ressortir de « l'effet d'annonce » – destiné à assurer à ses ouvrages la plus large publicité possible (et sans doute de meilleures ventes) – que de la stricte réalité ; les purs praticiens – tels les commerçants – étant en effet essentiellement concernés. Enfin, Batbie entend précisément combler, pour sa part, une lacune qu'il déclare trouver dans tous les traités de droit public et administratif qui précèdent le sien : l'étude des législations étrangères

S'agissant des revues juridiques, le lectorat varie également. Alors que les revues d'histoire du droit visent principalement les jurisconsultes et les réformateurs, les autres périodiques retenus subsistent pour leur part grâce à leur lectorat de praticiens. A propos de la *Revue Félix* et de la *Revue Wolowski*, Jacques-Olivier Keistine remarque notamment que

« c'est bien à cause de leur finalité, l'étude scientifique du droit, que ces deux revues disparaissent. Peu intéressés par des travaux très théoriques, la majeure partie des abonnés (les cabinets juridiques) ne renouvelle pas ses engagements. [...] Fœlix a commencé sa revue sur des prévisions très optimistes. Dans une déclaration du 8 novembre 1833, Dupont (le premier imprimeur de la *Revue Félix*) prévoit une "livraison de 4 feuilles environ in-8° à 1 000 exemplaires" par mois [...]. L'imprimeur suivant, Lottin de Saint-Germain, déclare un tirage à 500 exemplaires en août 1834 [...]. En 1839 la *Revue Félix* change à nouveau d'imprimerie : Fain et Thunot. En 1850, elle n'existe plus, "O praticiens trop exclusifs ! Je vous respecte, parce que vous formez le gros bataillon pour les abonnements, mais je déplore votre domination trop absolue. C'est vous qui avez tué la *Revue*, plus encore que la révolution de 1848, ou qui du moins l'avez laissée mourir par votre abandon ou votre indifférence ! C'était un recueil savant, sans doute, mais bien pratique aussi puisqu'il était le lien, dans la science et la législation, entre les divers peuples de l'Europe" »¹¹²⁴.

Enfin, parce que ces précurseurs du droit comparé poursuivent des objectifs dissemblables, ils n'emploient pas non plus la même *méthode*. Si certains choisissent de rester presque exclusivement positivistes et de ne traiter alors la législation française – qu'ils comparent aux lois étrangères – que sous l'angle pratique, à l'instar de Foucher, Anthoine de Saint-Joseph ou bien des fondateurs de la *Revue pratique de droit français* ; d'autres – Hélie, Jourdan, Laboulaye, Dareste, Fœlix... – se tournent volontiers vers l'histoire du droit qu'ils associent dès lors à la comparaison juridique. Ces derniers contribuent à

« replacer [...] le raisonnement juridique en amont de la loi, et non en aval comme le faisait l'Exégèse. Par là, [ils préparent] le terrain aux juristes "trublions" (A.-J. Arnaud) de la fin du siècle, tous défenseurs

¹¹²⁴ J.-O. KEISTINE, *La Revue Félix...*, op. cit., p. 148. L'auteur cite en dernier lieu Firmin Laferrière.

de l'historicité du droit, de la sociologie juridique et du comparatisme. Les nouvelles méthodes d'interprétation du droit qu'imposeront à la fin du XIX^e siècle Saleilles, Beudant, Gény ou Lambert doivent beaucoup à ces précurseurs qu'étaient les défenseurs de l'Ecole allemande »¹¹²⁵.

Au-delà de ces dissemblances, une volonté commune semble néanmoins se dégager de la publication de tous ces pionniers de la comparaison juridique : *améliorer la législation nationale*. Cette ambition, parfois affichée semble-t-il comme une simple « devanture » au stade des préfaces ou des articles programmatiques, afin de toucher le plus grand lectorat possible – quel citoyen ne se sentirait effectivement pas concerné par l'amélioration des lois de sa nation ? –, justifie la création de la *Société de législation comparée* en 1869 ; laquelle, à l'image de son fondateur Laboulaye, désire toucher tous les domaines juridiques et rassembler l'ensemble des objectifs particuliers sous le but plus global d'amélioration du droit français. En cela, la *Société de législation comparée* apparaît comme la synthèse des efforts jusqu'alors fournis par les juristes français entre 1815 et 1869.

¹¹²⁵ J.-P. ALLINNE, *loc. cit.*

CONCLUSION DE LA PARTIE I

Il nous faut dresser un premier bilan. Si l'on peut parler, à propos de la doctrine juridique française, d'un intérêt *relatif* pour les droits étrangers entre 1815 et 1869, c'est avant tout en raison de la faible proportion d'ouvrages contenant de véritables développements de « droit comparé ». En effet, sur deux cents publications majeures, cent cinquante – soit 75 % – n'accordent pas de place à la comparaison juridique. Ces ouvrages n'évoquent même pas les législations ou les doctrines étrangères. Autrement dit, l'*indifférence* caractérise le *cercle large* des auteurs français. Puis, viennent les ouvrages « intermédiaires » c'est-à-dire citant ou évoquant simplement les droits étrangers sans pour autant faire œuvre de comparaison ; ils sont une trentaine à *s'ouvrir* ainsi – timidement – à l'étranger, soit 15 %. Dès lors, les 10 % restants – soit une vingtaine d'ouvrages – renvoient aux auteurs formant un *cercle restreint* : celui des pionniers de la comparaison juridique française au XIX^e siècle ; lequel comprend également – il ne faudrait surtout pas l'oublier – quelques fondateurs de revues de droit. A propos de ce dernier cercle, plusieurs questions restent finalement en suspens : quels sont précisément les domaines juridiques qui font l'objet d'un intérêt relatif pour les droits étrangers (1) ? Un « profil-type » du comparatiste de la période 1815-1869 peut-il vraiment être dressé (2) ? Enfin, qu'est-ce qu'en définitive la *législation comparée* avant 1869 (3) ? Revenons sur ces trois interrogations.

1. La comparaison : quelles matières juridiques ?

Une fois de plus, les chiffres peuvent nous aider à mesurer l'intérêt éprouvé par les juristes français à l'égard de la comparaison juridique entre 1815 et 1869. Ils nous permettent surtout de dégager, pour chaque matière juridique, trois types de proportion : le premier renvoie aux ouvrages s'intéressant de près au droit comparé ; le deuxième concerne les publications où la comparaison est au contraire peu présente ; enfin, le troisième vise les œuvres manifestement hermétiques à toute recherche comparative.

Ainsi, en droit civil, 10 % des publications contiennent de véritables analyses comparatives, 30 % sont des ouvrages « intermédiaires » et 60 %, des ouvrages « silencieux ». Un tel silence s'explique par la présence du « monument juridique » de 1804 – le Code Napoléon –, lequel aveugle (ou plutôt éblouit) les civilistes français qui le commentent, l'expliquent, le critiquent, le vantent, l'interprètent et ce, en s'attachant presque exclusivement à la lettre du texte. Incontestablement, en effet, la méthode exégétique – d'ailleurs encouragée par le pouvoir politique – pèse de son poids. Cependant, tous les

exégètes ne sont pas obligatoirement des « esclaves du texte » ne proposant qu'une « lecture littérale et desséchante du code civil ». En un sens, leur « comparatisme » pourrait finalement se mesurer d'après l'application plus ou moins étroite qu'ils font de l'exégèse. Certains, en effet, se présentent davantage comme des « commentateurs synthétiques » (Aubry et Rau, par exemple), recherchant quelques principes juridiques au-delà des textes français, tandis que d'autres font appel à la législation comparée mais uniquement afin de nourrir leurs critiques à l'égard du Code français (Acolas le premier). Pour d'autres encore (Jourdan, Blondeau, Dupin aîné...), la méthode historique venue d'Allemagne a constitué un premier pas, une « initiation » à la comparaison des droits. Sans doute ces différents mouvements expliquent-ils la part non négligeable (30 %) des ouvrages intermédiaires.

Concernant le droit de la procédure, le droit commercial et le droit pénal, les proportions sont sensiblement les mêmes. Les ouvrages de droit comparé représentent en effet 5 % des publications en matière commerciale, contre 10 % en matière pénale et processuelle. Ce faible pourcentage s'explique là encore par la présence des codes napoléoniens de 1806, 1807, 1808 et 1810 ainsi que par l'utilisation de la méthode exégétique en dehors du droit civil même si l'on peut noter tout de même l'intérêt particulier que suscite la matière pénale auprès des jeunes juristes – tels Hélie et Chauveau – ; lesquels sont en effet particulièrement attirés par les questions de nature politique. La faible quantité d'ouvrages de droit comparé en matière commerciale est peut-être la plus surprenante dans la mesure où il s'agit d'un domaine juridique qui se prête pourtant « naturellement » à la comparaison, étant effectivement un *droit des échanges*.

En droit constitutionnel, la répartition en ouvrages dits de « droit comparé », « intermédiaires » et « silencieux » est respectivement de 20 %, 10 % et 70 %. Ici, il paraît impossible de ne pas faire le lien entre la matière elle-même et les différents régimes politiques qui se sont succédés entre 1815 et 1869. Comment ne pas penser en effet que les auteurs tournent leur regard vers l'étranger précisément au moment où le régime, en France, change de tête, à leur plus grand regret ? Tocqueville n'est-il pas « en guerre avec lui-même » le jour où il prête serment à Louis-Philippe ? Quant au droit administratif, l'on retrouve des proportions toujours aussi significatives : si 5 % des publications portent en effet un intérêt évident pour la comparaison juridique, 5 % y prêtent une attention relative, si bien que 90 % des ouvrages de droit administratif paraissent indifférents au droit comparé.

A première vue, le raisonnement semble ne valoir que pour les ouvrages juridiques. Il est vrai que sur sept revues de droit parues entre 1815 et 1869, six s'intéressent franchement au droit comparé ou, du moins, ne négligent absolument pas les études comparatives. Autrement dit, les fondateurs de revues de droit appartiennent majoritairement au cercle restreint des pionniers de la comparaison juridique. Mais qu'en est-il de leurs parcours ? Doivent-ils être traités séparément des auteurs d'ouvrages ? Sont-ils lus par ces derniers ? Partagent-ils les mêmes réseaux ? La question du *profil* de ces comparatistes doit être posée.

2. Le comparatiste : quel profil ?

Les professeurs des facultés sont tout d'abord concernés. Mais il faut s'empresse d'indiquer que les juristes non-universitaires s'intéressent également au droit comparé. Ainsi trouve-t-on, parmi les pionniers de la comparaison juridique ayant rédigé un ou plusieurs ouvrages, de nombreux avocats (Daresté, Nouguier, Hélie) ou encore des magistrats (Bérengrer, Foucher, Anthoine de Saint-Joseph, Tocqueville, Oudart). Bien évidemment, il se peut aussi qu'un auteur appartienne à la fois à la *doctrine universitaire* et à la *doctrine praticienne* (Chauveau, Hélie¹¹²⁶). En outre, il n'est pas rare de voir certains de ces comparatistes se lancer dans une carrière politique (Bérengrer, Constant, Rossi, Hélie, Tocqueville).

A vrai dire, l'on pourrait se poser la question de savoir si les praticiens ne sont pas finalement ceux qui suscitent le plus *l'intérêt comparatif* chez les universitaires, notamment lorsque l'on sait que ces derniers lisent les revues juridiques qui promeuvent le droit comparé (*La Thémis* ; *Revue historique de droit français et étranger* ; *Revue Fœlix* ; *Revue Wolowski* ; *Revue pratique de droit français*) ; lesquelles sont toutes fondées par des avocats. Qu'il s'agisse de Jourdan, Daresté, Fœlix, Wolowski, Demangeat, Mourlon, Ollivier ou Ballot ; tous sont en effet inscrits au barreau. Du reste, la plupart des contributeurs sont eux aussi, généralement, des praticiens ; avocats ou magistrats.

En définitive, si l'on cherchait à dresser un « profil-type » du pionnier de la comparaison juridique en France – du moins, en ce qui concerne la période 1815-1869 –, il faudrait retenir, nous semble-t-il, trois principaux éléments. Premièrement, tous expriment leur ennui face à la méthode exégétique :

« Quand, après avoir achevé mes cours de rhétorique et de philosophie, écrit par exemple Lermnier en 1835, et dans l'exaltation par laquelle passent, à dix-neuf ans, les jeunes gens dont l'imagination s'éveille, il me fallut, comme on dit, *faire mon droit*, avec quel ennui mêlé de dédain j'ouvris les cinq codes ! Retomber de mes poétiques rêveries touchant la science et la littérature, sur les articles numérotés du code civil et du code de procédure, et n'avoir pour toute nourriture que l'étude de maigres et sèches formules sans animation et sans vie ! C'était donc là le droit ! »¹¹²⁷.

Deuxièmement, ces précurseurs du droit comparé ont généralement subi l'influence de l'Ecole historique allemande qui se présente justement comme une alternative heureuse à l'exégèse et s'ils n'embrassent pas tous les idées d'outre-Rhin, il est néanmoins incontestable qu'ils en ont eu connaissance, notamment *via* des réseaux de diffusion tels que la *Thémis*. Or – troisièmement – « l'histoire appelle la comparaison, dans le temps et l'espace ». Elle apparaît en effet comme l'antichambre de la législation comparée. Jourdan est un disciple de Savigny : il est aussi un comparatiste ; Foelix est proche de certaines idées du juriste

¹¹²⁶ Plus exactement, Hélie – qui a prêté le serment d'avocat à Rennes en 1822 – est nommé le 8 avril 1848 professeur de droit criminel à l'éphémère Ecole nationale d'administration où il n'enseignera finalement jamais. Sur ce point : R. MARTINAGE, V° « Hélie », *Dictionnaire historique des juristes français...*, *op. cit.*, 1^{ère} éd., 2007, p. 400-401.

¹¹²⁷ E. LERMINIER, *Introduction générale à l'histoire du droit*, Paris, Chamerot et A. Gobelet, 1835, p. ii-iii.

berlinois : il fonde en 1834 une revue de droit comparé (la *Revue étrangère de législation et d'économie politique*) ; de même pour Wolowski, Laboulaye, Demangeat et tant d'autres, qu'ils soient fondateurs de revues ou simplement rédacteurs d'ouvrages juridiques.

Finalement, ces pionniers de la comparaison juridique, aux parcours et aux aspirations aussi divers, pouvaient-ils s'entendre sur une définition commune de la *législation comparée* ?

3. La législation comparée : quelle définition ?

De toute évidence, il n'y a pas d'unité sur la question. Tantôt appelé « législation comparée » ou « législations comparées », « travail comparatif des législations », « examen comparé des législations », « comparaison des législations modernes », « étude comparative des législations » ou « étude comparée des législations », le *droit comparé* n'est visiblement pas encore né. Les auteurs ne reconnaissent pas encore une formulation unique qui permettrait d'identifier une démarche, une école, un ensemble d'objectifs. Cette absence d'unité s'explique probablement par la diversité de parcours et la multiplicité des motivations. On l'a vu, les comparatistes des deux premiers tiers du XIX^e siècle sont tantôt universitaires, tantôt praticiens, parfois même les deux ; et le moins que l'on puisse dire, c'est que les postes qu'ils occupent sont très variés. Aussi la pluralité des objectifs poursuivis par ces auteurs d'ouvrages et fondateurs de revues se comprend-elle assez facilement : si certains écrivent pour alerter le législateur et lui signaler les lacunes ou défauts d'une loi qu'il s'agirait alors de *réformer* ; d'autres s'adressent aux théoriciens, aux jurisconsultes, avec pour ambition de *faire progresser la science du droit* ; d'autres encore rédigent des manuels et des traités destinés aux seuls praticiens, ou bien des *Cours* à l'attention des étudiants, afin de *faciliter leur compréhension et leur apprentissage du droit* ; d'autres enfin visent une carrière politique et tentent dès lors d'*attirer l'opinion* par une publication « originale ». Dans ce contexte, les juristes-comparatistes collaborent et établissent certains réseaux mais ils ne fondent certainement pas d'« Ecole de droit comparé ». Ces pionniers de la comparaison juridique ne doivent effectivement pas faire oublier le cercle large des auteurs de doctrine ; lesquels se signalent avant tout par leur *désintérêt* vis-à-vis du droit comparé.

Toutefois, les juristes français ne vont plus se contenter de « constater et d'indiquer » les lois, réformes et productions doctrinales étrangères. S'« ils ont pu croire que leurs codes avaient réalisé "la perfection de la raison" et que désormais le plus sûr moyen d'arriver à une solution de justice, de connaître le droit, était de faire simplement l'exégèse de ces codes »¹¹²⁸, ils finissent cependant par s'apercevoir que ces derniers vieillissent tandis que les pays étrangers se procurent ou établissent d'autres modèles juridiques, plus modernes, mieux

¹¹²⁸ R. DAVID et C. JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporains*, op. cit., p. 81.

rédigés, mieux adaptés, plus « performants » ; bref, plus compétitifs. Boissonnade est témoin de ce changement et appelle lui aussi à l'introspection :

« En France, depuis quelques années, notre contentement de nous-mêmes semble se corriger un peu au contact plus intime des autres nations ; nous nous laissons bien encore appeler, sans que notre modestie en souffre trop, "le peuple le plus spirituel de l'univers" ; nous prétendons aussi n'avoir rien à envier à la puissance et à la prospérité de nos voisins ; nous sommes fiers surtout, et à plus juste titre, de voir nos lois, depuis le commencement de ce siècle, faire l'admiration du monde civilisé, et être partout imitées et appliquées. Cependant nous sommes forcés de reconnaître qu'en cette matière même nos imitateurs ont souvent corrigé et dépassé leur modèle ; nous sentons que cette supériorité civilisatrice nous est sérieusement disputée, et que nous ne pouvons la conserver que par une tendance et une initiative continuelles vers le mieux »¹¹²⁹.

Nous sommes en 1868, c'est-à-dire un an avant la création de la *Société de législation comparée* : le monde de la comparaison juridique va désormais changer.

¹¹²⁹ G. BOISSONADE, « Le nouveau Code civil italien comparé au Code Napoléon », art. cit., p. 67.

**PARTIE II – LE RECOURS INTENSIF AU DROIT COMPARE
(1869-1914)**

Repartons d'un constat¹¹³⁰. Alors que sur deux-cent-vingt-deux ouvrages majeurs publiés entre 1815 et 1869¹¹³¹, cent-soixante-dix ne recourent pas aux droits étranger (soit environ 75 %), trente s'y intéressent plus ou moins (15 %) et vingt-deux présentent au contraire de véritables analyses comparatives (10 %) ; sur les cent-quatre retenus pour la période 1869-1914¹¹³², soixante-et-un restent silencieux quant aux textes de droit étranger (soit environ 60 %), vingt-huit se préoccupent visiblement de comparaison juridique (c'est-à-dire à peu près 25 %) et quinze ressortent de la catégorie intermédiaire (15 %). Autrement dit, l'on observe à partir de l'année 1869, d'un côté, une diminution des ouvrages totalement hermétiques à la comparaison et, de l'autre, une nette augmentation – pratiquement le triple – des publications portant un intérêt certain aux droits étrangers. En droit constitutionnel, trois œuvres sur vingt-et-une attirent à ce titre l'attention : les *Vues sur le gouvernement de la France* (1870) d'Albert de Broglie (1821-1901), les *Eléments de droit constitutionnel* (1896) d'Esmein et l'*Etat fédéral et confédération d'états* (1896) de Louis Le Fur (1870-1943). En droit pénal : Edmond Villey (1848-1924) et son *Précis d'un cours de droit criminel* publié à partir de l'année 1876 ; Garraud et son *Précis de droit criminel* paru en 1881 ; Armand Labroquère et son discours sur la *Réforme pénale et pénitentiaire* prononcé puis publié en 1887 ; Adrien Laborde et son *Cours de droit criminel* qui connaît sa première édition en 1891 ; Molinier et son *Traité théorique et pratique de droit pénal*, en deux volumes, de 1893-1894 ; enfin, Georges Vidal (1852-1911) et son *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire* dont la première édition date de 1894. En droit commercial, on en dénombre sept sur seize, à savoir le *Précis du cours de droit commercial professé à la faculté de droit de Paris* que Boistel fait éditer dès 1875 ; le *Traité théorique et pratique des opérations de la Bourse* (1877) de Buchère, contributeur à la *Revue historique de droit français et étranger*¹¹³³ ; la seconde édition du *Traité des actes de commerce, des commerçants et de leur patente* (1884) que Nouguié présente comme un ouvrage totalement nouveau par rapport à la première publication ; le *Traité de droit commercial* de Lyon-Caen et Renault, publié en 1889 ; celui de Georges Deloison sur les *Valeurs mobilières françaises et étrangères et des opérations de Bourse*, paru en 1890 ; le *Traité élémentaire de droit commercial* (1898) de Thaller et enfin le *Guide pratique des sociétés anonymes* de Numa Salzedo, édité en 1908. En droit de la procédure, on en compte cinq sur treize : le *Précis de droit criminel*¹¹³⁴ et le *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale* (1907) de Garraud ; l'*Histoire de la procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIII^e siècle jusqu'à nos jours* (1882) d'Esmein ; le *Traité théorique et pratique de procédure* d'Eugène Garsonnet (1841-1899), édité une

¹¹³⁰ Cf. *supra.*, p. 25 et s.

¹¹³¹ Cf. Tableaux 1, dans la partie Annexes, p. 519.

¹¹³² Cf. Tableaux 2, dans la partie Annexes, p. 520.

¹¹³³ Sur cette revue, cf. *supra.*, p. 197 et s.

¹¹³⁴ Il s'agit du même *Précis* que celui évoqué précédemment en matière de droit pénal dans la mesure où cet ouvrage traite à la fois de la partie générale du Code pénal, du Code d'instruction criminelle et des lois qui ont modifié ces deux codes.

première fois en 1882, ainsi que le fameux *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux* d'Edouard Laferrière dont la première édition est de 1888-1889. En droit administratif, deux œuvres sur quinze se démarquent : le *Cours de droit administratif* (1880) d'Alfred Gautier (1844-1897) et, à nouveau, le traité de Laferrière. Enfin, en ce qui concerne le droit civil, il faut noter – sur les vingt-et-une publications retenues – les œuvres de Bufnoir, *Propriété et contrat. Théorie des Modes d'acquisition des droits réels et des Sources des Obligations* (1900) ; de Lambert, *Etudes de droit commun législatif. La fonction du droit civil comparé* (1903) ; de Saleilles, *Essai d'une théorie générale de l'obligation d'après le projet de Code civil allemand* (1890) et *De la personnalité juridique. Histoire et théories. Vingt-cinq leçons d'introduction à un cours de droit civil comparé sur les personnes juridiques* (1910) ; enfin, de Duguit, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon* (1912).

Cette tendance favorable à la comparaison juridique se vérifie surtout dans le domaine des revues de droit, lesquelles voient au demeurant leur nombre exploser dans le dernier tiers du XIX^e siècle. Six périodiques avaient été choisis comme représentatifs de la période 1815-1869 ; onze – soit quasiment le double – forment le *corpus* de cette seconde séquence 1869-1914¹¹³⁵. Or, leurs titres pourraient presque suffire à se rendre compte du développement des études comparatives : *Bulletin de la Société de législation comparée* ; *Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence en France et à l'étranger* ; *Journal des sociétés civiles et commerciales françaises et étrangères* ; *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*... L'essor des périodiques juridiques semble effectivement s'accompagner d'une expansion de la comparaison. En définitive, et de manière plus générale, un constat s'impose : d'un intérêt relatif pour les droits étrangers, la doctrine juridique française bascule vers un recours intensif au droit comparé.

Comment expliquer ce basculement ? Il faut retenir l'idée d'une *succession de réactions* de la part des jurisconsultes français. *Réaction contre la méthode exégétique* tout d'abord¹¹³⁶,

¹¹³⁵ Il s'agit du *Bulletin de la Société de législation comparée* (1869), de la *Revue catholique des institutions et du droit* (1872), du *Bulletin de la Société générale des prisons* (1877), de la *Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence en France et à l'étranger* (1877), de la *Revue générale d'administration* (1878), du *Journal des sociétés civiles et commerciales* (1880), du *Bulletin du comité des travaux historiques et scientifiques, section sciences économiques et sociales* (1883), de la *Revue des sociétés* (1883), de la *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger* (1894), du *Bulletin de la Société d'études législatives* (1901) et de la *Revue trimestrielle de droit civil* (1902).

¹¹³⁶ Sur la méthode exégétique, cf. *supra.*, p. 41 et s. De même, concernant la réaction contre cette méthode dans les années 1869 et suivantes, il faut repartir des travaux déjà cités : J. BONNECASE, *L'école de l'Exégèse en droit civil...*, *op. cit.* ; E. GAUDEMET, *L'interprétation du Code civil en France depuis 1804*, *op. cit.* ; P. REMY, « Eloge de l'Exégèse », *art. cit.* ; P. REMY, « Le rôle de l'Exégèse dans l'enseignement du droit au XIX^e siècle », *art. cit.* ; M.-J. REDOR, *De l'Etat légal à l'Etat de droit. L'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française 1879-1914*, Paris, Economica-PUAM, 1992, p. 25-30 ; C. JAMIN, « L'oubli et la science. Regard partiel sur l'évolution de la doctrine positiviste à la charnière des XIX^e et XX^e siècles », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1994, p. 815-827 ; P. JESTAZ et C. JAMIN, *La doctrine*, *op. cit.*, p. 133 et s. ; N. HAKIM, « De l'esprit et de la méthode des civilistes de la seconde moitié du XIX^e siècle. L'exemplarité de Claude Bufnoir », *art. cit.* ; puis les compléter éventuellement : J. BONNECASE, *La pensée juridique française de 1804 à l'heure présente, ses variations et ses traits essentiels*, Bordeaux, Delmas, 2 t., 1933 ; H. NEZARD, « De la méthode dans l'enseignement du droit constitutionnel », *Mélanges R. Carré de Malberg*, sous la dir. de C. PFISTER et

notamment par le recours à l'histoire du droit, une discipline évidemment ouverte à la comparaison¹¹³⁷. *Réaction face au vieillissement des modèles juridiques français* ensuite, c'est-à-dire contre le retard législatif de la France : les juristes ne cessent de le signaler. C'est d'ailleurs pour cette raison que « l'idée de fonder une Société de législation comparée est venue à l'esprit de quelques personnes »¹¹³⁸ avouant en effet – en 1869 – arriver « un peu tard »¹¹³⁹ mais ayant cependant « l'espérance de regagner le temps perdu »¹¹⁴⁰. *Réaction face à la défaite de 1870* enfin, véritable traumatisme pour l'ensemble de la société française et confirmation amère des craintes éprouvées auparavant chez les juristes¹¹⁴¹. A compter de cet

J. DUQUESNE, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1933, p. 382-383 ; R. SAVATIER, « La science du droit au cours du dernier siècle : France », *La scienza del Diritto Nell'Ultimo Secolo*, sous la dir. de M. ROTONDI, Padova, Cedam, 1976, p. 327 ; T. S. KUHN, *La structure des révolutions scientifiques*, Paris, Flammarion, 1972, p. 17-21 ; A.-J. ARNAUD, *Critique de la raison juridique : où va la société du droit*, Paris, LGDJ, 1981 ; F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *Entre la lettre et l'esprit. Les directives d'interprétation en droit*, Bruxelles, Etablissements Emile Bruylant, 1989, p. 181 ; C. JAMIN, « Relire Labbé et ses lecteurs », *Archives de philosophie du droit*, t. XXXVII, 1992, p. 247-267 ; J.-P. ROYER, « Formation et culture des hommes de loi au XIX^e siècle », *Le Gnomon*, n° 104, 1996, p. 30 ; C. ATIAS, *Epistémologie juridique*, Paris, Dalloz, 2002.

¹¹³⁷ Sur ce thème : A. DUFOUR, « L'histoire du droit dans la pensée de Savigny », *Archives de philosophie du droit*, t. XXIX, 1984, p. 227 ; A. DUFOUR, *Droits de l'homme, droit naturel et histoire*, Paris, PUF, 1991, p. 149 et s. ; F. SOUBIRAN-PAILLET, « Histoire du droit et sociologie : interrogations sur un vide disciplinaire », *Genèses*, n° 29, 1997 ; J.-L. HALPERIN, « Adhémar Esmein et les ambitions de l'histoire du droit », *Revue historique de droit français et étranger*, 75/3, 1997, p. 415-433 ; J.-L. HALPERIN, « L'histoire du droit constituée en discipline : consécration ou repli identitaire ? », *Revue d'histoire des sciences humaines*, n° 4, 2001/1, p. 9-32 ; C. VIGOUR, *La comparaison dans les sciences sociales. Pratiques et méthodes*, Paris, La Découverte, 2005 ; N. HAKIM, « De l'esprit et de la méthode des civilistes de la seconde moitié du XIX^e siècle. L'exemplarité de Claude Bufnoir », art. cit. ; J.-P. LABORDE, « Histoire du droit et droit comparé, une tentative de comparaison », *Histoire, théorie et pratique du droit. Etudes offertes à Michel Vidal*, sous la dir. d'E. BURGAUD, Y. DELBREL et N. HAKIM, Bordeaux, PUB, 2004, p. 647-659 ; J.-L. HALPERIN, « Laboulaye, historien du droit et / ou comparatiste ? », art. cit. ; J. BOUDON, « La place réservée à l'histoire du droit et au droit comparé par la doctrine juridique française en 1900 », *Historia et ius* [en ligne], n° 3, 2013, disponible sur internet <www.historiaetius.eu>.

¹¹³⁸ E. LABOULAYE, « Discours d'ouverture de la séance du 16 février 1869 », *Bulletin de la Société de législation comparée*, n° 1, mars 1869, p. 1.

¹¹³⁹ *Ibid.*, p. 2.

¹¹⁴⁰ *Ibid.*, p. 2.

¹¹⁴¹ Sur le Second Empire et sa chute, la guerre et son traumatisme, la fondation de la Troisième République et la Commune : J. GOUAULT, *Comment la France est devenue républicaine. Les élections générales et partielles à l'Assemblée nationale. 1870-1875*, Paris, A. Colin, 1954 ; C. DIGEON, *La crise allemande de la pensée française...*, op. cit. ; J. BRUHAT, J. DAUTRY et E. TERSEN (dir.), *La Commune de 1871*, Paris, Editions Sociales, 1960 ; Y.-H. GAUDEMET, *Les juristes et la vie politique de la III^e République...*, op. cit. ; J.-M. MAYEUR, *Les débuts de la troisième République. 1871-1898*, Paris, Seuil, 1973 ; A.-J. ARNAUD, *Les juristes face à la société du XIX^e siècle...*, op. cit. ; W. SERMAN, *La Commune de Paris (1871)*, Paris, Fayard, 1986 ; S. AUDOIN-ROUZEAU, *1870. La France dans la guerre*, Paris, Editions Armand Colin, 1989 ; O. MOTTE, *Lettres inédites de juristes français du XIX^e siècle...*, op. cit., t. I, 1989, p. 40 et s. ; F. ROTH, *La guerre de 1870*, Paris, Fayard, 1990 ; P. MIQUEL, *Le Second Empire*, Paris, Plon, 1992 ; J. GARRIGUES, *Léon Say et le Centre gauche. La grande bourgeoisie libérale dans les débuts de la troisième République*, Thèse, Paris X, 1993 ; M. WERNER, « La nation revisitée en 1870-1871. Visions et redéfinitions de la nation en France pendant le conflit franco-allemand », *Revue germanique internationale* [en ligne], n° 4, 1995, p. 181-200, disponible sur internet <http://rgi.revues.org/510> ; F. E. SCHRADER, « La double fondation de la III^e République et de l'Empire allemand, 1870-1871 », *Revue germanique internationale* [en ligne], n° 4, 1995, p. 223-234, disponible sur internet <http://rgi.revues.org/532> ; J. GARRIGUES, « La naissance de la troisième République et l'image satirique », *L'image satirique face à l'innovation*, Colloque tenu les 22-23 novembre 1996 à l'Université de Paris X ; J. GARRIGUES, *La République des hommes d'affaires (1870-1900)*, Paris, Aubier, 1997 ; J. GARRIGUES, *La France de 1848 à 1914*, Paris, Seuil, 1997 ; E. ANCEAU, *Comprendre le Second Empire*, Paris, Saint-Sulpice

évènement, les auteurs semblent alors se lancer plus que jamais dans l'examen des droits étrangers – et principalement celui du vainqueur¹¹⁴² – afin de comprendre leur déroute, lui donner un sens et surtout la dépasser. Finalement, ce sont tous ces nouveaux impératifs qui poussent activement la doctrine française vers le droit comparé (Titre I).

Droit et non législation(s). En effet, à ce basculement correspond un glissement sur le plan lexicologique au cours duquel l'expression « droit comparé » semble progressivement se substituer à celle de « législation comparée »¹¹⁴³. A cet égard, la *Société de législation comparée* a joué une nouvelle fois un rôle déterminant, organisant en 1900 une manifestation scientifique significativement appelée « Congrès international de *droit comparé* » et destinée, dans l'esprit des principaux organisateurs, à renouveler de manière franche la méthode de la comparaison juridique. Plus encore, cette date constituait à leurs yeux « l'acte de naissance » de la *science du droit comparé*. Après quoi, il leur appartenait de maintenir cet « esprit de 1900 » c'est-à-dire d'assurer la fécondité de leur démarche comparative auprès de leurs contemporains et de leurs successeurs (Titre II).

Editeur, 1999 ; S. APRILE, *La II^e République et le Second Empire*, Paris, Pygmalion, 2000 ; J. GARRIGUES, « Diversification et action du radicalisme dans les débuts de la troisième République », *Le Premier siècle du radicalisme*, Colloque tenu au Sénat les 23-24 octobre 2001 ; J.-M. FEVRIER, « Les juristes et la défaite de 1870 », *La revue administrative*, n° 329, Sept.-Oct. 2002, p. 479-486 ; J. GARRIGUES, « Les groupes parlementaires aux origines de la III^e République », *Parlement(s). Revue d'histoire parlementaire et politique*, mars 2003, p. 51-68 ; J.-C. YON, *Le Second Empire : Politique, société, culture*, Paris, A. Colin, 2004 ; P. MILZA, *L'année terrible. La guerre franco-prussienne, septembre 1870-mars 1871*, Paris, Perrin, 2009 ; P. ALLORANT, « L'invasion et l'occupation prussienne de 1870 vues par un ingénieur des travaux publics », *Histoire@Politique*, n° 10, 2010, p. 1-23.

¹¹⁴² Plus généralement, sur l'Allemagne, sa place en Europe, ses universités, l'essor de sa science et sur l'unité allemande : P. AYÇOBERRY, *L'Unité allemande, 1800-1871*, Paris, PUF, 1968 ; F.-G. DREYFUS, *L'unité allemande*, Paris, PUF, 1993 ; C. CHARLE, *La République des universitaires (1870-1940)*, Paris, Le Seuil, 1994 ; O. BEAUD et P. WACHSMANN (dir.), *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918 : actes du colloque organisé à la Faculté de droit de Strasbourg les 8 et 9 décembre 1995*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 1997 ; J. TULARD (dir.), *Les empires occidentaux de Rome à Berlin*, Paris, PUF, 1997 ; C. CHARLE et J. VERGER, *Histoire des universités*, Paris, PUF, 2^e éd., 2007.

¹¹⁴³ Sur ce point, cf. *supra*, p. 18 et notamment l'analyse de F. POLLOCK, « Le droit comparé », art. cit.

TITRE I – LES NOUVEAUX IMPERATIFS DE LA COMPARAISON JURIDIQUE (1869-1900)

Incontestablement, la fondation de la *Société de législation comparée* marque l'année 1869 sur le plan juridique. A vrai dire, elle fait écho aux appels de certains juristes désireux, à l'instar d'Acollas, de combler les lacunes de « la vaste et capitale matière de la législation comparée »¹¹⁴⁴ parce qu'ils sont persuadés – depuis longtemps déjà – que « les peuples ne doivent pas, ne peuvent pas vivre renfermés en eux-mêmes. Pour améliorer leurs mœurs, pour perfectionner leurs lois, pour accroître leur influence et leur bien-être, il faut qu'ils interrogent les mœurs des nations voisines, qu'ils suivent le mouvement de leur législation, qu'ils lient avec elles de bienveillants rapports »¹¹⁴⁵. Or, ces lacunes paraîtront plus immenses encore en 1870. Très vite, en effet, c'est la guerre ; très vite aussi, c'est la débâcle. Pressenti en 1869, le « retard français » est désormais *acté* en 1870. En d'autres termes, c'est à l'issue de ce « moment 1869-1870 » que les juristes français prennent définitivement conscience que la France n'est plus cette nation « la plus spirituelle et la plus instruite de l'univers »¹¹⁴⁶, si chère à Bonnin (Chapitre I).

Puis, après la défaite, les postures varient. Tout d'abord, il y a ceux qui fustigent la France et désignent plus particulièrement le régime impérial d'alors comme le premier responsable de cette déroute : selon eux, le Second Empire aurait en effet gravement péché par excès de confiance. Ensuite, il y a ceux qui diabolisent l'Allemagne et qui, dans un nationalisme assumé, ne jurent que par la revanche. Au contraire, les thuriféraires du peuple vainqueur cherchent à s'en inspirer voire à l'imiter ; ils s'inscrivent par conséquent davantage dans une démarche à la fois d'accueil et de découverte du droit, des institutions et des mœurs de leurs voisins d'outre-Rhin. Certains encore prétendent n'agir que sur le terrain de la *science*, celui des analyses qui se voudraient détachées de toute considération partisane – mais comment en être véritablement sûr ? – tandis que 60 % des ouvrages publiés entre 1869 et 1914 demeurent muets à propos de la comparaison et sur les réformes législatives accomplies à l'étranger, notamment en Allemagne. Si cette proportion demeure remarquable, elle est cependant inférieure à celle observée lors de la période précédente 1815-1869 (75 %). La part des œuvres dans lesquelles il est fait ostensiblement usage de la comparaison juridique triple

¹¹⁴⁴ Déjà cité, cf. *supra.*, p. 88. Cet auteur saluera d'ailleurs plus loin Laboulaye, l'un des membres fondateurs de la *Société de législation comparée*, qualifiant ce dernier de « professeur qui n'immobilise pas l'idée du Droit ».

¹¹⁴⁵ L. NOUGUIER, *Des lettres de change et des effets de commerce en général*, op. cit., 1851, t. I, p. 1.

¹¹⁴⁶ Déjà cité, cf. *supra.*, p. 9 et 35.

presque (de 10 à 25 %¹¹⁴⁷). Il s'agit alors pour cette partie de la doctrine juridique française de surmonter le « moment 1869-1870 », de combler les lacunes et retards législatifs c'est-à-dire, finalement, de *renover* le droit français. Une rénovation qui ne peut s'accomplir, selon eux, qu'au moyen de la comparaison juridique (Chapitre II).

¹¹⁴⁷ Cf. Tableaux 1 et 2, partie Annexes, p. 519-520.

CHAPITRE I – LE « MOMENT 1869-1870 » : LA CONSCIENCE D'UN RETARD

Le « moment 1869-1870 » se déroule en trois actes. Le premier consiste en la rencontre de trois jurisconsultes français partageant le même point de vue mais aussi les mêmes inquiétudes relativement à l'état législatif de la France à l'extrême fin du Second Empire : il s'agit de Paul Jozon (1836-1881), Alexandre Ribot (1842-1923) et Edouard Laboulaye (1811-1883) ; tous trois membres-fondateurs de la *Société de législation comparée* (SLC). A leur égard, plusieurs questions se posent : quels sont leurs parcours ? Pourquoi désirent-ils s'associer ? Quel regard portent-ils sur le droit français ? Que prévoient-ils ou redoutent-ils quant à son avenir proche ? Quelles solutions proposent-ils ? Pourquoi opter spécialement pour une société de *législation comparée* ? En somme, il s'agira de voir comment ces trois incontournables juristes ont su anticiper le cours des événements (Section 1).

La fondation elle-même de la SLC constitue le deuxième temps de ce moment 1869-1870. Il s'agit alors de s'interroger sur les objectifs que celle-ci se fixe, les moyens par lesquels elle entend y parvenir, ses statuts, son fonctionnement, son organisation, ses réseaux ou encore ses choix de publication (Section 2).

Enfin, la défaite de Sedan forme le troisième épisode à l'issue duquel les Français, c'est-à-dire – pour ce qui nous concerne plus spécialement – les juristes, prennent véritablement acte de leur retard sur les plans législatif et doctrinal. Dès lors, quelle attitude la doctrine juridique française adopte-t-elle vis-à-vis des auteurs étrangers ? Les membres de la SLC continuent-ils par exemple d'accueillir des correspondants d'outre-Rhin ? Plus généralement, que disent-ils de 1870 dans leurs écrits ? Quelle est, en définitive, l'ampleur du traumatisme de la défaite auprès des juristes français (Section 3) ?

Section 1 – La prospective des fondateurs de la SLC

Bien que la fondation de la SLC soit habituellement attaché au seul nom de Laboulaye, un examen plus approfondi montre qu'en réalité Jozon et Ribot en sont les premiers instigateurs. A titre d'exemple, le *Dictionnaire universel des contemporains* de Gustave Vapereau (1819-1906) n'évoque la SLC qu'à la seule entrée « Ribot » alors qu'au nom de « Laboulaye », il n'y est fait aucune mention¹¹⁴⁸. Mais au-delà de cette précision, ce qui frappe avant tout l'observateur, c'est la similitude de leurs parcours : étudiants à la faculté de droit et séduits plus particulièrement par l'histoire du droit, ils finissent par poursuivre une carrière politique – chacun devenant par exemple député – afin de défendre la cause libérale et tous portent, sans que cela puisse surprendre, un vif intérêt aux actualités juridiques étrangères. Il semble alors utile, sinon nécessaire, de revenir respectivement sur l'œuvre et le parcours de Jozon (§1), de Ribot (§2) et de Laboulaye (§3) afin de mieux saisir, *in fine*, leur désir de s'unir et de constituer en ce sens une société savante : la SLC.

§1. Jozon, un républicain libéral sous le Second Empire

Comme l'écrit Pierre Allorant, « Paul Jozon est représentatif de sa génération, formée au barreau de Paris, dans l'opposition aux menées liberticides de l'Empire » et « sa famille est caractéristique de l'avènement des "couches nouvelles" »¹¹⁴⁹. Fils de Dominique Jozon, notaire agnostique, il naît le 12 février 1836¹¹⁵⁰, à la Ferté-sous-Jouarre, et devient l'aîné d'une famille de quatre enfants, avec ses deux frères, Marcel¹¹⁵¹ et Albert¹¹⁵², et sa sœur Cécile. Elève du lycée Louis-le-Grand, Paul poursuit ensuite des études juridiques avant de se faire recevoir docteur en droit en 1859¹¹⁵³. Par suite, il entre en 1862 comme secrétaire chez Hérold, avocat au Conseil d'Etat¹¹⁵⁴.

Surtout, Jozon relance avec son beau-frère Camille-Joseph Gérardin (1837-?) la diffusion en France de l'œuvre de Savigny en traduisant, en 1863, son traité sur *Le droit des obligations*. A l'instar des pionniers de la comparaison juridique française de la période

¹¹⁴⁸ G. VAPEREAU, V° « Jozon », *Dictionnaire universel des contemporains*, *op. cit.*, p. 1009 ; V° « Laboulaye », *ibid.*, p. 1049-1050 et V° « Ribot », *ibid.*, p. 1534-1535.

¹¹⁴⁹ P. ALLORANT, « Paul Jozon, un jurisconsulte au service de la République », *Parlement[s], Revue d'histoire politique*, n° 11, 2009/1, p. 118-133 ; article auquel les développements qui vont suivre empruntent largement.

¹¹⁵⁰ Il meurt d'une phthisie galopante en 1881 – Léon Gambetta (1838-1882) prononcera son éloge funèbre lors de la séance à la Chambre des députés du 7 juillet 1881 – et laisse deux filles : la pianiste Hélène et la sculptrice Art Nouveau Jeanne.

¹¹⁵¹ Sur ce dernier, cf. *infra.*, p. 268 et s.

¹¹⁵² Notaire à Meulan, Albert Jozon y est le premier maire républicain élu. Il sera également vice-président du conseil général de la Seine-et-Oise.

¹¹⁵³ Le sujet de la thèse nous est resté inconnu.

¹¹⁵⁴ Sur Hérold, cf. *supra.*, p. 85, 229 et s.

1815-1869¹¹⁵⁵, tel Demangeat¹¹⁵⁶, qui a « tant étudié les romanistes allemands, [et] a bien voulu, en outre, [...] aider [les traducteurs] de ses conseils, et [les] autoriser à recourir à ses lumières lorsque [ils] en [sentiraient] le besoin »¹¹⁵⁷, Jozon est en effet très tôt convaincu de l'utilité de la « science historique » pour la rénovation du droit français. D'ailleurs, l'hommage qu'il rend dans sa préface au chef de file de l'Ecole allemande sonne manifestement comme un plaidoyer en faveur de l'histoire du droit :

« M. de Savigny est certainement un des plus grands jurisconsultes de notre époque. Il réunit en lui, à un degré qu'il n'a été donné à aucun auteur moderne d'atteindre, l'érudition patiente, la connaissance approfondie des textes, l'esprit de généralisation, et, par-dessus tout, la science historique. Marchant sur les traces de Cujas, et profitant de l'avantage que lui donnaient sur ce dernier les lumières nouvelles, fruits des progrès de la science, il prend toujours l'histoire pour guide ; c'est à elle qu'il demande l'interprétation des textes obscurs ou interpolés, la conciliation de ceux qui paraissent se contredire, l'explication de ceux qui renferment des dispositions contraires au droit de Justinien. Grâce à ces qualités, grâce aussi à une opiniâtreté d'étude extraordinaire, il suffisait à M. de Savigny de quelques décisions mutilées et incomplètes, pour en faire sortir toute une théorie inaperçue avant lui, comme il suffisait à Cuvier de quelques os d'un monstre antédiluvien pour reconstituer l'animal tout entier »¹¹⁵⁸.

Dans cette même préface, Jozon affiche en outre expressément son libéralisme, n'hésitant pas à manifester en effet son profond désaccord avec les idées très conservatrices de celui qui fut ministre d'Etat et de justice du royaume de Prusse de 1842 à 1848.

« On sait, écrit-il avec Gérardin, que les savants de l'Allemagne se partagent en deux écoles : l'école historique, et l'école philosophique. [...] M. de Savigny, bien qu'il ne fût pas l'adversaire déclaré de l'école philosophique, inclinait évidemment vers les idées de l'école historique, dont les adhérents le reconnaissaient même comme le chef. Son amour de l'antiquité, dans l'étude de laquelle il avait toujours vécu, joint à ses opinions politiques peu libérales, lui inspiraient pour toute innovation une répulsion instinctive. Il jugeait spécialement dangereuses et était porté à rejeter celles dont le but consistait à donner aux particuliers plus de liberté et d'initiative, et à diminuer l'omnipotence de l'Etat et l'influence qu'il acquiert en intervenant dans les affaires privées. [...] Or, ces idées ne sont pas les nôtres. L'initiative individuelle nous séduit ; l'influence gouvernementale ne nous semble pas toujours heureuse »¹¹⁵⁹.

« Mais le dilemme des traducteurs réside dans la difficulté à ne pas altérer la beauté du style d'une pensée en opposition avec l'extension des libertés individuelles qui leur est chère. Leur *credo* libéral justifie cette entreprise, le débat doctrinal ayant tout à gagner à chercher les lumières chez des adversaires "aussi éminents que M. de Savigny" »¹¹⁶⁰. En d'autres termes, dès l'année 1863, Jozon entend assumer et même défendre avec vigueur ses positions

¹¹⁵⁵ Cf. *supra.*, p. 113 et s.

¹¹⁵⁶ Sur cet auteur, cf. *supra.*, p. 226 et s.

¹¹⁵⁷ F. C. SAVIGNY, *Le droit des obligations*, Paris, Auguste Durand, t. I, 1863, préface des traducteurs, p. 5.

¹¹⁵⁸ *Ibid.*, p. 2-3.

¹¹⁵⁹ *Ibid.*, p. 8-9.

¹¹⁶⁰ P. ALLORANT, « Paul Jozon, un jurisconsulte au service de la République », art. cit., p. 124-125. « Nous ne croyons cependant pas faire tort à nos aspirations, concluent en effet les traducteurs, en répandant les doctrines contraires de M. de Savigny. C'est un mauvais moyen de défendre une bonne cause, que de dissimuler les arguments qui peuvent lui être opposés. Rien ne sert mieux, au contraire, à prouver sa force, que de montrer qu'elle peut résister, sans en être ébranlée, à l'attaque d'adversaires éminents tels que M. de Savigny. Quelle que soit l'opinion qu'ils adoptent, on peut être certain que la discussion y gagnera. Ce sont autant de lumières nouvelles qui l'éclaireront. La meilleure manière de servir la science et la vérité est de multiplier autant que possible ces lumières, et c'est là le but que nous avons poursuivi » (F. C. SAVIGNY, *Le droit des obligations*, *op. cit.*, p. 9).

libérales. Or, c'est précisément cette ardeur qui lui vaut d'être condamné l'année suivante par le Second Empire, lequel, en dépit de sa libéralisation, continue de surveiller étroitement les activités de ses opposants¹¹⁶¹.

Regrettant cette « situation précaire de la liberté individuelle en France »¹¹⁶² alors que « les questions relatives à la liberté individuelle, à la légalité ou à l'illégalité d'arrestations opérées dans certaines conditions, aux cas où il est permis ou au contraire défendu de résister à ces arrestations, et aux moyens à employer pour obtenir réparation quand elle est due, n'ont jamais eu, grâce à une succession de faits récents, plus d'actualité qu'aujourd'hui »¹¹⁶³, Jozon s'inquiète dès lors de « la facilité avec laquelle la législation actuelle et l'interprétation qui lui est donnée permettent aux agents de la force publique d'arrêter les citoyens parfois les plus paisibles, sous les prétextes les plus légers »¹¹⁶⁴. C'est la raison pour laquelle il rédige avec Hérold un *Manuel de la liberté individuelle* dans lequel les auteurs se proposent « d'étudier et d'exposer aussi brièvement que possible quelles sont les garanties, quelque défectueuses qu'elles puissent être dans certains cas, qu'assure notre législation actuelle à la liberté individuelle, et comment la jurisprudence interprète et applique ces garanties »¹¹⁶⁵. Si « l'excellent accueil de [la traduction du traité de Savigny] en France tient beaucoup à ce qu'il traite d'un sujet carrefour pour l'intelligence du droit français, à son intersection avec les

¹¹⁶¹ Paul Allorant renvoie ici au « Procès des Treize » dont il donne le résumé suivant : « La police intervient [...] le 13 mars 1864 pour dissoudre une réunion tenue à la veille de deux scrutins législatifs partiels à Paris au domicile de Garnier-Pagès. Trente-quatre personnes composent la liste des suspects inculpés par le parquet pour avoir fait partie d'une association non autorisée de plus de vingt membres, mais seuls treize sont renvoyés devant le tribunal correctionnel de la Seine. Paul Jozon est à 28 ans le benjamin des prévenus dont les défenseurs sont la fine fleur du barreau républicain et monarchiste : Marie, Grévy, Picard, Dufaure, Berryer ou Arago. Au cours de son interrogatoire, Jozon reconnaît avoir été chargé par Garnier-Pagès de transmettre des circulaires du comité consultatif électoral dans les arrondissements de Coulommiers et de Provins où, grâce à l'implantation de sa famille, il a été à même d'indiquer les électeurs auxquels les adresser de façon à les éclairer "sur leurs droits en matière d'élections". Or, dans le silence de la loi, le ministère public estime que les déclarations et circulaires du gouvernement ne peuvent être invoquées en leur faveur par les prévenus, qui en sont réduits à se référer aux précédents des clubs quarante-huitards et de la société *Aide-toi, le Ciel t'aidera* de 1827. Au surplus, il dénie au comité Garnier-Pagès le caractère de comité électoral, y voyant une véritable association de propagande politique permanente et illicite, qui cherche à couvrir le pays d'un réseau de filiales pour former un "gouvernement occulte" » (P. ALLORANT, « Paul Jozon, un juriconsulte au service de la République », art. cit., p. 123 ; de surcroît, l'auteur précise en note que « tous les accusés sont condamnés, avec les circonstances atténuantes, et chacun solidairement à 500 francs d'amende et aux dépens, avec une durée de contrainte par corps de six mois. Ils interjettent immédiatement appel de ce jugement, mais la cour d'appel confirme le jugement de première instance par son arrêt du 7 décembre 1864 »). Sur ce procès, consulter également, du même auteur : P. ALLORANT, « Comparer le prix de la Justice : le système français au regard des travaux de la Société de Législation Comparée (1869-1881) », *Le prix de la justice. Histoire et perspectives*, sous la dir. de S. DELBREL, Pessac, PUB, 2012, p. 398 et s.

¹¹⁶² F. HEROLD et P. JOZON, *Manuel de la liberté individuelle*, Paris, E. Thorin, 2^e éd., 1868, p. 5.

¹¹⁶³ *Ibid.*, p. 5.

¹¹⁶⁴ *Ibid.*, p. 5.

¹¹⁶⁵ *Ibid.*, p. 6. Et les coauteurs de donner le plan de leur ouvrage : « Nous rechercherons donc et nous nous efforcerons de déterminer avec exactitude : Qui peut être l'objet d'une arrestation ; Qui peut ordonner et opérer une arrestation ; De quelles formalités doit être accompagnée une arrestation pour être régulière ; Quels sont, suivant les cas, le caractère et la durée de la détention qui suit l'arrestation ; Enfin, quelles sont les voies de recours et de réparation contre une arrestation irrégulière » (*Ibid.*, p. 6).

droits romain et étranger »¹¹⁶⁶, l'on peut également déceler dans le *Manuel* d'Hérolde et Jozon un certain réflexe comparatif lorsque ceux-ci se demandent par exemple si, « à défaut de ces protections précieuses, *comme l'habeas corpus de la libre Angleterre, que plusieurs nations voisines ont le bonheur de posséder*, pour sauvegarder la liberté individuelle, la législation française n'offre pas tout au moins quelques entraves à opposer au zèle des agents subalternes de l'autorité »¹¹⁶⁷. De même, à la théorie selon laquelle le particulier illégalement menacé et arrêté ne doit jamais opposer de résistance et ce, quelle que soit l'évidence de l'illégalité, en raison du danger qu'il peut y avoir à laisser chacun juge de la régularité d'actes accomplis par des agents de l'autorité auxquels obéissance est due provisoirement, à cause de la présomption de légalité qu'il est raisonnable d'attacher à tous leurs actes, les coauteurs répondent :

« Le danger que redoutent ceux qui proscrivent toute résistance est-il [...] réel ? Evidemment, non, puisque le système contraire a été celui de notre ancienne législation et qu'il est encore celui d'un grand nombre de législations étrangères »¹¹⁶⁸.

Visiblement, derrière le disciple de l'Ecole historique commence à se profiler le comparatiste. Ce dernier s'affirmera plus encore en 1869¹¹⁶⁹, date à laquelle Jozon poursuit en effet son étude de la liberté individuelle en France et livre – le fait est à noter – à la *Revue de droit international et de législation comparée* du Belge Gustave Rolin-Jaequemyns (1835-1902) un article sur la loi française du 22 juillet 1867 relative à l'abolition de la contrainte par corps en matière civile et commerciale¹¹⁷⁰. Dans cette publication, l'auteur – devenu avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation – revient notamment sur les différents points de vue selon lesquels la contrainte par corps peut être et a été envisagée. Le premier d'entre eux est celui de l'« ancien droit romain » qui est venu consacrer la contrainte par corps comme voie d'exécution ordinaire ; conception que Jozon, en bon adepte de la « science historique » qu'il est, se plaît par conséquent à détailler¹¹⁷¹. Il existe ensuite deux autres points de vue qui poussent alors l'avocat parisien à s'intéresser une nouvelle fois aux législations étrangères. Tout d'abord, la contrainte par corps peut être considérée comme voie d'exécution indirecte, elle a alors pour but d'obliger le débiteur récalcitrant à se libérer envers son créancier, par la menace, et au besoin par la réalisation d'une incarcération civile plus ou moins prolongée ; or, précise Jozon, la contrainte par corps a essentiellement ce caractère « dans les lois des pays voisins »¹¹⁷². Ailleurs, elle est considérée comme peine et a dès lors

¹¹⁶⁶ P. ALLORANT, « Paul Jozon, un jurisconsulte au service de la République », art. cit., p. 125.

¹¹⁶⁷ F. HEROLD et P. JOZON, *Manuel de la liberté individuelle*, op. cit., p. 5-6. L'italique est de notre fait.

¹¹⁶⁸ *Ibid.*, p. 61. L'italique est de notre fait.

¹¹⁶⁹ Il se rendait déjà à Londres en 1868 à l'invitation de Lord Brougham, président de l'association de jurisprudence londonienne (P. ALLORANT, « Comparer le prix de la Justice : le système français au regard des travaux de la Société de Législation Comparée (1869-1881) », art. cit., p. 399).

¹¹⁷⁰ P. JOZON, « Idée générale de la loi française du 22 juillet 1867, sur la contrainte par corps », *Revue de droit international et de législation comparée*, t. I, 1869, p. 17-31.

¹¹⁷¹ *Ibid.*, p. 22.

¹¹⁷² *Ibid.*, p. 23.

pour but d'infliger à celui qui s'est rendu coupable d'une infraction à la loi pénale et ne peut ou ne veut subir les obligations pécuniaires que la loi lui impose à l'occasion de cette infraction, un emprisonnement, destiné à remplacer pour lui le dommage que lui aurait causé l'exécution de ces obligations. Une telle contrainte, ajoute l'auteur, n'a jamais été pratiquée dans la législation française mais « elle existe et fonctionne avec des variétés de formes et de détails qui n'en altèrent pas l'essence, et à côté de la contrainte par corps considérée comme voie d'exécution indirecte dans diverses législations étrangères, spécialement dans la législation anglaise, où elle est d'un usage continuel »¹¹⁷³.

« De ces deux systèmes, quel est celui qu'a entendu consacrer la loi du 22 juillet 1867 ? Son étude prouve que l'un et l'autre ont influé sur la pensée du législateur, et que c'est à un système mixte, compliqué d'éléments empruntés à la contrainte par corps, fonctionnant comme voie d'exécution indirecte, et à la contrainte par corps, fonctionnant comme peine, qu'il faut rattacher les dispositions de la loi nouvelle »¹¹⁷⁴.

Simplement, « l'idée essentielle de la loi [...] se rattache, sans doute aucun, au système de la contrainte par corps fonctionnant comme peine »¹¹⁷⁵. Pour cette raison, la loi de 1867 constitue, selon Jozon,

« une amélioration réelle et sérieuse. – Elle est de celles, malheureusement trop rares, que la France peut offrir aux étrangers, avec quelque orgueil, sinon comme un modèle achevé de disposition législative, au moins comme une œuvre honnête et utile qui témoigne du progrès de nos mœurs et de notre civilisation. Ce sera un titre d'honneur pour la France, au moment où presque toutes les nations chez lesquelles la contrainte par corps existe encore comme voie d'exécution indirecte, en étaient à se demander si elles devaient, ou non, l'abolir, de leur avoir donné l'exemple et de les avoir devancées dans la suppression, en principe, de cette institution empruntée à des temps relativement barbares, et qui imprime à nos législations modernes une tache, qu'il est de la dignité des peuples européens de ne pas laisser plus longtemps subsister »¹¹⁷⁶.

A vrai dire, lorsqu'il écrit ces mots, Jozon entend directement s'opposer, une fois de plus, au « grand nombre [...] de membres conservateurs, systématiquement hostiles à toute innovation qui ne se justifie pas par un intérêt de premier ordre »¹¹⁷⁷. C'est dire si « cette démarche comparatiste prend racine dans la renaissance des oppositions au sein d'une Union libérale

¹¹⁷³ *Ibid.*, p. 24. Et Jozon de détailler ce dernier point : « Pour les menus délits, le juge condamne presque toujours à une peine alternative : ou telle amende, ou tant de jours de prison, au choix du condamné. Celui-ci, suivant ses moyens ou son caractère, opte pour l'une ou l'autre de ces pénalités ; mais le magistrat obtient au moins ce résultat que le condamné n'échappe pas d'une manière complète à l'effet de la condamnation qu'il a encourue, comme il pourrait le faire en cas d'insolvabilité, s'il était condamné à l'amende, sans que la prison y fût substituée en cas de non paiement. Dans le cas d'insolvabilité, suivant l'expression anglaise, le corps paie pour la bourse, et le juge a soin de proportionner la prison à l'amende, de façon que ces deux peines soient, autant que possible, l'équivalent et la compensation exacte l'une de l'autre » (*Ibid.*, p. 24).

¹¹⁷⁴ *Ibid.*, p. 24. Autrement dit, le législateur français n'a pas opéré « une réforme radicale du système consacré par les lois antérieures. Il a, au contraire, cherché à maintenir ce système dans tout ce qu'il n'avait point d'absolument contraire à la théorie nouvelle, s'inquiétant moins de la forme que du fond, de l'apparence que de la réalité, faisant assez bon marché de la logique, du moment que le but principal de la loi était atteint » (*Ibid.*, p. 29).

¹¹⁷⁵ *Ibid.*, p. 24.

¹¹⁷⁶ *Ibid.*, p. 30-31.

¹¹⁷⁷ *Ibid.*, p. 21.

noyée sous le sceau des "libertés nécessaires", au lendemain du procès des Treize »¹¹⁷⁸. Elle est aussi « un biais pour remporter le combat idéologique contre l'autocratie et le cléricalisme »¹¹⁷⁹, consistant en effet, dès l'empire libéral, à « féconder l'élaboration du droit français par l'étude méthodique des systèmes législatifs et judiciaires étrangers »¹¹⁸⁰.

Aussi la participation de Jozon à la création de la *Société de législation comparée* en 1869 semble-t-elle découler de l'évidence. La formation de cette association est en outre facilitée par les nombreux réseaux qu'il tient à préserver ; en premier lieu, celui de sa famille : de nombreux liens sont par exemple tissés au sein de la Conférence Molé-Tocqueville et de la Conférence du Stage¹¹⁸¹. Mais Jozon bénéficie également de l'appui de ses collègues avocats ou encore de ses amis politiques. C'est en effet au cours de la même période qu'il décide de se lancer dans une carrière politique¹¹⁸². Or, sa « connaissance des réalités étrangères nourrit ses interventions parlementaires »¹¹⁸³. Autrement dit, Jozon ancre la fondation de la SLC – et les travaux qu'elle publie – dans son propre parcours, professionnel mais surtout politique¹¹⁸⁴, en ce que les exemples tirés de la législation comparée deviennent pour lui des arguments d'autorité qu'il peut dès lors opposer à ses adversaires ou au contraire présenter à ses amis de la Gauche républicaine parmi lesquels figure notamment Ribot.

¹¹⁷⁸ P. ALLORANT, « Comparer le prix de la Justice : le système français au regard des travaux de la Société de Législation Comparée (1869-1881) », art. cit., p. 398.

¹¹⁷⁹ *Ibid.*, p. 404.

¹¹⁸⁰ *Ibid.*, p. 397.

¹¹⁸¹ Jozon est notamment le gendre d'Adolphe Lacan, bâtonnier, ancien collaborateur de Macarel et président de la conférence Molé en 1834. Sur ces conférences, cf. *infra.*, p. 258 et s.

¹¹⁸² Nommé adjoint au maire du VI^e arrondissement de Paris le 7 octobre 1870, il est réélu en la même qualité le 7 novembre suivant, puis, aux élections du 8 février 1871, il est nommé représentant de Seine-et-Marne à l'Assemblée nationale. A ce titre, Jozon dépose plusieurs propositions de lois, notamment sur des matières électorales et financières et sur la révision des services publics. Aux élections du 20 février 1876, il se porte candidat dans l'arrondissement de Meaux mais échoue contre un autre candidat républicain. Il ne rentre dans la Chambre des députés qu'aux élections du 14 octobre 1877 ; opposé par les républicains, dans l'arrondissement de Fontainebleau, à un candidat officiel et bonapartiste (G. VAPERAU, V^o « Jozon », *Dictionnaire universel des contemporains*, *op. cit.*, p. 1009).

¹¹⁸³ P. ALLORANT, « Paul Jozon, un jurisconsulte au service de la République », art. cit., p. 126. Elle nourrit aussi ses activités d'avocat aux conseils : en 1880, Jozon dépose par exemple devant la section des travaux publics, de l'agriculture et du commerce du Conseil d'Etat un mémoire à l'appui de la demande formée par le gouvernement des Etats-Unis tendant à obtenir pour les sociétés anonymes américaines la faculté d'exercer leurs droits et d'ester en justice en France (P. ALLORANT, « Comparer le prix de la Justice : le système français au regard des travaux de la Société de Législation Comparée (1869-1881) », art. cit., p. 406).

¹¹⁸⁴ Lors de la discussion du caractère d'urgence du projet de réforme du jury en matière civile (séance de l'Assemblée nationale du 2 août 1872), Jozon s'appuie par exemple sur les précédents anglais et autrichiens pour repousser toute précipitation nuisible à la démocratie (P. ALLORANT, « Paul Jozon, un jurisconsulte au service de la République », art. cit., p. 126).

§2. Ribot, un libéral républicain sous le Second Empire

Ce qui frappe avant tout lorsque l'on examine la biographie de Ribot¹¹⁸⁵, c'est la similarité de son parcours par rapport à celui de Jozon. Né à Saint-Omer le 7 février 1842, Alexandre-Félix-Joseph Ribot quitte le lycée de sa ville natale pour terminer sa scolarité à Paris au lycée Bonaparte puis à la faculté de droit où il y fait de nombreuses rencontres et se lie d'amitié notamment avec Ernest Duvergier de Hauranne (1843-1877). Lauréat et licencié en droit en 1863, il est reçu docteur l'année suivante et devient en outre licencié ès lettres. La même année 1864, Ribot s'inscrit au barreau de Paris et intègre, comme Jozon, la Conférence du Stage. Cette institution, héritage de l'Ancien Régime et plus précisément du milieu des avocats au Parlement de Paris des premières années du XVIII^e siècle, est « un lieu de formation à la parole publique et à la maîtrise d'une argumentation de type judiciaire fonctionnant dans le cadre des barreaux – ou tout au moins dans l'orbite de ces derniers – et s'adressant de façon prioritaire aux étudiants en droit se destinant à la profession d'avocat et aux avocats-stagiaires »¹¹⁸⁶. En somme, elle est « une sorte de passage obligé dans le processus d'apprentissage propre au monde des professions juridiques »¹¹⁸⁷.

« Une fois par an, les stagiaires se disputent, lors d'un concours, le titre prestigieux de secrétaire de la Conférence du Stage. Parmi les 500 à 600 candidats, seuls douze deviennent secrétaires. [...] Afin de réussir aux trois épreuves qui composent le concours, les stagiaires se préparent dans d'autres conférences, appelées des "parlotes", comme par exemple la conférence Berryer. Ribot suit ce parcours et parvient pour l'année 1865-1866 à être désigné premier secrétaire de la Conférence du Stage, devant Edouard Laferrière »¹¹⁸⁸.

En vérité, ce secrétariat s'apparente à « une sorte d'antichambre des assemblées parlementaires »¹¹⁸⁹ par laquelle passeront d'ailleurs les grands noms de la III^e République (Gambetta, Ferry, Grévy, Bourgeois, Poincaré...).

Conformément à la tradition, Ribot doit, en tant que premier secrétaire, prononcer à l'ouverture de la Conférence un discours retraçant la vie d'un ancien bâtonnier ou d'un grand avocat décédé. Or, de façon relativement significative, le jeune juriste de vingt-quatre ans choisit de revenir sur la carrière de Thomas Erskine (1750-1823), un jurisconsulte britannique dont le bonheur a été de naître avec de « rares facultés » et, surtout, de « les employer à la

¹¹⁸⁵ Les développements qui vont suivre sont en grande partie tirés de l'article de Walter Badier : W. BADIER, « Alexandre Ribot, un juriste dans les débuts de la Troisième République », *La République et son droit*, op. cit., p. 133-146 ; ainsi que du dictionnaire de Vapereau : G. VAPEREAU, V^o « Ribot », *Dictionnaire universel des contemporains*, op. cit., p. 1534-1535.

¹¹⁸⁶ G. LE BEGUEC, « Les conférences particulières, pépinières de juristes et d'hommes publics, de la fin du Second Empire à la Belle Époque. Permanences et transformations », *La République et son droit*, op. cit., p. 97.

¹¹⁸⁷ *Ibid.*, p. 103.

¹¹⁸⁸ W. BADIER, « Alexandre Ribot, un juriste dans les débuts de la Troisième République », art. cit., p. 134-135. Outre Laferrière, l'on trouve également parmi les douze secrétaires Garsonnet.

¹¹⁸⁹ G. LE BEGUEC, « L'Aristocratie du barreau, vivier pour la République, les secrétaires de la Conférence du stage », *Vingtième Siècle. Revue d'histoire*, n° 30, avr.-juin 1991, p. 24.

défense des idées libérales »¹¹⁹⁰. Tous ses discours respirent en effet, selon Ribot, l'« amour désintéressé de la liberté »¹¹⁹¹. « Le tempérament d'Erskine était, pour ainsi dire, de se passionner pour la liberté, de voir le bien qu'elle produit plus que les maux qu'elle entraîne, de la défendre toujours, aux dépens même de sa fortune »¹¹⁹². « La nature [faisant] les orateurs »¹¹⁹³, les conditions réunies en Angleterre au XVIII^e siècle devaient dès lors « favoriser un magnifique développement oratoire. Comme une terre longtemps remuée qu'échauffe un soleil bienfaisant, l'Angleterre, sortie de deux révolutions et déjà parvenue à la liberté, produisit une foule d'orateurs illustres, étonnés de se rencontrer dans le même siècle »¹¹⁹⁴ et parmi lesquels devait bien évidemment figurer Erskine.

Tout bien considéré, cette première publication révèle trois aspects essentiels de la personne de Ribot. Premièrement, son goût pour l'histoire du droit – à l'instar de Jozon et de Laboulaye – est avéré ; il enseignera d'ailleurs, dès 1872, l'histoire parlementaire et législative à l'Ecole libre des sciences politiques, après avoir été contacté par Emile Boutmy (1835-1906), qui devient au demeurant l'un de ses amis¹¹⁹⁵. Deuxièmement, son libéralisme ne fait aucun doute. « Orléaniste au début des années 1860, il exalte les principes de 1789 et rêve d'un régime parlementaire comparable à l'Angleterre, son modèle »¹¹⁹⁶ : sa *Biographie de Lord Erskine* en témoigne déjà parfaitement et les salons orléanistes parisiens qu'il fréquente – notamment celui du père de son ami Ernest Duvergier de Hauranne où « les grandes figures du libéralisme français que sont Odilon Barrot, Charles de Rémusat ou encore Adolphe Thiers »¹¹⁹⁷ se côtoient – le confirment. Sans doute est-il d'ailleurs plus éloquent de laisser à Ribot lui-même le soin de décrire l'état d'esprit de ces jeunes juristes de la fin du Second Empire dont il fait partie :

« Le barreau était à cette époque presque tout entier libéral [...]. Toute cette jeunesse se pressait dans les salles d'audience trop étroites pour entendre les derniers éclats de la voix de Berryer ou la parole de Dufaure, de Jules Favre dans les grands procès politiques comme le procès Montalembert, le procès Dupanloup ou le procès des Treize. [...] Je m'étonne presque moi-même de l'ardeur qui nous faisait braver pendant toute une nuit les rigueurs de l'hiver pour assister, dans un coin de la tribune publique du Corps législatif, à quelques séances où devaient parler Thiers, Jules Simon, Jules Favre, Picard ou Emile Ollivier »¹¹⁹⁸.

Enfin, troisièmement, Ribot entend très tôt porter et défendre ses idées libérales sur le terrain politique. Outre la Conférence du Stage, il fréquente aussi dans les dernières années de l'Empire la Conférence Molé, dont il devient d'ailleurs le président en 1870.

¹¹⁹⁰ A. RIBOT, *Biographie de Lord Erskine. Discours prononcé à l'ouverture de la Conférence des avocats le 8 décembre 1866*, Paris, Armand Le Chevalier, 1866, p. 8.

¹¹⁹¹ *Ibid.*, p. 8.

¹¹⁹² *Ibid.*, p. 8-9.

¹¹⁹³ *Ibid.*, p. 6.

¹¹⁹⁴ *Ibid.*, p. 6-7. L'italique est de notre fait.

¹¹⁹⁵ W. BADIER, « Alexandre Ribot, un juriste dans les débuts de la Troisième République », art. cit., p. 138.

¹¹⁹⁶ *Ibid.*, p. 136.

¹¹⁹⁷ *Ibid.*, p. 136.

¹¹⁹⁸ A. RIBOT, *Notice sur Eugène Boucher*, Paris, Alcan-Lévy, 1888 ; cité par Walter Badier : *Ibid.*, p. 136-137. Sur le « procès des Treize » en question, cf. *supra.*, p. 254, note 1161. Sur Emile Ollivier, cf. *supra.*, p. 228 et s.

« Composée presque exclusivement de juristes, cette société privée est également une conférence d'éloquence mais dont le but politique est cette fois-ci clairement affiché. Poincaré l'a d'ailleurs surnommée "l'Ecole des hautes études parlementaires". Concrètement à chacune de ses séances un projet de loi est présenté avant de faire l'objet d'une discussion. La Conférence Molé fonctionne donc un comme un parlement fictif »¹¹⁹⁹

et Ribot y côtoie une fois de plus « les noms les plus illustres de la III^e République »¹²⁰⁰ tels que Gambetta, Brisson, Ferry ou Léon Renault (1839-1933). Pour Ribot, en effet, l'éloquence judiciaire et l'éloquence politique, « quoique distinctes, demeurent étroitement unies ; on croirait voir deux compagnes inséparables qui se soutiennent mutuellement et dont l'une se refuse à briller quand l'autre est dans la tristesse »¹²⁰¹.

Dans un tel contexte, où l'homme de droit ne fait qu'un avec l'homme politique, la participation de Ribot – à l'image de celle de Jozon et de Laboulaye – à la fondation de la *Société de législation comparée* en 1869 n'est pas surprenante.

« On commençait à se rendre compte, se souvient en effet Ribot lors du cinquantenaire de la SLC, que le droit devait sortir des limites un peu étroites des législations particulières. [...] Les mêmes problèmes se posent dans tous les pays et de plus en plus les solutions qui leur sont données ont un caractère général. En fondant la *Société de législation comparée*, nous avons voulu faire une œuvre d'un caractère désintéressé et scientifique. [...] Nous ne nous sommes pas proposés de fournir au législateur des projets de loi tout rédigés, mais seulement des documents préparés avec une méthode rigoureuse et dont il puisse se servir en toute sécurité »¹²⁰².

En d'autres termes, bien qu'ils la conçoivent comme étant avant tout une société *savante*, les fondateurs de la SLC ne la privent cependant pas de toute dimension politique dans la mesure où ils la mettent en lien, plus ou moins étroit, avec le pouvoir législatif. Pour cette raison, « la Société de législation comparée doit également être envisagée comme un instrument politique aux mains de la famille libérale à une époque où les controverses institutionnelles et juridiques deviennent centrales dans le débat politique »¹²⁰³.

D'ailleurs, c'est à partir de 1869 que Ribot fait ses premiers pas en tant qu'homme politique¹²⁰⁴. Comme Jozon, il s'aide alors des travaux effectués au sein de la SLC pour

¹¹⁹⁹ W. BADIER, « Alexandre Ribot, un juriste dans les débuts de la Troisième République », art. cit., p. 135.

¹²⁰⁰ *Ibid.*, p. 135.

¹²⁰¹ A. RIBOT, *Biographie de Lord Erskine*, op. cit., p. 7.

¹²⁰² A. RIBOT, *Discours à l'occasion du cinquantenaire de la Société de législation comparée*, 29 mai 1921 (Archives nationales, 563 AP5), rapporté par Walter Badier : W. BADIER, « Alexandre Ribot, un juriste dans les débuts de la Troisième République », art. cit., p. 137. L'italique est de notre fait. Sur le programme et le déroulement dudit cinquantenaire, consulter : *Bulletin de la Société de législation comparée*, t. L, 1920-1921, p. 150-152.

¹²⁰³ W. BADIER, « Alexandre Ribot, un juriste dans les débuts de la Troisième République », art. cit., p. 138.

¹²⁰⁴ Alors secrétaire-trésorier de la SLC jusqu'en 1871, il intègre en effet le comité de soutien à Adolphe Thiers lors des élections législatives de 1869. Puis, de 1871 à 1873, il se voit confier de nombreuses missions par le Garde des sceaux Jules Dufaure (1798-1881), participant notamment au premier congrès international des prisons tenu à Londres en juillet 1872. En 1875, le même Dufaure le nomme directeur des affaires criminelles et des grâces mais Ribot échange ensuite ces fonctions contre celles de secrétaire général du ministère de la Justice avec le titre de conseiller d'Etat en service extraordinaire. Il démissionne finalement en décembre 1876 lors de la retraite de Dufaure. En mars 1878, il se porte comme candidat républicain et est élu le 7 avril suivant dans la deuxième circonscription de Boulogne-sur-Mer lors d'une élection législative partielle contre un député bonapartiste invalidé. A la Chambre des députés, il prend alors place au Centre gauche et occupe, en 1882, l'importante fonction de rapporteur du budget. C'est en mars 1890 qu'il entre pour la première fois au

nourrir ses discours ; l'Angleterre occupant toujours – en ce qui le concerne – le centre de son attention¹²⁰⁵. En effet, « dans son esprit, la connaissance des expériences étrangères est naturellement une source de profits considérables. Cette conception du travail parlementaire et l'attention extrême qu'il porte à la qualité de la rédaction de la loi que se soit dans l'hémicycle ou dans les commissions expliquent que Ribot reste, tout au long de sa carrière, proche de la Société de législation comparée »¹²⁰⁶.

Cette méthode de travail rend également évidente, sinon logique, sa rencontre – puis son amitié¹²⁰⁷ – avec Jozon, dont le parcours est effectivement très proche. Ces deux jurisconsultes, auxquels est véritablement venue « l'idée de fonder en France une Société pour l'étude des législations étrangères »¹²⁰⁸, vont alors trouver celui qui, selon eux, « était le chef de l'école libérale et [...] exerçait sur les esprits, par ses doctrines, par ses paroles, par ses écrits, une sorte de magistrature »¹²⁰⁹ : Laboulaye.

§3. Laboulaye, « le chef de l'école libérale » sous le Second Empire

A lui seul, l'exposé du parcours de Laboulaye aurait suffi à rendre compte des voies empruntées par Jozon et Ribot, tant les trois existences se rejoignent. C'est d'ailleurs au nom de ces affinités, politiques mais aussi doctrinales, que les deux jeunes amis libéraux – Jozon a trente-trois ans en 1869, Ribot en a vingt-sept – viennent demander à leur aîné, alors âgé de cinquante-huit ans, de patronner leur nouvelle association, c'est-à-dire d'y attacher, dès la fondation de celle-ci, son nom, déjà bien connu en effet des juristes et des hommes politiques

Gouvernement et devient ministre des Affaires étrangères. Président du Conseil en remplacement d'Emile Loubet (1838-1929) en décembre 1892, Ribot s'attribue quelques semaines plus tard le ministère de l'Intérieur. Il redevient président du Conseil de janvier à octobre 1895 en occupant cette fois-ci le ministère des Finances. Elu président de la Commission de l'Instruction publique à la fin de l'année 1898, réélu aux élections générales de 1902, député de Saint-Omer en 1906, Ribot occupera une nouvelle fois la fonction de président du Conseil en juin 1914 puis en mars 1917. Dément au moins de septembre suivant, il reste ministre des Affaires étrangères mais démissionne cependant en octobre. Ribot fut en outre sénateur du Pas-de-Calais jusqu'à son décès en 1923.

¹²⁰⁵ Il rédige en effet plusieurs articles en ce sens : A. RIBOT, « Explication des principales dispositions de la loi anglaise du 9 août 1870 concernant la condition civile et les biens des femmes mariées », *Bulletin de la Société de législation comparée*, n° 1, déc. 1871, p. 6-20 ; A. RIBOT, « Compte rendu des derniers travaux du Parlement anglais », *Bulletin de la Société de législation comparée*, n° 4, mars 1872, p. 101-114 ; et publie en outre une traduction de l'Acte du 5 août 1873 pour l'établissement d'une Cour suprême de justice en Angleterre : A. RIBOT, *Acte du 5 août 1873 pour l'établissement d'une Cour suprême de justice en Angleterre, traduit et précédé d'une notice sur l'organisation judiciaire anglaise*, Paris, Cotillon, 1874.

¹²⁰⁶ W. BADIER, « Alexandre Ribot, un juriste dans les débuts de la Troisième République », art. cit., p. 141.

¹²⁰⁷ Il ne nous a malheureusement pas été donné de connaître les circonstances exactes de cette rencontre ni la teneur de cette amitié.

¹²⁰⁸ *Bulletin de la Société de législation comparée*, t. L, 1920-1921, p. 152.

¹²⁰⁹ Cité par Walter Badier : W. BADIER, « Alexandre Ribot, un juriste dans les débuts de la Troisième République », art. cit., p. 137.

de l'époque. Né le 18 janvier 1811 à Paris, Edouard-René Lefebvre de Laboulaye¹²¹⁰ fait ses études secondaires au collège Louis-le-Grand¹²¹¹ puis suit, sans grand enthousiasme, des études de droit à la faculté de Paris jusqu'à l'obtention de sa licence. Son aversion à l'égard de l'enseignement purement exégétique du droit le conduit en effet à s'intéresser davantage à l'histoire du droit, qu'il aborde initialement selon les idées de l'Ecole allemande. Là se situe sans doute, d'ailleurs, l'une des raisons pour laquelle Ribot et surtout Jozon – qui traduira l'une des œuvres du maître allemand¹²¹² – en viennent à contacter Laboulaye : ce dernier était devenu en effet le « principal interlocuteur français de Savigny »¹²¹³.

Toujours est-il que, « paradoxalement, les théories historiques allemandes vont amener Laboulaye au libéralisme politique »¹²¹⁴. A l'image de Lord Erskine, admiré par Ribot¹²¹⁵, Laboulaye est en effet « habité, passionné, par la liberté »¹²¹⁶. N'est-il pas, d'ailleurs, le principal instigateur de la création de la statue de la Liberté¹²¹⁷ ? « Cette statue de la Liberté est en parfaite harmonie avec les idéaux que Laboulaye a portés tout au long de sa vie, de sa vie politique, de sa vie d'intellectuel, de sa vie de professeur du Collège de France, et de son amour pour l'Amérique »¹²¹⁸. En effet,

« comme beaucoup de libéraux de son temps, Laboulaye eut une tendance très marquée au cosmopolitisme d'idées. Tout ce qui est étranger l'intéresse et constamment il cite les institutions et les mœurs de l'Angleterre, de la Hollande ou de la Suisse. C'est cependant à l'Allemagne et aux Etats-Unis qu'il a le plus emprunté, se faisant l'ardent propagandiste d'idées qu'il pensait y avoir découvertes. En

¹²¹⁰ « Son grand-père, notaire à Paris, avait acheté un office de secrétaire du roi qui conférait la noblesse, ce qui lui a permis de joindre au nom roturier de Lefebvre le nom de Laboulaye » (J.-J. CLERE, V° « Laboulaye », *Dictionnaire historique des juristes français...*, op. cit., 1^{ère} éd., 2007, p. 444).

¹²¹¹ Ce qui sera également le cas de Jozon : cf. *supra.*, p. 252.

¹²¹² Cf. *supra.*, p. 252 et s.

¹²¹³ P. ALLORANT, « Paul Jozon, un jurisconsulte au service de la République », art. cit., p. 125.

¹²¹⁴ J.-J. CLERE, V° « Laboulaye », *Dictionnaire historique des juristes français...*, op. cit., 1^{ère} éd., 2007, p. 445.

¹²¹⁵ Cf. *supra.*, p. 258 et s.

¹²¹⁶ Le mot est de Flach et est rapporté par Pierre Corvol : P. CORVOL, « Paris in America. Introduction », *Revue internationale de droit comparé*, n° 3, juill.-sept. 2011, p. 512.

¹²¹⁷ Pierre Corvol revient sur cette anecdote : « Nous devons à Edouard la proposition tout à fait originale de créer une statue de la Liberté, le symbole, aujourd'hui connu de tous, de l'amitié et de la coopération politique entre la France et l'Amérique. L'histoire n'a sans doute retenu que le sculpteur, Bartholdi, mais en fait, c'est réellement Laboulaye qui en est le principal instigateur. Nous sommes peu de temps après la guerre civile américaine, juste après l'assassinat d'Abraham Lincoln, qui avait suscité une très vive émotion en France. Il dîne avec quelques amis, dont l'historien Henri Martin, le descendant du Maréchal de Rochambeau, avec Lafayette et Bartholdi, un jeune sculpteur alsacien ambitieux. Laboulaye, au cours de ce dîner, propose d'offrir au peuple américain un monument qui va sceller l'amitié entre les deux peuples, et exalter la notion de liberté à l'occasion du centenaire de la Déclaration d'Indépendance des Etats-Unis d'Amérique. On crée alors l'Union franco-américaine, qu'il présidera jusqu'à sa mort, afin de lever des fonds et gérer le projet, car l'idée est que l'argent vienne des Français, à l'exception du piédestal qui proviendra d'une souscription américaine. On organise des loteries, des expositions diverses, des ventes aux enchères afin de lever les fonds. La campagne de souscription est lancée au cours d'un grand dîner au Palais du Louvre. On aimerait, on rêverait d'y être. Laboulaye écrit des lettres d'introduction pour Bartholdi auprès du président américain Ulysses Grant, pour obtenir son accord. Ils s'entendent sur les moyens, le lieu d'érection de la statue. [...] Pour ériger cette statue, l'idée est de choisir une île qui s'appelait alors l'île de Bayonne et qui fût rebaptisée plus tard Ellis Island. Connue aujourd'hui du monde entier, elle se situe à l'entrée du port de New York et a vu passer quelques 25 millions d'immigrants entre 1890 et 1954 » (*Ibid.*, p. 513).

¹²¹⁸ *Ibid.*, p. 514.

fait, c'est sa vie scientifique toute entière qui se place sous leur influence : la première partie sous le signe de l'Allemagne ; la seconde, après 1848, sous celui des Etats-Unis »¹²¹⁹.

Dès la première année de la Deuxième République paraissent en effet, alors qu'il se tient encore à l'écart de la vie politique proprement dite¹²²⁰, ses *Considérations sur la Constitution*¹²²¹ ; « un écrit resté célèbre où, mettant en évidence les vices de la constitution, il prédisait que ceux-ci mèneraient infailliblement à la dictature par la démagogie »¹²²². Or – fait remarquable – Laboulaye devient, à la suite de cette publication, professeur de législation comparée au Collège de France, succédant en effet le 20 mars 1849 à Lerminier, démissionnaire, et choisissant « aussitôt pour sujet l'étude de la constitution américaine, qu'il avait en vain donnée en exemple aux constituants »¹²²³. Ainsi l'étude de l'Amérique a-t-elle été, chez Laboulaye, un point de passage entre l'histoire du droit et le droit comparé : « Laboulaye voulait comprendre comment les institutions anglaises transplantées en Amérique du Nord avaient été transfigurées (au point de donner une nouvelle dimension au *common law*) et espérait découvrir comment elles pouvaient être adaptées (et non imitées) en France »¹²²⁴. Suscitant d'abord l'indifférence, le cours de Laboulaye attirera finalement un auditoire très nombreux ; « les conférences sur des sujets politiques étant interdites, l'opposition en effet se réfugiait alors dans les cours publics où le professeur pouvait constamment, à l'occasion des sujets qu'il abordait, faire allusion à l'actualité »¹²²⁵. Qu'il s'agisse effectivement de conférences publiques ou de comités démocratiques, Laboulaye prend réellement part à « diverses tentatives faites par le parti libéral pour réveiller ou diriger l'opinion sous le régime impérial »¹²²⁶. De fait, « à partir de 1860, son rôle politique s'affirme »¹²²⁷. En 1863, il se porte candidat, par exemple, dans la première circonscription de la Seine (Paris) mais se retire finalement dans les derniers jours de la campagne. Il renouvellera alors sa candidature « avec un certain éclat, mais non avec plus de bonheur »¹²²⁸, en avril 1866, dans une élection partielle du Bas Rhin (Strasbourg) puis, après avoir rejoint le Tiers parti, dans la première circonscription de Seine-et-Oise (Versailles), aux élections générales de 1869.

Cependant, « Laboulaye n'a jamais séparé ses convictions politiques de ses travaux juridiques »¹²²⁹ ; c'est pourquoi le « chef de l'Ecole historique en France »¹²³⁰ continue de

¹²¹⁹ O. MOTTE, *Lettres inédites de juristes français du XIX^e siècle...*, op. cit., t. II, 1990, p. 1040-1041. Sur la « première révélation » de Laboulaye et sa fascination pour l'Allemagne : cf. *supra.*, p. 198 et s.

¹²²⁰ O. MOTTE, *Lettres inédites de juristes français du XIX^e siècle...*, op. cit., t. II, 1990, p. 1036.

¹²²¹ E. LABOULAYE, *Considérations sur la Constitution*, Paris, A. Durand, 1848.

¹²²² O. MOTTE, *loc. cit.*, p. 1036.

¹²²³ *Ibid.*, p. 1036.

¹²²⁴ J.-L. HALPERIN, « Laboulaye, historien du droit et / ou comparatiste ? », art. cit., p. 524-525.

¹²²⁵ O. MOTTE, *Lettres inédites de juristes français du XIX^e siècle...*, op. cit., t. II, 1990, p. 1037.

¹²²⁶ G. VAPEREAU, V^o « Laboulaye (Edouard-René Lefebvre de) », *Dictionnaire universel des contemporains*, op. cit., p. 1050.

¹²²⁷ O. MOTTE, *loc. cit.*

¹²²⁸ G. VAPEREAU, *loc. cit.*

¹²²⁹ J.-L. HALPERIN, « Laboulaye, historien du droit et / ou comparatiste ? », art. cit., p. 518.

¹²³⁰ Cf. *supra.*, p. 198.

publier en parallèle de nombreux ouvrages dans lesquels il défend assez fermement ses principes libéraux et recourt de façon régulière – mais toujours sciemment – à la comparaison. Ainsi, par exemple, de *La révision de la Constitution* qu'il propose en 1851 au législateur français, lui recommandant en effet de suivre le *modèle* américain :

« Je ne donne qu'une indication ; l'Assemblée jugera du mérite de cette idée. Consulter la France après la Constitution faite, est chose essentielle ; quant à la forme la plus convenable, c'est à nos législateurs qu'il appartient de la déterminer. Ce n'est pas, du reste, une nouveauté que je propose, car c'est ainsi que fut faite la Constitution fédérale, cette Constitution modèle des Etats-Unis, qu'il nous faut bien admirer, puisqu'elle a donné à l'Amérique soixante ans de liberté et de grandeur. [...] C'est à l'Assemblée qu'il appartient de suivre ce modèle »¹²³¹.

De même, dans son écrit plus politique sur *Le parti libéral*, rédigé en 1863 mais réédité de très nombreuses fois¹²³², Laboulaye continue d'employer la comparaison juridique pour se construire des arguments qui se veulent imparables. A propos de la liberté religieuse qui n'est pas totale en France, il écrit par exemple : « Déjà l'Amérique et la Hollande ont achevé cette réforme ; l'Angleterre, la Belgique, la Suisse, l'Italie l'ont commencée ; c'est de ce côté que va le courant des idées ; c'est là qu'est l'avenir »¹²³³. « S'agissant des libertés municipales, Laboulaye, comme tous les libéraux, demande l'extension des libertés communales et la mise en œuvre d'un véritable processus de décentralisation »¹²³⁴. A ce titre, il propose de

« renouveler la loi [du 21 mars] 1831, en supprimant ce luxe d'autorisations, d'approbations, de nominations préfectorales qui ne laisse aux communes que l'ombre de la liberté. En ce point, la loi belge peut nous servir de modèle. [...] Initiative et responsabilité, voilà deux conditions de la liberté ; ce sont les deux choses que le législateur belge assure à la commune dans le cercle où elle se meut ; ce sont les deux choses que la loi française lui refuse ou lui marchandé avec une perpétuelle jalousie. On dirait que maires et communes ne sont faits que pour recevoir d'en haut la direction de leurs propres affaires ; on choisit pour eux, sans les consulter, jusqu'à leurs gardes champêtres et aux commis de leurs octrois. Ce n'est pas ainsi qu'on fonde l'esprit de liberté »¹²³⁵.

Au fond, Laboulaye s'inquiète de l'omniprésence de l'Etat ; une omniprésence qui se manifeste par une accumulation de lois votées les unes après les autres, souvent – pour ne pas dire *toujours* – en faveur de l'Etat. En cela, Laboulaye attire l'attention et se méfie de l'utilisation politique du droit. C'est probablement la raison pour laquelle Laboulaye écrit « pour les politiques plus que pour les jurisconsultes »¹²³⁶, avec en outre le constant désir de trouver une « conclusion pratique »¹²³⁷ à ses livres ; pour lui, en effet, « l'érudition n'est jamais un but mais toujours un moyen »¹²³⁸.

¹²³¹ E. LABOULAYE, *La révision de la Constitution : lettres à un ami*, Paris, A. Durand, 1851, p. 101-102.

¹²³² La huitième édition paraît par exemple en 1871.

¹²³³ E. LABOULAYE, *Le parti libéral. Son programme et son avenir*, Paris, Charpentier, 5^e éd., 1864, p. 44.

¹²³⁴ J.-J. CLERE, *loc. cit.*

¹²³⁵ E. LABOULAYE, *Le parti libéral...*, *op. cit.*, p. 96-98.

¹²³⁶ E. LABOULAYE, *Recherches sur la condition civile et politique des femmes*, *op. cit.*, p. xi.

¹²³⁷ E. LABOULAYE, *Essai sur les lois criminelles des Romains...*, *op. cit.*, p. 447.

¹²³⁸ Le mot est de Flach et est cité par Olivier Motte : O. MOTTE, *Lettres inédites de juristes français du XIX^e siècle...*, *op. cit.*, t. II, 1990, p. 1039.

Moraliste chrétien, il puise alors son inspiration dans les doctrines protestantes. Aussi se tourne-t-il, de façon assez logique, vers la pensée américaine : il traduit et annote par exemple, en 1866, la correspondance de Benjamin Franklin (1706-1790)¹²³⁹ – signant au demeurant « Edouard Laboulaye de l'Institut de France et des Sociétés historiques de New-York et de Massachusetts » – puis découvre les idées de William Ellery Channing (1780-1842) – « un sage qui n'eut jamais d'autre passion que la justice et la vérité »¹²⁴⁰ – auquel il finit d'ailleurs par consacrer un essai en 1869.

« Il faut aborder un sujet, prévient-il alors, qu'en France on ne regarde pas comme littéraire, et qui partout est fort délicat : la religion. En ce point, nous sommes tout à fait au dehors du courant d'idées qui emporte l'Allemagne, l'Angleterre et les Etats-Unis ; cependant, à voir le réveil religieux qui a lieu parmi nous, il est permis de croire que ces grandes questions ne nous laisseront pas toujours indifférents. [...] Ne craignons donc pas de suivre le mouvement religieux des Etats-Unis ; le monde est solidaire, et ce mouvement, fait pour surprendre et même pour effrayer, bientôt peut-être il éclatera chez nous »¹²⁴¹.

« L'idée de fonder une Société de législation comparée »¹²⁴² se pressent déjà. Et cette idée, Laboulaye l'accepte ; ayant toujours en tête, d'ailleurs, un modèle américain : celui de la *Société pour le progrès des sciences sociales*, créée en 1866¹²⁴³. Dans son allocution d'ouverture de la première séance de la SLC, le « chef de l'école libérale » devait en outre employer les mêmes termes que ceux qu'il adressait à Channing¹²⁴⁴ et surtout relever à propos de la fondation d'une telle association :

« Depuis que le commerce et l'industrie ont réuni les peuples, que les chemins de fer les ont rapprochés, que les expositions leur ont appris à se connaître, ont mêlé leurs intérêts et leurs idées, il est naturel que chacun ait senti le besoin de connaître la législation et la manière de vivre de ses voisins »¹²⁴⁵.

¹²³⁹ E. LABOULAYE, *Correspondance de Benjamin Franklin traduite de l'anglais et annotée*, Paris, Librairie de L. Hachette et C^{ie}, 2 t., 1866.

¹²⁴⁰ E. LABOULAYE, *Œuvres sociales de Channing. Traduction française précédée d'un Essai sur sa vie et sa doctrine, d'une Introduction et de Notices*, Paris, G. Charpentier et C^{ie}, 1869, p. ii. Plus précisément, Channing était un « philosophe moraliste, d'ascendance puritaine, qui soutenait que l'homme peut par lui-même arriver à la perfection » (J.-J. CLERE, *loc. cit.*).

¹²⁴¹ E. LABOULAYE, *Œuvres sociales de Channing...*, *op. cit.*, p. iii.

¹²⁴² E. LABOULAYE, « Discours d'ouverture de la séance du 16 février 1869 », art. cit., p. 1.

¹²⁴³ B. FAUVARQUE-COSSON, *loc. cit.*

¹²⁴⁴ « Ici, se réuniront, sur un terrain commun, tous les hommes qu'anime l'amour de la justice et de la vérité » (E. LABOULAYE, « Discours d'ouverture de la séance du 16 février 1869 », art. cit., p. 2).

¹²⁴⁵ E. LABOULAYE, « Discours d'ouverture de la séance du 16 février 1869 », art. cit., p. 1.

Section 2 – La fondation de la SLC¹²⁴⁶

Fondée en 1869, la *Société de Législation Comparée* n'est pas la première des sociétés ayant pour objet l'étude des législations étrangères. Selon Laboulaye, alors « président provisoire » de la SLC¹²⁴⁷, quatre sociétés de ce type existaient en effet antérieurement à la Société française : la *Société anglaise pour l'avancement des sciences sociales*, fondée à Londres en 1857 ; la *Deutscher Juristentag*¹²⁴⁸, établie à Berlin en 1860 ; la *Société américaine pour le progrès de la science sociale* de 1866, précédemment évoquée¹²⁴⁹, et enfin une association belge qui devait se former parallèlement à la SLC – c'est-à-dire en 1869 – autour d'un périodique : la *Revue de droit international et de droit comparé*. Sans surprise¹²⁵⁰, c'est la Société états-unienne qui retient essentiellement l'attention du « seul représentant de la législation comparée »¹²⁵¹ en France, devenu le premier président de la SLC le 16 février 1869 :

« Vous allez voir, par un exemple, combien est vaste le champ de nos travaux ainsi compris. J'ai reçu d'Amérique le tableau de ce qu'a fait depuis trois ans la Société pour le progrès des sciences sociales. Notre Société a un titre moins ambitieux. [...] Les statuts de la Société déclarent que son objet est "d'aider au développement de la science sociale et de guider l'esprit public vers les meilleurs moyens pratiques de provoquer la réforme des lois, l'extension de l'éducation, la prévention et la répression du crime, la réforme des criminels, l'élévation de la moralité publique, l'adoption de règlements d'hygiène et la diffusion des vrais principes en fait d'économie politique, de commerce et de finances. La Société a pour but de réunir les divers individus qui s'intéressent à ces études, et d'établir un terrain commun pour la discussion sévère des grands problèmes du jour." [...] Une science qui a pour objet le bien-être de la société a besoin plus que toute autre de l'association des efforts individuels. Aussi l'association américaine fait-elle appel au concours de tous les jurisconsultes, médecins, commerçants, et en général de tous les amis du progrès humain »¹²⁵².

¹²⁴⁶ Nous reprenons ici, en partie, notre article : Y. FALELAVAKI, « Le réseau constitué autour de la Société de législation comparée (1869-1900) », *L'idée de fonds juridique commun dans l'Europe du XIX^e siècle...*, op. cit., p. 277-290.

¹²⁴⁷ E. LABOULAYE, « Discours d'ouverture de la séance du 16 février 1869 », art. cit., p. 1-2.

¹²⁴⁸ Sur ce réseau, consulter notamment : S. GEYER, « Fonds juridique commun et naissance du droit national. Le droit "européen" dans les débats du réseau *Deutscher Juristentag* (1860-1900) », *L'idée de fonds juridique commun dans l'Europe du XIX^e siècle...*, op. cit., p. 223-243.

¹²⁴⁹ Cf. *supra.*, p. 265.

¹²⁵⁰ A propos de l'attrait de Laboulaye pour l'Amérique, cf. *supra.*, p. 263 et s.

¹²⁵¹ Dans son discours de remerciements qui fait suite à son élection en tant que président de la SLC Laboulaye se réfère effectivement à la fonction de professeur de législation comparée au Collège de France qu'il occupe depuis 1849 (cf. *supra.*, p. 263) : « Mes chers confrères, car j'ai maintenant le droit de vous nommer ainsi, laissez-moi vous dire combien je suis touché de l'honneur que vous m'avez fait. Cet honneur, je l'apprécie d'autant plus que j'en suis moins digne. Il y avait dans la réunion des personnes que leur caractère, leur autorité et leur âge appelaient avant moi à la présidence. Je me dis que je dois ce privilège à ce que, depuis vingt ans, je suis en France, officiellement du moins, le seul représentant de la législation comparée. Vous avez voulu honorer cette science en ma personne. Vos suffrages ne s'adressent pas au soldat, mais au drapeau. Seulement, comme le soldat ne se sépare jamais de son drapeau, je vous dois double reconnaissance » (E. LABOULAYE, « Discours du président Laboulaye », *Bulletin de la Société de législation comparée*, n° 1, mars 1869, p. 3).

¹²⁵² *Ibid.*, p. 4-5.

Néanmoins, si la SLC a parfaitement conscience de son arrivée quelque peu timide et tardive dans ce domaine qu'est l'étude des législations étrangères, elle sait également quel grand avantage elle détient précisément sur les autres, à savoir sa *langue*. Aussi ne doute-t-elle ni de l'ampleur qu'elle va prendre, ni du succès qu'elle va recevoir. C'est très clairement en ce sens, en effet, que vient encore s'exprimer Laboulaye lors de l'assemblée constitutive :

« Messieurs, Vous savez pourquoi nous sommes réunis ce soir ; c'est pour organiser et constituer les différents pouvoirs de notre Société, afin de lui donner le mouvement et la vie. [...] L'idée de fonder une Société de législation comparée est venue à l'esprit de quelques personnes. On peut s'étonner qu'on n'y ait pas songé plus tôt. [...] Les autres pays ont pris sur nous les devants. [...] Nous arrivons un peu tard, mais nous avons l'espérance de regagner le temps perdu ; car nous avons l'avantage de parler une des langues les plus répandues de l'Europe, et l'influence de la France se fait sentir dans le monde entier »¹²⁵³.

Galvanisé par cet élan collectif se trouvant à l'antipode de « l'initiative individuelle [qui], abandonnée à elle seule, ne peut faire en ces matières que des progrès très lents »¹²⁵⁴, le « vieux professeur »¹²⁵⁵ se montre en effet particulièrement confiant quant à la réussite d'une Société dans laquelle « la voix la plus faible trouve un écho »¹²⁵⁶ et où « les jeunes gens sont certains de ne jamais manquer de travail et d'encouragements »¹²⁵⁷ alors qu'« ordinairement, dans toutes les assemblées, les affaires et l'influence sont aux hommes d'un certain âge qui se sont fait un nom »¹²⁵⁸. Ces « jeunes gens » constituent effectivement un contingent extrêmement important de la SLC et forment autour d'elle un véritable *réseau* (§1). Animés d'une même ardeur et partageant l'espoir de « préparer l'opinion publique et l'habituer à considérer la façon dont les lois doivent être faites »¹²⁵⁹, les sociétaires feront par conséquent de l'amélioration de la loi nationale un impératif de la législation comparée (§2). Un impératif qui s'inscrit – il ne faudrait pas l'oublier – dans un contexte particulier : celui du nationalisme (§3).

¹²⁵³ E. LABOULAYE, « Discours d'ouverture de la séance du 16 février 1869 », art. cit., p. 1-2.

¹²⁵⁴ E. LABOULAYE, « Discours du président Laboulaye », art. cit., p. 5. Laboulaye poursuivra par ailleurs, non sans humour : « Songez à la difficulté pour un seul homme de recueillir la masse des observations nécessaires... Et puis le livre fait, qui le lira ? On s'adresse à un éditeur ; mais l'ouvrage reste chez le libraire. Croyez-en mon expérience : j'ai commencé par là, et le seul moyen que j'aie trouvé de faire sortir mon livre de la boutique de l'éditeur a été de le prendre moi-même et de le porter aux personnes capables de le lire » (*Ibid.*, p. 5).

¹²⁵⁵ C'est ainsi, en effet, qu'il se qualifie lui-même : « Permettez-moi maintenant, en ma qualité de vieux professeur, de vous dire quelques mots sur l'utilité de notre société et la manière de la diriger. Lorsque nous étudions le droit pour être magistrats, avocats, professeurs, etc., nous l'étudions surtout dans ses applications. Le principe nous intéresse sans doute, mais le plus souvent nous nous attachons à l'étude des textes, tout en cherchant à adoucir, à civiliser la législation. Mais, quand nous étudions les législations étrangères, nous n'allons pas simplement chercher quelques points de rapprochement plus ou moins intéressants. Nous cherchons les principes qui président à telle loi, nous sommes amenés à étudier la philosophie du droit, à remonter aux principes de notre propre législation ; nous faisons là, tout ensemble, une étude de morale, de politique dans le sens élevé du mot, d'économie politique » (*Ibid.*, p. 3-4).

¹²⁵⁶ *Ibid.*, p. 5.

¹²⁵⁷ *Ibid.*, p. 5.

¹²⁵⁸ *Ibid.*, p. 5.

¹²⁵⁹ *Ibid.*, p. 6.

§1. Le réseau constitué autour de la SLC

La *Société de législation comparée* se définit avant tout comme constituant un *réseau de juristes*, lequel s'étend chaque année de manière significative, dépasse les frontières nationales et englobe par conséquent des nationalités toujours plus nombreuses. En 1869, elle comptabilise 260 membres¹²⁶⁰. Certains d'entre eux se connaissent pour avoir été collègues au sein d'une même faculté ou collaborateurs au sein d'une même profession, intervenants lors d'une même manifestation scientifique, membres d'une même commission (de réformes ou de consultation), lecteurs respectifs d'ouvrages ou d'articles de revue ; d'autres vont se rapprocher par leur adhésion même à ce nouveau réseau qu'est la SLC, l'intérêt d'un réseau humain étant bien évidemment – et par définition – de provoquer et d'encourager les liens entre les membres de ce dernier. Du reste, les liens de parenté ne doivent pas non plus être négligés : deux Bertrand – l'un « conseiller à la Cour impériale », l'autre « avocat à la Cour impériale de Paris » –, habitant la même adresse – ce qui laisse effectivement supposer un lien familial –, figurent par exemple sur la première « liste des membres de la Société de législation comparée » dressée en mars 1869. Les Camescasse sont également deux à occuper le 94, rue de la Victoire, à Paris : l'un est conseiller à la Cour de cassation tandis que l'autre est avocat à la Cour impériale de Paris. A leurs côtés, l'on peut encore remarquer la présence des Broglie¹²⁶¹, des Duvergier de Hauranne¹²⁶², des Houette¹²⁶³, des Labbé¹²⁶⁴, des Laboulaye¹²⁶⁵, des Lacan¹²⁶⁶ ou encore des Lefranc¹²⁶⁷. Par ailleurs, une mention spéciale doit être faite aux frères Jozon : Paul et Marcel. Si le parcours du premier a déjà été évoqué¹²⁶⁸, celui du second mérite également quelques égards dans la mesure où il apporte un éclairage supplémentaire sur l'intérêt, le fonctionnement et la mobilisation du « réseau SLC ». Elève au

¹²⁶⁰ Seules les personnes physiques ont été comptabilisées. A titre indicatif, notons que la SLC comptera 1264 membres en 1900 dont 454 – soit environ le tiers – résidant à l'étranger : 315 membres de nationalité européenne : 1 Açorien, 1 Canarien, 1 Luxembourgeois, 1 Serbe, 2 Danois, 2 Monégasques, 4 Suédois, 5 Bulgares, 5 Norvégiens, 10 Portugais, 11 Turcs, 12 Grecs, 12 Hollandais, 13 Anglais, 17 Roumains, 20 Suisses, 24 Russes, 26 Allemands, 28 Espagnols, 33 Italiens, 41 Austro-hongrois et 46 Belges ; 65 membres de l'Amérique du Sud : 1 Uruguayen, 1 Vénézuélien, 3 Colombiens, 3 Péruviens, 6 Argentins, 17 Chiliens et 34 Brésiliens ; 22 Egyptiens ; 19 membres des Grandes Antilles : 2 Dominicains, 7 Cubains et 10 Haïtiens ; 14 membres de l'Amérique du Nord : 1 Canadien et 13 Etats-uniens ; 8 membres de l'Amérique centrale : 1 Costaricien, 1 Hondurien et 6 Mexicains ; 6 membres de l'Asie de l'Est : 1 Chinois, 2 Siamois et 4 Japonais ; 1 Indien de l'Inde anglaise ; 1 Mauricien ; 1 Perse ; 1 Sud-africain de la République du Transvaal.

¹²⁶¹ Le père, Albert de Broglie (1821-1901), ainsi que son fils aîné, Victor de Broglie (1846-1906).

¹²⁶² Emmanuel (1839-1914) et son frère Ernest (cf. *supra.*, p. 258).

¹²⁶³ Léon Houette (1823-1916), membre de la chambre de commerce ; son frère Auguste (1821-1879), avocat, et son neveu Charles (1847-1925), employé au Ministère des finances.

¹²⁶⁴ Joseph-Emile (1823-1894), professeur à la Faculté de droit de Paris, et son frère Paul (1821- ?), avocat à la Cour impériale.

¹²⁶⁵ Edouard (cf. *supra.*, p. 197 et s. ; 261 et s.) et ses fils Paul (cf. *supra.*, p. 201 et s.) et René (1845-1916).

¹²⁶⁶ La liste de la SLC indique deux Lacan, dont l'un est prénommé Gustave. Tous deux sont avocats à la Cour impériale de Paris et habitent la même adresse (10, rue Thérèse).

¹²⁶⁷ Edmond et Victor (1809-1883), avocats à la Cour impériale de Paris. Tous deux logent au 12, rue du Helder ; ce qui laisse supposer là encore qu'ils appartiennent effectivement à la même famille.

¹²⁶⁸ Cf. *supra.*, p. 252 et s.

collège de Meaux puis interne au lycée Louis le Grand, Marcel Jozon (1839-1918) réussit le concours de l'Ecole navale avant d'être reçu à Polytechnique. Après l'Ecole des ponts et chaussées, il devient ingénieur ordinaire à Napoléonville, dans le Morbihan, puis à Château-Thierry, dans l'Aisne. En 1869, il obtient un congé pour voyage d'études aux Etats-Unis qu'il met dès lors à profit pour nouer des contacts avec des juristes américains à la demande de son frère. En effet, lors de la séance du 15 avril 1869 présidée par Edouard Allou (1820-1888), avocat à la Cour impériale de Paris, le secrétaire général de la SLC lance un appel à « ceux [...] qui ont l'intention de voyager à l'étranger durant les vacances »¹²⁶⁹ pour apprécier en connaissance de cause quels ouvrages la Société doit chercher à se procurer et quels correspondants elle doit approcher. C'est ainsi que Marcel Jozon sera chargé non seulement de rapporter le *Digest of the laws* de Frederick Charles Brightly ainsi que les *Statutes large* de G. Lemger mais aussi de solliciter l'adhésion de Francis Lieber (1798-1872) et de Dudley Field (1805-1894) à la SLC¹²⁷⁰.

Si l'extrême majorité des sociétaires, constituée de juristes célèbres¹²⁷¹, est avant tout française, il est effectivement intéressant de relever la présence d'étrangers. Sur la « liste des membres » de mars 1869, sont par exemple inscrits deux avocats à la Cour d'appel de Bruxelles – Oscar Landrien et Auguste Van Der Meersch (1810-1881) – ainsi qu'un « avocat des Ambassades allemandes », un certain Lévida. Puis, assez rapidement, les correspondants étrangers se multiplient au cours de l'année : ils sont italiens¹²⁷², danois¹²⁷³, prussien¹²⁷⁴, suédois¹²⁷⁵, anglais¹²⁷⁶, hollandais¹²⁷⁷, belges¹²⁷⁸, autrichien¹²⁷⁹, roumain¹²⁸⁰ ou encore

¹²⁶⁹ P. JOZON, « Communication sur les travaux de la commission du notariat et sur l'état des relations de la Société avec les pays étrangers », *Bulletin de la Société de législation comparée*, n° 3, mai 1869, p. 48.

¹²⁷⁰ P. ALLORANT, « Comparer le prix de la Justice : le système français au regard des travaux de la Société de Législation Comparée (1869-1881) », art. cit., p. 404-405.

¹²⁷¹ Remarquons par exemple la présence d'Alauzet, Ameline (cf. *supra.*, p. 230), Batbie (cf. *supra.*, p. 177 et s.), Beudant, Boissonade (cf. *supra.*, p. 230 et s.), Bufnoir, Colmet de Santerre, Broglie (Albert de), Duvergier de Hauranne (Emmanuel et Ernest), Gérardin (cf. *supra.*, p. 252), Paul Gide (cf. *supra.*, p. 206 et s.), Glasson, Hélie (cf. *supra.*, p. 141 et s.), Hérold (cf. *supra.*, p. 85, 229 et s.), Laferrière (Edouard), Pont (cf. *supra.*, p. 224, note 1075), Renouard (cf. *supra.*, p. 52), Valette (cf. *supra.*, p. 203 et s.), Wolowski (cf. *supra.*, p. 219 et s.), Bertauld ou Garsonnet.

¹²⁷² On en dénombre effectivement treize en 1869 : Martino Speciale Costarelli (1827-1892), avocat de Catane et député ; Filippis, professeur de droit civil à Naples ; Giuseppe Carnazza Puglisi (1834-1910), professeur de droit commercial à Catane ; Jacopo Virgilio, professeur d'économie politique à Gênes ; Ercole Vidari (1836-1916), professeur à l'Université de Pavie ; Giovanni Tomasoni, avocat à Padoue ; Luigi Luzzati (1841-1927), professeur de droit constitutionnel à l'Université de Padoue ; Francesco Schupfer Da Chioggia (1833-1925), professeur d'histoire du droit à l'Université de Padoue ; Enrico Fano (1834-1899), député à Venise ; Pietro Ellero (1833-1933), professeur à l'Université de Bologne ; Alberto Errera, économiste à Florence ; Serafini, professeur à l'Université de Bologne et Augusto Pierantoni (1840-1911), professeur de droit constitutionnel et international à Modène.

¹²⁷³ Il s'agit d'Anton Klubien (1834-1893), avocat à la Cour suprême de Copenhague.

¹²⁷⁴ Joachim Wilhelm Franz Philipp Von Holtzendorf (1829-1889), professeur de droit public et criminel à Berlin.

¹²⁷⁵ Olivecrona, membre de la Cour suprême de Stockholm.

¹²⁷⁶ John Westlake (1828-1913), *barrister at law* à Londres.

¹²⁷⁷ Tobias Asser (1838-1913), avocat et professeur de droit à Amsterdam.

¹²⁷⁸ Rolin-Jacquemyns (cf. *supra.*, p. 255), avocat à Gand ; Alphonse Rivier (1835-1898), professeur de pandectes à Bruxelles et Henri-Louis Peemans (1810-1880), bourgmestre à Louvain.

¹²⁷⁹ Alfred Stern (1831-1918), *hof-und gerichts-advocat* à Vienne.

états-unien¹²⁸¹. Dans le même ordre d'idée, la SLC cherche très vite à entrer en contact avec les associations étrangères de législation comparée afin de bénéficier de leur expérience et de leurs ressources ; elle y parvient d'ailleurs dès 1869, obtenant en effet une réponse favorable de la *Société anglaise pour l'avancement des sciences sociales*¹²⁸². Paul Jozon insistera particulièrement sur ces relations avec l'étranger qui, « pour une Société de législation comparée, sont un point essentiel et vital »¹²⁸³.

« Nous voulons avoir dans chaque pays, poursuit-il, des correspondants, professeurs, magistrats, juristes, qui puissent nous tenir au courant du mouvement législatif et nous transmettre les renseignements que la marche de nos travaux nous amènera à leur demander. Nous ne nous adresserons à eux, sans doute, qu'avec discrétion, afin de ne pas abuser de leur obligeance »¹²⁸⁴.

S'agissant du fonctionnement de la SLC, des séances générales sont tenues chaque année, une fois par mois, de décembre à juin et se présentent selon un schéma bien établi : adhésion des nouveaux membres, communication des ouvrages offerts à la Société, allocution du Président de la séance puis présentation d'études sur des points de droit étranger (lois, traités internationaux, institutions, articles de revues, projets de réforme, etc.) par les membres de la Société généralement suivie de débats, de discussions, de suggestions ou bien de simples observations. En dehors de ces séances générales, le Conseil de direction¹²⁸⁵ se réunit au moins une fois par mois, de novembre à juillet, sur la convocation du Président. « Il fixe l'ordre du jour des séances générales, nomme toutes les commissions, autorise toutes les dépenses et ordonne toutes les publications » d'après l'article 9 du Règlement intérieur de la Société.

¹²⁸⁰ Alexandru Lahovary (1840-1897), président de chambre au tribunal civil de Bucarest.

¹²⁸¹ Deux new-yorkais : Lieber (cf. *supra.*, p. 269) et Cyrus Field (1819-1892).

¹²⁸² Cf. *supra.*, p. 266. En effet, à la suite d'une visite faite aux membres de la Société anglaise – dont Westlake (cf. *supra.*, p. 269, note 1276) fait partie, en qualité de secrétaire pour les affaires étrangères – par l'un des adhérents de la SLC – Horace Helbronner (1842-1880), avocat à la Cour impériale de Paris –, « l'échange complet des documents des deux sociétés a été convenu » (*Bulletin de la Société de législation comparée*, n° 1, mars 1869, p. 6). « Ce ne sera pas un mince avantage pour nous, reconnaît la Société française ; car la Société anglaise compte dix années d'existence et elle met à notre disposition les comptes-rendus des congrès annuels (*Transactions*) et ceux des séances de quinzaine (*Sessional proceedings*) » (*Ibid.*, p. 6). Par suite, le secrétaire général Jozon est chargé d'écrire à Westlake « pour le remercier de l'accueil fait à M. Helbronner, et lui exprimer notre désir d'entrer en relations suivies avec la Société anglaise et d'unir nos efforts aux siens pour amener le rapprochement des deux législations sur tous les points où l'accord est à la fois possible et désirable » (*Ibid.*, p. 7).

¹²⁸³ P. JOZON, « Communication sur les travaux de la commission du notariat et sur l'état des relations de la Société avec les pays étrangers », art. cit., p. 47.

¹²⁸⁴ *Ibid.*, p. 47.

¹²⁸⁵ Le Conseil de direction est composé d'un Président élu pour deux ans, d'au moins quatre Vice-présidents élus pour quatre ans, d'un Secrétaire général assisté lui-même de quatre autres Secrétaires et d'un Trésorier nommés chaque année par les membres du Conseil, et enfin d'au moins seize autres Conseillers élus pour quatre ans (article VII des Statuts de la SLC). Les élections se font au scrutin secret et à la majorité des membres présents. Au deuxième tour, la majorité relative suffit (article VIII). Les Vice-présidents et les Conseillers sont renouvelés chaque année par quart, à tour de rôle (article IX). Aucun des membres du Conseil, à l'exception toutefois du Secrétaire général, des Secrétaires et du Trésorier, n'est immédiatement rééligible. Cependant, le Président peut être pris parmi les membres du Conseil ou parmi les membres sortants (article X).

Enfin, des « Sections de langues », dont le nombre est déterminé chaque année par le Conseil de direction, se réunissent également sur convocation et sous présidence d'un membre désigné par ce même Conseil. Ces dernières sont chargées de rendre un rapport sommaire sur le contenu des livres et documents de toute nature communiqués à la Société ainsi que sur l'utilité que cette dernière peut en tirer. Leurs présidents se concertent avec le Secrétaire général sur les propositions à soumettre au Conseil de direction relativement aux travaux de la Société, à la composition des *Annuaire de législations étrangères* ainsi qu'aux acquisitions de livres et documents¹²⁸⁶. Concrètement, quatre sections de cette nature seront créées : la « Section de la langue anglaise », la « Section des langues du Nord », la « Section des langues du Midi et de l'Orient » et enfin la « Section de la langue française ».

Toutes ces activités sont mentionnées, signalées ou retranscrites au sein du *Bulletin mensuel de la Société de législation comparée*, lequel ne vise en théorie aucun public spécifique même si, en toute logique, les juristes et autres spécialistes du droit sont principalement concernés, les retours provenant en effet essentiellement de membres de gouvernement (français ou étrangers), de praticiens (avocats, juges, notaires...) ou encore d'universitaires (agrégés, professeurs, docteurs...).

S'il est légitime de se poser la question de savoir si ce réseau de juristes constitue en vérité une organisation internationale visant seulement à comparer les législations et à faire circuler l'information sur des modèles juridiques en circulation ou s'il s'agit plutôt d'un groupe de juristes cherchant – en tant qu'Européens – à faire sourdre sur le sol européen des standards juridiques au-delà des particularismes¹²⁸⁷, une telle interrogation conduit surtout à s'intéresser à la conception adoptée par la Société française relativement à la législation comparée.

§2. La législation comparée selon la SLC

Lorsque se pose la question du recours à la comparaison juridique, différents axes, différentes dynamiques ou différents objectifs ressortent. Qu'en est-il de la *Société de législation comparée* ? Tout d'abord, il faut se rappeler la perspective historique ou historico-philosophique dans laquelle les fondateurs de la SLC – Jozon, Ribot ou Laboulaye – inscrivaient jusqu'alors leurs travaux de droit comparé. Remontant aux origines du droit, ces derniers étaient dès lors conduits « à s'émerveiller en contemplant le droit des peuples *les plus avancés* dans la civilisation moderne. Maine en Angleterre, Kohler en Allemagne sont les représentants prestigieux de cette lignée ; c'est dans cet esprit qu'est créée en 1832, au Collège de France, la première chaire de législation comparée »¹²⁸⁸, chaire occupée du reste

¹²⁸⁶ Articles 17 à 20 du Règlement intérieur de la SLC.

¹²⁸⁷ Telle est effectivement la problématique retenue dans notre article précité : Y. FALELAVAKI, *loc. cit.*

¹²⁸⁸ R. DAVID, *Les grands systèmes de droit contemporains*, op. cit., p. 2. L'italique est de notre fait.

par Laboulaye dès 1849¹²⁸⁹. Déjà, autrement dit, la dichotomie « retard / avancée des législations » apparaissait. En 1869, elle devient l'élément central des études comparatives menées et publiées par la SLC : comparer signifie en effet, pour les sociétaires, repérer les mécanismes juridiques du droit français ne répondant pas (ou plus) aux (nouveaux) besoins sociaux.

Le vieillissement des modèles juridiques français est une thématique qui semble en effet (pré)occuper désormais une grande partie de la doctrine tandis que les nations voisines se lancent au contraire dans des réformes énergiques, s'arment de nouvelles lois et se dotent de nouveaux codes. En matière pénale, pour ne prendre que ce seul exemple,

« le mouvement codificateur de cette période est de grande ampleur, il concerne pratiquement toute l'Europe, et même, dans une certaine mesure, l'Angleterre. Un ensemble de facteurs détermine cette explosion, animée par une volonté juridique d'amélioration technique et une volonté politique de libéraliser le droit pénal, en affirmant son caractère national »¹²⁹⁰.

Les grands codes pénaux modernes naissent un peu partout en Europe mais ils s'éloignent désormais du Code de 1810. Parce que le modèle français – non seulement en matière pénale mais également dans les autres domaines juridiques – ne répond effectivement plus aux aspirations des juristes étrangers, « les codes (étrangers) de la fin du siècle [s'en] détachent nettement »¹²⁹¹.

Aussi devient-il *impératif* pour les membres de la SLC de rattraper, au moyen de la comparaison juridique, le retard ainsi accusé par le droit français voire, idéalement, d'hisser de nouveau ce dernier à la tête des droits modernes. En d'autres termes, il s'agit pour ces comparatistes d'« informer, de manière précise et rigoureuse, sur les institutions étrangères et chercher, dans les expériences des autres pays, des moyens techniques de parer aux lacunes ou aux imperfections du droit national »¹²⁹². En un mot, la SLC vise l'*amélioration de la législation nationale*. C'est assurément – et même explicitement – en ce sens qu'est d'ailleurs rédigé le paragraphe II du Titre I des Statuts de la Société : « La Société de législation comparée a pour objet l'étude des lois des différents pays ainsi que la recherche des moyens pratiques d'améliorer les diverses branches de la législation ». Tel est le « but de la Société »¹²⁹³ et telle est sa conception de l'utilité du droit comparé ; deux éléments indissociables que les sociétaires évoqueront dès lors régulièrement au cours de leurs interventions ou au sein de leurs publications. Lorsqu'il rend compte des *Lois comparées pour servir d'éléments à la rédaction d'un nouveau Code pénal* du jurisconsulte italien Speciale¹²⁹⁴, Batbie – un auteur déjà rencontré¹²⁹⁵ – rappelle par exemple que « les travaux

¹²⁸⁹ Cf. *supra.*, p. 263.

¹²⁹⁰ R. MARTINAGE, *Histoire du droit pénal en Europe*, *op. cit.*, p. 85 et s.

¹²⁹¹ *Ibid.*, p. 88.

¹²⁹² M. ANCEL, *Utilité et méthodes du droit comparé...*, *op. cit.*, p. 15-16.

¹²⁹³ Le Titre I des Statuts de la SLC est effectivement intitulé : « But de la Société ».

¹²⁹⁴ Cf. *supra.*, p. 269, note 1272.

¹²⁹⁵ Cf. *supra.*, p. 177 et s.

que nous entreprenons pour *préparer l'amélioration de nos lois* sont fort en honneur en Italie au moment où les Chambres s'occupent d'achever l'unité de législation »¹²⁹⁶. En effet, alors que l'œuvre d'unification italienne est déjà « fort avancée »¹²⁹⁷, « terminée en matière civile »¹²⁹⁸ et « ne tardera pas à être faite en matière criminelle »¹²⁹⁹, Speciale publie – à la manière d'un Anthoine de Saint-Joseph¹³⁰⁰ – « un volume où se trouvent disposés par ordre alphabétique des matières, les articles des principaux Codes étrangers comparés avec le Code sarde du 20 novembre 1859 »¹³⁰¹. Plus exactement,

« en tête de chaque page se trouve le texte du Code sarde, qui est devenu celui d'une grande partie de l'Italie ; au-dessous des tableaux synoptiques donnent : Les textes du Code pénal français de 1810, 1832 et 1863 ; Le Code pénal belge, de 1834 et le projet de M. Haus ; Les nouveaux Codes allemands ; Le Code prussien ; Le Code bavarois ; Le Code d'Autriche ; Le Code d'Espagne ; Le Code de Parme du 1^{er} janvier 1821 ; Le Code du duché d'Este du 1^{er} mai 1856 ; Le Code de Toscane du 1^{er} septembre 1853, avec les modifications introduites par la loi du 4 avril 1856 ; Le règlement romain du 1^{er} novembre 1832 »¹³⁰².

Semblable à « une carte bien faite de la législation pénale et un guide aussi sûr que commode pour faire des recherches sur les questions de droit criminel »¹³⁰³, les tableaux synoptiques permettant effectivement d'« embrasser d'un coup d'œil les textes nombreux et variés »¹³⁰⁴, « l'ouvrage de M. Martino Speciale, estime Batbie, ne sera pas seulement utile à son pays et à la commission chargée de préparer le nouveau Code du royaume d'Italie. C'est un ouvrage d'une utilité actuelle et générale qui peut, en économisant leur temps, servir à tous les criminalistes transalpins et cisalpins »¹³⁰⁵. Aussi le juriste français est-il convaincu que cet « homme qui joint aux qualités vives de l'esprit italien la patience laborieuse des Allemands »¹³⁰⁶ peut rendre « de grands services à [la] Société (SLC) en la faisant connaître dans son pays »¹³⁰⁷. Si ces louanges servent un but évident de publicité qu'il s'agit effectivement de donner à une association en pleine éclosion, elles rappellent surtout l'objet et l'objectif de la comparaison juridique tels que la SLC les a définis et qui sont très clairement, sinon exclusivement, orientés vers le droit national c'est-à-dire la seule législation française. A cet égard, les propos de Batbie sont là encore sans équivoque :

« Je compte beaucoup sur [Speciale] pour propager *notre* œuvre. Il nous enverra d'ailleurs des documents et des travaux personnels qui nous tiendront au courant de ce qui se fera en Italie. Vous pouvez être

¹²⁹⁶ A.-P. BATBIE, « Compte rendu d'un ouvrage de M. Martino Speciale Costarelli », *Bulletin de la Société de législation comparée*, n° 1, mars 1869, p. 7. L'italique est de notre fait.

¹²⁹⁷ *Ibid.*, p. 7.

¹²⁹⁸ *Ibid.*, p. 7.

¹²⁹⁹ *Ibid.*, p. 7.

¹³⁰⁰ Cf. *supra.*, p. 160 et s.

¹³⁰¹ A.-P. BATBIE, « Compte rendu d'un ouvrage de M. Martino Speciale Costarelli », art. cit., p. 8.

¹³⁰² *Ibid.*, p. 8.

¹³⁰³ *Ibid.*, p. 8.

¹³⁰⁴ *Ibid.*, p. 8.

¹³⁰⁵ *Ibid.*, p. 9.

¹³⁰⁶ *Ibid.*, p. 9.

¹³⁰⁷ *Ibid.*, p. 9.

assurés que vous trouverez en lui un correspondant plein de zèle et animé des sentiments les plus sympathiques pour *notre pays* »¹³⁰⁸.

Avec Batbie, ce sont tous les membres de la *Société de législation comparée* qui œuvrent pour le perfectionnement de la loi nationale. Et tous semblent agir, dès la première année d'existence de la Société, dans l'*urgence*. Lors de la séance du 15 avril 1869, Ribot – alors secrétaire-trésorier de la SLC – appelle par exemple l'attention de l'assemblée sur le programme de la septième session du Congrès international de statistique, qui doit avoir lieu à la Haye du 6 au 12 septembre 1869, développé dans une brochure « pleine de détails intéressants et instructifs »¹³⁰⁹ du néerlandais Maria Matthaeus von Baumhauer. De quoi s'agit-il ?

« Le but des congrès internationaux de statistique est d'introduire de l'unité dans les statistiques officielles que publient les gouvernements, afin de rendre les résultats comparables. Or ce but ne peut être atteint que par l'emploi d'une terminologie uniforme fondée sur la connaissance exacte et approfondie des lois et des coutumes des différents pays. [...] Il est clair, par exemple, que lorsqu'on veut comparer le nombre de naissances légitimes à celui des naissances illégitimes, on ne peut se dispenser d'étudier les lois qui autorisent ou défendent la recherche de la paternité. Dans les provinces de Prusse, où la recherche est interdite, la Westphalie, la Prusse rhénane, la province de Posen, le nombre des naissances illégitimes est deux fois moindre que dans les autres parties du royaume où la recherche est admise. Ce seul exemple suffirait à démontrer que l'étude comparative des documents statistiques doit avoir pour préliminaire indispensable l'étude comparative des diverses législations »¹³¹⁰.

Or Ribot insistera particulièrement sur « cette nécessité [...] de connaître et de comparer les dispositions législatives étrangères, [qui] s'accroît de jour en jour »¹³¹¹, prenant effectivement soin de citer Baumhauer : « *L'étude comparative des législations*, négligée tant par les corps enseignants ou dans les universités que par les gouvernements, devient un besoin impérieux. [...] Par ce rapprochement des dispositions législatives, on apprend à connaître les défauts et la supériorité de certaines législations »¹³¹²; et précisant au demeurant que « la pensée exprimée par M. Von Bomhauer a été si bien comprise par les organisateurs du septième congrès de statistique, que toutes les questions inscrites au programme de la deuxième section (statistique de la justice civile et commerciale) pourraient être portées, presque sans changements, au programme des séances de la Société de législation comparée »¹³¹³.

L'objectif premier et prioritaire de la *Société de législation comparée* – l'amélioration de la législation française – ainsi appréhendé, il est désormais possible de s'interroger sur un tel choix. Il faut alors quitter le terrain juridique des conceptions du « droit comparé » pour rejoindre celui du contexte politique et constater en effet le lien évident entre ce dernier, propice au nationalisme, et le but poursuivi par la SLC.

¹³⁰⁸ *Ibid.*, p. 9. L'italique est de notre fait.

¹³⁰⁹ A. RIBOT, « Programme de la septième session du Congrès international de statistique », *Bulletin de la Société de législation comparée*, n° 3, mai 1869, p. 48.

¹³¹⁰ *Ibid.*, p. 48-49.

¹³¹¹ *Ibid.*, p. 49.

¹³¹² *Ibid.*, p. 49. L'italique est de notre fait.

¹³¹³ *Ibid.*, p. 49.

§3. Le nationalisme des membres de la SLC

Une chose est certaine : jamais les discours patriotiques et nationalistes ne seront totalement absents des séances générales tenues par la *Société de législation comparée*. Dès la fondation de celle-ci – autrement dit, dès avant la guerre franco-prussienne de 1870 –, le drapeau français est en effet mis en avant. Il faut se souvenir par exemple des propos déjà cités que le premier président – et l'un des fondateurs ! – de la SLC tient lors de la séance d'ouverture : « Nous avons l'avantage de parler une des langues les plus répandues de l'Europe, et *l'influence de la France se fait sentir dans le monde entier* »¹³¹⁴. Plus loin dans son allocution, Laboulaye paraît encore plus explicite : « Nous sommes tous animés d'un même esprit : faire une société essentiellement scientifique, ou, pour mieux dire, pratique. Nous ne faisons pas ici de politique. *Notre drapeau est le drapeau tricolore*, et peut abriter tous les partis, quelle que soit leur couleur »¹³¹⁵.

A cet égard, il peut être intéressant de noter que le premier Conseil de direction de la SLC, élu en février 1869, ne contient absolument aucun membre étranger. Sont en effet élus comme président : Laboulaye ; vice-présidents : Renouard¹³¹⁶, Allou, Emile Reverchon (1811-1877)¹³¹⁷ et Alexandre Duverger (1818-1892)¹³¹⁸ ; secrétaire général : Jozon ; secrétaire-trésorier : Ribot ; secrétaires : Edmond Bertrand, Du Buit, Maurice Sabatier (1841-1915) – tous trois avocats à la Cour impériale – et Louis Tanon, rédacteur au Ministère de la justice ; enfin, membres du Conseil : le conseiller à la Cour impériale Alexandre, Batbie¹³¹⁹, Jacques-Alexandre-Célestin Bétolaud (1828-1915)¹³²⁰, Bufnoir, l'avocat à la Cour impériale et ancien bâtonnier de l'Ordre Ernest Desmarest (1815-?), le conseiller d'Etat De Vallée, Hélie¹³²¹, le professeur d'économie politique à l'Ecole des Ponts et Chaussées Joseph Garnier (1813-1881), l'avocat à la Cour de cassation et ancien président de l'Ordre Victor François Groualle (1818-1892), Hérold¹³²², l'ingénieur en chef des Mines et secrétaire du Conseil général des Mines Ernest Lamé-Fleury (1823-1903) et Paul Pont (1808-1888)¹³²³. De même, ne sont nommés dans les commissions d'étude de l'année 1869 que des juristes français : Massé¹³²⁴, Bufnoir, l'avocat à la Cour impériale de Paris Jones, Georges Michel de

¹³¹⁴ E. LABOULAYE, « Discours d'ouverture de la séance du 16 février 1869 », art. cit., p. 2. L'italique est de notre fait.

¹³¹⁵ *Ibid.*, p. 2. L'italique est de notre fait.

¹³¹⁶ Un auteur déjà rencontré : cf. *supra.*, p. 52 ; 269.

¹³¹⁷ Sur ce maître des requêtes au Conseil d'Etat, consulter notamment : G. RICHOU, *Notice sur la vie et les travaux de M. Reverchon*, Paris, Marchal, Billard et C^{ie}, 1878.

¹³¹⁸ Sur ce professeur à la Faculté de droit de Paris, lire notamment : J.-L. HALPERIN, V^o « Duverger », *Dictionnaire historique des juristes français...*, op. cit., 1^{ère} éd., 2007, p. 304.

¹³¹⁹ Cf. *supra.*, p. 177 et s.

¹³²⁰ Sur cet avocat à la Cour impériale et membre du Conseil de l'Ordre, consulter notamment : Y. OZANAM, V^o « Bétolaud », *Dictionnaire historique des juristes français...*, op. cit., 1^{ère} éd., 2007, p. 82.

¹³²¹ Sur cet auteur, cf. *supra.*, p. 141 et s.

¹³²² Sur cet auteur, cf. *supra.*, p. 85, 229 et s., 269 et s.

¹³²³ Sur ce conseiller à la Cour de cassation, cf. *infra.*, p. 345.

¹³²⁴ Un auteur déjà rencontré : cf. *supra.*, p. 49.

Boislisle (1839-1906), l'avocat Godin, Ribot et Helbronner¹³²⁵ forment celle pour l'étude du projet de Code international communiqué par la *Société anglaise pour l'avancement des sciences sociales* tandis que Pont, l'ancien notaire Boiron, le directeur de la *Revue du notariat* J. Michot, Pradines, Albert Jozon¹³²⁶ et l'avocat à la Cour impériale de Paris, Becker, sont quant à eux chargés de l'étude des législations relatives au notariat.

Comment expliquer un tel repli ? La crainte d'un conflit armé avec l'« Allemagne » constitue très certainement l'une des premières raisons. A vrai dire, cette crainte existe depuis déjà de longues années. On se souvient par exemple de la lettre que Béranger adresse à Mittermaier en février 1859 dans laquelle le criminaliste français rappelle effectivement que « la grande question qui occupe dans ce moment tous les esprits »¹³²⁷, c'est bien la guerre. Il faut également se rappeler l'opinion émise en 1868 par Leveillé à l'occasion d'une publication au sein de la *Revue pratique de droit français*¹³²⁸. Selon lui, en effet,

« l'agrandissement de la Prusse a rompu en Europe l'équilibre des puissances. L'Allemagne se fait sous nos yeux. Contre l'unité italienne nous avons pris une garantie, la barrière des Alpes. Contre l'unité allemande nous devons prendre une autre garantie, la barrière du Rhin. Le monde financier n'ignore pas que l'Empereur servira par tous moyens l'intérêt français, et qu'au cas d'un insuccès définitif de notre diplomatie il n'inclinera pas nos drapeaux devant M. de Bismarck. Si comme citoyens nous acceptons un tel programme, parce que nous sentons qu'il y va de la grandeur du pays, comme hommes d'affaires nous n'avons garde de nous dissimuler les dangers que de telles éventualités entraînent après elles. Mais, lorsqu'il s'agit d'atteindre un but national, notre patriotisme s'élève à la hauteur de tous les périls, qu'il envisage sans illusion comme sans faiblesse »¹³²⁹.

A n'en pas douter, cet état d'esprit règne au sein de la SLC à laquelle adhère justement Leveillé dès l'année de sa fondation. Plus pénétrante encore est d'ailleurs la correspondance qu'entretient à ce sujet, pendant près de trente ans, Laboulaye avec Bluntschli. Dès les années 1840, le « chef de l'école libérale »¹³³⁰ en France semble en effet s'alarmer du danger qu'il y a à ne pas rapprocher les deux puissances. « Je pense que l'Allemagne et la France sont deux pays faits pour s'aimer, écrit-il par exemple le 17 septembre 1841, deux pays qui ont besoin de se connaître, et qui n'arriveront à ce résultat que par l'intermédiaire de la science. A cette œuvre si noble et si pacifique, à cette union de deux grandes nations, je veux consacrer ma vie toute entière »¹³³¹. Malheureusement, l'espoir que nourrit Laboulaye va rapidement s'effacer. Fustigeant le gouvernement impérial¹³³², véritable ennemi de la

¹³²⁵ Cf. *supra.*, p. 270, note 1282.

¹³²⁶ Le frère de Paul Jozon, cf. *supra.*, p. 252, note 1152.

¹³²⁷ Déjà cité, cf. *supra.*, p. 37.

¹³²⁸ Sur cette revue, cf. *supra.*, p. 226 et s.

¹³²⁹ Déjà cité, cf. *supra.*, p. 36. L'italique est de notre fait.

¹³³⁰ Cf. *supra.*, p. 261 et s.

¹³³¹ O. MOTTE, *Lettres inédites de juristes français du XIX^e siècle...*, op. cit., t. II, 1990, p. 1063.

¹³³² « Je ne vous dis rien de la France, écrit-il par exemple à Bluntschli le 3 octobre 1859 ; c'est toujours le même gouvernement ; un despotisme, qui n'est ni cruel ni tracassier, mais qui étouffe la pensée et empêche les honnêtes gens de parler. [...] Encore dix ans de ce gouvernement et nous aurons une décadence véritable ; Elle est déjà commencée dans les mœurs et dans les idées » (*Ibid.*, p. 1075 et s.).

liberté¹³³³, le professeur de législation comparée n'est pas plus enthousiaste quant à la politique étrangère adoptée par le régime : « L'avenir m'effraie pour mon pays et pour l'Europe, avoue-t-il en effet en 1859. Je crains toujours que pour occuper la France, et l'empêcher de songer à la liberté, on ne la lance sur l'Allemagne »¹³³⁴. Aussi, au début des années 1860, le pessimisme semble-t-il l'emporter¹³³⁵ et en 1868 – soit un an avant la fondation de la SLC – le conflit armé lui paraît, à son plus grand regret, inévitable :

« On parle beaucoup de guerre en France ; Chacun la craint, chacun la repousse ; mais il est évident que le gouvernement entretient dans les esprits une agitation qu'il lui serait facile d'arrêter. C'est, je crois, le résultat d'une misérable politique. Rien ne me fait supposer que le gouvernement veuille la guerre ; j'ai tout lieu de penser qu'il ne s'y prépare que de fort loin ; mais il ne lui déplaît pas d'avoir l'air belliqueux ; il croit ainsi se populariser. C'est un faux calcul ; le travail diminue et le mécontentement augmente. Qui peut d'ailleurs assurer qu'à ce jeu là la France n'en viendra pas à désirer et à demander la guerre ? Autant que je connais mon pays, il supporte tout plutôt que l'indécision. Un nuage à l'horizon l'effraie plus que l'orage même ; on finira par accepter la guerre pour en finir avec l'incertitude qui pèse sur le pays »¹³³⁶.

Un tel climat devait alors favoriser la montée du nationalisme en France, y compris au sein de la SLC.

« S'il y a la guerre, assure en effet Laboulaye, soyez certain qu'en huit jours elle ralliera tout le monde ; ne jugez pas de nos divisions par les cris des journaux. Nous sommes, il est vrai, très divisés politiquement, et les partis se détestent ; mais une fois l'armée en route il y aura une opinion qui couvrira toutes les autres, ce sera le désir de l'emporter sur les Prussiens »¹³³⁷.

De manière significative, les bulletins de la SLC antérieurs à la déclaration de guerre du 19 juillet 1870 contiennent d'ailleurs plusieurs publications portant sur le thème central de la *nation*. Lors de la séance du 17 février 1870, alors présidée par Laboulaye, Paul Jozon expose par exemple « les principales idées ayant cours à l'étranger sur le principe des nationalités »¹³³⁸.

« Qu'est-ce que la nation ? Quel rôle doit-elle jouer dans le nouveau droit des gens ? Telle est la question, observe Jozon, qui paraît en ce moment préoccuper particulièrement les auteurs étrangers qui écrivent sur le droit international. Nous en avons pour preuve le grand nombre d'ouvrages, de brochures, d'articles, parvenus sur la nation à la Société de législation comparée »¹³³⁹.

¹³³³ « C'est un régime qui énerve le pays ; les générations nouvelles ne savent déjà plus ce que c'est que la liberté, et n'ont aucun goût pour elle » (*Ibid.*, p. 1075 et s.).

¹³³⁴ *Ibid.*, p. 1075 et s.

¹³³⁵ Le 14 avril 1863, il écrit encore à Bluntschli : « Quant à la *bonne humeur* que vous remarquez dans mon livre, elle n'est qu'à la surface ; je suis profondément blessé de l'apathie de mon pays ; et de la faiblesse politique de tant d'hommes qui abandonnent lâchement la liberté. C'est assurément une des causes de ma mauvaise santé. Si malgré cela mon livre ne vous paraît pas trop triste, tant mieux, mais je suis comme les acteurs, je fais rire les autres et ne peux pas m'égayer moi-même. Si j'étais plus jeune, je serais parti pour les Etats-Unis. On vient de m'offrir des conditions très honorables, si je voulais y aller enseigner pendant trois mois et *en anglais* ; j'ai refusé, mais si j'avais dix ans de moins, je serais parti, pour ne revenir qu'en de meilleurs jours » (*Ibid.*, p. 1077).

¹³³⁶ *Ibid.*, p. 1081 et s.

¹³³⁷ *Ibid.*, p. 1081 et s.

¹³³⁸ P. JOZON, « Exposé des principales idées ayant cours à l'étranger sur le principe des nationalités », *Bulletin de la Société de législation comparée*, n° 3, mars 1870, p. 72-91.

¹³³⁹ *Ibid.*, p. 73.

Et Jozon de présenter alors un compte rendu général de ces documents, plus particulièrement en ce qui concerne la « question controversée [qui] a trait aux éléments constitutifs de la nation, aux caractères, aux signes auxquels on peut reconnaître que telle fraction de population forme une nation ou se rattache à telle nation plutôt qu'à telle autre »¹³⁴⁰. D'après les ouvrages qu'il a « entre les mains »,

« la première théorie des caractères constitutifs de la nation a été, comme le principe même des nationalités, formulée en Allemagne. C'était la haine de la France qui avait provoqué chez les Allemands l'intuition instinctive, puis l'étude et la reconnaissance scientifique du principe des nationalités. Ce même sentiment devait nécessairement influencer sur leur théorie des caractères constitutifs de la nation. Cette théorie ne pouvait qu'être dirigée contre la France. Elle le fut en effet »¹³⁴¹.

En quoi consiste-t-elle ? Selon les Allemands, « qui ont la plus haute idée de la perfection et de l'étendue de la race allemande »¹³⁴², la nation s'identifie complètement avec la race, qu'il s'agisse des populations qui en font partie par leur origine ou qu'il s'agisse des populations de « sang mélangé » ou étranger qui ont fini par se trouver « absorbées » par la race dominante en adoptant notamment la langue de cette dernière. En réalité, « ce système avait [...] pour but et pour effet d'englober dans la nationalité allemande les trois quarts de la Suisse, l'Alsace, et les environs de Metz, de Luxembourg et de Liège »¹³⁴³. Par la suite, les Allemands sont arrivés à

« une autre théorie où ils conservent bien encore ces deux éléments [race et langue], mais ne leur accordent plus comme caractères distinctifs de la nation qu'une importance secondaire. Ils placent en première ligne, comme constituant la nation, ce qu'ils appellent l'unité de culture, c'est-à-dire la communauté d'idées, de vie, de mœurs sociales, la communauté non-seulement de la race et de la langue, mais encore et surtout des tendances politiques, philosophiques, religieuses, scientifiques, économiques, industrielles, artistiques, de toutes les tendances, en un mot, qui caractérisent l'existence extérieure d'une population »¹³⁴⁴.

En ce qui concerne les Italiens, Jozon met l'accent sur la théorie de Terenzio Mamiani (1799-1885) d'après laquelle « le seul élément réel et juridique de la nation, c'est le consentement des populations, c'est leur volonté de former une nation et d'avoir un gouvernement distinct »¹³⁴⁵. Bien qu'ayant eu moins de succès en Italie que la théorie allemande, la théorie de Mamiani eut néanmoins plus de retentissement « au dehors » et notamment auprès des sécessionnistes américains. Selon ces derniers,

« chaque fraction de population [...] a et conserve toujours, et nonobstant toute convention contraire, le droit de disposer librement d'elle-même, suivant sa volonté du moment. Elle peut donc ou s'adjoindre à telle nation, ou se former en nation indépendante, sans qu'on puisse l'en empêcher autrement que par une

¹³⁴⁰ *Ibid.*, p. 77.

¹³⁴¹ *Ibid.*, p. 77.

¹³⁴² *Ibid.*, p. 78.

¹³⁴³ *Ibid.*, p. 79.

¹³⁴⁴ *Ibid.*, p. 80.

¹³⁴⁵ *Ibid.*, p. 82.

violation du droit naturel et de la liberté qui en découle, aussi bien pour les collectivités d'individus que pour les individus eux-mêmes »¹³⁴⁶.

Au contraire, pour les Etats du Nord,

« il faut que la partie de la population qui veut se séparer de l'autre fasse connaître ses griefs, et s'assure qu'on ne veut ou qu'on ne peut y remédier. Il faut que sa volonté de se séparer s'accroisse alors et se reproduise à toute occasion, d'une manière claire, éclatante, incontestable, en même temps que persévérante et obstinée. Dans ces conditions, il devient certain que l'union ne peut durer que par un abus de la force, contraire au droit des gens »¹³⁴⁷.

D'autres encore acceptent la théorie allemande : c'est notamment le cas du professeur new-yorkais Lieber – membre correspondant de la SLC que le frère de Paul Jozon avait rencontré lors de son voyage d'étude un an auparavant¹³⁴⁸ – qui, dans une brochure de 1868 intitulée *On nationalism and internationalism*, condamne « avec beaucoup de vivacité et d'une manière absolue la tentative de sécession des Etats du Sud. Les habitants du Sud, qu'ils le veuillent ou non, sont liés, suivant lui, à ceux du Nord par leurs caractères nationaux ; cette liaison est indissoluble et fatale ; essayer de la briser constitue un crime contre le droit des gens »¹³⁴⁹.

En Suisse, « les idées allemandes ne pouvaient un seul instant être acceptées »¹³⁵⁰. Dès lors, plusieurs auteurs suisses se sont ralliés à la théorie de Mamiani tandis que d'autres ont « résisté à ce courant » et en ont inventé une troisième¹³⁵¹. Selon eux,

« si toutes les populations juxtaposées et placées au même degré de l'échelle sociale sont réunies sous le même gouvernement, elles forment par là même une nation, et c'est précisément dans cette aptitude à vivre sous un même gouvernement, ou mieux dans la cause de cette aptitude, c'est-à-dire dans le degré identique de civilisation et de moralité des populations, qu'il faut chercher l'élément essentiel, constitutif de la nation »¹³⁵².

¹³⁴⁶ *Ibid.*, p. 84.

¹³⁴⁷ *Ibid.*, p. 86.

¹³⁴⁸ Cf. *supra*, p. 269. Sur ce voyage : P. ALLORANT, *loc. cit.*

¹³⁴⁹ P. JOZON, « Exposé des principales idées ayant cours à l'étranger sur le principe des nationalités », art. cit., p. 87. Pour Lieber, en effet, « le mot nation dans la plus complète acception du terme, signifie dans les temps modernes une population nombreuse et homogène sortie depuis longtemps de la vie nomade et de chasse, habitant et cultivant d'une manière permanente un territoire d'un seul tenant avec des contours géographiques bien déterminés, ayant un nom qui lui est propre, des habitants parlant leur propre langage, ayant leur propre littérature et leurs institutions particulières qui se distinguent nettement des autres institutions et des groupes voisins de population, étant citoyens ou sujets d'un gouvernement unitaire, quelles que puissent être ses subdivisions et ayant l'un vis-à-vis de l'autre le sentiment de leur unité organique en même temps qu'ils ont conscience d'une destinée commune » (*Ibid.*, p. 86-87).

¹³⁵⁰ *Ibid.*, p. 87.

¹³⁵¹ Jozon cite ici l'*Etude sur les nationalités : leur formation et leurs rapports en temps de paix et de guerre d'après les principes modernes du droit international* (1870) de l'avocat genevois Eugène Richard.

¹³⁵² *Ibid.*, p. 88.

Estimant que « la théorie suisse finira par être abandonnée, comme l'ont été successivement d'autres théories au moins aussi spécieuses »¹³⁵³, Jozon ne retient par conséquent que les « deux systèmes irréductibles » précédemment évoqués :

« celui de l'unité de culture, et celui de la volonté des populations : le premier qui fait dériver la nationalité d'un ensemble de faits extérieurs à la population, et sur lesquels sa volonté actuelle n'a point de prise, qui la soumet, même malgré elle, à l'influence de ces faits, et la contraint à s'y conformer ; le second, qui ne tient d'autre compte de ces faits, qui ne leur accorde d'autre influence, que le compte et l'influence que la population veut bien y attacher, et qui cherche dans cette population et non en dehors d'elle, dans sa volonté souveraine et dominante, la seule raison d'être comme le seul caractère constitutif de sa nationalité »¹³⁵⁴.

Refusant de se prononcer directement sur ces théories¹³⁵⁵, Jozon termine son exposé par « quelques réflexions générales » ne laissant pourtant aucun doute sur sa préférence. En premier lieu, il fait effectivement remarquer que

« les hommes les plus éminents et les plus consciencieux, soumis néanmoins comme les autres aux lois de l'imperfection humaine, se laissent influencer par le milieu qui les entoure, par l'ordre d'idées dans lequel ils vivent, au point d'y conformer même leurs études et leurs déductions scientifiques, et n'arrivent que par la réflexion et surtout la discussion et la contradiction, à se rectifier eux-mêmes »¹³⁵⁶.

Il note, en deuxième lieu, que

« le patriotisme, sentiment trop exalté par nos ancêtres, et qu'on cherche peut-être à trop rabaisser aujourd'hui, car il présente malgré tout ce mérite de s'inspirer de mobiles nobles et généreux, n'en est pas moins dangereux dans ses effets, quand il ne s'appuie pas étroitement sur l'idée de justice, et que ceux qui en sont imbus n'ont d'autre idéal que d'assurer la grandeur de leur pays, fût-ce au préjudice et au mépris des droits et de la prospérité des pays voisins »¹³⁵⁷.

Enfin, en troisième lieu, Jozon tient à rappeler que

« la vérité et le bon sens ont par eux-mêmes, dans nos temps modernes d'examen et de libre discussion, une force prépondérante, qui leur permet de triompher de tous les obstacles accumulés contre eux par les circonstances ou les hommes. Soit qu'ils renversent ces obstacles, soit qu'ils les surmontent, ils finissent par s'imposer aux esprits les plus prévenus, par écarter les systèmes inacceptables, pour ne laisser en présence que ceux qui ont quelque valeur, et par choisir entre ceux-là mêmes le plus digne d'être consacré et appliqué »¹³⁵⁸.

Comment ne pas y voir une attaque, plus ou moins maquillée, à l'encontre des théoriciens « allemands » et, surtout, comment ne pas faire le lien entre ces observations et le contexte géopolitique du début de l'année 1870 ?

Malgré tout, une communication mérite d'être signalée tant elle contraste avec les autres. Portant sur la profession d'avocat en Prusse, son auteur – Sigismund Vainberg – l'adresse à la

¹³⁵³ *Ibid.*, p. 90.

¹³⁵⁴ *Ibid.*, p. 90.

¹³⁵⁵ « C'est entre ces deux systèmes que la lutte est engagée. C'est à l'un d'eux, et il pourrait paraître téméraire de chercher à prédire lequel, que la victoire et l'avenir appartiennent » (*Ibid.*, p. 90).

¹³⁵⁶ *Ibid.*, p. 90.

¹³⁵⁷ *Ibid.*, p. 90.

¹³⁵⁸ *Ibid.*, p. 90-91.

Société lors de la séance générale du 10 mars 1870. Le juriste conclut alors son exposé en ces termes :

« Messieurs, [...] vos frères *in nomine jurisprudentiae*, de l'autre côté du Rhin, sont réellement en souffrance. Nous avons ici, à ce point de vue, une existence plus facile. Il est donc de notre devoir, puisque la science est solidaire, de leur venir en aide et de mettre à leur disposition l'expérience que nous avons acquise en cette matière »¹³⁵⁹.

Fraternité, solidarité... Assurément, ces notions détonnent. Il ne faut cependant pas s'y tromper ni même chercher bien loin l'origine d'un tel sentiment qui apparaît ici comme étant exceptionnel. D'une part, cet esprit de solidarité et de communauté fraternelle se comprend assez aisément au regard de la biographie de Vainberg¹³⁶⁰. Avocat, docteur en droit, ce juriste inscrit dès 1870 sur la liste de la SLC en tant que « membre titulaire résidant à Paris » – Vainberg est donc bel et bien un juriste *français*¹³⁶¹ – a vraisemblablement étudié le droit à Vienne, soutenu une thèse à Berlin en 1866 et une autre à Leipzig l'année suivante ; ces éléments expliqueraient par conséquent cette « compassion » ressentie envers les « frères [...] de l'autre côté du Rhin »¹³⁶². D'autre part – il est important d'y insister –, un tel discours reste rare ; il s'agit en effet d'un cas relativement isolé qui ne reflète pas, en tout état de cause, l'esprit général des membres de la SLC. Preuve en est d'ailleurs qu'aucune suite n'est donnée à cet appel de Vainberg d'aider les avocats prussiens, ni dans les discussions qui suivent immédiatement la communication de ce dernier, ni dans les séances générales ultérieures. Enfin, et surtout, ce discours va être malmené – pour ne pas dire *balayé* – par la suite des événements politiques : la guerre franco-prussienne.

¹³⁵⁹ S. VAINBERG, « Communication sur la profession d'avocat en Prusse », *Bulletin de la Société de législation comparée*, n° 3, avril 1870, p. 111.

¹³⁶⁰ Cette biographie est cependant très incomplète. Il est en effet particulièrement difficile de recueillir des informations satisfaisantes sur ce membre de la SLC.

¹³⁶¹ Les membres de nationalité étrangère sont en effet inscrits sur une liste distincte, celle des « Membres résidant à l'étranger ».

¹³⁶² S. VAINBERG, *loc. cit.*

Section 3 – Le traumatisme de la défaite

Incontestablement, la débâcle française face à la Prusse est un choc tant elle est inattendue (§1). Cependant, bien que décontenancés, les juristes tiennent à reprendre au plus vite leurs travaux, à l'instar des membres de la SLC (§2). A cet égard, si certains auteurs demeurent silencieux sur la défaite, d'autres se lancent au contraire en nombre croissant dans les études juridiques comparatives afin de mieux se l'expliquer ou, pour les plus revanchards, dans un esprit de vengeance¹³⁶³. Dans les deux cas, les jurisconsultes entendent œuvrer pour la régénération de la France (§3).

§1. Une défaite inattendue

Aux yeux des Français, et notamment des juristes, l'épisode de la guerre franco-prussienne constitue un véritable traumatisme. Trois raisons principales peuvent ici être avancées. Premièrement, ce qui marque les esprits, c'est la facilité avec laquelle les troupes prussiennes mettent en déroute l'armée française alors pourtant que l'opinion d'avant-guerre, dans son ensemble, était « parfaitement sûre de la force de la France et de sa situation dans le monde »¹³⁶⁴. A ce titre, Laboulaye supposait par exemple le patriotisme français au moins égal au patriotisme prussien¹³⁶⁵, « la lutte sera donc terrible, confiait-il alors à Bluntschli en 1868 ; je crois que *des deux côtés* on se trompe singulièrement sur la facilité du succès »¹³⁶⁶. En effet,

« pour les libéraux (la gauche), l'Allemagne symbolise le travail scientifique et critique ; elle est l'alliée dans la lutte contre le passé qui étouffe la France et l'empêche de se développer librement ; elle représente un élément indispensable dans l'ordre futur de l'Europe. Le développement de la Prusse fait croire que la victoire de l'esprit moderne sur le passé clérical et despotique se rapproche. *La suprématie assurée de la France ne permet pas de songer à un péril venant de l'Allemagne* »¹³⁶⁷.

Aussi la désillusion est-elle totale, la victoire prussienne balayant en effet aisément l'authentique espoir français de remporter le conflit.

¹³⁶³ On rappellera que sur cent-quatre ouvrages publiés entre 1869 et 1914, soixante et un (soit environ 60 %) ne recourent pas aux droits étrangers, vingt-huit se préoccupent de comparaison juridique (25 %) et quinze ressortent de la catégorie intermédiaire (15 %). Cf. Tableau 2, dans la partie Annexes, p. 520.

¹³⁶⁴ C. DIGEON, *La crise allemande de la pensée française...*, op. cit., p. 9.

¹³⁶⁵ Le 21 septembre 1868, il écrit en effet à Bluntschli : « Une fois l'armée en route il y aura une opinion qui couvrira toutes les autres, ce sera le désir de l'emporter sur les Prussiens. [...] Je vous suppose un patriotisme égal » (O. MOTTE, loc. cit.).

¹³⁶⁶ *Ibid.*, p. 1081 et s. L'italique est de notre fait.

¹³⁶⁷ C. DIGEON, *La crise allemande de la pensée française...*, op. cit., p. 45. L'italique est de notre fait.

Deuxièmement, le traumatisme est d'autant plus fort que la défaite fut extrêmement rapide. Le 19 juillet 1870, la France déclarait la guerre à la Prusse ; le 2 septembre suivant, elle perdait à Sedan et le 28 janvier 1871, Paris signait la capitulation. En réalité,

« l'opinion publique française n'était pas préparée à la guerre ; elle fut étonnée par la défaite. Si les fausses nouvelles de victoires furent souvent accueillies avec crédulité, c'est que le succès paraissait aller de soi : l'échec étant impensable, l'opinion française tout entière se trouva désemparée, prête à croire n'importe quoi. Et la campagne fut si courte que le sentiment de surprise persista. Cet étonnement est fondamental chez tous les écrivains des générations de 1830 et de 1850 : pour être vraiment frappé par ce subit écroulement, il fallait avoir vécu l'époque qui l'avait précédé. Que tant de gloire, tant de richesse, tant de force se fussent si brusquement perdues, que la France eût été vaincue si vite par un seul peuple, et qui n'était pas le plus grand, le phénomène parut prodigieux »¹³⁶⁸.

Sur ce point aussi, un membre de la SLC – Marcel Jozon¹³⁶⁹ – témoigne : « Nous apprenons le dimanche 4 septembre [1870] seulement le désastre de Sedan. Stupeur générale. Les quelques peureux restés en ville fuient en chemin de fer, puis en voiture, puis à pied. [...] Des familles entières avec des femmes, des vieillards, des enfants campent sur le bord de la route, malgré un froid assez vif et un brouillard pénétrant »¹³⁷⁰. Le lendemain, le sociétaire apprend que « la République vient d'être proclamée. Les habitants accueillent cette nouvelle avec une indifférence complète. Ils ne croient ni à l'Empire ni à la République. [...] Où est donc la patriotique population qui, en 1814, se battait d'une manière héroïque [...] ? »¹³⁷¹ Au contraire, et à son plus grand regret, Jozon déplore le manque de courage et l'abattement de ses compatriotes français : « Il n'y a plus chez ces pauvres gens qu'un seul sentiment, la crainte. Quand nous nous adressons à eux en invoquant le patriotisme et l'humanité, ils refusent, si nous menaçons, ils cèdent. Quel triste abaissement de tous les caractères. Ces gens ont tremblé pendant vingt ans sous le régime impérial, c'est leur excuse »¹³⁷². Face à eux, des hommes qui « manœuvrent parfaitement. Ils ont l'air frais et dispos »¹³⁷³. Et une certaine forme de comparaison de s'établir :

« Je cause longuement avec l'un des soldats qui loge chez moi. [...] Il me dit que les Prussiens sont civilisés, qu'ils n'ont brûlé aucun village, et qu'en dehors du champ de bataille, ils ne font la guerre qu'à la viande, au pain et au vin. Les Français et les Françaises ont tort de les craindre, ils peuvent dormir en paix et en tranquillité. Il me dit que la France ne pourra plus lutter contre la Prusse, et m'affirme même à plusieurs reprises que la paix est faite. [...] Il me parle de sa femme qu'il aime, autant que les Français aiment les leurs. Il est instruit et parle cinq langues. Tous les Prussiens sont instruits. Il est catholique et sait que les Français le sont aussi. Il ne les hait pas, et il désire retourner bientôt dans son pays »¹³⁷⁴.

¹³⁶⁸ *Ibid.*, p. 72.

¹³⁶⁹ Cf. *supra.*, p. 268 et s.

¹³⁷⁰ P. ALLORANT, « L'invasion et l'occupation prussienne de 1870 vues par un ingénieur des travaux publics », art. cit., p. 8. Un sergent-fourrier échappé de Sedan confiera en outre à Marcel Jozon que « le 1^{er}, on s'est battu toute la journée et qu'on a fait des efforts *désespérés* » (*Ibid.*, p. 13 ; l'italique est de notre fait).

¹³⁷¹ *Ibid.*, p. 8.

¹³⁷² *Ibid.*, p. 20.

¹³⁷³ *Ibid.*, p. 9.

¹³⁷⁴ *Ibid.*, p. 10. Malgré cette conversation, il semble que le patriotisme de Jozon soit resté intact puisque ce dernier continuera à porter un avis négatif sur les soldats de l'armée prussienne : « Nous sommes témoins [le 17 septembre 1870] d'une petite scène entre un officier et ses caporaux. Ces derniers n'allaient pas assez vite pour la distribution de billets. L'officier lance son cheval sur eux au risque de les écraser et les engueule de toute

Si le désir de paix est naturellement partagé par les Français, Jozon rappelle néanmoins qu'« il n'y a qu'une opinion en France : [...] résolution à ne pas céder la Lorraine et l'Alsace, et de ne pas reprendre les Napoléon »¹³⁷⁵.

Le lieu du conflit constitue en effet la troisième raison : que la lutte ait eu lieu sur le sol français ajoute indubitablement au traumatisme ; d'autant plus que, du côté français, l'on prévoyait initialement une offensive sur les terres d'outre-Rhin... Aussi, dans les écrits des juristes français publiés dans les années qui suivent la guerre, est-il régulièrement fait référence aux territoires annexés. C'est par exemple le cas de l'article d'A. Dujardin qui se propose, pour le compte de la *Revue pratique de droit français*¹³⁷⁶, de

« passer à l'examen d'une matière que le Code allemand traite avec les plus grands détails, celle des sociétés commerciales, non avec la prétention d'en donner une critique complète et approfondie, mais dans le but beaucoup plus modeste de faire connaître une législation, qui est dès à présent en vigueur dans les deux provinces que la France a eu la douleur de perdre, et avec lesquelles elle conservera toujours des relations fréquentes et cordiales »¹³⁷⁷.

Face à cet épisode douloureux, les auteurs français – y compris les juristes – semblent à vrai dire adopter dans l'immédiat deux attitudes distinctes. Pour certains, la France reste la première nation du monde.

« Cette conviction n'est pas morte en six mois, elle se prolonge, parce qu'elle s'appuie sur certaines réalités : matériellement le pays se relève très vite ; le succès de l'emprunt produit une forte impression, la vue de la richesse et de la prospérité françaises permet assez vite le retour d'une certaine assurance. Et cela d'autant mieux que l'Allemagne va être secouée par une crise financière, que sa nouvelle constitution n'a pas encore subi l'épreuve du temps, que la construction bismarckienne paraît peu solide en face de forces particularistes encore puissantes, que l'Allemagne nouvelle n'a pas d'histoire. Ce qu'un coup du sort a fait peut être défait par un hasard contraire. Pendant plusieurs années encore, dans l'opinion publique, le patriotisme demeurera optimiste et glorieux, la défaite apparaîtra comme un accident »¹³⁷⁸.

Effectivement, parce que « la guerre de 1870 ne fut ni longue, ni totale : elle n'a pas bouleversé la république des lettres »¹³⁷⁹. C'est sans doute la raison pour laquelle plus de la moitié des publications juridiques demeurent étanches à la comparaison : celles-ci représentaient en effet 75 % des ouvrages parus entre 1815 et 1869 et représentent encore

la force des poumons, les autres ne bronchent pas ; l'incident n'a pas de suite. Jamais un officier français ne pourrait faire le quart de ce que se permet là, envers ses soldats, le moindre officier prussien. Il y en a qui admirent cette discipline. Elle me paraît humiliante pour l'humanité : elle ne peut exister que dans un pays féodal où le soldat n'est rien pour l'officier. Je comprends autrement la discipline dans les pays démocratiques. Les formes ne sont pas exclusives du fond, bien au contraire » (*Ibid.*, p. 14).

¹³⁷⁵ *Ibid.*, p. 15. A propos de l'impératrice, qui « s'est sauvée », et de l'empereur, qui « s'est rendu », Jozon note que « si on les replace de suite, ils sont renversés le mois suivant » (*Ibid.*, p. 15).

¹³⁷⁶ Sur cette revue juridique, cf. *supra.*, p. 226 et s.

¹³⁷⁷ A. DUJARDIN, « Des Sociétés commerciales en Alsace-Lorraine », *Revue pratique de droit français*, t. XXXVI, 1873, p. 56. L'italique est de notre fait.

¹³⁷⁸ C. DIGEON, *La crise allemande de la pensée française...*, op. cit., p. 73.

¹³⁷⁹ *Ibid.*, p. 57.

60 % des œuvres de la période 1869-1914. En outre, la catégorie intermédiaire reste stable puisqu'elle demeure à 15 % des livres recensés¹³⁸⁰.

En revanche, « la plupart des écrivains, en décrivant la campagne de 1870, songent [...] à la revanche future. Et ils s'attachent à préparer le moral des jeunes générations »¹³⁸¹. Lorsqu'on lui demande son avis sur « le programme politique le mieux fait pour fixer l'opinion et rallier les esprits »¹³⁸², Laboulaye s'attarde alors sur la question militaire et écrit par exemple en mai 1871 :

« Il est visible que pour résister à l'arrogance de la Prusse nous serons obligé de lui emprunter son système militaire et d'armer toute la nation. Politiquement, cette réforme, si elle est bien dirigée, peut avoir la plus heureuse influence. Si elle rend à la nation deux vertus qui lui manquent : l'obéissance et le respect ; si elle rétablit la discipline, favorise l'éducation générale et combat énergiquement l'ivrognerie, la loi militaire fera de nous un peuple nouveau, ou plutôt elle nous rendra notre grandeur en nous rendant les vieilles qualités qui constituaient l'honneur français »¹³⁸³.

Avec beaucoup d'amertume, il ajoutera même : « La guerre nous a coûté fort cher, et la Prusse, avec un esprit de rapine qui déshonore sa victoire, a tout calculé pour nous ruiner »¹³⁸⁴. Comment, dès lors, Laboulaye a-t-il su concilier son esprit nationaliste – au demeurant parfaitement assumé¹³⁸⁵ – avec ses fonctions de président de la SLC, une société

¹³⁸⁰ Cf. Tableaux 1 et 2, dans la partie Annexes, p. 519-520.

¹³⁸¹ C. DIGEON, *La crise allemande de la pensée française...*, op. cit., p. 54.

¹³⁸² E. LABOULAYE, *La république constitutionnelle*, Paris, Charpentier, 1871, p. 5. Cet écrit est en fait adressé à Eugène Yung (1827-1887), directeur du *Journal de Lyon*.

¹³⁸³ *Ibid.*, p. 19-20.

¹³⁸⁴ *Ibid.*, p. 27. A ce propos, Laboulaye propose – sans surprise (cf. *supra.*, p. 263 et s.) – de se tourner vers le modèle états-unien : « Dix milliards surchargent une dette publique déjà lourde, c'est dans un avenir prochain une crise financière dont nous ne sortirons qu'avec les plus grands efforts. Nous sommes menacés du papier-monnaie et d'impôts excessifs. Il y a là un danger sérieux, non-seulement pour la fortune de la France, mais pour ses libertés. Un peuple qui souffre ne voit pas toujours la cause de son mal ; il s'imagine aisément qu'il soulagera sa misère en changeant de gouvernement. Ici encore les Etats-Unis peuvent nous servir de modèle. La guerre de la sécession a laissé après elle le papier-monnaie et une dette de quinze milliards. Dès le premier jour les Américains ont fait des efforts inouïs pour rétablir la circulation métallique et pour amortir leur dette. Peuple industriel et commerçant, ils ont compris qu'avec une dette journalière de deux millions de francs, ils grevaient d'une charge énorme leur fabrication et leurs produits. Avec un courage héroïque, ils ont accepté une surcharge d'impôts pour rembourser leur dette et ils y arriveront dans un temps qui ne sera pas très-long. Pour nous, au contraire, si, restant fidèles à une fausse tradition, nous ne nous inquiétons pas de rembourser la dette et si nous en léguons la charge à l'avenir, nous blesserons au cœur notre industrie, nous la verrons passer entre les mains de rivaux plus riches et plus économes. Je n'insiste point davantage ; s'il est une ville où l'on puisse apprécier la sagesse de la politique américaine, cette ville est Lyon assurément » (E. LABOULAYE, *La république constitutionnelle*, op. cit., p. 27-28).

¹³⁸⁵ Dans *La république constitutionnelle*, il écrit encore : « Ce qui serait souverainement dangereux, ce serait de ressusciter des institutions mortes depuis longtemps, et de chercher la garantie de la liberté dans une décentralisation politique. L'unité a fait la force de la France ; elle lui est chère à juste titre, et ce n'est pas au moment où la Prusse nous prend notre système politique pour le retourner contre nous, qu'on peut songer à couper le pays en morceaux et à faire plusieurs Etats dans l'Etat. Cette réforme à reculons, cette soi-disant fédération de communes souveraines, serait antipathique à notre génie national ; ce serait une cause d'affaiblissement et de ruine. Proclamons, comme nos pères, la République une et indivisible. Au milieu de nos misères et de nos humiliations, nous sentons, plus vivement que jamais, qu'il n'y a dans toute la France qu'une et qu'une âme. Quand nos intérêts locaux sont en jeu, nous sommes Bretons, Provençaux ou Lyonnais ; mais quand il s'agit de l'intérêt commun, quand on prononce le nom de patrie, nous sommes tous Français, et toutes les nuances particulières s'évanouissent. Gardons cet esprit national ; lui seul nous permet de ne pas désespérer de l'avenir » (*Ibid.*, p. 18-19).

intrinsèquement tournée vers l'étranger ? Plus généralement, la question est en fait de savoir quelle a été l'attitude des membres de la SLC face à la défaite.

§2. La comparaison avec le modèle allemand comme voie du salut

« Les séances et les travaux ont été interrompus par la guerre étrangère, puis par la guerre civile. Il s'agit aujourd'hui, quelque vives que soient nos douleurs et nos colères, non pas de récriminer contre le passé, mais d'y puiser des leçons pour l'avenir et de travailler tous ensemble, sans relâche, à l'œuvre de réparation qui doit rendre à la France sa force et son rang dans le monde »¹³⁸⁶.

Tels sont les premiers mots que prononce le président Laboulaye lors de la séance de réouverture de la SLC, le 28 novembre 1871. Le temps, déclare-t-il, est à la « réparation ». Si après les événements de 1870-1871 le comportement et les convictions de certains Français restent inchangés, il en est autrement des membres de la *Société*, lesquels se placent en effet immédiatement sur le terrain de l'analyse et recherchent aussitôt les raisons de la défaite. La première d'entre elles devait être le régime politique même, à savoir l'Empire. En effet,

« nul ne peut séparer deux faits intimement liés : l'abaissement de l'Empire et le triomphe de l'Allemagne. Il y a un parallélisme perpétuel et sous-jacent entre l'idée de l'Allemagne et la critique de la France impériale. Les yeux sont fixés sur le modèle allemand, l'imagination se plaît à l'idée du Germain chaste et frugal : l'on condamne le luxe et l'anarchie morale de l'Empire »¹³⁸⁷.

Mais

« l'explication la plus commune de la victoire [...] est différente. [...] Victoire de la science, victoire de l'instituteur, victoire de l'enseignement supérieur, ces idées dominent (sauf chez les catholiques, et, moins visiblement, chez les spiritualistes). Nos chefs militaires étaient des ignorants, notre administration nulle, notre Université en retard. Les Allemands nous montrent qu'un peuple instruit est plus patriote, plus fort, plus conscient qu'un peuple abruti par l'ignorance »¹³⁸⁸.

Les juristes adoptent le même point de vue. « Nos malheurs, affirme par exemple Laboulaye dans son allocution du 28 novembre 1871, viennent surtout de notre ignorance, et parmi les notions qui nous manquent, il faut citer en première ligne celle de la loi et celle de la justice »¹³⁸⁹. Bien sûr, c'est à la comparaison juridique qu'il songe quand se pose la question de savoir comment combler ces lacunes :

« Faire respecter la justice par le législateur, la loi par les citoyens, tel est le but du droit, dans le sens le plus élevé de ce mot, tel est le résultat auquel nous pouvons contribuer pour notre part en répandant, avec la connaissance des législations étrangères, les habitudes de généralisation qui naissent de toute comparaison, et par lesquelles la science s'assure, se purifie et s'agrandit »¹³⁹⁰.

¹³⁸⁶ E. LABOULAYE, « Exposé de la situation de la Société », *Bulletin de la Société de législation comparée*, n° 1, décembre 1871, p. 1.

¹³⁸⁷ C. DIGEON, *La crise allemande de la pensée française...*, op. cit., p. 78.

¹³⁸⁸ *Ibid.*, p. 97-98.

¹³⁸⁹ E. LABOULAYE, loc. cit.

¹³⁹⁰ *Ibid.*, p. 1-2.

En ce sens est d'ailleurs créé, au ministère de la justice, un *Bureau de législation comparée*. « Depuis longtemps M. Greffier, l'un des vice-présidents de la Société, ancien directeur des affaires civiles, puis secrétaire général au ministère, avait réclamé cette utile innovation. Elle a été opérée d'après ses plans par M. Hérold, l'un des membres [du] conseil de direction [de la SLC], devenu, après le 4 septembre, secrétaire général du ministère de la justice »¹³⁹¹. Or, le Garde des sceaux lui-même (Dufaure), « qui a toujours été très-sympathique à [la] Société »¹³⁹² dont il est d'ailleurs membre, offrira « le concours du ministère à divers points de vue, spécialement pour faire venir de l'étranger les documents dont [la *Société de législation comparée*] a besoin »¹³⁹³. L'idée, « qui préoccupait dès avant la guerre le Conseil de direction »¹³⁹⁴, est alors de « publier un annuaire législatif contenant, avec des notes et des explications, la traduction des principales lois d'intérêt général promulguées chaque année à l'étranger »¹³⁹⁵. Concernant plus précisément les codes, trop volumineux pour un périodique, une *Collection des principaux codes étrangers* leur est dès lors spécialement consacrée¹³⁹⁶. Qualifiant ce projet de « travail considérable, et dont l'utilité apparaît tout d'abord »¹³⁹⁷, Laboulaye rappellera que les éléments nécessaires à sa réalisation sont « presque entièrement rassemblés. Les traducteurs de bonne volonté ne [...] manquent pas. Il ne [...] reste qu'à organiser leur travail, et à leur distribuer les documents nécessaires »¹³⁹⁸. En somme, tout porte à croire que la défaite de 1870 est un « évènement-catalyseur » du point de vue de la comparaison des lois par les membres de la doctrine juridique française.

« Ce mouvement s'organisera évidemment par rapport à l'Allemagne. Les deux nations sont mises en parallèle et le tableau des vices de l'une répondra à la peinture des qualités de l'autre. A la frivolité, à l'appétit de jouissance s'opposeront le sérieux et la chasteté, à l'ignorance la science, à la profondeur la rhétorique ; la défaite prouve la justesse de ces accusations déjà formulées sous l'Empire »¹³⁹⁹.

Au sein de la SLC, cela se traduit logiquement par l'examen des législations d'outre-Rhin. Le 11 mars 1872, Raphaël Gonse (1837-1890), avocat à la Cour de cassation, se propose par exemple de présenter « l'état des choses actuel au moins quant aux traits principaux »¹⁴⁰⁰ relatif au mariage civil en Prusse. S'il reconnaît que « le mariage civil véritable existe dans la législation prussienne »¹⁴⁰¹, Gonse tient toutefois à souligner que cette institution ne forme pas le principe mais l'exception¹⁴⁰². Cependant, « on peut suivre, selon lui, [...]

¹³⁹¹ *Ibid.*, p. 3. Sur Hérold, cf. *supra.*, p. 85, 229 et s., 269 et s. et 275.

¹³⁹² E. LABOULAYE, *loc. cit.*

¹³⁹³ *Ibid.*, p. 3.

¹³⁹⁴ *Ibid.*, p. 3.

¹³⁹⁵ *Ibid.*, p. 3.

¹³⁹⁶ Pour un exemple, cf. *infra.*, p. 438 et s.

¹³⁹⁷ *Ibid.*, p. 3.

¹³⁹⁸ *Ibid.*, p. 3.

¹³⁹⁹ C. DIGEON, *La crise allemande de la pensée française...*, *op. cit.*, p. 90.

¹⁴⁰⁰ R. GONSE, « Exposé de la législation relative au mariage, en Prusse », *Bulletin de la Société de législation comparée*, n° 4, mars 1872, p. 116.

¹⁴⁰¹ *Ibid.*, p. 123.

¹⁴⁰² La loi du 28 mars 1847 l'établit en effet dans un seul cas : lorsque les intéressés sont sortis de leur Eglise sans en avoir adoptée une autre, tolérée dans l'Etat ; et la loi du 3 avril 1854 l'organise seulement pour les sujets

historiquement le travail législatif qui aboutira en Allemagne comme en France à l'adoption du mariage civil »¹⁴⁰³. En effet, « si, comme on le pense universellement en Europe, l'Etat qui consacre les effets du mariage, ne peut se dispenser de le réglementer, d'en déterminer les conditions et les formalités, on doit reconnaître qu'il est invinciblement amené à veiller par ses propres représentants à l'accomplissement des prescriptions qu'il édicte, à constater civilement les unions »¹⁴⁰⁴. Or, poursuit le juriste français, « quoi qu'on en puisse dire, sur ce point comme sur beaucoup d'autres, notre pays a eu sa grande part d'influence ; c'est de lui qu'est partie cette réforme, c'est son esprit ; ce sont ses principes sur la liberté de conscience qui en assurent aujourd'hui les progrès et inspirent ceux là mêmes qui le calomnient davantage »¹⁴⁰⁵. Parce que la France a adopté le mariage civil et que « son exemple a été suivi déjà par quelques nations »¹⁴⁰⁶, Gonse suppose effectivement qu'« il le sera prochainement »¹⁴⁰⁷ par l'Allemagne. Autrement dit, le traumatisme de la défaite n'empêche pas les membres français de la SLC de mettre en lumière leur législation dès qu'ils le peuvent.

Sans doute le font-ils par nationalisme. En atteste le discours de Renouard¹⁴⁰⁸, élu, par 58 voix sur 60 votants, président de la SLC pour deux ans, en remplacement de Laboulaye, président sortant non rééligible. A l'instar de son prédécesseur, Renouard sent « toute l'importance des services que la Société de Législation comparée peut rendre ; importance qui s'est accrue par les tristes événements que nous venons de traverser »¹⁴⁰⁹. Pour lui aussi, « la France a, plus que jamais, besoin du travail. Sa situation n'est pas désespérée ; mais il faut, si elle veut guérir, qu'elle fasse un sérieux retour sur elle-même, qu'elle connaisse mieux ses défauts, et tire vaillamment parti de ses qualités »¹⁴¹⁰. L'heure semble par conséquent au bilan, à l'introspection et à l'humilité¹⁴¹¹ ; les mots du juriste français paraissant en effet exclusifs de tout sentiment – et *ressentiment* – nationaliste. Pourtant, il n'en est rien. Le patriotisme chez Renouard – et plus généralement chez les membres de la SLC – est bien présent.

prussiens appartenant à l'Eglise évangélique qui se trouvent hors de l'Europe et ne peuvent faire célébrer leur mariage devant les ministres de leur culte.

¹⁴⁰³ *Ibid.*, p. 127.

¹⁴⁰⁴ *Ibid.*, p. 128.

¹⁴⁰⁵ *Ibid.*, p. 114.

¹⁴⁰⁶ L'auteur fait ici référence à la Belgique, l'Italie, l'Espagne et l'Autriche.

¹⁴⁰⁷ *Ibid.*, p. 114.

¹⁴⁰⁸ Un auteur déjà rencontré : cf. *supra.*, p. 52 ; 269 et 275. En outre, sur ce dernier : J.-L. HALPERIN, V^o « Renouard », *Dictionnaire historique des juristes français...*, *op. cit.*, 1^{ère} éd., 2007, p. 661.

¹⁴⁰⁹ A.-C. RENOUD, « Discours de M. le Président Renouard », *Bulletin de la Société de législation comparée*, n° 1, décembre 1871, p. 4.

¹⁴¹⁰ *Ibid.*, p. 5.

¹⁴¹¹ « La conscience de ses défauts est nécessaire pour qu'on s'en corrige. Plus de frivolité, de présomption, de tous ces vices qui amollissent et égarent ; plus de cette vanité qui se complait à ne voir que soi, et à ne connaître les autres que par les côtés où ils ne nous valent pas. Il n'est pas de peuple qui ne soit, en certains points, inférieur à ses voisins : apprenons à connaître, et sachons nous avouer, en quoi nous leur sommes inférieurs. C'est la condition d'un sérieux progrès » (*Ibid.*, p. 5).

Le successeur de Laboulaye poursuivra effectivement son discours sur un ton finalement beaucoup plus orgueilleux :

« Gardons-nous toutefois de nous déprécier nous-mêmes ; car nous méritons de ne pas oublier que si nous devons puiser chez autrui quelques bons exemples, il en est de bons aussi que les autres peuvent trouver chez nous. Pour ne parler que des études spéciales de notre Société, la place restera toujours grande, dans la science du droit, pour le pays de Cujas et de Dumoulin, de Domat et de Pothier, de Merlin et de Toullier ; la législation n'a nulle part de plus beaux noms que L'hospital et d'Aguesseau, Tronchet, les Portalis et tant d'autres, dont la liste serait trop longue, qui se pressent dans nos mémoires, et dont plusieurs, encore aujourd'hui dans nos assemblées et hors de nos assemblées, offrent de vivants et glorieux modèles »¹⁴¹².

A noter également le vocabulaire quasi militaire qu'il semble parfois employer :

« *Marchez, jeunes gens*, sur ces nobles traces, et notre pays n'aura rien à envier aux peuples voisins. *Luttons* sans découragement comme sans orgueil ; et n'oublions pas que, *pour bien lutter*, il faut savoir *se défendre* de toute illusion en bien et en mal, et prendre toujours et partout pour point de départ la vérité »¹⁴¹³.

Quelle vision les juristes étrangers ont-ils de la législation française après 1870 ? Ces derniers assimilent-ils la défaite militaire de la France au déclin de son droit ? Telles sont, à n'en pas douter, les questions que se posent les membres de la SLC. Pour le dire autrement, les sociétaires français sont soucieux du regard que portent les jurisconsultes étrangers sur leurs lois. Un exemple suffira à s'en rendre compte. Le 15 avril 1872, l'avocat à la Cour de cassation, Lehmann, rend compte d'un projet de loi sur le jury en Italie dont un exemplaire avait auparavant été envoyé à la *Société* par Vidari, membre italien de la SLC¹⁴¹⁴. La réaction du juriste français relativement à l'exposé des motifs du projet et ses rédacteurs, lesquels se sont livrés « à des recherches de législation comparée, discutant à propos de chaque mesure les systèmes qui ont été adoptés dans les divers pays de l'Europe »¹⁴¹⁵, est assez instructive :

« Ce qui m'a particulièrement frappé, non sans une agréable surprise, c'est que c'est la législation française qui a particulièrement attiré les regards du rédacteur de l'exposé des motifs. Il paraît que même en Italie, malgré nos désastres, on trouve qu'il y a encore de bons exemples à chercher en France et de bons modèles à imiter »¹⁴¹⁶.

Ainsi l'étonnement se mêle-t-il à une certaine forme de soulagement : non, la défaite face à la Prusse n'a pas éteint le modèle juridique français. Trois mois plus tard, lors de la séance du 24 juillet 1872, le conseiller à la Cour de cassation, Greffier¹⁴¹⁷, rendait compte à son tour de plusieurs ouvrages du « savant professeur de droit commercial à l'Université de Pavie, dont le

¹⁴¹² *Ibid.*, p. 5.

¹⁴¹³ *Ibid.*, p. 5. L'italique est ici de notre fait.

¹⁴¹⁴ Cf. *supra.*, p. 269, note 1272.

¹⁴¹⁵ LEHMANN, « Compte rendu d'un projet de loi sur le jury en Italie », *Bulletin de la Société de législation comparée*, n° 5, avril 1872, p. 145-146.

¹⁴¹⁶ *Ibid.*, p. 146.

¹⁴¹⁷ Cf. *supra.*, p. 287.

nom a déjà plusieurs fois été cité avec honneur dans les travaux de notre Société, M. Vidari »¹⁴¹⁸.

« [Ces ouvrages] nous montrent, résume l'auteur du compte rendu, un des vieux contrats de notre droit commercial [le contrat de change] aux prises, quant à l'un de ses instruments les plus considérables [la lettre de change], avec les attaques habiles, énergiques et géminées d'éminents jurisconsultes modernes, et plus encore avec les tendances manifestes des législateurs de plusieurs nations voisines. Au nom des besoins économiques et juridiques du commerce et de l'industrie, au nom même de la science, on veut rajeunir le vieil arbre, ou au moins raviver sa sève, en faisant disparaître, par des amputations profondes, quelques-unes des branches considérées depuis longtemps par nos jurisconsultes comme les bases essentielles de son existence »¹⁴¹⁹.

Rappelant en effet qu' « il y a près d'un siècle, Pothier, dans un de ses traités si lumineux et si français, avait défini le contrat de change de cette façon simple et qui va à toutes les intelligences »¹⁴²⁰ et que cette définition, « en parfait accord avec l'origine et l'histoire de la lettre de change »¹⁴²¹, avait été reprise par les rédacteurs du Code de commerce de 1807, dont il n'est « pas besoin de rappeler ici les noms des nombreux Etats qui le prirent pour guide dans la première partie de ce siècle »¹⁴²², Greffier se trouve cependant confronté à un constat qu'il ne peut nier : ce modèle, qui puise son inspiration chez un auteur du XVIII^e siècle, est désormais inadapté aux progrès réalisés depuis en matière commerciale. Au regard de la liberté que recherchent les commerçants, de la facilité et de la rapidité nouvelles des échanges, liées notamment au développement des voies de communication, les législations calquées sur le modèle français sont en effet devenues « gênantes et par trop protectrices »¹⁴²³ et se sont ainsi exposées aux critiques des commerçants, alors relayées par les publicistes et les jurisconsultes. Or, ces discussions scientifiques trouvent, d'après Vidari, leur synthèse dans l'ordonnance allemande du 24 novembre 1848, devenue la loi de toute l'Allemagne le 9 juin 1869¹⁴²⁴. Autrement dit, la loi allemande s'érigeait en *nouveau modèle juridique* tandis que celui de la France perdait de son rayonnement. Si Greffier ne peut que souscrire à la critique « toujours nette et toujours élevée »¹⁴²⁵ de Vidari, n'hésitant pas à reconnaître en effet les réelles améliorations et la modernité apportées par l'ordonnance allemande¹⁴²⁶, il semble

¹⁴¹⁸ GREFFIER, « Compte rendu de plusieurs ouvrages de M. Vidari, professeur à l'Université de Pavie, sur la lettre de change », *Bulletin de la Société de législation comparée*, n° 8, juillet 1872, p. 287. Le compte rendu porte plus exactement sur le *Traité de la lettre de change, étude critique de législation comparée*, publié en 1869, et une brochure parue en 1871, formée de la réunion de plusieurs articles publiés dans la revue italienne *Archivio Giuridico* à l'occasion de trois projets de loi sur les lettres de change préparés en Suisse, en Belgique et en Italie.

¹⁴¹⁹ *Ibid.*, p. 287-288.

¹⁴²⁰ *Ibid.*, p. 288.

¹⁴²¹ *Ibid.*, p. 288.

¹⁴²² *Ibid.*, p. 289.

¹⁴²³ *Ibid.*, p. 289.

¹⁴²⁴ « Grand partisan des idées [que l'ordonnance allemande] consacre, M. Vidari les développe dans son *Traité*, les rapproche de celles qui trouvent leur sanction dans les Codes de commerce français et italien, et leur donne le plus souvent la préférence. [...] L'ouvrage tout entier du savant professeur tend au succès des principes introduits dans la loi des lettres de change par l'ordonnance de 1848 » (*Ibid.*, p. 289-290).

¹⁴²⁵ *Ibid.*, p. 290.

¹⁴²⁶ Ainsi fait-il observer que le système français, qui permet au porteur de se garantir contre la destruction ou la perte de la lettre de change en lui permettant de reconstituer le titre perdu et d'en obtenir le paiement, est trop

pourtant appeler à la modération et à la prudence, tantôt avec une relative suffisance¹⁴²⁷, parfois avec un certain humour¹⁴²⁸. Selon lui, « un grand nombre des dispositions proposées sont en réalité la traduction sous forme législative des décisions de notre jurisprudence française »¹⁴²⁹ ; aussi lui paraît-il quelque peu exagéré de ne voir en l'ordonnance allemande qu'innovation juridique et salue-t-il, du reste, la « timidité du législateur »¹⁴³⁰ italien en ce que son projet de révision des lois commerciales ne se libère pas totalement de « l'ancien édifice »¹⁴³¹ français.

« Il est des cas, il est des temps surtout, conclut-il en effet, où ce serait un grand mal que la satisfaction entière et absolue donnée à des aspirations nouvelles et à des idées ardentes de progrès et de transformation. On pourrait se tromper sur l'état des mœurs et des esprits, et quand le monument serait par terre, s'apercevoir qu'il suffisait, pour l'adapter aux idées et aux besoins du pays, d'en modifier quelques parties et de faire pénétrer dans quelques autres plus d'air, plus de jour et plus de liberté »¹⁴³².

Sincère conviction ou jalousie dissimulée ? Probablement les deux à la fois, à en croire le discours de clôture de l'année 1872 qu'il est alors chargé de prononcer¹⁴³³ :

« Mes chers collègues, nous terminons aujourd'hui la troisième année de nos travaux ; je devrais dire la quatrième ! Mais, hélas ! il existe dans notre vie scientifique une interruption douloureuse, correspondant à une époque de souffrances cruelles et de terribles épreuves, dont il nous faut garder le souvenir pour devenir et meilleurs et plus forts. Grâce à Dieu, nos études ont repris avec une ardeur nouvelle. Le Bulletin de nos séances l'atteste, et la publication de l'*Annuaire* des lois étrangères, traduites par nos collègues avec un soin et un empressement dignes d'éloges, prouvera à nos amis et aussi à nos ennemis que si nous avons pu fléchir un instant sous le poids de la force et du nombre, nous avons conservé la foi patriotique et l'amour de la science qui relèvent les nations, et qui leur permettent d'espérer, après les jours de malheurs, des destinées plus hautes et des honneurs nouveaux »¹⁴³⁴.

compliqué et par conséquent trop lent, ce qui est « [incompatible] avec la rapidité des opérations commerciales et les besoins du crédit » (*Ibid.*, p. 294) alors que l'ordonnance allemande, « sans abroger le système par lequel le porteur peut se procurer une autre lettre de change pour remplacer celle qui est perdue » (*Ibid.*, p. 294), a établi une procédure d'annulation de la lettre de change perdue devant le tribunal du lieu du paiement, créant par là une déchéance opposable à celui qui présente la lettre après un délai généralement très-court, une procédure qui s'adapte parfaitement aux nouvelles formes, aux nouvelles habitudes et à la rapidité du commerce.

¹⁴²⁷ « Nous n'entrerons point dans l'examen de ces discussions pleines d'intérêt assurément, mais non pas toujours, du côté des jurisconsultes allemands au moins, de lumière et d'évidence » (*Ibid.*, p. 289).

¹⁴²⁸ « La loi allemande est son type ; il n'y voit presque aucun défaut, à peine quelques lacunes et seulement quelques signes de défaillance dans l'affirmation de principes d'ordre secondaire. C'est donc à cette loi qu'il va confronter, en quelque sorte, les projets élaborés [projets de révision des lois commerciales en Suisse, Italie et Belgique] ; malheur aux dispositions qui s'en écarteront d'une façon trop marquée ! » (*Ibid.*, p. 291)

¹⁴²⁹ *Ibid.*, p. 294.

¹⁴³⁰ *Ibid.*, p. 298.

¹⁴³¹ *Ibid.*, p. 298.

¹⁴³² *Ibid.*, p. 298.

¹⁴³³ Obligé de quitter la séance du 24 juillet 1872 qu'il présidait, Léon Aucoc (1828-1910) se fait effectivement remplacer par Greffier.

¹⁴³⁴ GREFFIER, « Discours de clôture de la séance du 24 juillet 1872 », *Bulletin de la Société de législation comparée*, n° 8, juillet 1872, p. 367-368.

Devenir et meilleurs et plus forts... Laboulaye parlait également de « réparation qui doit rendre à la France sa force et son rang dans le monde »¹⁴³⁵. Mieux, il parlait d'« œuvre de régénération »¹⁴³⁶.

§3. Régénérer la France

Dans le domaine des Lettres, Claude Digeon fait remarquer que « la littérature née de 1870 est en grande partie destinée aux enfants parce que les adultes veulent *régénérer la France*, et lui donner des soldats-citoyens. Il importe donc d'adapter les récits de guerre à la psychologie enfantine, et d'enflammer la jeunesse par le récit d'actes héroïques »¹⁴³⁷. Assurément, les membres de la doctrine juridique française partagent – pour ce qui les concerne – les mêmes ambitions, lesquelles se définissent assez aisément dans la mesure où il s'agit pour eux de retourner le bilan de la guerre : la défaite militaire de la France est synonyme d'un droit « *vieilli* », « *sclérosé* » ? Les jurisconsultes mettent dès lors tout en œuvre pour (r)établir un droit *fort*, *revivifié*, un droit *moderne* c'est-à-dire adapté aux nouvelles réalités sociales. Le droit français a perdu son statut de premier rang ? Il s'agit par conséquent de le retrouver en revivifiant par exemple les modèles juridiques restés inchangés depuis trop longtemps voire en en proposant de nouveaux. Quant à la raison de la défaite, entendue sur le plan juridique, elle indique directement la marche à suivre pour parvenir à ces fins : c'est bien un *retard*, législatif et institutionnel, qu'il s'agit en effet de combler. Aussi n'est-il pas vraiment question de faire table rase des acquis de la législation française mais bien plutôt d'*intensifier* les réformes législatives ainsi que les discussions doctrinales qui les accompagnent. En d'autres termes, à l'idée d'une *rupture* radicale provoquée par la guerre de 1870 doit être préférée, semble-t-il, celle d'une *continuité* des travaux comparatifs de la période précédente (1815-1869) mais dont l'intensité, en réaction à la défaite, augmente néanmoins considérablement¹⁴³⁸.

Si cette remarque se vérifie tout particulièrement au regard des auteurs jusqu'alors simplement ouverts aux études de législation comparée¹⁴³⁹ et qui, à compter de l'année 1871, font de la comparaison juridique une *priorité* ; elle vaut aussi pour les juristes ayant appartenu, avant cette date, au cercle restreint des pionniers de la comparaison juridique¹⁴⁴⁰. Tel est le cas de Batbie¹⁴⁴¹. Ce libéral, professeur de droit administratif comparé de 1854 à

¹⁴³⁵ Déjà cité, cf. *supra.*, p. 286.

¹⁴³⁶ E. LABOULAYE, « Exposé de la situation de la Société », art. cit., p. 1.

¹⁴³⁷ C. DIGEON, *La crise allemande de la pensée française...*, *op. cit.*, p. 54. L'italique est de notre fait.

¹⁴³⁸ Rappelons simplement à ce propos que la proportion d'ouvrages dits de droit comparé a plus que doublé : de 10 % pour la période 1815-1869, elle passe effectivement à 25 % pour la période 1869-1914. Pour plus de détails, cf. Tableaux 1 et 2, dans la partie Annexes, p. 519-520.

¹⁴³⁹ Sur ces auteurs, cf. *supra.*, p. 67 et s.

¹⁴⁴⁰ Sur ce cercle, cf. *supra.*, p. 113 et s.

¹⁴⁴¹ Sur cet auteur déjà rencontré, cf. *supra.*, p. 177 et s.

1856, regrettait déjà en 1862 « une lacune qui se rencontre dans tous les traités [...], sans distinction, c'est l'étude des législations étrangères, ou le *droit comparé* »¹⁴⁴². Or, il apparaît clairement que les événements de 1870-1871 sont venus renforcer ce qui était chez lui une intuition : celle de la nécessité d'étendre toujours plus le champ des études juridiques au droit comparé. C'est ainsi qu'en 1871, à propos de la *Revue Wolowski* dont il est l'un des directeurs depuis 1865¹⁴⁴³, Batbie entend « marquer la différence entre la période qui finit au 31 décembre 1870 et celle où nous allons entrer »¹⁴⁴⁴, ouvrant « une nouvelle série qui, tout en faisant suite à la première, s'en distinguera sensiblement »¹⁴⁴⁵. Véritable traumatisme, la guerre a effectivement, selon lui, « tout [...] remis en question ; il n'est pas une matière sur laquelle ne s'exerce l'esprit d'innovation, et les propositions se pressent nombreuses à la tribune et dans les commissions de l'Assemblée nationale. Tandis qu'avant la guerre de 1870, les questions naissaient à des intervalles éloignés, nous les voyons aujourd'hui paraître toutes à la fois »¹⁴⁴⁶. Pour faire face à ce brusque changement de rythme, la *Revue* décide subséquemment de « modifier et la rédaction et les conditions matérielles »¹⁴⁴⁷ c'est-à-dire, « sans négliger la critique de la jurisprudence, [donner] à l'étude de la législation une étendue qui est commandée par les circonstances »¹⁴⁴⁸. Bien évidemment, cette « étendue » renvoie à la législation comparée : « Afin de mieux éclairer les questions de législation, développe-t-il en effet, nous ferons revivre la partie du droit comparé qui, dans ces dernières années, avait été trop négligée, et chaque numéro contiendra un examen des travaux publiés à l'étranger »¹⁴⁴⁹.

Sans surprise, l'attention de la *Revue* portera plus particulièrement sur les « travaux publiés en Allemagne et [les] innovations qui seront faites à la législation des différents Etats »¹⁴⁵⁰ parce que, écrit encore Batbie, « il s'en faut de beaucoup, assurément, que les Allemands aient l'originalité et l'éclat du génie italien, mais ils ont une patience et une puissance de travail qu'on ne trouve au même degré chez aucun autre peuple »¹⁴⁵¹. Cette flatterie, qui peut sembler contraster avec le patriotisme des juristes français évoqué jusqu'à présent, semble s'expliquer par la « théorie des deux Allemagnes ». Elle concerne la « génération de 1850 », née entre 1820 et 1830¹⁴⁵² et incapable d'« unir synthétiquement différentes impressions ; elle est l'indice d'une hésitation fondamentale sur l'attitude future à adopter »¹⁴⁵³. Pour le dire

¹⁴⁴² Déjà cité, cf. *supra.*, p. 178.

¹⁴⁴³ Il le restera jusqu'en 1885. Sur la *Revue Wolowski*, cf. *supra.*, p. 219 et s.

¹⁴⁴⁴ A. BATBIE, « Avertissement », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, t. I, 1871-1872, p. 1.

¹⁴⁴⁵ *Ibid.*, p. 1.

¹⁴⁴⁶ *Ibid.*, p. 2.

¹⁴⁴⁷ *Ibid.*, p. 1.

¹⁴⁴⁸ *Ibid.*, p. 2.

¹⁴⁴⁹ *Ibid.*, p. 2.

¹⁴⁵⁰ *Ibid.*, p. 3.

¹⁴⁵¹ *Ibid.*, p. 3.

¹⁴⁵² On rappelle que Batbie est né en 1828.

¹⁴⁵³ C. DIGEON, *La crise allemande de la pensée française...*, *op. cit.*, p. 163.

autrement, elle est « un refus de se prononcer et qui résout un problème par une énigme »¹⁴⁵⁴. Selon Claude Digeon, « il semble que ce soient les modérés, libéraux indépendants, qui la soutiennent le plus volontiers »¹⁴⁵⁵.

« Politiquement, c'est une idée neutre, qui peut être adoptée provisoirement par tout le monde dans un pays encore étonné de sa chute, et inquiet de l'avenir. Réinstaller l'image passée de la bonne Allemagne, ce serait oublier la guerre ; éterniser l'image de la mauvaise, ce serait au contraire se déterminer pour la Revanche. La théorie des deux Allemagnes, par son éclectisme, concilie tout. Elle permet de voiler pudiquement l'aveu désagréable d'une erreur : la bonne et savante Allemagne du passé n'était pas irréaliste, elle existe toujours, et les intellectuels français trop généreux n'avaient péché que par excès de confiance »¹⁴⁵⁶.

C'est probablement la raison pour laquelle la description que donne Batbie des juristes d'outre-Rhin, et de leurs œuvres, balance entre leurs petits défauts et leurs grandes qualités :

« [Les Allemands] ont réalisé cette définition, écrit-il effectivement, qui, au lieu de faire du génie une qualité native, en fait une *longue patience*. Si les ouvrages qui se publient dans ce pays ne se font pas remarquer par la beauté de la forme, ils ont le mérite d'être écrits après une étude approfondie de la matière qui en est l'objet, et de servir comme des enquêtes sûres et complètes sur les questions dont ils traitent. Le livre n'est pas élaboré jusqu'à la perfection, mais les recherches peuvent être considérées comme achevées. Ces considérations nous montrent quelle utilité il y a à suivre le mouvement juridique en Allemagne »¹⁴⁵⁷.

Avec Batbie, nombreux (très nombreux...) sont les intellectuels français qui croient en effet que

« l'Allemagne a matériellement triomphé [...] parce qu'elle était spirituellement mieux armée ; en particulier ses Universités, justement célèbres, ont réussi à lui donner, avec la gloire de l'esprit, la grandeur politique et militaire. Tous les degrés de l'enseignement germanique sont loués ; d'abord le primaire, puisque l'instituteur prussien se découvre le grand artisan de la victoire de Sedan ; ensuite le secondaire, puisque les Allemands ont su constituer avec les *Realschulen* un enseignement vraiment moderne ; enfin le supérieur, puisque les Universités d'outre-Rhin sont depuis plusieurs décennies considérées comme les Mères de la Science. Cette unité dans l'éloge est confirmée par une admiration déclarée pour cette science merveilleusement cultivée en Allemagne, la pédagogie »¹⁴⁵⁸.

Aussi, « qu'une réforme nouvelle soit projetée en France, l'on se réfère aussitôt à ce qui est fait en Allemagne. Ce souci de l'exemplaire voisin ne conduit pas à une admiration sans discernement, mais il repose sur la conviction qu'il faut suivre les mêmes voies que l'Allemagne pour parvenir à des résultats comparables dans le domaine scientifique »¹⁴⁵⁹. A n'en pas douter, Batbie était de cet avis. Laboulaye, avec qui il partageait ses idées libérales¹⁴⁶⁰, l'était également.

¹⁴⁵⁴ *Ibid.*, p. 163.

¹⁴⁵⁵ *Ibid.*, p. 163. Rappelons encore que Batbie était justement un libéral : cf. *supra.*, p. 177 et s.

¹⁴⁵⁶ *Ibid.*, p. 163.

¹⁴⁵⁷ A. BATBIE, *loc. cit.*

¹⁴⁵⁸ C. DIGEON, *La crise allemande de la pensée française...*, *op. cit.*, p. 365.

¹⁴⁵⁹ *Ibid.*, p. 371-372.

¹⁴⁶⁰ A noter d'ailleurs que Batbie a été membre de la SLC dès 1869.

Président de la SLC, Laboulaye reste en parallèle – avec Dareste¹⁴⁶¹ et Eugène de Rozière (1820-1896), membre de l'Institut et inspecteur général des Archives – l'un des directeurs de la *Revue historique de droit français et étranger*¹⁴⁶², nouvellement intitulée – en 1870 – *Revue de législation ancienne et moderne française et étrangère*. « Il est peu nécessaire d'indiquer le caractère de cette Revue de législation, écrit alors Laboulaye ; le nom des trois directeurs dit assez que, de même que la *Revue historique*, ce nouveau recueil sera consacré à l'histoire du droit et à la législation comparée »¹⁴⁶³. Désirant continuer « l'œuvre que nous poursuivons depuis quinze ans »¹⁴⁶⁴, ces derniers reconnaissent surtout que « la législation comparée est aujourd'hui une des études les plus nécessaires pour un jurisconsulte digne de ce nom. En examinant les lois des autres pays, il est sur son terrain. Il ne s'agit plus de théories toujours contestables, tant qu'elles ne sont pas entrées dans le domaine des faits ; il s'agit de dispositions légales dont on peut apprécier la justice et l'utilité »¹⁴⁶⁵. C'est la raison pour laquelle, insistent-ils, « dans une revue de législation il est [...] nécessaire de faire une assez large place à la législation comparée »¹⁴⁶⁶.

Afin d'exploiter ce « champ immense »¹⁴⁶⁷, la *Revue de législation ancienne et moderne* entend alors faire appel, à l'instar de la SLC, au zèle de ses collaborateurs c'est-à-dire s'appuyer sur un réseau, au demeurant déjà bien établi¹⁴⁶⁸. Comme les littéraires, ce sont surtout les « jeunes gens de bonne volonté, auxquels souvent manque l'occasion de se produire »¹⁴⁶⁹, que vise Laboulaye. Comme les littéraires également, les juristes se font les mimes de leurs homologues d'outre-Rhin : « Ce serait un bonheur pour nous, conclut par exemple le directeur de la *Revue*, que d'encourager ces belles recherches et de ramener l'attention des jurisconsultes sur des études qui sont la gloire de l'Allemagne, et qui sont trop négligées dans notre pays »¹⁴⁷⁰.

¹⁴⁶¹ Sur cet auteur, cf. *supra.*, p. 199 et s.

¹⁴⁶² Sur cette dernière revue, cf. *supra.*, p. 197 et s.

¹⁴⁶³ E. LABOULAYE, « Introduction », *Revue de législation ancienne et moderne française et étrangère*, 1870-1871, p. 5.

¹⁴⁶⁴ *Ibid.*, p. 5.

¹⁴⁶⁵ *Ibid.*, p. 8.

¹⁴⁶⁶ *Ibid.*, p. 9.

¹⁴⁶⁷ *Ibid.*, p. 12.

¹⁴⁶⁸ « Il nous faut le concours d'amis dévoués, lance en effet Laboulaye. La *Revue historique* a fraternellement accueilli tous ceux qui lui ont apporté des recherches sérieuses, nous ne serons pas moins heureux d'ouvrir cette nouvelle Revue à tous ceux qui s'intéressent à l'histoire du droit » (*Ibid.*, p. 12).

¹⁴⁶⁹ *Ibid.*, p. 12.

¹⁴⁷⁰ *Ibid.*, p. 12.

CONCLUSION

Dans la continuité de ce qu'ont accompli les pionniers de la comparaison juridique française du XIX^e siècle, lesquels avaient signalé très tôt l'importance des études de législation comparée¹⁴⁷¹, trois jurisconsultes, aux parcours relativement proches et partageant en outre les mêmes idéaux politiques, semblent avoir pressenti au même moment que ce qui était jusqu'alors considéré comme *utile* devenait en réalité *indispensable*. En 1869, se regroupe ainsi une poignée de juristes – 260 membres, essentiellement parisiens¹⁴⁷² – autour des trois principaux fondateurs de la *Société de législation comparée* que sont Jozon, Ribot et Laboulaye : avocats, magistrats, professeurs, agrégés, docteurs ou simplement étudiants à la Faculté de droit, conseillers, maîtres des requêtes ou auditeurs au Conseil d'Etat, conseillers à la Cour de cassation ou à la Cour impériale de Paris, avoués, notaires ou même – pour être tout à fait exact – maires, députés, chefs ou employés de cabinet ministériel, journalistes, libraires-éditeurs, économistes, secrétaires d'ambassade, ingénieurs ou encore médecins.

Bien que la SLC ait normalement vocation à accueillir des membres étrangers – une trentaine répond d'ailleurs à l'appel dès 1869 –, il ressort pourtant de la lecture de son *Bulletin* que celle-ci œuvre avant tout *pour la France*. Une France qui se sent – ou qui se sait – en retard sur le plan législatif, institutionnel voire même doctrinal lorsqu'elle regarde du côté de la science allemande. A cet égard, les sociétaires restent persuadés que seule la législation comparée est alors à même de rajeunir et redynamiser le droit français.

« Et ces idées, qui avaient été exprimées avant 1870, furent évidemment très renforcées par la guerre. Tout le mouvement de rénovation universitaire devait en sortir. Mais elles ne sont pas nouvelles. Ce qui, au contraire, est nouveau, c'est que l'on discute cette science allemande. Au lieu qu'avant 1870, elle apparaissait comme un idéal, après 1870, ce sera une réalité dont il faudra se méfier. [...] Ainsi s'ébauche un thème possible, le pessimisme scientifique, mais il demeure à l'état latent, les souffrances causées par la guerre ayant été infiniment moins grandes que la douleur de la défaite »¹⁴⁷³.

Pour le dire autrement, la défaite s'apparente à un véritable coup de fouet mais elle apparaît moins, cependant, comme un nouveau point de départ que comme une obligation grave d'intensifier les travaux comparatifs. D'un point de vue général, le mot d'ordre est dès lors aussi simple qu'ambitieux : *régénérer la France*. D'un point de vue juridique, cela revient à parler de *renovation du droit français*.

¹⁴⁷¹ Cf. *supra*, p. 113 et s.

¹⁴⁷² Sur les 260 membres, seulement douze résident en effet « dans les départements ».

¹⁴⁷³ C. DIGEON, *La crise allemande de la pensée française...*, *op. cit.*, p. 97-98.

CHAPITRE II - LA COMPARAISON AU SERVICE DE LA RENOVATION DU DROIT FRANÇAIS (1871-1900)

Sur le plan statistique, comme sur celui des objectifs, les productions scientifiques de la doctrine juridique française de l'après « moment 1869-1870 » se révèlent bien différentes de celles qui lui sont antérieures. En ce qui concerne les ouvrages juridiques majeurs, les publications portant non plus un intérêt *relatif* mais un intérêt *certain* au droit comparé voient en effet leur nombre augmenter considérablement¹⁴⁷⁴. Plus généralement d'ailleurs, la comparaison semble se développer dans tous les domaines de la connaissance : en philosophie, en botanique, en sciences physiques, en mathématiques, etc. En ce sens, la montée du droit comparé participe en réalité d'un phénomène plus général de comparaison qui vient se cristalliser autour d'un pays : l'Allemagne (Section 1).

Surtout, deux informations principales sont à tirer de l'examen des publications juridiques. Premièrement, les auteurs de ces œuvres, qu'ils soient spécialistes dans tel ou tel domaine juridique, appartiennent presque systématiquement au « réseau SLC » ; tel est le cas par exemple du civiliste Bufnoir, de l'administrativiste Edouard Laferrière, des commercialistes Lyon-Caen, Renault ou Thaller, du constitutionnaliste Esmein, du procéduraliste Garraud ou encore du pénaliste Vidal. Cela signifie, en d'autres termes, qu'ils partagent la conviction d'un Laboulaye, d'un Ribot ou d'un Jozon : autrefois considérée comme *accessoire*, la législation comparée devient au contraire, selon eux, *nécessaire* à l'amélioration de la loi nationale. Secondement, leurs ouvrages sont essentiellement publiés durant les décennies 1880 et 1890 c'est-à-dire – pour reprendre l'analyse de Claude Digeon – par la « génération de 1870 » (Section 2).

Quant aux revues juridiques, non seulement leur nombre s'accroît considérablement – elles doublent presque en ce qui concerne notre *corpus* – mais leur spécialisation est également très nette : les catholiques disposent de leur propre périodique, une *Revue pénitentiaire* voit le jour, le droit des sociétés se discute au sein du *Journal des sociétés civiles et commerciales*, les privatistes bénéficient d'une *Revue trimestrielle de droit civil*, etc. En outre, l'œuvre de la *Société de législation comparée* semble – une fois de plus – s'y prolonger : il suffit par exemple de rappeler les noms de Maurice Block (1816-1901), fondateur en 1877 de la *Revue générale d'administration* ; Auguste Vavasseur (1823-1905), créateur en 1883 de la *Revue des sociétés* ou Etienne-Ferdinand Larnaude (1853-1942), promoteur en 1894 de la *Revue du droit public* – tous trois membres de la SLC – pour comprendre que les revues de droit de la

¹⁴⁷⁴ Elles passent en effet de 10 % des publications retenues pour la période 1815-1869 à 25 % des ouvrages de la période 1869-1914. Cf. Tableaux 1 et 2, dans la partie Annexes, p. 519-520.

période 1871-1900 n’entendent absolument pas délaisser les questions de législation comparée, bien au contraire (Section 3).

Section 1 – La référence à l’Allemagne dans tous les domaines de la connaissance

A l’instar de certains juristes – tels Jozon, Ribot ou Laboulaye¹⁴⁷⁵ –, plusieurs *intellectuels*, issus d’horizons divers, ressentent dès les années 1860 le retard accumulé en France dans les sciences ou dans les lettres. Déjà, ce retard s’apprécie, s’évalue, se mesure par rapport à l’Allemagne. Le 2 août 1861, Louis Pasteur (1822-1895) écrit par exemple au Directeur de l’Enseignement supérieur :

« Quand la science sera-t-elle dignement encouragée dans notre pays ? Vous seriez humilié, Monsieur le Directeur, si vous parcouriez les laboratoires des plus humbles universités de l’Allemagne ou de l’Angleterre. Nous servions de modèles il y a vingt ans pour nos voisins. Ils nous ont tellement devancés qu’aujourd’hui ils se rient de notre misère. Dans vingt ans nous serons à la remorque de l’Allemagne et de l’Angleterre, si les choses restent ce qu’elles sont. Croyez-moi, Monsieur le Directeur, le mal est profond »¹⁴⁷⁶.

Le 10 décembre 1864, le chimiste alsacien Adolphe Wurtz (1817-1884) alerte à son tour le gouvernement français ; il écrit en effet au ministre de l’Instruction publique, Victor Duruy (1811-1894) :

« Il s’agit là d’un intérêt de premier ordre, de l’avenir de la chimie en France. Cette science est française et à Dieu ne plaise que notre pays s’y laisse devancer. Et le danger existe, car on peut affirmer que le mouvement scientifique, tel qu’il se manifeste par le nombre des découvertes et des publications utiles, s’est prononcé davantage, dans ces dernières années, en Allemagne qu’en France »¹⁴⁷⁷.

En 1866, Guillaume Alfred Heinrich (1829-1887), professeur de littérature étrangère à Lyon, retient, quant à lui, que

« tandis qu’il se fait à la Sorbonne à peu près vingt-deux cours, il se fait cette année quarante sept cours à la Faculté de philosophie de Heidelberg, quarante-huit à celle de Bonn, cinquante à celle de Leipzig, soixante-deux à celle de Goettingen, et quatre-vingt-trois à celle de Berlin... Ce sont, il est vrai, les grandes Universités ; mais les plus petites ont un nombre de cours égal à celui de nos Facultés les mieux pourvues... A Lyon, dans la seconde ville de France, nous avons douze cours ; or, j’en ai compté vingt et un pour la seule Faculté de philosophie à Marbourg, dix-huit à Rostock, dix-huit à la petite Université fort peu célèbre de Gratz, en Styrie... Ces cours embrassent les branches les plus diverses. Le vieux français, que ne représente chez nous aucune chaire, est cette année l’objet de cours spéciaux à Leipzig, à Breslau et à Zurich. La langue d’oc, qui n’a pas de chaire dans notre pays, est professée à Bonn, à Marbourg et à Tübingen. Le grec, qui n’a pu obtenir de chaires spéciales dans nos Facultés de province, et qui n’a à Paris que deux chaires, une au Collège de France et l’autre à la Sorbonne, le grec est représenté par cinquante-cinq cours dans les dix-neuf Universités dont j’ai vérifié les annonces »¹⁴⁷⁸.

Il est vrai qu’ « en 1865, la France n’employait que 785 personnes dans les facultés d’Etat auxquelles il faudrait adjoindre une centaine d’enseignants dans les grands établissements

¹⁴⁷⁵ Cf. *supra.*, p. 252 et s.

¹⁴⁷⁶ Cité par A.-M. DECAILLOT, « Zurich 1897 : premier congrès international de mathématiciens », *Revue germanique internationale* [en ligne], n° 12, 2010, p. 123, disponible sur internet <<http://rgi.revues.org/275>>.

¹⁴⁷⁷ Egalement cité par Decaillot : *Ibid.*, p. 123-124, disponible sur internet <<http://rgi.revues.org/275>>.

¹⁴⁷⁸ *Revue critique d’histoire et de littérature*, première année – premier semestre, 1866, p. 120.

parisiens (Collège de France, Ecole des langues orientales, Ecole des chartes, Muséum, Ecole normale supérieure, Ecole polytechnique, etc.) pour avoir un total comparable aux données européennes disponibles [...]. Ces 900 universitaires font pâle figure en regard des 1468 enseignants des universités allemandes de 1864 »¹⁴⁷⁹. Aussi la France s'engage-t-elle, à partir de la fin des années 1860, dans une vaste politique de réformes universitaires pendant laquelle « la référence à l'Allemagne a été [...] le motif récurrent et efficace des discours réformateurs »¹⁴⁸⁰. L'objectif est double : « Développer la fonction de recherche à l'intérieur des facultés sur le modèle germanique, alors à son apogée [...] ; rééquilibrer un organisme hypercentralisé »¹⁴⁸¹. Le modèle pédagogique allemand est en effet celui du séminaire « qui rompt avec le cours magistral dogmatique ou avec la conférence d'apparat pour grand public qui dominant l'enseignement supérieur français »¹⁴⁸². En somme, la faculté devient, selon ce modèle, à la fois un lieu d'enseignement mais également un centre de recherches. En 1868, le ministre de l'Instruction publique Duruy fonde ainsi l'Ecole pratique des Hautes Etudes dont les enseignements théoriques – placés à côté des exercices pratiques qui les complètent – s'inspirent des séminaires spécialisés « à l'allemande ». Plus généralement, l'Etat cherche à réorganiser l'Université française et à professionnaliser les cursus. C'est en ce sens qui naissent de nouvelles disciplines *scientifiques* autonomes. Au cours de cette période (dès la décennie 1860), l'on assiste en effet à ce que Christophe Charle qualifie de véritable « culte de la science »¹⁴⁸³ ; attendu que « la promotion de la science par les savants français participe d'un mouvement international où la concurrence entre nations sert d'argument à chaque communauté scientifique pour faire avancer ses intérêts ; seules varient les modalités d'organisation des financements et la part, publique ou privée, de ceux-ci, ou encore l'autonomie relative par rapport aux intérêts économiques ».

Puis, en 1870, c'est la défaite. Pour les juristes comme pour le reste des universitaires français, cette dernière signifie trois choses. Tout d'abord, sur le plan moral, elle oblige à une réelle remise en question. Dès 1871, le philologue Ernest Renan (1823-1892) écrit par exemple :

« Pour voir en ces dernières années que l'état moral de la France était gravement atteint, il fallait quelque pénétration d'esprit, une certaine habitude des raisonnements politiques et historiques. Pour voir le mal aujourd'hui, il ne faut, hélas ! que des yeux. [...] Présomption, vanité puérile, indiscipline, manque de sérieux, d'application, d'honnêteté, faiblesse de tête, incapacité de tenir à la fois beaucoup d'idées sous le

¹⁴⁷⁹ C. CHARLE, *Les intellectuels en Europe au XIX^e siècle. Essai d'histoire comparée*, Paris, Editions du Seuil, 1996, p. 178.

¹⁴⁸⁰ P. JUDET DE LA COMBE, « La querelle philologique du mythe. Les termes d'un débat en Allemagne et en France au début du siècle dernier », *Revue germanique internationale* [en ligne], n° 4, 1995, p. 56, disponible sur internet <<http://rgi.revues.org/510>>. Sur la réforme du système universitaire français : G. WEISZ, *The Emergence of Modern Universities in France, 1863-1914*, Princeton, Princeton UP, 1983 ; J. VERGER (dir.), *Histoire des universités en France*, Toulouse, Privat, 1986 ; C. CHARLE et J. VERGER, *Histoire des universités*, Paris, PUF, 2^e éd., 2007, p. 92 et s.

¹⁴⁸¹ *Ibid.*, p. 92.

¹⁴⁸² C. CHARLE, *La République des universitaires...*, *op. cit.*, p. 443.

¹⁴⁸³ *Ibid.*, p. 179-186 ; d'où les développements qui vont suivre sont tirés. L'auteur conçoit ce culte comme « une stratégie d'image et un effet de la division sociale du travail interne aux savants ».

regard, *absence d'esprit scientifique*, naïve et grossière ignorance, voilà depuis un an l'abrégé de notre histoire »¹⁴⁸⁴.

Ensuite, la défaite est *une confirmation* du retard constaté quelques années auparavant, en particulier sur le plan scientifique. A ce propos, Renan écrit encore que « la victoire de l'Allemagne a été la victoire de l'homme discipliné sur celui qui ne l'est pas, de l'homme respectueux, soigneux, attentif, méthodique sur celui qui ne l'est pas ; ç'a été *la victoire de la science* et de la raison »¹⁴⁸⁵. Enfin, la défaite est *un catalyseur* du mouvement de réformes enclenché dans les années 1860 ; l'ouvrage de Renan de 1871 – dont le titre, d'ailleurs, est à lui seul programmatique : *La Réforme intellectuelle et morale* – propose ainsi « une analyse aussi exacte que possible, [afin] de [...] rendre compte du mal de la France, pour tâcher de *découvrir le remède qu'il convient d'y appliquer* »¹⁴⁸⁶.

En France, en effet, « l'explication de l'échec qui a généralement cours à l'issue du dur conflit de 1870-1871 est la suivante : c'est à son élite savante, à son avance scientifique, que la Prusse doit sa victoire. C'est l'instituteur prussien, la science prussienne qui auraient triomphé de la France, après avoir vaincu l'Autriche. L'intelligence française se doit d'assumer le même rôle national. L'idée d'une revanche scientifique pointe [...] : on veut égaler l'Allemagne sur son propre terrain »¹⁴⁸⁷. Désormais, les mots d'ordre sont : *reconstruction*, *redressement*, *régénération*. Aussi le mouvement en faveur du développement scientifique se poursuit-il et de nombreuses institutions de recherche voient le jour : la *Société Mathématique de France*, l'*Association Française pour l'Avancement des Sciences*, l'*Ecole libre des sciences politiques* en 1872 ; l'*Ecole des hautes études commerciales* de Paris, en 1881 ; l'*Ecole municipale de physique et chimie industrielles de la Ville de Paris*, en 1882 ; etc. En outre, le processus de disciplinarisation, résultant de la réorganisation de l'Université française, s'intensifie : la psychologie, la sociologie, la science politique, l'économie s'institutionnalisent, tout comme la médecine expérimentale, la biologie, la chimie organique, la chimie-physique, etc.

Finalement, c'est bien l'ensemble des intellectuels français qui s'ouvre à l'étranger et prête une attention particulière au voisin d'outre-Rhin. Les échanges entre universités françaises et étrangères se multiplient : la Sorbonne accueille par exemple de nombreux professeurs américains et, inversement, plusieurs universités américaines reçoivent des conférenciers français¹⁴⁸⁸. Bien-sûr, l'Allemagne occupe ici une place privilégiée : entre 1879 et 1908, elle est par exemple le deuxième pays – après la Grèce mais avant l'Italie, l'Angleterre et les Etats-Unis – choisi par les professeurs de la faculté des lettres de Paris pour réaliser leur

¹⁴⁸⁴ E. RENAN, *La Réforme intellectuelle et morale*, Paris, Michel Lévy Frères, 1871, p. 2-3. L'italique est de notre fait.

¹⁴⁸⁵ *Ibid.*, p. 55. Nous soulignons.

¹⁴⁸⁶ *Ibid.*, p. 4. Nous soulignons.

¹⁴⁸⁷ A.-M. DECAILLOT, « Zurich 1897 : premier congrès international de mathématiciens », art. cit., p. 124-125, disponible sur internet <<http://rgi.revues.org/275>>.

¹⁴⁸⁸ C. CHARLE, *La République des universitaires...*, op. cit., p. 345 et s.

première mission à l'étranger¹⁴⁸⁹. Mieux : pour la même période, elle arrive en tête des « pays de première mission » – devant la Belgique, l'Espagne, les Pays-Bas et l'Angleterre – chez les professeurs parisiens de la faculté des sciences. C'est dire si, pour les scientifiques français de l'après-guerre, la régénération nationale s'accompagne en parallèle d'une admiration pour la science allemande.

Les disciplines scientifiques semblent en effet se construire sur le modèle de l'Allemagne. *En mathématiques*, les recherches de Georg Cantor (1845-1918) sur l'infini et sa construction de la théorie des ensembles sont reconnues par ses homologues français, en particulier Charles-Ange Laisant (1841-1920) qui invite le savant allemand au Congrès de Caen organisé en 1894 par l'*Association française pour l'avancement des sciences*¹⁴⁹⁰. *En géographie*, le modèle allemand est également bien présent à la fin du XIX^e siècle : les géographes français voyagent en Allemagne et n'hésitent pas à emprunter à leurs homologues d'outre-Rhin certaines notions ou méthodes¹⁴⁹¹. Ainsi de la réception de l'œuvre du géographe allemand Siegfried Passarge (1866-1958) dans la *Bibliographie géographique internationale*¹⁴⁹², le principal organe – en France – de recensement des publications étrangères en matière de géographie¹⁴⁹³. *En philologie*, le renouveau scientifique français, amorcé dès les années 1860, se poursuit après la défaite de Sedan et – surtout – continue de s'appuyer sur une comparaison minutieuse entre les institutions universitaires françaises et allemandes : on l'a vu, la *Réforme intellectuelle et morale* de Renan en est le parfait exemple. *Dans le domaine des politiques sociales*, les échanges avec les pays voisins se multiplient et les institutions internationales, telles que le *Comité permanent international des accidents du travail et des assurances sociales*, éclosent¹⁴⁹⁴. Ayant son siège à Paris et étant composé d'hommes politiques, d'industriels, d'ingénieurs, de professeurs, de médecins voire de quelques ouvriers, ce *Comité* se veut avant tout un lieu de rassemblement, pour qui s'intéresse aux questions liées aux assurances sociales, mais aussi de centralisation – en un *Bulletin* – de toutes les informations, statistiques et organisations de réunions internationales¹⁴⁹⁵. Une différence tout de même : la comparaison entre les lois allemande et française conduit ici au rejet de la première. En effet, lors des congrès organisés par le *Comité permanent*, les participants français se signalent par

¹⁴⁸⁹ *Ibid.*, p. 370.

¹⁴⁹⁰ A.-M. DECAILLOT, « Zurich 1897 : premier congrès international de mathématiciens », art. cit., p. 128, disponible sur internet <<http://rgi.revues.org/275>>.

¹⁴⁹¹ S. DEBARRE, « Introduction », *Revue germanique internationale* [en ligne], n° 20, 2014, p. 5-6, disponible sur internet <<http://rgi.revues.org/1483>>.

¹⁴⁹² Sur ce point : G. HALLAIR, « Siegfried Passarge dans la Bibliographie Géographique Internationale : mécanismes, enjeux et acteurs de la réception d'un géographe allemand en France », *Revue germanique internationale* [en ligne], n° 20, 2014, p. 41-62, disponible sur internet <<http://rgi.revues.org/1483>>.

¹⁴⁹³ Sur cet organe : M.-C. ROBIC, « La Bibliographie géographique (1891-1991), témoin d'un siècle de géographie : quelques enseignements d'analyses formelles », *Annales de Géographie*, 100 (561-562), 1991, p. 521-577.

¹⁴⁹⁴ R. GREGAREK, « Le face-à-face de la République française et de l'Empire allemand dans les politiques sociales. L'exemple des associations internationales au tournant du XX^e siècle », *Revue germanique internationale* [en ligne], n° 4, 1995, p. 103, disponible sur internet <<http://rgi.revues.org/515>>.

¹⁴⁹⁵ *Ibid.*, p. 106, disponible sur internet <<http://rgi.revues.org/515>>.

leur tendance à pointer les vices de la législation allemande dans le but de mieux faire ressortir l'incompatibilité de celle-ci avec le système français¹⁴⁹⁶. En musique, l'on cherche à contrer le wagnérisme avec la découverte de la musique russe. Ainsi existe-t-il une relation triangulaire entre les musiques française, allemande et russe dans la France de la fin du XIX^e siècle¹⁴⁹⁷.

Quelle est l'influence de ces différentes disciplines scientifiques sur la science du droit ? Concernant les sciences exactes, notamment la biologie, elle est indéniable. En 1896, Robert Beudant (1864-1953), le fils de Charles Beudant¹⁴⁹⁸, fait par exemple paraître à la *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*¹⁴⁹⁹ un article justement intitulé : « L'application des méthodes biologiques à l'étude des sciences sociales »¹⁵⁰⁰. S'il note effectivement qu'« à l'heure actuelle, on parle exclusivement de la méthode d'induction, que l'on appelle indifféremment méthode expérimentale ou méthode biologique » et que « chacun va répétant que l'emploi de cette méthode peut seul faire progresser les sciences politiques ou sociales » ; le professeur de droit constitutionnel à la faculté de Grenoble s'attache cependant à « montrer pourquoi les méthodes biologiques sont inapplicables à l'étude des sciences sociales »¹⁵⁰¹. A vrai dire, l'emploi par les juristes de méthodes utilisées dans les sciences dures s'explique par leur désir d'ériger précisément le droit en *science*.

« C'est ainsi [que les constitutionnalistes] importèrent des formes de langage, des savoir faire, des instruments et des formes d'organisation, issus d'institutions socialement reconnus pour leur haut degré de scientificité. [...] La forme la plus typique de cet aggiornamento scientifique se fera sans doute par le biais de la systématisation de l'usage de *laboratoires* juridiques. Les premiers enseignants de droit

¹⁴⁹⁶ *Ibid.*, p. 112, disponible sur internet <<http://rgi.revues.org/515>>. Il s'agit plus précisément de rejeter la législation allemande mettant en place une assurance obligatoire contre les accidents du travail dès 1884 tandis qu'en France, la loi sur la responsabilité des accidents « dont les ouvriers sont victimes » n'est définitivement votée qu'en 1898. Pour ce faire, les congressistes français font feu de tout bois : le principe de l'obligation serait contraire à la mentalité française ; les corporations professionnelles établies par la loi allemande rappelleraient trop les corporations d'Ancien Régime ; etc. Effectivement, « dans aucun autre domaine des politiques sociales les divergences entre les solutions choisies de part et d'autre du Rhin ne semblent aussi grandes » (*Ibid.*, p. 112, disponible sur internet <<http://rgi.revues.org/515>>).

¹⁴⁹⁷ M. ESPAGNE, « Problèmes d'histoire interculturelle », art. cit., p. 17-19, disponible sur internet <<http://rgi.revues.org/504>>.

¹⁴⁹⁸ Sur ce juriste, cf. *infra.*, p. 378 et s.

¹⁴⁹⁹ Sur cette revue, cf. *infra.*, p. 342 et s.

¹⁵⁰⁰ R. BEUDANT, « L'application des méthodes biologiques à l'étude des sciences sociales », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, t. V, 1896, p. 434-456 ; d'où les citations qui vont suivre sont tirées.

¹⁵⁰¹ En premier lieu, Beudant rappelle que « l'expérimentation est inapplicable aux faits sociaux » alors même pourtant qu'elle est « un auxiliaire indispensable de l'observation » ; par conséquent, « l'impossibilité d'y recourir rend vaine *a priori* toute velléité de recourir à la méthode biologique pour l'étude des faits sociaux ». En deuxième lieu, il rappelle l'inefficacité de la méthode biologique « toutes les fois qu'un même phénomène peut être produit par plusieurs causes différentes, ou que les effets de causes différentes sont homogènes et non discernables les uns des autres ; or n'est-ce pas précisément ce qui toujours a lieu quand il s'agit d'effets et de causes sociales ? » En troisième et dernier lieu, « en supposant même qu'il soit possible d'établir expérimentalement l'existence d'un rapport de causalité entre deux phénomènes sociaux donnés, [...] il ne saurait être question de généraliser ensuite le résultat de l'expérience. Ce qui permet, en effet, de généraliser en biologie, c'est la croyance que les phénomènes du monde organique sont soumis au déterminisme et c'est une croyance qu'on ne peut pas étendre aux phénomènes sociaux, à moins de nier que l'homme ne soit libre ».

constitutionnel [...] étaient en effet régulièrement les premiers parmi l'ensemble des professeurs des facultés de droit à investir au sein de leur faculté dans la mise en place de laboratoires d'études [...]. Au total, émergeait progressivement un nouveau rôle professoral autour du droit public davantage accordé aux exigences scientifiques et positivistes promues par la direction de l'enseignement supérieur des années 1880 »¹⁵⁰².

A noter, de surcroît, que cette influence exercée par les sciences naturelles sur les juristes n'est pas propre à la France. En effet, à la même période, « en Italie, comme dans d'autres pays européens, la théorie évolutionniste eut un rôle important dans le débat scientifique : partant de la biologie, elle s'étendit à un public plus large et hétérogène, composé non seulement de zoologues, anthropologues et anatomistes, mais aussi de philosophes, sociologues et juristes »¹⁵⁰³. En droit pénal par exemple, le médecin légiste Cesare Lombroso (1835-1909) se distingue par un essai sur *L'homme délinquant* (1876), lequel est défini d'après les tares physiques congénitales, tandis qu'Enrico Ferri (1856-1929) fait du droit pénal une branche de la sociologie, tout en adoptant une approche multidisciplinaire, empruntant en effet à la médecine, la psychologie, l'anthropologie ou encore la statistique¹⁵⁰⁴.

Surtout, et pour revenir au cas de la France, la même volonté de *redressement national*, manifestée par l'ensemble des intellectuels français – scientifiques et littéraires – va prévaloir dans le domaine juridique. En effet, si les auteurs d'ouvrages juridiques mettent la comparaison au service de la rénovation du droit français ; il en est de même des fondateurs de revues de droit, lesquelles deviennent « les formes d'excellence du professorat en droit importées des facultés des sciences »¹⁵⁰⁵.

¹⁵⁰² G. SACRISTE, « La genèse du droit constitutionnel sous la Troisième République. Des usages de l'hétéronomie dans l'autonomisation d'une discipline académique », *XI^e Congrès de l'AFSP* [en ligne], Strasbourg, 31 août-2 sept. 2011, disponible sur internet <<http://www.afsp.info/congres2011/index.html>>.

¹⁵⁰³ D. DI CECCA, « Positivismes philosophique et sciences naturelles dans la culture juridique italienne à la fin du XIX^e siècle », *Historia et ius* [en ligne], n° 4, 2013, disponible sur internet <www.historiaetius.eu>.

¹⁵⁰⁴ *Ibid.*, disponible sur internet <www.historiaetius.eu>. Dario di Cecca donne également l'exemple des civilistes italiens Enrico Cimballi (1855-1887) et Gian Pietro Chironi (1855-1918).

¹⁵⁰⁵ G. SACRISTE, *loc. cit.*

Section 2 – Comparaison et rénovation dans les ouvrages juridiques de la « génération de 1870 »

Si l'augmentation des ouvrages de droit comparé peut s'expliquer de manière générale par la situation géopolitique dans laquelle se trouve la France après 1871 c'est-à-dire comme une réaction de toute une génération de juristes face à une guerre passée – voire future – contre l'Allemagne (§1) ; il existe en réalité des points d'explication propres à chaque matière juridique – en droit pénal (§2), en droit commercial (§3), en droit administratif (§4), en droit de la procédure (§5), en droit constitutionnel (§6) et en droit civil (§7) – qu'il semble difficile, et peu souhaitable, d'éluder et qu'il faut au contraire développer.

§1. Les juristes de la « génération de 1870 »

Yves-Henri Gaudemet rappelle que « la III^e République a été une République de juristes »¹⁵⁰⁶. Le tiers d'entre eux environ fut composé de fins *comparatistes* : Bufnoir, Edouard Laferrière, Lyon-Caen, Esmein, Garraud, Vidal... Comment expliquer cette éclosion et surtout cette augmentation franche d'ouvrages largement ouverts aux textes de droit étranger dans les années 1880 et 1890¹⁵⁰⁷ ? Il est tout d'abord question de *générations*. Concernant les littéraires nés entre 1840 et 1850, « [la guerre] les frappe à leur entrée dans la littérature active ; elle ne crée pas dans leur vie une coupure, mais représente un point de départ »¹⁵⁰⁸. L'année du conflit, ils ont en effet entre 20 et 30 ans et ont par conséquent l'âge de combattre ; ils seront surtout marqués par la défaite. De fait,

« les jeunes ont conscience de la faiblesse de leur pays, et non pas de sa force. *Leur internationalisme représente bien une solution à la crise déclenchée par la défaite de 1870*, il dissimule le renoncement sous une éclatante parure. Cette solution est préconisée par les partis d'extrême gauche. [...] Adopter cette position, c'est miser sur l'optimisme, et croire en un avenir qui ne ressemblerait pas au passé. Le temps devrait renforcer de telles idées, puisqu'il éloigne les cruels souvenirs et les sévères expériences de la défaite »¹⁵⁰⁹.

Sans conteste, cette analyse trouve également à s'appliquer aux juristes-comparatistes de la « génération de 1870 ». Ayant effectivement connu la guerre, ces derniers veulent désormais

¹⁵⁰⁶ Y.-H. GAUDEMET, *Les juristes et la vie politique...*, op. cit., p. 11. L'auteur s'explique : « Des débuts de la III^e République à la guerre de 1914, les juristes ont eu un quasi-monopole de la fonction et de l'action politique ; cet état de choses résultait en premier lieu de leur importance numérique au sein des Assemblées et, plus encore, au sein du gouvernement : mais il faut en outre considérer que, de par leur formation même et leur profession, ces juristes étaient à même, mieux que d'autres, d'acquiescer la qualité d'hommes politiques » (*Ibid.*, p. 11).

¹⁵⁰⁷ Sur les vingt-six livres intéressant la comparaison juridique, dix-sept ont effectivement été publiés entre 1880 et 1900.

¹⁵⁰⁸ C. DIGEON, *La crise allemande de la pensée française...*, op. cit., p. 292.

¹⁵⁰⁹ *Ibid.*, p. 292. L'italique est de notre fait.

« penser la paix ». En ce sens, de nombreux congrès internationaux se mettent en place. En droit cambiaire,

« le processus d'unification entamé depuis un demi-siècle arrivait [...] à son terme. Rappelons que les difficultés en la matière, provoquées dans les relations commerciales internationales par la guerre de 1870-1871 du fait de la diversité des systèmes législatifs, avaient suscité des initiatives multiples en ce sens : congrès de juristes, élaboration de projets, par exemple les *Règles de Brême* définies sous l'égide de l'*International Law Association* en 1876 et devant constituer les principes directeurs d'une loi uniforme. En 1885 à Bruxelles, l'*Institut de droit international* adoptait un projet largement inspiré des conceptions allemandes mais tenant compte aussi des systèmes français et anglais puisqu'il y avait en fait trois systèmes en présence. Les projets de diverses sources s'ajoutaient et les milieux commerciaux réclamaient de plus en plus un règlement international »¹⁵¹⁰.

En matière pénale, de tels congrès étaient organisés dès le milieu du XIX^e siècle – à Francfort, en 1846 puis en 1857 ; à Bruxelles, en 1847 – mais ces derniers n'avaient cependant aucun caractère officiel. Bien au contraire, à la fin du siècle, les congrès officiels se multiplient, sous l'influence notamment de deux grandes associations internationales : la *Commission internationale pénale et pénitentiaire* créée en 1872 et l'*Union internationale de droit pénal* créée en 1889. Plus précisément, douze congrès pénitentiaires internationaux permettront de « structurer le mouvement à la fois sur le terrain national et international »¹⁵¹¹ entre 1872 et 1950. Enfin, la *Société de législation comparée* sera elle aussi à l'origine de l'un des rassemblements scientifiques les plus importants de cette fin de siècle : le *Congrès international de droit comparé* de 1900¹⁵¹².

A vrai dire, les juristes qui ont été témoins de la guerre franco-prussienne ne sont pas les seuls à manifester leur désir de paix ; en effet, certains comparatistes français l'expriment également – et au même moment – dans la crainte d'une guerre *à venir*. Dans son *Etat fédéral et confédération d'états*, publié en 1896, Le Fur inscrit par exemple la notion de *fédération* dans la question plus générale de la paix en Europe¹⁵¹³. Supposant qu'« il s'écoulera sans doute encore une longue suite d'années avant le moment où les sentiments des diverses nations européennes les unes à l'égard des autres se seront assez modifiés pour permettre la création des Etats-Unis d'Europe »¹⁵¹⁴, l'auteur constate effectivement avec regret que « pour le moment, la réalisation d'une union fédérative européenne semble une pure utopie »¹⁵¹⁵.

« Dans l'état actuel des choses, poursuit-il, il n'est guère qu'une mesure dont l'application immédiate ne soulève aucune difficulté, et peut au contraire amener dès le début quelques résultats favorables : c'est la multiplication des traités stipulant la nécessité d'un recours à l'arbitrage avant toute déclaration de guerre. [...] Evidemment ce système n'offre pas les mêmes garanties de sécurité que la création d'un immense Etat fédératif embrassant toutes les nations civilisées et chargé de trancher tous leurs différends par l'organe de sa Cour fédérale suprême ; mais en revanche il est d'une réalisation infiniment plus facile.

¹⁵¹⁰ J. HILAIRE, *Introduction historique au droit commercial*, op. cit., p. 299-300.

¹⁵¹¹ M. KALUSZYNSKI, « Réformer la société : les hommes de la Société générale des prisons, 1877-1900 », *Genèses*, n° 28, 1997, p. 86.

¹⁵¹² Sur ce congrès, cf. *infra.*, p. 371 et s.

¹⁵¹³ Le §3 de la Section IV du Chapitre III de la première Partie du livre de Le Fur est en effet intitulé : « La fédération et la paix ».

¹⁵¹⁴ L. LE FUR, *Etat fédéral et confédération d'états*, Paris, Marchal et Billard, 1896, p. 349 et s.

¹⁵¹⁵ *Ibid.*, p. 349 et s.

Peut-être suffirait-il à lui seul à éviter un assez grand nombre de guerres, et en tout cas, n'en éviterait-il que quelques-unes, qu'un tel résultat ne laisserait pas que d'être déjà fort appréciable »¹⁵¹⁶.

En d'autres termes, les membres de la doctrine juridique française du dernier quart du XIX^e siècle peuvent aussi comparer, s'intéresser à l'étranger ou du moins se lancer dans des études transversales afin de trouver des solutions pacificatrices et non pas uniquement dans le but d'améliorer la législation nationale¹⁵¹⁷.

Dans tous les cas, l'axe franco-allemand reste *central*. Comme le souligne en effet Michel Espagne, « on ne peut expliquer la vie intellectuelle et politique de la Troisième République en France sans référence constante à l'Allemagne »¹⁵¹⁸. Si cette dernière a pu provoquer – et provoque encore – l'admiration des juristes français, elle a surtout fait naître, après son conflit avec la France, un sentiment de répulsion chez ces derniers. En effet, « du côté français, la guerre de 1870, la transformation du nord de la France en un champ de bataille, l'invasion et enfin l'occupation "entretiendront, codifieront une image hautement répulsive" de l'Allemagne, et joueront un rôle majeur dans l'évolution de son image. [...] L'arrachement de l'Alsace-Lorraine fait naître en France le sentiment d'une anomalie de l'Allemagne, nation différente de la nation française, une nation "raciale" »¹⁵¹⁹. En définitive,

« il s'agit après 1870 de priver l'ennemi de la supériorité scientifique qui pourrait avoir facilité sa victoire. Mais l'autodéfinition de la culture française va aussi dépendre [des] importations. On sait qu'à la fin du siècle, les meilleurs étudiants issus du système de formation français, qui allaient auparavant achever leur formation à Rome, hésitent désormais entre un séjour à Rome et un séjour dans une université allemande, tentant de combiner les deux légitimations »¹⁵²⁰.

Autrement dit, la confrontation avec l'Allemagne aboutit tantôt au rejet, tantôt à l'adoption de nouvelles méthodes¹⁵²¹.

¹⁵¹⁶ *Ibid.*, p. 349 et s.

¹⁵¹⁷ Comme l'indique le titre de son ouvrage, Le Fur étudie les différents « Etats fédératifs » ayant existé depuis l'Antiquité jusqu'à son siècle. Par conséquent, il s'intéresse nécessairement aux Etats étrangers : ainsi consacre-t-il par exemple un § à l'*Empire d'Allemagne*. « Donner une notion exacte de chacune de ces deux formes d'union (Etat fédéral et confédération d'Etats), les comparer entre elles, montrer en quoi elles se ressemblent et en quoi elles diffèrent l'une de l'autre, tel est précisément le but de cette étude », écrit Le Fur (*Ibid.*, p. viii). A l'issue de son examen des avantages et des inconvénients du système fédératif, il peut conclure : « si [la forme fédérative] a puissamment contribué au développement de certains Etats, [...] si elle paraît devoir avant longtemps remplacer avantageusement dans certains pays soit la forme unitaire, soit une forme d'union moins perfectionnée que la forme fédérative, il serait en revanche évidemment ridicule de recommander son adoption comme un remède universel aux maux dont peuvent souffrir les Etats modernes » (*Ibid.*, p. 343).

¹⁵¹⁸ M. ESPAGNE, *Les transferts culturels franco-allemands*, op. cit., p. 268.

¹⁵¹⁹ P. WEIL, *Qu'est-ce qu'un Français ?*, op. cit., p. 199. Et l'auteur de reproduire à ce titre un extrait d'une correspondance qu'entretint Renan avec le philosophe allemand David Strauss (1808-1874) : « On parle du droit de la France, du droit de l'Allemagne. [...] Notre politique c'est la politique du droit des nations ; la vôtre c'est la politique des races : nous croyons que la nôtre vaut mieux. La division trop accusée de l'humanité en races, outre qu'elle repose sur une erreur scientifique, très peu de pays possédant une race vraiment pure, ne peut mener qu'à des guerres d'extermination, à des guerres zoologiques, permettez-moi de le dire, analogues à celles que les diverses espèces de rongeurs ou de carnassiers se livrent pour la vie » (*Ibid.*, p. 199) !

¹⁵²⁰ M. ESPAGNE, *Les transferts culturels franco-allemands*, op. cit., p. 226.

¹⁵²¹ Sur le renouvellement méthodologique de la comparaison juridique, cf. *infra.*, p. 369 et s.

Du côté des juristes, la guerre a surtout mis en évidence le retard de la France sur le plan législatif¹⁵²² c'est-à-dire le vieillissement – déjà beaucoup trop avancé à leurs yeux – de ses modèles juridiques. Dans son *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire* publié pour la première fois en 1894, Vidal se penche par exemple sur les « Rapports du droit pénal avec la législation comparée »¹⁵²³ et résume dès lors parfaitement l'objectif ainsi que la conception que les jurisconsultes de la génération de 1870 ont alors de la comparaison juridique :

« L'étude de la législation comparée a pris de nos jours une importance considérable et a été singulièrement facilitée par les travaux de la Société de législation comparée, la publication de son Annuaire de législation étrangère et la traduction par ses soins, d'un grand nombre de Codes étrangers. – [...] Cette étude [...] permet d'améliorer notre législation en empruntant [aux] pays [étrangers] les institutions dont l'application pratique a été couronnée de succès, tout en se mettant en garde contre les excès de l'imitation et en tenant compte des différences de mœurs, d'organisation sociale et politique. La connaissance des divers moyens répressifs et préventifs employés dans les divers pays du monde pour lutter contre le développement de la criminalité et des résultats qu'ils produisent, est encore facilitée par les rapports et les discussions des Congrès internationaux périodiques, dont nous avons déjà parlé. [...] Notre législation pénale, qui pendant longtemps a servi de modèle à l'Europe, est aujourd'hui, sur certains points en retard et s'est heureusement enrichie par plusieurs emprunts faits à des pays étrangers : par exemple, par l'adoption de la libération conditionnelle (loi du 14 août 1885) et du sursis à l'exécution des peines (loi du 26 mars 1891) »¹⁵²⁴.

Qu'en est-il toutefois des matières juridiques en plein essor, celles dont les doctrines se construisent encore et cherchent, en se spécialisant, à les établir en véritables disciplines autonomes ; telles les branches administrative et constitutionnelle ?

§2. Le droit pénal

La Belgique en 1867, l'Espagne et l'Allemagne en 1870, les Pays-Bas en 1881, le Portugal en 1886 et l'Italie en 1889 ; tous ces pays se lancent dans la rédaction de nouveaux codes. « Même l'Angleterre n'a jamais été aussi proche de la codification qu'en cette deuxième moitié du XIX^e siècle »¹⁵²⁵. Seulement, « le point commun de ces œuvres nouvelles est le fossé délibéré qui les sépare dorénavant du Code pénal français toujours en vigueur »¹⁵²⁶. Abandonnant par exemple la classification tripartite des infractions en crimes, délits et contraventions, non seulement parce que celle-ci ne tient aucun compte de la moralité du fait mais également parce que la loi française de 1863, qui opère « la plus grande correctionnalisation légale du siècle »¹⁵²⁷, lui a fait perdre – aux yeux de l'étranger – toute

¹⁵²² Sur la conscience de ce retard par les membres de la doctrine juridique française, cf. *supra.*, p. 251 et s.

¹⁵²³ Tel est le titre du §9 du Chapitre II du Livre I de la première Partie de son livre (la deuxième édition, celle de 1901, a été consultée).

¹⁵²⁴ G. VIDAL, *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*, Paris, Arthur Rousseau, 2^e éd., 1902, p. 67.

¹⁵²⁵ *Ibid.*, p. 86. Sur ce point, consulter avec fruit la thèse suivante : G. GUYON, *Les partisans de la codification en Angleterre (XIX^e siècle). La question du droit pénal entre utilitarisme, modernisation du common law et modèle juridique français*, Thèse, Droit, Rennes, 2012.

¹⁵²⁶ R. MARTINAGE, *Histoire du droit pénal en Europe*, *op. cit.*, p. 87.

¹⁵²⁷ *Ibid.*, p. 88.

pertinence¹⁵²⁸, la plupart de ces nouveaux codes préfèrent alors adopter un critère bipartite (infractions intentionnelles ou non, graves ou légères, délits ou contraventions), tels le Code pénal espagnol, celui des Pays-Bas, celui du Portugal ou celui de l'Italie mais aussi celui du Pérou (1862), du Venezuela (1873) ou encore du Brésil (1890)¹⁵²⁹.

Globalement, le Code de 1810 est jugé trop rigoureux par les réformateurs étrangers. C'est ainsi que les codes belge, allemand, néerlandais, italien et espagnol frappent la tentative de peines inférieures à celles de l'acte consommé. De même, le complice subit des peines plus légères comparativement à l'auteur principal et conformément à la théorie allemande de la participation criminelle¹⁵³⁰. En matière de récidive, les codes belge et allemand décident que l'aggravation de la peine n'est pas toujours obligatoire. En outre, de nombreux codes – tels que les codes belge et italien – organisent une application plus large des circonstances atténuantes et laissent au juge une plus grande liberté pour l'application de la peine¹⁵³¹.

« Mais c'est aussi, par-delà les perfectionnements de la technique juridique, en adoptant une pénalité moins rigoureuse, plus simple, plus réformatrice, en tenant compte des enseignements de l'école pénitentiaire que les nouvelles législations se démarquent du droit pénal français. En effet, ces nouveaux codes avaient voulu adoucir toutes les aspérités du Code de 1810. Ils réalisaient une œuvre d'espoir et de confiance optimiste dans la perfectibilité de l'homme »¹⁵³².

Aussi les criminalistes français observent-ils avec un vif intérêt tous ces remaniements et toutes ces réformes. Bien-sûr, une attention particulière est réservée au Code pénal allemand ainsi qu'aux travaux publiés outre-Rhin. C'est notamment le cas de Garraud – membre de la *Société de législation comparée* sur lequel l'on reviendra plus loin¹⁵³³ – qui, dans son *Précis de droit criminel*¹⁵³⁴, n'hésite effectivement pas à renvoyer aux ouvrages de ses homologues allemands, tel le *Lehrbuch des deutschen Strafrechts* d'Hugo von Meyer (1837-1902), sans toutefois négliger les auteurs des autres pays, notamment les Italiens¹⁵³⁵. Le mot d'ordre est désormais de renouer avec la grandeur des modèles juridiques français et leur attractivité, de les raviver, de les rajeunir. Pour le dire autrement, les pénalistes français des deux dernières décennies du XIX^e siècle refusent de rester en retrait des autres nations, particulièrement l'Allemagne. Comme le déclare significativement Labroquère dans sa *Réforme pénale et pénitentiaire* de 1887 : « Là où les autres Etats ont réussi, la France doit triompher aussi. En

¹⁵²⁸ Transformant d'anciens crimes en nouveaux délits, cette loi, qui sera suivie d'un mouvement de contraventionnalisation aboutissant à déclasser un certain nombre de délits en contraventions, a effectivement eu pour conséquence d'attirer vers le bas l'ensemble de la pyramide. C'est ce déséquilibre que sont venus condamner les législateurs étrangers. Sur ce point : *Ibid.*, p. 88-89.

¹⁵²⁹ *Ibid.*, p. 89.

¹⁵³⁰ *Ibid.*, p. 89.

¹⁵³¹ Le Code hollandais, par exemple, ne fixe pas de minima pour l'application de la peine (à l'instar du Code pénal français de 1810) mais seulement des maxima. Au demeurant, les causes de justification, empruntées au droit allemand, y sont plus étendues. *Ibid.*, p. 90.

¹⁵³² *Ibid.*, p. 90.

¹⁵³³ Cf. *infra.*, p. 323-324 et s.

¹⁵³⁴ Paru pour la première fois en 1881, il sera réédité de nombreuses fois (la onzième édition date par exemple de 1912).

¹⁵³⁵ Garraud cite particulièrement le professeur de droit et de procédure pénale à l'Université de Turin, Emilio Brusa (1843-1908).

douter, ce serait admettre pour notre pays une infériorité que notre patriotisme ne saurait accepter »¹⁵³⁶. C'est pourquoi les références aux textes de droit étranger par les juristes français de cette période se révèlent très fréquentes, à l'image de Molinier¹⁵³⁷ qui, lui aussi, confirme son ouverture aux législations et aux doctrines étrangères¹⁵³⁸, notamment allemandes¹⁵³⁹ et italiennes¹⁵⁴⁰, au sein de son *Traité théorique et pratique de droit pénal*.

Assurément, le but premier de la législation comparée, ainsi fixé par les spécialistes français de droit pénal, est d'informer le législateur des réformes engagées par les nations étrangères afin d'améliorer – finalité suprême, semble-t-il, de la comparaison juridique – la loi française. En ce sens, leur comparaison n'aboutit pas nécessairement à une liste de modèles à imiter mais consiste plutôt à repérer, signaler et retenir toute amélioration, modification ou innovation opportunes, apportées par une loi étrangère, quelque soit son origine.

§3. Le droit commercial

A l'instar des pénalistes, la plupart des commercialistes mettant en avant la comparaison juridique dans leurs ouvrages appartiennent – sans que cela ne surprenne vraiment – au cercle de la *Société de législation comparée*. Boistel est l'un d'eux¹⁵⁴¹. Né à Paris en 1836¹⁵⁴², Alphonse-Barthélémy-Martin Boistel devient docteur en droit en 1863 et est reçu premier à

¹⁵³⁶ A. LABROQUERE, *La réforme pénale et pénitentiaire ; discours prononcé à l'audience solennelle de rentrée le 17 octobre 1887*, Bordeaux, G. Gounouilh, 1887, p. 36. Dans ce discours, Labroquère vantera les mérites du casier judiciaire : « Cette belle institution, qui date de 1850, est une création française, que l'étranger imitera ; elle doit rester ce qu'elle est : la supprimer ou même la mutiler serait une faute » (*Ibid.*, p. 30). Selon lui, le casier judiciaire a en effet une vertu préventive, il est un « salutaire avertissement » (*Ibid.*, p. 29) pour le criminel qui ne pourra dès lors pas échapper à la réprobation. Après examen, il ne présenterait – aux yeux du juriste français – que des avantages. Au surplus, cette institution pourrait être complétée avec la « méthode de Bertillon », un système destiné à empêcher l'établissement de faux états civils au moyen de mesures anthropométriques (diamètres céphaliques ; longueur du pied gauche, du *medius* gauche et de l'auriculaire ; envergure ou longueur des bras étendus en croix ; couleur des yeux ; taille et marques particulières). « Ainsi perfectionné, affirme alors Labroquère, le casier judiciaire, sans être un obstacle à l'amélioration et au reclassement du libéré, servira d'auxiliaire précieux à la justice pénale » (*Ibid.*, p. 31-32).

¹⁵³⁷ Sur cet auteur, cf. *supra.*, p. 105 et s.

¹⁵³⁸ Il indique par exemple les modes d'exécution de la peine capitale de treize pays : l'Allemagne (décapitation), l'Angleterre (pendaison), l'Autriche (pendaison), la Belgique (décapitation par guillotine), le Danemark (décapitation au moyen de la hache), l'Espagne (strangulation par la garrote), les Etats des Etats-Unis qui ont conservé la peine de mort (pendaison), la Grèce (guillotine), la Norvège (hache), la Russie (pendaison), la Serbie (fusillade), la Suède (hache) et les cantons suisses qui ont conservé la peine de mort (décapitation).

¹⁵³⁹ Molinier cite notamment Martens, le professeur August Wilhelm Heffter (1796-1880) ou encore Bluntschli.

¹⁵⁴⁰ Les renvois sont effectivement nombreux : Roberto Ardigò (1828-1920), *La morale dei positivisti* ; Francesco Carrara (1805-1888), *Opuscoli di diritto criminale* et *Una lezione dettata nella R. Università di Pisa* ; Francesco Poletti, *Il Diritto di punire e la tutela penale* ; Cesare Lombroso (1835-1909), *L'uomo delinquente* ; Gian Domenico Romagnosi (1761-1835), *Genesi del diritto penale* ; Nicola Nicolini, *Questioni di diritto* ; Antonio Rosmini-Serbati (1797-1855), *Philosophie du droit* ; Giuseppe Buniva, *Dei beni e della proprietà secondo il codice civile del regno d'Italia* ; Giovanni Carmignani (1768-1847), *Della pena di morte et Teoria delle leggi di sicurezza sociale* ; Giuseppe Pisanelli (1812-1879), *Sulla pena di morte : lezione di Giuseppe Pisanelli* ; Rossi, *Traité de droit pénal* ; Giuseppe Giuliani (1781-1829), *Istituzioni di diritto criminale* ou encore Enrico Pessina (1828-1916), *Elementi di diritto penale*.

¹⁵⁴¹ Son nom apparaît effectivement sur la liste des membres de la SLC dès janvier 1873.

¹⁵⁴² Il meurt à Paris en 1908.

l'agrégation trois ans plus tard. Il obtient dans un premier temps, une chaire de droit civil à Grenoble. Puis, de 1870 à 1879, il enseigne le droit commercial à Paris. En outre, il dirige, à partir de 1875, la *Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence en France et à l'étranger*¹⁵⁴³ et participe au *Recueil Dalloz*¹⁵⁴⁴. C'est à compter de cette même année 1875 que Boistel commence à publier son *Précis du cours de droit commercial professé à la faculté de droit de Paris*¹⁵⁴⁵ dans lequel il rappelle tout d'abord que « [le Code de commerce français de 1807] a servi de modèle à tous les codes de commerce de rédaction moderne »¹⁵⁴⁶. Même « l'Allemagne, précise-t-il, dans son *Code de commerce allemand* du 5 juin 1869, qui ne serait pas complet si on l'isolait de la *loi générale sur le change* de 1848, a imité sur beaucoup de points notre législation »¹⁵⁴⁷ mais il est aussi obligé de reconnaître qu'elle l'a également « profondément modifiée sur d'autres »¹⁵⁴⁸. De même s'agissant du Code de commerce italien qui, « jusque dans son édition de 1865 était complètement calqué sur le nôtre dont il suivait toutes les divisions ; il donnait seulement plus de développement à certaines matières »¹⁵⁴⁹. Simplement,

« la refonte complète qui vient d'être terminée le 31 janvier 1882 et qui sera exécutoire à partir du 1^{er} janvier 1883, suit encore la même division générale en quatre livres, mais il contient des modifications très importantes : la procédure de la faillite est complètement transformée, une place est faite dans le Code à plusieurs matières réglées chez nous par des lois spéciales, et même à des objets sur lesquels notre législation est muette, telles que la force probante des télégrammes, le contrat de report, le compte courant, toutes les formes d'assurances »¹⁵⁵⁰.

En somme, les commercialistes français comprennent déjà que ces nouvelles législations, allemande et italienne, sont en réalité des versions actualisées, perfectionnées et par conséquent *supérieures* à l'« ancien » modèle français de 1807.

Avec Boistel, ce sont en effet plusieurs autres grands spécialistes de droit commercial qui se signalent par leur attention portée au droit des pays voisins : dans son *Traité théorique et pratique des opérations de la Bourse* (1877), Buchère – président du tribunal du Havre puis conseiller à la Cour de Paris – renvoie fréquemment aux dispositions du Code allemand ; Nouguier expose en 1884 les législations allemande et italienne en matière de société commerciale¹⁵⁵¹ ; Deloison s'intéresse de près à la législation italienne dans son *Traité des valeurs mobilières françaises et étrangères et des opérations de Bourse* de 1890.

¹⁵⁴³ Sur cette revue, cf. *infra*, p. 342 et s.

¹⁵⁴⁴ Sur Boistel, consulter également : J.-J. CLERE, V^o « Boistel », *Dictionnaire historique des juristes français...*, op. cit., 1^{ère} éd., 2007, p. 101.

¹⁵⁴⁵ Cet ouvrage connaîtra au moins deux rééditions ultérieures : une en 1878, une autre en 1884.

¹⁵⁴⁶ A. BOISTEL, *Précis du cours de droit commercial professé à la faculté de droit de Paris*, Paris, Ernest Thorin, 3^e éd., 1884, p. 11.

¹⁵⁴⁷ *Ibid.*, p. 12.

¹⁵⁴⁸ *Ibid.*, p. 12.

¹⁵⁴⁹ *Ibid.*, p. 12.

¹⁵⁵⁰ *Ibid.*, p. 12.

¹⁵⁵¹ L. NOUGUIER, *Traité des actes de commerce, des commerçants et de leur patente*, Paris, Marchal, Billard et C^{ie}, 2^e éd., 2 t., 1884.

Trois ans auparavant, paraissait le *Manuel de droit commercial* de Lyon-Caen et Renault dans lequel ces derniers procédaient par ailleurs au même constat :

« Le Code français de 1807 est le plus ancien des Codes de commerce du monde ; il a exercé pendant de longues années, surtout jusqu'au milieu du XIX^e siècle, une influence prépondérante sur les législations commerciales des Etats étrangers. Ce Code n'est plus, dans toutes ses parties, au niveau des besoins du commerce : aussi son influence a-t-elle beaucoup diminué : *elle est passée en partie aux Codes de commerce allemand et italien* »¹⁵⁵².

Leurs parcours méritent d'ailleurs quelques développements particuliers tant ils sont représentatifs de ce qu'ont été les commercialistes-comparatistes de la génération de 1870. Louis Renault est né à Autun le 21 mai 1843. Docteur en droit en 1868, il est reçu à l'agrégation des facultés de droit le 21 juillet de la même année, avec le premier rang. Le 1^{er} août 1868, il est attaché à la Faculté de Dijon où il enseigne le droit romain et le droit commercial avant d'être appelé, le 30 juin 1873, à la Faculté de droit de Paris. C'est alors qu'il crée l'année suivante le premier cours de droit international à l'Ecole libre des sciences politiques puis supplée Giraud dans la chaire de droit des gens, de 1875 à 1881, avant d'en être le titulaire jusqu'à sa mort, survenue le 7 février 1918. Avec le droit commercial, le droit international devait être son domaine de prédilection. Publiant dès 1879 une *Introduction à l'étude du droit international*, il sera effectivement nommé au poste de jurisconsulte au ministère des affaires étrangères en 1890¹⁵⁵³.

Membre de la *Société de législation comparée* dès la fondation (1869) et de son conseil de direction à partir de 1881, il apparaît de façon nette que l'ensemble du parcours de Renault s'oriente vers l'étude des droits étrangers. Quant à ses correspondances, elles indiquent qu'il a été en contact avec « trois des plus grands publicistes allemands de la fin du 19^e siècle »¹⁵⁵⁴, à savoir Bluntschli, avec qui il collaborait au sein d'une commission de l'Institut de droit international en vue de l'élaboration d'une convention visant à assurer la protection des câbles télégraphiques sous-marins¹⁵⁵⁵ ; Franz von Liszt (1851-1919) qui lui avait proposé en 1881 de collaborer à sa *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* et Georg Jellinek (1851-1911), avec qui il discuta de l'attribution du prix Bluntschli en 1907.

A vrai dire, Renault s'est vraiment fait connaître du public par ses collaborations avec son ami, le célèbre Lyon-Caen. Né à Paris le 25 décembre 1843, Charles Lyon-Caen devient docteur en droit en 1866, est reçu premier à l'agrégation le 7 juin 1867 et est attaché le 22 juillet suivant à la Faculté de droit de Nancy où il enseigne le droit romain et le droit civil. Frappé par la défaite de 1870 et les progrès de la science juridique allemande, il est alors « l'un des premiers à se tourner vers l'Allemagne »¹⁵⁵⁶, traduisant à ce titre le Code de

¹⁵⁵² C. LYON-CAEN et L. RENAULT, *loc. cit.* Ce qui figure en italique n'apparaît cependant pas dans les premières éditions dudit *Manuel*.

¹⁵⁵³ Pour plus de détails : O. MOTTE, *Lettres inédites de juristes français du XIX^e siècle...*, *op. cit.*, t. II, 1990, p. 1518 et s.

¹⁵⁵⁴ *Ibid.*, p. 1519.

¹⁵⁵⁵ Cette convention vit effectivement le jour le 14 mars 1884. *Ibid.*, p. 1520.

¹⁵⁵⁶ *Ibid.*, p. 1238.

commerce allemand ainsi que de nombreuses autres lois sur les sujets les plus divers¹⁵⁵⁷ et offrant plusieurs études sur la législation allemande.

Appelé le 15 mars 1872 à la Faculté de droit de Paris, on lui confie tout d'abord le cours de législation industrielle le 17 avril 1873. Surtout, il devient professeur de législation commerciale comparée à l'Ecole libre des sciences politiques dès 1875. A la Faculté de droit, il est successivement chargé des cours de code civil (24 mai 1878) et de droit romain (9 novembre 1880) puis devient professeur de droit romain le 9 août 1881. Il renoue finalement avec le droit commercial en enseignant le droit commercial maritime dès 1889 avant de devenir, en 1892, le titulaire de la chaire de droit commercial maritime et de législation commerciale comparée qu'il occupe jusqu'à sa retraite le 1^{er} décembre 1919.

Membre – et parfois même président – de l'Institut de droit international, de la *Société de législation comparée* et de la *Société d'études législatives*, dont Saleilles est l'un des fondateurs ; membre également de l'Académie des sciences morales, « son œuvre est toute entière consacrée au droit commercial et au droit international »¹⁵⁵⁸. Aussi son rapprochement avec Renault se comprend-il assez facilement et c'est en 1880 qu'ils publient ensemble leur premier ouvrage, un *Traité de droit commercial* qui connaîtra cinq éditions et paraîtra jusqu'en 1925 ! Bien évidemment, l'*Annuaire de législation* y est abondamment cité et l'œuvre renvoie fréquemment à des auteurs étrangers¹⁵⁵⁹. Surtout, les coauteurs rappellent qu'en la matière, et plus particulièrement en droit cambiaire, la législation allemande a fini par supplanter la loi française ; « sur plusieurs points, notamment sur les conditions essentielles exigées pour qu'il y ait lettre de change et sur les formes de l'endossement, elle a adopté des théories toutes différentes de celles du Code français. Les théories de la loi allemande ont été admises par la plupart des codes ou des lois votés en Europe durant les

¹⁵⁵⁷ Loi sur le change de 1848 ; Loi du 1^{er} juin 1870 sur l'acquisition et sur la perte de la nationalité fédérale et de la nationalité d'Etat ; Loi du 6 juin 1870 sur le domicile de secours ; Loi du 7 juin 1871 concernant les indemnités dues à raison des morts ou des blessures occasionnées par l'exploitation des chemins de fer, des mines, etc. ; Code pénal militaire de l'Empire d'Allemagne ; Loi du 4 juillet 1872 concernant l'ordre de la Société de Jésus ; Arrêté du 5 juillet 1872 concernant l'exécution de la loi sur l'ordre de la Société de Jésus, rendu au nom du Conseil fédéral ; Loi du 11 décembre 1872 concernant l'âge requis pour le mariage ; Loi du 2 avril 1872 relative à l'instruction publique donnée par les membres des ordres religieux ; Loi du 29 avril 1873 concernant les mesures conservatoires et d'exécution sur les rémunérations des ouvrages ou services professionnels ; Loi du 30 novembre 1874 sur la protection des marques ; Loi du 20 décembre 1875 concernant la naturalisation des étrangers qui remplissent des fonctions au nom de l'Empire d'Allemagne ; Loi sur les brevets d'invention du 25 mai 1877 ou encore Ordonnance du 18 juin 1877 concernant l'organisation, la procédure et la marche des affaires à l'office des brevets d'invention.

¹⁵⁵⁸ *Ibid.*, p. 1238.

¹⁵⁵⁹ Notamment Vidari, Wilhelm Brauer (1809-1890), Carl Samuel Grünhut (1844-1929), Georg Cohn (1845-1918), Oscar von Waechter (1825-1902), Raban von Canstein (1845-1911), Johann Heinrich Thöl (1807-1884), Georg Siemens (1839-1901), Birnbaum, Ludwig Kuhlenbeck (1857-1920), Hermann Makower (1830-1897), Mauro Morrone (1812-1880), Wilhelm Endemann (1825-1899), Car Ludwig von Bar (1836-1913)... La deuxième édition du *Traité* (6 t., 1888-1896) a été consultée.

dernières années »¹⁵⁶⁰. Or, bien loin de s'élever contre cet état de fait, Lyon-Caen et Renault invitent au contraire à suivre désormais le « nouvel » exemple allemand¹⁵⁶¹.

C'est un autre commercialiste, Thaller, qui résumera sans doute le mieux l'état de la législation commerciale en France et sa situation vis-à-vis des lois étrangères dans son *Traité élémentaire de droit commercial*, paru en 1898 :

« Les autres Etats européens que la France, écrit-il, ont commencé par prendre notre Code de commerce pour modèle de leur propre législation. Mais, comme un certain nombre d'entre eux ont depuis lors procédé à des refontes de leur codification, ils sont assez loin aujourd'hui de ce modèle primitif. Les *Belges*, par une série de lois votées entre 1851 et 1891 et dont la plus importante est celle du 18 mai 1873 sur les sociétés (modifiée par la loi du 22 mai 1886), ont révisé successivement toutes les parties du Code de commerce que nous leur avons laissé en 1814. L'*Italie* a un nouveau Code depuis 1883, l'*Espagne* depuis 1886. [...] Depuis le milieu du siècle, c'est l'*Allemagne* qui exerce dans le centre et le nord de l'Europe l'influence législative la plus forte en matière de droit commercial »¹⁵⁶².

Alors qu'il est issu d'une famille d'industriels, à Wesserling, Thaller entend pourtant poursuivre une carrière strictement universitaire à partir de 1876, d'abord à Lyon puis à Paris, après 1893, parce que « son but est d'accroître la légitimité de sa spécialité dans l'Université »¹⁵⁶³. A cet égard, ses contemporains saluent l'attention qu'il porte à la jurisprudence (celle des tribunaux supérieurs) ainsi qu'au droit comparé¹⁵⁶⁴. L'« un des tout premiers à envisager sérieusement une abolition [des tribunaux de commerce], tout en soulignant qu'elle est plus qu'improbable »¹⁵⁶⁵, il fait paraître en 1889 un article dans les *Annales de droit commercial français, étranger et international*¹⁵⁶⁶ – dont il est l'éditeur depuis 1886 – dans lequel « il affirme notamment que l'existence d'un tribunal particulier pour des justiciables particuliers représente "un véritable anachronisme". Son article s'inscrit dans le cadre d'une question deux fois posée lors des congrès de sociétés savantes de 1889 et 1890 : il s'agit d'abord de savoir s'il faut modifier la législation sur la juridiction commerciale, puis, plus radicalement, s'il faut supprimer les tribunaux de commerce »¹⁵⁶⁷.

La critique du modèle français, alors en déclin, n'est donc pas isolée et semble au contraire apparaître au même moment chez l'ensemble des membres de la doctrine commercialiste

¹⁵⁶⁰ C. LYON-CAEN et L. RENAULT, *Traité de droit commercial*, Paris, F. Pichon, 2^e éd., t. I, 1889, p. 42.

¹⁵⁶¹ Ils remettent par exemple en question la disposition de l'article 110 du Code de commerce français qui exige, pour la validité d'une lettre de change, que celle-ci soit tirée d'un lieu sur un autre, au motif que, « toutes les lois récentes sur la matière n'admettent plus cette condition [...]. Il en est ainsi en Allemagne [...] » (*Ibid.*, p. 32-33). « Quand il s'agit de justifier la non-exigence de la remise de place en place, ajoutent-ils en effet, on cite presque toujours de préférence parmi les lois étrangères la loi allemande de 1848. [...] La plupart des lois postérieures s'y sont conformées. Il n'est pas douteux que le législateur français supprimera aussi prochainement la remise de place en place » (*Ibid.*, p. 33).

¹⁵⁶² E.-E. THALLER, *Traité élémentaire de droit commercial*, Paris, Arthur Rousseau, 1898, p. 45.

¹⁵⁶³ C. LEMERCIER, *Un modèle français de jugement des pairs. Les tribunaux de commerce, 1790-1880*, Dossier pour l'habilitation à diriger des recherches, Droit, Paris VIII, 2012, p. 134.

¹⁵⁶⁴ *Ibid.*, p. 134. Nous reviendrons plus en détails sur le comparatisme de Thaller : cf. *infra.*, p. 383 et s.

¹⁵⁶⁵ C. LEMERCIER, *Un modèle français de jugement des pairs...*, *op. cit.*, p. 132.

¹⁵⁶⁶ E.-E. THALLER, « De l'avenir des tribunaux de commerce. Etude de critique législative », *Annales de droit commercial français, étranger et international*, t. II, 1889, p. 200 et s. Sur ces *Annales*, cf. *infra.*, p. 384 et s.

¹⁵⁶⁷ C. LEMERCIER, *Un modèle français de jugement des pairs...*, *op. cit.*, p. 134.

française. Claire Lemercier fait effectivement remarquer en ce sens que « les élites françaises en général, et les juristes en particulier, en ce moment, sont attentifs à ce qui se passe en Allemagne »¹⁵⁶⁸. Ainsi s'expliquent les attaques frontales de certains spécialistes de droit commercial contre le modèle français de jugement des pairs. En effet, « chez les professeurs de droit commercial [...], les discours tendent à changer, et entre autres à s'appuyer plus qu'avant sur les exemples étrangers »¹⁵⁶⁹ dont celui de l'Allemagne qui abolit en 1877, au nom notamment de l'unité nationale¹⁵⁷⁰, les tribunaux de commerce¹⁵⁷¹. En outre, c'est à cette période que l'on assiste à un « mouvement de professionnalisation des spécialistes de droit commercial »¹⁵⁷² ; lequel « change la tonalité de certains arguments : en particulier, les tribunaux de commerce commencent à être systématiquement assimilés à une chose du passé »¹⁵⁷³. En effet,

« il semble que les juristes spécialisés aient été relativement peu considérés par leurs collègues de droit civil, à l'époque où le commentaire du Code civil représentait la tâche majeure à mener à bien. [...] La donne change avec la génération de Thaller, à un moment d'évolution plus générale de la pensée juridique, du fait, entre autres, de l'achèvement du commentaire du Code civil. Nombreux sont alors ceux qui veulent renouveler la méthode, dite exégétique, qui était attachée à ce commentaire et/ou s'intéresser à de nouvelles spécialités. Ils posent un rapport différent entre pratique juridique et prétentions à la scientificité en mettant en avant ces dernières ; le texte de Thaller exprime bien cette prise de distance vis-à-vis de la pratique et des praticiens des tribunaux de commerce »¹⁵⁷⁴.

§4. Le droit administratif

Au XIX^e siècle, le droit administratif se construit, non sans quelques balbutiements¹⁵⁷⁵. Preuve en est, par exemple, de Ducrocq qui, à la suite d'Emile-Victor-Masséna Foucart

¹⁵⁶⁸ *Ibid.*, p. 132.

¹⁵⁶⁹ *Ibid.*, p. 133. Mais c'est aussi en raison des « procès qui concernent de grandes sociétés et en particulier les conflits entre dirigeants et actionnaires [...], [donnant] plus de visibilité aux tribunaux de commerce, ou en tout cas à celui de Paris, dans la presse française, voire étrangère. Parallèlement, les infirmations directes de leurs jugements par la Cour de cassation se sont multipliées – en tout cas dans le cas de Paris [...] – et, à partir des années 1870, la plupart concernent des grandes compagnies de chemins de fer, des messageries maritimes ou encore, en 1879, toute une série d'affaires impliquant le Crédit rural. Cette nouveauté est bien sûr particulièrement visible pour les juristes spécialisés ; si les affaires et les points de droit contestés sont très variés, elle peut donner à penser à certains d'entre eux que les spécificités du modèle de jugement des pairs sont mal adaptées à ces grandes sociétés » (*Ibid.*, p. 132-133).

¹⁵⁷⁰ Les opposants aux tribunaux de commerce arguent en effet d'une unification nécessaire des systèmes juridiques et des jurisprudences qui exigerait le recours à des juges-juristes et la fin des juridictions spécialisées. *Ibid.*, p. 133.

¹⁵⁷¹ Avec l'Allemagne, ce sont également l'Espagne, en 1868, et l'Italie, en 1888, qui abolissent cette institution.

¹⁵⁷² *Ibid.*, p. 134.

¹⁵⁷³ *Ibid.*, p. 134. Mais ce mouvement ne modifie pas pour autant l'issue des débats relatifs aux tribunaux de commerce. En effet, « rares sont encore ceux qui plaident pour leur suppression pure et simple ; Thaller lui-même [...] ne s'y risque pas, confrontant simplement les arguments pour et contre ces tribunaux » (*Ibid.*, p. 135).

¹⁵⁷⁴ *Ibid.*, p. 133-134.

¹⁵⁷⁵ Sur la construction progressive d'une science juridique de l'administration, cf. *supra.*, p. 53 et s.

(1799-1860)¹⁵⁷⁶, faisait – dès 1862 – du droit administratif « une dépendance du droit constitutionnel »¹⁵⁷⁷ et qui écrit encore en 1874 : « C'est bien dans le droit constitutionnel que se trouvent les têtes de chapitres du droit administratif »¹⁵⁷⁸. D'ailleurs, « il faudra attendre près d'un siècle, autour de 1900, pour que l'expression de "droit administratif" soit majoritairement préférée à celle de *matières administratives* »¹⁵⁷⁹. En effet, « les juristes ne réussissent [...] guère à dégager les données fondamentales sur lesquelles repose l'ossature du droit administratif : les travaux consacrés à un examen d'ensemble de la discipline, ne parviennent pas à une présentation claire des règles relatives aux rapports de l'administration avec les particuliers. Certains se bornent à décrire la seule organisation administrative et, d'une façon générale, "l'opinion moyenne" se contente d'un classement des règles de l'action administrative dans la rubrique "matières administratives" »¹⁵⁸⁰. Autrement dit, les juristes de cette période n'arrivent pas à « fonder *scientifiquement* le droit administratif moderne »¹⁵⁸¹ ; ils n'extirpent effectivement aucun principe de la jurisprudence du Conseil d'Etat afin de les ordonner ensuite en un système cohérent. Dès lors, comment pourraient-ils le comparer avec ce qui existe à l'étranger ?

Pourtant, un homme fera « accomplir à cette branche de la science du droit public des progrès décisifs : Laferrière »¹⁵⁸². Né en 1841 d'un père lui-même professeur de droit administratif mais aussi inspecteur général des facultés de droit et membre du Conseil d'Etat (Firmin Laferrière), Edouard Laferrière fait ses études classiques au lycée Louis le Grand puis aborde les cours de la faculté de droit de Paris où il fut d'ailleurs l'« un des plus brillants élèves »¹⁵⁸³. Ayant obtenu le 24 août 1864 sa licence en droit, il prête serment le 5 novembre suivant et s'inscrit alors au barreau de Paris. « Comme de nombreux juristes qui n'envisagent pas une carrière publique au service de l'Empire, Laferrière choisit la profession d'avocat, "symbole d'indépendance bourgeoise", au moment du réveil de la vie politique, et, à Paris, du triomphe des républicains »¹⁵⁸⁴. C'est qu'à l'instar de Ribot, Laferrière est en effet un

¹⁵⁷⁶ Sur ce dernier : M. TOUZEIL-DIVINA, *Eléments d'histoire de l'enseignement du droit public : la contribution du Doyen FOUCART (1799-1860)*, Paris, LGDJ, 2007.

¹⁵⁷⁷ P. GONOD, *loc. cit.*

¹⁵⁷⁸ T. DUCROCQ, *Cours de droit administratif contenant le commentaire exposé de la législation administrative dans son dernier état, avec la reproduction des principaux textes, dans un ordre méthodique*, Paris, Ernest Thorin, 4^e éd., t. I, 1874, p. 5. Pour faire le lien entre Foucart et Ducrocq : M. TOUZEIL-DIVINA, « L'enseignement publiciste de la Faculté de droit de Poitiers du XIX^e siècle : de FOUCART à DUCROCQ », *Etudes d'histoire du droit et des idées politiques (Les Facultés de droit de province au XIX^e siècle : bilan et perspective de la recherche, Tome I)*, n° 13, 2009, p. 313 et s.

¹⁵⁷⁹ M. TOUZEIL-DIVINA, *La doctrine publiciste 1800-1880*, *op. cit.*, p. 47.

¹⁵⁸⁰ P. GONOD, *Edouard Laferrière...*, *op. cit.*, p. 41-42.

¹⁵⁸¹ P. JESTAZ et C. JAMIN, *La doctrine*, *op. cit.*, p. 116.

¹⁵⁸² F. BURDEAU, *Histoire du droit administratif*, *op. cit.*, p. 329. Bien évidemment, d'autres membres de la doctrine administrativiste française auraient mérité de figurer au sein de cette étude, tel Gautier et son *Cours de droit administratif* de 1880, mais le rôle essentiel – et incontestable – qu'a joué Laferrière dans la construction de la science du droit administratif, ainsi que l'aspect comparatiste bien présent de son œuvre, ont conduit à ne considérer, parmi les administrativistes de cette période 1871-1900, que ce seul juriste.

¹⁵⁸³ M. BAUDOUIN, « M. le procureur général Laferrière », audience de rentrée de la Cour de cassation, Paris, Imprimerie nationale, 1902, p. 11 ; cité par P. GONOD, *Edouard Laferrière...*, *op. cit.*, p. 8.

¹⁵⁸⁴ *Ibid.*, p. 9.

véritable opposant républicain à l'Empire¹⁵⁸⁵. D'ailleurs, les deux hommes se connaissent puisqu'ils ont tous deux été stagiaires au sein de la conférence des avocats¹⁵⁸⁶. Comme Ribot, Laferrière s'attachera très tôt à dénoncer la violation des libertés publiques par l'Empire. Aussi son adhésion à la *Société de législation comparée*, dès 1869, n'a-t-elle rien de surprenant.

Le 19 septembre 1870, il est nommé par le gouvernement de la Défense nationale maître des requêtes à la Commission provisoire chargée de remplacer le Conseil d'Etat puis occupe, le 15 octobre suivant, les fonctions de commissaire du gouvernement. La loi du 24 mai 1872 réorganisant le Conseil d'Etat, Laferrière devient alors, le 16 septembre de cette année, commissaire du gouvernement près le Conseil d'Etat et le Tribunal des conflits avant d'être promu conseiller d'Etat en service extraordinaire le 28 janvier 1879. Les Républicains, vainqueurs en cette même année aux élections sénatoriales, l'investissent alors de la direction générale de l'administration générale des cultes. Il retrouvera cependant le Palais royal en qualité de conseiller d'Etat en service ordinaire dès le 14 juillet 1879 puis en tant que président de la section du contentieux, le 26 du même mois. Laferrière remplace finalement Ballot¹⁵⁸⁷, le 19 janvier 1886, à la Vice-présidence du Conseil d'Etat¹⁵⁸⁸. Il a alors 44 ans.

Parallèlement, Laferrière mène une carrière universitaire. Nommé le 8 juillet 1876 suppléant au cours d'Aucoc à l'Ecole nationale des ponts et chaussées, il assurera effectivement cet enseignement jusqu'au 10 avril 1879. Puis, en 1883-1884, il se voit chargé du cours de droit administratif de quatrième année, à la faculté de droit de Paris¹⁵⁸⁹. « C'est à cet enseignement d'une seule année que Laferrière rattache explicitement la réalisation du traité, ouvrage qui reste sa contribution écrite essentielle à l'étude du droit administratif »¹⁵⁹⁰. Sans contredit, son *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux* en deux volumes, dont la première édition date de 1888-1889¹⁵⁹¹, constitue en effet « une incontestable rupture dans l'évolution de la pensée juridique contemporaine »¹⁵⁹².

¹⁵⁸⁵ Sur Ribot, libéral républicain sous le Second Empire : cf. *supra.*, p. 258 et s.

¹⁵⁸⁶ Pour l'anecdote, Laferrière deviendra second secrétaire de la conférence, après Ribot, pour l'année 1865-1866. Sur cette conférence, cf. *supra.*, p. 258 et s.

¹⁵⁸⁷ Sur Charles Ballot, : cf. *supra.*, p. 229.

¹⁵⁸⁸ Sur ce parcours de Laferrière : P. GONOD, *Edouard Laferrière...*, *op. cit.*, p.34.

¹⁵⁸⁹ Cet enseignement aura un succès « éclatant » d'après Manuel-Achille Baudouin (1846-1917) – lequel succède à Laferrière dans ses fonctions de procureur général près la Cour de cassation en 1901 – notamment auprès des « jurisconsultes déjà connus par leurs œuvres, des magistrats de tous ordres vieillis à la pratique des affaires, des membres expérimentés du Barreau » (M. BAUDOUIN, « M. le procureur général Laferrière », *op. cit.*, p. 36 ; cité par P. GONOD, *Edouard Laferrière...*, *op. cit.*, p.39).

¹⁵⁹⁰ *Ibid.*, p. 39.

¹⁵⁹¹ La deuxième édition (1896-1897), également en deux volumes, a aussi été consultée pour la présente étude.

¹⁵⁹² P. GONOD, V° « Laferrière », *Dictionnaire historique des juristes français...*, *op. cit.*, 1^{ère} éd., 2007, p. 450. A ce propos, Gaston Jèze (1869-1953) écrit en 1914 que « la démonstration la plus manifeste du rôle du théoricien qui s'appuie sur l'observation des faits et de son influence sur la formation et le développement du Droit nous est fournie en France par l'exemple du grand jurisconsulte Edouard Laferrière. C'est une stupéfaction et un émerveillement ! [...] Laferrière vint, et le premier, en France, essaya d'apporter de l'ordre et de la méthode, d'expliquer les solutions de la pratique : son immense mérite a été de rechercher les idées générales, les principes généraux qui se trouvent derrière toutes ces solutions. [...] C'est à Laferrière qu'il faut reporter

En réalité, Laferrière opère une distinction aussi juste qu'évidente : « Le droit civil, commercial, criminel est codifié ; le Droit administratif ne l'est pas »¹⁵⁹³. Or, « pour le droit codifié, l'exégèse des textes est la méthode dominante, et la jurisprudence ne peut être qu'un auxiliaire »¹⁵⁹⁴ alors que « pour le Droit administratif, c'est l'inverse ; l'abondance des textes, la diversité de leurs origines, le peu d'harmonie qu'ils ont souvent entre eux, risquent d'égarer le commentateur qui voudrait leur appliquer les mêmes méthodes qu'au Droit codifié. La jurisprudence est ici la véritable source de la doctrine, parce qu'elle seule peut dégager les principes permanents des dispositions contingentes dans lesquelles ils sont enveloppés, établir une hiérarchie entre les textes, remédier à leur silence, à leur obscurité ou à leur insuffisance, en ayant recours aux principes généraux du Droit ou à l'équité »¹⁵⁹⁵. « En renversant l'angle d'appréhension des phénomènes administratifs, Laferrière pose en effet les bases du droit administratif moderne : le droit administratif est le droit qui régit les rapports de l'administration et des administrés, mais il est aussi, déjà, le droit d'organisation et d'action de l'administration. C'est à partir de l'instance juridictionnelle – le Conseil d'Etat – chargée d'assurer le respect du droit par l'administration que Laferrière cherche la logique du droit administratif qui lui a permis de se constituer en discipline autonome »¹⁵⁹⁶.

Mais le *Traité de la juridiction administrative* est surtout très intéressant – en ce qui nous concerne – du point de vue de la comparaison juridique¹⁵⁹⁷. A cet égard, Laferrière consacre effectivement tout un Livre préliminaire justement intitulé « Notions générales et législation comparée » qu'il divise en trois chapitres correspondant – à l'instar de la distinction qu'avait opérée Batbie plus de vingt ans auparavant¹⁵⁹⁸ – à trois groupes distincts de législation : le premier se compose des « Etats se rapprochant du système français »¹⁵⁹⁹ ; le deuxième, de la

l'honneur d'avoir provoqué les traités vraiment scientifiques dont la France actuelle peut être justement fière » (G. JEZE, *Les principes généraux du droit administratif*, Paris, Giard et Brière, t. I, 1914, p. vii).

¹⁵⁹³ E. LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris, Berger-Levrault et Cie, t. I, 1887, p. vii.

¹⁵⁹⁴ *Ibid.*, p. vii. Sur le poids de la méthode exégétique, cf. *supra.*, p. 41 et s.

¹⁵⁹⁵ E. LAFERRIERE, *loc. cit.*

¹⁵⁹⁶ P. GONOD, V° « Laferrière », *Dictionnaire historique des juristes français...*, op. cit., 1^{ère} éd., 2007, p. 451. En privilégiant en effet l'analyse des arrêts du Conseil, « les deux volumes du *Traité*, pour la première fois dans la littérature administrative, offrent un tableau transversal des règles qui dominent le régime des recours contentieux, quelles que soient les autorités dont émanent les actes déférés à la juridiction administrative, ou les matières à propos desquelles ces pourvois sont formés. [...] Surtout, c'est l'ensemble du droit du contentieux administratif qui fait l'objet d'une présentation ordonnée et systématique, alors qu'il était traditionnellement évoqué en quelques mots ou réparti dans des développements dispersés. Pour la première fois encore, une théorie des recours contentieux est offerte qui les distribue en quatre branches distinctes : pleine juridiction, annulation, interprétation, répression. [...] Parce qu'elle était limpide et due à la plume d'un des leurs, la construction de Laferrière resta durablement une bible pour les membres du Conseil » (F. BURDEAU, *Histoire du droit administratif*, op. cit., p. 330).

¹⁵⁹⁷ La deuxième édition (1896-1897) est ici retenue.

¹⁵⁹⁸ Cf. *supra.*, p. 177 et s.

¹⁵⁹⁹ « Nous placerons dans un premier groupe les Etats qui se rapprochent le plus du système français, et où dominent les mêmes éléments : séparation des pouvoirs, tribunaux administratifs, conflits. Ces Etats sont : l'Espagne, le Portugal, l'Italie, l'empire d'Allemagne et les principaux Etats qui le composent : – Prusse, Bavière, Wurtemberg, grand-duché de Bade, – l'empire austro-hongrois, et quelques cantons de la Suisse »

« Belgique et Etats du système belge »¹⁶⁰⁰ ; enfin, le troisième, du « Système anglo-américain »¹⁶⁰¹. Par exemple, après avoir donné un « aperçu général » de la justice administrative française – laquelle repose, selon l’auteur, sur trois idées principales : interdiction aux tribunaux judiciaires de connaître des actes d’administration, institution de tribunaux administratifs et droit attribué à l’administration de revendiquer par la voie du conflit les affaires administratives qui seraient portées à tort devant les tribunaux judiciaires – Laferrière se penche sur l’Allemagne et plus précisément l’Etat de Prusse dans lequel il n’existe plus, depuis 1883, de tribunaux administratifs séparés de l’administration active, mis à part le tribunal administratif supérieur siégeant à Berlin. La justice administrative prussienne est en effet confiée à des autorités collectives (des conseils élus) c’est-à-dire à des institutions de l’administration active¹⁶⁰². La comparaison des deux systèmes n’est alors pas dépourvue de remarques... Laferrière qualifie l’organisation prussienne de l’administration et des tribunaux administratifs d’« ensemble un peu hésitant »¹⁶⁰³, bien qu’« un certain effort semble avoir été nécessaire pour rompre avec l’ancien système qui n’admettait pas de milieu entre la compétence judiciaire et le pouvoir discrétionnaire de l’administration »¹⁶⁰⁴. « Peut-être arrivera-t-on, s’interroge-t-il finalement, à étendre les attributions des tribunaux administratifs (prussiens) à des matières contentieuses qui sont encore aujourd’hui sans juges, notamment la plupart de celles qui intéressent l’administration centrale »¹⁶⁰⁵.

(E. LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris, Berger-Levrault et C^{ie}, 2^eéd., t. I, 1896, p. 26-27).

¹⁶⁰⁰ « Dans un second groupe se placent les Etats où il n’existe pas de tribunaux administratifs, mais où la fonction administrative demeure distincte et séparée de la fonction judiciaire. Dans ces Etats, les tribunaux ordinaires statuent sur toutes réclamations ayant le caractère d’actions contentieuses, mais ils ne peuvent s’immiscer dans les attributions de l’administration active ni prononcer l’annulation de ses actes ; l’indépendance de la fonction administrative à l’égard des tribunaux peut, au besoin, être revendiquée au moyen du conflit. A ce groupe d’Etats appartiennent : la Belgique, la Suède et la Norvège, le Danemark, la Grèce, la plupart des cantons de la Suisse, quelques Etats secondaires de l’empire d’Allemagne » (*Ibid.*, p. 26-27).

¹⁶⁰¹ « Nous placerons dans un troisième et dernier groupe l’Angleterre et les Etats-Unis d’Amérique, dont le système diffère profondément de tous ceux qui sont en vigueur dans l’Europe continentale. Dans ces Etats, les tribunaux judiciaires ont plénitude de juridiction ; ils l’exercent non seulement sur les contestations qui s’élèvent entre l’administration et les particuliers, mais encore sur la fonction administrative elle-même ; ils peuvent adresser aux administrateurs des injonctions et des défenses auxquels ceux-ci doivent obtempérer sous peine d’encourir des condamnations pénales. Ce système correspond d’ailleurs à une organisation toute spéciale des fonctions administratives, à leur caractère électif et décentralisé et à l’absence presque complète de hiérarchie administrative, d’où il résulte que les pouvoirs d’une autorité supérieure sont remplacés, du moins en partie, par ceux de l’autorité judiciaire » (*Ibid.*, p. 26-27).

¹⁶⁰² Il y a ainsi trois espèces de corps administratifs prussiens que Laferrière passe en revue : les comités de cercle, les comités de district et le tribunal administratif supérieur de Berlin. Sur le système prussien : S. GEYER, « Recours administratif ou procédure de droit commun ? Le règlement du contentieux administratif en Allemagne après 1863 », *Modèles français, enjeux politiques...*, op. cit., t. I, p. 263-282 ainsi que « Procédure du contentieux administratif, Allemagne, XIX^e siècle : La réglementation du contentieux administratif au Bade et en Prusse (1863-1864 et 1875), *La procédure et la construction de l’Etat en Europe...*, op. cit., p. 851-897.

¹⁶⁰³ *Ibid.*, p. 46.

¹⁶⁰⁴ *Ibid.*, p. 55.

¹⁶⁰⁵ *Ibid.*, p. 55.

La conclusion du « Livre préliminaire » est tout aussi intéressante : elle renvoie à l'idée exprimée par Ancel à propos des juristes de l'extrême fin du XIX^e siècle, à savoir que « le comparatiste ne devra jamais comparer que des choses comparables »¹⁶⁰⁶. Selon Laferrière en effet, il n'est pas possible

« d'établir un parallèle entre le système anglo-américain et celui qui est en vigueur dans notre pays. Les traditions et les milieux sont trop différents ; on doit d'ailleurs admettre que chaque Etat peut être conduit, par ses traditions propres et par l'ensemble de ses institutions administratives et judiciaires, à des conceptions très différentes de l'action, de la discipline et de la juridiction en matière administrative. Ce dont il faut avant tout se garder, c'est de prétendre transporter de toutes pièces un système d'un pays à un autre, surtout d'un pays de décentralisation poussée à l'extrême dans un pays d'unité et de hiérarchie administratives »¹⁶⁰⁷.

La même idée prévaut chez les juristes-comparatistes du droit de la procédure.

§5. Le droit de la procédure

Sur treize ouvrages publiés entre 1869 et 1914 en droit de la procédure, cinq – soit un peu plus du tiers – contiennent des développements de législation comparée dignes d'attention : le *Précis de droit criminel, comprenant l'explication élémentaire de la partie générale du Code pénal, du Code d'instruction criminelle en entier et des lois qui ont modifié ces deux codes* (1881) et le *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, en six volumes (1907-1929), de Garraud ; l'*Histoire de la procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIII^e siècle jusqu'à nos jours*, parue en 1882, d'Esmein ; le *Traité théorique et pratique de procédure : organisation judiciaire, compétence et procédure en matière civile et commerciale* de Garsonnet, publié la même année ; enfin, le *Traité de la juridiction administrative* – déjà évoqué¹⁶⁰⁸ – de Laferrière.

¹⁶⁰⁶ M. ANCEL, *Utilité et méthodes du droit comparé*, op. cit., p. 19.

¹⁶⁰⁷ E. LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative...*, op. cit., p. 133-134. D'ailleurs, d'après Laferrière, « en ce qui touche la juridiction administrative proprement dite, on peut douter que le système français ait quelque chose à envier au système anglo-américain, soit au point de vue des garanties de bonne justice, soit au point de vue de la simplicité et de l'économie des procédures. Ces doutes sont partagés par un jurisconsulte américain très versé dans la connaissance des lois françaises [...]. Le même auteur se demande si l'institution de tribunaux administratifs spéciaux, aux Etats-Unis, ne serait pas désirable [...]. Si l'on rapproche de ces réflexions le mouvement qui s'est déjà opéré aux Etats-Unis en faveur de la centralisation de certains services de l'Union ou des Etats ; – l'évolution à laquelle on assiste en Angleterre ; – les réformes qui ont élargi la juridiction administrative en Allemagne, l'ont consolidée en Espagne, l'ont rétablie en Italie après un abandon passager, – peut-être reconnaîtra-t-on que rien dans l'expérience des peuples contemporains, aussi bien que dans notre propre expérience, ne saurait faire regretter à la France ses institutions de justice administrative. Les principes sur lesquels elles reposent sont précisément ceux qui pénètrent actuellement dans les Etats qui leur avaient paru les plus réfractaires » (*Ibid.*, p. 133 et s.).

¹⁶⁰⁸ Cf. *supra.*, p. 318 et s.

S'il a déjà été observé que le *Précis* de Garraud n'est absolument pas étanche à la comparaison juridique¹⁶⁰⁹, il est possible de dresser le même constat concernant son *Traité d'instruction criminelle*. Après avoir présenté le Code français de 1808, qui « servit de type et de modèle à un grand nombre de pays »¹⁶¹⁰, Garraud s'attarde en effet sur « la procédure pénale dans les législations étrangères » parce qu'« il n'est plus possible, selon lui, de concevoir l'étude isolée d'une législation sans la rattacher à ses origines, sans suivre ses évolutions, sans la comparer aux législations des autres peuples »¹⁶¹¹. Pour Garraud, il existe deux groupes principaux de législation : tout d'abord, un groupe où existent, en sus du jury, « l'institution du ministère public, la division de la procédure en deux périodes, celle de l'instruction préalable qui emprunte ses règles au système inquisitorial, celle du jugement qui reprend toutes les garanties du système accusatoire. [...] Ce groupe imposant, [...] a trouvé, dans le Code français de 1808, le modèle et le cadre de ses institutions [...] »¹⁶¹² ; ensuite,

« les législations anglo-saxonnes qui forment un groupe autonome, obéissant, dans leurs rapports, à une même inspiration et animées d'un même esprit. Elles ont été et sont encore, en Europe et en Amérique, le conservatoire du système accusatoire. Pas de ministère public en Angleterre : c'est à l'initiative privée que la poursuite est abandonnée. L'égalité de la lutte entre l'accusation et la défense est sauvegardée par une série d'institutions qui, grâce à l'esprit de la race, fonctionnent sans trop compromettre l'intérêt social. Le jury est la garantie du jugement comme de l'accusation, dans les législations anglo-saxonnes »¹⁶¹³.

De là, le professeur de droit criminel¹⁶¹⁴ va passer en revue une vingtaine de législations appartenant à l'un ou l'autre groupe¹⁶¹⁵, signalant de ce fait les lois plus ou moins proches du modèle français¹⁶¹⁶. La démarche, qui pourrait paraître relativement lourde sinon ambitieuse

¹⁶⁰⁹ Cf. *supra.*, p. 311. La remarque vaut également pour les éditions ultérieures, dont celle de 1912 (onzième édition), qui a été consultée : R. GARRAUD, *Précis de droit criminel*, Paris, L. Larose & L. Tenin, 11^e éd., 1912.

¹⁶¹⁰ R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle...*, *op. cit.*, t. I, p. 100. Reprenant les propos du juriste belge Jean-Joseph Thonissen (1816-1891), Garraud écrit encore : « Ce Code n'était pas, comme on l'a dit tant de fois, une œuvre incohérente de despotisme et de réaction. Succédant au Code du 3 brumaire an IV, dont les six cents articles, préparés en huit jours, avaient été votés en deux séances, il réalisait un grand et incontestable progrès. Il n'était pas, dans toutes ses parties, l'expression la plus élevée de la science de l'époque, mais il simplifiait et améliorait notablement la législation existante. Il n'en faut pas d'autres preuves que l'accueil qu'il a reçu dans une grande partie de l'Europe. Il a longtemps survécu à la chute de Napoléon I^{er}, dans tous les pays que la République et l'Empire avaient annexés à la France. Il a servi de type à la plupart des Codes modernes. Le Code de 1808 était, en réalité, une œuvre de progrès, un bienfait pour la France, mais, tout en offrant incontestablement ce caractère, il était loin d'atteindre à la perfection » (*Ibid.*, p. 90-91).

¹⁶¹¹ *Ibid.*, p. 100.

¹⁶¹² *Ibid.*, p. 101.

¹⁶¹³ *Ibid.*, p. 101.

¹⁶¹⁴ Sur le parcours et l'œuvre de Garraud : O. MOTTE, *Lettres inédites de juristes français du XIX^e siècle...*, *op. cit.*, t. I, 1989, p. 714-717 ; J.-L. HALPERIN, V^o « Garraud », *Dictionnaire historique des juristes français...*, *op. cit.*, 1^{ère} éd., 2007, p. 354-355 ; J.-L. HALPERIN, « L'originalité de l'œuvre de René Garraud », *Le renouvellement des sciences sociales et juridiques sous la III^e République. La Faculté de droit de Lyon*, sous la dir. de D. DEROUSSIN, Paris, Editions La Mémoire du Droit, 2007, p. 51-61.

¹⁶¹⁵ Celles de l'Allemagne, de l'Autriche-Hongrie, de la Belgique, de la Principauté de Monaco, du Grand-Duché de Luxembourg, de l'Espagne, de l'Italie, de la Suisse, des Pays-Bas, de la Grande-Bretagne, de la Russie, du Grand-Duché de Finlande, des Pays Balkaniques, des Pays Scandinaves, de la Turquie, de l'Égypte, de l'Amérique du Nord, de l'Amérique du Sud et du Japon.

¹⁶¹⁶ A propos du Code de procédure pénale roumain de 1864, Garraud note par exemple qu'il est « inspiré de la législation française » (R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle...*, *op. cit.*, t. I, p. 118). De même l'organisation judiciaire italienne se rapproche-t-elle « sensiblement de l'organisation française »

pour un « simple » traité, n'étonne cependant pas : en tant que membre de la *Société de législation comparée*, Garraud bénéficie en effet directement des recherches et des textes législatifs étrangers que cette dernière, *via* son *Bulletin*, met à disposition. Aussi la volonté de l'auteur d'améliorer la législation française au moyen de la comparaison juridique ne doit pas non plus surprendre : elle correspond parfaitement à l'« esprit SLC »¹⁶¹⁷. Lorsqu'il admet par exemple que « la nécessité de réformer les expertises criminelles ne fait aucun doute, la difficulté ne porte que sur le choix des voies et moyens pour y parvenir »¹⁶¹⁸, Garraud se tourne alors immédiatement vers le Code espagnol du 14 décembre 1882 et la législation allemande.

Un autre membre – non des moindres – entend partager cet esprit : il s'agit d'Esmein. « Par son enseignement et ses travaux, Esmein est d'abord un historien du droit, le maître incontesté de cette discipline qui obtient son autonomie académique grâce à lui par le sectionnement de l'agrégation »¹⁶¹⁹. Le prénom même par lequel il se fait appeler – Adhémar – montre à quel point Jean-Paul-Hippolyte-Emmanuel Esmein aimait l'histoire : *Ademarus Emeno* était en effet un journalier du XIII^e siècle¹⁶²⁰. Né à Touvérac (Charente), le 1^{er} février 1848, d'un père propriétaire et juge de paix, Adhémar Esmein fait ses études de droit à Paris et devient, avec une thèse en 1872 sur la *collatio bonorum* et les rapports à succession, docteur en droit. Agrégé le 15 juin 1875, il est attaché à la faculté de Douai où il enseigne le droit criminel et l'histoire du droit avant de « gagner » Paris, le 8 août 1879. D'abord chargé de cours de droit commercial et de droit romain, il y enseigne, à partir de 1881, le cours d'histoire générale du droit français¹⁶²¹. Professeur-adjoint le 24 mars 1888, Esmein est finalement titularisé le 16 mai 1891 dans la chaire nouvelle d'histoire du droit puis transféré – sur sa demande – dans une chaire d'histoire du droit public français, le 26 novembre 1898. Devenu membre du Conseil supérieur de l'Instruction publique, il joue un rôle important comme rapporteur de l'arrêté sectionnant, en 1896, l'agrégation de droit¹⁶²².

« S'il n'y a pas, dans la pensée d'Esmein, une théorie élaborée du droit, il y a un effort patient de comprendre les phénomènes juridiques dans leur dimension historique, en

(*Ibid.*, p. 110). Quant au Code autrichien de 1873, « il s'inspire, sans doute, du Code d'instruction criminelle français, dont il reproduit le type, mais combien modifié et amélioré ! [...] Depuis le Code français de 1808, aucune législation particulière à un peuple n'a été davantage citée et imitée au dehors » (*Ibid.*, p. 106). Enfin, « le Code de procédure pénale allemand de 1877 procède, en ligne directe, du Code d'instruction criminelle français » (*Ibid.*, p. 103).

¹⁶¹⁷ Sur la conception du droit comparé selon la SLC, cf. *supra.*, p. 271 et s.

¹⁶¹⁸ R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle...*, *op. cit.*, t. I, p. 656.

¹⁶¹⁹ J.-L. HALPERIN, V^o « Esmein », *Dictionnaire historique des juristes français...*, *op. cit.*, 1^{ère} éd., 2007, p. 311.

¹⁶²⁰ *Ibid.*, p. 311.

¹⁶²¹ Il est en fait le premier à enseigner cette matière à Paris, laquelle venait d'être créée par décret, le 28 décembre 1880.

¹⁶²² Sur ce point : M. BALDOVINI, *La classification académique du droit, entre droit public et droit privé : sur un paradoxe de la science du droit*, Thèse, Droit, Caen, 2009.

recherchant l'évolution des institutions »¹⁶²³. L'essentiel de ses publications concerne d'ailleurs l'histoire du droit privé français¹⁶²⁴ et du droit romain¹⁶²⁵ mais aussi l'histoire du droit canonique¹⁶²⁶ « dont il fut le rénovateur en France »¹⁶²⁷. Incontestablement, « sa curiosité et son goût du détail en ont fait un apôtre de la méthode historico-comparatiste »¹⁶²⁸. Dans son *Histoire de la procédure criminelle en France*, Esmein y introduit en effet des éléments de législation comparée témoignant d'une remarquable circulation des modèles juridiques en la matière. Lorsqu'il examine par exemple la loi française du 17 juillet 1856 qui supprime la chambre du conseil et transfère les attributions de celle-ci au seul juge d'instruction, il fait remarquer que « les nations [...] nous ont emprunté notre Code d'instruction criminelle, la Belgique et l'Italie par exemple »¹⁶²⁹, mais qu'à la différence du législateur français, ces dernières ont conservé la chambre du conseil et, « en lui donnant des attributions nouvelles elles ont fait un rouage des plus utiles dans le mécanisme général »¹⁶³⁰ au point même « qu'on propose de la reconstituer chez nous sur ce modèle »¹⁶³¹.

Le traité – et le parcours – de Garsonnet s'inscrit dans la même veine¹⁶³². Né à Caen le 18 novembre 1841, Jean-Baptiste-Eugène Garsonnet est le fils d'un inspecteur d'académie. Il fait ses études au Lycée et à la Faculté de droit de Dijon puis à celle de Paris. Devenu avocat après une thèse en 1864 sur la révocation des actes faits par le débiteur, il est reçu au concours d'agrégation de 1866. D'abord nommé à Douai (comme, d'ailleurs, Esmein et Garraud), il y enseigne le droit romain mais est ensuite transféré à Paris en juillet 1870. Sans doute le traumatisme de la défaite a-t-il été particulièrement vif chez Garsonnet, lequel s'était en effet

¹⁶²³ J.-L. HALPERIN, V° « Esmein », *Dictionnaire historique des juristes français...*, op. cit., 1^{ère} éd., 2007, p. 312. Pour aller plus loin sur l'historien du droit qu'a été Esmein, lire également du même auteur : J.-L. HALPERIN, « Adhémar Esmein et les ambitions de l'histoire du droit », art. cit.

¹⁶²⁴ Par exemple : A. ESMEIN, *Etudes sur les contrats dans le très ancien droit français*, Paris, L. Larose et Forcel, 1883 ; A. ESMEIN, *Cours élémentaire d'histoire du droit français, à l'usage des étudiants de première année*, Paris, L. Larose et Forcel, 2 t., 1892.

¹⁶²⁵ A. ESMEIN, *Mélanges d'histoire du droit et de critique. Droit romain*, Paris, L. Larose et Forcel, 1886.

¹⁶²⁶ A. ESMEIN, *Le serment promissoire dans le droit canonique*, Paris, L. Larose et Forcel, 1888 ; A. ESMEIN, « La juridiction de l'église sur le mariage en occident. Etude historique », *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, quatorzième année, 1890, p. 173-221 ; A. ESMEIN, *Etudes sur l'histoire du droit canonique privé. Le mariage en droit canonique*, Paris, L. Larose et Forcel, 2 t., 1891 ; A. ESMEIN, *Le Serment des inculpés en droit canonique*, Paris, E. Leroux, 1896.

¹⁶²⁷ O. MOTTE, *Lettres inédites de juristes français du XIX^e siècle...*, op. cit., t. I, 1989, p. 629. « S'il fit preuve, dans le domaine juridique, d'une compétence à peu près universelle qu'attestent aussi, à côté d'articles de droit civil, de nombreux commentaires d'arrêts, il fut en effet, avant tout, celui qui restaura l'étude, alors à peu près abandonnée, du droit canonique et s'il ne réalisa qu'incomplètement, dans ce champ de recherche, le plan qu'il s'était tracé, il est à l'origine de l'essentiel de ce qui fut entrepris dans cette matière » (*Ibid.*, p. 629). En 1886, Esmein était d'ailleurs devenu maître de conférences de droit canonique à l'Ecole Pratique des Hautes Etudes.

¹⁶²⁸ J.-L. HALPERIN, loc. cit.

¹⁶²⁹ 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, L. Larose et Forcel, 1882, p. 575.

¹⁶³⁰ *Ibid.*, p. 575.

¹⁶³¹ *Ibid.*, p. 575.

¹⁶³² Sur cet auteur : J.-L. HALPERIN, V° « Garsonnet », *Dictionnaire historique des juristes français...*, op. cit., 1^{ère} éd., 2007, p. 355.

engagé dans la garde nationale et a notamment participé aux combats de Buzenval ; peut-être explique-t-il aussi, en partie, son intérêt pour la comparaison juridique¹⁶³³.

Dans son *Traité théorique et pratique de procédure*¹⁶³⁴, Garsonnet renvoie en effet régulièrement aux différents codes de procédure – civils et commerciaux¹⁶³⁵ – alors en vigueur à l'étranger, s'aidant amplement pour cela de l'*Annuaire de législation étrangère* publié par la *Société de législation comparée* dont il est par ailleurs membre depuis 1870. A propos du jury en matière civile – qu'il rejette¹⁶³⁶ – les cas étrangers deviennent par exemple, pour le doyen de la faculté de droit de Paris¹⁶³⁷, un argument supplémentaire à opposer aux partisans de cette institution :

« Je pourrais ajouter, écrit-il en effet, que ce n'est pas le moment d'introduire chez nous le jury civil, quand les peuples qui le possèdent depuis le plus long temps commencent à s'en lasser, ne le conservent que par habitude et par respect pour une antique institution, et cherchent à en pallier les inconvénients »¹⁶³⁸.

Et Garsonnet d'évoquer alors l'état législatif de l'Angleterre¹⁶³⁹, de l'Ecosse¹⁶⁴⁰, des Etats de New-York, Géorgie et Louisiane¹⁶⁴¹, du Portugal¹⁶⁴², de Suède, de Suisse, d'Allemagne et du Canada¹⁶⁴³.

¹⁶³³ Sur le traumatisme de la défaite de 1870 et la réaction, face à celle-ci, des membres de la *Société de législation comparée* : cf. *supra.*, p. 282 et s.

¹⁶³⁴ Garsonnet a été chargé du cours de procédure civile à la faculté de droit de Paris de 1871 à 1880, puis de droit romain de 1880 à sa mort, survenue accidentellement le 15 février 1899 à Feignies (Nord) du fait d'une chute dans une gare. De 1882 à 1897 paraissent les sept volumes de la première édition de son *Traité théorique et pratique de procédure*. Une seconde édition voit le jour dès 1898. Parvenue au troisième volume en 1899, Charles Cézair-Bru (1865-1948), professeur à la faculté de droit d'Aix-Marseille, la poursuit jusqu'au huitième et dernier volume, paru en 1904. En outre, un *Précis*, adressé pour la première fois aux étudiants en 1885, avait été extrait du *Traité* et, en 1892, Garsonnet faisait également paraître un *Traité des voies d'exécution*. « Ces ouvrages sont devenus des classiques remplaçant les travaux plus anciens de Boncenne et Boitard » (J.-L. HALPERIN, *loc. cit.*).

¹⁶³⁵ Le titre – et par conséquent l'objet – complet du traité de Garsonnet est en effet : *Traité théorique et pratique de procédure (organisation judiciaire, compétence et procédure en matière civile et commerciale)*.

¹⁶³⁶ « Trois raisons principales doivent faire rejeter ce système. La première, c'est que des magistrats de profession [...] rendront toujours meilleure justice en matière civile que des citoyens, intelligents et consciencieux sans doute, mais pris au hasard, sans préparation et sans expérience. La seconde, c'est que la distinction du droit et du fait, qui est la base du jugement par jurés, est presque toujours impossible dans une législation où la preuve testimoniale n'est admise que par exception [...]. La troisième et dernière raison, c'est que, dans une société où les citoyens vivent presque tous de leur travail, l'organisation du jury civil présenterait une extrême difficulté : ou bien les gens de loisir y seraient seuls appelés [...] ; ou bien les mêmes listes serviraient pour le jury civil et pour le jury criminel, et, si l'on prend garde au nombre des affaires civiles qui se jugent annuellement, il y aurait peu de jurés qui ne trouvassent la charge supportable » (E. GARSONNET, *Traité théorique et pratique de procédure*, Paris, L. Larose, 2^e éd., t. I, 1898, p. 83-84).

¹⁶³⁷ Garsonnet devient effectivement doyen en 1896.

¹⁶³⁸ *Ibid.*, p. 88.

¹⁶³⁹ « Les Anglais y voient surtout aujourd'hui un principe politique qui associe les citoyens à l'œuvre de la justice, et qui empêche les magistrats nommés par le Gouvernement de devenir trop puissants. Ils conviennent qu'il a fait son temps comme institution judiciaire, et que ses erreurs fréquentes, l'unanimité requise pour arriver à un verdict valable, la suspension du cours de la justice dans l'intervalle des sessions, la difficulté de réunir les jurés qui échappent le plus qu'ils peuvent à la convocation, les indemnités très coûteuses qu'il faut leur payer réduisent à néant, dans la pratique, les mérites théoriques de cette juridiction. Aussi les plaideurs usent-ils largement de la faculté qui leur est accordée par la loi de renoncer à ce mode de jugement : il résulte d'une enquête faite en 1868 que, dans un circuit de cour de comté, les parties ne réclament le jury qu'une fois sur

Finalement, avec Garraud, Esmein et Garsonnet, un profil-type du procéduraliste-comparatiste issu de la génération de 1870 se dessine : né en province, celui-ci rejoint généralement Paris afin de poursuivre ses études de droit, lesquelles l'amènent ensuite à mener un double parcours, l'un d'avocat, l'autre d'agrégé ; bien souvent, il est en outre membre de la *Société de législation comparée* et recourt dès lors dans ses ouvrages à la comparaison juridique afin d'améliorer la législation nationale sur la procédure.

§6. Le droit constitutionnel

Bien qu'il existe des publications s'intéressant aux questions constitutionnelles avant la fin du XIX^e siècle, les premiers grands traités et manuels de droit constitutionnel présentant cette matière de façon cohérente et systématique – à l'instar des traités de droit civil – n'apparaissent véritablement que dans les dernières décennies du siècle. Parmi eux, le traité d'Esmein – *Eléments de droit constitutionnel français et comparé* – est sans doute l'un des plus remarquables. Or, pour saisir toute la dimension de cette œuvre, il faut avant tout la replacer dans son contexte.

Politiquement, la III^e République vire au *parlementarisme absolu* dès 1879. Avec l'élection du républicain Jules Grévy (1807-1891) à la présidence de la République le 30 janvier de cette année, le droit de dissolution disparaît *de facto* : la majorité de la Chambre basse est en effet républicaine et le Sénat, qui doit donner au Président son avis conforme, est également républicain. Simplement, le parlementarisme tel qu'il fonctionne est critiqué, tant à droite (par le césarisme bonapartiste du boulangisme et par les légitimistes les plus radicaux qui souhaitent le retour d'une monarchie traditionaliste) qu'à gauche (par les socialistes et les anarchistes). « Il y avait donc un sentiment antiparlementaire qui ne pouvait laisser

mille ; en 1870, sur 72.600 affaires portées aux cours de droit commun, le jury n'a été convoqué que dans 2.632 » (*Ibid.*, p. 88).

¹⁶⁴⁰ « L'Ecosse n'a jamais adopté le jury civil qu'avec répugnance, et paraît résolue à le supprimer » (*Ibid.*, p. 88).

¹⁶⁴¹ « Les Etats-Unis en sont moins enthousiastes qu'autrefois : le Code de procédure civile de 1877, pour l'Etat de New-York, décide que les affaires civiles ne seront jugées par jury que si les deux parties y consentent ; la constitution de 1877, pour la Géorgie, autorise la législature à réduire le nombre des jurés à cinq, et à organiser l'appel d'un jury à un autre ; en Louisiane, il est rare qu'on réclame le jury, et, en outre, le juge peut annuler le verdict et renvoyer l'affaire à une autre session » (*Ibid.*, p. 88).

¹⁶⁴² « En Portugal, où le jury civil existe en principe, il n'a jamais fonctionné depuis qu'il est permis d'y renoncer » (*Ibid.*, p. 89).

¹⁶⁴³ « Une autre solution du problème qui consiste à associer au jugement des procès des personnes pourvues de connaissances techniques, serait d'établir des tribunaux où les juges et les jurés délibéreraient ensemble sur le droit et sur le fait : c'est ce qu'on appelle en Suisse et en Allemagne des tribunaux d'échevins, par souvenir du droit germanique où les *scabini* rendaient la justice sous la présidence du comte » (*Ibid.*, p. 89). Quant au Canada, Garsonnet renvoie à la loi du 8 avril 1875 créant la cour d'échevins.

indifférente la doctrine »¹⁶⁴⁴. D'après Andrés Abel Rodríguez Villabona, les conditions politiques de la Troisième République engendrent deux conséquences principales sur les objectifs et les méthodes de la doctrine constitutionnelle : « la première est la tendance à "substituer le droit, objet apparemment neutre, à la politique, ferment de division, comme mode de légitimation du pouvoir" ; la seconde est à son tour le résultat du fait que "avec l'avènement en 1879 de la *République parlementaire*, le droit constitutionnel cède durablement le pas aux réalités politiques" et se concrétise en la préoccupation croissante des constitutionnalistes à l'égard de ces réalités »¹⁶⁴⁵.

Ensuite, sur le plan doctrinal, l'on assiste à la montée du mouvement coopératif et ouvrier ainsi qu'à l'expansion du solidarisme et du socialisme juridique, « ce qui touche directement le droit et la doctrine constitutionnels »¹⁶⁴⁶. De plus, André-Jean Arnaud rappelle que la mise en cause du subjectivisme juridique – avec notamment l'élaboration de la notion de personne morale en tant qu'institution, la détérioration du droit absolu de propriété complétée par la formation de la théorie de l'abus de droit et les transformations de la responsabilité¹⁶⁴⁷ – ainsi que celle du « moralisme jansénisant » contenu dans le Code Napoléon¹⁶⁴⁸ – qui implique, « d'une part, une vision très traditionnaliste des mœurs et, d'autre part, une rupture entre l'activité judiciaire et les réalités sociales »¹⁶⁴⁹ – affectent aussi le droit constitutionnel et sa doctrine naissante.

Pour nourrir leurs critiques à l'égard du système constitutionnel et politique du dernier quart du XIX^e siècle, les constitutionnalistes se tournent vers les systèmes étrangers : tel est le cas d'Esmein¹⁶⁵⁰. Titularisé le 16 mai 1891 dans la chaire d'histoire du droit et de droit constitutionnel à la faculté de droit de Paris¹⁶⁵¹, Esmein s'intéresse en effet, dès 1894, à la forme de gouvernement des Etats-Unis, du Canada, de l'Australie ou encore de la Suisse dans

¹⁶⁴⁴ A. A. R. VILLABONA, « La circulation des modèles juridiques : l'exemple de la réception en Colombie de la doctrine constitutionnelle française du début du vingtième siècle », *Revista virtual Via Inveniendi Et Iudicandi (Camino del hallazgo y del juicio)* [en ligne], nov. 2009, p. 35, disponible sur internet <<http://viei.usta.edu.co/>>.

¹⁶⁴⁵ *Ibid.*, p. 36.

¹⁶⁴⁶ *Ibid.*, p. 36.

¹⁶⁴⁷ A.-J. ARNAUD, *Les juristes face à la société du XIX^e siècle...*, op. cit., p. 91.

¹⁶⁴⁸ *Ibid.*, p. 102.

¹⁶⁴⁹ A. R. VILLABONA, « La circulation des modèles juridiques : l'exemple de la réception en Colombie de la doctrine constitutionnelle française du début du vingtième siècle », art. cit., p. 37.

¹⁶⁵⁰ Sur le constitutionalisme d'Esmein : S. PINON et P.-H. PRELOT (dir.), *Le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein*, Paris, Montchrestien, 2009.

¹⁶⁵¹ D'après Guillaume Sacriste, cette titularisation a placé Esmein dans une position beaucoup plus avantageuse que tous ses collègues pour entreprendre dès 1892-1893 – c'est-à-dire avant eux – « la rédaction d'un véritable traité de droit constitutionnel » (G. SACRISTE, *La république des constitutionnalistes*, Paris, SciencesPo Les Presses, 2011, p. 336). C'est en effet à partir de 1891 que la première chaire spécialisée en histoire du droit, dont Esmein devient le titulaire, recouvre également le cours semestriel d'éléments de droit constitutionnel de première année, en application du décret du 24 juillet 1889. « En province, à la même époque, aucun agrégé ne peut encore suffisamment miser sur la création prochaine de chaires de droit constitutionnel pour entreprendre un investissement aussi lourd que la rédaction d'un traité » (G. SACRISTE, *loc. cit.*). De surcroît, « cette position avantageuse se trouve [...] renforcée par le fait que, professeur à Paris, l'ensemble des étudiants de première année – plus d'un millier – doit réviser son cours en vue des examens obligatoires de droit constitutionnel et forme ainsi un groupe d'acheteurs potentiels sans commune mesure avec celui des professeurs provinciaux » (*Ibid.*, p. 336-337).

un article qu'il fait paraître à la *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*¹⁶⁵². Mais c'est surtout en 1896 qu'il publie « un autre manuel destiné à devenir "canonique", [...] le premier grand traité républicain de droit constitutionnel » : les *Eléments de droit constitutionnel*¹⁶⁵³. Avec cet ouvrage, le professeur parisien vient en réalité « justifie[r] les lois constitutionnelles de 1875 par l'histoire du modèle parlementaire »¹⁶⁵⁴ ; aussi est-il amené à traiter longuement du modèle de l'Angleterre. D'ailleurs, « tout lecteur des écrits d'Esmein est frappé par la place éminente réservée au droit anglo-saxon. La quasi-totalité de ses travaux en droit public évoque, de façon plus ou moins longue et complète, le droit des peuples anglo-saxons, leurs institutions, leurs coutumes, voire leurs mœurs. Au-delà de l'admiration, Esmein prouve une connaissance certaine du droit anglais et de ses succédanés que sont le droit américain, le droit australien ou encore le droit canadien »¹⁶⁵⁵. Dans ses *Eléments*, il consacre ainsi un chapitre entier à la Constitution anglaise qui est devenue, selon lui, « l'un des éléments de la liberté moderne »¹⁶⁵⁶. Au fil des éditions – et de l'évolution des institutions de l'Angleterre et de son droit constitutionnel – s'ajouteront même de nouveaux développements, quantitativement et qualitativement importants, au point de voir le titre de l'ouvrage modifié et devenir, dès 1899, les *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*. « Ce "droit comparé" étant, pour une très large part, issu du droit anglo-saxon et particulièrement du droit public anglais présenté comme "un champ d'études incomparables". Esmein y voit même, pour l'historien du droit qu'il est, "comme un musée vénérable et précieux" »¹⁶⁵⁷. Lorsqu'il s'intéresse par exemple à la question de la responsabilité politique ministérielle, il revient alors inévitablement sur l'origine anglaise de cette institution¹⁶⁵⁸, avant de rappeler que

¹⁶⁵² A. ESMEIN, « Deux formes de gouvernement », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, t. I, janv.-juin 1894, p. 15-41.

¹⁶⁵³ Guillaume Sacriste explique encore que « publier le premier provoquait *de facto* un appel d'air découlant de ce que, pour discuter, critiquer, voire réfuter ses opinions [celles d'Esmein] afin de construire une théorie constitutionnelle alternative et convaincante, il faudrait que ses concurrents citent longuement ses argumentations et construisent ainsi indirectement son succès et sa centralité dans le champ doctrinal » (G. SACRISTE, *La république des constitutionnalistes*, *op. cit.*, p. 337). Néanmoins, d'autres facteurs peuvent être pris en compte : se posant comme le spécialiste du droit constitutionnel en France à la suite de sa publication au sein de la *Revue du droit public*, Esmein sera dès lors sollicité dès la parution de son traité – qui débute vers la fin du mois d'octobre 1895 – par les Républicains au pouvoir et les journalistes de la presse politique, lesquels chercheront en effet à recueillir son opinion au sujet de la crise politico-constitutionnelle qui éclate, au même moment, entre le Sénat (du moins, sa majorité conservatrice), revendiquant le droit de mettre en jeu la responsabilité politique des ministres, et le gouvernement, niant ce même droit. Aussi, « dès le début de l'année 1896, l'ouvrage apparaît comme une *référence* incontournable auprès d'un vaste public de parlementaires, de journalistes politiques et de hauts fonctionnaires. Comment les autres professeurs auraient-ils pu l'ignorer ? » (G. SACRISTE, *La république des constitutionnalistes*, *op. cit.*, p. 343)

¹⁶⁵⁴ J.-L. HALPERIN, V° « Esmein », *Dictionnaire historique des juristes français...*, *op. cit.*, 1^{ère} éd., 2007, p. 312.

¹⁶⁵⁵ A. CHOPPLET, *Adhémar Esmein et le droit constitutionnel de la liberté*, Thèse, Droit, Université de Reims Champagne-Ardenne, 2012, p. 138.

¹⁶⁵⁶ C'est en effet le titre du Chapitre I du Titre I de la Première partie de son ouvrage : « Comment la Constitution anglaise est devenue l'un des éléments de la liberté moderne ».

¹⁶⁵⁷ *Ibid.*, p. 141.

¹⁶⁵⁸ « L'*impeachment* n'est pas autre chose qu'une accusation intentée contre un ministre par la Chambre des Communes devant la Chambre des Lords, qui statue comme un tribunal. [...] C'est vraiment cette juridiction, au

« cette mise en accusation des ministres par une Chambre élue est un des traits généraux que les peuples libres ont inscrit dans leurs constitutions, en l'empruntant à l'Angleterre, alors même que, pour diverses raisons, ils n'admettaient pas la responsabilité politique des ministres, ni leur responsabilité civile devant les tribunaux de droit commun. La juridiction change de pays en pays : souvent, lorsqu'il y a deux Chambres, c'est la Chambre haute qui remplit la fonction de juge ; ailleurs, c'est une Haute-Cour de justice, distincte des assemblées législatives et présentant des types divers. Mais partout le système anglais a été plus ou moins fidèlement reproduit. Aux Etats-Unis, il a gardé son nom et sa forme : c'est l'*impeachment* intenté par la Chambre des représentants devant le Sénat »¹⁶⁵⁹.

De même, en France, « le système anglais, diversement adapté, a toujours été admis depuis 1791. Il figure non seulement dans les Constitutions qui admettent la responsabilité politique des ministres, comme [...] les lois constitutionnelles de 1875, mais aussi dans celles qui repoussaient cette responsabilité »¹⁶⁶⁰.

Fondateur du point de vue de la doctrine constitutionnaliste, le traité d'Esmein pousse également les membres de celle-ci à s'intéresser aux doctrines et aux droits étrangers.

« Pour les professeurs provinciaux notamment, la configuration n'en est que plus délicate. L'espace des interprétations constitutionnelles possibles apparaît tellement fermé que tout se passe même comme s'il leur était impossible d'entreprendre de concurrencer sur son terrain le légiste de l'Etat républicain (Adhémar Esmein). [...] L'une des stratégies que vont alors utiliser certains de ses concurrents provinciaux pour contribuer néanmoins à la formation de la doctrine constitutionnelle naissante et se créer ainsi des titres scientifiques consiste à mener une politique d'édition avant tout axée sur la traduction d'œuvres de droit constitutionnel de grands auteurs étrangers. [...] C'est l'œuvre de Duguit qui, sans conteste, illustre de la manière la plus spectaculaire les tentatives provinciales visant à concurrencer Adhémar Esmein sur le terrain scientifique »¹⁶⁶¹.

Alors qu'Esmein montre en effet « beaucoup d'indifférence à l'égard de la doctrine allemande de l'Etat (le *Reich* ne peut nullement constituer, selon lui, un modèle en l'absence de parlementarisme) »¹⁶⁶², ce qui lui sera d'ailleurs reproché¹⁶⁶³, le professeur bordelais occupera au contraire « cet interstice laissé libre par le professeur de droit constitutionnel de Paris »¹⁶⁶⁴. Du reste, « il est d'autant mieux placé pour occuper cet interstice que les ressources de la science allemande sont particulièrement disponibles à la faculté de droit de Bordeaux, grâce à

fond toute politique, et par cela même qu'elle était politique, qui a créé en Angleterre la responsabilité ministérielle » (A. ESMEIN, *Eléments de droit constitutionnel*, Paris, L. Larose, premier fascicule, 1896, p. 86-87).

¹⁶⁵⁹ *Ibid.*, p. 89.

¹⁶⁶⁰ *Ibid.*, p. 89-90. Esmein précise toutefois que « cette institution, qui a paru assez importante pour s'imposer avec une pareille généralité aux Constitutions modernes, est aujourd'hui considérée par les Anglais comme tombée en désuétude. [...] La raison en est bien simple. La responsabilité politique des ministres, sous le gouvernement parlementaire, a rendu inutile cette arme ancienne, et la condamne à se rouiller. Le moyen préventif a remplacé le moyen répressif : la Chambre des Communes, pouvant à volonté renvoyer les ministres, n'a plus jamais besoin de les mettre en accusation. Le même résultat se produit nécessairement dans tous les pays qui ont admis le gouvernement parlementaire » (*Ibid.*, p. 90).

¹⁶⁶¹ G. SACRISTE, *La république des constitutionnalistes*, *op. cit.*, p. 343 et s. Guillaume Sacriste renvoie plus exactement au maître ouvrage de Duguit, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*. Paru pour la première fois en 1901-1903 (deux tomes), il ne nous appartient donc pas de l'analyser ici en détails mais simplement de l'évoquer. Nous y reviendrons, en effet, plus loin : cf. *infra.*, p. 376.

¹⁶⁶² J.-L. HALPERIN, *loc. cit.*

¹⁶⁶³ Pour une anecdote à ce sujet : G. SACRISTE, *loc. cit.*

¹⁶⁶⁴ *Ibid.*, p. 343 et s.

des passeurs comme son maître, le vieil érudit Henri Barckhausen, le jeune normalien Emile Durkheim, son ami "sociologue" Henri Saint-Marc ou l'hétérodoxe Charles Gide, et compte tenu des relations historiques de la capitale bordelaise avec certaines diasporas protestantes anglaise, hollandaise et allemande »¹⁶⁶⁵. Plus généralement, c'est encore la défaite de 1870 qui conduit certains constitutionnalistes français à se tourner vers l'Allemagne. En matière d'enseignement juridique par exemple, « la déroute militaire de l'Empire contre l'Allemagne venait considérablement, et comme par deux fois, renforcer leur position réformatrice. Selon eux, non seulement l'enseignement juridique en France s'était montré inefficace à former des élites compétentes mais encore, l'enseignement juridique allemand avait permis de former des élites plus compétentes que les élites françaises »¹⁶⁶⁶.

Toujours est-il qu'en définitive « la doctrine constitutionnelle provinciale demeure largement sous la chape que font peser les professeurs parisiens, à commencer par Adhémar Esmein dont les *Eléments* servaient de point de ralliement et de repoussoir, s'installant au cœur même de la doctrine »¹⁶⁶⁷. Mais si Esmein était un constitutionnaliste de renom, il était aussi un « observateur attentif des transformations du droit civil »¹⁶⁶⁸.

§7. Le droit civil

A la fin du siècle, dans les décennies 1880-1890, l'enseignement universitaire français ne s'est pas complètement affranchi de la méthode exégétique et le poids de l'exégèse se ressent encore au sein des publications en matière civile¹⁶⁶⁹. Ainsi du *Précis de droit civil* en trois volumes (1882-1884) de Marie-Paul-Gabriel Baudry-Lacantinerie (1837-1913) ou du *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, en quinze tomes (1892-1903), de Théophile-Louis-Etienne Huc (1829-1906). Comment expliquer cette permanence de l'exégèse ? Tout d'abord, par la réédition fréquente des « classiques », tel le *Cours de Code civil* de Demolombe, qui pousse la troisième génération de jurisconsultes du XIX^e siècle à publier assez tardivement¹⁶⁷⁰. A cela s'ajoute ensuite une réglementation contraignante toujours en vigueur. D'une part, la surveillance des professeurs et des établissements de droit par des inspecteurs généraux subsiste : elle ne disparaîtra effectivement qu'en 1888¹⁶⁷¹. D'autre part, l'obligation pour ces mêmes professeurs de suivre le plan du Code ne prend fin

¹⁶⁶⁵ *Ibid.*, p. 343 et s.

¹⁶⁶⁶ *Ibid.*, p. 59.

¹⁶⁶⁷ G. SACRISTE, *La république des constitutionnalistes*, op. cit., p. 353.

¹⁶⁶⁸ J.-L. HALPERIN, loc. cit.

¹⁶⁶⁹ Sur le poids de la méthode exégétique, cf. *supra.*, p. 41 et s.

¹⁶⁷⁰ N. HAKIM, *L'autorité de la doctrine civiliste française au XIX^e siècle*, op. cit., p. 128. Sur Demolombe, cf. *supra.*, p. 70 et s.

¹⁶⁷¹ Sur l'inspection des Facultés, cf. *supra.*, p. 60 et s.

qu'avec l'arrêté ministériel du 24 juillet 1895 c'est-à-dire assez tardivement¹⁶⁷². Enfin, le serment que le gouvernement exige des professeurs afin de garantir leur fidélité et assurer l'observation des règles de fonctionnement des facultés ne sera supprimé qu'en 1907 par un certain Adhémar Esmein¹⁶⁷³... Aussi, « nonobstant tous les efforts de rénovation entrepris par les jurisconsultes de la fin du siècle, l'interprétation doctrinale demeure quasi-inchangée, aussi bien dans sa méthode proprement dite que dans la médiation qu'elle réalise »¹⁶⁷⁴.

Toutefois, l'année 1880 semble marquer le déclin de l'exégèse et annoncer simultanément un renouvellement méthodologique quant à l'interprétation et l'enseignement du droit¹⁶⁷⁵. Des auteurs tels que Planiol (1853-1931), Saleilles (1855-1912), Gény (1861-1959), Ambroise Colin (1862-1929), Capitant (1865-1937) ou encore Demogue (1872-1938) viennent alors marquer cette nouvelle période : elle est donc celle des juristes nés – pour la plupart – dans les années 1850 et 1860 et tend par conséquent à concerner davantage la génération postérieure à celle de 1870¹⁶⁷⁶. Néanmoins, cette présentation classique des cycles internes à l'« Ecole de l'Exégèse » – pionniers de l'interprétation du Code civil (1804-1840) ; apogée de l'« Ecole classique » (1840-1880) ; déclin de l'exégèse (à partir de 1880) – présente l'inconvénient de « classer tous ceux qui sont nés dans les années 1820 et 1830, soit parmi les "progressistes" de la troisième phase doctrinale, ce qui peut paraître difficile, soit parmi les "classiques" »¹⁶⁷⁷, alors même que leur œuvre les en distingue. Pourtant, ces « auteurs dits de transition »¹⁶⁷⁸ ne sauraient être négligés dans une étude intéressant l'utilisation des textes étrangers par les membres de la doctrine juridique française de la fin du XIX^e siècle. Le cas de Bufnoir est peut-être le plus exemplaire¹⁶⁷⁹.

Né à Autun le 3 janvier 1832, Claude Bufnoir effectue ses études secondaires à l'école des Frères de la doctrine chrétienne puis au collège de sa ville natale. Inscrit en 1850 à la Faculté de droit de Dijon, il y poursuit de brillantes études sous le patronage de son oncle Claude Lacomme (1815-1888), professeur de droit romain, et est licencié en 1853 avant de soutenir ses deux thèses le 1^{er} juillet 1856. La même année, ayant obtenu une dispense d'âge, il est

¹⁶⁷² Cet arrêté accorde en effet aux professeurs la liberté de distribuer les matières dans les trois années de la licence, suivant le plan et la méthode qui leur paraissent préférables dans l'intérêt de l'étudiant. Cette réforme est le fait de Bufnoir et est notamment saluée par Planiol et Capitant.

¹⁶⁷³ Mais il est remis en vigueur par Paul Cauwès (1843-1917) en 1913 et perdure jusqu'à Vichy. Sur ce serment, cf. *supra*, p. 59.

¹⁶⁷⁴ N. HAKIM, *L'autorité de la doctrine civiliste française au XIX^e siècle*, op. cit., p. 126.

¹⁶⁷⁵ Ce point sera traité ultérieurement : cf. *infra*, p. 369 et s.

¹⁶⁷⁶ Raison pour laquelle ces auteurs seront abordés ultérieurement.

¹⁶⁷⁷ N. HAKIM, « De l'esprit et de la méthode des civilistes de la seconde moitié du XIX^e siècle. L'exemplarité de Claude Bufnoir », art. cit., p. 45.

¹⁶⁷⁸ *Ibid.*, p. 61.

¹⁶⁷⁹ Parmi d'autres, tels Colmet de Santerre, Boissonade, Glasson, Joseph-Emile Labbé, Beudant ou encore Baudry-Lacantinerie. Dans son *Traité théorique et pratique de droit civil*, en vingt-six volumes (1895-1905), ce dernier s'intéresse partiellement au droit comparé. Il consacre par exemple une Section, entière mais brève, à la « Législation comparée » sur la question du divorce et de la séparation de corps (G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité théorique et pratique de droit civil. Des personnes*. Paris, L. Larose, 2^e éd., t. III, 1902, p. 246 et s.). Rappelons, en outre, que Baudry-Lacantinerie a été membre de la *Société de législation comparée* et qu'il utilise d'ailleurs pour ses études comparatives l'*Annuaire de législations étrangères* publié par cette dernière.

reçu major du premier concours national d'agrégation, ouvert le 3 novembre et achevé le 26 décembre (le jury est alors présidé par Firmin Laferrière). Exceptionnellement attaché à la Faculté de droit de Paris dès le 9 janvier 1857, Bufnoir est cependant délégué à la Faculté de droit de Grenoble de mars 1858 à février 1859 pour y enseigner le droit romain mais il retrouve la Faculté parisienne en tant que suppléant en droit civil et en droit romain entre 1861 et 1866. C'est finalement le 9 février 1867 que Bufnoir reçoit la chaire de droit civil qu'il occupera alors sans interruption jusqu'à son décès à Paris, le 11 février 1898 (son propre gendre – un certain Raymond Saleilles... – lui « succèdera » alors). D'esprit *libéral* et défenseur d'une « méthode de type exégétique assouplie »¹⁶⁸⁰, ce dernier s'attache en effet à dégager les grands principes juridiques contenus dans la loi¹⁶⁸¹.

Surtout, le professeur parisien souhaite assurer la diffusion de deux méthodes : la *méthode historique* et le *droit comparé*. D'ailleurs, pour lui, « "le droit comparé était de l'histoire en marche. C'était l'histoire en voie de se faire, au lieu de l'histoire immobilisée dans le passé". C'est donc justement cet éclairage et cette inspiration que Bufnoir recherche dans l'étude des législations étrangères »¹⁶⁸². A cet égard, il contribue en 1869 – avec Laboulaye notamment¹⁶⁸³ – à la fondation de la *Société de législation comparée* dont il devient d'ailleurs le vice-président, de 1883 à 1886, et même le président, de 1889 à 1890¹⁶⁸⁴. Publiant alors régulièrement au sein du *Bulletin* de la SLC, Bufnoir se révèle particulièrement attentif aux questions relatives à l'Allemagne – pays dont il maîtrise la langue – et notamment à la préparation de son Code civil. Il prend d'ailleurs une part déterminante dans la traduction de ce Code, dirigeant un groupe de travail constitué à cet effet au sein du Comité de législation étrangère¹⁶⁸⁵ et composé de Jules Challamel (1853-1927), Joseph Drioux (1858-1928), Gény, Paul Hamel, Henri-Léon Lévy-Ullmann (1870-1947) et Saleilles. Ce groupe – dirigé ensuite par Saleilles au décès de Bufnoir – mènera cette tâche « de façon si remarquable que cette traduction française fera l'admiration des juristes allemands eux-mêmes »¹⁶⁸⁶.

N'étant l'auteur d'aucun ouvrage en droit civil, cinquante-neuf de ses leçons ont cependant été publiées par ses anciens élèves, en 1900, sous le titre de *Propriété et contrat. Théorie des modes d'acquisition des droits réels et des sources des obligations*. Ces leçons viennent alors confirmer le vif intérêt que portait Bufnoir pour la comparaison juridique ; et plus

¹⁶⁸⁰ N. HAKIM, « De l'esprit et de la méthode des civilistes de la seconde moitié du XIX^e siècle. L'exemplarité de Claude Bufnoir », art. cit., p. 61 et s.

¹⁶⁸¹ Sur l'ouverture de la doctrine juridique française aux textes de droit étranger par le commentaire synthétique et la recherche de principes juridiques au-delà des textes français, cf. *supra.*, p. 68 et s.

¹⁶⁸² N. HAKIM, « De l'esprit et de la méthode des civilistes de la seconde moitié du XIX^e siècle. L'exemplarité de Claude Bufnoir », art. cit., p. 61 et s.

¹⁶⁸³ Sur Laboulaye et la prospective des fondateurs de la SLC, cf. *supra.*, p. 252 et s.

¹⁶⁸⁴ De même, Bufnoir collaborera avec Laboulaye au sein de la *Société pour l'étude des questions d'enseignement supérieur* à la fondation de laquelle, en 1878, le premier prend une part active et dont le second devient le premier président.

¹⁶⁸⁵ Sur ce Comité ou *Bureau de législation comparée*, cf. *supra.*, p. 287.

¹⁶⁸⁶ O. MOTTE, *Lettres inédites de juristes français du XIX^e siècle...*, op. cit., t. I, 1989, p. 74. Le *Code civil allemand traduit et annoté* ayant été publié en 1904, il est alors traité au Titre suivant de la présente thèse (cf. *infra.*, p. 438 et s.).

spécialement avec le droit d'outre-Rhin. Ainsi l'étude de la loi française du 23 mars 1855 sur la transcription hypothécaire (IX^e Leçon) passe-t-elle nécessairement, chez Bufnoir, par l'examen du système allemand d'immatriculation des biens immeubles. D'après le professeur, ce dernier système présente en effet d'indéniables avantages,

« en ce sens que l'inscription n'est pas toujours personnelle, mais le plus souvent réelle : elle se fait alors au feuillet, non pas du propriétaire, mais au feuillet de l'immeuble ; de sorte qu'en se reportant à ce feuillet on trouve mention, et mention forcée, de toutes les mutations dont l'immeuble a été l'objet, et non pas seulement de celles qui proviennent du propriétaire avec lequel a traité l'acheteur. [...] Ce fonctionnement pratique aboutit à une publicité aussi complète que possible, puisque dans tous les cas elle permet de constater toutes les transmissions successives de chaque parcelle portée au cadastre. De cette façon, par conséquent, et dans un système de ce genre, il est plusieurs solutions que j'ai dû accepter comme s'imposant chez nous »¹⁶⁸⁷.

En revanche, Bufnoir n'avalise pas l'ensemble du système allemand dans la mesure où il faut admettre, « au moins d'une façon générale, [...] que l'inscription portée au registre au nom de l'acquéreur [système français] fait preuve de la légitimité du droit de cet acquéreur au regard et dans l'intérêt des tiers de bonne foi, de telle sorte qu'on ne puisse pas contester à leur préjudice la validité de son acquisition et l'annuler avec effet rétroactif »¹⁶⁸⁸ ; tandis que la législation allemande repose « sur une conception juridique très différente de celle admise chez nous ; et sur ce point on peut se demander si on n'a pas sacrifié à l'excès, au profit des exigences du crédit, quelques-uns des principes les plus essentiels, ceux qui touchent à la validité des contrats et par suite aux bases mêmes de l'équité juridique »¹⁶⁸⁹. Pour le dire autrement, il ne faudrait pas « qu'une annulation rétroactive puisse porter atteinte aux droits conférés aux tiers sur la foi du livre foncier »¹⁶⁹⁰. Aussi Bufnoir propose-t-il seulement une « adaptation plus modérée »¹⁶⁹¹ du système germanique, de manière à pouvoir le concilier avec « les principes qui restent à la base de nos lois en matière de transactions immobilières »¹⁶⁹².

A propos de Bufnoir, Nader Hakim note un paradoxe : il est « décédé "avant que lui-même ait pu mettre cette méthode savante en application". Ce sont ainsi d'autres que lui qui vont mettre en œuvre la méthode historique et tenter de faire triompher le droit comparé »¹⁶⁹³. Que l'on songe alors aux fondateurs de revues juridiques.

¹⁶⁸⁷ C. BUFNOIR, *Propriété et contrat. Propriété et contrat. Théorie des Modes d'acquisition des droits réels et des Sources des Obligations*, Paris, A. Rousseau, 1900, p. 127-128.

¹⁶⁸⁸ *Ibid.*, p. 128.

¹⁶⁸⁹ *Ibid.*, p. 128.

¹⁶⁹⁰ *Ibid.*, p. 128.

¹⁶⁹¹ *Ibid.*, p. 129.

¹⁶⁹² *Ibid.*, p. 129.

¹⁶⁹³ N. HAKIM, « De l'esprit et de la méthode des civilistes de la seconde moitié du XIX^e siècle. L'exemplarité de Claude Bufnoir », art. cit., p. 70.

Section 3 – Comparaison et rénovation lors du moment fondateur des revues

De manière flagrante, un double phénomène vient caractériser la période 1869-1914 à propos des revues de droit : non seulement celles-ci se *multiplient* mais elles se *spécialisent*. En effet, « à la fin des années 1870 et au début de la décennie suivante, les périodiques connaissent un accroissement important, et, ce qui est notable, avant même la promulgation de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse. Ils stagnent ensuite dans le courant des années 1890 »¹⁶⁹⁴. Ainsi, sur les onze revues sélectionnées – contre six, pour la période précédente (1815-1869) –, sept apparaissent entre 1870 et 1890 – la *Revue catholique des institutions et du droit* (1872) ; le *Bulletin de la Société générale des prisons* (1877) ; la *Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence en France et à l'étranger* (1877) ; la *Revue générale d'administration* (1878) ; le *Journal des sociétés civiles et commerciales* (1880) ; le *Bulletin du comité des travaux historiques et scientifiques, section sciences économiques et sociales* (1883) ; la *Revue des sociétés* (1883) – et une seule au cours de la décennie 1890 : la *Revue du droit public et de la science publique en France et à l'étranger* (1894).

Comment expliquer cette multiplication ? Là encore, une partie de la réponse réside sans aucun doute dans la réaction des juristes français face à la victoire prussienne de 1870. Si, pour certains, « la blessure fut terrible, [...] dont il fallait souffrir en silence sans en parler jamais »¹⁶⁹⁵ ; pour d'autres, au contraire, « la science française ne pouvait durablement s'enfermer dans cette attitude de repli [...]. De fait, une fois dépassé le dénigrement stérile des années qui suivent la défaite, se fait jour, en raison de la conviction très généralement partagée que "Les Universités, c'est la force de l'Allemagne et le secret de ses triomphes", un véritable engouement pour la science allemande. On se passionne alors pour l'université allemande, proposée à la France comme modèle »¹⁶⁹⁶. Tout semble d'ailleurs contribuer à la renaissance de cet échange franco-allemand : une nouvelle génération de juristes français

¹⁶⁹⁴ J.-C. GESLOT et J. HAGE, « Recenser les revues », *La Belle Epoque des revues*, op. cit., p. 33. A ce titre, Jean-Paul Barrière note que « selon les recensements, il existe 31 000 juristes en France vers 1886 et 45 000 en 1906 ; il s'agit d'un minimum, car certains étudiants, et pas seulement en droit, font des tâches de petit clerc pour payer leurs études – mais l'on objectera qu'ils ne doivent guère acheter de revues spécialisées ! En revanche, bien des fonctionnaires de l'Enregistrement, outre les codes fiscaux, ont besoin d'outils juridiques. Ces juristes sont-ils des lecteurs multiples ? L'examen d'une cinquantaine d'inventaires après décès de notaires de la Haute-Garonne et du Nord au XIX^e siècle tendrait à prouver que non, même si les accusations d'ignorance proférées à l'encontre de ces praticiens sont excessives. Bien sûr, la formation n'a rien à voir avec celle d'aujourd'hui et les notaires, huissiers ou avoués qui disposent, non seulement des manuels pratiques (formulaires, Enregistrement), mais aussi de véritables instruments d'actualisation des connaissances et de réflexion sur leur métier, demeurent une minorité : les revues juridiques "vivantes" sont présentes dans une bibliothèque notariale sur dix au milieu du XIX^e siècle, et une sur cinq ou six à la fin » (J.-P. BARRIERE, loc. cit.).

¹⁶⁹⁵ O. MOTTE, *Lettres inédites de juristes français du XIX^e siècle...*, op. cit., t. I, 1989, p. 40 et s.

¹⁶⁹⁶ *Ibid.*, p. 40 et s. C'est ainsi que la *Revue internationale de l'enseignement*, fondée par la *Société pour l'étude des questions d'enseignement supérieur* précédemment évoquée (cf. *supra*, p. 333, note 1684), consacre l'essentiel de ses pages au système universitaire allemand.

n'ayant pas vécu personnellement la guerre de 1870 émerge, les congrès scientifiques où se côtoient les plus grands spécialistes de l'Allemagne et de la France se succèdent, les voies et moyens de communication s'améliorent, la connaissance de l'allemand en France accomplit de grands progrès et, bien évidemment, les revues se multiplient.

Elles se multiplient et surtout – en raison des besoins qui se manifestent – elles se spécialisent. C'est ainsi que – comme nous avons déjà eu l'occasion de le souligner – les catholiques disposent de leur propre périodique (*Revue catholique des institutions et du droit*), de même, sur un autre plan, que les pénologues (*Bulletin de la Société générale des prisons*), les publicistes (*Revue générale d'administration*, *Revue du droit public*) ou encore les spécialistes du droit des sociétés (*Journal des sociétés civiles et commerciales*, *Revue des sociétés*). A propos des sociétés savantes – lesquelles cherchent bien souvent à promouvoir, nourrir et rendre publique leur activité *via* un magazine périodique qu'elles créent dès lors spécialement à cet effet – Jean-Pierre Chaline remarque également que « les années 1875-1884 [voient] l'apogée de tout le siècle pour le nombre de sociétés créées : plus de 200 en une seule décennie »¹⁶⁹⁷ et qu'« une ventilation [...] des sociétés savantes selon leur objectif déclaré met en évidence l'engouement croissant pour des organismes spécialisés. Sous la Restauration, les fondations se répartissent encore par moitié entre groupements polyvalents (jusqu'alors très majoritaires) et sociétés à centre d'intérêt mieux défini [...]. Dès la Monarchie de Juillet au contraire, l'écart se creuse nettement : ce sont plus des trois quarts des nouvelles associations savantes qui désormais annoncent leur rattachement à une discipline précise. La proportion se maintient sous le Second Empire, mais sous la Troisième République elle avoisinera 90 % »¹⁶⁹⁸.

Selon André-Jean Arnaud, ce mouvement croissant de spécialisation des revues juridiques répond en réalité à l'autonomisation des différentes matières de droit :

« A partir de 1880, les Facultés de Droit ne sont plus le lieu où l'on enseigne le Code civil et accessoirement les autres codes ; elles sont le lieu géométrique où se rencontrent les tenants de disciplines dont le dénominateur commun est qu'elles se rattachent à cette portion du savoir qui traite de l'organisation normative de la vie sociale dans ses divers aspects : rapports des individus entre eux, rapports des Etats entre eux, sanction de ces rapports, histoire des uns et des autres. Que ces disciplines aient acquis leur autonomie et se soient compliquées au point d'être l'objet de recherches spécialisées est un fait certain. Ce fait est corroboré par une constatation : la multiplication des revues particulières à chacune des branches du Droit »¹⁶⁹⁹.

Il reste que, pour les fondateurs de ces revues juridiques, *la rénovation du droit français passe par la comparaison*. En d'autres termes, la comparaison juridique doit être à finalité pratique. La *Société générale des prisons* et son *Bulletin* offrent en ce sens un exemple type (§1). Bien-sûr, le droit pénitentiaire n'est pas le seul domaine où les fondateurs de périodiques appellent à la comparaison : ces appels se multiplient en effet au cours du dernier

¹⁶⁹⁷ J.-P. CHALINE, *Sociabilité et érudition. Les sociétés savantes en France*, Paris, Editions du CTHS, 1995, p. 38.

¹⁶⁹⁸ *Ibid.*, p. 43.

¹⁶⁹⁹ A.-J. ARNAUD, *Les juristes face à la société du XIX^e siècle...*, *op. cit.*, p. 115 et s.

tiers du XIX^e siècle (§2). Parmi ces fondations, celle du *Bulletin du Comité des travaux historiques et scientifiques (Section des sciences économiques et sociales)* attire plus particulièrement l'attention en ce qu'il place précisément la comparaison au cœur de la réforme de l'Etat (§3).

§1. Une étude de cas : le *Bulletin de la Société générale des prisons* (1877-1900)

Par la loi du 5 juin 1875, le législateur français adopte et surtout prescrit que les prisons départementales¹⁷⁰⁰ sont désormais soumises au régime de l'emprisonnement individuel¹⁷⁰¹ ; l'article premier de ladite loi disposant en effet : « Les inculpés, prévenus et accusés seront à l'avenir individuellement séparés pendant le jour et la nuit ». Mais quel accueil la doctrine juridique française réserve-t-elle à cette loi sur le régime des prisons départementales ? Quelle est sa réaction vis-à-vis de ce choix ? En 1877 est créée la *Société générale des prisons* (SGP)¹⁷⁰². D'après l'article II de ses Statuts, celle-ci doit contribuer à « l'amélioration du régime pénitentiaire en France » ; « projet extrêmement vaste et flou »¹⁷⁰³ que la SGP se propose d'atteindre, premièrement, par l'institution de réunions périodiques où seront examinées les questions ayant trait au régime des établissements pénitentiaires ; deuxièmement, par des publications périodiques et spéciales et, troisièmement, par un concours actif donné aux commissions de surveillance des prisons et aux sociétés de patronage formées pour venir en aide aux prisonniers libérés¹⁷⁰⁴. En vérité, cette disposition ne rend pas fidèlement compte de la *méthode* appliquée par les sociétaires puisque, en effet, elle ne traduit en rien leur caractère *comparatiste* pourtant essentiel.

Bien que ses statuts ne mentionnent pas expressément le recours à la comparaison juridique, il est en effet certain que la méthode comparative a été envisagée, retenue et

¹⁷⁰⁰ Les maisons d'emprisonnement françaises sont en effet divisées en maisons centrales, prisons départementales et bagnes ; leur nature dépend moins de la qualité des condamnés que de l'autorité qui les contrôle et d'une réglementation d'administration publique uniforme.

¹⁷⁰¹ La question du choix du modèle pénitentiaire à suivre avait alors fait l'objet de discussions doctrinales depuis déjà de longues décennies ; les principes de la philosophie pénitentiaire naissent en effet sous la Constituante. Sur ce point et sur l'évolution en France de la vision carcérale au cours du XIX^e siècle : H. HEDHILI-AZEMA, *Sciences et pratiques pénitentiaires en France. XIX^e-XX^e siècles*, Paris, L'Harmattan, 2014. Cette question renvoyait, pour l'essentiel, à deux systèmes carcéraux venus des Etats-Unis : celui d'Auburn et celui de Philadelphie. Si le premier – le « système d'Auburn » (c'est en 1816 qu'a effectivement été mise en place une prison-modèle dans la ville d'Auburn, dans l'Etat de New-York) – se caractérise par l'isolement complet de chaque condamné pendant la nuit, le silence absolu pendant le jour, le travail, l'instruction morale et religieuse ; le second – le « système de Philadelphie » (c'est effectivement en Pennsylvanie que sont construites, en 1821, deux prisons inaugurant une nouvelle pratique cellulaire) – consiste quant à lui en un emprisonnement cellulaire absolu c'est-à-dire de nuit et de jour.

¹⁷⁰² Les statuts sont approuvés par arrêté le 22 mai 1877. La SGP est conçue comme « l'utile auxiliaire du Conseil supérieur des prisons » (F. DESPORTES, « La Société générale des prisons », *Bulletin de la Société générale des prisons*, 1877, p. 6), un organe placé près du Ministère de l'intérieur et chargé de veiller à l'exécution de la loi de 1875.

¹⁷⁰³ M. KALUSZYNSKI, « Réformer la société : les hommes de la Société générale des prisons, 1877-1900 », art. cit., p. 77.

¹⁷⁰⁴ Article III des Statuts de la SGP.

appliquée dès la fondation de la SGP. Le premier secrétaire général de la *Société*, Fernand Desportes¹⁷⁰⁵, écrit en effet en 1877 – avant même le vote des statuts – que « [la Société] [...] chercherait à atteindre [son] but [...] en assurant la publicité la plus large [...] aux réformes accomplies à l'étranger »¹⁷⁰⁶. Pour faciliter la recherche de ces informations, l'article IV des statuts prévoit en ce sens que « [la SGP] comprend des membres résidant à Paris, dans les départements et à l'étranger. Elle nomme des correspondants à l'étranger »¹⁷⁰⁷. Elle met en place et dispose, autrement dit, d'un *réseau* qui se présente en cercles concentriques, le plus large correspondant dès lors à l'ensemble des membres de la Société. De 1877 à 1900, celle-ci enregistre près de 1500 adhésions ; toutes les professions libérales sont alors représentées mais les juristes sont les plus nombreux¹⁷⁰⁸ et notamment les universitaires¹⁷⁰⁹. En outre, la Société s'ouvre aux ecclésiastiques de toutes confessions ; on dénombre effectivement, pour la même période 1877-1900, 23 rabbins, 15 pasteurs et 24 prêtres ou évêques. De même, toutes les tendances politiques sont présentes, sans grand extrémisme : des républicains conservateurs, de la Gauche démocratique, de l'Union républicaine à la Gauche radicale. Enfin, les femmes trouvent ici un lieu d'émancipation : 21 sont recensées ; elles sont présidentes d'œuvre de patronage, épouses de sociétaires éminents ou encore professionnelles du monde pénitentiaire¹⁷¹⁰.

¹⁷⁰⁵ Né en 1833, Fernand Desportes devient docteur en droit, à Paris, en 1857, après avoir été secrétaire de la conférence du stage en 1856-1857 (sur cette conférence, cf. *supra.*, p. 258 et s.). Avocat défendant les causes civiles, il est aussi président de la conférence Molé (sur cette autre conférence, cf. *supra.*, p. 259 et s.), membre du Conseil supérieur des prisons et de la Société d'économie charitable de 1862 à 1877. A compter de cette date, et jusqu'en 1891, il est le secrétaire général de la SGP, « véritable cheville ouvrière de la Société, qui détient un vrai pouvoir sur l'organisation des séances, l'entrée de nouveaux membres et les finances » (M. KALUSZYNSKI, « Réformer la société : les hommes de la Société générale des prisons, 1877-1900 », art. cit., p. 80). Il meurt en 1894.

¹⁷⁰⁶ F. DESPORTES, *loc. cit.* L'italique est de notre fait.

¹⁷⁰⁷ La SGP comprend ainsi, en 1877, 6 membres (sur 429) de nationalité étrangère : Godefroy, député aux états généraux de Hollande, à la Haye ; Grot, membre du Conseil de l'Empire de Russie, à Saint-Petersbourg ; Kapnitz, gentilhomme de la Chambre de « S. M. l'empereur de Russie » ; Neyer, Consul de la République argentine ; Sollohub, conseiller privé de « S. M. l'Empereur de Russie » ; Stevens, inspecteur général des prisons belges, à Bruxelles. Elle en comptera plus de 200 en 1914 (seules les personnes physiques ont été comptabilisées), représentant alors près d'une quarantaine de nationalités différentes.

¹⁷⁰⁸ Martine Kaluszynski en dénombre 578 pour la période 1877-1900 dont 233 avocats, 22 magistrats, 34 procureurs de la République, 32 avocats et conseillers de Cour de cassation, 45 substituts, 35 juges, 16 juges d'instruction, 21 présidents de tribunaux, 34 conseillers de cours d'appel, 18 bâtonniers ou ex-bâtonniers (M. KALUSZYNSKI, « La revue pénitentiaire 1877-1900. Un réseau de réformateurs sociaux », *L'histoire contemporaine et les usages des archives judiciaires (1800-1939)*, sous la dir. de F. CHAUVAUD et J.-G. PETIT, Paris, Honoré Champion, 1998, p. 274).

¹⁷⁰⁹ 52 universitaires recensés pour la période 1877-1900 dont 49 professeurs de droit (*Ibid.*, p. 274).

¹⁷¹⁰ A l'intérieur de ce premier cercle existent d'autres réseaux que l'on ne peut que brièvement évoquer ici. L'on peut par exemple remarquer la présence assez logique, parmi les sociétaires, de membres du Conseil supérieur des prisons : ils sont une quarantaine au cours de la période 1880-1914. A noter également l'adhésion à la SGP de membres appartenant déjà à d'autres sociétés, telles que la *Société de législation comparée* à laquelle appartiennent notamment Georges Picot (1838-1909), Alfred Le Poittevin (1854-1923), Fernand Daguin (1848-1922), Daresté, Aucoc ou encore Lyon-Caen. De même la présence de très nombreux académiciens est-elle à souligner ; qu'il s'agisse de l'Académie française, de l'Académie de médecine ou plus encore de l'Académie des sciences morales et politiques. Plus difficiles à repérer, les francs-maçons auraient été une dizaine à intégrer le cercle de la SGP entre 1880 et 1914. Enfin, citons le cas particulier des filiations naturelles et des liens de parenté qui constituent également des réseaux privilégiés. En ce sens, il y a des « dynasties » qui assurent leur présence et leur nom au sein de la SGP soit de père en fils – tels les Flandin, les Rivière, les Yvernès – soit en

Assurément, ce qui caractérise les études de la SGP, c'est la minutie avec laquelle elles sont menées. Les pénologues français paraissent notamment friands de la statistique pénitentiaire ; l'outil statistique permettant en effet à celui qui le manipule de prévenir – idéalement du moins – toute critique quant à l'exactitude de l'information qu'il entend communiquer. Cette démarche correspondant par ailleurs complètement au désir et au sentiment de la fin du siècle que tout peut et doit se régler par la science : le discours du pénologue statisticien devenant en effet, à ses yeux, parfaitement scientifique. Pour la même raison, les sociétaires s'appuient dès qu'ils le peuvent sur les rapports communiqués à la Société – grâce notamment au réseau qu'elle s'est constituée – émanant de gouvernements ou d'organes étatiques étrangers et donnant lieu à d'étonnantes discussions ; à l'exemple de celle qui s'est tenue le 16 décembre 1885 à propos d'une prison italienne que l'un des sociétaires a pu visiter et qui s'éternise sur les plus petits détails¹⁷¹¹. Lorsqu'on l'interroge sur l'épaisseur des murs des cellules, le sociétaire indique par exemple qu'ils sont « formés de briques d'une épaisseur de 20 à 22 centimètres » seulement, laissant alors le son se propager au travers des cellules, mais un autre membre intervient et lui rétorque : « Je ne crois pas qu'on entende au travers des murs ». Piqué, le premier réplique : « Je puis affirmer que le son traverse très facilement ; – je l'ai fait remarquer au fonctionnaire italien qui m'accompagnait, et je lui ai dit que le moyen d'éviter cet inconvénient serait de faire couler du sable dans l'espace laissé vide entre deux rangées de briques formant le mur ». Et la discussion de se poursuivre dans le même genre – à propos de la forme spéciale des fenêtres, par exemple – sur encore plusieurs pages ! A vrai dire, cette minutie – qui peut parfois prêter à sourire – révèle surtout l'enjeu de la réforme de 1875, à savoir son coût. Opter pour l'application du système d'emprisonnement individuel continu – le « système de Philadelphie » –, c'est en effet exiger la transformation de près d'une centaine de prisons non encore adaptées à ce système ou même, pour certaines localités, leur entière construction. Se tromper sur ce choix, c'est par conséquent le payer doublement : il s'agirait en effet non seulement d'un échec sur le plan législatif, avec au demeurant toutes les conséquences sociales que cela impliquerait (l'échec du traitement de la délinquance notamment) mais aussi d'un impardonnable revers sur le plan financier avec la construction ou la modification de certaines prisons puis leur destruction ou leur réaménagement.

Malgré ces difficultés, les membres de la SGP – à l'instar de l'un de leurs présidents : Ribot¹⁷¹² – restent convaincus que l'emprisonnement individuel continu doit

couple : les Ferdinand-Dreyfus, les Mallet ou bien les Desportes. Sur l'ensemble de ces chiffres : M. KALUSZYNSKI, « Réformer la société : les hommes de la Société générale des prisons, 1877-1900 », art. cit., p. 83 et s.

¹⁷¹¹ SOCIÉTÉ GÉNÉRALE DES PRISONS, « Rapport verbal de M. le comte Le Courbe sur l'exposition pénitentiaire de Rome », *Bulletin de la Société générale des prisons*, 1885, p. 802-804.

¹⁷¹² Sur Alexandre Ribot, cf. *supra.*, p. 258 et s.

« rester à la base de tout système pénitentiaire »¹⁷¹³. Simplement, ce modèle pénitentiaire apparaît tel un « modèle défendu » et ce, au double sens de l'expression. Parce qu'il est un modèle parmi d'autres et est, pour cette raison, très *éprouvé*, il se présente parfois comme le modèle « maudit » dont l'application semble trop difficile, trop compliquée et surtout trop coûteuse : un modèle défendu au sens de modèle « interdit ». En 1885, le royaume de Serbie – indépendant depuis 1878 – songe par exemple à organiser son administration pénitentiaire. La commission chargée de rédiger un projet en ce sens écrit alors à la SGP afin d'obtenir d'elle des renseignements sur les mérites respectifs du régime irlandais d'une part – qui est un système progressif dans lequel sont organisés trois stages : emprisonnement individuel puis emprisonnement en commun et enfin prison intermédiaire – et du « régime purement cellulaire » c'est-à-dire du régime français d'autre part. C'est Albert Rivière (1853-?) qui, dans son article intitulé « Le système irlandais *comparé* au système cellulaire », pose les termes de la discussion : « Qu'est-ce que le système irlandais ? [...] Quels sont ses avantages et ses inconvénients ? [...] Quels sont les avantages et inconvénients du système cellulaire ? »¹⁷¹⁴ Longue de dix-sept pages, la comparaison tourne finalement en faveur du système français, comme l'indique du reste la conclusion du secrétaire général de la SGP, Desportes :

« Nous ne saurions hésiter dans notre réponse à la Serbie, affirme-t-il : avec le système Crofton (irlandais), lui dirons-nous, vous vous exposeriez à de graves mécomptes et à de grosses dépenses ; avec le système cellulaire, les résultats que vous obtiendrez seront excellents. Nous nous prononçons donc de la façon la plus énergique en faveur de ce système »¹⁷¹⁵.

Ainsi, si le recours à la comparaison juridique peut parfois « mettre à mal » le modèle pénitentiaire choisi par le législateur français en 1875, elle permet surtout en réalité de conforter les juristes français, partisans de cette réforme, dans ce choix ; l'expression « modèle défendu » prend alors un autre sens : celui de modèle « approuvé » par les membres de la SGP. En d'autres termes, il ne s'agit plus ici de *tester*, par la comparaison, le modèle pénitentiaire choisi mais d'*attester* que ce choix demeure le plus judicieux. En ce sens, les expériences législatives étrangères deviennent des témoignages voire des preuves du bon fonctionnement du système cellulaire : ainsi des systèmes pénitentiaires de la Suède, de la Belgique ou encore de la Hollande, mis régulièrement en avant par les sociétaires.

En définitive, la question du comparatisme chez les membres de la SGP montre que la comparaison peut produire deux effets sur le comparatiste : elle peut nourrir un complexe de supériorité déjà présent chez ce dernier ou au contraire atténuer un sentiment d'infériorité tel que les pénologues français ont pu le ressentir au regard des difficultés rencontrées en matière

¹⁷¹³ ALEXANDRE RIBOT, « Allocution », *Bulletin de la Société générale des prisons*, 1889, p. 2.

¹⁷¹⁴ A. RIVIERE, « Le système irlandais comparé au système cellulaire », *Bulletin de la Société générale des prisons*, 1885, p. 469-470.

¹⁷¹⁵ F. DESPORTES, « Discussion du Rapport de M. A. Rivière sur le système irlandais comparé au système cellulaire », *Bulletin de la Société générale des prisons*, 1885, p. 674-675.

d'application du régime cellulaire. Dans les deux cas, la comparaison devient un outil d'évaluation de la politique législative nationale. A ce titre, trois situations peuvent être distinguées. Dans la première, la comparaison aboutit à la supériorité de la loi étrangère sur celle de 1875 et le comparatiste parlera alors de « modèle », d'« exemple » à imiter ou d'« emprunt » à réaliser. Dans la deuxième, les deux lois que le comparatiste confronte se signalent par leur ressemblance et la comparaison viendra confirmer la politique législative nationale adoptée. Enfin, dans la troisième, la loi nationale, comparée à son équivalent étranger, ressort grandie ; le comparatiste repérant alors, parfois à sa grande surprise, les qualités contenues dans la première et qui ne se retrouvent pas dans la loi étrangère. Dans ce dernier cas, la comparaison permet en réalité de rassurer le comparatiste sur les vertus de son propre droit et l'avancée des réformes engagées sur le territoire national.

Le cas du *Bulletin de la Société générale des prisons* n'est pas isolé. On retrouve, avec des nuances propres aux matières et à la personnalité des auteurs, cette même équation « comparaison / rénovation » dans la grande majorité des revues fondées dans les années 1870-1880.

§2. La multiplication des appels à la comparaison : les fondations du dernier tiers du XIX^e siècle

En réunissant des périodiques juridiques fondés entre 1871 et 1900 tels que la *Revue catholique des institutions et du droit* (créée en 1872), la *Revue générale d'administration* (1878), le *Journal des sociétés civiles et commerciales* (1880) ou la *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger* (1894), l'on peut être tenté de ne retenir qu'une tendance à la *spécialisation* des revues de droit sans aboutir, de ce fait, à des conclusions communes. Pourtant, il existe une certaine *unité* dans la façon de faire appel aux contributeurs ; les fondateurs affichent en effet des *objectifs* et des *moyens* relativement proches (A), parmi lesquels la comparaison occupe, sinon toujours la première place, du moins une situation de choix (B).

A. La fondation des revues : les objectifs et les moyens

A première vue, les *fondations* de la *Revue catholique* (1872), de la *Revue générale du droit* (1877), de la *Revue générale d'administration* (1878), du *Journal des sociétés* (1880), de la *Revue des sociétés* (1883) et de la *Revue du droit public* (1894) n'ont rien à voir entre elles. Fondée à Grenoble en 1872 par le Révérend Père Jules Sambin (1820-1892), la *Revue catholique des institutions et du droit* est un mensuel auquel le pape Pie IX (1846-1878) a

personnellement accordé la « bénédiction apostolique »¹⁷¹⁶. Plus exactement, « la création et l'essor d'une telle revue s'inscrit dans le contexte politique du désastre de 1870, des violences de la Commune de Paris et de l'échec de la restauration monarchique en 1873 »¹⁷¹⁷.

Lorsqu'il fonde la *Revue générale du droit* en 1877, Joseph Lefort (1848-1927) est quant à lui persuadé qu'elle se distinguera des autres publications analogues en ce qu'elle sera « un recueil ouvert en même temps aux travaux de doctrine et de jurisprudence, utiles, par cela même, aux théoriciens et aux praticiens »¹⁷¹⁸. Autrement dit, c'est l'« ambition [...] globalisante [...] en opposition aux spécialisations et aux sectorisations [...] [d]es projets éditoriaux concurrents »¹⁷¹⁹ qui ferait, selon Lefort, l'originalité de son périodique. Dans son *Avertissement*, le fondateur de la *Revue générale* rappelle en effet que

« parmi les recueils actuellement existants, les uns ont presque exclusivement en vue l'histoire et la philosophie du droit ; les autres, au contraire, ont pour but de tenir les praticiens au courant des décisions judiciaires dans leurs rapports ; soit avec le droit commun, soit avec certaines branches de notre législation. En un mot, les uns représentent la théorie pure, les autres la seule pratique. Il nous a paru que cette séparation n'était pas sans désavantages pour la science et pour la saine administration de la justice. [...] Nous avons, dès lors, pensé qu'il y aurait de sérieux avantages pour le public et pour la science même à réunir dans un seul recueil des travaux susceptibles d'intéresser tous les jurisconsultes, quelle que soit la direction de leurs études. Nous avons donc fondé la *Revue générale* avec l'intention d'allier la théorie à la pratique »¹⁷²⁰.

A vrai dire, ce projet paraît peu surprenant compte tenu du parcours et de l'œuvre de Lefort. Né le 22 juin 1848 à Gannat (Allier) d'un père pharmacien (membre de l'*Académie de médecine* et vice-président de la *Société d'hydrologie médicale de Paris*), Joseph Jean Lefort arrive à Paris à l'âge de quatre ans. Inscrit au lycée Rollin, il poursuit ensuite des études de droit et obtient sa licence le 5 décembre 1869 avant de rejoindre le barreau de Paris le 3 janvier suivant. L'avocature lui sourit alors puisqu'il est nommé, le 24 novembre 1883, à la fonction d'avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation. En outre, il est membre du Conseil de l'Ordre des avocats aux conseils en 1899. Surtout, Lefort est un juriste complet : il s'intéresse tant à l'histoire du droit qu'aux matières économiques et sociales ; il porte notamment un intérêt particulier pour la législation ouvrière alors en plein essor. Si le droit criminel et le droit commercial ne le laissent pas non plus indifférent ; il devient également un spécialiste en matière d'assurance sur la vie. Pour le dire autrement, Lefort ne veut « sacrifier aucune partie de la législation » ni « négliger aucune branche des sciences juridiques »¹⁷²¹.

Concernant les deux revues de droit public, la *Revue générale d'administration* et la *Revue du droit public*, il faut rappeler au préalable – comme il a déjà été indiqué, d'ailleurs, à propos

¹⁷¹⁶ *Revue catholique des institutions et du droit*, 1^{re} année, 1873, p. IV.

¹⁷¹⁷ F. AUDREN, « La belle époque des juristes catholiques (1880-1914) », *Revue française d'histoire des idées politiques*, n° 28, 2008, p. 240.

¹⁷¹⁸ *Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence en France et à l'étranger*, 1877, p. 5 et s.

¹⁷¹⁹ F. CHERFOUH, *Le juriste entre science et politique...*, op. cit., p. 65.

¹⁷²⁰ *Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence en France et à l'étranger*, 1877, p. 5 et s.

¹⁷²¹ *Ibid.*, p. 5 et s.

des ouvrages juridiques de la génération de 1870¹⁷²² – que le droit public est « un champ disciplinaire alors en train de commencer à conquérir sa relative autonomie et sa légitimité pleine et entière dans le monde des facultés de droit jusqu’alors très largement dominé par les privatistes »¹⁷²³. A Paris, la chaire de droit constitutionnel, fermée sous le Second Empire, est par exemple réinstaurée dès 1871. Jusqu’alors enseignée en doctorat, cette matière devient optionnelle en 1878 et même obligatoire en 1882 ; à partir de l’année 1890-1891, elle est dispensée au second semestre de la première année de licence, non seulement à Paris mais aussi dans toutes les universités de province¹⁷²⁴. De même, le droit administratif n’est plus seulement enseigné en doctorat mais devient aussi un cours dispensé en deuxième et troisième années de licence. En outre, le décret du 30 avril 1895 instaure en doctorat des cours de « Principes de droit public », de « Droit constitutionnel comparé » et d’ « Histoire du droit public français ». Enfin, le 23 juillet 1896, un arrêté crée une agrégation de droit public distincte de celles de droit privé et criminel, d’histoire du droit et de science économique : la « promotion du droit public est parachevée »¹⁷²⁵. Selon Jean-Marc Février, « les conséquences de la défaite de 1870 sont essentielles pour la théorie du droit public [...]. En suscitant une réflexion sur l’Etat, sa légitimité, son organisation et son efficacité, *la défaite française rend nécessaire une spécialisation universitaire permettant l’émergence d’un savoir théorique dont les implications pratiques sont essentielles pour l’Etat. Pour un publiciste, la défaite de 1870 est donc presque un acte fondateur* »¹⁷²⁶. Or, « dans ces matières qui requéraient une élaboration nouvelle, la nécessité de considérer les expériences étrangères a été [...] ressentie davantage que dans le droit civil, où l’on trouvait un modèle dans le droit romain »¹⁷²⁷. En premier lieu, bien-sûr, devait figurer l’expérience allemande c’est-à-dire celle du pays victorieux. Plus généralement d’ailleurs, « c’est une constante, dans l’histoire de l’enseignement des disciplines touchant l’Administration, que la France ait eu périodiquement un retard à combler par rapport à l’étranger, malgré les avertissements d’une élite où se comptèrent plusieurs précurseurs de la Science administrative »¹⁷²⁸ tels Hauriou, Duguit ou Esmein¹⁷²⁹.

¹⁷²² Cf. *supra.*, p. 317 et s.

¹⁷²³ A. LE DIVELLE, « La fondation et les débuts de la Revue du droit public et de la science politique », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l’étranger*, n° 2, 2011, p. 523. Le comparatiste David reconnaît d’ailleurs à cet égard que « la France a poussé plus loin que les autres Etats l’idée d’autonomie du droit administratif par rapport au droit privé. La différence est cependant de degré plus que de principe ; elle donne un intérêt, mais ne crée pas d’obstacle, à la comparaison entre droits du continent européen » (R. DAVID et C. JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporains*, *op. cit.*, p. 68).

¹⁷²⁴ A Paris, ce cours de licence est accompagné d’un cours facultatif de droit public de 1890 à 1895.

¹⁷²⁵ A. LE DIVELLE, *loc. cit.*

¹⁷²⁶ J.-M. FEVRIER, « Les juristes et la défaite de 1870 », *art. cit.*, p. 480. L’italique est de notre fait.

¹⁷²⁷ R. DAVID et C. JAUFFRET-SPINOSI, *loc. cit.*

¹⁷²⁸ Jean-Marc Février ne dit pas autre chose à propos de la doctrine publiciste allemande : « Dans une histoire comparée des doctrines allemande et française, cette dernière aurait sans doute toujours un temps de retard, dû à sa constitution sur un mode essentiellement réactif à la suite du traumatisme de 1870 » (J.-M. FEVRIER, « Les juristes et la défaite de 1870 », *art. cit.*, p. 481).

¹⁷²⁹ Sur cette doctrine publiciste française : M.-J. REDOR, *De l’Etat légal à l’Etat de droit...*, *op. cit.*

C'est probablement la raison pour laquelle Maurice Block décide de créer assez tôt – en 1878 – une *Revue générale d'administration* dans laquelle plusieurs pages sont en effet consacrées, chaque mois, à l'actualité législative et administrative des nations voisines dont, bien évidemment, celle de l'Allemagne. Sans doute les origines prussiennes de ce publiciste français expliquent-elles cet attrait « naturel » pour ce « grand pays voisin »¹⁷³⁰. Au regard de son parcours et de son œuvre, considérés dans leur ensemble, il est en tout cas certain que Block fut un comparatiste averti. Attaché au bureau de statistique générale du ministère de l'agriculture, du commerce et des travaux publics depuis 1843, il y devient sous-chef en 1853. Il quitte cependant l'administration en 1861 et se consacre alors pleinement à ses travaux de publiciste ainsi qu'à la rédaction de divers journaux français et étrangers¹⁷³¹. En tant que statisticien et économiste, Block publie en 1851 *Des charges de l'agriculture dans les divers pays de l'Europe*, ouvrage couronné par l'Institut et par la *Société nationale et centrale d'agriculture*¹⁷³², ainsi que *L'Espagne en 1850, tableau de ses progrès les plus récents* ; en 1854, il traduit l'étude du professeur à Leipzig, Guillaume Roscher (1817-1894), *Du commerce des grains* ; en 1860, paraît en deux volumes sa *Statistique de la France, comparée avec les divers Etats de l'Europe* puis, deux ans plus tard, *Puissance comparée des divers Etats de l'Europe*, laquelle sera traduite en plusieurs langues ; en 1869, il poursuit avec *L'Europe politique et sociale* et s'intéresse en 1872 – de manière significative – aux *Théoriciens du socialisme en Allemagne* ainsi qu'aux *Communes et la liberté : étude d'administration comparée* en 1876. Aussi sa direction de la *Revue générale d'administration* en 1878 ne surprend-elle pas.

Toutefois, dans les domaines du droit administratif et du droit constitutionnel, le périodique se démarquant le plus du point de vue de la comparaison juridique reste la *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger* (RDP)¹⁷³³, fondée en 1894 par Larnaude¹⁷³⁴. Né le 21 mai 1853 à Condom, dans le Gers, Ferdinand Larnaude est licencié en droit à Aix en 1874. Il devient ensuite avocat-stagiaire à la cour d'appel de Paris de 1874 à 1877 et secrétaire de la Conférence du stage en 1875-1876¹⁷³⁵. C'est également en 1876 qu'il soutient une thèse de doctorat, à Paris, sur *La publicité des donations en droit romain et en*

¹⁷³⁰ M. BLOCK, « A nos lecteurs », *Revue générale d'administration*, t. I, janvier-avril 1878, p. 7. Block est effectivement né à Berlin le 18 février 1816. Il est amené en France dès l'âge de cinq ans. Par la suite, il se fera naturaliser. Sur Maurice Block : G. VAPEREAU, V° « Block (Maurice) », *Dictionnaire universel des contemporains*, op. cit., p. 241-242.

¹⁷³¹ Il obtient d'ailleurs, en cette même année 1861, le prix Montyon de statistique de l'Académie des sciences. Block sera en outre décoré de la Légion d'honneur et d'une vingtaine d'ordres étrangers.

¹⁷³² Block est également membre de la *Société royale et centrale d'agriculture de Prusse*.

¹⁷³³ « La RDP s'est progressivement imposée comme la grande revue pour le droit public interne, le lieu dans lequel se sont exprimés les grands publicistes du temps et comme celui permettant à de jeunes docteurs et agrégatifs de commencer à se faire connaître : après les premières années de lancement, on pourrait dire que les articles les plus importants de la discipline paraissent presque tous dans la RDP, reléguant peu à peu dans l'ombre la *Revue générale du droit*, la *Revue générale d'administration* ou encore la *Revue critique de législation* » (A. LE DIVELLEC, « La fondation et les débuts de la Revue du droit public et de la science politique », art. cit., p. 553).

¹⁷³⁴ Il aurait alors agi de son « propre mouvement » (*Ibid.*, p. 524).

¹⁷³⁵ Sur cette Conférence, cf. *supra*, p. 258 et s.

droit français. Après une première tentative infructueuse au concours d'agrégation en 1877, Larnaude est chargé d'un cours de droit romain à la faculté de droit d'Aix et est finalement reçu agrégé en 1878 (deuxième). Il rejoint alors la faculté de droit de Bordeaux, où il enseigne le droit international, mais la quitte dès 1882 pour Paris. Assurant des cours dans différentes matières, notamment de droit privé, il est chargé d'un cours d'histoire du droit public et privé en 1885 puis d'un cours facultatif de droit public en 1890. Deux ans plus tard, Larnaude est nommé professeur titulaire de la nouvelle chaire de droit public général à Paris créée par le ministre de l'Instruction publique Léon Bourgeois (1851-1925) dont il est proche. Finalement, il assurera ce cours introduit en doctorat comme matière obligatoire sous le titre de « Principes de droit public » de 1895 à 1922, année de sa retraite¹⁷³⁶.

Enfin, concernant le *Journal des sociétés civiles et commerciales* fondé en 1880, ce dernier ne compte rien moins que Pont, Henri Barboux (1834-1910), Lyon-Caen ou encore Renault parmi les directeurs¹⁷³⁷. Le premier, Paul Pont, a pu y apporter sa grande expérience¹⁷³⁸. Né le 18 octobre 1808 à Barcelone, il est en effet le plus âgé des quatre et a déjà collaboré à une célèbre revue juridique – la *Revue de législation et de jurisprudence*¹⁷³⁹ – ainsi qu'au *Journal du Palais* et au *Sirey*. Ayant fait ses études à Toulouse, Pont devient avocat à Paris en 1834 avant de revenir à Toulouse pour soutenir en 1845 une thèse de doctorat. En octobre 1848, il devient professeur-suppléant de législation au Conservatoire des arts et métiers puis juge au tribunal de Châteaudun en septembre 1850. Deux ans plus tard, il exerce au tribunal de Chartres, puis à Corbeil (1853), au tribunal de la Seine (1854) et enfin à la cour d'appel de Paris (1858). En 1864, il est finalement nommé conseiller à la Cour de cassation ; il y finit sa carrière comme doyen de la Cour. Membre du jury de l'agrégation de droit (1868 et 1878), élu à l'Institut (en 1870), Paul Pont est surtout l'un des fondateurs – avec Demolombe, Coin-Delisle et son ami Marcadé¹⁷⁴⁰ – de la *Revue critique de jurisprudence en matière civile* (1851), laquelle fusionnera en 1853 avec la *Revue Wolowski* pour finalement donner naissance à la *Revue critique de législation et de jurisprudence*¹⁷⁴¹. Il figure en outre sur la liste des membres de la *Société de législation comparée* dès 1869. Quant à Henri-Martin

¹⁷³⁶ Sur ces éléments biographiques : G. BIGOT, V° « Larnaude », *Dictionnaire historique des juristes français...*, op. cit., 1^{ère} éd., 2007, p. 466-467 et A. LE DIVELLEC, « La fondation et les débuts de la Revue du droit public et de la science politique », art. cit., p. 528 et s.

¹⁷³⁷ A leur côté figurent également Gustave Bédarrides (1817-1899), président à la Cour de cassation ; Edmond Rousse (1817-1906), membre de l'Académie française, avocat à la Cour de Paris et ancien bâtonnier ; et F. Lenté, avocat à la Cour de Paris et membre du Conseil de l'ordre. Sur Lyon-Caen, Renault et les ouvrages de droit commercial de la « génération de 1870 », cf. *supra.*, p. 312 et s.

¹⁷³⁸ Les éléments biographiques qui vont suivre sont en partie tirés de J.-L. HALPERIN, V° « Pont », *Dictionnaire historique des juristes français...*, op. cit., 1^{ère} éd., 2007, p. 633-634.

¹⁷³⁹ Sur cette revue, aussi appelée « *Revue Wolowski* », cf. *supra.*, p. 219 et s.

¹⁷⁴⁰ Pont publiera d'ailleurs l'*Explication théorique et pratique du Code Napoléon* de Marcadé avec des compléments. Sur cette œuvre, cf. *supra.*, p. 46 et s.

¹⁷⁴¹ Déjà, les publications de Pont se divisent – comme le seront plus tard celles du *Journal des sociétés* – en trois parties : examens de jurisprudence, bulletins bibliographiques et articles consacrés à la législation (notamment celle des régimes matrimoniaux).

Barboux¹⁷⁴², il est le fils d'un avoué républicain interné pendant six mois à la suite du coup d'Etat du 2 décembre 1851. Licencié en droit à la faculté de Paris, il renonce dès lors à toute carrière publique pour ne pas servir le Second Empire et devient clerc d'avoué. Le 27 janvier 1859, il s'inscrit au barreau de Paris et est premier secrétaire de la conférence du stage l'année suivante¹⁷⁴³. Membre et secrétaire du Conseil des prises pendant la guerre franco-prussienne¹⁷⁴⁴, il devient aussi membre du conseil de l'ordre de Paris en 1874 puis bâtonnier en 1880-1882. Comme Paul Pont, Barboux adhère dès l'année de sa création à la SLC¹⁷⁴⁵ ; il la présidera même en 1883-1884. De même adhère-t-il, dès 1877, à la *Société générale des prisons*¹⁷⁴⁶ et préside-t-il l'*Union libérale*, qui devient en 1892 l'*Union libérale républicaine*, « une importante association politique regroupant des républicains modérés »¹⁷⁴⁷. En d'autres termes, les directeurs – voire les publicateurs¹⁷⁴⁸ – du *Journal des sociétés civiles et commerciales*, appartenant généralement au « réseau SLC », se sont tous intéressés – certes, à des degrés différents – à la comparaison juridique. Pourtant, le *Journal* semble très tôt – dès 1885 – cesser de s'intéresser aux législations étrangères. De même, les articles de doctrine rédigés par d'éventuels collaborateurs étrangers paraissent inexistantes et la jurisprudence étudiée reste exclusivement française. Surtout, à partir de 1895, Charles Houpin (1849-1937), principal clerc de notaire à Paris, devient le rédacteur en chef du *Journal* et la mention des sociétés « étrangères » est désormais supprimée du titre de la revue.

Parallèlement, c'est un autre périodique qui semble prendre le relais, à savoir la *Revue des sociétés*. Créée en 1883 par Auguste Vavasseur (1823-1905), avocat à la Cour d'appel de Paris et auteur en 1868 d'un *Traité des sociétés civiles et commerciales*, cette revue partage visiblement de nombreux points communs avec le *Journal des sociétés* fondé trois ans plus tôt. Tout d'abord, son titre complet révèle expressément son intérêt pour la comparaison

¹⁷⁴² Sur cet auteur : Y. OZANAM, V° « Barboux », *Dictionnaire historique des juristes français...*, op. cit., 1^{ère} éd., 2007, p. 36.

¹⁷⁴³ Sur cette conférence, cf. *supra.*, p. 258 et s.

¹⁷⁴⁴ Il en fera un ouvrage : H. BARBOUX, *Jurisprudence du Conseil des prises pendant la guerre de 1870-1871 avec notes et commentaires*, Paris, Henry Sotheran, Joseph Baer & C^{ie}, 1871.

¹⁷⁴⁵ Si Barboux n'a pas laissé à proprement parler d'œuvre doctrinale, il a cependant publié au *Bulletin de la Société de législation comparée* plusieurs articles consacrés au droit italien de son temps : Y. OZANAM, loc. cit.

¹⁷⁴⁶ Il la présidera en 1908 et 1909.

¹⁷⁴⁷ Y. OZANAM, loc. cit.

¹⁷⁴⁸ Le *Journal* est en effet publié par Fernand Worms (1847-1910), avocat à la Cour de Paris et membre de la SLC, et Alphonse Ledru (1848-1907). Ce dernier, né à Strasbourg, fait ses études à Paris, au lycée Bonaparte, avant de suivre les cours de la faculté de droit. Lorsque la guerre de 1870 éclate, il est officier de garde mobile et très désireux de porter secours aux blessés : il réussit alors à faire accepter ses services, à Metz, dans les ateliers de fabrication de cartouches. A la reddition de la ville assiégée, il partage la captivité de ses camarades et ne rentre en France qu'après la signature du traité de Francfort. Le 27 juin 1871, il prête le serment d'avocat et concourt peu de temps après à la « Conférence » : il y sera nommé secrétaire. De même Ledru suit-il assidûment les séances de la Conférence Molé qu'il finira par présider pendant une année. Il meurt le 20 septembre 1907 d'une chute de cheval. Sans doute l'étape de la guerre explique-t-elle le fait que Ledru s'intéresse à l'Allemagne. Dès la première année de parution du *Journal des sociétés*, il donne en effet la traduction d'une partie du Titre I^{er} du Livre II du Code général du commerce allemand du 5 juin 1869, modifié par la loi fédérale du 11 juin 1870, en précisant toutefois qu'il fera ressortir dans ses annotations « les rapports ou les dissemblances » (A. LEDRU, « Allemagne. De la société en nom collectif », *Journal des sociétés civiles et commerciales*, première année, 1880, p. 165) qui existent entre la législation française et celle d'outre-Rhin.

juridique : *Revue des sociétés. Jurisprudence, doctrine, législation française et étrangère*. Ensuite, à l'instar du *Journal*, le périodique comporte trois parties. A propos de la jurisprudence, Vavas seur indique que des arrêts seront sélectionnés, résumés et annotés. Quant à la doctrine, elle « peut et doit conserver ici comme un cachet utilitaire, sans amoindrir l'importance de sa tâche »¹⁷⁴⁹.

Malgré la singularité de ces fondations et la spécificité de chaque revue, un point commun se dégage sur le plan des *objectifs* et des *moyens*. Toutes visent en effet la *rénovation du droit français* c'est-à-dire appellent à la *réforme de la législation nationale*, aux *innovations*, au *progrès*. Et toutes accordent pour ce faire une place de choix à la *comparaison*. Pour les juristes catholiques, « l'Etat fait profession d'athéisme, depuis 89 ; il est facile de prouver que c'est là la véritable cause de notre agonie, et que ce système, qu'on appelle progrès, n'est qu'une impiété au point de vue de la foi, une nouveauté dans l'histoire, une folie au point de vue de la raison ; au point de vue national et patriotique, un suicide que l'on voudrait persuader à la France »¹⁷⁵⁰. *Patriote*, la *Revue catholique* l'est assurément¹⁷⁵¹ ; et c'est justement au nom de ce patriotisme qu'elle désire œuvrer pour la rénovation du droit français puisqu'existe en effet, selon elle, « un espoir de rénovation et de salut [...] pour la France. [...] Telle est l'action, telle est la préparation de l'avenir de notre pays, auxquelles nous venons nous associer par une publication dont le titre dit tout l'esprit et l'objet »¹⁷⁵². C'est que « la France est à refaire de haut en bas »¹⁷⁵³. Elle est à refaire dans la famille, l'autorité

¹⁷⁴⁹ A. VAVASSEUR, « Introduction », *Revue des sociétés*, 1883, p. 21.

¹⁷⁵⁰ V. NICOLET, « A nos lecteurs », *Revue catholique des institutions et du droit*, 1^{re} année, 1873, p. 4. Victor Nicolet, avocat à la Cour d'appel de Grenoble et docteur en droit, est le secrétaire de la Rédaction. « La revue [lui] doit indéniablement beaucoup dans ses premières années » (C. FILLON, « La *Revue catholique des institutions et du droit*, le combat contre-révolutionnaire d'une société de gens de robe (1873-1906) », *Élites et sociabilité au XIX^e siècle*, sous la dir. d'H. LEUWERS, J.-P. BARRIERE et B. LEFEBVRE, Villeneuve d'Ascq, IRHiS (« Histoire et littérature de l'Europe du Nord-Ouest », n° 27) [en ligne], 14 octobre 2012, disponible sur internet <<http://hleno.revues.org/286>>).

¹⁷⁵¹ Les termes même de « patrie », « patriotisme », « patriotique » ou « patriote » revenant d'ailleurs très régulièrement. Ils apparaissent par exemple à cinq reprises au cours de l'« Avis aux lecteurs », long de onze pages seulement.

¹⁷⁵² V. NICOLET, « A nos lecteurs », art. cit., p. 3 (nous soulignons). Objet particulièrement large dans la mesure où « toutes les questions qui concernent l'Etat athée et l'Etat chrétien et la transition de l'un à l'autre, entrent donc dans le plan de cette Revue. Ce sont, en d'autres termes, toutes les questions de droit public et de droit privé, de jurisprudence et de législation, car il est peu de rouages de notre organisme social où l'irrégulation n'ait pénétré. Partout, c'est le même travail de dissolution, la même sape, le même ver rongeur. A la base, au centre et au sommet, tout a été faussé et dénaturé » (*Ibid.*, p. 4-5).

¹⁷⁵³ *Ibid.*, p. 5. La *Revue catholique* se propose en effet d'étudier, « à la lumière de la Religion et du bon sens, [...] nos institutions diverses : constitutionnelles, représentatives et parlementaires, administratives et judiciaires, économiques, industrielles et agricoles, militaires, électorales, nos lois civiles et criminelles. [...] Signalons encore celles des rapports de l'Eglise et de l'Etat, du repos du dimanche, celles de décentralisation et de franchises locales et provinciales, le régime pénitentiaire, l'assistance judiciaire et l'assistance publique (car tout ce qui regarde les pauvres touche au cœur même de la Religion), la dépopulation des campagnes, le travail des enfants dans les manufactures, les enterrements civils, les aumôneries militaires, le recrutement de l'armée et tant d'autres. Partout, en un mot, où se présentent les considérations de l'ordre moral, les considérations religieuses doivent aussi trouver place. Nous ne saurions non plus omettre l'histoire. [...] Enfin, une large part sera faite à la jurisprudence proprement dite, c'est-à-dire à l'étude de l'interprétation donnée chaque jour à nos lois par les tribunaux. D'un côté, cette étude offre souvent le spectacle instructif des mœurs en opposition avec

paternelle, l'enseignement, les institutions sociales, la liberté (de conscience, de la parole, de la presse, d'association, d'enseignement), la théorie et la pratique de l'égalité et de la fraternité, l'autorité et la souveraineté...

Le programme de la *Revue générale du droit* est également vaste : « Etude des questions concernant l'esprit et les origines des législations », « Examen doctrinal des points de droit restés en débat entre les jurisconsultes et les auteurs, et concernant le droit civil, le droit commercial, le droit criminel, le droit constitutionnel, le droit administratif, la procédure civile, le droit maritime, la législation industrielle, le droit fiscal, le droit forestier, etc. » ou encore « Analyse des textes, interprétation par la jurisprudence, discussion des problèmes qui, chaque jour, s'agissent devant les tribunaux de divers ordres, de droit exceptionnel et de droit commun, depuis la justice de paix jusqu'à la Cour de cassation »¹⁷⁵⁴. Surtout, sont incluses dans ce même programme la « *recherche des réformes législatives*, solution des problèmes que la transformation constante des sociétés amène constamment [...] par la comparaison avec les législations étrangères. [...] La rédaction désire même donner le relevé des travaux les plus intéressants publiés dans les revues de la France et de l'étranger. [...] Elle s'inspirera des enseignements de l'Ecole et du Palais, en même temps qu'elle tendra à éclairer la science du droit par l'histoire, la philosophie et la législation comparée »¹⁷⁵⁵. En ce sens, de nombreux auteurs – dont Lefort lui-même – rappelleront au sein de leurs publications ce but utilitaire qu'ils assignent à la législation comparée. En 1888, la *Revue générale* décide par exemple de reproduire la séance tenue à l'Académie des sciences morales et politiques le 8 septembre de cette même année au cours de laquelle s'est exprimé Aucoc. A propos de l'étude des législations étrangères en France, ce dernier constatera alors : « Cette branche du droit a pris un tel développement qu'on l'invoque souvent aujourd'hui quand il s'agit d'*innovations législatives* »¹⁷⁵⁶. Au demeurant, 36 % des comptes rendus donnés à la *Revue générale* entre 1877 et 1938 ont porté sur des ouvrages étrangers ; durant la période 1877-1886, la proportion s'élevait même pratiquement à 50 %. Ce sont alors – dans l'ordre décroissant et pour la période 1877-1913 – les doctrines italiennes, allemandes, anglaises, belges et suisses qui suscitent plus particulièrement l'intérêt des juristes français¹⁷⁵⁷. Quant aux articles de fond

les lois ; d'autre part, nous attachons le plus grand prix à un but d'utilité pratique. La *Revue catholique des institutions et du droit* contiendra donc un examen mensuel de la jurisprudence » (*Ibid.*, p. 8-9).

¹⁷⁵⁴ A ce propos, Fatiha Cherfouh note qu'entre 1877 et 1938, « 32 % des articles sont consacrés au droit privé, 23 % à l'histoire et au droit romain et 18 % au droit public. La *Revue Générale* s'intéresse donc au droit public dans une proportion qui n'est pas négligeable, mais on peut tout de même la qualifier de revue à dominante privatiste, qui concilie études de droit positif et réelle ouverture à l'égard de l'histoire et du droit romain » (F. CHERFOUH, *Le juriste entre science et politique...*, *op. cit.*, p. 67).

¹⁷⁵⁵ *Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence en France et à l'étranger*, 1877, p. 5 et s. Nous soulignons.

¹⁷⁵⁶ *Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence en France et à l'étranger*, 1888, p. 537.

¹⁷⁵⁷ Sans doute le contexte d'après guerre explique-t-il la deuxième place occupée par l'Allemagne comme il expliquerait, du reste, l'absence de directeurs allemands alors pourtant que la *Revue* connaît, de 1877 à 1926, vingt-six directeurs dont 54 % viennent de province, 25 % de Paris et 19 % de l'étranger. De même, les

traitant de droit étranger, ils représentent – lors des vingt premières années d’existence de la revue – environ 8 % des publications. Enfin, le nombre de rédacteurs étrangers vient confirmer cette ouverture de la *Revue* puisque, parmi les 305 contributeurs ayant écrit dans la *Revue Générale*, 44 sont étrangers (soit 14 %) ¹⁷⁵⁸.

Grâce à son périodique – la *Revue générale d’administration* –, Block espère pour sa part accueillir

« le fruit de l’expérience administrative de tous ceux qui voudront bien le lui communiquer. L’expérience de l’un et de l’autre, au lieu de rester chacune le privilège d’un individu, constituera ainsi un fonds commun national auquel tout le monde pourra puiser, et ce trésor d’un genre particulier, plus on y puisera, plus on l’enrichira, car chacun voudra faire connaître les effets de ses emprunts, ou voudra confirmer, amender, critiquer et au besoin combattre les conclusions antérieurement enregistrées. C’est de la variété des expériences que naîtra le progrès » ¹⁷⁵⁹.

Le *progrès*, voilà assurément ce que vise Block ¹⁷⁶⁰. Y contribuer signifie alors pour ce dernier, d’une part, critiquer « les pratiques défectueuses, les procédés vicieux, les mesures nuisibles ou inutiles » ¹⁷⁶¹ de l’Administration française ; d’autre part, accueillir les projets d’amélioration « chaque fois qu’ils seront présentés par un homme expérimenté ou qu’ils seront appuyés par de bons arguments. [...] En résumé, la mission de la *Revue générale d’administration* est d’enseigner, de contrôler, de critiquer, d’indiquer *les progrès à réaliser, les réformes à accomplir* » ¹⁷⁶². « Sous ce rapport, songe d’ailleurs le directeur, notre *Revue* pourra même rendre un service dont on ne tardera pas à apprécier l’importance. Parmi ceux que la Constitution investit du droit de proposer des lois, il en est beaucoup qui auraient d’utiles *innovations à indiquer*, mais qui voudraient savoir, avant de les soumettre aux grands pouvoirs de l’Etat, ce que l’expérience a fait connaître en leur faveur ou contre elles. En les exposant d’abord dans la *Revue*, ils provoqueront souvent la discussion qui les éclaire et les fait mûrir. Ils arriveront ainsi tout armés à la tribune législative » ¹⁷⁶³. Pour mener à bien sa mission, la *Revue* s’impose de donner tous les mois une « chronique administrative » indiquant, certes de façon sommaire (il s’agit de courts paragraphes), les réformes envisagées à l’étranger, les projets ou propositions de lois déposés, les congrès organisés, les grandes

participants allemands ne représentent que 6 % des contributeurs, de 1877 à la veille de la guerre (F. CHERFOUH, *Le juriste entre science et politique...*, op. cit., p. 72 et 384).

¹⁷⁵⁸ Les Suisses sont très largement majoritaires, avant les Belges et les Italiens, et bien avant les Allemands et les Anglais. Si la communauté de langue et la proximité sur le plan juridique a pu faciliter la participation des premiers, la faible présence des derniers peut s’expliquer, d’une part, par un certain patriotisme bien présent chez les directeurs français de la *Revue générale* à l’égard de l’Allemagne et, d’autre part, par le fait que les nations allemande et anglaise disposent déjà de leurs propres périodiques juridiques assurant de ce fait, et de manière tout à fait satisfaisante, la publicité des travaux de leur doctrine (sur ces proportions : *Ibid.*, p. 79 et s.).

¹⁷⁵⁹ M. BLOCK, « A nos lecteurs », art. cit., p. 4.

¹⁷⁶⁰ A tel point que le mot apparaît cinq fois en cinq pages au sein de l’« avis aux lecteurs » laissé par Block.

¹⁷⁶¹ M. BLOCK, « A nos lecteurs », art. cit., p. 6.

¹⁷⁶² *Ibid.*, p. 6-7. L’italique est de notre fait.

¹⁷⁶³ *Ibid.*, p. 7. Nous soulignons.

décisions judiciaires rendues... Ainsi les lecteurs de la *Revue générale d'administration* peuvent-ils se tenir rapidement au courant de l'actualité administrative de l'Angleterre, des Etats-Unis, de l'Allemagne, de l'Autriche-Hongrie, de la Belgique, de l'Italie, de la Russie, de la Turquie, etc. De même le périodique se nourrit-il d'articles, plus élaborées, relatifs à l'organisation ou la législation administrative d'un pays étranger – l'organisation municipale de la Nouvelle-Orléans par exemple, la réforme électorale italienne... – ainsi que des notices traitant de sujets très divers tels que la police des cimetières en Autriche ou bien l'eau potable en Angleterre...

De son côté, le *Journal des sociétés civiles et commerciales* désire s'occuper des décisions des cours d'appel et de la Cour de cassation ; lesquelles « seront commentées avec soin, de façon à former un guide précieux et sûr »¹⁷⁶⁴. Mais le *Journal* réserve également une place importante aux « articles de doctrine et de critique juridiques », appelant, « sans esprit d'exclusion ni parti pris, toutes les compétences et toutes les spécialités »¹⁷⁶⁵. A l'instar des précédentes revues, les directeurs du *Journal des sociétés* entendent en effet guider « pour ainsi dire en éclaireurs la marche toujours lente de la loi »¹⁷⁶⁶. Aussi encouragent-ils vivement « la fécondité de l'esprit humain, l'imagination aventureuse de spéculateurs hardis [qui] tentent chaque jour quelques innovations »¹⁷⁶⁷ dans la mesure où « bien des difficultés sont encore à résoudre, et l'on peut se demander si parfois les sévérités de la jurisprudence n'éloignent pas du but que l'on veut atteindre, et si les prescriptions légales ont sauvegardé suffisamment tous les intérêts qu'elles avaient pour mission de protéger »¹⁷⁶⁸. A cet égard, les ouvrages qui paraissent en matière de sociétés donnent aux fondateurs du *Journal* « une occasion de plus d'insister sur les imperfections de nos lois et les besoins impérieux d'un prompt remaniement »¹⁷⁶⁹. C'est également en ce sens que le périodique juridique prévoit une troisième et dernière partie consacrée aux « législations française et étrangères » dans laquelle il s'agit plus exactement de « reproduire, traduire et annoter les divers documents législatifs et administratifs qui s'occupent des sociétés, donner dans leur ensemble les exposés des motifs, rapports des commissions et discussions parlementaires, [...] tenir [les] lecteurs au courant de ce qui sera fait ou tenté, en France comme à l'étranger »¹⁷⁷⁰. Ainsi s'explique le titre complet de cette publication – *Journal des sociétés civiles et commerciales* françaises et étrangères. *Revue de jurisprudence, de doctrine et de législation* – dont la philosophie semble au demeurant pouvoir se résumer en une phrase : « Nos lois ont souvent inspiré les législations

¹⁷⁶⁴ A. LEDRU et F. WORMS, « Avant-propos », *Journal des sociétés civiles et commerciales françaises et étrangères*, première année, 1880, p. 2.

¹⁷⁶⁵ *Ibid.*, p. 2.

¹⁷⁶⁶ *Ibid.*, p. 2.

¹⁷⁶⁷ *Ibid.*, p. 2. L'italique est de notre fait.

¹⁷⁶⁸ *Ibid.*, p. 2.

¹⁷⁶⁹ *Ibid.*, p. 3. L'Italie est de notre fait.

¹⁷⁷⁰ *Ibid.*, p. 3.

étrangères, et peut-être à leur tour celles-ci nous donneront-elles plus d'un exemple à imiter »¹⁷⁷¹.

Dans le même esprit, le directeur de la *Revue des sociétés* – Vavasseur – estime que celle-ci doit « prendre la parole dans toutes les grandes controverses, [...] élucider, [...] préparer les solutions, [...] signaler mêmes les réformes dont la pratique aura démontré la nécessité »¹⁷⁷². En d'autres termes, *rénover le droit français*. Enfin, relativement à la « Législation française et étrangère », la *Revue des sociétés* espère aider à la formation d'un « comité international [...] en vue d'amener, sur cette matière au moins, l'unité de législation »¹⁷⁷³ mais « l'étude des législations comparées sert aussi à l'interprétation des lois nationales et, conséquemment, en les faisant mieux comprendre, à assurer la fixité de la jurisprudence »¹⁷⁷⁴. Pour y parvenir, le fondateur de la *Revue* s'aide du concours de plusieurs jurisconsultes français aux parcours et aux expériences divers¹⁷⁷⁵. Larombière est l'un d'eux¹⁷⁷⁶. Né le 23 décembre 1813 à Saint-Vaury¹⁷⁷⁷, dans la Creuse, il fait ses études au lycée de Limoges avant de faire son droit à Paris. En 1835, il prête le serment d'avocat et s'installe à Guéret puis à Limoges. En 1841, il est nommé substitut du procureur du roi à Bellac ; s'ensuit alors une carrière remarquable : substitut (1843) puis procureur de la République (1848) à Tulle, il devient substitut du procureur général à Limoges (1849), avocat général (1853), président de chambre (1855), conseiller à la Cour de cassation (1869), premier président de la Cour d'appel de Paris (1875) et enfin président de la chambre civile de la Cour de cassation l'année de fondation de la *Revue des sociétés* (1883). En termes de publication, Larombière se signale surtout par sa *Théorie et pratique des obligations*, ouvrage paru en cinq volumes en 1857 et qui connaîtra en 1862 une édition en trois volumes, augmentée de la jurisprudence belge, publiée à Bruxelles, ainsi qu'une réédition française en sept volumes, en 1885. Si l'auteur reste attaché à la méthode de l'exégèse, son intérêt pour les droits étrangers est pourtant attesté : il est en effet élu président de la *Société de législation comparée* en 1878, ce qui peut expliquer du reste sa place parmi les proches collaborateurs de Vavasseur.

¹⁷⁷¹ *Ibid.*, p. 3.

¹⁷⁷² A. VAVASSEUR, *loc. cit.* L'italique est ici de notre fait.

¹⁷⁷³ *Ibid.*, p. 26.

¹⁷⁷⁴ *Ibid.*, p. 26.

¹⁷⁷⁵ Sur le frontispice du premier numéro de la *Revue*, sont nommés : Louis Arnault, professeur à la faculté de Toulouse et rapporteur en 1882 de la commission extraparlamentaire pour la réforme de la législation des sociétés (commission à laquelle a appartenu Lyon-Caen) ; Jules-Claude Barbier (1815-1901), procureur général à la Cour de cassation ; Ernest Baudelot, ancien président du Tribunal de commerce de la Seine ; Manuel-Achille Baudouin (1846-1917), avocat général près la Cour d'appel de Lyon ; Gustave-Amédée Humbert (1822-1894), sénateur, ancien ministre de la justice ; Léobon-Valéry-Léon Jupile Larombière (1813-1893), premier président de la Cour d'appel de Paris et Léon Choppard, avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation et secrétaire de rédaction de la *Revue des sociétés*.

¹⁷⁷⁶ Sur cet auteur : G. VAPEREAU, V° « Larombière », *Dictionnaire universel des contemporains*, *op. cit.*, p. 1085 et J.-L. HALPERIN, V° « Larombière », *Dictionnaire historique des juristes français...*, *op. cit.*, 1^{ère} éd., 2007, p. 468.

¹⁷⁷⁷ Il meurt le 13 juin 1893.

Enfin, lorsqu'il fonde la *Revue du droit public* en 1894, Larnaude a lui aussi « une bien grande ambition »¹⁷⁷⁸ : compléter l'œuvre de la *Société de législation comparée*¹⁷⁷⁹ – dont il est d'ailleurs membre depuis 1883¹⁷⁸⁰ – et « devenir son auxiliaire, sur un point limité de son vaste domaine. Elle publie des textes se référant à l'ensemble de la législation. Nous voudrions, ajoute-t-il, devenir son auxiliaire dans la sphère du droit public »¹⁷⁸¹. D'après lui, « la *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger* a un programme qui est tout entier renfermé dans le titre qu'elle prend »¹⁷⁸². Il s'agit en effet pour Larnaude de traiter non seulement des questions de droit public – lequel « nous dit ce qui est, comment est organisé l'Etat, quelle est sa structure, quelles sont les fonctions qu'il remplit et comment il les remplit »¹⁷⁸³ – mais aussi de la science politique, « complément indispensable des études de droit public »¹⁷⁸⁴ qui « nous apprendra comment il faut que soit organisé l'Etat, quelles sont les fonctions qu'il est désirable de lui voir remplir, quelles sont les tâches qu'il doit répudier dans une société déterminée »¹⁷⁸⁵. S'« il n'est pas douteux que la création de la RDP visait [...] à affirmer la place des juristes dans le champ des sciences de l'Etat face aux ambitions de la jeune *Ecole libre des Sciences politiques* »¹⁷⁸⁶, il est également certain qu'elle avait « quelque chose d'une entreprise stratégique, celle d'une auto-affirmation [...] "identitaire" de la part des juristes publicistes [...] au sein des facultés de droit »¹⁷⁸⁷ ; la *Revue* excluant en effet « tout ce qui est droit privé proprement dit, tout ce qui touche au droit civil, au droit commercial, tout ce qui touche aussi à la procédure, même au droit criminel »¹⁷⁸⁸.

¹⁷⁷⁸ F. LARNAUDE, « Notre programme », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, t. I, 1894, p. 9.

¹⁷⁷⁹ Selon Larnaude, la SLC a inauguré « des travaux qui n'ont été imités ni égalés dans aucun autre pays » (*Ibid.*, p. 9).

¹⁷⁸⁰ Il y publiera un article en 1902 : F. LARNAUDE, « Les garanties judiciaires qui existent dans certains pays au profit des particuliers contre les actes du pouvoir législatif », *Bulletin de la Société de législation comparée*, t. XXXI, 1902, p. 175-229. Larnaude devient également secrétaire général de la *Société d'enseignement supérieur* dès 1896 et sera le président des deux premiers concours d'agrégation de droit public ouverts en septembre 1897 et en octobre 1899 (A. LE DIVELLE, « La fondation et les débuts de la *Revue du droit public et de la science politique* », art. cit., p. 528-529). En 1919, il est ainsi membre, vice-président ou président de 21 sociétés savantes ou associations (G. BIGOT, V° « Larnaude », *Dictionnaire historique des juristes français...*, op. cit., 1^{ère} éd., 2007, p. 466) !

¹⁷⁸¹ F. LARNAUDE, « Notre programme », art. cit., p. 9-10. A ce propos, la SLC réservera un accueil favorable à la *Revue* de Larnaude ; le secrétaire général de la Société écrivant en effet : « L'année 1894 comptera parmi les plus fécondes en créations nouvelles appelées à enrichir le domaine du droit. [...] Nous avons à signaler, aujourd'hui, l'apparition du premier fascicule d'une *Revue du droit public et de la science politique*, qui s'éditera à Paris. A la tête de cette *Revue* figure un des jeunes professeurs les plus distingués de la Faculté de droit de Paris, M. Ferdinand Larnaude [...]. M. Larnaude [...] a su grouper autour de lui une élite de jurisconsultes, recrutés dans tous les pays du monde [...]. On peut être certain que la *Revue* prendra rapidement une place importante dans la presse judiciaire périodique » (F. DAGUIN, « Compte-rendu de la *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger* », *Bulletin de la Société de législation comparée*, n° 4 et 5, avr.-mai 1894, p. 390-392).

¹⁷⁸² F. LARNAUDE, « Notre programme », art. cit., p. 1.

¹⁷⁸³ *Ibid.*, p. 3.

¹⁷⁸⁴ *Ibid.*, p. 3.

¹⁷⁸⁵ *Ibid.*, p. 3.

¹⁷⁸⁶ A. LE DIVELLE, « La fondation et les débuts de la *Revue du droit public et de la science politique* », art. cit., p. 524. Sur ce point et sur la conception qu'a Larnaude de la science politique : *Ibid.*, p. 524 et s.

¹⁷⁸⁷ *Ibid.*, p. 525.

¹⁷⁸⁸ F. LARNAUDE, « Notre programme », art. cit., p. 5.

Afin de remplir « ce programme si vaste »¹⁷⁸⁹, le périodique est organisé en plusieurs séries de travaux. En premier lieu se trouvent les « articles de fond ou de doctrine » qui composent « la matière substantielle de la revue »¹⁷⁹⁰ et consistent en « l'analyse critique des projets ou propositions de lois, présentés en France ou à l'étranger »¹⁷⁹¹ ainsi que des ouvrages rentrant dans le cadre de la *Revue*¹⁷⁹². Ensuite, il y a « dans chaque numéro de la revue, pour les pays qui comptent et dont nous avons intérêt à suivre le développement, une chronique politique et parlementaire où [sont] résumés les principaux faits de cet ordre qu'il est intéressant de connaître »¹⁷⁹³. A cet égard, Larnaude demande que, « s'agissant d'un pays étranger, ce soit l'âme même de ce pays, sa façon d'apprécier les choses, sa tournure d'esprit qui se reflètent dans ces chroniques »¹⁷⁹⁴ parce que « la règle, c'est que les institutions politiques, judiciaires, administratives d'un pays ne sont bien comprises et ne peuvent être bien exposées que par un auteur de ce pays, vivant au milieu d'elles, en voyant tous les jours le fonctionnement, y participant peut-être. Et c'est pourquoi nous ferons une large, une très large place à la science étrangère »¹⁷⁹⁵. Effectivement, « sur le papier, Larnaude est parvenu, en 1894, à regrouper presque tout ce que le droit public compte de célébrités dans le monde »¹⁷⁹⁶. En raison de ce

¹⁷⁸⁹ *Ibid.*, p. 6.

¹⁷⁹⁰ *Ibid.*, p. 6. Arnel Le Divellec note ainsi que « leur nombre fut exceptionnellement élevé dans le premier tome (18) puis se stabilisa, jusqu'en 1903, autour d'une dizaine puis une huitaine par tome soit 14 à 20 par an, soit un volume d'environ 30 à 40 % de la revue » (A. LE DIVELLEC, « La fondation et les débuts de la Revue du droit public et de la science politique », art. cit., p. 538).

¹⁷⁹¹ F. LARNAUDE, *loc. cit.*

¹⁷⁹² L'importance – en nombre, en volume et en intérêt – des notes de lecture sur les ouvrages et les périodiques français et étrangers « varia considérablement d'une livraison à l'autre. Il a pu s'agir de discussions serrées, ou bien de recensions très descriptives. Les signatures les plus variées (auteurs réputés – français comme étrangers – ou jeunes agrégés) s'y consacrent. La place dévolue aux publications étrangères était assez importante. Le champ des sujets était particulièrement large (il ne se limite pas au seul droit public, incluait par exemple le droit pénal, ou encore l'économie, la démographie, la sociologie et l'histoire), justifiant l'approche ample voulue par Larnaude en 1894 » (A. LE DIVELLEC, « La fondation et les débuts de la Revue du droit public et de la science politique », art. cit., p. 540). En 1896 est créée une rubrique « Bulletin bibliographique » dans laquelle « d'importantes œuvres (en langue étrangère ou parfois traduites) de la littérature juridique publiciste de l'époque ont certes été signalées mais non point discutées de façon approfondie (ainsi notamment de Laband, Jellinek, Dicey et Wilson). Sous ce rapport, en tentant de beaucoup embrasser, la RDP étreignait mal » (*Ibid.*, p. 541).

¹⁷⁹³ F. LARNAUDE, « Notre programme », art. cit., p. 7. En ce qui concerne la première décennie d'existence de la *Revue*, ces chroniques ne représentent au total pas moins d'un cinquième à un quart du volume de chaque livraison (A. LE DIVELLEC, « La fondation et les débuts de la Revue du droit public et de la science politique », art. cit., p. 539).

¹⁷⁹⁴ F. LARNAUDE, « Notre programme », art. cit., p. 8.

¹⁷⁹⁵ *Ibid.*, p. 10. Dans les premières années de la *Revue du droit public*, la part des auteurs étrangers est en effet fort importante et dépasse parfois celle des juristes français. A ce titre, Arnel Le Divellec signale par exemple (A. LE DIVELLEC, « La fondation et les débuts de la Revue du droit public et de la science politique », art. cit., p. 537) les articles, chroniques et comptes-rendus de Vittorio-Emanuele Orlando (1860-1952), professeur ordinaire de droit public à l'Université de Palerme ; d'Adolfo Posada (1860-1944), professeur de droit politique et administratif à l'Université d'Oviédo (Espagne) ; des juristes allemands Jellinek, Max von Seydel (1846-1901), Conrad Bornhak (1861-1944), Robert Piloty (1863-1926), Hermann Rehm (1862-1917) et Gerhard Anschütz (1867-1948) ; du Privat-docent à l'Université de Genève, Xénocrate Spiridon Combothecria ; du professeur états-unien Abbott Lawrence Lowell (1856-1943) et enfin du chargé de cours à l'Université de Bruxelles, Paul Errera (1860-1922).

¹⁷⁹⁶ *Ibid.*, p. 533. 168 juristes étrangers semblent ainsi répondre à l'appel de Larnaude. Il s'agit principalement de professeurs de droit, issus de 21 pays différents : les Etats européens, l'Australie, le Chili, l'Egypte, les Etats-Unis, le Japon, Monaco ou encore la Turquie. « L'Italie fournit le plus gros contingent, avec 42 personnes

« cosmopolitisme scientifique »¹⁷⁹⁷, la *Revue du droit public* entend d'ailleurs prêter « une importance et un intérêt tout à fait exceptionnels »¹⁷⁹⁸ au droit international, lequel « comporte au plus haut point cette coopération d'auteurs et de publicistes de tous les pays. N'est-il pas le droit le plus uniforme, ne devrait-il pas provoquer les travaux les plus concordants et les plus semblables sur tous les points du globe ? »¹⁷⁹⁹ Larnaude en est persuadé mais tient à déclarer au préalable que « les travaux de droit international auxquels la revue ouvrira ses colonnes ne seront accueillis, d'où qu'ils émanent, que s'ils sont conformes à l'impartialité scientifique la plus stricte [...]. [La revue] est et entend rester un organe, une tribune ouverte à tous, sans parti pris, et d'où sera bannie toute discussion quelque peu irritante »¹⁸⁰⁰. Pourtant, « les questions juridiques relatives à l'Allemagne ou bien avancées par la doctrine allemande – cet inquiétant voisin qui obsède tant les esprits français du temps – ne bénéficient pas d'un traitement privilégié dans la RDP, bien au contraire »¹⁸⁰¹. Les plaies de 1870 seraient-elles encore trop fraîches ? A lire Larnaude, on serait tenté de le penser :

« Nous sommes habitués, écrit-il en effet, en France tout au moins, à tout envisager sous ce que j'appellerai l'angle visuel français. De là de profondes erreurs d'appréciation, de là des malentendus et un aveuglement qui nous ont été souvent et avec raison reprochés. Il faut bien nous dire que, quelque grande que soit la France, et nous la voudrions tous plus grande encore, elle n'est pas la seule nation qui contribue au progrès général de l'humanité »¹⁸⁰².

On le voit, si chacune de ces fondations est marquée par une identité propre et des contributeurs spécialisés, le plus intéressant est que la quasi-totalité de ces auteurs recourt désormais à la comparaison.

B. Autour de quelques contributions

Lorsqu'ils parlent de rénovation du droit français, c'est-à-dire de réformes législatives qu'ils sollicitent, les contributeurs de la *Revue catholique* n'hésitent pas à recourir à la législation comparée mais ils ne se limitent pas, dans ce cas, aux seules nations européennes. L'avocat à la Cour d'Aix et docteur en droit, Claudio Jannet (1844-1894), trace par exemple

[...]. L'Allemagne suit avec 32 personnes [...]. L'Angleterre est faiblement représentée (6) mais on ne compte rien moins que Bryce, Maitland, Anson et Dicey. Pour les autres pays, on relève plusieurs célébrités (notamment Woodrow Wilson pour les Etats-Unis, Bernatzik pour l'Autriche, Posada pour l'Espagne). La liste s'apparente donc à un annuaire *Gotha* du monde académique du droit public, ce qui facilitera probablement la diffusion et la notoriété de la RDP à l'étranger » (*Ibid.*, p. 534).

¹⁷⁹⁷ F. LARNAUDE, *loc. cit.*

¹⁷⁹⁸ *Ibid.*, p. 11.

¹⁷⁹⁹ *Ibid.*, p. 11.

¹⁸⁰⁰ *Ibid.*, p. 12.

¹⁸⁰¹ A. LE DIVELLEC, « La fondation et les débuts de la Revue du droit public et de la science politique », art. cit., p. 546.

¹⁸⁰² F. LARNAUDE, « Notre programme », art. cit., p. 8.

en 1874 le tableau des institutions états-uniennes¹⁸⁰³, « en [s'] appuyant uniquement sur les faits et en laissant autant que possible la parole aux Américains eux-mêmes ». A ce titre, il porte son regard sur la Constitution des Etats-Unis, « œuvre remarquable ; en tout cas, elle est bien supérieure aux chartes plus ou moins bâclées que les nations européennes expérimentent depuis un demi-siècle. Elle a réussi à donner à la société américaine une somme suffisante de paix et de liberté pendant soixante et quinze ans, ce qui ne serait pas à dédaigner pour nous, Français, qui, en moyenne, mettons à peine dix ans à user une Constitution ». Ne contenant « rien de ces déclarations de principes, de ces exposés d'idées *a priori* qui nous semblent inséparables du mot même de Constitution » ; « œuvre de transaction entre des intérêts nationaux plus encore qu'entre des théories politiques », la Constitution états-unienne, remarque toutefois Jannet, « n'a pas survécu à l'altération profonde des mœurs publiques, à la funeste guerre de la sécession et au règne du parti radical qui s'en est suivi ». C'est la raison pour laquelle, pense-t-il, l' « on peut prévoir [...] la destruction de toutes les véritables libertés. Le gouvernement de l'Union ne sera plus un gouvernement libre et représentatif, mais bien un gouvernement omnipotent, absorbant et étouffant toutes les libres manifestations de la vie nationale au nom de la prétendue souveraineté populaire. Voilà le fait qui est dès à présent certain ».

En 1882, J. Rondet – ancien magistrat – se propose quant à lui de « jeter un coup d'œil sur les lois civiles qui régissent actuellement, sous la souveraineté anglaise, notre ancienne colonie de la Nouvelle-France. [...] Nous voulons nous borner à rechercher avec le nouveau Code civil canadien ce qu'est devenu, dans notre ancienne colonie, le vieux droit de la mère patrie »¹⁸⁰⁴. Aussi Rondet procède-t-il à la comparaison – entre le Code civil du Bas-Canada de 1866 (Titre préliminaire ; Livres I, II et III) et le Code Napoléon – sous forme de tableau avec, dans la colonne de gauche, les dispositions canadiennes et, dans celle de droite, les articles du Code de 1804. Si l'auteur remarque alors que « le législateur canadien a suivi le plan, l'ordre et les divisions du Code français » et que « beaucoup d'articles du Code du Bas-Canada ont été pris dans le nôtre », il relève surtout que l'œuvre canadienne a eu pour but de « conserver au pays l'esprit général de ses lois, tout en y introduisant les réformes nécessaires »¹⁸⁰⁵.

Pour sa part, dans sa recherche d'un « remède légal applicable à la France » en matière de « séduction »¹⁸⁰⁶, l'ingénieur des ponts et chaussées Jean-Jacques-Emile Cheysson (1836-1910) résume l'état législatif de l'Angleterre, des Etats-Unis, de la Prusse, de la Bavière ainsi

¹⁸⁰³ C. JANNET, « De la République aux Etats-Unis », *Revue catholique des institutions et du droit*, 2^e année, 1874, p. 215-241 et 290-300.

¹⁸⁰⁴ J. RONDET, « Le Code civil du Bas-Canada », *Revue catholique des institutions et du droit*, 10^e année, août 1882, p. 124-126.

¹⁸⁰⁵ *Ibid.*, p. 295.

¹⁸⁰⁶ Tel est en effet le titre de son article, dont les citations à suivre sont tirées : J.-J.-E. CHEYSSON, « Notes sommaires sur les réformes à introduire dans notre législation en matière de séduction », *Revue catholique des institutions et du droit*, 2^e année, 1874, p. 145-157 et 214-223.

que des cantons du Valais et de Vaud afin de mettre en exergue la protection accordée aux femmes par les législations étrangères.

« Après cette excursion dans les pays étrangers, écrit-il, revenons en France. Pourrons-nous dire que la comparaison soit à notre avantage ? Partout autour de nous, nous voyons le souci du respect de la femme élevé à la hauteur d'un principe social, et placé sous l'égide des lois. Selon l'esprit des législations que nous venons de passer en revue, la femme est trop faible pour défendre seule son honneur contre les artifices du libertinage et les entraînements de la passion. Quiconque y attente commet non-seulement une mauvaise action au point de vue de la morale, mais encore un délit aux yeux de la loi pénale, sans préjudice de la réparation civile ».

Au contraire, « le Code [civil français] suppose l'égalité entre l'homme et la femme. "Ce sont deux contractants défendant leurs intérêts réciproques." La loi n'a pas à intervenir dans l'accord de ces volontés également libres ». Or, insiste Cheysson,

« ce principe de l'égalité entre les deux sexes est absolument faux : tout le démontre. [...] Non, il n'est pas vrai qu'il y ait égalité ni dans l'origine, ni dans les conséquences d'une faute. En général, c'est la femme qui est poursuivie, qui cède à la fascination exercée sur elle. [...] Et après la chute, quel abîme pour la femme ! Déshonorée, repoussée, comment pourra-t-elle élever son enfant ? Comment revenir au bien ? L'homme, au contraire, secoue la poussière de ses pieds et passe. Il a eu un moment de plaisir. Sa victime en a pour toute une vie d'infamie et de souffrance, qu'importe à la loi ? Ce sont deux volontés libres qui se sont accordées. Le Code doit s'abstenir. Si vous rejetez la mère comme s'étant rendue par sa chute indigne de pitié, que vous a fait l'enfant ? Il n'a pas demandé à naître. Pourquoi lui refuser presque le droit de vivre ? Prenez garde aux haines qui s'amassent dans le cœur des bâtards contre la société. C'est avec ces sentiments que se chargent les fusils de la Commune ».

Aussi Cheysson propose-t-il d'« abroger l'article 340 [du Code civil] et permettre la recherche de la paternité. [...] Cette action devrait être entourée de toutes les précautions qu'imagineraient aisément les légistes avec leur science du droit, si le principe était admis. Les législations étrangères fourniraient de bons exemples à imiter ». Il propose également de modifier l'article 334 du Code de 1804 et 355 du Code pénal. « En résumé, étendre, au profit de l'enfant, la reconnaissance de paternité aux preuves expresses émanées du prétendu père (telles que lettres, possession d'état) ; – au profit de la fille séduite, qu'elle soit mère ou non, suspendre sur la tête du débauché la menace d'une réparation pécuniaire proportionnée aux ressources du séducteur et au dommage subi ; – enfin combler dans notre législation pénale la lacune relative à la séduction. Telles seraient, pour les bons esprits dont on analyse ici les conclusions, les grandes lignes de la réforme à proposer ». Au demeurant, la conclusion de son article semble parfaitement résumer l'état d'esprit de la *Revue catholique des institutions et du droit* :

« Notre pays souffre surtout pour avoir perdu le respect sous ses différentes formes : respect de Dieu, respect du père de la famille, respect de la femme [...]. Restaurer le respect de la femme par la loi et par les mœurs serait déjà un pas immense dans la voie du salut. Du côté législatif, le but est à portée de la main. Pas d'obstacles sérieux pour l'atteindre. La démonstration des maux du régime actuel est assez convaincante. Il n'est plus permis d'hésiter à imiter les nations qui nous entourent et à mettre enfin comme elles le font toutes à des degrés différents, l'honneur de la femme sous la sauvegarde des lois ».

A propos de la *Revue générale du droit* de Lefort, « on peut [...] s'interroger sur le fait de savoir si à côté des quelques exemples de fonction dynamique du droit comparé, l'exposé du point de vue étranger ne confine pas parfois à l'exercice de style, au "passage obligé", au même titre que la phase retraçant l'historique du problème. Ainsi, certains auteurs ne tirent pas vraiment du droit comparé des enseignements pour le système français : le droit comparé n'est pas vraiment mobilisé de façon "active" »¹⁸⁰⁷. Tel est le cas, par exemple, de l'avocat à la Cour d'Amiens, docteur en droit et professeur de droit commercial à la *Société industrielle d'Amiens*, Maxime Lecomte (1846-1914). Bien que son article soit intitulé « Examen de la loi belge du 18 avril 1851 en ce qui concerne les sursis de paiement (Art. 439 ; 593-614 ; 474 du Code de commerce belge) », l'auteur précise cependant vouloir, « non pas donner un commentaire de la loi belge [...], mais simplement la faire connaître et fournir quelques éléments d'une étude plus complète de législation comparée »¹⁸⁰⁸. De même, lorsque Raoul de la Grasserie (1839-1914), juge au tribunal civil de Rennes et correspondant du Ministère de l'Instruction publique, communique – en 1897 – sur les principaux systèmes observés dans la dévolution de la succession *ab intestat* en France et chez les différents peuples, il se propose uniquement de « suivre l'évolution, chez les différents peuples, des principes de droit successoral dans leur ensemble, sans descendre à leur application détaillée, sans non plus remonter à l'examen de leur valeur légitime, nous contentant de l'observation des faits et des inductions immédiates qui en résultent »¹⁸⁰⁹. Autrement dit, s'ils usent de la *méthode comparative*, les auteurs n'entendent pas encore construire de *science du droit comparé*.

En ce qui le concerne, le fondateur Block s'occupe, dès le premier numéro de la *Revue générale d'administration*, de la suppression en Italie du ministère de l'agriculture et du commerce ainsi que de la création d'un ministère du Trésor¹⁸¹⁰ ; « une double mesure qui peut avoir eu sa raison politique, mais qui semble critiquable au point de vue administratif ». Rappelant en effet que « le ministère de l'agriculture, de l'industrie et du commerce est une création moderne ; on le retrouve, avec quelques légères variantes, dans presque tous les pays, même en Angleterre (*Board of Trade*) » ; Block considère que

« la formation des ministères de l'instruction publique, de l'agriculture et du commerce, des travaux publics marque donc l'avènement d'un régime nouveau – qu'on l'appelle libéral, constitutionnel ou démocratique, peu importe – sous lequel les intérêts moraux et matériels des citoyens doivent inspirer la politique du gouvernement, c'est-à-dire qu'ils doivent y exercer leurs parts respectives d'influence. Or, pour que ces grands intérêts aient réellement voix au chapitre, ils doivent avoir leurs organes attitrés dans

¹⁸⁰⁷ F. CHERFOUH, *Le juriste entre science et politique...*, op. cit., p. 310.

¹⁸⁰⁸ M. LECOMTE, « Examen de la loi belge du 18 avril 1851 en ce qui concerne les sursis de paiement (Art. 439 ; 593-614 ; 474 du Code de commerce belge) », *Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence en France et à l'étranger*, 1879, p. 277.

¹⁸⁰⁹ R. DE LA GRASSERIE, « Des principaux systèmes observés dans la dévolution de la succession *ab intestat* en France et chez les différents peuples », *Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence en France et à l'étranger*, 1897, p. 413.

¹⁸¹⁰ M. BLOCK, « Italie. – Suppression du ministère de l'agriculture et du commerce. – Création d'un ministère du Trésor », *Revue générale d'administration*, t. I, janvier-avril 1878, p. 98-100.

le conseil suprême du gouvernement. Voilà pourquoi nous demandons un ministre de l'agriculture et du commerce ».

Quant à la création d'un ministère du Trésor à côté du ministère des finances au seul motif – le seul du moins que Block ait trouvé « dans les journeaux » italiens – que l'un des deux ministres aura ainsi le temps de s'occuper de la réforme des impôts, l'auteur de la notice formule quatre objections :

« 1° La réforme des impôts n'est qu'une opération temporaire, tandis que la machine administrative doit être organisée d'après des principes rationnels, peu variables de leur nature ; 2° pour bien voir les avantages et les inconvénients d'une contribution publique, il faut avoir pu la suivre dans toutes les directions ; 3° il n'est pas probable que les deux ministres des finances seront toujours d'accord, et, en cas de désaccord, c'est dans les vues du ministre qui administre – l'homme pratique – que le conseil aura plus de confiance ; 4° il aurait beaucoup mieux valu charger un homme compétent de faire une étude et puis de soumettre son travail à la discussion ; selon le cas, on ferait même préparer deux ou trois études parallèles, par des hommes d'opinions diverses. On aurait ainsi d'abondants matériaux pour une fructueuse discussion ».

Entouré de « jurisconsultes et économistes français et étrangers »¹⁸¹¹, le fondateur de la *Revue des sociétés*, Vavasseur, est également à même de proposer un périodique contenant des études de législation comparée. Par exemple, dès 1883, Léonce Goirand (1846-1934), un avoué près la Cour d'appel de Paris, y livre un article sur *La législation espagnole sur les sociétés par actions, dans ses rapports avec la législation française*. Si la première présente de nombreuses analogies avec la seconde, elle s'en éloigne cependant sur certains points qui paraissent à l'auteur « mériter, à ce titre, une étude spéciale »¹⁸¹². « Il n'est peut-être pas, en effet, sans intérêt, ajoute Goirand, à l'heure actuelle, où notre loi sur les Sociétés est soumise à une sorte de refonte totale, de mettre en regard les deux législations voisines, et d'indiquer sommairement les raisons de leurs divergences »¹⁸¹³. Parmi ces dernières, celle relative aux conditions mêmes de la formation des sociétés par actions retient plus spécialement son attention. Alors que la loi française du 24 juillet 1867 prescrit que la société par actions ne peut être constituée si le nombre des associés est inférieur à sept, le législateur espagnol n'a pas craint, quant à lui, de « voir, à l'ordinaire, se constituer de pareilles Sociétés, dont l'existence aurait, d'ailleurs, quelque peine à se comprendre ; et il a, d'autre part, pressenti qu'il serait bien facile aux associés sérieux d'éluder la loi, en s'adjoignant, pour parfaire le chiffre légal, un nombre complémentaire d'associés fictifs »¹⁸¹⁴. Aussi la réduction du nombre des associés primitifs n'est jamais, dans la loi espagnole du 19 octobre 1869, une cause absolue ni relative de dissolution. Et Goirand de conclure alors : « La logique de nos voisins est sur ce point meilleure que la nôtre »¹⁸¹⁵.

¹⁸¹¹ C'est en effet ce qui est indiqué sur la page de garde de la *Revue des sociétés*.

¹⁸¹² L. GOIRAND, « La législation espagnole sur les sociétés par actions, dans ses rapports avec la législation française », *Revue des sociétés*, 1883, p. 344.

¹⁸¹³ *Ibid.*, p. 344.

¹⁸¹⁴ *Ibid.*, p. 345.

¹⁸¹⁵ *Ibid.*, p. 345.

Plus généralement, le caractère de la loi espagnole se dégage, selon le comparatiste, sous un double aspect :

« d'un côté, liberté presque illimitée dans le régime intérieur des Sociétés, par la faculté de les constituer avec un nombre de membres non déterminé, de diviser les coupons à l'infini, de fixer l'époque des assemblées, et de ne pas nommer de commissaires, ni établir de conseils de surveillance. Et d'un autre côté, extension des garanties accordées aux tiers, dans les Sociétés dont les actions sont nominatives, par l'obligation imposée aux souscripteurs et autres cessionnaires successifs de répondre jusqu'à la libération entière de l'action, du montant des versements à effectuer »¹⁸¹⁶.

En réalité, les cas sont innombrables. Néanmoins, parmi les fondations des trois dernières décennies du XIX^e siècle, le *Bulletin du Comité des travaux historiques et scientifiques* occupe une place à part, car il permet à des juristes, parmi d'autres intellectuels, de proposer des études sur des sujets dont tous attendent des réformes. Au cœur de l'entreprise : la comparaison et ses promoteurs les plus enthousiastes.

§3. La comparaison au cœur de la réforme de l'Etat : le *Bulletin du Comité des travaux historiques et scientifiques* (1883-1900)

Initialement créé le 18 juillet 1834 par un arrêté du ministre de l'instruction publique (Guizot), le *Comité des travaux historiques et scientifiques* a pour but de « diriger les recherches et les publications de documents inédits à l'aide de fonds votés au budget de l'Etat ». En 1883, Ferry – alors ministre de l'instruction publique et des beaux-arts – l'organise en cinq Sections¹⁸¹⁷ : la Section d'histoire et de philologie ; la Section d'archéologie ; la *Section des sciences économiques et sociales* ; la Section des sciences mathématiques, physiques, chimiques et météorologiques ; enfin, la Section des sciences naturelles et des sciences géographiques. Par ailleurs, une Commission centrale supervise l'ensemble de cette organisation¹⁸¹⁸. Pour chaque Section, un président, un ou deux vice-présidents et un secrétaire choisis parmi les membres titulaires du *Comité*, sont désignés par le ministre¹⁸¹⁹. Le *Comité* est alors chargé de préparer les travaux de la Section, de concert avec le président de cette dernière ; chaque session devant examiner les projets de publication pour la « collection des documents inédits de l'histoire de France » et en proposer l'adoption ou le rejet ; elle peut également proposer la publication de tous autres documents ou travaux historiques et scientifiques¹⁸²⁰. Quant au secrétaire, il rédige le procès-verbal des séances, fait connaître les communications des correspondants et est responsable de la publication de la partie du *Bulletin* concernant la Section : un *Bulletin du Comité* est en effet institué afin de

¹⁸¹⁶ *Ibid.*, p. 350-351.

¹⁸¹⁷ Arrêté ministériel en date du 12 mars 1883.

¹⁸¹⁸ Article 1^{er} de l'arrêté.

¹⁸¹⁹ Article 4.

¹⁸²⁰ Article 7.

centraliser les différentes publications de chaque session¹⁸²¹. Tous les deux mois, le secrétaire adresse à la Commission centrale un rapport sur les travaux de la Section et sur l'état des publications¹⁸²².

Parmi les membres du *Comité* nommés par Ferry le 14 mars 1883, et plus particulièrement ceux de la *Section des sciences économiques et sociales*, quelques noms attirent immédiatement l'attention : Courcelle-Seneuil, Frédéric Passy, Léon Say, Aucoc, Bufnoir, Boutmy, Picot, Glasson, Edouard Laferrière ou encore Lyon-Caen. Nés – pour la plupart – à Paris¹⁸²³, dans les décennies 1820-1830¹⁸²⁴, ils présentent (et partagent) la particularité d'être membre de l'Institut¹⁸²⁵. De même ont-ils généralement publié une ou plusieurs œuvres en matière d'histoire ; ce qui explique effectivement leur nomination et leur place au sein d'un Comité dit « des travaux historiques »¹⁸²⁶. Surtout, tous présentent *un profil de comparatiste* ou ont entretenu, à tout le moins, un rapport plus ou moins fort avec l'étranger. A commencer par Courcelle-Seneuil qui, en 1848, remplit au ministère des finances les fonctions de directeur des domaines et est chargé à ce titre d'une mission en Angleterre¹⁸²⁷. S'étant très tôt intéressé aux questions d'économie politique et de finances, il est par ailleurs appelé, comme professeur d'économie politique, à Santiago ; étape dont il semble tirer un ouvrage, paru en 1866 : *Agression de l'Espagne contre le Chili*. S'occupant aussi d'économie politique et exposant même les principes de cette science dans de nombreuses conférences faites notamment dans le Midi de la France¹⁸²⁸, Frédéric Passy – le fils de Justin-Félix Passy (1795-1872) – a pour sa part déployé beaucoup d'activités comme secrétaire de la *Ligue internationale de la Paix* fondée en 1867 et évidemment ouverte aux intellectuels de toute l'Europe. Un autre économiste, Léon Say, est amené par ses fonctions à franchir les frontières nationales. Devenu préfet du département de la Seine à la suite de la démission de Ferry en 1871, Say se rend en effet à Londres en octobre de cette même année, « sur l'invitation

¹⁸²¹ Article 9.

¹⁸²² Article 12.

¹⁸²³ Courcelle-Seneuil est né à Seneuil, en Dordogne ; Bufnoir à Autun ; Glasson à Noyon et Laferrière à Angoulême.

¹⁸²⁴ Courcelle-Seneuil est né en 1813 ; Laferrière en 1841 et Lyon-Caen en 1843.

¹⁸²⁵ A l'exception de Bufnoir, Laferrière et Lyon-Caen ; ce dernier n'intégrant l'Académie des sciences morales et politiques qu'en 1893.

¹⁸²⁶ En 1842, Rozière, archiviste, avait par exemple fait paraître une *Histoire de Chypre*, en deux volumes. Ayant publié par la suite de nombreux autres travaux historiques, il est surtout devenu, en 1855, l'un des directeurs – avec Laboulaye, Dareste et Jacques-Charles-Marie Ginoulhiac (1818-1895) – de la *Revue historique de droit français et étranger* (sur cette revue, cf. *supra.*, p. 197 et s.). En 1848, Say publiait son *Histoire de la Caisse d'escompte, 1776 à 1793*. Boutmy, appelé par Emile Trélat (1821-1907) à concourir à la fondation de l'Ecole spéciale d'architecture (1865), y professa les cours d'histoire des civilisations et d'histoire comparée de l'architecture. Glasson avait quant à lui enseigné le droit romain à la faculté de droit de Nancy de 1865 à 1867. En 1872, Picot présenta un mémoire sur l'histoire des Etats généraux au concours ouvert par l'Académie des sciences morale ; il en fera alors un ouvrage en quatre volumes : *Histoire des Etats généraux et leur influence sur le gouvernement de la France de 1355 à 1614* (1872). En 1876, c'est Aucoc qui devait publier un ouvrage sur *Le Conseil d'Etat avant et après 1789*. Enfin, Bufnoir est – selon ses collègues – l'un des romanistes les plus distingués (cf. *supra.*, p. 332 et s.).

¹⁸²⁷ G. VAPERAU, V° « Courcelle-Seneuil », *Dictionnaire universel des contemporains*, op. cit., p. 480.

¹⁸²⁸ G. VAPERAU, V° « Passy (Frédéric) », *Dictionnaire universel des contemporains*, op. cit., p. 1412.

spéciale du lord-maire »¹⁸²⁹, et présente solennellement au corps des *aldermen* de la *City* la grande médaille d'or frappée en souvenir du ravitaillement de Paris par les dons anglais¹⁸³⁰. De surcroît, il est nommé, par décret du 30 avril 1880, ambassadeur en Angleterre, avec la mission de préparer la négociation d'un traité de commerce : « il y fut accueilli avec une grande sympathie, mais il n'y resta que quelques semaines, par suite de son élection à la présidence du Sénat, le 25 mai 1880 »¹⁸³¹. Du reste, Say traduira de l'Anglais George Joachim Goschen (1831-1907) la *Théorie des changes étrangers* en 1866. Il faut encore signaler l'adhésion et l'accession à la présidence de la *Société de législation comparée* d'Aucoc¹⁸³² (président de la SLC pour l'année 1876-1877), Bufnoir¹⁸³³ (1889-1890), Lyon-Caen¹⁸³⁴ (1897-1898), Picot¹⁸³⁵ (1899-1900) et Glasson (1905-1906). Enfin, le comparatisme de Laferrière¹⁸³⁶ et Boutmy ne fait également aucun doute ; ce dernier ayant notamment contribué à la création, en 1872, de l'Ecole libre des sciences politiques qu'il dirige et où il se charge des cours d'histoire constitutionnelle comparée¹⁸³⁷.

Aussi le *Bulletin du Comité des travaux historiques et scientifiques* accueille-t-il régulièrement des études de législation comparée. En 1887, il reproduit par exemple un *mémoire relatif aux procédés de mobilisation de la propriété foncière expérimentés ou proposés en France et à l'étranger*. Son auteur, Jules Challamel (1853-1927), part d'un constat pour le moins sévère : « Le code civil n'a rien fait pour organiser le crédit du sol et lui donner quelque élasticité »¹⁸³⁸. Espérant – après examen – que les différents projets de réforme du régime hypothécaire français « resteront [...] dans le monde des théories »¹⁸³⁹,

¹⁸²⁹ G. VAPERAU, V° « Say », *Dictionnaire universel des contemporains*, op. cit, p. 1626.

¹⁸³⁰ *Ibid.*, p. 1626.

¹⁸³¹ *Ibid.*, p. 1627.

¹⁸³² Sur ce jurisconsulte : F. BURDEAU, V° « Aucoc », *Dictionnaire historique des juristes français...*, op. cit., 1^{ère} éd., 2007, p. 23-24 ; G. VAPERAU, V° « Aucoc », *Dictionnaire universel des contemporains*, op. cit, p. 83.

¹⁸³³ Sur ce juriste : cf. *supra.*, p. 332 et s.

¹⁸³⁴ Sur cet auteur : cf. *supra.*, p. 314 et s.

¹⁸³⁵ Picot est parfois même présenté comme l'un des fondateurs de la SLC. Né à Paris le 24 décembre 1838, il est le fils d'un conseiller à la Cour d'appel de cette ville où il y étudie le droit. Après plusieurs voyages en Angleterre pour y examiner l'organisation de la détention préventive, Picot entre en 1865 au tribunal de la Seine en qualité de juge suppléant. Appelé le 14 décembre 1877 au ministère de la justice comme directeur des affaires criminelles et des grâces, il fait partie de plusieurs commissions, notamment de celles de la réforme de l'organisation judiciaire ou de l'instruction criminelle, et est élu membre de l'Académie des sciences morales et politiques le 6 juillet 1878. Il meurt en 1909.

¹⁸³⁶ Sur le parcours et l'œuvre de Laferrière : cf. *supra.*, p. 318 et s.

¹⁸³⁷ On doit en outre à Boutmy une *Introduction au cours d'histoire comparée de l'architecture* publiée en 1869 ainsi qu'un ouvrage sur la *Philosophie de l'architecture en Grèce*, parue l'année suivante. Sur ces différents éléments : G. VAPERAU, V° « Boutmy », *Dictionnaire universel des contemporains*, op. cit, p. 285.

¹⁸³⁸ J. CHALLAMEL, « Mémoire relatif aux procédés de mobilisation de la propriété foncière expérimentés ou proposés en France et à l'étranger », *Bulletin du Comité des travaux historiques et scientifiques. Section des sciences économiques et sociales*, année 1886, p. 54. « Le régime foncier du code civil, précise-t-il, avec son défaut de publicité, ses hypothèques légales et judiciaires, ses privilèges multipliés, ses droits de résolution, de révocation et de rescision, ses complications de toutes sortes qui font justement craindre à l'acheteur comme au prêteur hypothécaire de se voir évincer quelque jour des droits qu'ils ont acquis à beaux deniers comptants, semblent avoir eu pour but d'immobiliser le sol aux mains des possesseurs » (*Ibid.*, p. 53-54).

¹⁸³⁹ *Ibid.*, p. 59.

Challamel préfère dès lors se tourner vers « des législations très voisines de la nôtre »¹⁸⁴⁰. « Nous avons, insiste-t-il en effet, à les apprécier, à rechercher quels emprunts pourraient leur être faits, en nous inspirant avant tout des exigences de notre propre état social et du milieu juridique dans lequel nous vivons »¹⁸⁴¹. Cette démarche comparatiste le conduit notamment à confronter les « trois grandes théories » en présence, relativement à la question du transfert de la propriété foncière. La première d'entre elles est celle du Code Napoléon, où « la propriété des immeubles, comme celle des meubles, se transfère par le seul consentement. Aucune formalité spéciale n'est exigée pour faire connaître aux tiers l'aliénation consentie, le contrat passé entre le vendeur et l'acheteur »¹⁸⁴². « La théorie germanique est tout l'opposé de la précédente ; on lui a donné le nom de système de *légalité*. Ce n'est plus le consentement des parties qui transfère la propriété, c'est l'investiture solennelle résultant d'une déclaration reçue par un magistrat et insérée dans un registre public »¹⁸⁴³. Enfin, « la loi du 23 mars 1855 sur la *transcription* forme un système intermédiaire entre la théorie du libre consentement et celle de la légalité. Nous pouvons donc l'analyser en deux mots : *entre les parties*, le seul consentement suffit à transférer la propriété ; à *l'égard des tiers*, au contraire, la propriété n'est transférée que par l'effet de la transcription du titre sur les registres de la conservation des hypothèques »¹⁸⁴⁴. Qualifiée d'« excellente dans son principe comme dans ses résultats »¹⁸⁴⁵, cette loi française sur la transcription est en effet regardée par Challamel comme « très supérieure au régime rigoureusement formaliste et quelque peu brutal qui prévaut en Allemagne et en Australie sous le nom de régime de légalité »¹⁸⁴⁶. En revanche, en ce qui concerne l'hypothèque, il admet – à l'instar d'Anthoine de Saint-Joseph, cinquante ans plus tôt¹⁸⁴⁷ – que

« les législations étrangères nous ont donné de précieux exemples, que la routine pourrait seule nous empêcher de suivre. [...] En résumé, l'étude de la législation comparée nous conduit à reconnaître que la France, après avoir donné à toute l'Europe le signal du plus remarquable progrès législatif, est maintenant fort en retard ; elle nous conduit à reconnaître aussi qu'il existe en cette matière, comme en plusieurs autres, une sorte de droit commun scientifique dont il serait facile de faire l'application chez nous sans rompre avec les données premières de notre droit national, car il repose sur les principes mêmes de notre code civil »¹⁸⁴⁸.

¹⁸⁴⁰ *Ibid.*, p. 60.

¹⁸⁴¹ *Ibid.*, p. 60.

¹⁸⁴² *Ibid.*, p. 60.

¹⁸⁴³ *Ibid.*, p. 60. L'auteur donne alors l'exemple des lois foncières prussiennes du 5 mai 1872 mais aussi des dispositions de l'*Act Torrens* qui régit l'Australie et plusieurs autres colonies anglaises (*Ibid.*, p. 60-63).

¹⁸⁴⁴ *Ibid.*, p. 63.

¹⁸⁴⁵ *Ibid.*, p. 64.

¹⁸⁴⁶ *Ibid.*, p. 64. Néanmoins, l'auteur reconnaît qu'« il faudrait [...] réorganiser les livres fonciers, en prenant pour base les *feuilles réels* de l'Allemagne et de l'Australie. Notre procédé actuel, consistant à inscrire les actes par noms de propriétaires est absolument défectueux et prête à toutes sortes d'erreurs. [...] Tout y est pêle-mêle ; un homme du métier peut seul en débrouiller la confusion. Combien est plus clair le feuillet réel numéroté, donné à chaque immeuble, et sur lequel sont inscrites à leur date toutes les charges qui affectent la propriété ! » (*Ibid.*, p. 64).

¹⁸⁴⁷ Sur ce dernier, cf. *supra.*, p. 160 et s.

¹⁸⁴⁸ J. CHALLAMEL, « Mémoire relatif aux procédés de mobilisation de la propriété foncière expérimentés ou proposés en France et à l'étranger », art. cit., p. 65-66. Challamel évoque notamment les législations belge,

En ce sens, Challamel propose de « retrancher de notre loi l'hypothèque judiciaire »¹⁸⁴⁹ car « l'étude des législations étrangères ne fait que confirmer la condamnation portée contre elle par une autorité si haute »¹⁸⁵⁰. De même, « à la place de l'hypothèque légale, il faudrait établir le régime des hypothèques forcées tel qu'il existe en Belgique et en Tunisie. Les droits de la femme et ceux des incapables seraient par là garantis d'une manière tout aussi efficace et le crédit public ne leur serait pas sacrifié »¹⁸⁵¹. En définitive, « tout peut se résumer en un seul mot : nécessité de simplifier le régime hypothécaire en le subordonnant d'une manière absolue aux lois de la spécialité et de la publicité »¹⁸⁵².

tunisienne, prussienne et suédoise : « En Belgique notamment, les dispositions du code Napoléon ont été modifiées et améliorées sur un grand nombre de points. La loi belge du 16 décembre 1851 a su tirer parti des résultats de la grande enquête poursuivie chez nous de 1841 à 1844 et des travaux de l'Assemblée législative, tandis que nous en sommes restés au système confus de 1804. Les auteurs de la loi tunisienne du 1^{er} juillet 1885 ont, à leur tour, profité des leçons de l'expérience et leur œuvre, en cela, mérite un éloge sans réserve. Le régime hypothécaire de la Prusse, depuis 1872, est aussi très simple et très sûr. – Nous en pourrions dire autant des lois suédoises de 1875 » (*Ibid.*, p. 65-66).

¹⁸⁴⁹ *Ibid.*, p. 66.

¹⁸⁵⁰ *Ibid.*, p. 66.

¹⁸⁵¹ *Ibid.*, p. 67.

¹⁸⁵² *Ibid.*, p. 67. Challamel croit voir dans le « système des cédules hypothécaires » du décret du 9 messidor an III le mécanisme idéal. Il s'agit d'« un moyen de créer à l'avance un titre hypothécaire qui précède la créance elle-même et permette au propriétaire d'y recourir sans délai lorsqu'il aura besoin de crédit [...]. Il suffit de donner au propriétaire la faculté de prendre inscription en son propre nom sur le feuillet de l'immeuble. En échange, le conservateur lui remettra des cédules ou certificats authentiques d'inscription, faisant connaître d'une manière précise le chiffre des sommes garanties par chacune d'elles et le rang hypothécaire qu'elles occupent » (*Ibid.*, p. 68-69). Si le décret de messidor an III n'a jamais été en vigueur, l'auteur rappelle cependant que « le système des cédules hypothécaires existe depuis bien des années, sous le nom de *Handfesten*, dans les lois de la ville de Brême » (*Ibid.*, p. 69) ; lois que Challamel a étudiées sur place, après avoir étudié celle de Prusse, et dont il a admiré « la perfection et la puissance. Les placements hypothécaires sont nombreux et sûrs ; les frais d'actes sont aussi minimes que possible ; le mouvement et la vie circulent dans ces titres fonciers si clairs ; la plupart des citoyens possèdent en propre leur maison, et nulle part la propriété immobilière n'est plus en crédit » (*Ibid.*, p. 70).

CONCLUSION DU TITRE I

Il faut le répéter : un basculement s'opère dès 1869 du point de vue des productions doctrinales intéressant la comparaison juridique. Alors que ces dernières représentent 10 % des publications entre 1815 et 1869, elles s'élèvent effectivement à 25 % pour la période 1869-1914. Conscient du *retard* qu'accuse alors la France sur les plans législatif, institutionnel et doctrinal, un groupe de juristes – parmi lesquels Laboulaye, Ribot, Jozon, Bufnoir ou Picot – semble « anticiper » les événements de 1870-1871 et propose en ce sens la création d'une *Société de législation comparée*. Seulement, la guerre survient trop rapidement et la défaite est réellement inattendue : elle constitue un véritable *traumatisme*.

Pour la doctrine juridique française, la débâcle ne démontre qu'une chose : la faiblesse du droit national. Or, ce qui est particulièrement notable à ce propos, c'est que les jurisconsultes qui désirent rénover le droit français *via* la comparaison juridique appartiennent généralement au « réseau SLC ». Désormais, il ne s'agit plus pour eux d'anticiper mais de conduire le plus rapidement possible le législateur français à *réformer* le droit national. Certes, les questions de *méthode* peuvent intéresser les auteurs mais la priorité n'est pas là : elle se situe sur la nécessité, l'impératif, l'*urgence*. Aussi les juristes de la génération de 1870 se contentent-ils, soit de faire un simple usage méthodologique du droit comparé sans chercher à le théoriser, soit d'employer des méthodes déjà connues telles que la méthode historico-juridique, soit enfin d'emprunter aux autres sciences.

Il faut rappeler en effet l'influence des sciences humaines, littéraires et de la matière sur la doctrine juridique française de cette période. Il n'est pas rare de voir par exemple quelques juristes s'intéresser de près à la médecine moderne et être véritablement séduits par la méthode expérimentale du médecin positiviste Claude Bernard (1813-1878). D'autres iront même jusqu'à utiliser les sciences naturelles – telle la biologie – pour nourrir leur étude juridique ; à l'instar de Georges Vacher de Lapouge (1854-1936) qui livre en 1885, à la *Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence en France et à l'étranger*, une « Etude sur la nature et sur l'évolution historique du droit de succession. Etude première : Théorie biologique du droit de succession »¹⁸⁵³.

Bien-sûr, cette influence ne s'exerce pas seulement depuis 1871. Du reste, le comparatisme avait gagné les sciences naturelles dès le début du siècle. « Le *Traité d'anatomie comparée* de Cuvier a été publié en 1805, et bientôt la physiologie comparée confronte et rapproche les

¹⁸⁵³ G. VACHER DE LAPOUGE, « Etudes sur la nature et sur l'évolution historique du droit de succession. Etude première : Théorie biologique du droit de succession », *Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence en France et à l'étranger*, t. IX, mai-juin 1885, p. 205-232 et 316-330. Sur l'auteur et ses théories raciales : J.-M. AUGUSTIN, *Georges Vacher de Lapouge (1854-1936). Juriste, raciologue et eugéniste*, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2011.

fonctions vitales des différents êtres vivants, tandis que se développe l'étude de l'embryologie comparée. Dès 1821, François Raynouard [...] publiait une *Grammaire comparée des langues de l'Europe latine* et [...] on voit se créer des chaires de "littératures étrangères" [...], d'histoire comparative de la littérature, puis enfin de "littérature comparée" [...]. Ce comparatisme, scientifique et littéraire, prépare l'avènement du comparatisme juridique »¹⁸⁵⁴.

Simplement, l'on remarque que, depuis la défaite de Sedan, tous les regards – c'est-à-dire ceux des intellectuels français considérés dans leur ensemble : scientifiques et littéraires – se tournent vers le voisin vainqueur : l'Allemagne. Le dernier tiers du XIX^e siècle voit notamment les congrès internationaux se multiplier – à en donner, d'ailleurs, « le tournis »¹⁸⁵⁵ – et toucher tous les domaines scientifiques (l'archéologie préhistorique, l'américanisme, l'histoire de l'art ou des religions, etc.) ; or, durant ces congrès, les participants en viennent presque toujours à se prononcer, d'une manière ou d'une autre, sur la science allemande. Au surplus, ces réunions scientifiques participent de façon non négligeable au mouvement de disciplinarisation scientifique que connaît cette fin de siècle. Tel sera d'ailleurs l'objectif du *Congrès international de droit comparé* de 1900 (objet du Titre suivant) : faire du droit comparé une science.

L'extrême fin du XIX^e siècle apparaît en effet comme une période particulièrement favorable au « scientisme ». Le terme « science » est partout ; il se trouve pratiquement dans tous les « Avis aux lecteurs » et autres formules inaugurales des revues juridiques fondées au cours de la période. Pour ne reprendre que le seul exemple de la *Revue générale du droit*, la répétition de ce mot dans l'article programmatique est particulièrement éloquente : sept fois en quatre pages ! Or, cette démarche qui consiste à fonder un périodique juridique en insistant particulièrement sur son caractère scientifique n'est pas propre à la revue de Lefort. Une grande partie de la doctrine juridique française est effectivement concernée, « car c'est bien de la crédibilité [d'un] recueil et *in fine* de la légitimité [d'un] discours dont il est question. Légitimité qui semble passer par l'insertion de la publication dans un schéma scientifique. En effet, dès le début du XIX^e siècle, le terme science acquiert "*le statut d'une instance d'habilitation pleine et entière*". Avant même cette période, les philosophes des Lumières notamment avaient contribué à faire de la connaissance scientifique le socle sur lequel s'édifie une légitimité, qui logiquement renforce l'impact du discours »¹⁸⁵⁶.

Finalement, les juristes français formulent un double souhait : d'une part, étudier scientifiquement le droit et, d'autre part, ériger le droit en science ; dans les deux cas, les autres disciplines – scientifiques et littéraires – qui naissent à la même période, les inspirent et leur montrent la voie à suivre. Partant, de nombreux jurisconsultes sont convaincus de l'utilité

¹⁸⁵⁴ M. ANCEL, « Cent ans de droit comparé en France », *Livre du centenaire de la Société de législation comparée. Un siècle de droit comparé en France (1869-1969). Les apports du droit comparé au droit positif français*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1969, p. 4.

¹⁸⁵⁵ W. FEUERHAHN et P. RABAULT-FEUERHAHN, « Présentation : la science à l'échelle internationale », *Revue germanique internationale* [en ligne], n° 12, 2010, p. 223-234, disponible sur internet <<http://rgi.revues.org/246>>.

¹⁸⁵⁶ F. CHERFOUH, *Le juriste entre science et politique...*, op. cit., p. 129-130.

du droit comparé d'un point de vue méthodologique, à l'instar de l'avocat parisien, Eugène Vigouroux, qui écrit en 1892 : « *Les études de législation comparée sont certainement les plus aptes à faire progresser la science du droit* »¹⁸⁵⁷.

En d'autres termes, la construction d'une science du droit appelle en parallèle à un renouvellement méthodologique de la comparaison juridique.

¹⁸⁵⁷ Cet exemple est donné par Fatiha Cherfouh : *Ibid.*, p. 297.

TITRE II – LE RENOUVELLEMENT METHODOLOGIQUE DE LA COMPARAISON JURIDIQUE (1900-1914)

Ancel rappelle que « dans son célèbre ouvrage, *Comparative Law*, qui est devenu le bréviaire des comparatistes, H.C. Gutteridge n'hésitait pas à affirmer tour à tour que les études juridiques comparatives, dans leur forme moderne, dataient de la création à Paris, en 1869, de la Société de législation comparée et que c'est lors du grand Congrès, organisé par elle en 1900, que le droit comparé, comme tel, avait véritablement pris naissance »¹⁸⁵⁸. En d'autres termes, il existerait un « moment 1900 »¹⁸⁵⁹. Il est vrai que d'un point de vue méthodologique, l'exégèse semble amorcer (progressivement) son déclin dès les années 1880 ; une nouvelle génération de juristes, nés dans les décennies 1850-1860, venant remplacer la génération de 1870¹⁸⁶⁰. Pour être exact, ces derniers – spécialement les civilistes – subissent une double concurrence : celle des sciences sociales et économiques – nous y reviendrons – et celle des disciplines juridiques en pleine expansion¹⁸⁶¹. Aussi, « les civilistes vont immédiatement prendre conscience de la nécessité d'un renouvellement méthodologique destiné à la fois à adapter la science juridique au contexte scientifique et à sauver le rôle des juristes, spécialement celui des privatistes. C'est sans doute là que réside une partie essentielle de l'explication du large mouvement de rénovation méthodologique mené par les tenants de l'Ecole dite scientifique. Réflexion sur les sources, rénovation des méthodes d'interprétation,

¹⁸⁵⁸ M. ANCEL, « Cent ans de droit comparé en France », art. cit., p. 3

¹⁸⁵⁹ Sur le basculement fondamental qui s'opère au sein de la doctrine juridique française, au tournant du XX^e siècle : O. MOTTE, *Lettres inédites de juristes français du XIX^e siècle...*, op. cit., 2 t., 1989-1990 ; M.-J. REDOR, *De l'Etat légal à l'Etat de droit...*, op. cit. ; C. JAMIN, « L'oubli et la science. Regard partiel sur l'évolution de la doctrine positiviste à la charnière des XIX^e et XX^e siècles », art. cit. et « Dix-neuf cent : crise et renouveau dans la culture juridique », *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la dir. de D. ALLAND et S. RIALS, Paris, Lamy-PUF, 2003, p. 380 ; J.-L. HALPERIN, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, op. cit., p. 181 et s., et « Présentation », *Le Code civil 1804-1904. Livre du centenaire*, Paris, Dalloz, 2004, p. 1-6 ; G. SACRISTE, *Le droit de la République (1870-1914) : légitimation(s) de l'Etat et construction du rôle de professeur de droit constitutionnel*, Thèse, Science politique, Paris I, 2002 ; C. JAMIN et P.-Y. VERKINDT, « Droit civil et droit social : l'invention du style néoclassique chez les juristes français au début du XX^e siècle », *Le droit civil, avant tout un style ?*, sous la dir. de N. KASIRER, Montréal, Editions Thémis, 2003, p. 101-120 ; C. M. HERRERA, *Les juristes face au politique...*, op. cit. ; P. JESTAZ et C. JAMIN, *La doctrine*, op. cit., p. 95 et s. ; D. BUREAU, « Les regards doctrinaux sur le Code civil », 1804-2004. *Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir*, sous la dir. d'Y. LEQUETTE et L. LEVENEUR, Paris, Dalloz, 2004, p. 171-210. Plus particulièrement, sur la Belle Epoque du point de vue de l'histoire des idées politiques : J.-M. MAYEUR, *Les débuts de la III^e République (1871-1898)*, Paris, Points Seuil, 1973 ; M. REBERIOUX, *La République radicale ? (1898-1914)*, Paris, Points Seuil, 1975 ; J. DONZELOT, *L'invention du social*, Paris, Points Seuil, 1994 ; M. WINOCK, *La Belle Epoque. La France de 1900 à 1914*, Paris, Perrin, 2002 ; J.-F. SPITZ, *Le moment républicain en France*, Paris, NRF Gallimard, 2005. N. HAKIM et F. MELLERAY (dir.), *Le renouveau de la doctrine française. Les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XX^e siècle*, Paris, Dalloz, 2009.

¹⁸⁶⁰ Sur cette génération, cf. *supra.*, p. 307 et s.

¹⁸⁶¹ Sur la constitution du droit administratif en discipline autonome, cf. *supra.*, p. 317 et s. ; sur la naissance de la doctrine constitutionnelle, cf. *supra.*, p. 327 et s.

recours à la méthode historique, *au droit comparé*, octroi d'une fonction essentielle à la jurisprudence sont alors autant de moyens de sortir de ce qui semble être une véritable crise »¹⁸⁶².

En matière de comparaison juridique, la *Société de législation comparée* semble une fois de plus jouer un rôle central, accueillant effectivement en son sein de nombreux « juristes-rénovateurs » tels Esmein, Thaller, Saleilles, Gény ou Lambert. Promoteurs d'une « nouvelle méthode » qu'ils veulent *scientifique*, destinée à se substituer à la méthode exégétique et qui passe ou du moins conduit à accorder une place plus importante encore aux études comparatives, ces membres de la SLC seront à l'origine d'un rassemblement scientifique majeur et spécialement consacré au droit comparé : le *Congrès international de droit comparé* de 1900 (Chapitre I). En cela, ils préservent la pensée du fondateur Laboulaye qui, lui aussi, « aimait la science en homme qui en sait tout le prix »¹⁸⁶³ mais qui n'eut pas « le temps de la cultiver et de se pénétrer des principes »¹⁸⁶⁴. Cette tâche devait revenir à ses successeurs, lesquels désireront en effet prolonger le « moment 1900 » c'est-à-dire maintenir « *l'esprit* » du Congrès de Paris (Chapitre II).

¹⁸⁶² N. HAKIM et F. MELLERAY (dir.), *Le renouveau de la doctrine française...*, *op. cit.*, p. 5. Nous soulignons.

¹⁸⁶³ H. BARBOUX, « Discours de M. le Président », *Bulletin de la Société de législation comparée*, n° 1, janv. 1884, p. 58.

¹⁸⁶⁴ *Ibid.*, p. 58.

CHAPITRE I – L’IDEE D’UN CONGRES INTERNATIONAL DE DROIT COMPARE

Dès avant 1900, certains auteurs ressentent la nécessité de renouveler leur méthode, en ayant en tête un objectif bien précis : rétablir l’autorité de la doctrine juridique. Evocats, voire programmatiques, sont alors les titres de leurs publications : tandis que Thaller publie effectivement une étude sur les *Faillites en droit comparé* en 1887¹⁸⁶⁵, Gény présente son célèbre *Essai critique* en 1899 dont la préface, signée de la main de Saleilles, restera tout aussi célèbre et Lambert milite quant à lui pour *Une réforme nécessaire des études de droit civil* auprès de la *Revue internationale de l’enseignement*¹⁸⁶⁶. Tous attachés à la *Société de législation comparée*, c’est au sein de cette dernière et par son intermédiaire que ces juristes vont finalement pouvoir concentrer, sinon confronter, leurs opinions ; lesquelles semblent alors converger vers un même but : *faire du droit comparé une science* (Section 1).

De manière plus générale d’ailleurs, et comme nous avons déjà eu l’occasion de le souligner, la fin du XIX^e siècle et le début du XX^e siècle correspondent à une véritable période de « scientisme ». Le mouvement est si fort qu’il entraîne avec lui les juristes, et plus spécialement les comparatistes ; lesquels, du reste, ne peuvent – ni ne veulent – rester en marge. C’est précisément dans ce climat que se tient alors, du 31 juillet au 4 août 1900, le *Congrès international de droit comparé* (Section 2).

¹⁸⁶⁵ E.-E. THALLER, *Des faillites en droit comparé, avec une étude sur le règlement des faillites en droit international*, Paris, Arthur Rousseau, 2 t., 1887.

¹⁸⁶⁶ E. LAMBERT, « Une réforme nécessaire des études de droit civil », *Revue internationale de l’enseignement*, t. 40, 1900, p. 216-243.

Section 1 – Vers une science du droit comparé : les instigateurs du Congrès de 1900

De toute évidence, le renouvellement méthodologique de la comparaison juridique s'inscrit dans un mouvement général qui est à la fois législatif (et réglementaire), universitaire et doctrinal. En premier lieu, il faut se rappeler que l'enseignement supérieur fait l'objet de nombreuses réformes et ce, dès la fin des années 1870¹⁸⁶⁷. Par décret du 26 mars 1877, l'économie politique est par exemple introduite à l'examen de deuxième année de licence. Le 28 décembre 1880, c'est un cours d'histoire générale du droit français qui est créé, à Paris ; Esmein en est alors le premier enseignant¹⁸⁶⁸. Ensuite, par décret du 24 juillet 1889, un cours semestriel d'éléments de droit constitutionnel est introduit à Paris en première année de licence ; là encore, c'est Esmein qui en a la charge¹⁸⁶⁹. En outre, des enseignements optionnels sont proposés tels que la législation industrielle, la législation financière ou encore la législation coloniale. De même, le droit pénal et le droit commercial s'affirment auprès du « cours de Code civil » qui continue à être enseigné en licence. Quant au doctorat, il connaît un nouveau régime avec le décret du 30 avril 1895 qui crée, en sus d'un diplôme de sciences juridiques, un diplôme de sciences politiques et économiques. Incontestablement, ces « modifications apportées à l'enseignement du droit par la III^e République ont [...] joué un rôle dans le renouvellement des idées juridiques »¹⁸⁷⁰.

Dans le même sens, un arrêté ministériel en date du 23 juillet 1896 réorganise l'agrégation des Facultés de droit ; celle-ci est alors divisée en quatre sections : droit privé (et criminel), droit public, histoire du droit et sciences économiques. Par voie de conséquence, et « par curiosité plus que par obligation, beaucoup d'enseignants de droit privé sont sortis de leur splendide isolement sous l'effet d'influences intellectuelles venues d'autres disciplines »¹⁸⁷¹. Ainsi du droit public et plus particulièrement des droits administratif et constitutionnel. Il faut en effet se souvenir que « dans ces matières qui requéraient une élaboration nouvelle, *la nécessité de considérer les expériences étrangères a été [...] ressentie davantage que dans le droit civil*, où l'on trouvait un modèle dans le droit romain »¹⁸⁷². A propos du droit administratif, lequel est enseigné en doctorat mais aussi en deuxième et troisième années de

¹⁸⁶⁷ Sur l'autonomisation des différentes matières de droit, on peut également rappeler les propos d'André-Jean Arnaud (cf. *supra*, p. 336 et s.) : « A partir de 1880, les Facultés de Droit ne sont plus le lieu où l'on enseigne le Code civil et accessoirement les autres codes ; elles sont le lieu géométrique où se rencontrent les tenants de disciplines dont le dénominateur commun est qu'elles se rattachent à cette portion du savoir qui traite de l'organisation normative de la vie sociale dans ses divers aspects : rapports des individus entre eux, rapports des Etats entre eux, sanction de ces rapports, histoire des uns et des autres. Que ces disciplines aient acquis leur autonomie et se soient compliquées au point d'être l'objet de recherches spécialisées est un fait certain ».

¹⁸⁶⁸ Sur ce point, cf. *supra*, p. 328.

¹⁸⁶⁹ Cf. *supra*, p. 328, en particulier la note 1651.

¹⁸⁷⁰ J.-L. HALPERIN, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, op. cit., p. 176.

¹⁸⁷¹ *Ibid.*, p. 178.

¹⁸⁷² Déjà cité, cf. *supra*, p. 343. L'italique est de notre fait.

licence, Edouard Laferrière rappellera par exemple que, « pour le droit codifié, l'exégèse des textes est la méthode dominante » alors que « pour le Droit administratif, c'est l'inverse ; l'abondance des textes, la diversité de leurs origines, le peu d'harmonie qu'ils ont souvent entre eux, risquent d'égarer le commentateur qui voudrait leur appliquer les mêmes méthodes qu'au Droit codifié »¹⁸⁷³. Aussi, l'auteur du *Traité de la juridiction administrative* s'était-il tourné vers la méthode comparative, consacrant notamment un Livre préliminaire aux « Notions générales et législation comparée »¹⁸⁷⁴. Quant au droit constitutionnel, autre discipline juridique enseignée en doctorat – d'abord de manière optionnelle (1878) puis de façon obligatoire (1882) – et, à partir de l'année 1890-1891, au second semestre de la première année de licence (à Paris mais également dans toutes les universités provinciales), il faut surtout noter l'instauration par le décret du 30 avril 1895 d'un cours doctoral de « Droit constitutionnel comparé ». D'ailleurs, la doctrine viendra appuyer cette orientation prise dans le milieu universitaire avec la publication de nombreux traités de droit comparé dont l'incontournable manuel d'Esmein, significativement intitulé – en 1899 – *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*¹⁸⁷⁵.

Outre la concurrence de ces disciplines juridiques où l'exégèse *n'est pas* la méthode dominante, les privatistes vont subir – ou prendre en considération – celle des *sciences sociale*. En d'autres termes, cette génération de juristes est à la recherche de nouvelles méthodes scientifiques (§1). Mais elle est surtout tournée vers le droit comparé (§2).

§1. Une génération à la recherche de nouvelles méthodes scientifiques

Science ou scientisme ? La question mérite d'être posée. Visiblement séduits par les « sciences de la matière »¹⁸⁷⁶ ainsi que les « sciences humaines » en voie de développement, les juristes français semblent en effet placer « une certaine confiance heureuse dans la science »¹⁸⁷⁷ : « Le scientisme, écrit en ce sens Nader Hakim, qui peut être défini comme le recours à la science pour résoudre toutes les difficultés aussi bien pratiques que philosophiques, gagne [...] peu à peu le droit »¹⁸⁷⁸.

« On est encore à l'époque où l'on croit pouvoir tout attendre, et ne rien craindre, du progrès scientifique. Ce progrès, alors certain, concourt nécessairement, croit-on aussi, [...] au "progrès humain" et la science ne peut offrir [...] que des moyens nouveaux de protéger l'homme. Dans la mesure où l'étude comparative se veut rigoureusement scientifique, elle entend dépasser les égoïsmes nationaux et permettre à chacun de profiter des découvertes des autres. Le droit comparé se place ainsi sous le signe de la

¹⁸⁷³ Déjà cité, cf. *supra.*, p. 320. Nous soulignons.

¹⁸⁷⁴ Sur ce point déjà abordé : cf. *supra.*, p. 319 et s.

¹⁸⁷⁵ Sur cet ouvrage, cf. *supra.*, p. 329 et s.

¹⁸⁷⁶ A propos de l'influence des sciences naturelles sur les juristes, cf. *supra.*, p. 301 et s.

¹⁸⁷⁷ M. ANCEL, *Utilité et méthodes du droit comparé*, *op. cit.*, p. 20.

¹⁸⁷⁸ N. HAKIM, *L'autorité de la doctrine civiliste française au XIX^e siècle*, *op. cit.*, p. 216.

confiance absolue que l'on fait alors aux possibilités de la science. *Il y a du scientisme chez les comparatistes de 1900* »¹⁸⁷⁹.

Ce qui est certain, c'est que les juristes de l'extrême fin du XIX^e siècle se sont préoccupés, d'une manière ou d'une autre, des méthodes employées dans les sciences sociales et plus particulièrement en *sociologie*¹⁸⁸⁰. A ce propos, si l'amalgame entre science(s) sociale(s) et sociologie est « courant à l'époque »¹⁸⁸¹, il faut néanmoins s'empresse de préciser que

« la science sociale ne se confond pas avec l'institution de la sociologie universitaire. Elle prend, en réalité, son essor dès la fin de l'Ancien régime lorsque les "théories sociales" font progressivement place aux "sciences morales et politiques" dont les modèles sont donnés notamment par Condorcet, Destutt de Tracy ou encore Saint-Simon. Avec Auguste Comte, l'avènement de la "sociologie" constitue un seuil supplémentaire d'épistémologisation de la science sociale. Ces différents projets sont tous profondément marqués par la nécessité d'élaborer une science capable de mettre en lumière les mécanismes sociaux afin de mieux les maîtriser et de remédier aux pathologies qui frappent la société. La science sociale dans le premier XIX^e siècle se définit principalement comme *une science de l'organisation sociale*. D'où l'intérêt qu'elle rencontre auprès de certains juristes »¹⁸⁸².

On pense notamment, concernant cette fois-ci la fin du XIX^e siècle, à l'influence qu'a pu exercer l'œuvre de Comte sur Planiol¹⁸⁸³. Il faut dire que l'affection de ce dernier pour la philosophie s'est très tôt manifestée : né le 23 septembre 1853 à Nantes, Marcel-Fernand Planiol gagne en effet le Prix de philosophie au concours général à dix-neuf ans. Après avoir tenté le concours d'entrée à l'Ecole normale supérieure en 1873, il s'oriente vers des études de droit et soutient sa thèse en 1879 sur le bénéfice d'inventaire. Devenu avocat à la cour d'appel de Paris, il est reçu à l'agrégation en 1880 et est alors affecté à Grenoble (1880-1881) puis à Rennes, où il enseigne le droit civil, les Pandectes et l'histoire du droit (1881-1887), avant d'être finalement transféré à Paris (1887). Titularisé comme professeur de droit civil en 1896, il exercera ses fonctions jusqu'à son admission à la retraite pour raisons de santé, en 1923. Il meurt à Paris le 31 août 1931.

Bien qu'il ait publié de nombreux travaux d'histoire du droit, notamment sur les anciennes institutions de la Bretagne¹⁸⁸⁴, et qu'il se tourne en même temps vers la pratique

¹⁸⁷⁹ M. ANCEL, *loc. cit.* Nous soulignons.

¹⁸⁸⁰ Sur le « sociologisme » en droit : M. VILLEY, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 1962, p. 79 et s. ; M. VILLEY, *Philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 2^e éd., t. II, 1984, p. 105 et s.

¹⁸⁸¹ F. SOUBIRAN-PAILLET, « Histoire du droit et sociologie : interrogations sur un vide disciplinaire », *art. cit.*, p. 160.

¹⁸⁸² F. AUDREN, « Comment la science sociale vient aux juristes ? Les professeurs de droit lyonnais et les Traditions de la science sociale (1875-1935) », *Le renouvellement des sciences sociales et juridiques...*, *op. cit.*, p. 8-9. Sur « Auguste Comte et les mythes du positivisme » : M. VILLEY, *Philosophie du droit...*, *op. cit.*, p. 96 et s.

¹⁸⁸³ Les éléments biographiques qui seront donnés sur Planiol ont pour la plupart été tirés de : J.-L. HALPERIN, V^o « Planiol », *Dictionnaire historique des juristes français...*, *op. cit.*, 1^{ère} éd., 2007, p. 629-630.

¹⁸⁸⁴ M. PLANIOL, *L'Assise au comte Geoffroy. Etude sur les successions féodales en Bretagne*, Paris, L. Larose et Forcel ; Rennes, Hyacinthe Caillière, 1888 ; M. PLANIOL, « Les appropriations par bannies dans l'ancienne province de Bretagne », *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, quatorzième année, 1890, p. 433-463 ; M. PLANIOL, « L'Esprit de la coutume de Bretagne », *Revue de Bretagne de Vendée & d'Anjou*, t. V, janv. 1891, p. 5-21 ; M. PLANIOL, *La très ancienne coutume de Bretagne avec les Assises, Constitutions de Parlement et Ordonnances duciales suivies d'un Recueil de textes divers antérieurs à 1491*, Rennes, J. Plihon et L. Hervé, 1896. Sur ces travaux, lire notamment : M.-Y. CREPIN, « Deux historiens des institutions et du droit de

jurisprudentielle (il publie plus de 200 notes d'arrêt au *Dalloz*), l'œuvre essentielle de Planiol est son *Traité élémentaire de droit civil* en trois volumes, édités pour la première fois de 1899 à 1901. Trois facteurs semblent ici avoir contribué au succès, du moins à l'originalité de cette œuvre. En premier lieu, l'arrêté ministériel du 24 juillet 1895 qui met fin à l'obligation, pour les professeurs de droit civil, de suivre le plan du Code. Aussi Planiol est-il « le premier à proposer "le livre de l'étudiant" sous la forme d'un Traité compact qui ne se présente pas, comme les commentaires de ses devanciers ou de certains de ses contemporains, comme une succession de volumes consacrés aux différents titres du Code civil »¹⁸⁸⁵. C'est la raison pour laquelle – en deuxième lieu – la présentation du droit civil français s'effectue, chez Planiol, selon un plan didactique. En effet, à la suite d'Aubry et Rau qui avaient adopté la démarche germanique¹⁸⁸⁶, Planiol construit un système cohérent qui s'ordonne autour de théories générales et de grands concepts. Il ne s'agit plus désormais d'enseigner le Code civil, mais bien plutôt le droit civil. Cette « démarche systématique permet [...] de *renouveler le droit applicable* en écho à la lettre du Code civil qui paraît vieillissante après presque cent années d'exégèse »¹⁸⁸⁷. Surtout, en troisième et dernier lieu, le positivisme philosophique de Comte ne fait aucun doute : là encore, « *la vocation scientifique est nette*. Les fins du droit ne sont plus interrogées (le "pourquoi" ?), seule compte la formation historique du droit positif (le "comment" ?) »¹⁸⁸⁸ ; ce qui n'est effectivement pas sans rappeler l'une des leçons du *Cours de philosophie positive* : « Dans l'état positif, écrit Comte, l'esprit humain reconnaissant l'impossibilité d'obtenir des notions absolues, renonce à chercher l'origine et la destination de l'univers, et à connaître les causes intimes des phénomènes, pour s'attacher uniquement à découvrir, par l'usage bien combiné du raisonnement et de l'observation, leurs lois effectives, c'est-à-dire leurs relations invariables de succession et de similitude »¹⁸⁸⁹.

L'observation. Tel est en effet le maître-mot pour les « scientifiques » – ou ceux qui désirent l'être – de cette fin de siècle, et notamment les *sociologues*. Par exemple, « l'observation des phénomènes juridiques est un terrain d'élection pour Durkheim »¹⁸⁹⁰. Dans sa thèse présentée à la Faculté des Lettres de Paris sur la *Division du travail social* (1893), il écrit en effet que « la solidarité sociale est un phénomène tout moral qui par lui-même ne se prête pas à l'observation exacte ni surtout à la mesure [...], il faut donc

la Bretagne : Marcel Planiol et Edmond Duretelle de Saint-Sauveur », *Etudes d'Histoire du Droit et des Idées Politiques*, n° 10, 2006, p. 193-202.

¹⁸⁸⁵ J.-L. HALPERIN, V° « Planiol », *Dictionnaire historique des juristes français...*, op. cit., 1^{ère} éd., 2007, p. 629.

¹⁸⁸⁶ Sur l'œuvre d'Aubry et Rau, cf. *supra.*, p. 78 et s.

¹⁸⁸⁷ F. ROUVIERE, « Le droit à l'épreuve de la vulnérabilité », *Archive ouverte HAL-SHS* [en ligne], 22 juin 2012, p. 15, disponible sur internet <<https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00709901>>. Nous soulignons.

¹⁸⁸⁸ *Ibid.*, p. 15, disponible sur internet <<https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00709901>>. Nous soulignons.

¹⁸⁸⁹ A. COMTE, *Cours de philosophie positive*, Paris, Rouen Frères, 1830, p. 4-5.

¹⁸⁹⁰ F. SOUBIRAN-PAILLET, « Histoire du droit et sociologie : interrogations sur un vide disciplinaire », art. cit., p. 156.

substituer au fait interne qui nous échappe un fait extérieur qui le symbolise et étudier le premier à travers le second. Ce symbole visible, c'est le droit »¹⁸⁹¹. C'est dire si la frontière entre sociologues et juristes paraît mince... A ce propos, et comme le remarque Francine Soubiran-Paillet, « les positions de Duguit, un des plus illustres professeurs de droit au tournant du siècle sont symptomatiques »¹⁸⁹². Agrégé à seulement vingt-trois ans, il est nommé à Caen où il enseigne l'histoire du droit et côtoie Edmond Villey avec qui il crée, en 1887, la *Revue d'économie politique* ; une revue qui entend alors accueillir « toutes les études sur la science sociale, à la seule condition que ces études soient inspirées uniquement par l'esprit scientifique »¹⁸⁹³. De même Duguit milite-t-il pour l'introduction de la sociologie dans les facultés de droit lorsqu'il écrit en 1889 qu'à ces dernières et « à elles seules doit appartenir l'enseignement complet des sciences sociales ; leur véritable nom devrait être : Facultés des sciences sociales »¹⁸⁹⁴. En ce sens, il propose un séminaire de sociologie au second semestre de 1891 et reçoit régulièrement à son domicile Durkheim dont il reprend d'ailleurs les principaux schèmes de pensée afin d'établir sa propre théorie sur *L'Etat, le droit objectif et la loi positive* ; ouvrage en deux tomes parus respectivement en 1901 et 1903 qui fait prendre à sa carrière « une toute autre dimension »¹⁸⁹⁵. Comme le rappelle à très juste titre Marc Milet, « l'œuvre originale de Léon Duguit s'intègre dans le vaste mouvement de (re)fondation de la discipline juridique qui vise à se construire à la fin du XIX^e siècle en véritable "science" en opposition avec la méthode hypothético-déductive de la dogmatique juridique fondée pour l'essentiel sur l'exégèse des textes et de la jurisprudence. Il s'agit dorénavant d'appliquer au droit les méthodes empiriques issues des sciences sociales »¹⁸⁹⁶.

¹⁸⁹¹ E. DURKHEIM, *De la division du travail social*, Paris, Félix Alcan, 1893, p. 66 ; passage cité par F. SOUBIRAN-PAILLET, *loc. cit.*

¹⁸⁹² *Ibid.*, p. 158. L'essentiel des éléments biographiques qui vont suivre est tiré de M. MILET, V^o « Duguit », *Dictionnaire historique des juristes français...*, *op. cit.*, 1^{ère} éd., 2007, p. 271-273.

¹⁸⁹³ *Revue d'économie politique*, première année, 1887, p. 2. L'italique est de notre fait.

¹⁸⁹⁴ L. DUGUIT, « Le droit constitutionnel et la sociologie », *Revue Internationale de l'Enseignement*, 1889, p. 484.

¹⁸⁹⁵ M. MILET, V^o « Duguit », *Dictionnaire historique des juristes français...*, *op. cit.*, 1^{ère} éd., 2007, p. 272.

¹⁸⁹⁶ *Ibid.*, p. 272. Pour aller plus loin sur le parcours et l'œuvre de Duguit : *A la mémoire de Léon Duguit (1859-1928)*, Bordeaux, 1929 ; R. BONNARD, « Léon Duguit. Ses œuvres, sa doctrine », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, t. XLVI, janv.-mars 1929, p. 5-51 ; *Annales de la Faculté de droit et des sciences économiques de l'Université de Bordeaux*, n^o 3/4, 1959, p. 81-249 ; H. GOURDON, *La conception du pouvoir et du gouvernement chez Léon Duguit*, Thèse, Science politique, Bordeaux, 1971 ; E. PISIER-KOUCHNER, *Le service public dans la théorie de l'Etat de Léon Duguit*, Paris, LGDJ, 1972 ; P. RAYNAUD, « Léon Duguit et le droit naturel », t. IV, 1987, p. 169-180 ; C. DIDRY, « De l'Etat aux groupes professionnels. Les itinéraires croisés de Léon Duguit et Emile Durkheim au tournant du siècle (1880-1890) », *Génèses*, 2, 1990, p. 5-27 ; A. BOCKEL (dir.), *Léon Duguit et le service public aujourd'hui : actes du colloque d'Istanbul, 7 et 8 mai 1998*, Istanbul, Galatasaray Universitesi Yayinlari, 1999 ; L. FONBAUSTIER, « Une tentative de refondation du droit : l'apport ambigu de la sociologie à la pensée de Léon Duguit », *Revue française de droit administratif*, 2004, p. 1053 et s. ; L. DUGUIT, *Le pragmatisme juridique*, Paris, La Mémoire du Droit, 2008, présentation de S. GILBERT, p. 1 ; F. MELLERAY (dir.), *Autour de Léon Duguit. Colloque commémoratif du 150^{ème} anniversaire de la naissance du doyen Léon Duguit. Bordeaux, 29-30 mai 2009*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 81-114 ; D. ESPAGNO, *Léon DUGUIT : de la sociologie & du droit*, Le Mans, Ed. l'Epitoge, 2013.

Hauriou se présente également, avec Duguit, comme l'un des « pionniers d'une revitalisation du droit public par la science sociale et par le droit administratif [mais ils] ne tirent pas les mêmes conclusions des phénomènes qu'ils étudient »¹⁸⁹⁷. Né le 17 août 1856 à Ladiville (Charente), Maurice Hauriou, catholique pratiquant, grandit sous le Second Empire et sera profondément marqué par la défaite de 1870¹⁸⁹⁸. « Comme toute sa génération, il vivra désormais dans l'idée d'une nécessaire participation au *renouveau intellectuel* et moral qui permettra le retour de la vigueur française »¹⁸⁹⁹. Aussi suit-il des études secondaires brillantes au lycée d'Angoulême avant d'être licencié (1876) puis docteur (1879) en droit à la faculté de Bordeaux : il est alors un historien du droit aux bases solides et un romaniste avéré¹⁹⁰⁰. Après avoir échoué deux fois à l'agrégation en 1880 et 1881, Hauriou est finalement reçu à la première place en 1882. Il est alors nommé le 1^{er} janvier 1883 à la faculté de droit de Toulouse, chargé du cours d'histoire générale du droit. C'est durant ces années 1880 qu'il marque un intérêt très poussé pour la sociologie. Ce qu'il souhaite en effet, c'est « adopter une démarche scientifique reposant sur les faits et sur le souci pragmatique des effets pratiques des idées juridiques »¹⁹⁰¹ ; autrement dit, *élaborer une nouvelle science sociale*. Pour ce faire, Hauriou se rapproche de Gabriel Tarde (1843-1904) ; il lui rend notamment visite dans sa demeure familiale de Laroque-Gajeac, près de Sarlat, pendant l'été 1893¹⁹⁰². Dans *La science sociale traditionnelle* qu'il publie en 1896 et qu'il dédie à Tarde, « l'auteur se révèle par ce qu'il combat : l'Allemagne, le socialisme notamment, mais aussi par ce qu'il tente de concilier : "tandis que la science voit dans la société un organisme existant de lui même, heureux de vivre, ambitieux de diriger son propre développement, ces conclusions optimistes et quelque peu socialistes sont contredites par l'individualisme pessimiste de tous les dogmes traditionnels" »¹⁹⁰³. Mais en réalité, « *La science sociale traditionnelle* révèle un Hauriou plus historien que sociologue »¹⁹⁰⁴.

¹⁸⁹⁷ J.-M. BLANQUER, V° « Hauriou », *Dictionnaire historique des juristes français...*, op. cit., 1^{ère} éd., 2007, p. 397 ; dictionnaire duquel nous tirons l'essentiel des éléments biographiques qui vont suivre.

¹⁸⁹⁸ Sur le traumatisme de la défaite de 1870 chez les juristes français, cf. *supra.*, p. 282 et s.

¹⁸⁹⁹ J.-M. BLANQUER, V° « Hauriou », *Dictionnaire historique des juristes français...*, op. cit., 1^{ère} éd., 2007, p. 396. Nous soulignons.

¹⁹⁰⁰ Jean-Michel Blanquer rappelle en effet que la thèse de licence d'Hauriou s'intitule « Du terme en droit romain et en droit français » tandis que sa thèse de doctorat a pour titre « Etudes sur la *contradictio*. Des contrats à titre onéreux entre époux » (*Ibid.*, p. 396).

¹⁹⁰¹ *Ibid.*, p. 396.

¹⁹⁰² A ce propos, Tarde confiera à Worms qu'Hauriou lui « a plu par le goût *sauvageon* de ses idées » et ajoutera même : « Quoiqu'il boude la sociologie, il m'a paru en train de devenir sociologue » (cité par F. AUDREN, « Comment la science sociale vient aux juristes ? Les professeurs de droit lyonnais et les Traditions de la science sociale (1875-1935) », art. cit., p. 3). Le professeur toulousain s'opposera effectivement, en 1893, à l'introduction de la sociologie dans l'enseignement des Facultés de droit : M. HAURIOU, « Les Facultés de droit et la sociologie », *Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence*, 1893, p. 77-88.

¹⁹⁰³ J.-M. BLANQUER, V° « Hauriou », *Dictionnaire historique des juristes français...*, op. cit., 1^{ère} éd., 2007, p. 397.

¹⁹⁰⁴ *Ibid.*, p. 397. Pour aller plus loin sur le parcours et l'œuvre d'Hauriou : G. GURVITCH, « Les idées maîtresses de Maurice Hauriou », *Archives de philosophie du droit*, 1931, p. 155-194 ; L. SFEZ, *Essai sur la contribution du doyen Hauriou au droit administratif français*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1966 ; *La pensée du doyen Maurice Hauriou et son influence : Journées Hauriou, Toulouse, mars 1968*, Paris, A. Pédone,

De la sociologie, il en est aussi question chez Beudant¹⁹⁰⁵. Léon-Charles-Adolphe Beudant est né le 9 janvier 1829 à Fontenay-le-Fleury (Seine-et-Oise), d'un père professeur à la faculté des sciences, membre de l'Institut et célèbre minéralogiste. Charles fait son droit à Paris et est reçu docteur en 1852. Admis au premier concours national d'agrégation de droit, organisé en 1856, il est nommé à la faculté de droit de Toulouse l'année suivante, où il enseigne le droit commercial et le droit civil. En 1868, il retrouve Paris et est chargé, en tant que suppléant de Frédéric Durant (1818-1870), de l'un des cours de Code Napoléon. Titularisé en 1870, il est également un rédacteur assidu de la *Revue Wolowski*¹⁹⁰⁶ et de la *Revue pratique de droit français*¹⁹⁰⁷. De même, il collabore au recueil de Dalloz et en devient le titulaire. Membre du conseil municipal de Paris de 1871 et 1877, Beudant siège parmi les républicains modérés ; il en devient vice-président. Le 4 août 1875, il est nommé chevalier de la Légion d'honneur. A la faculté de droit de Paris, il exerce les fonctions de doyen de 1879 à 1887, participe aux réformes des programmes du doctorat et de l'agrégation, et s'oppose à l'enseignement des doctrines socialistes proposé par Emile Alglave (1842-1929 ?).

Le droit individuel et l'Etat, son plus célèbre ouvrage publié en 1891, est en effet « un plaidoyer en faveur des idées libérales destiné à contrer les progrès du "droit social". Beudant s'y attaque à la fois au socialisme, à l'interventionnisme étatique et à la sociologie »¹⁹⁰⁸. A ses yeux, la manière de raisonner de ceux qu'il appelle les « sociologistes » surprend, « elle paraît même quelque peu puérile »¹⁹⁰⁹. S'il reconnaît que « la Sociologie a un objet nettement défini, une méthode particulière, une donnée caractéristique qui lui sert de fondement », il remarque cependant qu'

« elle aboutit aux conclusions les plus diverses : ici, à la prédominance du point de vue social, là, à l'individualisme poussé à l'extrême, ailleurs au socialisme, ailleurs encore au panthéisme fataliste. [...] Maître et disciples, les disciples surtout, convaincus qu'ils lisent à livre ouvert dans le livre de la nature, vont disant qu'ils ont transformé les sciences morale et politiques, vouées avant eux à l'incertitude des

1969 ; E. MILLARD, « Hauriou et la théorie de l'institution », *Droit et société*, 1995, p. 381-411 ; M. HAURIOU, *Ecrits sociologiques*, préface de F. AUDREN et M. MILET, « Maurice Hauriou sociologue. Entre sociologie catholique et physique sociale », Paris, Dalloz, 2009 ; J.-A. MAZERES, « La théorie de l'institution de Maurice Hauriou ou l'oscillation entre l'instituant et l'institué », *Politique, communication et technologies. Mélanges en hommage à Lucien Sfez*, sous la dir. d'A. GRAS et P. MUSSO, Paris, PUF, 2006, p. 45 ; M. TOUZEIL-DIVINA, « Maurice HAURIOU, mystificateur ou Héros mythifié ? », *Miscellanées Maurice Hauriou*, sous la dir. de M. TOUZEIL-DIVINA, Le Mans, Ed. l'Epitoge, 2013, p. 83 et s.

¹⁹⁰⁵ Sur la biographie de Beudant que nous allons donner : G. VAPEREAU, V° « Beudant », *Dictionnaire universel des contemporains*, op. cit., p. 207 et J.-L. HALPERIN, V° « Beudant », *Dictionnaire historique des juristes français...*, op. cit., 1^{ère} éd., 2007, p. 82-83.

¹⁹⁰⁶ Sur cette revue, cf. *supra.*, p. 219 et s.

¹⁹⁰⁷ Sur cette autre revue, cf. *supra.*, p. 226 et s. Beudant y donne notamment un article sur la *Naturalisation* en 1855, les *Expertises médico-légales* en 1863 ou encore l'*Influence au civil de la chose jugée au criminel* en 1865.

¹⁹⁰⁸ J.-L. HALPERIN, V° « Beudant », *Dictionnaire historique des juristes français...*, op. cit., 1^{ère} éd., 2007, p. 82. Lire également : T. POUTHIER, *Droit naturel et droits individuels en France...*, op. cit., p. 444 et s.

¹⁹⁰⁹ C. BEUDANT, *Le droit individuel et l'Etat. Introduction à l'étude du droit*, Paris, Arthur Rousseau, 1891, p. 227-228.

vues individuelles, en une science positive et exacte ayant sur les questions sociales des solutions certaines ; et finalement le système s'éparpille en vues indéfiniment divergentes. Quelle déception ! »¹⁹¹⁰

Bien loin d'être des « hommes de progrès ; [les sociologues français] ne sont, qu'ils le sachent ou non, qu'ils en conviennent ou non, que des revenants du droit antique et des renégats de 89 »¹⁹¹¹. C'est qu'en effet, la sociologie, selon Beudant, « n'a rien fondé. Elle n'a ni créé une science inexplorée jusque là, ni introduit une méthode nouvelle ; aucune de ses données ni de ses applications ne lui est vraiment particulière. Ce qui lui appartient seulement sans conteste, c'est d'avoir fortifié l'autorité de la méthode d'observation, et d'avoir fait d'elle un des procédés désormais nécessaires de toute recherche scientifique »¹⁹¹². Aussi Beudant doute-t-il que l'avenir réserve à la sociologie plus de succès : « Comme système, elle ira se désagrégeant de plus en plus. Le but qu'elle s'est proposé est chimérique ; et sa méthode, quoique restant ce qu'il y a de moins contestable en elle, est entachée d'une équivoque qui explique ses inévitables divergences de vues »¹⁹¹³.

A vrai dire, à l'instar d'Hauriou, Beudant se présente avant tout, à travers son écrit, comme un *historien du droit* ; *Le droit individuel et l'Etat* n'étant pas autre chose, d'ailleurs, qu'un « cours élémentaire d'histoire des doctrines juridiques »¹⁹¹⁴. Il est vrai que « la méthode historique a souvent été invoquée par les "rénovateurs" de la science juridique française [...] ». L'histoire est alors sollicitée, face au défi posé au droit par la sociologie naissante. La concurrence entre juristes et sociologues [...] s'exerce particulièrement sur le terrain de l'histoire du droit »¹⁹¹⁵. En effet, « les historiens du droit ne ressentiront pas seulement les effets du conflit entre juristes et sociologues. Ils seront également sensibles aux différends sérieux qui opposent l'histoire et la sociologie, tant sur le terrain épistémologique que sur celui du partage du domaine d'étude »¹⁹¹⁶. Pour les sociologues¹⁹¹⁷, les historiens du droit nient la science sociale et ôtent par conséquent à leur approche tout caractère véritablement scientifique¹⁹¹⁸. Néanmoins, l'attitude des premiers reste ambiguë en ce qu'ils utilisent pourtant les données collectées par les historiens du droit. Seulement, les sociologues considèrent leurs travaux insuffisants, « puisqu'ils demandent l'application d'une nouvelle méthode, celle mise au point par la sociologie – le durkheimien Gaston Richard écrira en 1899 : "La sociologie est beaucoup moins une nouvelle science que l'application d'une

¹⁹¹⁰ *Ibid.*, p. 246.

¹⁹¹¹ *Ibid.*, p. 260.

¹⁹¹² *Ibid.*, p. 257.

¹⁹¹³ *Ibid.*, p. 247-248.

¹⁹¹⁴ J.-L. HALPERIN, *loc. cit.*

¹⁹¹⁵ F. AUDREN et J.-L. HALPERIN, « La science juridique entre politique et sciences humaines (XIX^e-XX^e siècles) », *Revue d'Histoire des Sciences Humaines*, n° 4, 2001/1, p. 3-7.

¹⁹¹⁶ F. SOUBIRAN-PAILLET, « Histoire du droit et sociologie : interrogations sur un vide disciplinaire », art. cit., p. 159.

¹⁹¹⁷ Pour un exemple : F. SIMIAND, « Méthode historique et science sociale. Etude critique d'après les ouvrages récents de M. Lacombe et de M. Seignobos », *Revue de synthèse historique*, 1903, p. 1-22.

¹⁹¹⁸ F. SOUBIRAN-PAILLET, « Histoire du droit et sociologie : interrogations sur un vide disciplinaire », art. cit., p. 160.

nouvelle méthode à quelques vieilles études" »¹⁹¹⁹. De leur côté, les historiens du droit – et plus généralement les juristes – peuvent faire « un *détour utile* par la science sociale »¹⁹²⁰. A propos des juristes universitaires lyonnais, Frédéric Audren note leur « remarquable intérêt suscité par la science sociale [...]. Que ces derniers puissent mettre légitimement cette science au service d'ambitions doctrinales (voire politiques) les plus diverses, parfois opposées, est un "lieu commun" qui traverse aussi bien la Faculté libre que la Faculté d'Etat. Tantôt synonyme d'économie sociale, de sociologie ou pire, de socialisme, la science sociale est, selon une expression d'Emmanuel Lévy, une "auberge où l'on trouve ce que l'on apporte". Mais grâce à cette pluralité remarquable, elle est justement un objet d'appropriation commune. De sorte que de très nombreux juristes reconnaissent la pertinence doctrinale d'un détour par la science sociale et considèrent qu'un tel "lieu commun" contribuent grandement à circonscrire l'originalité de leur Faculté »¹⁹²¹.

Un dernier nom doit ici être évoqué : celui de Gén^y¹⁹²². Né le 17 décembre 1861 à Baccarat, en Meurthe-et-Moselle, François Gén^y fréquente le collège jésuite Saint-Clément à Metz et obtient, à 17 ans, son baccalauréat à Nancy. C'est dans cette dernière ville qu'il débute ses études de droit : il obtient sa licence en 1882, passe l'année 1883-1884 en stage chez un avocat aux Conseils puis est reçu docteur en 1885. En 1887, il est admis au concours d'agrégation à la huitième et dernière place ; il est alors affecté à l'Ecole de droit d'Alger, en charge d'un cours complémentaire de droit français civil et pénal, puis est nommé professeur de droit romain le 12 avril 1889. L'année suivante, il obtient un poste à Dijon où il enseigne le droit civil tandis que Saleilles y dispense, depuis 1885, des cours d'histoire du droit français et de droit constitutionnel. D'ailleurs, le rapprochement entre ces deux juristes de renom n'aura de cesse de se poursuivre. Gén^y publie par exemple en 1897 ses premières pages relatives à l'interprétation dans la *Revue bourguignonne de l'enseignement supérieur* dont Saleilles est le secrétaire général¹⁹²³. Tous deux appartiennent, en outre, au groupe de traduction – en particulier du Code civil allemand – formé au sein du Comité de législation étrangère et dirigé depuis 1898 par Saleilles¹⁹²⁴. A ce propos, « on a souvent souligné, et Gén^y le tout premier, l'influence allemande sur sa pensée. De fait, une familiarité certaine avec la science du droit en Allemagne est évidente dans son œuvre, qui lui a permis d'y faire

¹⁹¹⁹ *Ibid.*, p. 161.

¹⁹²⁰ F. AUDREN, « Comment la science sociale vient aux juristes ? Les professeurs de droit lyonnais et les Traditions de la science sociale (1875-1935) », art. cit., p. 5-6.

¹⁹²¹ *Ibid.*, p. 48-49.

¹⁹²² Sur sa pensée, lire notamment : O. CACHARD, F.-X. LICARI et F. LORMANT (dir.), *La pensée de François Gén^y*, Paris, Dalloz, 2013.

¹⁹²³ F. GEN^y, « Essai critique sur la méthode d'interprétation juridique en vue d'une orientation nouvelle des études de droit privé », *Revue bourguignonne de l'enseignement supérieur*, t. VII, 1897, p. 307-362.

¹⁹²⁴ Sur ce point, cf. *supra.*, p. 333.

des emprunts très considérables [...]. La sensibilité à la pensée allemande sur le droit en tout cas ne fait pas de doute »¹⁹²⁵.

Ainsi épaulé par « son mentor et ami Raymond Saleilles [...] qui saura lui permettre de faire fi de ses scrupules intellectuels et de ses hésitations »¹⁹²⁶, stimulé par la pensée allemande de Rudolf von Ihering (1818-1892), Rudolf Stammler (1856-1938) mais aussi par la philosophie de Cousin¹⁹²⁷, Alfred Fouillée (1838-1912), Tarde, Durkheim, Maurice Blondel (1861-1949), Henri Poincaré (1854-1912) ou encore Henri Bergson (1859-1941), Gény s'attaque à ce qui deviendra pratiquement son unique sujet, « mais le plus large et le plus élevé qui soit pour un juriste : celui de la nature et de la méthode du droit positif »¹⁹²⁸. En octobre 1899, effectivement, « [il] ouvre le XX^e siècle avec un livre qui aura très vite un immense retentissement : *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif – Essai critique* »¹⁹²⁹. Comme le titre l'indique, deux temps marquent cette œuvre. Il s'agit tout d'abord de *détruire* la méthode « traditionnelle » d'interprétation du droit, celle qui privilégie l'analyse grammaticale du texte de la loi considérée comme complète, et de dénoncer ce fétichisme, cette fiction. A vrai dire, « le propos n'est pas complètement nouveau : ainsi que Gény le reconnaît lui-même, Labbé et Bufnoir l'avaient déjà tenu vingt ans auparavant pour justifier l'étude de la jurisprudence et ils n'avaient d'ailleurs fait qu'approfondir le sillon creusé par les tenants de l'école historique française peu après la promulgation du code civil. Mais le grand mérite de Gény est d'avoir rédigé *la* somme sur le sujet »¹⁹³⁰ ; en cela, « il fait figure de pionnier »¹⁹³¹. Ensuite, il s'agit pour Gény de *construire* une théorie des sources du droit, laquelle opère une distinction entre, d'une part, les « sources formelles » que sont la loi et la coutume, et d'autre part les « autorités » que représentent la jurisprudence et la doctrine. En d'autres termes, la loi occupe toujours chez Gény la place de premier plan ; à tel point d'ailleurs que l'auteur refuse à l'interprète le recours à l'analogie et à la volonté du législateur actuel, c'est-à-dire qu'« on torture les textes légaux »¹⁹³², pour adapter le droit aux exigences sociales. En cas de lacune législative, Gény invite en effet le juriste à demander d'abord au législateur une loi nouvelle¹⁹³³.

A ce stade, s'ouvre en réalité « le cœur de son œuvre qui est *le renouvellement de la méthode d'interprétation* »¹⁹³⁴ : en cas de silence de la loi (et du législateur), le juriste-interprète est alors libre « mais à la condition de faire œuvre *scientifique*. A cette fin, il

¹⁹²⁵ O. MOTTE, *Lettres inédites de juristes français du XIX^e siècle...*, op. cit., t. I, 1989, p. 753-754.

¹⁹²⁶ N. HAKIM, V^o « Gény », *Dictionnaire historique des juristes français...*, op. cit., 2^e éd., 2015, p. 471.

¹⁹²⁷ Par exemple, sur le droit naturel de Cousin : T. POUTHIER, *Droit naturel et droits individuels en France...*, op. cit., p. p. 69 et s.

¹⁹²⁸ O. MOTTE, *Lettres inédites de juristes français du XIX^e siècle...*, op. cit., t. I, 1989, p. 753.

¹⁹²⁹ P. JESTAZ et C. JAMIN, *La doctrine*, op. cit., p. 133.

¹⁹³⁰ *Ibid.*, p. 133-134.

¹⁹³¹ J.-L. HALPERIN, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, op. cit., p. 183.

¹⁹³² *Ibid.*, p. 183.

¹⁹³³ Pour aller plus loin sur ce thème: J. BOULAIRE, « Gény et le législateur », *Le renouveau de la doctrine française...*, op. cit., p. 69 et s.

¹⁹³⁴ N. HAKIM, *loc. cit.* L'italique est de notre fait.

devra "scruter... la nature individuelle et sociale de l'humanité", en usant de toutes les ressources qu'offrent les sciences morales et politiques : sociologie, économie politique, philosophie générale, éthique, psychologie, "droit public rationnel", etc. »¹⁹³⁵. La « libre recherche scientifique » était née, avec pour devise : « *Par le Code civil, mais au-delà du Code civil !* ». Désormais, « les civilistes vont pouvoir s'affranchir de ce code qui est encore à l'époque un monument. Et ils entraîneront rapidement les praticiens dans leur sillage [...]. A cette époque d'ailleurs, les tribunaux ont déjà donné quelques exemples d'un usage assez libre des textes et ces exemples frappent d'autant plus les esprits qu'ils ont trait au domaine réputé le moins mobile du droit civil, celui des obligations : admission de l'enrichissement sans cause, premières décisions sur l'abus des droits ou émergence de la responsabilité du fait des choses »¹⁹³⁶. Pour finir, même si la libre recherche scientifique n'a pas su convaincre totalement les membres de la doctrine privatiste¹⁹³⁷, il est en revanche certain que « les idées de Géný, qui allaient dans le sens d'une critique de l'exégèse et d'une aspiration à un droit en mouvement (selon un rythme modéré, par opposition à toute révolution de type socialiste), ont exercé une profonde influence en France et à l'étranger (notamment aux Etats-Unis) sur la conception du droit privé »¹⁹³⁸.

Que retenir finalement de ce mouvement global ? Hugues Fulchiron parle d'*engouement pour le droit comparé*. « Cet engouement était lié à la crise que le droit français traversait à l'époque. Face à un code civil qui paraissait dépassé, incapable d'appréhender les réalités sociales, économiques et politiques nouvelles, il était tentant d'aller puiser dans les droits étrangers des idées de réforme législative ou quelques grandes tendances évolutives que l'on pourrait proposer comme modèle au juge. Surtout, le rayonnement du nouveau Code civil allemand constituait un véritable défi pour les juristes français. Frappé dans son orgueil, la doctrine française était appelée à un sursaut »¹⁹³⁹. Un *sursaut* que devait également provoquer une double concurrence : celle des disciplines juridiques « naissantes » et celle des sciences sociales. Effectivement, « les auteurs qui participèrent à *la renaissance de la pensée juridique française* au tournant du XX^e siècle, ceux que nous considérons comme les grands "classiques", mobilisèrent à cette fin les jeunes sciences sociales, notamment la sociologie et

¹⁹³⁵ P. JESTAZ et C. JAMIN, *La doctrine, op. cit.*, p. 143. Sur la place du droit naturel et de l'histoire chez Géný : N. HAKIM, « Droit naturel et histoire chez François Géný », *Clio@Thémis* [en ligne], n° 9, 2015, disponible sur internet <www.cliothemis.com/Droit-naturel-et-histoire-chez>.

¹⁹³⁶ P. JESTAZ et C. JAMIN, *La doctrine, op. cit.*, 133-134. Cet écho pratique des réflexions de Géný doit cependant être nuancé : F. ROUVIERE, « Le droit à l'épreuve de la vulnérabilité », art. cit., p. 18.

¹⁹³⁷ « Dès l'origine, sa conception de la science du droit est critiquée soit parce qu'il y a une impossibilité de connaître la nature juridique des choses, soit parce que la réflexion théorique est suspecte d'être une vaine spéculation métaphysique artificielle qui masque les réels conflits d'intérêts. A ceci, on pourrait encore ajouter que la scientificité revendiquée par Géný n'est pas convaincante en raison même de son syncrétisme. Lui aussi succombe à la même obsession de définir l'objet d'étude qui doit permettre d'atteindre l'être même du droit. La méthode se réclame de données tellement hétérogènes (sociologie, économie, politique, métaphysique, épistémologie) qu'elle perd toute consistance propre » (*Ibid.*, p. 18).

¹⁹³⁸ J.-L. HALPERIN, *loc. cit.*

¹⁹³⁹ H. FULCHIRON, « Préface », *Le renouvellement des sciences sociales et juridiques...*, *op. cit.*, p. xv-xvi.

l'économie politique, afin de restaurer par le droit (mais un droit nourri de la connaissance du réel, un droit ancré dans la réalité sociale), l'harmonie sociale menacée par l'évolution économique, politique et sociale de leur temps »¹⁹⁴⁰. Ces grandes figures doctrinales françaises qui, dans les années 1880-1890, paraissent en avance sur leur temps (et leurs contemporains) et se trouvent plus ou moins directement à la manœuvre en 1900, sont autrement dit résolument tournées vers le droit comparé.

§2. Une génération tournée vers le droit comparé

Quel(s) mobile(s) pousse(nt) les instigateurs du *Congrès international de droit comparé* de 1900 à recourir à la comparaison juridique (A) ? Comment ces derniers conçoivent-ils le droit comparé avant la tenue de ce Congrès (B) et quelles sont alors leurs concrétisations dans ce domaine (C) ? Il nous faut revenir sur ces trois questions.

A. Les mobiles

A première vue, trois principaux mobiles animent les promoteurs du Congrès de Paris avant 1900. Le premier n'a rien de surprenant et correspond d'ailleurs parfaitement avec ce qui a déjà été dit de l'attitude des juristes d'après-guerre : il s'agit de la *rénovation du droit français*¹⁹⁴¹. Dans l'une de ses plus célèbres études comparatives, celle sur les faillites¹⁹⁴², Thaller – convaincu de « *la nécessité d'un progrès législatif* »¹⁹⁴³ en la matière – rappelle par exemple que, « de toutes les réformes dont les négociants souhaitent la réalisation à bref délai, il n'en est pas, suivant eux, qui ait un caractère d'urgence plus prononcé que celle de la législation des faillites »¹⁹⁴⁴. De la même manière, Saleilles livre en 1890 sa première grande étude comparative – *Essai d'une théorie générale de l'obligation d'après le projet de Code civil allemand* – afin, confie-t-il, de fournir « de nouveaux éléments d'interprétation pour certaines matières de notre Code civil que, sinon pour le texte, du moins pour la conception doctrinale, *tout le monde s'accorde à vouloir rajeunir* »¹⁹⁴⁵.

¹⁹⁴⁰ *Ibid.*, p. xiii. L'italique est de notre fait.

¹⁹⁴¹ Sur la comparaison au service de la rénovation du droit français, cf. *supra.*, p. 299 et s.

¹⁹⁴² E.-E. THALLER, *Des faillites en droit comparé, avec une étude sur le règlement des faillites en droit international*, Paris, Arthur Rousseau, 2 t., 1887. Il s'agit en fait d'un mémoire adressé à l'Académie des sciences morales et politiques, laquelle avait effectivement proposé au concours de thèses en droit de 1883 le sujet suivant : « Des réformes qui pourraient être introduites dans la législation des faillites en France, d'après l'examen comparé des législations étrangères ». L'étude de Thaller sera alors récompensée du Prix du Budget, en 1886.

¹⁹⁴³ *Ibid.*, p. iv. Nous soulignons.

¹⁹⁴⁴ *Ibid.*, p. 4.

¹⁹⁴⁵ R. SALEILLES, *Essai d'une théorie générale de l'obligation d'après le projet de Code civil allemand*, Paris, F. Pichon, 1890, p. viii. Nous soulignons.

Ailleurs, il écrit encore :

« Je n'imagine pas que la codification qui chez nous a rendu, non seulement sur le terrain de la pratique, mais sur celui du développement doctrinal, de si réels services à la science du droit français et, on peut le dire aussi, à la cause générale du progrès juridique, puisse devenir aujourd'hui un obstacle à la satisfaction des besoins qui se font jour dans tous les ordres d'idées, et pour lesquels certaines conceptions régnantes du commencement de ce siècle pourraient bien ne plus suffire »¹⁹⁴⁶.

Le deuxième mobile renvoie à l'*utilité pratique de la comparaison juridique* en ce sens que certaines études comparatives s'adressent plus spécialement aux praticiens. C'est en partie dans cet esprit que Thaller crée en 1887 ses *Annales de droit commercial français, étranger et international* qui deviennent, dix ans plus tard, les *Annales de droit commercial et industriel français, étranger et international* et dont il assure la direction pendant vingt-trois années. Selon le programme, il s'agit en effet de « saisir à leur passage les innovations marquantes et les accompagner d'appréciations critiques » c'est-à-dire de participer aux « *problèmes pratiques intéressant les tribunaux et le commerce* »¹⁹⁴⁷. Pour sa part, Saleilles rappelle dans son *Essai* de 1890 que

« c'est le mérite des études de droit comparé de fournir à cette marche du progrès juridique, les éléments d'observation qui lui sont indispensables. Il n'est pas une seule des conceptions scientifiques imaginées en France ou ailleurs, pas un seul des usages inspirés par la pratique du monde civilisé, qui ne puisse répondre à une intention possible des individus qui entrent en rapports d'affaires, et donner satisfaction, aujourd'hui ou plus tard, à un besoin de la vie juridique. C'est dans cet esprit que j'ai entrepris cette étude : [...] il m'a paru [...] qu'une synthèse un peu minutieuse des conceptions germaniques [...] ne serait pas inutile à ceux qui ne peuvent sans cesse recourir aux monographies spéciales, et pourrait peut-être trouver bon accueil auprès du public savant, et même des praticiens »¹⁹⁴⁸.

D'ailleurs, à la question de savoir comment Saleilles est devenu comparatiste, Jacques-Henri Robert répond :

« Une expression qu'utilisait abondamment Saleilles et qui, en son temps, constituait une nouveauté, décrit assez exactement l'aspect du droit qui l'intéressait le plus : c'est celle de "technique juridique". Le substantif est évidemment emprunté au langage de l'ingénieur qui s'en sert pour désigner les applications pratiques des sciences exactes. Il est transposé au droit pour affirmer que le juriste doit être utile à l'humanité comme l'est l'ingénieur qui fait des ponts et des chemins de fer. De cet utilitarisme, puisqu'il s'agit bien de cela, l'outil (la métaphore est fidèle) le plus efficace est justement le droit comparé »¹⁹⁴⁹.

Ainsi entendu, le droit comparé sert, d'après Saleilles, à « "marquer un choix, une orientation", qui ne se limite pas à la confection des lois (comme le pensait Bufnoir) mais s'étend à leur interprétation. [...] En ce sens, et même si le droit comparé interdit tout "fétichisme" des solutions nationales, celui-ci reste conçu comme *une science auxiliaire du*

¹⁹⁴⁶ R. SALEILLES, « De la cession des dettes », *Annales de droit commercial français, étranger et international*, t. IV, 1890, p. 39-40.

¹⁹⁴⁷ *Annales de droit commercial français, étranger et international*, t. I, 1886-1887, p. 2.

¹⁹⁴⁸ R. SALEILLES, *Essai d'une théorie générale de l'obligation...*, op. cit., p. vii-viii. Nous soulignons.

¹⁹⁴⁹ J.-H. ROBERT, « Saleilles et le comparatisme », *Revue d'Histoire des Facultés de Droit et de la science juridique*, n° 12, 1991, p. 145-146.

droit national, qui aide à son amélioration par voie législative ou interprétative »¹⁹⁵⁰. Autrement dit, à défaut de solution légale imposée, le juge a, selon Saleilles, le pouvoir d'interpréter les textes en ayant notamment recours au droit comparé. C'est le sens de sa célèbre devise : « *Au-delà du Code civil, mais par le Code civil !* » Un mot d'ordre que Saleilles lance en 1899 dans la préface d'un ouvrage qui devait lui aussi rester célèbre : la *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* de Gény¹⁹⁵¹.

Enfin, le troisième mobile concerne le *renouvellement méthodologique du droit*. Il s'agit plus particulièrement de mettre fin à la méthode exégétique, désormais considérée comme un obstacle à la constitution d'une science du droit, et de proposer – à l'opposé – des méthodes dites « véritablement scientifiques », dont celle de la comparaison juridique. *In fine*, le but visé par ces « rénovateurs comparatistes » est bien de *faciliter l'étude et l'enseignement du droit* ; lesquels se doivent d'être *scientifiques*. C'est ainsi qu'Esmein rédige en 1892 un « ouvrage [...] destiné à l'enseignement »¹⁹⁵², à savoir son *Cours élémentaire d'histoire du droit français*, « premier manuel moderne sur cette matière »¹⁹⁵³. De même, dans ses *Eléments de droit constitutionnel* qui paraissent en 1896¹⁹⁵⁴, il se propose de « composer un traité à la fois élémentaire et scientifique »¹⁹⁵⁵ avant de formuler un vœu, très significatif : « Puisse ce livre contribuer dans quelque mesure à rendre plus facile et plus utile, dans nos écoles et au dehors, l'étude du droit constitutionnel ! »¹⁹⁵⁶ Selon lui, « les matières de droit public, notamment le droit administratif et le droit constitutionnel, n'ont acquis le statut de "sciences véritables" qu'en étant "fécondées par l'histoire et le droit comparé" »¹⁹⁵⁷. Aussi cherche-t-il dans ses *Eléments*, d'une part, « à dégager et à construire la théorie juridique des institutions fondamentales et des règles supérieures qui, au XIX^e siècle,

¹⁹⁵⁰ D. DEROUSSIN, « Raymond Saleilles : le droit, la méthode et la postérité », *Raymond Saleilles et au-delà*, sous la dir. de F. AUDREN, C. CHENE, N. MATHEY et A. VERGNE, Paris, Dalloz, 2013, p. 182-183. L'italique est de notre fait.

¹⁹⁵¹ Sur cette œuvre et son auteur, cf. *infra.*, p. 443 et s.

¹⁹⁵² A. ESMEIN, *Cours élémentaire d'histoire du droit français à l'usage des étudiants de première année*, Paris, L. Larose & Forcel, 1892, p. v. Nous soulignons.

¹⁹⁵³ J.-L. HALPERIN, V^o « Esmein », *Dictionnaire historique des juristes français...*, *op. cit.*, 1^{ère} éd., 2007, p. 311. « Le but principal de cet enseignement, confie alors Esmein, me paraît être de dégager, par la méthode historique, la notion de l'Etat et ses attributs essentiels » (A. ESMEIN, *Cours élémentaire d'histoire du droit français...*, *op. cit.*, p. vi). Si, du reste, son exposition commence par « l'étude des institutions romaines, telles qu'on les constate en Gaule aux IV^e et V^e siècles » et s'arrête en 1788, c'est parce que, selon lui, « en histoire du droit on ne peut arriver à la vérité complète (en tant qu'elle est accessible) qu'en se restreignant dans l'espace et dans le temps et en descendant aux détails » (*Ibid.*, p. vii). Aussi projette-t-il dès ce moment de poursuivre ce cours d'histoire du droit tout d'abord par la publication d'*Eléments de droit constitutionnel*, dans lesquels il aura nécessairement l'occasion d'exposer les principes essentiels introduits dans le droit public par la Révolution, puis par un troisième ouvrage, une histoire élémentaire du droit public en France depuis la Révolution jusqu'à la chute du Second Empire.

¹⁹⁵⁴ Sur ces *Eléments de droit constitutionnel*, cf. *supra.*, p. 329 et s.

¹⁹⁵⁵ A. ESMEIN, *Eléments de droit constitutionnel...*, *op. cit.*, p. i. Nous soulignons.

¹⁹⁵⁶ *Ibid.*, p. ii. Nous soulignons.

¹⁹⁵⁷ J. BOUDON, « La méthode juridique selon Adhémar Esmein », *Le renouveau de la doctrine française...*, *op. cit.*, p. 275.

figurent nécessairement ou alternativement dans le droit constitutionnel des peuples libres de l'Occident »¹⁹⁵⁸ et, d'autre part, à « les éclairer par l'histoire et *par le droit comparé* »¹⁹⁵⁹.

Encore plus explicite peut-être est l'aveu de Thaller lorsqu'il écrit en 1898 : « *C'est de la méthode que j'ai eu souci avant toutes choses* »¹⁹⁶⁰. A travers son *Traité élémentaire de droit commercial*, qu'il réédite en 1900, Thaller entend effectivement proposer « autre chose [...], quelque chose [...] qui répond beaucoup plus exactement à la conception *universitaire* »¹⁹⁶¹ tandis que les ouvrages de ses prédécesseurs « sacrifient à l'*exégèse* »¹⁹⁶². Constatant, comme Esmein, « une reprise sérieuse du mouvement scientifique en fait de droit public »¹⁹⁶³ dans les Facultés, depuis quelques années, Thaller regrette alors que

« le droit privé s'avance d'un pas beaucoup plus lent. C'est qu'il se sent gêné, emprisonné dans la codification. La remarque en a été déjà faite : si l'on pouvait par enchantement abolir les Codes et leur souvenir, ou tout simplement jeter leurs articles aux quatre vents, sans les réunir entre eux, cela seul imprimerait aux personnes qui s'occupent du droit une puissante impulsion de méthode ; au plan artificiel du législateur, tout de raison pratique, elles auraient à substituer un plan logique : ce qui serait assurément préférable »¹⁹⁶⁴.

Aussi le but de son *Traité*, comme celui de son enseignement, est-il de « réagir contre ce que l'emploi de cette méthode [exégétique] a d'excessif. Elle a le défaut de ne pas communiquer à l'esprit des étudiants des échappées assez larges sur les pensées, sur la vie réelle, sur les besoins et les visées des hommes. Elle donne pour point de départ au droit la formule législative, alors que très certainement il y a dans le droit écrit des dispositions mortes, et à l'inverse dans le droit non écrit une masse considérable de dispositions »¹⁹⁶⁵. En d'autres termes, « [Thaller] s'inscrit dans le mouvement qui a conduit les civilistes de la fin du XIX^e siècle et du début du XX^e siècle à se présenter en opposition à l'"Ecole de l'Exégèse" pour mettre en relief les qualités de l'"Ecole scientifique" »¹⁹⁶⁶. Un point qu'il partage avec Lambert¹⁹⁶⁷.

¹⁹⁵⁸ A. ESMEIN, *Eléments de droit constitutionnel...*, *op. cit.*, p. i.

¹⁹⁵⁹ *Ibid.*, p. i. Nous soulignons.

¹⁹⁶⁰ E.-E. THALLER, *Traité élémentaire de droit commercial*, *op. cit.*, p. iii. L'italique est de notre fait.

¹⁹⁶¹ E.-E. THALLER, *Traité élémentaire de droit commercial à l'exclusion du droit maritime*, Paris, Arthur Rousseau, 2^e éd., 1900, p. iv.

¹⁹⁶² *Ibid.*, p. iv.

¹⁹⁶³ *Ibid.*, p. iv.

¹⁹⁶⁴ *Ibid.*, p. iv.

¹⁹⁶⁵ *Ibid.*, p. v.

¹⁹⁶⁶ F. GARNIER, « Edmond-Eugène Thaller (1851-1918) et les annales de droit commercial », *Le renouveau de la doctrine française...*, *op. cit.*, p. 164.

¹⁹⁶⁷ Sur ce dernier : *Introduction à l'étude du droit comparé. Recueil d'études en l'honneur d'Edouard Lambert*, Paris, Librairie de la société anonyme du recueil Sirey, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 3 vol., 1938 ; R. DAVID, *Le Droit Comparé. Droits d'hier, Droits de demain*, Paris, Economica, 1982 ; P. DUBOUCHET, « Roscoe Pound et Edouard Lambert, de Harvard à l'Institut de droit comparé de Lyon », *La pensée juridique avant et après le Code civil*, sous la dir. de P. DUBOUCHET, Lyon, L'Hermès, 1992, p. 15-34 ; E. SERVERIN, *De la jurisprudence en droit privé. Théorie d'une pratique*, Lyon, PUL, 1985 ; C. PETIT, « Absolutismo jurídico y derecho comparado. Metodo comparativo y sistema de fuentes en la obra de Edouard Lambert », *De la ilustración al liberalismo. Symposium en honor al professor Paolo Grossi*, sous la dir. de P. CAPPELINI, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1995, p. 121-137 ; C. JAMIN, « Le vieux rêve de Saleilles et Lambert revisité. A propos du centenaire du Congrès international de droit comparé de Paris », *Revue internationale de*

Né en 1866, Edouard Lambert est reçu premier, en 1896, au dernier concours unique d'agrégation des facultés de droit avant la spécialisation en plusieurs branches. Déjà, « Lambert décèle dans le système français ce qu'il appelle un "défaut d'assemblage" »¹⁹⁶⁸ : la division de l'agrégation en quatre sections – droit privé, droit public, histoire du droit, économie politique – constitue en effet, selon lui, un frein à l'interpénétration de ces disciplines.

« Mais, au-delà de ce cloisonnement dont Lambert constate qu'il n'est pas propre à la France, c'est surtout l'étroitesse dogmatique, tant des économistes prisonniers d'un catéchisme abstrait ou conquis par des méthodes purement quantitatives, que des juristes qui se limitent aux sources formelles du droit positif, qui est mise en exergue par l'éminent auteur. En se limitant aux sources législatives et jurisprudentielles, nos juristes prennent le risque de se couper des réalités sociologiques et économiques »¹⁹⁶⁹.

A cet égard, Lambert se réclame de la pensée de Ihering qui prétend « à un réalisme juridique fortement teinté de militantisme au fur et à mesure de sa rupture avec le courant savignycien, rupture induite par son adhésion à la sociologie juridique et ce malgré la dette de celle-ci à l'égard de l'école historique »¹⁹⁷⁰. Mais Lambert se montre également très proche de Saleilles « tant sur la critique de l'école exégétique que sur la fonction du droit comparé »¹⁹⁷¹. Surtout, l'on ne peut comprendre l'œuvre de Lambert sans avoir au préalable pris en considération celle de Gény. La première est tel, en effet, le prolongement de la seconde. A ce propos, Lambert s'exprimera sur le livre de Gény – *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* – à peine un an après la parution de celui-ci ; un « livre [...] destiné à marquer [...] une date essentielle dans l'histoire de la science du droit civil français » en ce qu'il marque « l'heure précise où commence le déclin d'une école de civilistes qui a régné chez nous sans

droit comparé, vol. 52, n° 4, oct.-sept. 2000, p. 733-751 ; C. PETIT, « Harvard en Lyon. Lecturas de Roscoe Pound en el Institut de Lambert », *Excerptiones juris*, 2000, p. 503-554 ; T. KIRAT, « Les théories de la jurisprudence de François Gény et Edouard Lambert et la *common law* : remarques sur la position de la *case-law method* par rapport à l'œuvre des deux juristes français », *François Gény, mythe et réalités. 1899-1999, centenaire de Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, essai critique, sous la dir. de C. THOMASSET, J. VANDERLINDEN et P. JESTAZ (dir.), Paris, Dalloz, 2001, p. 321-341 ; C. PETIT, « Lambert en la Tour Eiffel, o el derecho comparado de la Belle Epoque », *La comparazione giuridica tra Ottocento e Novecento. In memoria di Mario Rotondi*, sous la dir. d'A. PADOA-SCHIOPPA, Milan, Ist. Lombardo, 2001, p. 53-98 ; C. FILLON, « La Faculté de Droit lyonnaise et l'expansion universitaire sous la Troisième République : La Fondation de l'Ecole de droit de Beyrouth », *Le renouvellement des sciences sociales et juridiques...*, *op. cit.*, p. 303-331 ; T. KIRAT, « La méthode de jurisprudence comparative d'Edouard Lambert et son destin tragique », *Le renouvellement des sciences sociales et juridiques...*, *op. cit.*, p. 213-233 ; O. MORETEAU, « E. Lambert et l'enseignement du droit comme science sociale et comparative », *Le renouvellement des sciences sociales et juridiques...*, *op. cit.*, p. 193-212 ; B. GARDELLA TEDESCHI, « Edouard Lambert : le rôle du droit comparé dans l'unification du droit », *Le renouvellement des sciences sociales et juridiques...*, *op. cit.*, p. 235-249 ; S. CAPORAL, « Edouard Lambert, Théoricien de la Jurisprudence Sociologique », *Juridica*, vol. V, n° 1, 2009, p. 185-218.

¹⁹⁶⁸ O. MORETEAU, « E. Lambert et l'enseignement du droit comme science sociale et comparative », *art. cit.*, p. 205.

¹⁹⁶⁹ *Ibid.*, p. 205-206.

¹⁹⁷⁰ S. CAPORAL, « Edouard Lambert, Théoricien de la Jurisprudence Sociologique », *art. cit.*, p. 190.

¹⁹⁷¹ *Ibid.*, p. 190.

rivale pendant tout le cours du siècle ; [...] qui ne saurait désormais sortir de l'état de stérilité où elle est tombée, l'école des interprètes du Code civil »¹⁹⁷².

On le constate donc : les mobiles sont variés. Dans ces conditions, les instigateurs du Congrès de Paris usent-ils réellement de la comparaison juridique de façon uniforme ? Les conceptions du droit comparé ne diffèrent-elles pas plutôt d'un comparatiste à l'autre ? N'adoptent-ils pas une approche différente selon le but recherché ? La multiplicité et la diversité des mobiles posent à vrai dire la question d'une méthode comparative unique.

B. La méthode

Bien que la façon de comparer varie nécessairement d'une matière juridique à l'autre, il est tout de même possible de dégager, quant à la méthode comparative, une *idée commune* aux différents comparatistes qui seront à la manœuvre lors du *Congrès international de droit comparé* de 1900. Tout d'abord, tous parlent de « *méthode d'observation* ». A cet égard, l'influence des sciences s'appuyant justement sur l'observation des faits sociaux dans l'espace et dans le temps, telles que l'histoire ou la sociologie, même si elle est parfois combattue, est indéniable¹⁹⁷³. En effet, la comparaison consiste avant tout, pour ces jurisconsultes, en l'observation des lois, de la jurisprudence, des institutions, des mécanismes juridiques voire des conceptions doctrinales étrangers.

Tel est le cas de Thaller. « Sa démarche part de *l'observation* [notamment des lois et de la jurisprudence des autres pays] pour ensuite proposer une réflexion théorique permettant de dégager des principes généraux »¹⁹⁷⁴. « Je me suis attaché, écrit-il en ce sens dans son *Traité élémentaire de droit commercial* de 1898, à dégager les principes de chaque institution, avec la manière dont les institutions se combinent entre elles »¹⁹⁷⁵. Aussi Thaller s'intéresse-t-il de près à la sociologie, à l'histoire ou encore à l'économie politique.

¹⁹⁷² E. LAMBERT, « Une réforme nécessaire des études de droit civil », art. cit., p. 216. Lambert écrira plus loin : « L'argumentation présentée par les adeptes de l'école des interprètes du Code civil est vraiment trop facile à réfuter. Je leur répondrai : Oui, l'immobilisation que vous avez imposée au système juridique du Code civil eût été de nature à merveilleusement sauvegarder la sécurité des relations juridiques si, par le fait même de cette immobilisation, vous n'aviez condamné ce système à sortir de l'usage. Oui, votre méthode vous a permis d'élaborer tout un corps de doctrine qui protégerait très efficacement la sécurité des relations juridiques s'il régissait encore ces relations ; mais, par l'effet de cette même méthode, il a cessé de les régir. [...] Depuis près de cent ans que, vous abstenant de parti pris de tout contact avec la réalité, vous vous êtes enfermés dans l'étude de vos dispositions législatives, vous avez laissé se développer en dehors de votre action un système touffu et complexe de jurisprudence. C'est uniquement du fonctionnement de ce système, seul appliqué par les tribunaux, et non pas du fonctionnement du vôtre que dépend le plus ou moins de sécurité des relations juridiques » (*Ibid.*, p. 222-223).

¹⁹⁷³ Sur ce point, cf. *supra.*, p. 301 et s.

¹⁹⁷⁴ F. GARNIER, « Edmond-Eugène Thaller (1851-1918) et les annales de droit commercial », art. cit., p. 173. Nous soulignons.

¹⁹⁷⁵ E.-E. THALLER, *Traité élémentaire de droit commercial*, op. cit., 1898, p. iii.

A propos des *Principes de sociologie* d'Herbert Spencer (1820-1903), il confie par exemple dans ses *Annales* de 1892 : « Loin de voir dans la sociologie un instrument frondeur contre les formes variées du déisme, je serais plutôt porté quant à moi à dégager de ses leçons l'admission nécessaire dans les sociétés d'un élément supra-humain »¹⁹⁷⁶. Dans le même article, d'ailleurs significativement intitulé « De la place du commerce dans l'histoire générale et du droit commercial dans l'ensemble des sciences (méthode sociologique) », Thaller écrit encore :

« Nous cherchons, non à dresser de point en point les annales du droit commercial italien, français, anglais ou allemand, mais à connaître les pièces qui, primitivement isolées, ont, par leur emboîtement, servi à former ces droits français, etc., à posséder aussi, s'il est possible, le secret de facture de ces premiers matériaux, le pourquoi de leur construction séparée du reste du droit, les causes de la popularité de l'œuvre et celles aussi des suspensions qui, surtout en notre temps, viennent mettre en question la vitalité de ces éléments juridiques jadis et naguères si vantés »¹⁹⁷⁷.

En d'autres termes, Thaller opère effectivement « un lien entre la méthode d'observation et celle de construction juridique en soulignant l'importance du recours au passé. [...] Il est un des rares auteurs, avec P. Huvelin, R. Saleilles et J. Kohler (Professeur à l'université de Würzburg), à proposer une étude d'histoire du droit commercial dans les *Annales de droit commercial* »¹⁹⁷⁸. Enfin, le droit et l'économie politique sont pour lui « deux sciences qui ne peuvent plus désormais se désassocier »¹⁹⁷⁹. Aussi le moment lui semble-t-il venu de « renforcer chez les aspirants à la licence [en droit] les bases dogmatiques de l'économie politique »¹⁹⁸⁰.

Dans ses *Eléments de droit constitutionnel* de 1896, Esmein ramène quant à lui les institutions fondamentales et les règles supérieures des « peuples libres de l'Occident »¹⁹⁸¹ aux « deux sources uniques d'où elles dérivent et qui sont : d'un côté, la Constitution anglaise, et, d'autre part, la Révolution française et le mouvement d'idées qui l'a préparée »¹⁹⁸². De même rapproche-t-il, dans la seconde partie de son ouvrage, le droit constitutionnel de la République française, tel que l'ont fait les lois constitutionnelles de 1875, des Constitutions antérieures de la France mais aussi des Constitutions étrangères¹⁹⁸³. Par ailleurs, en cette même année 1896, Esmein saisit une autre occasion de préciser la « voie » dans laquelle il entend s'engager. Ayant épousé en 1880 Valérie Le Blant (1859-1945), la fille d'Edmond Le Blant (1818-1897), directeur de l'Ecole française de Rome, Esmein se lie aux universitaires républicains ; il est particulièrement proche de

¹⁹⁷⁶ E.-E. THALLER, « De la place du commerce dans l'histoire générale et du droit commercial dans l'ensemble des sciences (méthode sociologique) », *Annales de droit commercial français, étranger et international*, t. VI, 1892, p. 62.

¹⁹⁷⁷ *Ibid.*, p. 157.

¹⁹⁷⁸ F. GARNIER, « Edmond-Eugène Thaller (1851-1918) et les annales de droit commercial », art. cit., p. 168.

¹⁹⁷⁹ E.-E. THALLER, *Traité élémentaire de droit commercial*, op. cit., p. iv.

¹⁹⁸⁰ *Ibid.*, p. iv.

¹⁹⁸¹ Cf. *supra.*, p. 386.

¹⁹⁸² A. ESMEIN, *loc. cit.*

¹⁹⁸³ Sur la place du droit comparé dans cette œuvre, cf. *supra.*, p. 329 et s.

Louis Liard (1846-1917), alors directeur de l'enseignement supérieur, ainsi que d'Emile Combes (1835-1921), ministre de l'Instruction publique¹⁹⁸⁴. Sa nomination au Conseil supérieur de l'Instruction publique n'a donc rien de surprenant. Or, le 23 juillet 1896, Esmein présente à ce Conseil un rapport dans lequel il rappelle qu'« il existe deux méthodes également nécessaires » : « L'une aussi vieille que le droit lui-même procède par l'analyse abstraite et par la déduction : c'est la méthode dogmatique. L'autre est *une méthode d'observation* : elle procède par l'histoire du droit et par le droit comparé ; *elle est appelée à renouveler toutes les sciences juridiques* »¹⁹⁸⁵. Autrement dit, « Esmein tente [...] de sauver la méthode dogmatique, contestée par la sociologie triomphante, en l'isolant de l'exégèse ; il faut éviter toute contamination qui scellerait son sort »¹⁹⁸⁶. A ce propos, dans la préface au premier volume de *L'Année sociologique*, la revue fondée en 1896 par Durkheim¹⁹⁸⁷, Esmein livrera sa conception des rapports que tient l'histoire du droit avec la sociologie¹⁹⁸⁸. Pour lui,

« ils sont rares, même aujourd'hui, les historiens qui s'intéressent aux recherches des sociologues et sentent qu'elles les concernent. [...] Et cependant, l'histoire ne peut être une science que dans la mesure où elle explique, et l'on ne peut expliquer qu'*en comparant*. [...] Or, dès qu'elle compare, l'histoire devient indistincte de la sociologie. D'un autre côté, non seulement la sociologie ne peut se passer de l'histoire, mais elle a même besoin d'historiens qui soient en même temps des sociologues. [...] Ainsi, bien loin qu'elles soient en antagonisme, ces deux disciplines tendent naturellement l'une vers l'autre, et tout fait prévoir qu'elles sont appelées à se confondre en une discipline commune où les éléments de l'une et de l'autre se retrouveront combinés et unifiés »¹⁹⁸⁹.

Il ajoutera même en note :

« Tout ce qui précède pourrait s'appliquer à la statistique, soit économique soit morale, qui, elle aussi, *n'est instructive qu'à condition d'être comparée*. Si nous parlons plus spécialement de l'histoire, c'est que, dans l'état actuel des choses, elle est la source principale de l'investigation sociologique et que, d'ailleurs, elle résiste plus particulièrement à *l'emploi de la méthode comparative* »¹⁹⁹⁰.

En résumé, « [Esmein] est convaincu que la méthode dogmatique, "toujours légitime", fait l'originalité du juriste. Mais il se garde de toute tentation rétrograde : il faut accueillir les méthodes et disciplines nouvelles ; il faut tenir compte des apports de la sociologie, de l'histoire du droit et du droit comparé »¹⁹⁹¹. Pour le dire autrement, Esmein est à la recherche d'« une voie médiane qui lui impose, d'un côté, de souligner les insuffisances de "l'exégèse", associé, à tort ou à raison, à la méthode dogmatique, de l'autre, de ne pas accorder un crédit entier à la "sociologie". D'où les deux propositions suivantes : le droit "ne consiste pas seulement dans l'exégèse des textes et dans la dialectique juridique" (rapport du

¹⁹⁸⁴ J. BOUDON, « Une doctrine juridique au service de la République ? La figure d'Adhémar Esmein », *Historia et ius* [en ligne], n° 2, 2012, p. 9, disponible sur internet <www.historiaetius.eu>.

¹⁹⁸⁵ Cité par Julien Boudon : J. BOUDON, « La méthode juridique selon Adhémar Esmein », art. cit., p. 275. Nous soulignons.

¹⁹⁸⁶ *Ibid.*, p. 275.

¹⁹⁸⁷ La préface d'Esmein est rédigée en 1897 ; le premier numéro de *L'Année sociologique* paraît en 1898.

¹⁹⁸⁸ A. CHOPPLET, *Adhémar Esmein et le droit constitutionnel de la liberté*, op. cit., p. 113 et s.

¹⁹⁸⁹ A. ESMEIN, « Préface », *L'Année sociologique*, 1898, p. ii-iii. L'italique est de notre fait.

¹⁹⁹⁰ *Ibid.*, p. iv. L'italique est de notre fait.

¹⁹⁹¹ J. BOUDON, « La méthode juridique selon Adhémar Esmein », art. cit., p. 276.

23 juillet 1896) ; le droit (constitutionnel) "ainsi entendu n'est pas la sociologie" (*Eléments de droit constitutionnel*) »¹⁹⁹².

Saleilles adopte une approche similaire. Pour lui¹⁹⁹³, « l'histoire est [...] le meilleur guide pour comprendre l'évolution et la sociologie des phénomènes juridiques, une "force créatrice" au service d'une interprétation souple des textes qui tienne compte du contexte actuel »¹⁹⁹⁴. Or, « où trouvera-t-on des observateurs assez consciencieux et savants pour analyser les faits sociaux en des espaces étendus et pour en déduire les règles objectivement les plus désirables ? Saleilles le sait : dans les Facultés de droit renouvelées, là où l'enseignement juridique serait enrichi par celui de la sociologie »¹⁹⁹⁵. En effet, le droit et l'histoire sont, d'après lui, les deux éléments de la sociologie : « les positions de Saleilles sur la sociologie, inspirées de Spencer et de Tarde, sont plus proches de celles de Fustel de Coulanges que de Durkheim, qu'il paraît avoir ignoré »¹⁹⁹⁶. Dans *L'individualisation de la peine* qu'il publie en 1898, non seulement Saleilles adresse « la plus vive et la plus respectueuse reconnaissance »¹⁹⁹⁷ à Tarde, qui préface son livre, mais il rend également hommage à son beau-père Bufnoir qui,

« par la maîtrise de son enseignement [...] a surtout fondé *une méthode, une méthode d'interprétation*, à coup sûr très prudente et très sage, mais très assouplie, très nuancée, *susceptible de se plier le plus possible aux besoins de la pratique et aux nécessités sociales*. Une méthode de ce genre est un instrument d'application absolument général. Elle ne se cantonne pas dans la sphère du droit civil ; elle rayonne et trouve son développement plus complet si je puis dire, plus élargi encore, partout où les besoins sociaux se font plus visiblement sentir sous l'abstraction des formules juridiques ; et c'est le cas du droit criminel. Comme toutes les parties du domaine du droit, plus peut-être que toute autre, le droit pénal doit beaucoup à tous ceux, à quelque branche qu'ils appartiennent, qui ont eu en vue *la conception d'une méthode d'interprétation nouvelle* »¹⁹⁹⁸.

Du reste, ce n'est certainement pas un hasard si Saleilles donne en 1892 « un aperçu du courant qui tend à substituer à l'ancienne méthode d'interprétation dogmatique tout un *système nouveau fondé sur l'observation des faits concrets* et la considération du but et des

¹⁹⁹² *Ibid.*, p. 275.

¹⁹⁹³ Consulter notamment : R. SALEILLES, « Quelques mots sur le rôle de la méthode historique dans l'enseignement du droit », *Revue internationale de l'enseignement*, t. XIX, 1890, p. 482-503.

¹⁹⁹⁴ J.-L. HALPERIN, V° « Saleilles », *Dictionnaire historique des juristes français...*, op. cit., 1^{ère} éd., 2007, p. 695. Parmi les œuvres que Saleilles publia en tant qu'historien du droit : R. SALEILLES, *De la possession des meubles en droit romain*, Paris, Alphonse Derenne, 1883 ; R. SALEILLES, « Le domaine public à Rome et son application en matière artistique », *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, t. XII, 1888, p. 497-575 et t. XIII, 1889, p. 457-514 ; R. SALEILLES, « Du rôle des scabins et des notables dans les tribunaux carolingiens », *Revue historique*, t. XL, 1889, p. 286-304 ; R. SALEILLES, « De l'établissement des burgundes sur les domaines des gallo-romains », *Revue bourguignonne de l'enseignement supérieur*, t. I, 1891, p. 43-103 et 345-407 ; R. SALEILLES, « La controversia possessionis et la vis ex conventu à propos de l'interdit uti possidetis », *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, t. XVI, 1892, p. 245-313 ; R. SALEILLES, « Etude sur l'histoire des sociétés en commandite », *Annales de droit commercial*, t. IX, 1895, p. 10-26, 49-63 et t. XI, 1897, p. 29-49.

¹⁹⁹⁵ J.-H. ROBERT, « Saleilles et le comparatisme », art. cit., p. 148-149.

¹⁹⁹⁶ J.-L. HALPERIN, *loc. cit.*

¹⁹⁹⁷ R. SALEILLES, *L'individualisation de la peine. Etude de criminalité sociale*, Paris, Librairie Félix Alcan, 3^e éd., 1927, p. 3 (cette troisième édition reproduit l'introduction rédigée par Saleilles le 11 mars 1898).

¹⁹⁹⁸ *Ibid.*, p. 2. L'italique est de notre fait.

conséquences pratiques »¹⁹⁹⁹, demandant d'ailleurs « d'en étendre l'application à tous les domaines juridiques »²⁰⁰⁰. Surtout, Saleilles donne quelques précisions sur « sa » *méthode comparative* au fur et à mesure de ces publications concernant la législation civile allemande. Dans son « Etude sur les sources de l'obligation dans le projet de code civil pour l'empire d'Allemagne » qu'il livre en 1889 à la *Société de législation comparée*, il confie par exemple :

« Nous n'avons pas eu l'intention [de] donner ici un exposé critique ; nous avons voulu simplement présenter dans un ordre logique et suffisamment déductif les principales théories adoptées, pensant qu'il pouvait ressortir de cette étude de droit comparé quelques aperçus juridiques qui ne fussent pas inutiles au point de vue même de l'interprétation et du développement de notre droit français »²⁰⁰¹.

De même, concernant « La théorie générale des obligations dans la seconde rédaction du projet de code civil pour l'empire d'Allemagne », Saleilles rappelle que

« il y a tout profit pour tout le monde juridique, à l'étranger tout autant qu'en Allemagne, à connaître les raisons des modifications apportées à l'œuvre initiale : or, *il n'y a qu'une façon de faire*, à ce point de vue, quelque chose de vraiment utile, *c'est de fournir une étude exégétique du nouveau Projet*, en indiquant pour chaque article les changements adoptés et les motifs à l'appui. Ce travail est d'ailleurs rendu facile par différentes études qui ont déjà été publiées en Allemagne sur ce même plan et qui se sont inspirées des procès-verbaux officiels de la commission de rédaction. Je ne puis donc avoir d'autre ambition que de les reproduire, puisque c'est là seulement que nous pouvons trouver l'explication des changements adoptés »²⁰⁰².

Et Saleilles de citer alors en particulier « les études de MM. Jecklin et Greiff, parues dans les *Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts* ; de M. Greiff, également dans les *Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik* ; de M. Grützmann, dans le *Sächsisches Archiv für Bürgerliches Recht und Process* ; de M. le professeur Hölder, dans l'*Archiv für die civilistische Praxis*. Enfin, [...] l'œuvre indispensable de M. le conseiller Reatz, *Die zweite Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich unter Gegenüberstellung der ersten Lesung*, dans laquelle les textes des deux Projets sont reproduits en regard, avec notes explicatives pour les plus importantes modifications »²⁰⁰³. Mais alors, la comparaison n'est-elle pas réduite, dans ce cas, à la seule observation ; à l'exclusion de tout avis critique ? A lire Saleilles, on serait tenté de le croire : « *Nous ne sommes que des observateurs attentifs et bienveillants* ; et c'est un service à rendre à tous ceux qui s'occupent

¹⁹⁹⁹ R. SALEILLES, « Les théories allemandes sur les droits qui, au cas de contrat synallagmatique, appartiennent à la partie poursuivie en paiement, lorsque son adversaire, de son côté, n'exécute pas ses engagements (Exception de refus de paiement pour inexécution ou exception non adimpleti contractus) », *Annales de droit commercial français, étranger et international*, t. VI, 1892, p. 296. Nous soulignons.

²⁰⁰⁰ *Ibid.*, p. 296.

²⁰⁰¹ R. SALEILLES, « Etude sur les sources de l'obligation dans le projet de code civil pour l'empire d'Allemagne », *Bulletin de la Société de législation comparée*, t. XVIII, 1888-1889, p. 670. L'italique est de notre fait.

²⁰⁰² R. SALEILLES, « Etude sur la théorie générale des obligations dans la seconde rédaction du projet de Code civil pour l'Empire d'Allemagne », *Bulletin de la Société de législation comparée*, t. XXIV, 1894-1895, p. 722. Nous soulignons.

²⁰⁰³ *Ibid.*, p. 722.

d'études juridiques que d'*exposer simplement et sans autre prétention* le monde d'idées qui aura été remué à propos du travail considérable dont notre époque se trouve être le témoin »²⁰⁰⁴. Néanmoins, le comparatiste avait déjà eu l'occasion de s'exprimer sur le travail du codificateur allemand : « Peut-être qu'après avoir admiré la merveilleuse puissance d'analyse de nos voisins, nous en reviendrons à nous féliciter plus encore de la clarté et de la netteté de notre Code civil. Une législation n'est pas affaire de doctrine, mais doit être un résumé précis et, nous oserions presque dire sommaire, d'usages et de principes coutumiers »²⁰⁰⁵.

Egalement convaincu que la méthode des exégètes est fondée sur « la négation de la plus certaine des lois sociologiques »²⁰⁰⁶, à savoir l'évolution continue des institutions juridiques, Lambert accepte de son côté les conclusions générales de Géný mais sent cependant le « besoin de faire une réserve »²⁰⁰⁷. Ainsi ne comprend-il pas que « M. Géný se refuse à mettre la jurisprudence moderne prise en soi et quelque ferme qu'elle puisse être, au rang des sources formelles du droit »²⁰⁰⁸ alors que, selon lui, « une besogne plus urgente nous incombe : c'est de *faire reconnaître au droit civil son véritable caractère de science d'observation*, de lui restituer son objet réel ; le système juridique complexe et mobile de l'heure présente. Abandonnons l'étude, trop bornée dans ses horizons, du Code civil et des lois complémentaires, et entreprenons l'étude autrement féconde de la jurisprudence ; mais sans nous dissimuler que ce nouvel objet de nos travaux n'échappe point à la loi de perpétuelle évolution »²⁰⁰⁹. A propos de la libre recherche scientifique, suivant laquelle « l'interprète devra se préoccuper dans la mise en œuvre du droit de l'organisation morale et religieuse, de l'organisation politique et sociale, de l'organisation économique du pays »²⁰¹⁰, Lambert rappelle de surcroît que

« chacun de nous apprécie [ces éléments] d'une manière très différente selon ses croyances, ses passions ou [...] ses intérêts. Aux bases anciennes de l'interprétation M. Géný substitue les opinions variables de l'interprète sur l'ensemble des problèmes sociaux. Quant à ces sciences, la plupart à l'état embryonnaire, sociologie, psychologie collective sociale, droit public rationnel, et même économie politique que M. Géný nous offre comme des directions subsidiaires, sont-elles dès aujourd'hui parvenues à des conclusions assez précises pour remédier à la diversité des opinions individuelles sur les questions brûlantes soulevées par le jeu de la vie sociale ? Non, certainement. L'interprète se trouve livré à toutes les fantaisies de sa raison individuelle. Je rejette donc la méthode proposée par M. Géný pour deux raisons ; parce qu'elle ne remédie pas suffisamment aux vices de la méthode traditionnelle ; parce qu'elle sacrifie trop la sécurité des relations juridiques »²⁰¹¹.

²⁰⁰⁴ *Ibid.*, p. 723. Nous soulignons.

²⁰⁰⁵ R. SALEILLES, « Etude sur les sources de l'obligation dans le projet de code civil pour l'empire d'Allemagne », art. cit., p. 670.

²⁰⁰⁶ E. LAMBERT, « Une réforme nécessaire des études de droit civil », art. cit., p. 217.

²⁰⁰⁷ *Ibid.*, p. 227.

²⁰⁰⁸ *Ibid.*, p. 233.

²⁰⁰⁹ *Ibid.*, p. 238. Nous soulignons.

²⁰¹⁰ *Ibid.*, p. 236.

²⁰¹¹ *Ibid.*, p. 236-237.

Dès lors, que propose Lambert ? « Interpréter au lieu du Code civil le système juridique de l'heure présente »²⁰¹² c'est-à-dire celui que les tribunaux mettent en mouvement. Et « où trouverons-nous les directions, les points d'appui indispensables pour pouvoir guider ainsi la marche de la jurisprudence ? Dans la science du *droit civil comparé* ou du *droit commun législatif* »²⁰¹³. Il appartient en effet à la doctrine, non seulement de diriger la jurisprudence « dans son travail continu d'accommodation des législations positives aux changements survenus dans les mœurs et dans les conditions économiques »²⁰¹⁴, mais surtout de « provoquer la pénétration réciproque des droits positifs ; diminuer constamment le nombre des territoires distincts d'application du droit, des diversités entre les jurisprudences internes »²⁰¹⁵. De quoi s'agit-il ?

« Nous devons désormais diriger nos efforts vers un rapprochement entre notre législation et les législations parentes, c'est-à-dire celles qui sont arrivées à peu près au même degré d'élaboration scientifique que la nôtre, et régissent des peuples parvenus au même stade de développement social et économique que nous »²⁰¹⁶.

En somme, Lambert – comme Thaller, Esmein, Saleilles ou Gény – propose lui aussi une méthode ou un enseignement *scientifique* « car il s'ouvre très largement à la pénétration d'autres sciences et tout particulièrement des sciences économiques et de l'histoire du droit privé »²⁰¹⁷. En effet, « même si sa [...] notoriété vient avant tout de son influence en droit comparé, l'histoire du droit reste toujours l'un de ses centres d'intérêt. [...] La connaissance de l'histoire représente, pour lui, un moyen nécessaire pour mieux comprendre le droit des autres »²⁰¹⁸. D'ailleurs, Lambert est attaché comme agrégé à la faculté de droit de Lyon dès 1896 ; il y assure les cours d'histoire du droit français et est titularisé en 1900 sur la chaire du

²⁰¹² *Ibid.*, p.240.

²⁰¹³ *Ibid.*, p.240.

²⁰¹⁴ *Ibid.*, p.240.

²⁰¹⁵ *Ibid.*, p.240. Lambert rappelle que cette « seconde et plus importante mission sociale » de la doctrine a été « de tous temps » (*Ibid.*, p.240). Ainsi évoque-t-il « le mouvement doctrinal qui a suivi chez nous la rédaction officielle des coutumes provinciales au XVI^e siècle. Nos anciens auteurs ont été amenés à comparer entre elles ces coutumes rédigées dont la connaissance devenait désormais plus facilement accessible ; à dégager leurs tendances communes, à mettre en lumière leurs ressemblances et leurs diversités. Ils sont parvenus à faire sortir de ce travail de comparaison tout un système de *droit commun coutumier* ».

²⁰¹⁶ *Ibid.*, p.241. Selon Lambert, en effet, « l'heure est aujourd'hui propice pour entreprendre cette œuvre. Elle est favorisée en effet par le phénomène d'unification plus ou moins complète des droits civils nationaux qui s'est opéré pendant ce siècle dans les principaux pays latins et germaniques. Presque tous nos voisins seront bientôt dotés de codes civils. L'Allemagne vient de s'en donner un en 1896 ; la Suisse se prépare à suivre son exemple. Seule l'Angleterre demeure rebelle à ce mouvement de codification. [...] Mais, sauf cette exception, la comparaison de notre code civil et des codes plus récents nous révèle de multiples similitudes entre notre législation et celle des pays voisins. Les divergences ne sont guère plus nombreuses et plus profondes entre les codes européens du XIX^e siècle qu'elles ne l'étaient entre nos coutumes rédigées du XVI^e siècle. Pourquoi dès lors la codification contemporaine ne serait-elle pas le point de départ d'un travail de pénétration réciproque des principales législations européennes, comparable à celui que la rédaction officielle avait provoqué entre nos anciennes coutumes ? Pourquoi ne dégagerions-nous pas de la comparaison des divers droits civils, un *droit commun législatif*, de même que nos anciens auteurs avaient tiré du rapprochement de leurs coutumes, un *droit commun coutumier* ? » (*Ibid.*, p.241).

²⁰¹⁷ *Ibid.*, p.243.

²⁰¹⁸ N. DOCKES-LALLEMENT, V^o « Lambert », *Dictionnaire historique des juristes français...*, op. cit., 1^{ère} éd., 2007, p. 458.

même nom²⁰¹⁹. C'est en outre au cours de cette même année que Saleilles devait véritablement susciter l'intérêt de Lambert pour le droit comparé en lui confiant la charge d'élaborer le rapport général sur deux questions mises à l'ordre du jour du *Congrès international de droit comparé*²⁰²⁰.

Dans leur recherche d'une méthode d'observation à appliquer aux phénomènes juridiques, les promoteurs du Congrès de Paris se rejoignent ainsi pour désigner la comparaison comme la méthode scientifique idéale, laquelle se voit éventuellement accompagnée d'autres sciences telles que l'histoire, la sociologie ou l'économie politique. Mais ces juristes ne se sont pas contentés d'une réflexion théorique ni d'une simple description de leur méthode comparative ; ils en ont fait un usage concret.

C. Les concrétisations

A l'image des mobiles qui poussent les jurisconsultes français de l'extrême fin du XIX^e siècle à comparer, les concrétisations varient d'un comparatiste à l'autre. Globalement, il s'agit tantôt d'un enseignement d'une matière de droit comparé, tantôt de la création d'une revue faisant la promotion d'études comparatives ou tantôt de la publication d'un ouvrage (ou d'un article) particulièrement ouvert aux droits étrangers. Prenons Thaller et Saleilles comme exemples.

Alors qu'il termine deuxième au concours d'agrégation qui débute le 15 avril 1877, Thaller est institué agrégé des Facultés de droit par arrêté le 9 juillet suivant et est nommé à la faculté de droit de Lyon, créée deux ans plus tôt²⁰²¹, où il enseigne le droit commercial ainsi que, pour les années 1891-1892 et 1892-1893, *le premier cours de droit commercial comparé introduit dans le programme de licence*. De même, soutenu financièrement par la ville de Lyon, il se charge du *cours municipal de législation commerciale comparée* de 1878 à 1892. Dans son rapport de 1882, le recteur de Lyon considère déjà Thaller comme un « professeur hors ligne » et remarque qu'« il ne monte jamais en chaire sans avoir vérifié l'état des législations étrangères sur les questions de droit comparé qui se rencontrent sur sa route et

²⁰¹⁹ Olivier Moréteau fait alors remarquer à ce propos que, « ouvert à l'histoire comparative, Lambert donna une valeur supplémentaire à son enseignement en le transposant à l'époque actuelle et en l'élargissant à d'autres pays. Par sa biographie et par son œuvre, il montra qu'il est tout naturel qu'un historien devienne comparatiste, de même qu'il est indispensable que le comparatiste soit formé aux méthodes de l'histoire. Le fait que Lambert ait un temps distingué l'histoire comparative de la législation comparée n'est que le signe d'un tâtonnement, le témoignage de son époque. Il sut fédérer les deux dans son œuvre » (O. MORETEAU, « E. Lambert et l'enseignement du droit comme science sociale et comparative », art. cit., p. 195).

²⁰²⁰ T. KIRAT, « La méthode de jurisprudence comparative d'Edouard Lambert et son destin tragique », art. cit., p. 214.

²⁰²¹ Sur cette création : N. DOCKES-LALLEMENT, « La fondation de la Faculté de droit de Lyon », *La Faculté de droit de Lyon. 130 ans d'histoire*, sous la dir. d'H. FULCHIRON, Lyon, Editions Lyonnaises d'Art et d'Histoire, 2005, p. 51.

cette vérification est pleine de difficultés »²⁰²². A vrai dire, cet intérêt pour les lois étrangères ne se démentira jamais. En 1888, un autre rapport note par exemple que l'enseignement de Thaller est « remarquable surtout par l'habileté avec laquelle il met en relief les principes du droit commercial en les dégagant des innombrables détails de la pratique et par le soin qu'il prend d'utiliser les législations étrangères »²⁰²³. Au cours de cette même décennie 1880, le professeur lyonnais est nommé Officier d'Académie (1883) et Officier de l'Instruction publique (1888). Secrétaire de la *Société des Amis de l'Université lyonnaise* de 1891 à 1894, dont le *Bulletin* est d'ailleurs publié sous sa direction, Thaller est visiblement apprécié de ses collègues qui le présentent, en 1893, comme « l'un des maîtres les plus distingués du droit commercial. Sa réputation est bien établie sur ce point parmi ses collègues des autres Facultés, qui voient même en lui le candidat le plus autorisé pour la Chaire de droit commercial qui sera prochainement vacante à Paris. Seul ou presque il a réussi dans l'enseignement du droit commercial comparé »²⁰²⁴. Thaller est effectivement appelé à Paris tout en étant nommé professeur honoraire à la Faculté de Lyon par arrêté du 18 décembre 1893. Occupant la chaire parisienne de droit commercial²⁰²⁵, il enseigne également la *législation commerciale et maritime comparée* à l'Ecole libre des sciences politiques.

Au même moment, Thaller propose la création des *Annales de droit commercial français, étranger et international*. Formellement, la revue se divise en plusieurs rubriques (Droit français ; Législation internationale ; Variétés ; Chroniques de législation, de doctrine et de jurisprudence ; Nouvelles et informations ; Bulletin de l'étranger ; Bibliographie) et Thaller en est « sans conteste le premier contributeur »²⁰²⁶. Pour le premier tome paru en 1887, il s'entoure de 42 personnalités françaises – dont 30 universitaires et 12 magistrats et avocats²⁰²⁷ – et de 21 collaborateurs étrangers : ils sont allemands (tel Levin Goldschmidt, 1828-1897), autrichiens, portugais, espagnols, italiens (Vidari), anglais, américains, hollandais, suisses, belges (Maurice Vauthier, 1860-1931) ou encore luxembourgeois. A partir de 1892, le comité de rédaction de la revue est composé de Saleilles, Paul Fauchille (1858-1926)²⁰²⁸, Paul-Albert Wahl (1863-1941)²⁰²⁹ et de Paul Pic (1862-1944). En 1897, Henri-Léon Lévy-Ullmann (1870-1947) rejoint ce comité et occupe la fonction de secrétaire de la rédaction avant d'en

²⁰²² Cité par F. GARNIER, « Edmond-Eugène Thaller (1851-1918) et les annales de droit commercial », art. cit., p. 161.

²⁰²³ Egalement cité par Florent Garnier : *Ibid.*, p. 161.

²⁰²⁴ Fiche de renseignement de 1893 citée par Florent Garnier : *Ibid.*, p. 161-162. Nous soulignons.

²⁰²⁵ Il l'occupera d'ailleurs jusqu'à sa mort, survenue le 20 mars 1918, à Paris.

²⁰²⁶ F. GARNIER, « Edmond-Eugène Thaller (1851-1918) et les annales de droit commercial », art. cit., p. 179.

²⁰²⁷ L'on peut par exemple noter la présence des professeurs Labbé (Joseph-Emile), Boistel (cf. *supra.*, p. 312 et s.), Lyon-Caen (cf. *supra.*, p. 314 et s.) ou Renault (cf. *supra.*, p. 314 et s.) ; ainsi que celle des avocats à la Cour de Paris Challamel (cf. *supra.*, p. 361 et s.), Daguin (cf. *supra.*, p. 338, note 1710 et p. 352, note 1781) ou Du Buit (cf. *supra.*, p. 275).

²⁰²⁸ « Avocat, docteur en droit, secrétaire de rédaction des *Annales de droit commercial* depuis leur création, puis à partir de 1897 chargé de conférence à la Faculté de Droit de Paris et Directeur de la *Revue générale de droit international public* » (F. GARNIER, « Edmond-Eugène Thaller (1851-1918) et les annales de droit commercial », art. cit., p. 178).

²⁰²⁹ Sur ce juriste: J.-L. HALPERIN, V° « Wahl », *Dictionnaire historique des juristes français...*, op. cit., 1^{ère} éd., 2007, p. 777-778.

devenir, en 1900, le secrétaire général²⁰³⁰. Autrement dit, Thaller a su « s'entourer de grands noms de la science juridique française et étrangère »²⁰³¹.

En ce qui concerne Saleilles, c'est sans aucun doute au droit allemand qu'il consacre l'essentiel de son activité. « A vrai dire, c'est sa vie même qu'il lui a donné, s'usant rapidement à la tâche dans les efforts véritablement surhumains qu'il déploya pour pénétrer, analyser et expliquer le monument législatif qui s'édifiait sous ses yeux et qu'il a fait découvrir non seulement à la France mais même à son pays d'origine »²⁰³² : le Code civil allemand. Ainsi le comparatisme de Saleilles s'est-il principalement nourri des travaux préparatoires du BGB. On l'a vu, son *Essai d'une théorie générale de l'obligation d'après le projet de Code civil allemand* de 1890 avait en réalité été préparé dès 1888 par la publication de plusieurs études dans le *Bulletin de la Société de législation comparée*²⁰³³ ; il sera du reste complété les années suivantes, notamment par quelques livraisons aux *Annales de droit commercial*²⁰³⁴. C'est par conséquent en toute logique que Saleilles dirigera, à compter de l'année 1898, le groupe de traduction du Code civil allemand formé au sein du Comité de législation étrangère²⁰³⁵. Surtout, il sera le principal instigateur du *Congrès international de droit comparé* tenu à Paris, durant l'été 1900.

²⁰³⁰ Nous reviendrons également sur cet autre juriste, cf. *infra.*, p. 432 et s.

²⁰³¹ F. GARNIER, « Edmond-Eugène Thaller (1851-1918) et les annales de droit commercial », art. cit., p. 179.

²⁰³² O. MOTTE, *Lettres inédites de juristes français du XIX^e siècle...*, op. cit., t. II, 1990, p. 1581.

²⁰³³ Notamment : R. SALEILLES, « Etude sur la théorie générale des obligations d'après le projet de Code civil allemand », *Bulletin de la Société de législation comparée*, t. XVIII, 1888-1889, p. 166-264 et 492-523 ; R. SALEILLES, « Etude sur les sources de l'obligation dans le projet de code civil pour l'empire d'Allemagne », art. cit., p. 583-670.

²⁰³⁴ Par exemple : R. SALEILLES, « De la cession des dettes », art. cit., p. 1-47 ; R. SALEILLES, « Les théories allemandes sur les droits qui, au cas de contrat synallagmatique, appartiennent à la partie poursuivie en paiement, lorsque son adversaire, de son côté, n'exécute pas ses engagements (Exception de refus de paiement pour inexécution ou exception non adimpleti contractus) », art. cit., p. 287-296 et t. VII, 1893, p. 175-216.

²⁰³⁵ Sur ce *Code civil allemand traduit et annoté*, cf. *infra.*, p. 438 et s.

Section 2 - Pour une science du droit comparé : la tenue du Congrès de 1900

Selon Ancel, un élément concourt à l'euphorie dans laquelle s'inscrit, en quelque sorte, le Congrès de 1900 ; à savoir ce qu'il appelle le « climat de La Haye ». En 1899, se tient en effet la première Conférence de La Haye à l'issue de laquelle est adoptée une convention instituant une Cour permanente d'arbitrage destinée à résoudre, de manière pacifique, les litiges entre les nations. En outre, au cours de la même période, sont également adoptées à La Haye plusieurs autres conventions dans le but d'unifier les règles de droit international privé en matière de procédure. Or, jusqu'en 1914, ces conventions seront respectées et appliquées dans plus d'une dizaine d'Etats. En ce sens, le « climat de La Haye » correspond à une période d'entente internationale, d'uniformisation législative, d'harmonisation des politiques juridiques et de coopération entre les Etats²⁰³⁶.

Organisé sous l'égide de la *Société de législation comparée* (§1), le *Congrès international de droit comparé*, qui se donne pour objectif principal de « définir la méthode et les enjeux du droit comparé dans la science et l'enseignement juridique »²⁰³⁷, aura effectivement pour maîtres-mots l'*harmonisation*, l'*unification* ou le *rapprochement* des institutions et des systèmes juridiques (§2). Les contributions, au demeurant particulièrement nombreuses, insisteront en effet vivement sur cet aspect (§3).

§1. L'organisation

C'est au commencement de l'année 1899 que le Conseil de Direction de la *Société de législation comparée* (SLC) prend la résolution d'organiser à Paris un Congrès international de droit comparé, entendant alors profiter du cadre de l'Exposition universelle de 1900. Par arrêté du 27 novembre 1899, le Ministre du Commerce – Alexandre Millerand (1859-1943) – agréa la proposition dudit Conseil de comprendre ce Congrès parmi les réunions de l'Exposition et détermine en même temps la composition du Comité d'organisation. A la tête de ce Comité, l'un des fondateurs – et président de 1899 à 1900 – de la SLC : Picot²⁰³⁸. Ce dernier est assisté de trois Vice-Présidents : Aucoc, Léon Devin (1843-1918) et Renault²⁰³⁹ ; d'un Secrétaire général : Daguin²⁰⁴⁰ ; de deux Secrétaires généraux adjoints : Challamel²⁰⁴¹ et Saleilles ; de trois Secrétaires : Georges Bureau (1870-1940), Roger de Castéras et

²⁰³⁶ M. ANCEL, *Utilité et méthodes du droit comparé*, op. cit., p. 20-21.

²⁰³⁷ G. SACRISTE, *La république des constitutionnalistes*, op. cit., p. 356.

²⁰³⁸ Sur ce juriste, cf. *supra.*, p. 361 et plus particulièrement la note 1835.

²⁰³⁹ Cf. *supra.*, p. 314 et s.

²⁰⁴⁰ Cf. *supra.*, p. 338, note 1710 et p. 352, note 1781 et p. 396, note 2027.

²⁰⁴¹ Cf. *supra.*, p. 361 et s.

Henri Fromageot (1864-1949) ; enfin, d'un Trésorier : Etienne Héron de Villefosse. Quant aux membres initiaux²⁰⁴², la présence de Barboux²⁰⁴³ est à noter ainsi que celle de Cheysson²⁰⁴⁴, Rodolphe Dareste²⁰⁴⁵, Esmein, Glasson, Larnaude²⁰⁴⁶, Lyon-Caen²⁰⁴⁷, Ribot²⁰⁴⁸ ou encore Albert Rivière²⁰⁴⁹.

Finalement, le *Congrès international de droit comparé* se tient à Paris, tant au siège de la SLC – au 44, rue de Rennes – que dans la salle des fêtes et les locaux de la Faculté de droit de Paris, du mardi 31 juillet au samedi 4 août 1900. « De tous les points de la France et de l'étranger, les notabilités du monde scientifique, de la politique, de la magistrature, de l'administration, du barreau et de l'enseignement s'étaient donné rendez-vous pour assister à cette solennité. Plusieurs gouvernements et un certain nombre de corporations et de sociétés étrangères avaient tenu à se faire représenter au Congrès par des délégués officiels »²⁰⁵⁰. A la séance d'ouverture du 31 juillet 1900, sont ainsi représentés la Belgique, les Etats-Unis, l'Italie, le Japon, le grand-duché de Luxembourg, les Etats-Unis du Mexique, la principauté de Monaco, la Russie, la république de Saint-Marin et la Turquie ; auxquels il faut ajouter l'Allemagne, l'Angleterre, l'Autriche, le Canada, la Roumanie, la Suisse, les Pays-Bas, l'Espagne et la Norvège dont sont issus les différents rapporteurs et contributeurs. Répondent également à l'appel les associations savantes étrangères : la Société de législation comparée de Londres, l'Association internationale de droit comparé de Berlin, la Société des juristes suisses, l'Académie royale de Presbourg, la Société du barreau de Londres (*Lincoln's Inn*) ou encore l'Association du jeune barreau de Montréal.

« Mais ce n'est pas tout : extraordinaire, l'évènement ne l'est pas seulement par sa dimension internationale. Le congrès, transcendé par le cadre retentissant que lui donne l'Exposition universelle, rassemble aussi un parterre d'hommes politiques, de hauts fonctionnaires, d'industriels potentiellement intéressés par les débats scientifiques, mais dont la présence dans les arènes savantes était jusque-là inaccoutumée »²⁰⁵¹. Le procès-verbal de la séance d'ouverture recense par exemple les présences du directeur de l'enseignement supérieur, Liard ; du directeur des affaires civiles et du sceau, L. La Borde ; du chef de bureau au ministère de la Justice, Cormeray ; de l'inspecteur des eaux et forêts, chef de la section du contentieux au ministère de l'Agriculture, Guichet ; du directeur de l'Ecole forestière de

²⁰⁴² D'après l'article 4 du Règlement du Congrès, sont en effet membres du Congrès les personnes qui ont donné leur adhésion avant l'ouverture de la session : ils sont alors cinquante-quatre. Néanmoins, il était également possible de s'inscrire pendant la durée du Congrès.

²⁰⁴³ Cf. *supra.*, p. 345-346 et s.

²⁰⁴⁴ Cf. *supra.*, p. 355 et s.

²⁰⁴⁵ Cf. *supra.*, p. 199 et s.

²⁰⁴⁶ Cf. *supra.*, p. 344 et s.

²⁰⁴⁷ Cf. *supra.*, p. 314 et s.

²⁰⁴⁸ Cf. *supra.*, p. 258 et s.

²⁰⁴⁹ Cf. *supra.*, p. 340 et s.

²⁰⁵⁰ *Congrès international de droit comparé tenu à Paris du 31 juillet au 4 août 1900. Procès-verbaux des séances et documents*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, t. I, 1905, p. 21.

²⁰⁵¹ G. SACRISTE, *La république des constitutionnalistes*, *op. cit.*, p. 354.

Nancy, Charles Guyot (1845-1930) ou encore du secrétaire particulier du ministre de l'Agriculture, Pierre Dupuy (1876-1968).

Au demeurant, le 2 août au soir, dans les salons de l'Hôtel Continental, un banquet est offert par la SLC et les membres français du *Congrès* aux délégués officiels des différents gouvernements et à leurs collègues, les congressistes étrangers. Le Président de la République française, Emile Loubet (1838-1929), est présent ainsi que le ministre d'Etat de Belgique, Jules Le Jeune (1828-1911). Au cours de ce banquet, Daguin, secrétaire générale du *Congrès*, rappelle le rôle essentiel joué par Saleilles, « tout à la fois l'instigateur et la cheville ouvrière effective »²⁰⁵² :

« Notre Congrès a pleinement réussi : nous pouvons tous le constater. Ce résultat, nous le devons principalement à mon excellent ami, M. Raymond Saleilles, qui, dès le début, s'est voué corps et âme à notre œuvre et a tout fait pour en assurer le succès [...]. Je me demandais si ce n'était pas se lancer dans une entreprise bien hasardeuse que d'essayer d'ajouter un Congrès aux innombrables réunions du même genre qui étaient annoncées. M. Saleilles, lui, avait la foi, et la foi, dit-on, remue les montagnes. Nous avons sous les yeux la preuve de ce qu'elle peut faire. Ce concours imposant des jurisconsultes les plus éminents du monde entier, que nous avons vu, avant-hier, à l'Ecole de droit et que nous retrouvons aujourd'hui dans cette enceinte, démontre que M. Saleilles avait raison et que mes craintes étaient absolument chimériques. Il faut donc lui savoir gré d'avoir provoqué la tenue d'assises internationales qui, j'en ai la certitude, ne seront pas sans profit pour *l'avancement de la science du droit* »²⁰⁵³.

Comme il l'explique lui-même, Saleilles a en effet mis à cette œuvre « un peu de [ses] relations professionnelles, et beaucoup [...] de [sa] passion scientifique »²⁰⁵⁴. Bien qu'il n'ait jamais connu l'Allemagne ni sollicité ou reçu aucune mission pour l'étranger – il n'a pas même voyagé –, « il a connu le personnel des Universités allemandes, italiennes et suisses, plus intimement que s'il était allé le voir sur place. Il recevait à Paris la visite de nombreux professeurs qui recherchaient ses avis et ses conseils »²⁰⁵⁵ ; il a initié enfin plusieurs relations personnelles, mettant par exemple Génys, Emile Chénion (1857-1927) ou Léon Michoud (1855-1916)²⁰⁵⁶ en rapports avec le célèbre jurisconsulte suisse, Eugen Huber (1849-1923). Du reste, « si le congrès de droit comparé organisé par la très parisienne Société de législation comparée rencontre [...] les préoccupations des provinciaux, et singulièrement des professeurs de droit public, il faut sans doute rapporter ce relatif succès à la position particulière que l'organisateur du projet, Raymond Saleilles, occupe au sein de l'univers spécifique des facultés de droit »²⁰⁵⁷. Guillaume Sacriste relève en effet que douze professeurs de droit provinciaux – dont huit publicistes : Duguit, Félix Moreau (1859-1934), Maurice Deslandres (1862-1941), Michoud, Achille Mestre (1874-1960), Marcel Mongin,

²⁰⁵² *Ibid.*, p. 356. L'italique est de notre fait.

²⁰⁵³ *Congrès international de droit comparé...*, *op. cit.*, p. 161-162. Nous soulignons.

²⁰⁵⁴ *Ibid.*, p. 163.

²⁰⁵⁵ E. THALLER, « Avant-propos », *L'œuvre juridique de Raymond Saleilles*, Paris, Arthur Rousseau, 1914, p. 36.

²⁰⁵⁶ Sur ce dernier, lire par exemple: N. HAKIM, « Léon Michoud et la doctrine de droit privé », *Léon Michoud*, sous la dir. de X. DUPRE DE BOULOIS et P. YOLKA, Institut Universitaire Varenne, LGDJ, 2014, p. 63-84.

²⁰⁵⁷ G. SACRISTE, *La république des constitutionnalistes*, *op. cit.*, p. 357.

A. Chausse et Pic – assurent la présentation de mémoires contre seulement sept professeurs parisiens²⁰⁵⁸.

« A la fois parisien et provincial, civiliste et publiciste, catholique et adepte de la science, en fin de compte, Raymond Saleilles occupe une position intermédiaire [...]. Or, c'est justement cette position d'"entre tout" qui permet au professeur de droit civil de Paris de mobiliser et de faire coexister au sein du congrès aussi bien les professeurs de la faculté de droit de Paris que les professeurs provinciaux, les spécialistes de droit privé et ceux de droit public, les catholiques traditionnalistes tel le marquis de Vareilles-Sommières, les catholiques sociaux tels Joseph Charmont, Léon Michoud, Maurice Deslandres, etc., les républicains agnostiques tels Charles Lyon-Caen ou Adhémar Esmein, voire des scientistes francs-maçons tel Ferdinand Larnaude. [...] Au demeurant, c'est essentiellement sur les postulats scientifiques que l'entreprise de mobilisation de Raymond Saleilles prend. Même les civilistes présents – Louis Josserand, Albert Tissier, Joseph Charmont – sont connus pour appartenir au pôle scientifique des professeurs de droit civil. En somme, c'est donc la rencontre d'une conjoncture spécifique – la nécessité pour les professeurs provinciaux d'accéder au marché de la doctrine scientifique – avec les singularités de la position sociale de Raymond Saleilles qui explique pour partie le succès d'un congrès aux prétentions exclusivement scientifiques »²⁰⁵⁹.

Quant au programme, il se divise en deux parties très distinctes : une partie théorique et une partie pratique. Au total, douze questions doivent être traitées et, pour ce faire, six sections sont créées. D'après Saleilles, chargé de présenter à la Commission d'organisation du *Congrès* un rapport sur « l'utilité, le but et le programme du Congrès », la première section – nommée « Théorie générale et méthode » – est destinée à « étudier et à élucider les questions de définition et de méthode » et « constitue ainsi comme le point central de tout le Congrès. Il s'agira de définir la fonction et l'utilité du droit comparé pour les différentes branches du droit ; de rechercher surtout les méthodes qui devront présider, tant à l'étude et à la constatation du droit étranger, qu'à la pénétration, spontanée ou voulue, des différentes législations les unes par les autres »²⁰⁶⁰. Les cinq autres sections sont alors consacrées aux différentes branches du droit : « Droit international privé »²⁰⁶¹, « Droit commercial »²⁰⁶², « Droit civil »²⁰⁶³, « Droit public »²⁰⁶⁴ et « Criminologie »²⁰⁶⁵.

²⁰⁵⁸ *Ibid.*, p. 356.

²⁰⁵⁹ *Ibid.*, p. 359-360.

²⁰⁶⁰ *Congrès international de droit comparé...*, *op. cit.*, p. 15. Cette première section s'occupe en effet des trois premières questions du *Congrès*. Première question : « Conception générale et définition de la science du droit comparé : Sa méthode ; Son histoire ; Sa fonction par rapport aux différentes branches du droit : droit international privé ; droit commercial ; droit civil ; droit public ; criminologie ; législation économique et sociale ». Deuxième question : « Le droit comparé et l'enseignement du droit ». Troisième question : « Des modes d'information relatifs à la connaissance et à l'application des lois étrangères : statistiques, communications internationales, preuve du droit étranger, au cas de conflit de lois ».

²⁰⁶¹ Cette section est chargée de répondre à la quatrième question : « Des moyens à employer pour aboutir à une entente entre les différents pays, soit par voie d'union internationale, soit par voie de traités particuliers, au sujet de la compétence judiciaire et de l'exécution des jugements ».

²⁰⁶² La section du droit commercial s'occupe des cinquième et sixième questions : « De la situation juridique faite, dans chaque pays, aux sociétés de commerce étrangères » ; « Des moyens à employer pour réaliser l'uniformité des lois et des usages en matière d'effets de commerce ».

²⁰⁶³ Deux questions se posent également dans cette section. Septième question : « L'évolution des doctrines et des diverses législations en ce qui touche la théorie de la Personnalité civile et son application aux associations, établissements et fondations ». Huitième question : « Le régime matrimonial de droit commun : des différents régimes admis dans les diverses législations ; et de l'évolution, sur ce point, des usages et du droit coutumier. Les tendances et les conséquences qui se dégagent de cette étude ».

« Dans chacune d'elles, ont été réunies un certain nombre de questions qui, pour la plupart, pourraient faire l'objet d'études subdivisées à l'infini, s'il s'agissait de les traiter à fond. Mais le point de vue auquel nous nous plaçons est tout différent ; elles devront être envisagées surtout par un angle spécial, qui est celui des résultats à dégager, pour chacune de ces questions elles-mêmes, de la comparaison du droit étranger. [...] Il s'agit d'exposés d'idées, et surtout d'exposés de faits, de constatations locales, d'études, souvent partielles, sur un des points de la matière. Ce que nous désirons et ce que nous demandons, ce sont des communications faites sur place, venant surtout de l'étranger, et destinées à nous éclairer à l'aide de renseignements pris sur le vif et dans la réalité »²⁰⁶⁶.

Chaque section dispose d'un bureau, composé de quatre présidents chacun, d'un ou deux secrétaires rapporteurs chargés de présenter, devant la section à laquelle ils sont attachés, un rapport sur les mémoires et travaux adressés au Comité et qui sont relatifs aux questions comprises dans le programme de cette section ; enfin, d'un ou plusieurs secrétaires adjoints. Sans surprise, les instigateurs du *Congrès*²⁰⁶⁷ occupent plusieurs postes : Esmein et Thaller sont par exemple élus présidents de la première section tandis que Lambert en est le secrétaire rapporteur avec François-Eugène-Henri Gaudemet (1872-1933)²⁰⁶⁸. De même de nombreux comparatistes-rénovateurs du droit français, issus de la génération de 1870, se retrouvent à la manœuvre : par exemple, Renault, Lyon-Caen, Ribot et Albert Rivière deviennent respectivement présidents de la deuxième, troisième, cinquième et sixième section. Enfin, quelques grands noms de juristes appartenant à la « nouvelle Ecole », dite « scientifique », peuvent également être signalés tels Lévy-Ullmann – secrétaire rapporteur de la quatrième section – ou Beudant et Demogue, secrétaires adjoints de la cinquième et sixième section.

C'est encore à Saleilles que revient l'honneur de lire le rapport général sur les travaux du *Congrès* lors de la séance générale de clôture du samedi 4 août 1900. Dans ce rapport, le professeur à l'Université de Paris rappellera les termes du problème juridique qui se posait aux participants :

« Puisqu'il y a un mouvement irrésistible de pénétration juridique et législative, peut-il y avoir et doit-il y avoir une science qui ait pour objet, non seulement d'observer ce mouvement, qui vient de la nature et qui vient de l'homme, mais de le régler, de le discipliner, de le diriger, s'il se peut ? Cette science-là, si elle existe et si elle peut exister, sera vraiment, non plus la méthode comparative ou la méthode de Droit comparé, mais la science du Droit comparé, au sens juridique du mot »²⁰⁶⁹.

²⁰⁶⁴ Neuvième question: « Le gouvernement parlementaire : ses transformations et son fonctionnement dans les divers pays. La théorie du régime parlementaire, telle qu'elle se dégage de l'évolution comparative des institutions ». Dixième question : « La représentation proportionnelle, ses progrès, ses résultats dans les différents pays ».

²⁰⁶⁵ Onzième question : « Les tendances nouvelles en matière pénale ; leur influence sur le mouvement législatif des différents pays ; la part faite, en particulier, à l'école mixte, qui voit dans la législation criminelle surtout un procédé de politique sociale, et que l'on désigne, en Allemagne, sous le nom de *Kriminal-Politik* ». Douzième question : « Les progrès du régime pénitentiaire ; de l'influence exercée par la comparaison des lois étrangères sur les modifications apportées au régime pénitentiaire sous ses formes diverses, métropolitaines et coloniales ».

²⁰⁶⁶ *Ibid.*, p. 16-17.

²⁰⁶⁷ Sur ces derniers, cf. *supra.*, p. 372 et s.

²⁰⁶⁸ Sur ce juriste : ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Hommage à Eugène Gaudemet*, Paris, Dalloz, 2015.

²⁰⁶⁹ *Congrès international de droit comparé...*, *op. cit.*, p. 143.

§2. Les objectifs

Dans la circulaire adressée « aux savants et jurisconsultes étrangers », le président de la Commission d'organisation du *Congrès*, Picot, et son secrétaire général, Daguin, révèlent le but général à atteindre : il est « non seulement de rapprocher et de mettre en contact réciproque des savants et des jurisconsultes venus de tous les points du monde, mais surtout de chercher à fournir à la science du droit comparé une formule précise et une direction sûre, dont elle a besoin pour assurer son développement »²⁰⁷⁰. Tel est en effet le double objectif que Saleilles assigne aux congressistes dans son rapport sur l'utilité, le but et le programme du Congrès²⁰⁷¹.

Il s'agit, en premier lieu, de *rapprochement*. D'après Saleilles, le droit comparé se présente sous deux aspects : un aspect théorique et un aspect pratique. Le premier d'entre eux renvoie au *droit comparé comme méthode d'enseignement*. « Le jour, en effet, où l'enseignement du droit commençait à se dégager de la pure exégèse des textes, il devenait impossible de ne pas tenir compte [...] des doctrines et des conceptions scientifiques qui s'en dégageaient sur le terrain des théories, des systèmes et des principes ». A cet égard, Saleilles note que cette nouvelle méthode d'enseignement, supplantant celle de l'exégèse et consistant en un « *rapprochement* des doctrines et des principes » duquel peuvent résulter « une fusion des idées et comme *un renouvellement des conceptions pour l'interprétation même du droit national* », n'a pénétré « qu'assez lentement » l'enseignement du droit civil tandis qu'elle s'était fait jour « assez vite » en matière de criminologie, de droit public et plus généralement auprès des sciences sociales. Quelles sont alors les conditions d'application d'une telle méthode ? Il appartient aux congressistes d'y répondre : « A considérer tout d'abord le droit comparé comme méthode d'enseignement, écrit en effet Saleilles, il y a toute une série de recherches qui s'imposent, en vue de préciser la part qui doit lui être faite, mais en vue surtout de déterminer à quelles conditions les conséquences qu'on peut prétendre en tirer seront légitimes, et sous quelles réserves elles se trouveront justifiées ».

Quant à l'aspect pratique du droit comparé, « d'un intérêt considérable », il renvoie à « l'influence que l'étude, et, par suite, la comparaison des lois étrangères, peut avoir sur le développement du droit national ». Aussi l'objectif des congressistes doit-il être de « rechercher les méthodes rationnelles d'après lesquelles cette influence doit s'exercer ». D'après l'organisateur, celle-ci peut se traduire de trois façons. Premièrement, l'influence du droit étranger s'observe en cas d'« emprunts volontaires et réfléchis, et d'imitations discutées, raisonnées et acceptées par la loi ». Là encore, la comparaison juridique est synonyme de « *rapprochement rationnel* », celui des « diverses législations, prises dans leurs

²⁰⁷⁰ *Ibid.*, p. 7-8.

²⁰⁷¹ C'est ce rapport que nous allons citer dans les développements qui vont suivre : *Ibid.*, p. 9-17.

formules juridiques et leurs résultats pratiques, afin de rechercher et d'étudier si, de cette interprétation raisonnée, se dégage un type prédominant qui puisse servir de modèle, au moins approximatif ». Deuxièmement, l'influence du droit étranger se constate lors d' « importations coutumières et doctrinales » *via*, notamment, les décisions des tribunaux. Autrement dit, « la question se pose sur un autre terrain, exclusivement juridique, celui de la légitimité de l'interprétation judiciaire, en tant qu'elle consacre ainsi les résultats scientifiques et pratiques, présentés par la coutume ou préparés par la doctrine ». Et Saleilles de rappeler alors cette « sorte de *droit commun subsidiaire* » qu'a connue l'ancien droit français, tiré de la diversité coutumière qui le caractérisait, ainsi que la « sorte d'*unité doctrinale* » réalisée par l'Allemagne avant son nouveau Code civil. Enfin, troisièmement, l'influence du droit étranger sur le droit national se ressent à l'occasion d' « ententes internationales, tacites ou expresses ». A cet égard, Saleilles semble en effet pressentir « un mouvement plus général, qui [...] amènera insensiblement les législations ou les coutumes, à *s'unifier*, au moins partiellement, de façon à former, par delà les diversités nationales, une sorte de *droit commun de l'humanité civilisée* ». Dès lors, le Congrès doit avoir pour objectif de « rechercher des méthodes d'investigation sûres et d'indiquer les directions qui aideront à la solution du problème ».

Il s'agit, en second lieu, de *science*. Le raisonnement de Saleilles débute cette fois-ci par une constatation :

« A un moment où l'on organise de toutes parts de si nombreux Congrès touchant à des matières du domaine scientifique qui sont depuis longtemps définies et précisées, dont les méthodes n'ont plus guère à soulever de discussions, et pour lesquelles il n'y a plus qu'à aller de l'avant dans le sens de l'orientation traditionnelle, il pourra sembler plus nécessaire encore de provoquer, entre savants français et étrangers, des échanges de vues, et comme une sorte de consultation internationale, en ce qui concerne les sciences qui sont en voie de formation, celles qui se détachent, chaque jour, peu à peu, d'un domaine plus général, pour se constituer à tire indépendant. Et c'est le cas du Droit comparé »²⁰⁷².

Les objectifs à atteindre sont alors de deux natures. Tout d'abord, il s'agit de rechercher et de préciser les conditions d'application du droit comparé dans le domaine de l'enseignement. En d'autres termes, le Congrès doit viser ici l'élaboration d'une « méthode *scientifique* d'enseignement ». Ensuite, lorsque le droit comparé se révèle sous un côté pratique c'est-à-dire lorsqu'il influence le développement du droit national, notamment par la voie des emprunts législatifs volontaires, « le droit comparé [...] apparaît comme une *science* nouvelle qui se constitue avec son domaine propre, ses lois et ses méthodes »²⁰⁷³. Par conséquent, il appartient aux congressistes « d'essayer [...] de définir à quelles conditions, et d'après quelles lois, ou enfin suivant quelles méthodes, les conclusions fournies par le droit comparé lui-même peuvent pénétrer définitivement dans le droit national et dans la vie d'un peuple »²⁰⁷⁴.

²⁰⁷² *Ibid.*, p. 9.

²⁰⁷³ *Ibid.*, p. 11. L'italique est de notre fait.

²⁰⁷⁴ *Ibid.*, p. 11-12.

Ces deux points de vue sont « comme les angles divers sous lesquels doit être envisagée la science du droit comparé, si l'on veut arriver à en définir l'objet, les conditions propres et les méthodes »²⁰⁷⁵. Or, déplore Saleilles, « sur tous ces points, rien n'a été fait, ou à peu près »²⁰⁷⁶. Les précédents travaux ne se sont contentés en effet que de présenter les législations étrangères, « sans que la comparaison qui s'en dégage soit autre chose qu'un simple rapprochement, ou une simple juxtaposition d'institutions, et sans qu'il y ait la moindre tentative faite pour présenter une analyse des lois scientifiques qui doivent présider à cette comparaison, ou à cette sorte de pénétration réciproque »²⁰⁷⁷. En somme, « la science doit donc succéder aussi à l'exégèse des textes en droit comparé »²⁰⁷⁸. De plus, ce dernier ne doit pas – ou plus – être assimilé aux seuls « travaux historiques appliquant à l'étude du passé la règle, si précieuse, mais si délicate, de la méthode comparative, sans que, de cette reconstitution de ce qui a été, on cherche à déduire les lois qui doivent présider à l'évolution de ce qui sera »²⁰⁷⁹. Enfin, le droit comparé ne doit pas rester qu'« un mouvement d'idées » mais « faciliter la connaissance, sinon des lois étrangères, ce qui est un point à peu près acquis, mais de leurs résultats, ce qui, au fond, importe le plus »²⁰⁸⁰. Dès lors, de ce congrès de droit comparé doit ressortir « toute une série de mesures d'une application pratique et immédiate, dont le besoin commence à se faire universellement sentir »²⁰⁸¹. Comme le remarque à juste titre Christophe Jamin, « c'est en effet à cette [...] condition [que le droit comparé] peut sortir de son relatif isolement pour devenir un instrument au service de tous les juristes qui pourront y trouver un utile substitut à la méthode classique d'interprétation »²⁰⁸².

Ambitieux, le *Congrès international de droit comparé* de 1900 l'est donc incontestablement ; tant par son programme que par son principal objectif : « Poser [...] les premières bases d'une science dont la nécessité se fait peu à peu reconnaître »²⁰⁸³. Il faut dire, à en croire son organisateur, que, « si l'on se place, non pas au point de vue sociologique ou historique, mais uniquement au point de vue juridique, *tout est à faire* »²⁰⁸⁴. Dès lors, un congrès de droit comparé devrait avoir en vue, selon Saleilles, quatre « buts assez divers, mais très précis » :

« 1° Au point de vue de la conception de la science du droit comparé, définir d'après quelles méthodes il y aurait lieu de procéder aux trois fonctions qui en constituent l'objet propre, et qui sont, par rapport aux diverses législations en présence, la constatation, la comparaison et l'adaptation. 2° Au point de vue

²⁰⁷⁵ *Ibid.*, p. 13. Nous soulignons.

²⁰⁷⁶ *Ibid.*, p. 13.

²⁰⁷⁷ *Ibid.*, p. 13.

²⁰⁷⁸ C. JAMIN, « Le vieux rêve de Saleilles et Lambert revisité. A propos du centenaire du Congrès international de droit comparé de Paris », art. cit., p. 745.

²⁰⁷⁹ *Congrès international de droit comparé...*, op. cit., p. 13.

²⁰⁸⁰ *Ibid.*, p. 14.

²⁰⁸¹ *Ibid.*, p. 14.

²⁰⁸² C. JAMIN, « Le vieux rêve de Saleilles et Lambert revisité. A propos du centenaire du Congrès international de droit comparé de Paris », art. cit., p. 746.

²⁰⁸³ *Congrès international de droit comparé...*, op. cit., p. 14.

²⁰⁸⁴ *Ibid.*, p. 14. L'italique est de notre fait.

doctrinal, préciser le rôle du droit comparé comme méthode d'enseignement. 3° Au point de vue des solutions juridiques, rechercher dans quelle mesure les conclusions tirées du droit comparé peuvent et doivent être utilisées, soit par voie législative, soit par voie coutumière et doctrinale, se traduisant par le procédé de l'interprétation judiciaire, soit par voie d'entente internationale. 4° Au point de vue de la pratique des affaires, rechercher et organiser des moyens d'entente pour l'information et la connaissance du droit étranger »²⁰⁸⁵.

Aussi les nombreuses contributions devaient-elles nécessairement s'inscrire dans l'un ou l'autre de ces cadres.

§3. Les contributions

Le samedi 4 août 1900, le président de la SLC, Picot, prononce la clôture des travaux du *Congrès international de droit comparé* en soulignant particulièrement la richesse, tant qualitative que quantitative, des contributions – qu'il s'agisse des interventions orales au cours des différentes séances ou des rapports et mémoires communiqués à la Commission d'organisation – ; lesquelles ont en effet animé et véritablement nourri cette manifestation scientifique :

« Les discussions ont achevé, se réjouit-il effectivement, ce qui est l'essence de ces rendez-vous de la science : elles ont donné lieu à la *confrontation des idées*. Dans les sections, nous avons vu des convictions anciennes fondées sur des réflexions solitaires s'ébranler et céder devant des explications précises portant sur des faits méconnus ou sur des aspects nouveaux du problème, Notre Congrès a fait mentir ce dicton des découragés : "La discussion n'a jamais convaincu personne." »²⁰⁸⁶.

En fin de compte, le Congrès de 1900 aura suscité l'intérêt de 75 rapporteurs, dont 39 étrangers. Si l'ensemble de leurs travaux ne peut bien évidemment pas être analysé en détail ici, il est néanmoins possible de retenir une approche générale et de souligner spécialement les rapports de Lambert et Saleilles.

Dans son mémoire sur les « Concept général et définition de la science du Droit comparé », Raoul de la Grasserie fait ressortir les utilités du « droit comparé proprement dit » :

« [Le droit comparé] a deux applications pratiques de la plus haute importance, dont le résultat peut être la transformation complète de toute la législation d'un pays dans le sens du progrès et même de la perfection, et d'autre part le règlement des rapports internationaux de manière à *préparer l'union définitive des nations* en ce qui concerne un des côtés les plus importants de leur vie. C'est grâce à ces utilités que la législation comparée qui n'est actuellement qu'au second ou au troisième rang parmi les sciences de l'ordre moral et politique passera dans l'avenir au premier »²⁰⁸⁷.

Pour sa part, le professeur agrégé à la Faculté de Droit de Lyon, Louis Josserand (1868-1941), rappelle que

²⁰⁸⁵ *Ibid.*, p. 14-15.

²⁰⁸⁶ *Ibid.*, p. 157.

²⁰⁸⁷ *Ibid.*, p. 218-219. Nous soulignons.

« quelle que soit la conception que l'on se fasse de *la science nouvelle*, il faut bien lui assigner comme base et comme matière première un inventaire général et comparatif de toutes les richesses juridiques. Mais ce serait une opinion dangereuse et stérile de penser que cet inventaire porte en lui-même toute son utilité : il est le moyen et non le but poursuivi ; il constitue seulement le point de départ de recherches, de constatations intéressantes et surtout il permet de dégager aisément, à travers l'infinie variété des détails, *les tendances communes aux diverses législations* »²⁰⁸⁸.

Dans son rapport sur les « Rôle, fonction et méthode du Droit comparé dans le domaine du Droit civil », Charles-André Weiss (1858-1928), professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Paris, insiste lui aussi sur l'utilité des études de législation comparée :

« L'étude des lois étrangères est au premier rang parmi les œuvres qui concourent à ce but de *pénétration réciproque et d'harmonie sociale*. Tout a été dit sur l'utilité de cette étude. On a célébré la vertu éducatrice de ses méthodes. On a montré le lien étroit qui la rattache aux autres branches du droit, au droit du passé comme au droit de l'heure présente. [...] Il n'est [...] pas de discipline juridique qui échappe à l'influence de la législation comparée ; elle les pénètre, elle les vivifie toutes ; l'enseignement de nos Facultés s'en inspire chaque jour davantage : elle y a ses chaires, trop peu nombreuses encore ; elle tient une place très grande dans les thèses de doctorat soumises à leur jugement ; et les travaux remarquables que nous devons à la Société de législation comparée de Paris et aux associations similaires des autres pays attestent, avec *l'intensité du mouvement scientifique dont elle est partout l'objet*, l'étendue des services qu'elle rend à la pratique législative et judiciaire »²⁰⁸⁹.

Dans un rapport similaire sur les « Rôle, fonction et méthode du droit comparé dans le domaine de la Législation économique et sociale et spécialement de la Législation ouvrière », Pic tient quant à lui les propos suivants :

« Il y a en législation sociale, comme dans toutes les autres branches du droit, certains types juridiques, dont les contours se précisent peu à peu, et dont *il appartient au droit comparé d'étudier scientifiquement les formes*, ce que l'on pourrait appeler la morphologie spécifique. Or cette étude démontre jusqu'à l'évidence que, suivant la formule si juste de M. Saleilles, l'évolution des types n'est point une évolution inconsciente et empreinte d'un fatalisme déprimant, mais qu'elle est au contraire susceptible d'une direction consciente et voulue, d'une véritable orientation scientifique. Quels sont, en effet, pour nous en tenir à la législation sociale, *les facteurs principaux de l'évolution convergente* [...] ? Ils sont multiples, et le cadre de cette étude ne nous permet point d'en dresser une liste, qui serait forcément incomplète et arbitraire. Mais il est bien permis de signaler en bonne place, parmi *les causes de rapprochement présentant un caractère scientifique et conscient* : 1° Les progrès de la littérature juridique comparée [...] ; 2° les progrès parallèles de l'enseignement, universitaire ou non [...] ; 3° la pratique des congrès et conférences périodiques »²⁰⁹⁰.

Dans chacune de ces contributions, et conformément aux souhaits émis par le principal organisateur du Congrès – Saleilles –, il est bien question de *science du droit comparé* et de *rapprochement des législations* ; le double objectif assigné aux congressistes semble dès lors atteint²⁰⁹¹. En effet, « pour les comparatistes de 1900, soucieux de ne comparer que des choses comparables, [...] le droit comparé était bien *la science ou la méthode du rapprochement* »²⁰⁹². Autrement dit, « au moment du Congrès international de droit comparé [...] l'accent était mis sur les ressemblances. Le but assigné à la comparaison des droits était

²⁰⁸⁸ *Ibid.*, p. 238. Nous soulignons.

²⁰⁸⁹ *Ibid.*, p. 348-349. Nous soulignons.

²⁰⁹⁰ *Ibid.*, p. 435. Nous soulignons.

²⁰⁹¹ Cf. *supra*, p. 403 et s.

²⁰⁹² M. ANCEL, *Utilité et méthodes du droit comparé*, op. cit., p. 57. Nous soulignons.

alors d'identifier des solutions semblables dans les différents systèmes, bref de découvrir un droit commun. Les recherches comparatives étaient alors clairement orientées vers *l'unification du droit*. Il n'est sans doute pas inutile de faire observer qu'à la même époque, plus précisément en 1887, Ludwik Lejzer Zamenhof publiait un manuel en russe portant sur le "volapük", une langue internationale qui allait rapidement être connue sous le nom d' "espéranto" »²⁰⁹³. Prenant la parole lors du banquet du jeudi 2 août 1900, Saleilles rendra hommage à son beau-père Bufnoir, décédé deux ans et demi plus tôt²⁰⁹⁴, et rappellera en ce sens qu'il s'agit bien d'un Congrès « "de droit comparé", et non pas comme on dit trop souvent "de législation comparée". Les législations représentent ce qui divise ; *le droit est ce qui unit et ce qui se rapproche* »²⁰⁹⁵.

Que révèlent, à leur tour, les importants rapports de Lambert et de Saleilles ? Le premier rapport est celui que le professeur lyonnais présente devant la première section – qualifiée par Saleilles de « point central de tout le Congrès »²⁰⁹⁶ – à la séance du mercredi 1^{er} août et qui a justement pour objet d' « exposer rapidement les vues qui, jusqu'ici, ont été échangées à l'occasion du congrès, soit sur les trois premières subdivisions de la première question de votre programme : *Conception générale et définition de la science du droit comparé, sa méthode, son histoire*, soit sur la seconde question : *le droit comparé et l'enseignement* »²⁰⁹⁷. Il s'agit plus exactement pour Lambert d' « extraire du rapprochement de tous ces mémoires, en les complétant par quelques observations personnelles, un tableau aussi complet [...] des conclusions qui y ont été émises sur la manière dont il convient d'envisager soit la *fonction*, soit la *méthode*, soit l'*histoire*, soit l'*enseignement* du droit comparé ».

Tout d'abord, à propos de *la fonction du droit comparé*, le rapporteur constate de « très profondes divergences de vues » entre les différents auteurs. Il faut avant tout, selon Lambert, marquer la distinction entre « études de droit étranger » et « études de droit comparé ». Les

²⁰⁹³ M.-L. MATHIEU-IZORCHE, « Approches épistémologiques de la comparaison des droits », *Comparer les droits, résolument*, sous la dir. de P. LEGRAND, Paris, PUF, 2009, p. 143. L'italique est de notre fait.

²⁰⁹⁴ « Il est quelqu'un dont je n'ai pas parlé et dont il faut que je parle. Si je me suis permis, en effet, d'élever la voix au milieu de vous, c'est que je représente ici d'autres souvenirs qui vous sont chers, quelqu'un auquel je n'ai pas pu ne pas penser, de toute la puissance de mon âme – je vous demande pardon de l'émotion qui s'empare de moi – à qui, en effet, je n'ai pas pu ne pas penser pendant ce banquet, et tout à l'heure surtout, alors que M. Ribot évoquait ce passé, dont il a été lui aussi l'artisan et dont il garde l'honneur. Je le revois, comme vous le revoyez vous-même, à un autre banquet analogue à celui-ci, qu'il présidait, il y a un peu plus de dix ans, si fier de faire l'éloge de cette Société de Législation comparée à laquelle il s'était dévoué corps et âme. C'est que lui aussi fut un serviteur constant du droit ; il lui consacra toute sa vie et toute son âme ! Et si ce dernier Congrès de droit comparé a si bien réussi, ne le devons-nous pas un peu à celui qui fut aussi, il y a dix ans, le promoteur d'une autre réunion internationale, celle qui a jeté les germes et préparé le succès de l'œuvre que nous venons d'accomplir aujourd'hui ? Il méritait donc que son nom fut prononcé aujourd'hui. Nous n'avons pas le droit de l'oublier. Aussi, en parlant de ces Maîtres de l'idée juridique, je n'ai pu m'empêcher d'associer son souvenir aux leurs ; car sa place était là. Et c'est parce que c'est lui que je représente ici, que je me suis senti la force de faire ce que j'ai fait et le droit de parler comme j'ai parlé (*Applaudissements*) » (*Congrès international de droit comparé...*, op. cit., p. 164).

²⁰⁹⁵ *Ibid.*, p. 164. Nous soulignons.

²⁰⁹⁶ Déjà cité, cf. *supra.*, p. 401.

²⁰⁹⁷ *Congrès international de droit comparé...*, op. cit., p. 26. Les citations qui vont suivre sont tirées de ce rapport : *Ibid.*, p. 26-60.

premières « préparent l'œuvre propre du comparatiste qui, avant de pouvoir songer à entreprendre la tâche qui lui incombe, doit d'abord s'initier à la connaissance des divers droits internes objet de sa comparaison » ; seulement, « le comparatiste ne peut pas se contenter de ces matériaux » dans la mesure où « il n'y a là qu'une juxtaposition de législations, et non pas une comparaison entre législations ». Quel autre but le comparatiste doit-il alors poursuivre ? Là encore, Lambert dégage des différents travaux deux tendances. Ou bien le droit comparé est envisagé comme l'une des branches de la *science sociale*, son but est alors exclusivement scientifique et spéculatif. C'est l'idée que « le droit comparé a pour mission de révéler au jurisconsulte les lois naturelles auxquelles obéissent ces manifestations de la vie sociale dont l'ensemble compose le droit ». Ou bien il est conçu comme l'une des formes de la *science juridique*, son rôle est de ce fait pratique : le droit comparé est « l'un des instruments ou des organes de création, de révélation ou d'application du droit ». A ce titre, trois variétés se dégagent de cette conception. La première cherche « l'action du droit comparé dans une influence exercée sur le travail législatif dans chaque pays ; l'envisage comme l'élément principal de ce qu'on a appelé dans plusieurs communications la politique juridique ou la politique législative ». La deuxième assigne au droit comparé « une action, non plus seulement sur la législation [...] mais sur [...] le droit positif interne ». La troisième érige le droit comparé en discipline indépendante et lui assigne une fonction nettement spécifique : « Provoquer un rapprochement continu entre les législations qui forment l'objet du travail de comparaison, [...] dégager, dessous la diversité apparente des législations, le fond commun d'institutions et de conceptions qui y est latent ; [...] rassembler ainsi un dépôt de maximes communes à ces législations et [...] l'enrichir constamment par des empiètements successifs sur le domaine du particularisme »²⁰⁹⁸. Finalement, il ressort de ce premier constat qu'existent « deux conceptions fondamentales absolument irréductibles de la fonction du droit comparé : dont l'une en fait la science du droit, c'est-à-dire des phénomènes juridiques et des lois qui les régissent ; dont l'autre en fait un instrument de rapprochement continu entre les législations ou les droits parents ». Mais alors, s'agit-il réellement de deux conceptions d'une même science ou « ne faut-il pas reconnaître, au contraire, que l'expression droit comparé

²⁰⁹⁸ On aura reconnu la propre pensée de Lambert : « C'est à cette troisième conception que j'ai pour ma part obéi », avoue-t-il effectivement devant les congressistes. D'après lui, « la comparaison pourra embrasser tout au moins l'ensemble des législations latines et germaniques. Entre ces deux groupes de législations, les éléments susceptibles de servir à la constitution d'un fond juridique commun sont nombreux et apparents ; les uns sont d'ordre historique ; d'une part, l'existence d'un certain nombre de sources communes auxquelles se sont alimentées toutes ces législations : les coutumes germaniques [...] ; le droit féodal [...] ; le droit romain et le droit canonique [...] ; d'autre part, ces phénomènes d'interpénétration, d'imitations juridiques [...]. D'autres éléments sont d'ordre scientifique ; c'est notamment le caractère international qu'a revêtu presque jusqu'à nos jours la branche la plus florissante de la littérature juridique, la littérature du droit romain moderne. Enfin, les éléments les plus nombreux peut-être sont d'ordre économique ; rapprochement dans les conditions de la vie sociale ; révélation de besoins économiques identiques ; apparitions de créations similaires dans la pratique de ces divers pays. Somme toute, les divergences entre ces législations codifiées ne sont guère plus nombreuses et plus profondes qu'elles ne l'étaient entre les coutumes rédigées du XVI^e siècle. Pourquoi, dès lors, de la comparaison des premières ne jaillirait-il point un droit commun législatif comme de la comparaison des secondes a jailli un droit commun coutumier ? »

englobe deux sciences absolument distinctes ? » Lambert n'hésite pas à opter pour la seconde branche de cette alternative²⁰⁹⁹.

Dès lors, si chacune des deux sciences poursuit un but distinct, chacune doit avoir par conséquent sa méthode propre. *La méthode du droit comparé* considéré comme science des phénomènes juridiques, « du droit comparé histoire comparative des institutions », ne semble pas soulever de problèmes particuliers²¹⁰⁰ tandis que celle du « droit comparé instrument de révélation du droit commun législatif » pose deux questions principales. En premier lieu, « la détermination de ceux des systèmes juridiques que le comparatiste devra embrasser dans son travail ». Pour Lambert, « le travail du comparatiste [...] ne saurait être fructueux qu'autant qu'il s'exerce sur des législations appartenant au même stade de l'évolution, ou, [...] à la même famille de droits ». Ainsi « la comparaison pourra être établie très utilement entre le groupe latin et le groupe germanique »²¹⁰¹. En second lieu, « les procédés à suivre dans l'étude interne de chacune de ces législations, étude qui est le préliminaire indispensable de toute comparaison ». Là encore, la réponse varie selon que l'on considère le droit comparé comme science sociale ou comme science juridique : le comparatiste historien se contentera de « dégager les lignes directrices, la structure générale, le squelette en quelque sorte de chacun des systèmes juridiques » alors que le comparatiste juriste doit « entreprendre une étude beaucoup plus détaillée, une étude analytique des systèmes juridiques qu'il a pour mission de rapprocher ». A cet égard, ce dernier doit prendre en considération, non seulement les codes mais aussi les diverses lois complémentaires, la jurisprudence, « l'esprit et la raison d'être de chaque solution », le « milieu aux besoins duquel [le droit] s'est accommodé », etc.

La même distinction doit être opérée, toujours selon Lambert, lorsqu'il s'agit d'*histoire du droit comparé*. En tant que science des phénomènes juridiques, le droit comparé est effectivement « une science des plus modernes »²¹⁰² alors que, considéré comme instrument de dégagement d'un fond juridique commun, il s'étend sur « un long cours de siècles »²¹⁰³.

²⁰⁹⁹ « Les deux sciences ne sauraient, sans inconvénient, se mouvoir dans le même cadre. Le domaine du droit comparé, science des phénomènes juridiques, est infiniment plus vaste que celui du droit comparé, mode de dégagement du *droit commun législatif*. Le droit comparé, science sociale, ayant pour but la connaissance des lois de la vie juridique, embrasse toutes les législations, mortes ou vivantes, celles qui se rattachent aux types inférieurs de civilisation, aussi bien que celles qui se rattachent aux types supérieurs. Le droit comparé, élément du droit positif, doit, sous peine d'improductivité, sérier son action et la limiter à un certain nombre de droits vivants et reliés par un lien de parenté. La matière première sur laquelle s'exerce son travail varie selon les temps, selon les lieux ».

²¹⁰⁰ Lambert renvoie, à ce propos, aux travaux d'Esmein. Sur la méthode d'Esmein, cf. *supra.*, p. 389 et s.

²¹⁰¹ Lambert pose la question du groupe anglo-saxon et semble trancher en faveur de son rejet : « Je crois, pour ma part, que les droits anglo-saxons doivent être embrassés par les comparatistes du continent dans le champ de leurs recherches, mais à titre accessoire, à une place plus effacée ». De même est-il conscient que « des difficultés analogues surgissent aussi pour quelques autres systèmes juridiques » ; par exemple, les cantons de la Suisse centrale, vivant sous le régime coutumier.

²¹⁰² « En effet, il n'est pas besoin de remonter un long cours d'années pour retrouver les véritables créateurs de cette science, en Allemagne, avec Bastian, Bachofen, Post ; en Angleterre, avec Sumner-Maine ; en France, avec des écrivains trop connus pour qu'il soit utile de rappeler leurs noms ».

²¹⁰³ « Sans remonter au précédent discuté de la loi des douze tables ou à d'autres exemples que relatent les traditions de l'antiquité, on trouvera déjà l'image – grossière encore – de notre droit commun législatif dans le *jus gentium* romain ».

Enfin, relativement à *l'enseignement du droit comparé*, entendu comme science des phénomènes juridiques, Lambert renvoie à « la belle étude » d'Esmein²¹⁰⁴. S'agissant de l'enseignement du droit comparé comme mode de dégagement du droit commun législatif, il appelle davantage l'attention des congressistes : « Nous aspirons pour lui à une place dans le cycle des études élémentaires, et à une place prédominante ». Concrètement, le rapporteur propose d'établir un cycle de trois années complètes d'étude du droit civil comparé, jusqu'ici simplement proposé à ceux qui poursuivent le « doctorat juridique »²¹⁰⁵. Aux yeux de Lambert, un tel enseignement servirait deux intérêts : l'intérêt social d'une part, dans la mesure où ce droit commun législatif peut exercer « une action bienfaisante [...] en aplanissant les divergences entre [les] législations ; [...] en éliminant ainsi un nombre toujours plus grand de causes de conflits de lois » mais « à condition de pénétrer très largement dans l'enseignement des facultés des divers pays liés par ce droit commun législatif » ; l'intérêt de l'étudiant d'autre part, étouffé « dans l'horizon trop fermé des dispositions du Code civil et des lois complémentaires »²¹⁰⁶.

Le second rapport est celui par lequel l'incontournable Saleilles livre « une impression générale des résultats tant pratiques que scientifiques » issus des travaux de chaque section du *Congrès*²¹⁰⁷. De la première section consacrée à la « Théorie générale et méthode », « il est résulté très certainement [...] que, à côté de la méthode de Droit comparé, qui n'est qu'une fonction de l'évolution générale, il y avait, pour le domaine du Droit, une discipline distincte, indépendante et autonome, qui doit consister à rechercher dans la comparaison des progrès législatifs universels un élément de fécondation du Droit national ». Le droit comparé serait devenu une *science* (« Voilà la science du droit comparé qui commence à se fonder ») et les vœux de Lambert auraient été entendus dans la mesure où « le but de cette discipline serait [...] de dégager de l'ensemble des institutions juridiques particulières un fonds commun, ou tout au moins des points de rapprochement, susceptibles de faire apparaître, dans la diversité apparente des formes, l'identité foncière de la vie juridique universelle ».

La section sur le « Droit civil » montre, quant à elle, que le caractère d'universalité ne s'attache pas uniquement aux lois, aux principes, aux institutions ou aux jurisprudences mais également aux « doctrines juridiques qui sont le fruit de la science et de la technique du droit ». Il faut en conclure par conséquent que les réformes législatives, parce qu'elles

²¹⁰⁴ Etude que l'on peut également retrouver parmi les *Procès-verbaux des séances et documents du Congrès* : *Ibid.*, p. 445-454.

²¹⁰⁵ Limités à une durée de quarante leçons, ces cours facultatifs de doctorat ne permettent effectivement, selon Lambert, d'entreprendre l'étude que d'« une branche extrêmement restreinte du droit comparé. Leur utilité est seulement de montrer à nos étudiants combien pourrait être précieux pour eux l'enseignement que nous ne leur donnons pas et de leur inspirer le désir de remédier par leur propre travail à cette lacune de nos programmes ».

²¹⁰⁶ La critique de l'exégèse est évidente chez Lambert : « Combien de débutants ont été déroutés et rebutés par ces controverses de texte, par ces discussions grammaticales, cette série d'opérations de logique, cet appareil purement technique au milieu desquels l'enseignement du droit interne les lance sans préparation, et n'ont pu deviner les réalités vivantes, les problèmes passionnants que cachent ces abstractions et cet appareil logique ! »

²¹⁰⁷ Les citations qui vont suivre sont donc issues de ce rapport : *Ibid.*, p. 141-153.

dérivent d'un « mouvement de doctrine identique, s'orientent toutes dans le sens d'une pensée analogue ». De même ce mouvement conduit-il à l'universalisation des interprétations législatives, Saleilles considérant en effet qu' « il sera [...] impossible de s'isoler, dans l'interprétation, de cette élaboration scientifique commune ; et c'est encore en s'inspirant d'une évolution scientifique, libre et indépendante, que ces lois devront s'entendre et s'appliquer ». Simplement, le droit comparé ne doit pas avoir pour objet « l'unification universelle envers et contre tous » car « rien ne serait plus antisocial et antiscientifique ».

Se concentrant essentiellement sur la question des sociétés commerciales étrangères, la section de « Droit commercial » s'est livrée, d'après le rapporteur, à « une œuvre extrêmement utile et savante de documentation juridique » puisque chaque intervenant étranger a été en mesure de fournir au *Congrès* « l'état du droit en cette matière, d'après sa loi nationale, et d'après la jurisprudence, qui en est l'expression »²¹⁰⁸.

Une seule question, celle de l'exécution des jugements étrangers, devait figurer à l'ordre du jour de la section de « Droit international privé ». L'accord entre les intervenants marque les travaux de ce groupe : sept résolutions sont en effet adoptées. D'après Saleilles, deux idées principales ressortent de ces vœux : « La première, que l'amélioration des relations juridiques internationales doit être procurée, d'abord et avant tout, au moyen de réformes législatives nationales [...] ; et la seconde idée est que, pour ce qui est du droit de réviser au fond la sentence étrangère, c'est par voie de traités et de conventions diplomatiques entre les Etats que cette faculté pourrait être supprimée ou réglementée ».

L'une des premières missions de la section de « Criminologie » a été de « définir ce qu'il fallait entendre par cette conception, peut-être ancienne, et par ce mot assurément nouveau, de Politique criminelle ». Il s'agit en fait d'une « école nouvelle », distincte à la fois du « système classique pur » et du « système anthropologique », dont les tenants ne « tirent leurs déductions que des faits, en dehors de toute conception métaphysique, qu'elle soit positive ou négative ». Aussi la discussion s'est-elle totalement portée sur la question de la mesure de la peine et son application. A cet égard, deux groupes se sont opposés : les partisans de l'individualisation réclamant la plus large indépendance pour le juge, d'un côté ; les juristes qui ne cessent de protester contre les abus et les inégalités qui en dérivent, de l'autre. Mais finalement, « personne [...] ne réclame une fixation légale étroite et rigoureuse. Il faut donc, à défaut d'un critérium légal dont personne ne veut plus, établir un critérium rationnel et scientifique, de telle sorte que l'éducation du juge se fasse conformément aux idées directrices

²¹⁰⁸ La section de Droit commercial s'est également penchée sur les effets de commerce. A ce sujet, elle a pu noter que « c'est précisément lorsqu'on s'en est tenu au point de vue pratique exclusivement que l'on a pu s'entendre sur les réformes unificatrices à réaliser » ; par exemple en matière de conditions de validité de la lettre de change ou de celle des délais de grâce. En revanche, lorsqu'il s'est agi d'idées doctrinales et de constructions théoriques primordiales, notamment à propos de la question de la provision, « l'accord devint à peu près impossible ». Reprenant les idées de Ihering et de Thaller, Saleilles appelle alors à une *intersion* : « Il ne faut pas partir d'une construction *a priori* pour en déduire les résultats logiques ; mais il faut d'abord aller aux résultats en les envisageant uniquement par leur but et leur concordance pratiques ; et, une fois d'accord sur le fait, construire la théorie, chacun cette fois suivant sa mentalité propre ».

qui correspondraient au critérium nouveau ». Faute de temps, la section s'est simplement contentée de poser le problème.

Enfin, la section de « Droit public » n'avait pas pour but d'apporter un projet de réforme du régime parlementaire mais simplement de reconnaître que ce dernier est sorti « beaucoup moins malmené [des] délibérations qu'on aurait pu s'y attendre »²¹⁰⁹. A vrai dire, la discussion s'est essentiellement portée sur la réorganisation du suffrage et plus précisément la représentation proportionnelle, laquelle s'accommode « de tous les principes théoriques »²¹¹⁰ et a « le mérite considérable de combattre les abstentions ». C'est la raison pour laquelle la section de Droit public convie à accepter le principe de l'élection proportionnelle²¹¹¹.

En définitive, une double direction scientifique ressort de ces études et de ces délibérations : « l'une en matière d'enseignement, [...] l'autre en ce qui touche cette science nouvelle du Droit comparé ». C'est donc avec une pleine satisfaction – et sous une « triple salve d'applaudissements » – que Saleilles conclut son dernier rapport :

« Les promoteurs et les organisateurs de ce premier Congrès international de Droit comparé ont eu raison d'avoir confiance, je ne dis pas, en eux-mêmes, mais dans l'esprit de dévouement scientifique sur lequel ils comptaient, dans l'esprit de vérité au nom duquel ils vous avaient convoqués, dans l'esprit de fraternité aussi dans lequel ils croyaient, et qui leur apparaissait, à eux qui ne sont pas des cosmopolites, mais qui sont, comme vous l'êtes, des fidèles de l'idée de Patrie, qui leur paraissait, dis-je, le seul garant de leur patriotisme, en tant qu'il puise ses éléments et sa raison d'être dans un grand amour de l'humanité et un grand amour du droit et de la justice ».

²¹⁰⁹ Les intervenants se sont en effet tous mis d'accord sur ce point, qu'« il ne pouvait être question, sous prétexte de réforme, de supprimer ce que l'on appelle le régime de discussion, encore moins de porter atteinte à tout ce qui constitue le fonds même de la liberté politique ». De même ont-ils insisté sur « la nécessité de rendre au pouvoir qui gouverne plus d'autorité et d'indépendance » sans pourtant qu'il ne soit possible de supprimer le contrôle du parlement car « c'est en cela précisément que consiste tout le régime parlementaire ».

²¹¹⁰ Grâce à l'intervention des « élus de la Proportionnelle » belges, les congressistes auraient pris conscience que, « des deux reproches faits jadis à ce mode d'élection et considérés comme les seuls sérieux, celui provenant des difficultés pratiques et celui venant de l'application des principes, aucun n'était plus invoqué aujourd'hui ».

²¹¹¹ « Si cette réforme paraît prête à faire son tour du monde, ce n'est pas seulement parce qu'on l'a adoptée ailleurs, c'est uniquement parce que, d'une part, notre raison l'approuve et que, d'autre part, l'expérience déjà faite nous rassure ».

CONCLUSION

Un point commun relie les promoteurs du *Congrès international de droit comparé* : leur critique à l'égard d'une « Ecole » ; celle que Lambert appelle « l'école des interprètes du Code civil ». Aux yeux de ces agrégés (Esmein en 1875, Thaller en 1877, Saleilles en 1884, Gény en 1887 et Lambert en 1896), au demeurant particulièrement sensibles à la méthode historique et à l'apport des sciences sociales, le droit comparé doit justement servir à « combler le vide laissé par l'abandon d'une lecture littérale de la loi reprochée aux auteurs du XIX^e siècle. Il permet de donner une plus grande ampleur aux constructions juridiques fondées sur la recherche de principes qui doivent succéder à la seule étude analytique des textes, tout en leur conférant une objectivité scientifique ardemment recherchée »²¹¹². A cet égard, cette génération de juristes nés entre 1850 et 1870 – Thaller est né en 1851, Saleilles en 1855, Gény en 1861 et Lambert en 1866 – est à rapprocher de la génération précédente – celle de 1870, née entre 1840 et 1850 – en ce qu'elles recourent toutes deux intensivement à la comparaison juridique. Rappelons en effet que 25 % des ouvrages publiés entre 1869 et 1914 s'ouvrent au droit comparé (contre 10 % entre 1815 et 1869) et que 80 % d'entre eux paraissent dès avant 1900 ; ce qui correspond à une période de productivité (et de parution) commune aux deux générations.

Toutefois, si ces dernières se rejoignent dans leur recours au droit étranger, elles se distinguent du point de vue du *mobile*. En effet, alors que les juristes de l'immédiat après-guerre – c'est-à-dire ceux qui publient dès les années 1870 – œuvrent dans l'urgence et s'empressent ainsi de se comparer avec l'Allemagne afin de comprendre et d'*expliquer la défaite* ; ceux de la « nouvelle » génération, dont les travaux commencent à paraître dans les décennies 1880 et 1890, cherchent avant tout à *créer une science du droit* et plus spécialement, en ce qui concerne les « comparatistes de 1900 », une *science du droit comparé*. Désormais, l'accent n'est plus mis sur la *régénération de la France* en tant que nation vaincue mais bien sur le *renouvellement méthodologique de la comparaison juridique*. A ce propos, les instigateurs du Congrès de Paris s'inspirent volontiers des *méthodes* de ceux que Beudant nomme – avec rejet – les « sociologistes » : Thaller lit Spencer, Esmein préface le premier volume de *L'Année sociologique* de Durkheim, Tarde préface *L'individualisation de la peine* de Saleilles, la « libre recherche scientifique » de Gény accueille les données fournies par la sociologie et Lambert se réclame du sociologisme juridique de Ihering. De ce point de vue, leur réunion au cours de l'été 1900 paraît presque naturelle et la jonction de leurs travaux, logique, évidente, inévitable. Il faut dire, d'ailleurs, que les protagonistes sont

²¹¹² C. JAMIN, « Le vieux rêve de Saleilles et Lambert revisité. A propos du centenaire du Congrès international de droit comparé de Paris », art. cit., p. 744.

loin de s'ignorer : Saleilles fait partie du comité de rédaction des *Annales de droit commercial* de Thaller ; il est aussi l'ami d'Esmein et de Gény ; enfin, il se fait appeler « mon cher maître » par Lambert. Surtout, ces juristes de renom œuvrent au sein d'une même association – la *Société de législation comparée* – au moyen de laquelle la tenue du Congrès de Paris, la plus importante (et la plus « collective ») de leurs *concrétisations*, a été rendue possible.

« Il résulte en définitive de cette démarche scientifique qu'à la "législation comparée" succède un "droit comparé" qui ne se limite plus à la seule confrontation des textes de lois, mais prend en considération la jurisprudence, la pratique (commerciale, administrative ou notariale), les doctrines des auteurs et, on y insiste beaucoup, la formation historique et l'évolution de l'ensemble du régime de droit considéré. On débouche ainsi sur une notion nouvelle : celle de *système juridique* en tant que complexe éthico-juridico-social, différent de la seule législation normative d'un pays donné »²¹¹³.

Ainsi l'histoire de la comparaison juridique connaît-elle un « moment 1900 » et si cette date marque « la fin d'une époque : celle des grands commentateurs du Code civil »²¹¹⁴, elle constitue en même temps – pour reprendre les termes de Gutteridge – « l'acte de naissance du droit comparé moderne ». Il appartenait désormais aux comparatistes de 1900, et à leurs successeurs, de faire perdurer l'« esprit » du *Congrès international de droit comparé*.

²¹¹³ M. ANCEL, *Utilité et méthodes du droit comparé*, op. cit., p. 20.

²¹¹⁴ C. JAMIN, « Le vieux rêve de Saleilles et Lambert revisité. A propos du centenaire du Congrès international de droit comparé de Paris », art. cit., p. 736.

CHAPITRE II – L'ESPRIT DU *CONGRES INTERNATIONAL DE DROIT COMPARE*

Si 1900 constitue un véritable « acte de naissance » pour les comparatistes actuels, en a-t-il été de même pour tous les juristes contemporains de cette date ? Autrement dit, comment ces derniers ont-ils vécu ce « moment 1900 » ? Les auteurs d'ouvrages juridiques répondent-ils au programme qu'a entendu tracer le Congrès de Paris ? Quant aux fondateurs de revues de droit, relayent-ils dans leurs périodiques les nouvelles idées et orientations qui ont vu le jour au cours de cette manifestation scientifique internationale ? Ou les œuvres des jurisconsultes des décennies 1900-1910 se signalent-elles au contraire par un silence lorsqu'il s'agit, à la suite des « comparatistes de 1900 », de construire une *science* du droit comparé ? En un mot, la question de l'écho du *Congrès international de droit comparé* vient à se poser (Section 1).

Fort ou faible, une chose est sûre : cet écho a été rendu possible et a été entretenu par des juristes bien identifiés, à commencer par les instigateurs du *Congrès* eux-mêmes. Saleilles à leur tête, ils devaient en effet poursuivre – individuellement ou collectivement – leurs travaux de comparatistes dans le sens indiqué à l'été 1900. Promoteurs de l'idée d'un congrès de droit comparé, ces derniers sont alors devenus les gardiens de l'« esprit » du Congrès de Paris (Section 2).

Section 1 – L'écho du *Congrès* dans la doctrine juridique française

Vouloir mesurer l'écho du *Congrès international de droit comparé* de 1900, c'est-à-dire d'une réunion de juristes – français et étrangers – désirant établir une *science du droit comparé*, c'est finalement se poser la question de savoir si, au même moment, d'autres juristes français ne s'engagent pas dans des voies différentes. Prenons par exemple le cas d'un « cercle intellectuel » éloigné de Paris, à savoir l'*Académie de Législation de Toulouse*²¹¹⁵. Fondée en 1851 dans la ville rose, sa distance avec Paris n'est en réalité que géographique, non pas institutionnelle ni même idéologique, dans la mesure où de nombreux associés ordinaires de l'*Académie* toulousaine deviendront également membres de la *Société de législation comparée* (SLC) qui sera créée dix-huit ans plus tard à Paris²¹¹⁶. Qu'ils agissent au sein de l'un ou l'autre réseau, ces hommes œuvrent en effet « dans le but de contribuer au développement de la science du Droit »²¹¹⁷. Ainsi, lorsque Henri Pascaud (1835-1909), conseiller à la cour d'appel de Chambéry, aborde le droit suisse *via* deux articles qu'il présente à l'*Académie de Législation* – l'un portant sur le projet de Code pénal militaire de la Confédération suisse de 1884²¹¹⁸, l'autre sur la loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite²¹¹⁹ –, il entend le faire dans « un but de progrès national. Le droit comparé sert, comme aux premiers temps de l'anti-exégèse, à prendre exemple sur les législations étrangères pour former, construire, élaborer le droit français »²¹²⁰. Dans le même ordre d'idée, Mérignhac, associé ordinaire de l'*Académie* de Toulouse mais également membre de la SLC, qualifiera « les dispositions du nouveau code civil allemand et des lois qui

²¹¹⁵ Sur cette dernière, consulter la thèse de Pierre-Louis Boyer : P.-L. BOYER, *Un cercle intellectuel au cœur de l'évolution de la doctrine juridique. L'Académie de législation de Toulouse (1851-1958)*, Thèse, Droit, Toulouse, 2010.

²¹¹⁶ Tels Molinier, Huc, Vidal, Batbie, Charles Capmas (1818-1898), Arnault (sur cet auteur, cf. *supra.*, p. 351, note 1775), Alexandre Mérignhac (1857-1927), Louis-Gustave Fraissangea (1860-1933), Edouard Privat, Antonin Deloume (1836-1911), Auguste-Gabriel Demante (1821-1909), Edgard Rouard de Card (1853-1934), Raymond Serville ou Humbert.

²¹¹⁷ C'est ce que dispose effectivement l'article premier des Statuts organiques de l'*Académie de Législation* : « Il est constitué à Toulouse une société dans le but de contribuer au développement de la science du Droit. Cette Société prendra le titre d'Académie de Législation ».

²¹¹⁸ H. PASCAUD, « Etude sur le projet de Code Pénal militaire de la Confédération Suisse », *Recueil de l'Académie de Législation de Toulouse*, t. XXXV, 1886-87, p. 20-84.

²¹¹⁹ H. PASCAUD, « Le régime de la faillite en Suisse », *Recueil de l'Académie de Législation de Toulouse*, t. XL, 1891-92, p. 185-214.

²¹²⁰ P.-L. BOYER, *Un cercle intellectuel au cœur de l'évolution de la doctrine juridique...*, *op. cit.*, p. 395. En effet, dans son premier article, « Henri Pascaud passe en revue l'ensemble des dispositions du Code pénal militaire suisse en les comparant aux règles françaises, et soutient cette initiative législative qui permettrait de mettre fin aux anciennes "dispositions obscures et contradictoires" par une "œuvre considérable, remarquable, [...] qui constitue [...] un sérieux progrès." » (*Ibid.*, p. 395). De même, dans son second article sur le régime de la faillite en Suisse, l'auteur insiste sur les « procédés rapides et sûrs » de la loi helvétique, lesquels méritent en effet « toute l'attention de ceux qui ont eu à constater l'existence de regrettables lenteurs dans notre pays » (H. PASCAUD, « Le régime de la faillite en Suisse », *art. cit.*, p. 202). Aussi invite-t-il le Parlement français à « s'inspirer dans l'élaboration de cette législation sur la faillite qui toujours se prépare sans jamais s'achever, des réformes utiles opérées par une nation amie des innovations bienfaisantes ! » (*Ibid.*, p. 213-214).

le complètent, [de] dispositions remarquables en beaucoup de points et qui méritent dès lors de fixer sérieusement l'attention du pouvoir législatif français »²¹²¹.

Mais le cas de l'*Académie de législation de Toulouse* se révèle autrement intéressant en ce qu'il rappelle que les juristes français de l'extrême fin du XIX^e siècle et de la première décennie du XX^e sont pour la plupart les témoins des événements de 1870 et tournent, précisément pour cette raison, leur regard vers l'étranger, en particulier l'Allemagne. Autrement dit, si des juristes français – les congressistes de 1900 – peuvent s'intéresser à la comparaison juridique de manière purement spéculative et dans un esprit de rénovation méthodologique, d'autres y ont recours pour des raisons beaucoup plus pragmatiques : la guerre, vécue ou crainte. En effet, Pierre-Louis Boyer fait remarquer à cet égard que « la "troisième génération" d'académiciens vécut dans la peur constante du conflit et des rapports franco-allemands, bercée par le souvenir de la guerre de 1870 qui avait bafoué le patriotisme français en spoliant la nation de deux de ses régions. Cette frustration extrême, teintée à la fois d'un désir de vengeance et d'une crainte de l'ennemi, entraîna au sein des milieux juridiques de très nombreuses réflexions sur le droit militaire et l'Académie de législation de Toulouse n'échappa pas à ce mouvement, publiant une quantité importante de travaux avant et pendant le premier conflit mondial »²¹²². Pour la même raison, les membres de l'institution toulousaine ont également mis l'accent sur l'étude du droit international ; tels Mérignhac qui publie par exemple un article sur les accords franco-anglais et franco-italien en matière d'arbitrage international²¹²³, Joseph Bressolles (1853-1918) pour qui « ajouter à sa propre

²¹²¹ A. MERIGNHAC, « Le nouveau Code Civil allemand », *Recueil de l'Académie de Législation de Toulouse*, t. XLVII, 1898-99, p. 85-139. « Il faut se garder [...] d'un chauvinisme exagéré, poursuit-il en effet, et ne point hésiter à accepter parmi les dispositions nouvelles celles, et elles sont nombreuses, qui sont marquées au coin de la sagesse théorique et de l'utilité pratique. Souhaitons que, dans l'avenir, les débats auxquels donnera lieu la réforme de notre législation civile, soient conduits avec cet esprit modéré qui est celui du législateur vraiment digne de ce nom et qui sait éviter à la fois et les enthousiasmes exagérés et les exclusivismes absolus » (*Ibid.*, p. 139).

²¹²² P.-L. BOYER, *Un cercle intellectuel au cœur de l'évolution de la doctrine juridique...*, *op. cit.*, p. 153. L'on peut notamment citer : P. FABREGUETTES, « Des armes, des poudres, des munitions, de la dynamite et des explosifs en général », *Recueil de l'Académie de Législation de Toulouse*, t. XLIX, 1895-96, p. 84-124 ; A. DELOUME, « Les lois de la guerre contemporaine, à l'occasion du livre de Monsieur Mérignhac, sur la Conférence de la Paix et la convention de La Haye en 1899 », *Recueil de l'Académie de Législation de Toulouse*, t. XLIX, 1900-01, p. 1-48 ou encore A. MERIGNHAC, « Des réquisitions et contributions de guerre », *Recueil de l'Académie de Législation de Toulouse*, t. LII, 1905, p. 56-83.

²¹²³ A. MERIGNHAC, « Le traité d'arbitrage permanent au XX^e siècle. Les accords franco-anglais et franco-italien des 14 octobre et 25 décembre 1903 », *Recueil de l'Académie de Législation de Toulouse*, t. LI, 1903, p. 135-194. Alexandre-Géraud-Jacques-Antoine Mérignhac est né le 21 janvier 1857. Agrégé le 12 mai 1884, il enseigne dans les facultés de Bordeaux et d'Aix puis revient à Toulouse en 1887 où il est alors chargé du cours de droit international privé ; il en obtient d'ailleurs la chaire en 1892. Premier à dispenser dans la ville rose le cours de législation et d'économie coloniale, il devient également en 1903 le titulaire de la chaire de droit international public. Particulièrement intéressé par les questions des colonies françaises et des rapports européens (A. MERIGNHAC, *Traité théorique et pratique de l'arbitrage international : le rôle du droit dans le fonctionnement actuel de l'institution et dans ses destinées futures*, Paris, Larose, 1895 ; A. MERIGNHAC, « La situation actuelle et les rapports de l'Andorre, de la France et de l'Espagne », *Bulletin du comité des travaux historiques et scientifiques. Section des sciences économiques et sociales. Congrès des sociétés savantes de 1899 tenu à Toulouse*, 1900, p. 253-267 ; A. MERIGNHAC, *Les pratiques anglaises dans la guerre terrestre*, Paris, Pédone, 1901 ; A. MERIGNHAC, *Le traité d'arbitrage franco-anglais du 14 octobre 1903*, Paris, Pédone, 1903 ; A. MERIGNHAC, *Les lois et coutumes de la guerre sur terre d'après le droit international moderne et la*

science l'expérience des autres [...] est une véritable nécessité »²¹²⁴ ou encore Deloume, spécialiste du droit international pénal ayant recours au « travail de législation comparée proprement dit » dans le but d'« arriver à cette union, à cet accord international si désirable »²¹²⁵.

C'est qu'en effet, comme le souligne Claude Digeon, « les considérations politiques et les problèmes nationaux ont pris entre 1870 et 1914 une importance grandissante parmi les écrivains et les hommes de pensée. L'époque le veut, où les questions sociales s'imposent à l'attention des esprits. La différence qui sépare les "artistes" d'avant 1870 et les "intellectuels" d'avant 1914 est significative. Les uns s'étaient consciemment détournés de l'examen des réalités internationales. Les autres au contraire s'intéressent passionnément à ces luttes temporelles qu'ils transposent, à peine, dans leurs œuvres »²¹²⁶. Ainsi s'explique la multiplication, chez les juristes français, des études de droit international et de droit comparé. Toutefois, aux alentours de l'année 1900, « ce qui préoccupe l'opinion publique, ce ne sont plus les souvenirs du passé, mais la crainte de la guerre future »²¹²⁷ et cette impression, partagée par les juristes, favorise également le développement des thèses nationalistes. « Né de la conscience profonde de la défaite de 1870, [le nationalisme français] est constamment renforcé jusqu'en 1914 par des alertes qui rappellent l'humiliation invengée »²¹²⁸. Ce phénomène s'observe assez facilement à travers les écrits de la doctrine juridique. Pour ne retenir et ne rester ici que sur le seul exemple de l'*Académie de Législation de Toulouse*, l'on peut effectivement relever certains propos, assurément dénués de toute ambiguïté : si Polydore Fabreguettes (1846-1942), premier président à la Cour d'appel de Toulouse²¹²⁹,

codification de la conférence de La Haye de 1899, Paris, Marescq, 1903 ; A. MERIGNHAC, *Traité de droit public international*, Paris, Pichon, 1905), il écrira : « Coloniser, c'est se mettre en rapport avec des pays neufs, pour profiter des ressources de toute nature de ces pays, les mettre en valeur dans l'intérêt national, et en même temps apporter aux peuplades primitives qui en sont privées les avantages de la culture intellectuelle, sociale, scientifique, morale, artistique, littéraire, commerciale et industrielle, apanage des races supérieures » (A. MERIGNHAC, *Précis de législation et d'économie coloniales*, Paris, L. Larose & Tenin, 1912, p. 205).

²¹²⁴ J. BRESSOLLES, « Questions de droit international », *Recueil de l'Académie de Législation de Toulouse*, t. XXXII, 1883-84, p. 253-254. Inscrit au barreau comme avocat stagiaire en 1873, Jean-Pierre-Marie-Joseph Bressolles (1853-1918) est reçu agrégé des facultés de droit en 1877. Il intègre alors la faculté de droit de Toulouse, où il obtient la chaire de procédure civile en 1888. Fêré d'histoire du droit, son « Histoire de l'ordonnance criminelle de 1670 » (J. BRESSOLLES, « Histoire de l'ordonnance criminelle de 1670 », *Recueil de l'Académie de Législation de Toulouse*, t. XXX, 1881-82, p. 97 et s.) est honorée d'une mention par l'Académie des sciences morales et politiques. De même, son mémoire sur *le rôle du tribunal sous la constitution de l'an VIII, et sa participation au code civil* est distingué par l'Académie de Législation de Toulouse par une médaille d'or.

²¹²⁵ A. DELOUME, « Principes généraux du droit international en matière criminelle », *Recueil de l'Académie de Législation de Toulouse*, t. XXIX, 1880-81, p. 260.

²¹²⁶ C. DIGEON, *La crise allemande de la pensée française...*, *op. cit.*, p. 532-533.

²¹²⁷ *Ibid.*, p. 490.

²¹²⁸ *Ibid.*, p. 518.

²¹²⁹ Né le 24 août 1846, Jean-Etienne-Polydore Fabreguettes commence sa carrière comme substitut à Albi en 1870. Il est cependant destitué le 27 décembre 1873 car on lui reproche d'être l'ami de Gambetta et de dispenser des conférences sur les droits de la femme. Il lui faut alors attendre le 15 mars 1879 pour retrouver une place dans la magistrature en qualité de substitut puis d'avocat général à Toulouse. Procureur général à Lyon,

parle d'une « guerre continentale [qui] doit s'entendre, aussi bien d'une guerre avec des puissances comme l'Angleterre ou l'Allemagne, que d'un conflit avec des nations du continent lui-même »²¹³⁰, Deloume qualifie quant à lui le désarmement général d'« illusion généreuse, mais irréalisable »²¹³¹ et Mérignhac pointe de son côté les réquisitions « absolument condamnables » portant sur les choses qui ont un caractère voluptuaire « telles que les fournitures de vins fins, gibier, cigares, liqueurs, articles de toilette et autres objets de luxe dont les Prussiens ont tant abusé en 1870-71 »²¹³²; craignant en outre « qu'on ne soit tenté, dans les guerres futures, d'en revenir à la règle ancienne, d'après laquelle le pays devait nourrir l'envahisseur »²¹³³.

Ces préoccupations du début du siècle expliqueraient-elles le silence relatif des revues juridiques à l'égard de la tenue du *Congrès international de droit comparé* de 1900 (§1), lequel est avant tout placé sous l'égide de la *science* ? Si ce dernier ne paraît pas non plus massivement relayé ni même systématiquement évoqué par les rédacteurs d'ouvrages de droit, il semble toutefois que les promoteurs de 1900 aient trouvé parmi eux des successeurs désireux de poursuivre les travaux de comparaison juridique (§2).

§1. La relative indifférence des revues juridiques

Lorsque l'on s'intéresse aux principaux périodiques juridiques au tournant du XX^e siècle, l'on peut être étonné du *silence* quasi général relativement au *Congrès international de droit comparé* de 1900. Pour être précis, il faut en réalité distinguer entre les revues de droit qui n'évoquent absolument pas le sujet, celles qui ne l'annoncent que très timidement et celles qui se contentent de reproduire les publications de certains congressistes.

Les revues juridiques n'évoquant absolument pas le Congrès de Paris sont relativement nombreuses. Parmi notre corpus²¹³⁴, figure en premier lieu le *Journal du droit administratif*

Fabreguettes revient finalement dans la ville rose comme premier président à la cour d'appel en 1884. Enfin, le 17 octobre 1896, il est appelé comme conseiller à la Cour de cassation. Il est l'auteur d'un *Traité des infractions de la parole : de l'écriture et de la presse* (1884), de *La responsabilité des criminels. Etudes de philosophie pénale* (1892), d'un *Traité des eaux publiques et des eaux privées* (1911) et de *La logique judiciaire et l'art de juger* (1914). Fabreguettes était notamment l'ami d'Ernest Wallon (1851-1921), professeur à la Faculté de droit de Toulouse. Sur ces informations : P.-L. BOYER, *Un cercle intellectuel au cœur de l'évolution de la doctrine juridique...*, *op. cit.*, p. 154-155.

²¹³⁰ P. FABREGUETTES, « Des armes, des poudres, des munitions, de la dynamite et des explosifs en général », *art. cit.*, p. 90. L'italique est de notre fait.

²¹³¹ A. DELOUME, « Les lois de la guerre contemporaine, à l'occasion du livre de Monsieur Mérignhac, sur la Conférence de la Paix et la convention de La Haye en 1899 », *art. cit.*, p. 5.

²¹³² A. MERIGNHAC, « Des réquisitions et contributions de guerre », *art. cit.*, p. 62. Nous soulignons.

²¹³³ *Ibid.*, p. 57. Nous soulignons.

²¹³⁴ Cf. *infra.*, p. 501-502.

qui, conformément au programme tracé par ses fondateurs en 1853, n'entend pas inclure dans son champ d'étude les législations étrangères ni même promouvoir la science du droit comparé²¹³⁵. Aussi son silence à l'égard du Congrès de 1900 se comprend-il aisément.

L'absence d'écho au sein de la *Revue catholique des institutions et du droit* est peut-être moins évidente. Il faut se souvenir en effet que, lorsque le Révérend Père Sambin crée ce mensuel en 1872 dans le but de « refaire la France dans son droit et ses institutions », les contributeurs qui participent à ce projet n'hésitent pas à passer en revue les lois étrangères ainsi qu'à inviter à l'imitation des « nations qui nous entourent »²¹³⁶. Bref, le comparatisme observé chez ces juristes laissait logiquement supposer une réaction de ces derniers à l'égard du Congrès de droit comparé de l'été 1900 : il n'en fut rien²¹³⁷.

Le mutisme de la *Revue générale d'Administration*, fondée par Block en 1878, peut s'expliquer quant à lui au regard de la mission première du périodique qui est – pour rappel – d'enseigner, de contrôler, de critiquer et d'indiquer les progrès à réaliser, les réformes à accomplir²¹³⁸. En d'autres termes, celle-ci consiste davantage à s'intéresser aux pratiques, aux mesures, aux procédés administratifs, ainsi qu'aux « projets d'amélioration », qu'ils soient par ailleurs nationaux ou d'origine étrangère, qu'aux grandes questions de renouvellement méthodologique de la comparaison juridique. L'idée, en effet, est que les auteurs de la *Revue* usent du droit comparé, « de façon opportune et pragmatique et non théorique et dogmatique »²¹³⁹.

Plus surprenant sans doute est le mutisme du *Bulletin du comité des travaux historiques et scientifiques (Section des sciences économiques et sociales)*. L'objet de cette *Section* n'est-il pas de promouvoir la publication de tout document ou travail scientifique²¹⁴⁰ ? Silence d'autant plus étonnant que le *Comité des travaux historiques et scientifiques* est assurément lié avec la *Société de législation comparée* (SLC) organisatrice du Congrès de 1900. En effet, qu'il s'agisse de Glasson ou de Lyon-Caen, tous deux membres du comité d'organisation du *Congrès international de droit comparé* ; d'Aucoc, vice-président dudit comité ou encore de Picot, président du comité et de la SLC en 1899-1900 ; tous ont appartenu à la *Section des sciences économiques et sociales*²¹⁴¹.

²¹³⁵ Sur ce journal, cf. *supra.*, p. 187 et s.

²¹³⁶ Sur ces points, cf. *supra.*, p. 356 et s.

²¹³⁷ De même, le catholicisme « assumé » de certains promoteurs du *Congrès international* (dont, en premier lieu, Saleilles), ou de quelques-uns de ses intervenants, aurait pu attirer l'attention des directeurs de la *Revue catholique* et les amener ensuite à s'intéresser aux travaux des congressistes. A notre connaissance, cela ne semble pas avoir été le cas.

²¹³⁸ Cf. *supra.*, p. 349.

²¹³⁹ F. CHERFOUH, *Le juriste entre science et politique...*, *op. cit.*, p. 309.

²¹⁴⁰ Sur ce bulletin, cf. *supra.*, p. 359 et s.

²¹⁴¹ Nous pourrions ajouter Challamel, secrétaire général adjoint du *Congrès international de droit comparé* (avec Saleilles), qui avait en effet contribué au *Bulletin du comité des travaux historiques et scientifiques* en 1887 (sur cette publication, cf. *supra.*, p. 361 et s.).

Comment expliquer, dès lors, ce qui pourrait s'apparenter à un *désintérêt* ? La clef d'explication est peut-être celle qu'apporte la *Société générale des prisons* (SGP). Selon cette dernière, en effet,

« le Congrès de droit comparé a souffert de la concurrence de ses multiples prédécesseurs, qui, depuis le mois de mai, se réunirent sans interruption, quelquefois par groupes de trois ou quatre. A la fin de juillet, la clientèle habituelle de ces assises scientifiques était déjà surmenée, blasée, mise en fuite par l'extrême chaleur et nous devons nous estimer heureux d'avoir pu compter à la séance d'ouverture près de deux cents congressistes, applaudissant le magistral discours de M. Georges Picot »²¹⁴².

Un manque de succès dû à un calendrier beaucoup trop chargé pour les contemporains du Congrès de Paris de juillet-août 1900 ? C'est possible. A cet élément conjoncturel vient s'en ajouter un autre, ayant trait cette fois-ci à l'organisation et au déroulement même du Congrès : « Divisé en six Sections, dont chacune formait elle-même un petit Congrès, isolé dans sa spécialité, ayant ses heures de réunion particulières, si bien que, à la grande désolation des organisateurs, "l'interpénétration" des Sections [...] ne s'est opérée que bien incomplètement, et encore grâce à la vaillante activité de [...] M. Saleilles, qui, par son incessante ubiquité, a été le lien le plus tangible entre ces ramifications récalcitrantes et oubliées de leur parenté collatérale »²¹⁴³.

Sans doute ce compte-rendu mitigé du Congrès organisé par la SLC trahit-il en réalité les espoirs déçus de la SGP. *Le Bulletin de la Société générale des prisons est en effet l'un des rares périodiques à avoir assuré la promotion du Congrès de 1900*²¹⁴⁴. La première annonce est faite dans le numéro du mois de janvier 1900 et se concentre, naturellement, sur les seules sections du Congrès attachées aux matières pénales et pénitentiaires c'est-à-dire la première²¹⁴⁵ et la sixième²¹⁴⁶. Dans le numéro du mois de mars de la même année, la SGP va

²¹⁴² P. CUCHE, « Le congrès international de droit comparé », *Revue pénitentiaire : Bulletin de la Société générale des prisons*, Vingt-quatrième année, juill.-nov. 1900, p. 1145.

²¹⁴³ *Ibid.*, p. 1145.

²¹⁴⁴ Avec lui, nous ne relevons en effet que la timide annonce du *Journal des sociétés civiles et commerciales* (sur ce journal, cf. *supra.*, p. 345 et s.) : « Ce congrès se tiendra à Paris, tant au siège de la Société de législation comparée (Rue de Rennes, 44) que dans la salle des fêtes et les locaux de la faculté de droit de l'université de Paris, du mardi 31 juillet au samedi 4 août 1900. La commission d'organisation a pour Président M. Georges Picot, membre de l'Institut, Président de la société de législation comparée ; et pour secrétaire-général, M. Fernand Daguin, avocat à la cour d'appel de Paris, secrétaire-général de la société de législation comparée. Parmi les questions figurant au programme de la commission d'organisation se trouvent celles suivantes : *Droit commercial*. 1° De la situation juridique faite, dans chaque pays, aux sociétés de commerce étrangères. 2° Des moyens à employer pour réaliser l'uniformité des lois et des usages en matière d'effets de commerce » (*Journal des sociétés civiles et commerciales*, vingtième année, 1899, p. 175).

²¹⁴⁵ « Où on étudiera, lit-on au *Bulletin* de la SGP, *la théorie générale et la méthode*, on examinera, notamment, la fonction et la science du droit comparé par rapport à la criminologie. C'est le professeur M. A. Le Poittevin qui fera le rapport » (*Revue pénitentiaire : Bulletin de la Société générale des prisons*, Vingt-quatrième année, janv. 1900, p. 200).

²¹⁴⁶ « Dans la sixième (*Criminologie*), dont M. le professeur Cuche sera le secrétaire-rapporteur, on traitera : 11° *Question*. – Les tendances nouvelles en matière pénale ; leur influence sur le mouvement législatif des différents pays ; la part faite, en particulier, à l'Ecole mixte qui voit dans la législation criminelle surtout un procédé de politique sociale, et que l'on désigne en Allemagne sous le nom de *Kriminal-Politik*. 12° *Question*. – Les progrès du régime pénitentiaire ; de l'influence exercée par la comparaison des lois étrangères sur les

plus loin et insiste sur l'« importance exceptionnelle non seulement pour les criminalistes théoriciens, mais pour les praticiens de la science pénitentiaire » du « Congrès, dont la Société de législation comparée a pris récemment l'initiative »²¹⁴⁷. A ses yeux, la douzième question du Congrès – l'influence exercée par la comparaison des lois étrangères sur les modifications apportées au régime pénitentiaire – est d'un « intérêt considérable » parce qu'« il n'est pas de domaine où l'esprit d'imitation entre nations voisines s'accuse plus nettement que dans les institutions pénitentiaires »²¹⁴⁸. Aussi la SGP invite-t-elle ses collègues et lecteurs à réserver « non seulement [...] un accueil sympathique, mais [...] une collaboration très active »²¹⁴⁹ aux organisateurs d'un Congrès de droit comparé qui sera « le seul – en France tout au moins – où ces questions [pénitentiaires] figureront à l'ordre du jour : la discussion des rapports de la 6^e Section (*Criminologie*) fournira donc aux criminalistes de tous pays et de toutes tendances une occasion peut-être unique d'échanger leurs idées et d'entrer en relations »²¹⁵⁰. Se sentant liée par ces questions de droit comparé²¹⁵¹, la SGP n'hésite effectivement pas à rappeler les lieux où se tiendront les séances du Congrès (siège de la SGP et Faculté de droit de Paris), « milieu plus calme que le Palais des Congrès [où] les congressistes se sentiront vraiment chez eux »²¹⁵², ainsi que le montant de la cotisation à adresser à « M. Héron de Villefosse, trésorier du Congrès, rue de l'Université, 29 ». Une troisième annonce, signée « P.C. »²¹⁵³, revient encore sur les deux questions inscrites à l'ordre du jour de la sixième section du *Congrès international de droit comparé* : la première ayant pour objet l'étude des tendances nouvelles en matière pénale²¹⁵⁴ ; la seconde portant sur l'influence de la législation comparée sur le développement et les progrès des institutions pénitentiaires²¹⁵⁵.

modifications apportées au régime pénitentiaire sous ses formes diverses, métropolitaines et coloniales » (*Revue pénitentiaire : Bulletin de la Société générale des prisons*, Vingt-quatrième année, janv. 1900, p. 201).

²¹⁴⁷ *Revue pénitentiaire : Bulletin de la Société générale des prisons*, Vingt-quatrième année, mars. 1900, p. 558.

²¹⁴⁸ *Ibid.*, p. 558. « C'est à cet esprit d'imitation, poursuit le *Bulletin*, que nous devons déjà la transportation et que nous devons peut-être bientôt les sentences indéterminées ; c'est sous l'autorité de législations étrangères que se sont introduites chez nous la condamnation et la libération conditionnelles ; c'est encore l'exemple de nos voisins, des Belges notamment, qui nous inspirera, quand nous songerons enfin à organiser sérieusement chez nous la répression de la mendicité et du vagabondage : c'est l'exemple de la Suisse, de l'Angleterre, des pays scandinaves que nous invoquerons pour créer des asiles de buveurs, etc. » (*Ibid.*, p. 558).

²¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 558.

²¹⁵⁰ *Ibid.*, p. 558.

²¹⁵¹ « Sans aller plus loin, le droit comparé n'est-il pas en permanence à l'étude dans notre Revue ? N'est-ce pas là la meilleure preuve de son importance dans les questions pénitentiaires ? » (*Ibid.*, p. 558).

²¹⁵² *Ibid.*, p. 558.

²¹⁵³ Très certainement Paul Cuche (1868-1943), membre de la SGP et secrétaire-rapporteur de la sixième section du *Congrès international de droit comparé*. Pour plus d'informations sur cet auteur : J.-L. HALPERIN, V^o « Cuche », *Dictionnaire historique des juristes français...*, op. cit., 1^{ère} éd., 2007, p. 219.

²¹⁵⁴ « Sous cette rubrique un peu large se cache un terrain de recherches et de discussion parfaitement défini dans la pensée des organisateurs du Congrès. Quels sont aujourd'hui, après un quart de siècle de polémique et d'agitation, les différents groupes scientifiques pouvant prétendre au titre d'Ecole de science ou de droit criminels ? Une fois cette classification faite, quels sont en quelque sorte la physionomie et les traits généraux de chacune de ces Ecoles ? Quels sont entre elles les points essentiels de divergence correspondant à la diversité des étiquettes ? N'y a-t-il point, d'autre part, une tendance, commune à toutes les Ecoles, quels que soient leur désaccord et leurs luttes dans le domaine de la théorie ? Et la réponse est que cette tendance existe et qu'elle a

C'est ce même auteur qui se chargera du compte rendu des trois séances tenues par la Section de Criminologie au Congrès de Paris. S'il salue l'« excellent rapport de MM. Demogue et Lerebours-Pigeonnière » sur l'influence du droit comparé en matière de développement du régime pénitentiaire (douzième question du Congrès), il déplore cependant qu'« il n'a point paru que la Section fût suffisamment préparée à aborder cette discussion avec la documentation très précise qu'elle requiert »²¹⁵⁶, tout comme il regrette « que des travaux du même genre n'aient pas été faits par nos collègues étrangers, car ils auraient formé pour nous une documentation des plus précieuses »²¹⁵⁷. En effet, toute l'attention de la Section de Criminologie a été absorbée par la onzième question du Congrès concernant la notion et le but de la Politique criminelle²¹⁵⁸. Là encore, l'auteur du compte rendu exprime un regret : l'absence du « plus illustre représentant de la science pénale allemande », « l'éminent professeur berlinois » Liszt²¹⁵⁹. Pour le reste, il faut noter l'estime accordée à deux juristes français en particulier : « M. le professeur Garçon, qui, dans cette forme originale et simple qui le fait toujours écouter, s'est en somme constitué le défenseur de la thèse de Von Liszt »²¹⁶⁰ ; et « M. Saleilles, qui a montré quelle était l'attitude de l'Ecole de la politique criminelle dans la question de la responsabilité morale », dans « une intervention très

trouvé son expression dans la Politique criminelle, c'est-à-dire dans la recherche expérimentale et sans aucun esprit de système des procédés les plus efficaces, dans un temps et un milieu donnés, pour combattre le crime dans un but exclusif de défense sociale. Il s'agit dès lors de préciser ce mouvement d'idées utilitariste, d'en déterminer les contours et le contenu ; et l'on aura ainsi reconnu et délimité un vaste champ d'activité pour la pensée scientifique et pour les initiatives généreuses de la pratique, où tous les gens de bonne volonté pourront se rencontrer et s'entendre, sans rien sacrifier de leurs convictions intimes : il leur suffira pour un moment de mettre, comme on dit, leur drapeau dans leur poche. Juristes ou sociologues, déterministes et spiritualistes, tous peuvent apporter leur utile contribution à l'étude des questions de Politique criminelle ; tous peuvent aboutir aux mêmes conclusions, quand il s'agit d'organiser concrètement la prévention du crime, par la lutte contre l'alcoolisme, l'extrême misère, la mendicité, le vagabondage, par la suppression dans les limites du possible des courtes peines d'emprisonnement, par une énergique et large intervention en faveur des enfants en danger moral, etc. » (*Revue pénitentiaire : Bulletin de la Société générale des prisons*, Vingt-quatrième année, juin 1900, p. 996-997).

²¹⁵⁵ « Est-il besoin d'insister sur l'aspect particulièrement pratique de cette question ? Y a-t-il chez nous beaucoup d'institutions pénitentiaires qui n'aient point pénétré dans notre législation par la voie de l'imitation, à commencer par la transportation et la condamnation conditionnelle ? Cette imitation a-t-elle toujours été heureuse ? N'y a-t-il point certaines règles générales à poser, qui permettraient d'utiliser plus sûrement, dans notre matière, les données de la législation comparée ? Cette question pourrait être étudiée d'une façon précise pour les sentences indéterminées, les asiles de buveurs, la cellule pour les peines de longue durée, etc. » (*Ibid.*, p. 997).

²¹⁵⁶ P. CUCHE, « Le congrès international de droit comparé », art. cit., p. 1145-1146.

²¹⁵⁷ *Ibid.*, p. 1146. Aussi Cuhe désire-t-il « vivement [...] voir inscrite au programme d'un Congrès pénitentiaire ou de l'Union internationale de droit pénal » (*Ibid.*, p. 1146) – à laquelle il appartient d'ailleurs – cette discussion.

²¹⁵⁸ « La politique criminelle (*Kriminalpolitik*) désigne précisément cette orientation de la science et de la législation répressives, qui permettra à tous les criminalistes, quelles que soient leurs idées philosophiques, de collaborer et de s'entendre » (*Ibid.*, p. 1146).

²¹⁵⁹ « On a reconnu bien vite, avoue effectivement Cuhe, que, en l'absence des rapporteurs étrangers, MM. Alfred Gautier, Alimena, Mittermaier et surtout en l'absence de M. Von Liszt, il fallait renoncer à une discussion véritable et se contenter d'un échange de vues parfois fort peu divergentes » (*Ibid.*, p. 1147).

²¹⁶⁰ *Ibid.*, p. 1147.

heureuse »²¹⁶¹. Surtout, la motion formulée par la Section de Criminologie, proposée puis adoptée au Congrès, est rappelée : « I. – Une Commission scientifique internationale se réunissant à Paris est chargée de rechercher les idées directrices qui pourraient être recommandées aux juges dans la mesure des peines. II. – Cette Commission pourrait étendre ses travaux à l'étude des peines considérées au point de vue législatif (non plus seulement au point de vue judiciaire) et considérées au point de vue de leur nature (non plus seulement au point de vue de leur durée) ». Or, il avait été proposé de composer ladite Commission d'un membre nommé par la SLC, d'un deuxième désigné par la SGP, d'un troisième élu par l'Union internationale de droit pénal et d'un ou plusieurs membres choisis par les précédents. Ainsi le faible écho du Congrès international de droit comparé de 1900 au sein du *Bulletin* de la SGP se comprend-il.

Ailleurs, en revanche, les périodiques juridiques se sont simplement contentés de reproduire les contributions de certains intervenants ou bien d'évoquer furtivement le Congrès de Paris. La *Nouvelle revue historique de droit français et étranger* s'inscrit dans le premier cas²¹⁶². Elle reproduit en effet dans son numéro de l'année 1900 le rapport sur le droit comparé et l'enseignement du droit²¹⁶³, rédigé par Esmein pour le Congrès de droit comparé. De même la *Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence en France et à l'étranger* reprend-elle le rapport du professeur à l'université d'Oxford, Pollock, sur le droit comparé et les prolégomènes de son histoire²¹⁶⁴. Enfin, l'étude sur la personnalité civile, présentée au Congrès de 1900 par Paul Hubert-Valleroux (1845-1922), avocat à la cour d'appel de Paris, est également communiquée à la *Revue des sociétés*²¹⁶⁵.

La *Revue Wolowski* s'inscrit dans le second cas²¹⁶⁶. Dans sa livraison de février 1901, à la rubrique « Examen doctrinal » des arrêts publiés en 1900 et relatifs au contrat de mariage, Joseph Charmont (1859-1922) renvoie en effet – dans une simple note infrapaginale – à sa propre communication adressée au Congrès de droit comparé sur les « Pratiques coutumières en matière de contrat de mariage dans la région de Montpellier »²¹⁶⁷. Une seconde référence au Congrès de 1900 se retrouve dans l'article de Léon Adam, avocat à Versailles, relatif à l'avant-projet de Code civil suisse du 15 novembre 1900²¹⁶⁸. Dans une courte incise, l'auteur

²¹⁶¹ *Ibid.*, p. 1148.

²¹⁶² Sur cette revue fondée en 1855, cf. *supra.*, p. 197 et s.

²¹⁶³ A. ESMEIN, « Le droit comparé et l'enseignement du droit », *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, vingt-quatrième année, 1900, p. 489-498.

²¹⁶⁴ F. POLLOCK, *loc. cit.* Sur la *Revue générale*, cf. *supra.*, p. 342 et s.

²¹⁶⁵ P. HUBERT-VALLEROUX, « De la personnalité civile », *Revue des sociétés*, nov. 1900 (18^{me} année), p. 543-549. Sur la *Revue des sociétés*, cf. *supra.*, p. 346 et s.

²¹⁶⁶ Sur cette revue, cf. *supra.*, p. 219 et s.

²¹⁶⁷ J. CHARMONT, « Pratiques coutumières en matière de contrat de mariage dans la région de Montpellier », *Congrès international de droit comparé tenu à Paris du 31 juillet au 4 août 1900...*, *op. cit.*, t. II, 1905, p. 181-195. Sur l'auteur : F. AUDREN, V^o « Charmont », *Dictionnaire historique des juristes français...*, *op. cit.*, 1^{ère} éd., 2007, p. 182-183.

²¹⁶⁸ L. ADAM, « Code civil suisse. Avant-projet du Département fédéral de Justice et Police », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, t. XXX (nouvelle série), 1901 (L^e année), p. 373-383.

s'adresse aux « privilégiés qui ont eu, – à la section de droit civil du congrès international de droit comparé, de 1900, – la bonne fortune d'entendre les communications si attachantes de M. le professeur Huber »²¹⁶⁹, principal rédacteur de l'avant-projet en question.

Il faut citer en dernier lieu la longue étude insérée dans la *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger* sur « la crise de la science politique »²¹⁷⁰, par Maurice Deslandres (1862-1941). Cette publication est intéressante à plus d'un titre : non seulement elle atteste que le *renouveau méthodologique de la science du droit est un enjeu prioritaire pour les juristes français au tournant du XX^e siècle*, mais elle confirme aussi que *ces derniers songent à la méthode comparative, et donc se réfèrent pour cela aux travaux du Congrès international de droit comparé de 1900, pour y répondre*. De qui et de quoi s'agit-il ? Né le 24 décembre 1862 à Paris, Maurice Deslandres est agrégé de droit en 1891. Nommé à Dijon, il enseigne alors le droit administratif et le droit constitutionnel. Parallèlement, il publie en 1894 dans la *Revue bourguignonne de l'enseignement supérieur* un article sur la participation du peuple au pouvoir législatif à travers l'étude du référendum et de l'initiative populaire en Suisse. Titularisé en 1896 dans la faculté dijonnaise, il y fera toute sa carrière. « Considéré d'abord par les autorités républicaines comme la "doublure" de Génys aux "opinions et relations rétrogrades", du fait de son implication dans le mouvement du "néo-catholicisme libéral et humanitaire", il est mieux noté par les recteurs dans les années 1900 »²¹⁷¹. C'est précisément en 1900 que Deslandres participe au *Congrès international de droit comparé*²¹⁷² et livre en même temps, à la *Revue du droit public* de Larnaude²¹⁷³, son article éloquent intitulé : « La crise de la science politique »²¹⁷⁴. Le professeur de droit constitutionnel part d'un constat : les « études constitutionnelles » sont désertées alors pourtant que « le problème politique est particulièrement pressant et difficile »²¹⁷⁵ ; Deslandres d'évoquer alors les « conditions de rivalités internationales, de

²¹⁶⁹ *Ibid.*, p. 373. Nous soulignons. Adam se réfère ici au mémoire qu'Huber a adressé au *Congrès international de droit comparé* : E. HUBER, « Les régimes matrimoniaux des cantons suisses », *Congrès international de droit comparé tenu à Paris du 31 juillet au 4 août 1900...*, *op. cit.*, t. II, 1905, p. 206-223. D'ailleurs, Adam lui-même présenta audit Congrès un rapport : L. ADAM, « Le régime matrimonial de droit commun et les différents régimes admis en France », *Ibid.*, p. 113-128.

²¹⁷⁰ M. DESLANDRES, « La crise de la science politique », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, t. XIII, janv.-juin 1900, p. 5-49, 247-287 et 435-469 ; t. XV, janv.-juin 1901, p. 394-427 ; t. XVI, juill.-déc. 1901, p. 45-95 et 402-431.

²¹⁷¹ J.-L. HALPERIN, V^o « Deslandres », *Dictionnaire historique des juristes français...*, *op. cit.*, 1^{ère} éd., 2007, p. 250-251.

²¹⁷² Il y présente en effet un rapport : M. DESLANDRES, « Observations sur la fonction de la science du Droit comparé par rapport au Droit public », *Congrès international de droit comparé tenu à Paris du 31 juillet au 4 août 1900...*, *op. cit.*, t. I, 1905, p. 355-364.

²¹⁷³ Cf. *supra.*, p. 344 et s.

²¹⁷⁴ Il ne s'agit pas de la seule contribution de Deslandres à cette revue. En 1908, il livre par exemple une « Etude sur le fondement de la loi », rejetant au demeurant les idées d'Esmein et de Duguit comme de l'Ecole allemande de l'Etat mais s'inspirant du britannique Albert Venn Dicey (1835-1922) pour faire de la loi une approximation de la justice et de la volonté nationale (J.-L. HALPERIN, V^o « Deslandres », *Dictionnaire historique des juristes français...*, *op. cit.*, 1^{ère} éd., 2007, p. 251).

²¹⁷⁵ M. DESLANDRES, « La crise de la science politique », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, t. XIII, janv.-juin 1900, p. 6.

conflits permanents et de luttes toujours menaçantes »²¹⁷⁶ dans lesquelles se trouvent les Etats modernes. Pour lui aussi, en effet, « c'est [...] à la guerre que les peuples modernes doivent se préparer »²¹⁷⁷. Dès lors, « une *renaissance de la science politique* est éminemment désirable. Et comme une seule chose peut provoquer la renaissance d'une science, à savoir l'application d'une *méthode*, [...] il [...] a semblé alors [...] qu'il y avait peut-être à renouveler la science par le renouvellement de la méthode »²¹⁷⁸.

Quelles méthodes sont-elles alors disponibles ? Deslandres en dénombre quatre principales : la *méthode d'observation et d'induction* appliquée par les sociologues ; la *méthode juridique ordinaire* dont « les plus bruyants champions » sont les « écrivains politiques allemands » ; la *méthode idéaliste, rationaliste, déductive* ; enfin, la *méthode de la législation comparée*. La première – la méthode sociologique – n'est pas facile à préciser, estime l'auteur, car, « autant les sociologues sont unanimes et clairs pour la prôner, autant ils sont contradictoires et obscurs quand il s'agit de l'exposer, et infidèles à ses règles lorsque le moment de les suivre est venu »²¹⁷⁹, si bien que « cette fameuse méthode sociologique n'est jamais appliquée et nous avons le droit de demander quelle confiance peut inspirer une méthode que ses adeptes ne proclament que pour la trahir »²¹⁸⁰. Du reste, Deslandres finira par rejeter cette méthode – laquelle ne pourra aboutir « qu'au vague, à la confusion, et à la contradiction »²¹⁸¹ – à travers une formule énergique : « Il y a presque autant de sociologies qu'il y a de sociologues »²¹⁸².

Concernant la méthode juridique venue d'Allemagne, l'auteur observe que son prestige doit, pour beaucoup, à son origine. Or, d'après lui, une sorte de superstition environne à tort la science allemande.

« Si, en effet, pour le droit privé, les Allemands se sont trouvés de nos jours en une condition extraordinairement favorable, obligés qu'ils étaient, d'une part, de rester en contact avec leur ancien droit coutumier et le droit romain, demeurés parties vivantes du droit actuel, et, d'autre part, de chercher à réaliser tous les progrès possibles pour placer à la tête des législations modernes ces grands codes impériaux par lesquels, après leur unification territoriale, ils réalisent leur unification juridique ; pour le droit politique, au contraire, les Allemands ont été en état d'infériorité flagrante »²¹⁸³.

²¹⁷⁶ *Ibid.*, p. 47. « L'entrée en scène des Etats-Unis comme nation conquérante, – l'évolution de l'Allemagne comme puissance maritime, – les projets déposés devant notre parlement pour l'augmentation de notre flotte, la défense de nos côtes et l'organisation de notre armée coloniale, – l'imminence en Angleterre, d'une armée nationale, – l'échec de la conférence de la Haye pour la limitation des forces militaires, sont des faits d'une éloquence irrécusable » (*Ibid.*, p. 47).

²¹⁷⁷ *Ibid.*, p. 48.

²¹⁷⁸ *Ibid.*, p. 6. Nous soulignons.

²¹⁷⁹ *Ibid.*, p. 252.

²¹⁸⁰ *Ibid.*, p. 266.

²¹⁸¹ *Ibid.*, p. 270.

²¹⁸² *Ibid.*, p. 269.

²¹⁸³ *Ibid.*, p. 449-450. « Ici, s'explique-t-il en effet, derrière eux, ils n'ont que des institutions d'ancien régime. L'histoire ne leur présente que des monarchies, encore absolues au milieu de ce siècle, à peine constitutionnalisées lors des grandes secousses révolutionnaires parties de la France en 1830 et 1848. Leur science politique ne date que d'hier, de la fondation de l'Empire. Et le régime actuel, tout d'autorité et immobilisé par le règne d'un pouvoir absolu, ne leur fournit ni les enseignements des institutions libres des Etats modernes, ni les perspectives de transformations futures qu'il faut prévoir et préparer. Autant donc en Allemagne la situation est propice pour la science du droit privé, autant elle est mauvaise et contraire pour le développement

Loin de se laisser séduire par « la sûreté des discussions, [...] la fermeté des solutions, [...] la solidité des théories [que la méthode juridique] a permis à la science allemande d'édifier »²¹⁸⁴, Deslandres y voit surtout des « sacrifices inacceptables. Dans ses ouvrages, les institutions ne sont envisagées ni au point de vue de l'histoire, ni au point de vue politique, ni à celui de leur valeur et de leur rendement, ni à celui des transformations de l'avenir, or ces points de vue ne comportent, il est vrai, ni une absolue précision, ni une grande rigidité de doctrine, mais ils n'en sont pas moins nécessaires, nous le savons, et c'est amputer la science que les supprimer. [...] Ici donc encore le mérite de la science allemande, guidée par la méthode juridique, n'est qu'apparence »²¹⁸⁵.

Le sort réservé à la méthode dogmatique des métaphysiciens et des mathématiciens n'est pas différent dans la mesure où celle-ci ne donne comme fondement aux institutions politiques que la raison ; « or, rappelle Deslandres, c'est une base essentiellement fragile que la raison »²¹⁸⁶. Dès lors, parce que « les principes sur lesquels la méthode dogmatique repose sont erronés et ses conséquences sont grosses de périls, elle n'est pas la méthode cherchée de la science politique »²¹⁸⁷.

La méthode comparative, quant à elle, semble ne pas mieux répondre à l'objectif visé :

« Des sociologues, les comparatistes se rapprochent, en effet, en ce que c'est en somme à l'observation qu'ils font appel, et qu'ils méprisent les principes *a priori* et les constructions purement rationnelles, mais avec les dogmatiques pourtant ils voient en ce qu'ils attribuent à la volonté éclairée des peuples une large part dans le choix de leurs institutions et que c'est vers un idéal qu'ils s'orientent »²¹⁸⁸.

Typiquement, Deslandres revient sur Montesquieu, « premier grand metteur en œuvre de la méthode comparative »²¹⁸⁹, mais aussi sur Tocqueville et Laboulaye, qui ont « vraiment les premiers proposé à notre pays une imitation étrangère »²¹⁹⁰, ou encore Frédéric Le Play (1806-1882), « un homme que nous avons mis au premier rang parmi les adeptes de la doctrine comparative »²¹⁹¹. A cet égard, l'auteur constate que « l'exemple de l'étranger est passé au moins sous une forme rudimentaire de plus en plus dans l'usage »²¹⁹². Mais c'est lorsqu'il aborde ce qu'il appelle « *l'école comparative moderne* » que Deslandres renvoie – certes en simple note, dans laquelle il vise d'ailleurs plus précisément la communication de

de la science politique ; et ceux qui pour juger la seconde se laisseraient aveugler par l'éclat de la première tomberaient dans une grande erreur » (*Ibid.*, p. 450).

²¹⁸⁴ *Ibid.*, p. 451.

²¹⁸⁵ *Ibid.*, p. 451-452.

²¹⁸⁶ M. DESLANDRES, « La crise de la science politique », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, t. XV, janv.-juin 1901, p. 413.

²¹⁸⁷ *Ibid.*, p. 421.

²¹⁸⁸ M. DESLANDRES, « La crise de la science politique », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, t. XVI, juill.-déc. 1901, p. 46.

²¹⁸⁹ *Ibid.*, p. 49.

²¹⁹⁰ *Ibid.*, p. 50. Sur Tocqueville, cf. *supra.*, p. 123 et s. Sur Laboulaye, cf. *supra.*, p. 261 et s.

²¹⁹¹ M. DESLANDRES, « La crise de la science politique », art. cit., p. 53.

²¹⁹² *Ibid.*, p. 56.

Josserand²¹⁹³ – au *Congrès international de droit comparé* de 1900. A ce propos, s'il remarque que « le fondement de la méthode [comparative] n'est pas le même pour les uns et pour les autres »²¹⁹⁴, il reconnaît cependant « qu'il se précise et devient plus scientifique »²¹⁹⁵ ; Deslandres reprenant alors les programmes de « deux de ses principaux partisans »²¹⁹⁶ : Lambert, « spécialiste du droit comparé »²¹⁹⁷, et Saleilles, qui a « poussé le plus loin l'analyse de la méthode comparative »²¹⁹⁸. Pour le contributeur à la *Revue du droit public*, les travaux de ces comparatistes français constituent en effet « la dernière conception de la méthode comparative. [...] On voit aussi quel effort considérable a été fait pour constituer le droit comparé en science véritablement indépendante par son but et ses procédés »²¹⁹⁹. Aussi Deslandres recommande-t-il, malgré tout, de réserver à la méthode comparative « le meilleur accueil »²²⁰⁰.

En réalité, l'auteur procède à une distinction. Quand la méthode comparative se présente dans « son premier rôle de procédé de compréhension des phénomènes de la vie politique il faut sans réserve proclamer son excellence »²²⁰¹. En effet, « comme il y a une science politique générale qui doit étudier toutes les formes politiques [...], il est évident que cette science politique générale ne peut se faire que par l'étude comparative du plus grand nombre possible d'organisations politiques »²²⁰². De plus, « la méthode comparative apparaît, aux yeux de Deslandres, comme la meilleure méthode d'éducation pour la formation de tout esprit qui veut approfondir la science des institutions politiques »²²⁰³ car « son premier mérite est, en plaçant sous nos yeux des sujets d'étude inédits, de susciter en nous la curiosité, l'éveil scientifique »²²⁰⁴ ; « l'étude comparative des institutions en favorise encore la compréhension scientifique parce qu'elle dégage notre esprit de tout parti pris »²²⁰⁵. De même, « elle seule met à la disposition de la science politique certaines ressources sans lesquelles elle ne saurait remplir toutes ses fonctions »²²⁰⁶. Parce qu'elle invite à voir en des pays de mœurs ou de conditions économiques différentes fonctionner des institutions semblables, une telle étude permet effectivement d'attribuer légitimement à ces derniers des similitudes : « c'est un des procédés de la science expérimentale et la méthode comparative la rend seule possible pour la science politique »²²⁰⁷. Enfin, Deslandres insiste sur la nécessité de « l'étude des divers pays »

²¹⁹³ Cf. *supra.*, p. 406-407.

²¹⁹⁴ M. DESLANDRES, « La crise de la science politique », art. cit., p. 57-58.

²¹⁹⁵ *Ibid.*, p. 58.

²¹⁹⁶ *Ibid.*, p. 58.

²¹⁹⁷ *Ibid.*, p. 58.

²¹⁹⁸ *Ibid.*, p. 59.

²¹⁹⁹ *Ibid.*, p. 60-61.

²²⁰⁰ *Ibid.*, p. 61.

²²⁰¹ *Ibid.*, p. 61.

²²⁰² *Ibid.*, p. 61-62.

²²⁰³ *Ibid.*, p. 62.

²²⁰⁴ *Ibid.*, p. 62.

²²⁰⁵ *Ibid.*, p. 62.

²²⁰⁶ *Ibid.*, p. 63.

²²⁰⁷ *Ibid.*, p. 64.

lorsque la science politique consiste à « reconnaître ces grands courants, produits des transformations générales que le temps amène dans les conditions de la vie et qui constituent [...] des forces contre lesquelles toute lutte serait vaine »²²⁰⁸.

En revanche, Deslandres rejette doublement la méthode comparative lorsque celle-ci est employée comme « guide des législations ». D'une part, elle est incapable, selon lui, de dégager un *idéal* parce que « cet idéal qu'on nous propose, dont on prononce sans cesse le nom *ce n'est que du réel déjà réalisé* »²²⁰⁹. D'autre part, elle doit « se borner à chercher parmi ce qui a été constitué, *sans elle*, ce qui est le meilleur pour le proposer à l'imitation de ceux qui ne l'ont pas encore réalisé. Mais ce "meilleur", ce modèle à imiter en possède-t-elle le *critérium* ; a-t-elle une méthode sûre pour le discerner ? Non »²²¹⁰.

Ensuite, du point de vue de l'application de la méthode comparative à la science politique, Deslandres formule d'autres objections. Tout d'abord, « son plus grand danger est d'emprunter à une société, dont les membres ont un certain tempérament, des institutions adaptées à ce tempérament national pour en doter un autre peuple, dont le caractère et les mœurs peuvent être tout différents »²²¹¹. En outre, « il est encore un fait qui rend l'imitation des institutions politiques particulièrement vaine [...]. Ce fait, c'est leurs perpétuelles transformations »²²¹². En effet, pour Deslandres, « vouloir reproduire ainsi ce qui sans cesse se transforme, marcher vers un but qui sans cesse se déplace, ce serait s'abandonner à l'illusion du mirage, qui engage ceux qui s'y livrent dans une course sans fin »²²¹³.

Bien que critiquée, il n'en reste pas moins, en définitive, qu'aux yeux de ses contemporains, l'« école comparative moderne » *existe*. Si Saleilles et Lambert sont alors placés à sa tête, il semblerait également que ces derniers aient rapidement trouvé leurs successeurs parmi les auteurs d'ouvrages juridiques de la période 1900-1914.

²²⁰⁸ *Ibid.*, p. 64.

²²⁰⁹ *Ibid.*, p. 67. « C'est l'évidence même, poursuit-il, de quelque façon qu'on s'y prenne, quand on ne fera que comparer ce qui est on ne sortira pas de ses limites. "*L'idéal de la méthode comparative ne peut être que "le mieux existant"* » (*Ibid.*, p. 68).

²²¹⁰ *Ibid.*, p. 70. Quand bien même les comparatistes chercheraient ce « but ultime » dans « les *grands courants*, les *courants communs*, *généraux*, qui entraînent vers lui les différents peuples » (*Ibid.*, p. 72), l'insuffisance d'un tel « critérium » serait encore visible : « Quand un courant est-il assez "grand... commun... général" pour être considéré comme l'indicateur de l'idéal à réaliser ? Faut-il donc attendre que la majorité des peuples aient adopté une constitution pour la prendre à son tour. Qui ne voit que ceux qui l'ont appliquée les premiers, quoiqu'ils n'aient pas suivi la formule de la méthode, ont pu être les mieux avisés. Et qui ne voit aussi que les résultats de cette sorte de plébiscite international peuvent être tout à fait mauvais. Est-ce qu'une institution ne peut pas se répandre bien qu'elle soit mauvaise ? Il suffit pour cela qu'elle flatte quelque passion régnante, il suffit même que les peuples se montrent dociles aux conseils de la méthode comparative, soient pris de la manie de l'imitation et fassent de la législation une affaire de mode. Si nous voyons le divorce régner partout sommes-nous par exemple obligés de croire à son excellence ? Une institution non généralisée peut être très opportune à adopter une autre qui se répand partout impétueusement peut être mauvaise. Que signifie donc la théorie des "grands courants" indicateurs de directions à suivre ? » (*Ibid.*, p. 72-73).

²²¹¹ *Ibid.*, p. 74.

²²¹² *Ibid.*, p. 76.

²²¹³ *Ibid.*, p. 77.

§2. L'attitude des auteurs d'ouvrages juridiques : les cas de Capitant et Lévy-Ullmann

Si les périodiques juridiques peuvent paraître relativement silencieux quant au *Congrès international de droit comparé* de 1900, les ouvrages de droit – quant à eux – le sont encore davantage. L'on serait tenté d'expliquer ce faible écho par l'objet même de ces manuels ou traités doctrinaux ; ces derniers n'ayant effectivement pas, *a priori*, pour vocation première de promouvoir ce genre d'évènement scientifique. Pourtant, il n'est pas rare de voir les auteurs évoquer ou citer, même en simples notes, les travaux issus de réunions de juristes récemment tenues. Vidal est l'un d'eux. Dans la deuxième édition de son *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire* de 1902, édition « entièrement refondue et considérablement augmentée » comparativement à celle de 1894, le professeur de droit criminel et de science pénitentiaire à la faculté de droit de l'université de Toulouse insiste en effet, dès sa préface, sur les « nouvelles doctrines venues d'Italie et d'Allemagne, transformées, atténuées ou complétées en France, [qui] se sont affirmées déjà *dans plusieurs Congrès* et tendent à modifier la science pénale sur des points importants, à donner à son application surtout une direction nouvelle »²²¹⁴. Dès lors, « il n'est plus permis, d'après lui, d'ignorer ces idées, même lorsqu'on ne les accepte pas »²²¹⁵. Aussi leur a-t-il consacré « tous les développements que comportent leur importance et l'influence qu'elles ont déjà acquise sur les législations les plus récentes, ainsi que sur la pratique judiciaire actuelle »²²¹⁶.

Nulle trace cependant du *Congrès international de droit comparé*. Chose étonnante lorsque l'on sait que Vidal entend contribuer, avec ce livre, « à intéresser la jeunesse de notre pays aux œuvres de charité et de préservation sociale qui ont pris de nos jours un si merveilleux développement, *grâce aux beaux travaux et à la généreuse impulsion de la Société générale des prisons* »²²¹⁷. Or, comme nous avons pu le souligner²²¹⁸, la SGP – dont faisait très probablement partie Vidal²²¹⁹ – s'était faite, en partie du moins, l'écho du Congrès de droit comparé de 1900. Plus encore, le *Bulletin de la Société de législation comparée*, société organisatrice dudit Congrès, signale l'adhésion du criminaliste à cette dernière dès 1883 ; ce qui explique du reste les nombreux renvois aux études de la SLC dans le *Cours de droit criminel* de 1902. Il est donc assez étonnant de ne pas rencontrer chez Vidal les travaux du Congrès de Paris ; y compris lorsque celui-ci consacre tout spécialement quelques

²²¹⁴ G. VIDAL, *Cours de droit criminel...*, *op. cit.*, p. vi. Nous soulignons.

²²¹⁵ *Ibid.*, p. vi.

²²¹⁶ *Ibid.*, p. vi.

²²¹⁷ *Ibid.*, p. vii. Nous soulignons.

²²¹⁸ Cf. *supra*, p. 423 et s.

²²¹⁹ Si l'auteur se présente en tant que professeur de droit criminel et de science pénitentiaire à la faculté de droit de l'université de Toulouse, président de la *Société de patronage des enfants et adolescents et d'assistance par le travail pour les hommes*, secrétaire général du *Comité de défense des enfants traduits en justice*, membre du *Bureau de la miséricorde (Commission de surveillance des prisons)* de Toulouse et enfin vice-président du *Bureau central de l'Union des sociétés de patronage de France* ; il ne précise pas en effet s'il est ou non membre de la SGP.

développements aux « rapports du droit pénal avec la législation comparée »²²²⁰. S'il reconnaît effectivement que « l'étude de la législation comparée a pris de nos jours une importance considérable et a été singulièrement facilitée par les travaux de la Société de législation comparée, la publication de son Annuaire de législation étrangère et la traduction, par ses soins, d'un grand nombre de Codes étrangers »²²²¹ ; s'il signale que « la Société générale des prisons consacre à l'étude des institutions pénales et pénitentiaires étrangères une importante partie de son Bulletin mensuel publié sous le nom de *Revue pénitentiaire* »²²²² ; et s'il souligne que « la connaissance des divers moyens répressifs et préventifs employés dans les divers pays du monde pour lutter contre le développement de la criminalité et des résultats qu'ils produisent, est encore facilitée par les rapports et les discussions des *Congrès internationaux périodiques* »²²²³ ; celui de la SLC n'y figure pourtant pas. A ce propos enfin, l'argument selon lequel Vidal ne pouvait rendre compte des travaux du *Congrès international de droit comparé* en raison d'un délai trop court entre la date de ce dernier (1900) et celle de la parution de la deuxième édition du *Cours de droit criminel* (1902) est à exclure : Vidal évoque en effet, parmi d'autres, le *Congrès de Bruxelles* qui s'est aussi tenu à l'été 1900, du 6 au 13 août.

Pour autant, l'écho du Congrès de droit comparé ne se mesure pas qu'aux seules références qu'en ont fait les auteurs ; il se perçoit également à travers l'adoption, par quelques-uns d'entre eux, d'une conception désormais commune du droit comparé. Pour le dire autrement, certains jurisconsultes français – ayant ou non, d'ailleurs, directement participé à l'événement de Paris – poursuivent dans leur domaine respectif, c'est-à-dire de façon bien souvent individuelle, l'œuvre des « comparatistes de 1900 » en ce qu'ils assurent une continuité des travaux de comparaison dans leurs écrits ; manuels, traités et autres essais. Prenons les deux cas de figure possibles, avec Capitant et Lévy-Ullmann : le premier n'apparaît nullement – sauf erreur – dans les procès-verbaux du *Congrès international de droit comparé* tandis que le second y figure en qualité de rapporteur. Quelle est alors leur attitude à l'égard de la comparaison juridique, après 1900 ? Les absents au Congrès sont-ils malgré tout sensibles aux questions qui ont été soulevées à Paris ? Confirment-ils l'importance de ces questions aux yeux de la doctrine juridique française ? A l'opposé, ceux qui ont participé aux débats

²²²⁰ Déjà évoqué, cf. *supra.*, p. 310.

²²²¹ De même, déjà cité, cf. *supra.*, p. 310.

²²²² G. VIDAL, *Cours de droit criminel...*, op. cit., p. 67. « Cette étude, insiste-t-il, aidée de la statistique, fournit d'utiles renseignements sur les causes de la criminalité, les moyens employés pour la combattre, les résultats obtenus dans les pays étrangers et permet d'améliorer notre législation en empruntant à ces pays les institutions dont l'application pratique a été couronnée de succès, tout en se mettant en garde contre les excès de l'imitation et en tenant compte des différences de mœurs, d'organisation sociale et politique » (*Ibid.*, p. 67).

²²²³ *Ibid.*, p. 67. Nous soulignons. Vidal ajoute encore, à la liste des promoteurs de la législation comparée en matière pénale, « M. Von Liszt [qui] a entrepris de résumer les principales dispositions des lois pénales étrangères dans une publication dont le premier volume a paru en 1894 sous le titre : *Le droit criminel des Etats Européens* ; le second volume consacré au droit criminel des pays extra-Européens a été publié en allemand à la fin de l'année 1899 » (*Ibid.*, p. 67).

considèrent-ils ce moment comme un simple évènement ponctuel ou, au contraire, le vivent-ils immédiatement comme un *mouvement* qu'il leur faut impérativement nourrir ?

Né le 15 septembre 1865 à Grenoble, Henri-Lucien Capitant y fait ses études secondaires puis son droit mais c'est à Paris qu'il soutient ses deux thèses : l'une sur la loi Falcidie en droit romain, l'autre sur les clauses d'emploi et de remplacement dans les contrats de mariage en droit français. Agrégé en 1891, après une nomination formelle de quelques jours à Aix, il retrouve sa ville natale où il enseigne le droit civil ainsi que la législation économique et industrielle²²²⁴. Cinq ans plus tard, alors qu'il est titularisé comme professeur de procédure civile, Capitant demande son transfert sur une chaire de droit civil qu'il obtient finalement en 1902. Assurément, « l'œuvre d'Henri Capitant est considérable avec plus d'une centaine de titres – auxquels s'ajoutent des notes et chroniques dans le *Recueil des Pandectes* et dans le *Dalloz* – et touche de très nombreux aspects du droit privé, allant des principes généraux et du droit civil proprement dit au droit pénal [...], des assurances [...], du travail ou *au droit comparé* »²²²⁵. A ce dernier titre, le *Bulletin de la Société de législation comparée* signale l'adhésion de Capitant dès 1892. De même, lorsque le privatiste s'interroge – à l'instar des instigateurs du *Congrès international de droit comparé* – sur la *méthode à suivre* en matière civile²²²⁶, il songe immédiatement à « la méthode suivie depuis de longues années en Allemagne [...], méthode qui s'est dégagée peu à peu de l'étude des principes juridiques, librement, en dehors de l'étreinte de textes positifs, et dont l'emploi a fait reconnaître la valeur et les avantages, à tel point que tous les auteurs l'ont adoptée. Elle remonte à Hugo, le fondateur de l'Ecole historique, elle a été magistralement développée depuis par Savigny, par Unger, etc. »²²²⁷. Selon Capitant, « l'étude des différents groupes d'institutions dont

²²²⁴ A ce propos, il est auteur de plusieurs articles sur les accidents du travail, les retraites ouvrières et le contrat collectif de travail. En 1911, il défendra devant la *Société d'études législatives* (cf. *infra.*, p. 455 et s.) un projet d'extension de la capacité des syndicats tandis qu'en 1912, il publiera un *Cours de législation industrielle*.

²²²⁵ J.-L. HALPERIN, V° « Capitant (Henri-Lucien) », *Dictionnaire historique des juristes français...*, op. cit., 1^{ère} éd., 2007, p. 158. Nous soulignons.

²²²⁶ « L'ordre dans lequel doit être présentée l'étude des diverses institutions juridiques qui composent [le droit de la famille] et [le droit du patrimoine], offre une grande importance, car *c'est grâce à la méthode qui sera suivie, qu'il sera possible d'entrevoir l'unité de l'édifice*, les points de contacts de ses différentes parties, la place que chaque institution occupe, le rôle qu'elle joue dans l'ensemble de l'organisme du droit privé » (H. CAPITANT, *Introduction à l'étude du droit civil. Notions générales*, Paris, A. Pédone, 1898, p. 1 ; nous soulignons).

²²²⁷ *Ibid.*, p. 3. Sur l'école historique allemande : cf. *supra.*, p. 97 et s. Bien évidemment, Capitant formule ici, par opposition, une critique de la méthode exégétique : « Avec cette forme d'exposition, les idées générales disparaissent, s'effacent derrière l'interprétation étroite et sèche du texte ; l'exposé des théories d'ensemble, qui projette une si vive lumière sur les diverses parties de l'organisme juridique, ne trouve plus sa place et cesse peu à peu d'être présenté. Les notions les plus diverses, les plus éloignées se trouvent accidentellement rapprochées ; d'autres, au contraire, entre lesquelles existe un rapport de parenté indiscutable, sont rejetées dans des catégories différentes, et l'esprit, cahoté sur une route couverte de difficultés et tournant à chaque pas, perd de vue le point de départ et le point d'arrivée, il s'égare au milieu des obstacles qu'il rencontre et ne peut plus concevoir les liens qui unissent les différentes institutions juridiques entre elles et donnent à l'œuvre entière son unité » (H. CAPITANT, *Introduction à l'étude du droit civil...*, op. cit., p. 2). Sur la méthode exégétique : cf. *supra.*, p. 41 et s.

l'ensemble forme le droit privé, doit être précédée d'une partie générale »²²²⁸, laquelle constitue précisément l'objet de son livre. Cette partie générale a alors pour but d' « exposer les éléments communs qui se rencontrent dans tous les rapports de droit, quels qu'ils soient, ou dans les plus importants et dont la connaissance est indispensable avant d'aborder l'étude des caractères particuliers et distinctifs de chaque institution juridique »²²²⁹. Visiblement influencé par le modèle allemand de la partie générale du BGB²²³⁰, « cet essai pour présenter les "théories d'ensemble" de "l'organisme juridique" se distingue des orientations de Saleilles en faveur de la méthode historique et de l'intérêt porté aux sources du droit par les deux ouvrages-phares parus l'année suivante sous la plume de Gény et Planiol »²²³¹.

Nommé comme agrégé à Paris, c'est justement Saleilles que Capitant supplée dans ses enseignements de législation comparée en 1909²²³². Ce dernier devient ensuite rapidement professeur-adjoint avant d'obtenir, en 1912, une chaire de législation civile comparée. Dès lors, il n'est guère étonnant que son *Cours élémentaire de droit civil*, qu'il publie à partir de 1914 avec Ambroise Colin (1862-1929), fasse plusieurs détours par le droit comparé. Dans le tome premier, par exemple, Capitant « porte les yeux sur les législations étrangères »²²³³ en matière de divorce et constate que « la prohibition du Divorce subsiste aujourd'hui dans le plus grand nombre des pays catholiques » (Italie, Espagne, Portugal mais aussi Angleterre, Autriche-Hongrie, Russie, Serbie, Bulgarie, Mexique et plusieurs Etats de l'Amérique du Sud, dans lesquels la faculté de divorcer est refusée aux catholiques). Plus loin, il désigne les régions qui n'admettent le divorce « qu'avec une sorte de répugnance hostile »²²³⁴ (Angleterre et législations slaves). Enfin, Capitant cite les législations qui admettent et pratiquent le divorce : celles qui n'admettent le divorce que pour des causes déterminées, impliquant une faute grave de l'un des époux contre l'autre (Angleterre, Pays-Bas) ; celles qui permettent le divorce, non seulement à raison de fautes graves, mais encore pour des faits n'offrant pas un caractère de faute, par exemple, pour l'aliénation mentale d'un conjoint ou pour l'abandon non malicieux plus ou moins prolongé (Russie, Hongrie, Serbie, Grèce, Allemagne, certains Etats des Etats-Unis de l'Amérique du Nord, Suisse) ; et finalement celles qui admettent le divorce par consentement mutuel (Belgique, Grand-Duché de Luxembourg, Roumanie, Suède, Norvège, Danemark, Autriche). A propos de l'émancipation juridique de la femme

²²²⁸ H. CAPITANT, *Introduction à l'étude du droit civil...*, op. cit., p. 10.

²²²⁹ *Ibid.*, p. 10-11.

²²³⁰ « L'utilité de cette partie générale est [...] incontestable, et presque tous les jurisconsultes allemands adoptent cette méthode » (*Ibid.*, p. 12).

²²³¹ J.-L. HALPERIN, V^o « Capitant (Henri-Lucien) », *Dictionnaire historique des juristes français...*, op. cit., 1^{ère} éd., 2007, p. 158. Pour Capitant, en effet, « c'est surtout lorsqu'on est entré dans le système du droit civil proprement dit, à propos de chaque groupe d'institutions et de chaque institution, que l'étude approfondie de l'histoire présente de l'importance et de l'intérêt pour l'explication et la justification du droit moderne. Qui le contesterait aujourd'hui ? [...] L'introduction générale au système du droit civil n'est nullement en contradiction avec la méthode historique » (H. CAPITANT, *Introduction à l'étude du droit civil...*, op. cit., p. 14).

²²³² Jacques-Henri Robert précise, à propos de Saleilles, que « l'exemple de son activité inspira Henri Capitant » (J.-H. ROBERT, « Saleilles et le comparatisme », art. cit., p. 149).

²²³³ H. CAPITANT et A. COLIN, *Cours élémentaire de droit civil*, Paris, Librairie Dalloz, t. I, 1914, p. 197.

²²³⁴ *Ibid.*, p. 197.

mariée, Capitant fait encore remarquer qu' « il y a longtemps que les législations étrangères ont précédé la nôtre »²²³⁵ (Angleterre, Suède, Danemark, Norvège, Suisse, presque tous les Etats des Etats-Unis, Allemagne) ; l'Italie, la Roumanie et la Russie faisant ici exception.

Ailleurs, dans le deuxième tome, la comparaison juridique vient à nouveau appuyer la critique adressée contre le droit français. « Par un frappant contraste, est-il écrit en effet relativement à la solidarité entre débiteurs, tandis que notre Droit, partant d'une conception tout arbitraire en somme, et sans autre motif que la rigueur de la logique, renforce jusqu'à l'exagération les effets de la solidarité, le Code civil allemand, au contraire, les a réduits au minimum. Ainsi, d'après son article 425, la mise en demeure et l'interruption de la prescription dirigées contre un des codébiteurs solidaires ne modifient pas la situation des autres. Il en est de même des conséquences de la faute commise par l'un d'eux »²²³⁶. Capitant ajoute de la même manière que le Code suisse des Obligations décide, dans son article 146, que, sauf stipulation contraire, l'un des débiteurs solidaires ne peut aggraver par son fait personnel la position des autres.

Enfin, dans le troisième et dernier tome, Capitant constate qu'en matière de publicité du contrat de mariage, « notre système [...] est incontestablement très imparfait. Le contrat de mariage étant une charte appelée à régler tous les rapports des époux avec les tiers, il serait utile de porter à la connaissance de ceux-ci toutes les clauses qui peuvent les intéresser. Les législations allemande et suisse ont institué, à cet effet, un système bien supérieur au nôtre »²²³⁷. De même, « tandis que notre Code civil est muet sur la question des fondations, les Codes civils allemand (art. 80 à 88) et suisse (art. 80 à 89) réglementent cette matière d'une façon détaillée »²²³⁸. A ce propos, Capitant évoque un projet de réglementation légale

²²³⁵ *Ibid.*, p. 607.

²²³⁶ H. CAPITANT et A. COLIN, *Cours élémentaire de droit civil...*, op. cit., t. II, 1915, p. 209.

²²³⁷ *Ibid.*, t. III, 1916, p. 28. Il existe, en effet, en Allemagne et en Suisse, un registre dit *du régime des biens* (art. 1558-1563 et art. 1435 du Code civil allemand ; art. 248 à 251 du Code civil suisse), tenu dans chaque bailliage ou dans chaque arrondissement par un fonctionnaire public, que toute personne a le droit de consulter, et dont elle peut se faire donner des extraits. Les époux ne peuvent dès lors se prévaloir à l'égard des tiers des clauses insérées dans leur contrat de mariage, qu'à la condition de les avoir inscrites audit registre, ou de leur en avoir donné connaissance. A défaut de mention portée au registre, quiconque entre en relations d'affaires avec les époux est fondé à les considérer comme soumis au régime légal de droit commun. Le registre matrimonial joue également un rôle important pour les biens réservés de la femme dans la mesure où un bien de la femme n'acquiert à l'égard des tiers la qualité de réservé qu'à la condition que mention ait été faite sur le registre. « Il serait fort utile, conclut Capitant, d'introduire chez nous une institution aussi simple et aussi pratique » (*Ibid.*, p. 29). En revanche, ce sont les jurisconsultes de ces deux mêmes pays qui insistent, remarque Capitant, sur les avantages de notre régime matrimonial d'exclusion de communauté : « Il met la femme, disent-ils, à l'abri des spéculations mauvaises du mari. Sa fortune personnelle n'est pas exposée à être englobée dans la ruine des affaires du mari, comme cela a lieu sous le régime de communauté. D'autre part, le mari y trouve l'avantage de conserver tous les bénéfices qu'il peut réaliser ; il n'est pas obligé de les partager avec la femme, ni surtout avec les héritiers de celle-ci, et de subir les effets souvent désastreux, pour un commerçant ou un industriel, qu'entraîne la liquidation de la communauté. Sans doute, avouent-ils, il y a la contrepartie. La femme est privée de toute part dans la fortune acquise par son mari ; mais on peut y remédier, soit en augmentant ses droits de succession, soit en lui attribuant, à la dissolution du mariage, une part des acquêts, par exemple, un tiers, comme l'a fait le Code civil suisse (art. 214, 1^{er} al.) » (*Ibid.*, p. 241-242).

²²³⁸ *Ibid.*, p. 688. « L'un et l'autre permettent à un particulier de fonder directement une œuvre douée d'une représentation juridique, soit par acte entre vifs, soit par testament. [...] Dans l'un et l'autre pays, l'autorité a le

de la matière des fondations – « sur le modèle des dispositions suisses et allemandes »²²³⁹ – élaboré et étudié par la *Société d'études législatives* à laquelle appartient, dès la fondation de celle-ci en 1901, Lévy-Ullmann²²⁴⁰.

Fils d'un négociant en confection du quartier du Sentier (2^e arrondissement de Paris), Henri-Léon Lévy-Ullmann naît le 16 décembre 1870 à Paris, en plein siège prussien, comme il aimait souvent le rappeler lui-même²²⁴¹. Inscrit à la faculté de droit en 1888 après avoir fait ses études au Lycée Condorcet, il bénéficie d'une bourse en doctorat de la Ville de Paris et soutient sa thèse sur *Les Obligations à primes et à lots* en 1895. Déjà, Lévy-Ullmann manifeste son intérêt pour le droit comparé puisque quelques pages concernent effectivement l'Allemagne, l'Autriche, la Belgique ou l'Italie. Il faut dire que ses maîtres, pour ces années de doctorat, ne sont autres que Saleilles et Thaller²²⁴²... Immédiatement après sa thèse, Lévy-Ullmann est chargé de conférences en droits civil et commercial auprès des étudiants parisiens en licence et en doctorat mais il finit par « gagner » la Faculté de droit de Montpellier en mars 1899, où il est alors chargé d'un cours de droit civil. Agrégé de droit privé le mois de décembre suivant (troisième rang), il retrouve la faculté montpelliéraine, où il enseigne le droit civil ainsi qu'un cours de notariat. Surtout, le jeune agrégé participe – aux côtés de Thaller, Esmein, Saleilles, Gény et Lambert – au *Congrès international de droit comparé* de 1900. Rapporteur de la Section de droit civil, il donne raison à « ceux qui estiment qu'en dépit de la divergence apparente des textes positifs il existe actuellement, chez les peuples civilisés, une communauté de droit dont la doctrine, la jurisprudence, la pratique sont les facteurs principaux et peut-être encore inconscients, mais dont le rôle grandit au fur et à mesure que l'on s'écarte de la date d'apparition des lois »²²⁴³. Membre depuis 1895 de la

droit de donner à la fondation une destination différente ou même de la supprimer, lorsque l'accomplissement du but primitif est devenu impossible ou lorsqu'il compromet l'ordre public » (*Ibid.*, p. 688).

²²³⁹ « Ce projet [...] permet de fonder une œuvre directement, soit par acte entre vifs, soit par acte testamentaire. En outre, il décide qu'une fondation acquerra la personnalité juridique moyennant une simple déclaration analogue à celle de l'article 5 de la loi du 1^{er} juillet 1901, réforme considérable qui assimilerait, comme on le voit, les fondations aux associations. Néanmoins, tenant compte de la différence qu'il y a entre ces deux ordres de corps, le projet ajoute que la publicité ne pourrait être faite qu'autant que la fondation aurait été autorisée par un décret rendu en Conseil d'Etat. Du reste, l'autorisation serait de droit pour les fondations ayant pour objet la bienfaisance ou le développement des sciences, des lettres ou des arts. Quant aux fondations ne rentrant pas dans ces catégories, elles pourraient attaquer devant le Conseil d'Etat le refus d'autorisation. Le fonctionnement des fondations serait surveillé par l'Administration. Des hypothèses de suppression et d'attribution des biens à des corps similaires sont également prévues par le projet [...]. Ce projet de réglementation, fort libéral, donnerait aux fondations un statut plus ferme et plus large que le régime actuel, forgé de toutes pièces par la Jurisprudence, sans méconnaître cependant les droits essentiels de contrôle qui doivent appartenir à l'Etat » (*Ibid.*, p. 688).

²²⁴⁰ Sur la *Société d'études législatives*, cf. *infra.*, p. 455 et s.

²²⁴¹ J.-L. HALPERIN, « Henri Lévy-Ullmann (1870-1947). Classicisme et singularités », *Le renouveau de la doctrine française...*, *op. cit.*, p. 95. Consulter également : J.-L. HALPERIN, V^o « Lévy-Ullmann », *Dictionnaire historique des juristes français...*, *op. cit.*, 2^e éd., 2015, p. 663-664.

²²⁴² Lévy-Ullmann participera d'ailleurs aux *Annales de droit commercial* de Thaller. Sur ces dernières, cf. *supra.*, p. 396 et s.

²²⁴³ *Congrès international de droit comparé tenu à Paris du 31 juillet au 4 août 1900...*, *op. cit.*, t. I, 1905, p. 131. « Comment douter, répète Lévy-Ullmann, [...] d'une communauté de droit dans notre Europe

société organisatrice, la *Société de législation comparée*, Lévy-Ullmann avait déjà pris part aux travaux de celle-ci, publiant notamment plusieurs traductions à l'*Annuaire de législation étrangère*²²⁴⁴.

En 1901, désirant manifestement se rapprocher de Paris, il obtient son transfert pour Lille et enseigne à nouveau le droit civil mais aussi – logiquement – la législation civile comparée, grâce à une chaire créée par l'Université lilloise en 1904. Un an plus tôt, il avait publié au sein de la *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger* un article sur « la question politique des trusts »²²⁴⁵ ; mettant alors en avant la « douloureuse expérience » des Etats-Unis d'Amérique²²⁴⁶. Parce que les *trusts* sont « diamétralement en conflit avec les principes fondamentaux résumés dans la devise républicaine, facteurs d'asservissement, sources d'inégalités, générateurs de luttes fratricides »²²⁴⁷, Lévy-Ullmann demande leur suppression par « l'établissement *judicieux* de monopoles publics (nationaux, provinciaux, départementaux ou communaux) »²²⁴⁸. C'est encore à cette époque, en 1904, que le professeur lillois fonde avec Paul Lerebours-Pigeonnière (1874-1954) la *Bibliothèque internationale de droit privé et criminel*, une collection de traductions de manuels étrangers²²⁴⁹.

La même année, paraît le *Code civil allemand traduit et annoté*. On se souvient en effet que la *Société de législation comparée* avait réclamé, dès avant la guerre franco-prussienne de 1870, la mise en place d'un « Bureau de législation comparée » auprès du Garde des Sceaux et que ce dernier avait répondu favorablement à cet appel, assurant son concours à divers points de vue, spécialement pour faire venir de l'étranger les documents dont la SLC avait besoin²²⁵⁰. L'idée, toujours vivante en 1904, est alors de publier un *Annuaire de législation*

occidentale, où toutes les doctrines se sentent solidaires et marchent, la main dans la main, à la conquête d'un but commun, élevé, libéral ? » (*Ibid.*, p. 132-133).

²²⁴⁴ Il avait en outre publié en anglais, avec l'aide de traducteurs, une présentation de la SLC dans la *Harvard Law Review* de novembre 1896.

²²⁴⁵ H. LEVY-ULLMANN, « La question politique des trusts », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, t. XX, juill.-août 1903, p. 193-244.

²²⁴⁶ « La République de Washington semblait, depuis cent ans, bâtie sur de solides assises. Les peuples de l'Europe, pour s'affranchir, enviaient et empruntaient ses institutions libérales. Que reste-t-il, grâce aux trusts, de cette démocratie fameuse ? A la liberté républicaine se trouve substituée la domination de l'argent, asservissant sous le poids des dollars les rouages vitaux de l'Etat lui-même ; à l'égalité républicaine succède l'insolence d'une ploutocratie de milliardaires ; enfin, loin de la fraternité républicaine qui tend à s'épanouir, dans nos pays, en un merveilleux élan de solidarité humaine, le régime des trusts conduit à la mobilisation de toutes les forces capitalistes en face des travailleurs syndiqués, à la violente lutte des classes, à la révolution sociale sanglante » (*Ibid.*, p. 198-199). Lévy-Ullmann a en effet des mots très durs à l'égard des *trustmen* dont on ne peut attendre, déclare-t-il, aucune moralité : « Le fondement de leurs combinaisons tout entières [...] n'est qu'une gigantesque piraterie, qui chez nous mérite la correctionnelle » (*Ibid.*, p. 230).

²²⁴⁷ *Ibid.*, p. 239.

²²⁴⁸ *Ibid.*, p. 240.

²²⁴⁹ Parallèlement, Lévy-Ullmann s'inscrit au barreau de Paris, devient membre de la Ligue des droits de l'homme et surtout propage l'enseignement laïque à l'étranger. Par la suite, il est chargé de cours sur la législation fiscale à Paris, chargé de mission d'études sur les législations étrangères par le ministère des Finances (1909-1910), chef de cabinet de René Renoult, ministre du Travail (1911) puis ministre des Travaux publics (1914).

²²⁵⁰ Sur ce Comité, cf. *supra.*, p. 287.

contenant, avec des notes et des explications, la traduction des principales lois d'intérêt général promulguées chaque année à l'étranger. En ce qui concerne les codes, trop volumineux pour un périodique, une *Collection des principaux codes étrangers* leur est dès lors spécialement consacrée. Le Code civil allemand, promulgué le 18 août 1896 et entré en vigueur le 1^{er} janvier 1900, en fait partie. Publiée par le *Comité de législation étrangère* institué près le ministère de la Justice, avec le concours de la SLC, la traduction française du BGB est effectivement imprimée aux frais de l'Etat, par ordre du gouvernement, à l'Imprimerie nationale. Le groupe de travail constitué à cet effet ne compte pas moins de sept traducteurs dont Bufnoir, qui le dirige jusqu'à sa mort, en 1898 ; Challamel ; Drioux ; Gény ; Hamel ; Saleilles, qui prend la succession de son beau-père Bufnoir, et – pour ce qui nous retient plus particulièrement ici – Lévy-Ullmann.

D'après ces derniers²²⁵¹, « la traduction française du Code civil allemand, que fait paraître le Comité de législation étrangère, se distingue des œuvres précédentes, déjà comprises dans la même collection, par un système de notes qui en feront toute l'importance doctrinale et pratique ». En présence de « l'œuvre considérable qui est comme la synthèse de tout le mouvement juridique de la science allemande depuis un siècle », il a semblé en effet aux traducteurs qu'« il ne suffisait pas d'en reproduire le texte pur et simple » mais qu'« il fallait, avant tout, le mettre à la portée des lecteurs et des praticiens de langue française par quelques brèves explications doctrinales ». Dès lors, « il fut entendu que les notes destinées à accompagner le texte, devraient porter, à peu près uniquement, sur l'explication pratique du texte, afin d'en faire comprendre la portée concrète et d'indiquer les principales solutions positives, immédiates et directes, auxquelles il devrait conduire ». Parce que cette traduction *annotée* doit servir avant tout à « faire connaître les solutions concrètes visées par la loi, en dehors des explications, de nature plus ou moins subjective, que la doctrine peut en fournir », « tout développement de caractère purement scientifique, soit doctrinal, soit historique » est écarté ; exceptions faites toutefois lorsque « la solution elle-même [dépend] d'une construction juridique, tacitement admise par la loi, et qui seule [peut] en faire comprendre la portée pratique » ou lorsque les indications de nature historique sont « indispensables pour l'interprétation directe de la formule légale ».

De cette manière, Lévy-Ullmann et ses collègues tranchent entre deux méthodes de traduction : « la première qui [...] s'attacherait à rendre les expressions techniques allemandes, non pas par le terme français qui en [donne] le sens juridique littéral, mais par l'expression juridique française employée par la pratique pour désigner l'institution similaire ou le fait juridique similaire visés par la terminologie allemande, méthode de traduction approximative et non plus de traduction rigoureusement exacte » ; « la seconde, au contraire, visant à l'exactitude rigoureuse, [...] traduit la formule du texte par son équivalent littéraire français, alors même que ce dernier [n'appartient] pas à la technique juridique du droit

²²⁵¹ *Collection des principaux codes étrangers. Code civil allemand traduit et annoté*, Paris, Imprimerie nationale, t. I, 1904, p. i-xxxix ; d'où les citations qui vont suivre sont tirées.

français ». Pour les traducteurs, la seconde méthode – dès lors qu'elle est accompagnée du « système de notes adopté pour la traduction, et permettant de ramener à leur valeur exacte les expressions susceptibles de surprendre le lecteur français ou qui lui seraient peu familières » – paraît « la seule qui fût digne d'une œuvre vraiment scientifique ». Bien conscient de ne pas présenter « une œuvre parfaite » au « public de langue française » mais qui se ressent plutôt d'une « méthode de travail par fractions distinctes » dans la mesure où le « travail d'ensemble était rendu impossible » par le fait même de la dispersion des traducteurs, le groupe auquel appartient Lévy-Ullmann ne doute nullement, cependant, de « l'utilité foncière de l'œuvre totale ». En effet, l'ambition de ces juristes-traducteurs est de « fournir, avant tout, un instrument de travail pour la connaissance du droit allemand. [...] Ils ont eu la conscience, en le faisant, [...] de s'associer ainsi à une œuvre qui aidera puissamment, il faut l'espérer, aux progrès de la science du droit dans notre pays ».

En définitive, « l'analyse des travaux de Lévy-Ullmann [...] fait apparaître sa *quête constante d'une méthodologie*, souvent associée à une pédagogie, *en droit comparé*, en droit international privé et en droit civil »²²⁵². Autrement dit, ce juriste s'inscrit pleinement dans la droite ligne tracée en 1900 par ses « maîtres ».

« Avec eux, Lévy-Ullmann s'accorde pour dire qu'il faut comparer les sources par une documentation aussi large que possible – "nous avons besoin de textes, il nous les faut" –, regrouper les droits les plus proches en familles législatives – il cite les cinq familles latine, germanique, anglo-saxonne, slave et musulmane proposées par Esmein – et être attentif aux finalités du droit comparé : l'aide à la résolution des questions de droit international privé, la pure érudition et la politique législative qui peut s'inspirer des exemples étrangers, voire rechercher l'uniformité du droit dans le monde »²²⁵³.

Finalement, les auteurs qui font directement écho, dans leurs ouvrages, au *Congrès international de droit comparé* de Paris sont les mêmes personnes qui en ont fait la promotion. A cet égard, ils se présentent comme de véritables *gardiens* de « l'esprit de 1900 ».

²²⁵² J.-L. HALPERIN, « Henri Lévy-Ullmann (1870-1947). Classicisme et singularités », *Le renouveau de la doctrine française...*, op. cit., p. 112-113. Nous soulignons.

²²⁵³ *Ibid.*, p. 113.

Section 2 – Les gardiens de l'esprit du Congrès

Séparément, les instigateurs du premier Congrès international de droit comparé ont poursuivi l'« œuvre de 1900 »²²⁵⁴. La participation active de Lambert à ce dernier lui vaut par exemple d'assurer l'année suivante un *cours de droit civil comparé* à la faculté de droit de Lyon. En 1902, dans la droite ligne de son rapport général de 1900 sur la « Conception générale, définition, méthode et histoire du droit comparé » et « Le droit comparé et l'enseignement du droit »²²⁵⁵, Lambert publie une étude concernant *La tradition romaine sur la succession des formes du testament devant l'histoire comparative* ; ouvrage très vite traduit, au demeurant, en espagnol et annoté par le professeur à l'université de Madrid, Enrique Garcia Herreros²²⁵⁶. C'est dire si le juriste lyonnais entend « inscrire la méthode historique dans une perspective comparatiste »²²⁵⁷.

En 1903, il reviendra plus encore sur l'histoire comparative dans ses célèbres et monumentales (près de mille pages) *Etudes de droit commun législatif ou de droit civil comparé*. D'après Lambert, en effet,

« le comparatiste ne peut remplir utilement la tâche qui lui incombe qu'en demandant un appui continu à la science de l'histoire du droit privé. Il lui est impossible de discerner, s'il ne possède une connaissance solide de l'histoire interne de chacune des législations rentrant dans le cercle de ses recherches, dans quelle mesure les divergences qui séparent à l'heure présente ces législations tiennent à des accidents éphémères ou à des causes profondes et durables. L'histoire comparative des institutions est l'un des instruments indispensables pour peser la valeur réciproque des systèmes juridiques en conflit. [...] Dans l'accomplissement de sa mission propre, le comparatiste est obligé de faire constamment œuvre d'historien »²²⁵⁸.

Surtout, Lambert rappelle que « l'une des principales causes qui ont jusqu'ici entravé le développement du droit civil comparé se trouve dans l'incertitude et la diversité des opinions sur le rôle de cette science. *La Société française de législation comparée en a pris conscience. Elle a provoqué l'organisation à Paris, pour le début du mois d'août de l'année 1900, d'un congrès international de droit comparé dont les programmes assignent une place prépondérante aux questions de définition et de méthode* »²²⁵⁹. Et Lambert de souhaiter alors vivement que « les travaux et les discussions de ce congrès aboutissent à une entente sur la

²²⁵⁴ On rappelle que les principaux organisateurs du Congrès de Paris – notamment Thaller, Esmein, Saleilles, Gény et Lambert – ont déjà fait l'objet de développements, en particulier dans le Chapitre précédent. Soulignons cependant que les auteurs figurant parmi les « gardiens de l'esprit du Congrès », objets de la présente Section, et n'ayant pas encore été étudiés ne sont évidemment pas neufs. Ils ont une histoire, une influence, un parcours avant le Congrès de 1900. C'est la raison pour laquelle nous indiquerons, dans la mesure du possible, quelques éléments biographiques les concernant.

²²⁵⁵ Cf. *supra.*, p. 408 et s.

²²⁵⁶ S. CAPORAL, « Edouard Lambert, Théoricien de la Jurisprudence Sociologique », art. cit., p. 191.

²²⁵⁷ *Ibid.*, p. 191.

²²⁵⁸ E. LAMBERT, *Etudes de droit commun législatif ou de droit civil comparé*, Paris, V. Giard & E. Brière, 1903, p. 2-3.

²²⁵⁹ *Ibid.*, p. 7. Nous soulignons.

détermination du but à assigner aux diverses branches de la science du droit comparé, et particulièrement au droit civil comparé »²²⁶⁰.

Bien que son auteur parle ainsi d'« entente », l'ouvrage consiste pourtant essentiellement en la répudiation de plusieurs conceptions. « Une première conception, commence Lambert, *aussi simple qu'inféconde*, voit dans l'initiation des jurisconsultes de chaque pays à la connaissance des législations étrangères l'unique objet du droit civil comparé »²²⁶¹. S'il ne songe « aucunement à déprécier les travaux de ce genre » mais se hâte, au contraire, de reconnaître leur « très réelle utilité pratique », l'auteur conteste néanmoins leur « caractère d'études de droit comparé »²²⁶². « Une seconde conception [...] ne voit dans le droit civil comparé qu'un instrument d'éducation juridique. Elle n'envisage la comparaison des législations étrangères que comme un moyen de rajeunir et de vivifier les études de droit civil français »²²⁶³. Or, « n'y voir que cela, c'est envisager [l'étude du droit civil comparé] sous un angle infiniment trop étroit, c'est prendre pour son objet ce qui n'est en réalité qu'un de ses effets. Cette seconde conception ne dégage pas encore la fonction vraiment spécifique du droit civil comparé, et ne touche qu'à l'une des applications de cette science »²²⁶⁴. Enfin, une « troisième conception ne veut voir dans les études de droit comparé que l'un des principaux instruments d'élaboration d'une science [...] ou plutôt d'un art dont l'objet est de préparer les transformations conscientes du droit interne, celles qui sont dues à l'action réfléchie et raisonnée de la volonté humaine, et tout particulièrement [...] de guider et d'éclairer le législateur national dans l'accomplissement de l'*élément politique* de sa tâche »²²⁶⁵. Cette dernière conception a cependant « le grand tort de dissimuler hypocritement la tendance au nivellement qui constitue, en réalité, le trait d'esprit caractéristique de la législation comparée »²²⁶⁶.

Ainsi débarrassé de « toutes les théories étroites et superficielles qui encombraient notre route »²²⁶⁷ et ayant dégagé de chacune d'elles « la parcelle de vérité qu'elle contient »²²⁶⁸, Lambert peut aborder en dernier lieu l'analyse des conceptions vraiment spécifiques de la fonction du droit comparé. Ces dernières sont au nombre de deux.

²²⁶⁰ *Ibid.*, p. 7.

²²⁶¹ *Ibid.*, p. 8. Nous soulignons.

²²⁶² *Ibid.*, p. 12. « L'auteur qui rassemble dans un livre l'indication des solutions données sur une même question, par exemple, par les législations française, allemande et italienne, nous présente à la fois des exposés de droit civil français, de droit civil allemand, de droit civil italien, non pas de droit civil comparé » (*Ibid.*, p. 14).

²²⁶³ *Ibid.*, p. 15.

²²⁶⁴ *Ibid.*, p. 57-58.

²²⁶⁵ *Ibid.*, p. 103-104.

²²⁶⁶ *Ibid.*, p. 913. Lambert se prononce effectivement en faveur d'un droit uniforme : « Oui, nous aspirons à réaliser le maximum possible de rapprochement entre les législations ; nous cherchons de parti pris à uniformiser les productions des jurisprudences et des pratiques extra-judiciaires apparentées, dans la mesure où le permettent la similitude des matériaux sur lesquels s'exerce leur travail, la ressemblance des aspirations sociales et des besoins économiques qu'elles doivent satisfaire, l'analogie des instruments dont elles disposent » (*Ibid.*, p. 913).

²²⁶⁷ *Ibid.*, p. 913.

²²⁶⁸ *Ibid.*, p. 913.

« La première de ces disciplines, *histoire comparative*, poursuit un but exclusivement scientifique et spéculatif. [...] Sa mission est de préparer, par l'étude comparative de la série des relations de succession qui existent entre les phénomènes juridiques, la découverte des causes qui expliquent ces relations, de révéler ainsi au jurisconsulte les lois naturelles auxquelles obéissent les manifestations de la vie sociale dont l'ensemble compose le droit, de lui faire saisir le lien et la raison d'être des transformations de la vie juridique, de lui permettre de découvrir quelles sont, pour chaque institution, les formes qui correspondent aux diverses phases du développement social, aux divers régimes économiques. [...] L'histoire est inséparable du droit comparé ainsi entendu. Le droit comparé envisagé sous cet angle est à la fois la comparaison des diverses législations et de l'histoire juridique des divers peuples »²²⁶⁹.

Quant à la seconde discipline, la *législation comparée*, elle poursuit « un but pratique, un but d'action. [...] Sous cette nouvelle face, le droit comparé [...] n'est plus une science ; il est un art. Il a pour rôle de dégager, de la confrontation des systèmes juridiques qu'il compare, le fond commun de conceptions et d'institutions qui y est latent ; de rassembler ainsi un dépôt de maximes communes à ces législations et de l'enrichir constamment par des empiètements successifs sur le domaine du particularisme »²²⁷⁰. Or, estime Lambert, « l'heure est venue d'entreprendre ce travail. Le mouvement de codification des droits nationaux qui s'est produit dans la communauté internationale, pendant le XIX^e siècle, nous y invite. [...] La codification, en facilitant la comparaison des droits nationaux en a préparé le rapprochement »²²⁷¹.

De son côté, Gény, professeur à la faculté de droit de Nancy depuis le 10 juillet 1901 – il accède à une chaire de droit civil en 1905 –, continue de s'interroger lui aussi (après 1900) sur la *méthode d'interprétation* et les *sources en droit privé positif* ; des thèmes qui avaient effectivement fait l'objet d'un premier *Essai critique* paru en 1899²²⁷². Comme Lambert, Gény reste indubitablement familier avec le droit allemand et la science juridique d'outre-Rhin²²⁷³ ; c'est ainsi qu'il publie en 1901-1902, au *Bulletin de la Société d'études législatives*²²⁷⁴, une « Contribution à l'Etude de la question des "Biens réservés de la femme mariée" d'après le Code civil allemand de 1896 et l'avant-projet de Code civil suisse de 1900 »²²⁷⁵.

La proximité de Gény avec la pensée allemande se devine également au regard des correspondances que ce dernier entretient avec les jurisconsultes d'outre-Rhin. A la fin de l'année 1908, Gény est par exemple contacté par le jeune *Privatdozent* à l'Université de

²²⁶⁹ *Ibid.*, p. 915.

²²⁷⁰ *Ibid.*, p. 916.

²²⁷¹ *Ibid.*, p. 921.

²²⁷² Cf. *supra.*, p. 381 et s.

²²⁷³ Olivier Motte fait toutefois remarquer que, « quand on lit [les ouvrages de Gény] où les références allemandes se multiplient en bas de page, on peut se demander ce qu'il en a vraiment retiré, ces références ayant parfois tourné au procédé, pour justifier ou appuyer, de façon plus ou moins fondée, des choix personnels. Qu'il ait lu attentivement ces auteurs, cela est incontestable ; mais souvent leur apport semble plaqué un peu artificiellement sur sa réflexion » (O. MOTTE, *Lettres inédites de juristes français du XIX^e siècle...*, *op. cit.*, t. I, 1989, p. 754).

²²⁷⁴ Sur cette Société, cf. *infra.*, p. 455 et s.

²²⁷⁵ Nous revenons plus loin sur cette publication : cf. *infra.*, p. 458 et s.. Cette étude donnera lieu, du reste, à un ouvrage : F. GENY, *Les biens réservés de la femme mariée d'après le Code civil allemand de 1896 et l'avant-projet de Code civil suisse de 1900*, Paris, A. Rousseau, 1902.

Fribourg-en-Brigau, Hermann Kantorowicz (1877-1940), auteur d'un pamphlet intitulé *Der Kampf um die Rechtswissenschaft* qu'il avait fait paraître en 1906 sous le pseudonyme de Gnaeus Flavius. Comme le souligne Olivier Motte, « [cette correspondance] éclaire une période critique de sa recherche, en faisant connaître le progrès de sa pensée dans la période qui sépare son premier de son second ouvrage »²²⁷⁶ c'est-à-dire sa *Méthode d'interprétation* de 1899 de ses *Science et technique en droit privé positif*, parues en quatre volumes de 1913 à 1924. En effet, alors que sa première analyse connaît « immédiatement un succès sans égal »²²⁷⁷ auprès de ceux qui entendent désormais rompre définitivement avec l'exégèse – tels Eugène Gaudemet ou Bonnecase –, GénY n'est pourtant pas pleinement satisfait de son œuvre :

« Je ne ferai pas difficulté d'avouer ici, en toute sincérité, que mon impuissance à résoudre, de façon suffisante, le problème fondamental, que je signale à cette place, a marqué d'une infirmité radicale les conclusions *positives* de mon livre sur la *Méthode d'interprétation*. Ce n'est pas que je n'aie aperçu, dès lors, la question elle-même, du moins sous quelques-uns de ses aspects. J'ai conscience, en tout cas, d'en avoir senti l'importance et entrevu les difficultés. Mais je suis plus certain encore de n'y avoir proposé que des solutions vagues, incomplètes, équivoques, parfois contradictoires, qui, finalement, laissaient indéchiffré le mot essentiel de l'énigme. [...] Je ne sache pas que personne ait nettement aperçu le trou béant de l'œuvre entière, que, pour ma part, j'ai senti s'élargir encore davantage, quand j'ai vu de trop confiants disciples utiliser, parfois sans hésitation ni mesure, les lambeaux de vérité, que j'avais détachés, non sans effort, du bloc à peine entamé de la matière juridique, parfois simples morceaux de rapiécage, à moitié taillés, disparates, ajustés tant bien que mal, qui ne servaient qu'à dissimuler provisoirement l'indigence de mon tissu »²²⁷⁸.

De l'aveu même du professeur nancéien, les idées essentielles qui sont à la base des études de *Science et technique* avaient été annoncées, en réalité, dès 1910, dans une leçon faite au Collège libre des sciences sociales, à la demande de Saleilles, à qui GénY dédie d'ailleurs son livre²²⁷⁹. Cette leçon du 10 janvier 1910 constitue en effet pour GénY « l'occasion d'exposer, devant un public curieux de ces questions, et dans une Maison ouverte à toutes les audaces de

²²⁷⁶ O. MOTTE, *loc. cit.*

²²⁷⁷ N. HAKIM, V° « GénY », *Dictionnaire historique des juristes français...*, *op. cit.*, 2^e éd., 2015, p. 471.

²²⁷⁸ F. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, Paris, Librairie de la Société du Recueil Sirey, t. I, 1913, p. 10-11.

²²⁷⁹ « *Science et technique* » est effectivement dédié « A la mémoire illustre et chérie de Raymond Saleilles ». Ce dernier, par son « zèle actif et généreux » (F. GENY, *Science et technique...*, *op. cit.*, p. 8), a rendu possible la parution d'une œuvre collective regroupant justement les leçons faites au Collège libre des Sciences sociales en 1910 sur les méthodes juridiques des professeurs parisiens Henry Berthélemy (1857-1943), Emile-Auguste Garçon (1851-1922), Larnaude, Antoine-Louis Pillet (1857-1926), Albert Tissier (1862-1925), Thaller, Henri Truchy (1864-1950), ainsi que du professeur à la faculté de droit de Nancy, GénY : *Les méthodes juridiques*, Paris, V. Giard & E. Brière, 1911. En matière de droit public, Larnaude qualifie de « capital » le rôle joué par les méthodes historique et comparative, « à ce point qu'on peut dire que seuls sont vraiment scientifiques les ouvrages qui les utilisent » (F. LARNAUDE, « Le droit public. Sa conception. Sa méthode », *Les méthodes juridiques...*, *op. cit.*, p. 43) ; le fondateur de la *Revue du droit public* renvoyant alors aux différents rapports présentés au Congrès international de droit comparé de 1900. Pour Larnaude, en effet, l'histoire et la législation comparée apportent au théoricien du droit public une « aide tout à fait indispensable [...] ». En lui permettant de dégager les types nationaux d'institutions, elles lui permettent vraiment de faire œuvre scientifique. [...] Elles mettent aussi le législateur à même de faire œuvre pratique, en l'empêchant de faire des emprunts irréflechis à des pays voisins » (*Ibid.*, p. 51). Mais la méthode historique et comparative peut avoir pour l'étude du droit public un résultat plus précieux encore : permettre de « découvrir des lois véritables, dans le sens scientifique du mot, des lois de développement des institutions » (*Ibid.*, p. 52). Sur Larnaude, cf. *supra.*, p. 344 et s.

l'esprit, à quel stade [il] en [est] personnellement arrivé dans la précision de la Méthode juridique »²²⁸⁰. Selon lui, tout d'abord, « personne n'ose soutenir aujourd'hui que le jurisconsulte puisse remplir sa mission avec le seul secours de la loi écrite et [...], si l'on discute encore sur la façon dont il doit en combler les lacunes, du moins est-on d'accord que la mise en œuvre de ses instruments ou moyens de solution, quels qu'ils soient, le font participer, peu ou prou, à la création juridique »²²⁸¹. Dès lors, comment parvenir à ce que Gény appelle le « Juste objectif » – l'« idéal suprême » – à défaut de l'appui des textes légaux, et sans compromettre pour autant « l'intérêt capital de toute organisation juridique, savoir la pleine sécurité de la vie sociale par la certitude des attentes et la stabilité des situations »²²⁸² ? Il faut, à son avis, distinguer deux « pôles » entre lesquels l'activité des hommes de droit oscille : le *donné* et le *construit*. Le « "*donné*" de la vie sociale » suggère « la règle de droit, telle qu'elle se dégage de la nature des choses, et, pour ainsi dire, à l'état brut »²²⁸³ tandis que le « *construit* » vise à ériger « la règle brute en précepte, capable de s'insérer dans la vie et d'animer à son tour celle-ci en vue des fins suprêmes de l'ordre juridique »²²⁸⁴. A partir de cette distinction, Gény en établit une autre : celle de la *Science* et de la *Technique*. L'expression « science » suffit en effet, d'après lui, à « faire ressortir qu'il est possible de concevoir une connaissance de l'ordre juridique, s'exerçant sans artifices, tendant simplement à nous faire constater ce qu'en révèlent la nature et la vie, de quelque façon qu'on les doive interroger »²²⁸⁵ alors que l'expression « technique du droit » traduirait le mieux « l'effort spécial et, en quelque sorte, professionnel, qu'il s'agit par là de spécifier »²²⁸⁶. Or, si Gény reconnaît que l'une et l'autre sont également nécessaires pour le plein développement du droit positif, et s'il admet en outre que la science peut passer pour plus fondamentale que la technique, la « thèse capitale » du juriste nancéen consiste cependant à affirmer que « seule la technique offre au jurisconsulte un champ d'action autonome, où il puisse véritablement nourrir l'espoir de créer et de renouveler le droit postulé par l'heure présente »²²⁸⁷. Aussi « *l'œuvre capitale de la méthodologie juridique* »²²⁸⁸ doit-elle avoir pour objectif premier l'édification d'une « théorie de la technique du droit », la fixation de ses lois ainsi que la précision de ses moyens.

²²⁸⁰ F. GENY, « Les procédés d'élaboration du droit civil », *Les méthodes juridiques...*, op. cit., p. 175.

²²⁸¹ *Ibid.*, p. 176.

²²⁸² *Ibid.*, p. 178.

²²⁸³ *Ibid.*, p. 181-182.

²²⁸⁴ *Ibid.*, p. 182.

²²⁸⁵ *Ibid.*, p. 183.

²²⁸⁶ *Ibid.*, p. 183.

²²⁸⁷ *Ibid.*, p. 184. « Pour moi, la notion de technique juridique représente tout ce qu'il y a d'artificiel ou ce qui est œuvre propre de la volonté humaine dans la constitution du droit positif. Et, l'élaboration technique du droit consiste à donner aux éléments, fournis par la nature des choses, une forme, des contours, des manières d'être, qui les modifient, d'une façon toujours un peu factice et conventionnelle, en vue de les adapter à la vie. Or, quand on y regarde d'un peu près, on s'aperçoit aisément de la part immense que tient la technique, ainsi comprise, dans l'ensemble de l'œuvre juridique » (*Ibid.*, p. 189).

²²⁸⁸ *Ibid.*, p. 194. Nous soulignons.

Finalement, dans *Science et technique en droit privé positif*, les mêmes questions se reposent²²⁸⁹. Pour y répondre, Gény entend – dès lors qu'il se situe en dehors du droit civil – « invoquer des autorités externes et [s]'appuyer sur les données acquises par le travail d'autrui [...] car, si les nécessités d'une exposition probante [lui] font parfois introduire ici les résultats de l'histoire du droit ou du droit comparé, ce ne sera que sous la réserve d'un "mieux informé", que [lui] impose, ici encore, [son] incompetence »²²⁹⁰. C'est ainsi que Gény est amené à citer Esmein et ses *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*²²⁹¹ ; Lambert et ses *Etudes de droit commun législatif ou de droit civil comparé*²²⁹² ou encore le *Manuel de philosophie du droit* (1909) dans lequel le juriste allemand, Josef Kohler (1849-1919), examine « les institutions juridiques les plus notables, [...] dégage, des constatations positives du droit comparé universel, certains types se succédant dans l'évolution, [...] constate le résultat terminal de celle-ci »²²⁹³.

Sensible à la doctrine et au droit allemands, Thaller l'est aussi. Le 19 décembre 1901, ce dernier donne par exemple communication d'une « Etude sur le registre du commerce en Allemagne et en Suisse » lors d'une séance de la *Société de législation comparée*. D'après le professeur à la faculté de droit de l'université de Paris, « le moment paraît venu de s'occuper un peu plus attentivement qu'on ne l'a fait jusqu'ici d'une institution qui tient une assez grande place dans les mœurs et dans le droit de l'Allemagne : le "registre du commerce", d'examiner les avantages de cette institution et l'opportunité qu'il y aurait pour les Français à l'introduire chez eux »²²⁹⁴. Les Allemands y trouvent, en tous les cas, un triple profit. Tout d'abord, grâce au registre du commerce, la démarcation des professions commerciales et des professions civiles est rendue « nette et ostensible » puisque, « si l'on veut avoir la certitude, en se mettant en rapports avec une personne, que l'on aura contre elle les garanties du droit commercial, il suffira de se renseigner sur le fait suivant : s'est-elle fait inscrire sur le

²²⁸⁹ « Quelle est la nature propre du droit objectif considéré, en fait, comme élément intégrant de la réalité sociale ? Est-il objet de connaissance, ou simple matière à pratique, ou, plutôt même, l'un et l'autre à la fois ? – En tant qu'offert à la connaissance, par quels moyens le pouvons-nous saisir ? quels biais ou quelles combinaisons nous permettront de lui adapter les instruments efficaces de l'investigation scientifique ? – Envisagé comme susceptible de pratique, de quelle façon le ferons-nous pénétrer dans le tissu complexe et serré de la vie sociale ? devons-nous, pour cela, nous abandonner à l'empirisme pur, ou n'aurons-nous pas, ici même, comme guides, quelques procédés-types, que la raison puisse analyser, ou, du moins, reconnaître et estimer, de façon à en apprécier la valeur, ou à en assurer l'efficacité ? – Mais, surtout, quels seront, en notre domaine, les rapports de la connaissance à l'action ? Celle-ci ne prendra-t-elle pas finalement le pas sur la première ? [...] Bref, et pour tout dire en peu de mots, quelle part revient, dans le droit positif et vivant, à la nature des choses, quelle part à l'artifice ? Ou bien encore, quelles sont les conditions et les limites d'une systématisation légitime du droit spontanément éclos, et que reste-t-il à faire, après elle, pour le maintenir en harmonie avec les réalités et la vie ? » (F. GENY, *Science et technique...*, op. cit., p. 11-13).

²²⁹⁰ *Ibid.*, p. 18-19. Nous soulignons.

²²⁹¹ Sur cette œuvre, cf. *supra.*, p. 329 et s.

²²⁹² Cf. *supra.*, p. 441 et s.

²²⁹³ F. GENY, *Science et technique...*, op. cit., p. 119.

²²⁹⁴ E. THALLER, « Etude sur le registre du commerce en Allemagne et en Suisse », *Bulletin de la Société de législation comparée*, t. XXXI, 1901-1902, p. 92.

registre ? »²²⁹⁵ Ensuite, « le moyen pour un commerçant de dérober la clientèle d'un concurrent à la faveur d'une confusion d'identité est vraiment coupé par la racine »²²⁹⁶ ; le commerçant qui s'établit devant en effet exposer, dans sa demande d'immatriculation au registre, le nom sous lequel il entend exploiter son commerce et qui doit obligatoirement être distinct des autres firmes déjà exercées dans la même commune et déjà portées dans le registre. Enfin, le registre du commerce tient un rôle important dans la cession des fonds de commerce : le successeur devant faire immatriculer l'acte de vente sinon par reproduction intégrale, du moins par voie de mention, il pourra continuer l'exploitation sous le nom de son prédécesseur sans aucune adjonction d'épithète. Malgré ces trois avantages, Thaller rejette pourtant l'idée d'importer en France l'institution du registre du commerce. « Les citoyens, pense-t-il, ne s'accommoderont pas d'un régime qui les mettra à la discrétion de l'autorité publique. [...] Nos informations nous autorisent à croire que les Allemands ne se sentent pas autrement molestés par les investigations que le pouvoir public exerce sur la régularité de leurs actes, au moyen de ces instructions méticuleuses. Affaire de tempérament. Tout porte à croire qu'en France elles causeraient une impression tracassière »²²⁹⁷.

C'est encore au droit commercial que Thaller consacre, à compter de l'année 1907, un *Traité général théorique et pratique*, publiés en huit volumes sous sa direction et avec la collaboration de Pic, Josserand, Georges Ripert (1880-1958) ou encore Jean Percerou (1873-1957). Selon ce dernier, il s'agissait alors de ne pas « se renfermer dans l'étude étroite du droit positif français » mais bien plutôt d'« en éclairer les notions au moyen de l'économie politique et, souvent aussi, *au moyen des solutions admises par les lois ou par la jurisprudence des pays étrangers* »²²⁹⁸. Tel est en effet le but recherché par Thaller : « développer les principes d'une *méthode scientifique* »²²⁹⁹. En ce sens, Saleilles l'invite à participer – à l'instar de Gény²³⁰⁰ – aux conférences organisées par le Collège libre des sciences sociales sur les méthodes juridiques. Du point de vue de Thaller, le droit commercial a su combiner trois méthodes : la *méthode d'observation*, la *méthode constructive* et la *méthode scolastique*. La première fait du droit « une science sœur de l'économie politique et des sciences sociales. Lorsqu'une institution se présente à nous, nous ne courons pas immédiatement à la disposition législative qui la concerne. Nous cherchons d'abord à nous rendre compte de cette institution prise dans la vie des hommes, tout comme si aucune loi écrite n'avait été promulguée à son sujet, et qu'elle n'existât qu'à l'état d'usage »²³⁰¹. La deuxième méthode sert de « pont jeté entre l'observation et la scolastique, rapprocher les deux

²²⁹⁵ *Ibid.*, p. 99.

²²⁹⁶ *Ibid.*, p. 101.

²²⁹⁷ *Ibid.*, p. 105. En définitive, Thaller recommande simplement de perfectionner la législation française déjà établie ; en particulier la loi de 1898 sur le nantissement de fonds de commerce.

²²⁹⁸ Cité par F. GARNIER, « Edmond-Eugène Thaller (1851-1918) et les annales de droit commercial », art. cit., p. 165. Nous soulignons.

²²⁹⁹ *Ibid.*, p. 165. Nous soulignons.

²³⁰⁰ Cf. *supra.*, p. 444 et s.

²³⁰¹ E. THALLER, « La méthode en droit commercial », *Les méthodes juridiques...*, op. cit., p. 135-136.

méthodes, l'ancienne et la nouvelle, et donner un corps juridique à l'institution prise en sa fonction humaine et sociale, de façon à rendre ses applications pratiques mieux saisissables »²³⁰². A ce propos, Thaller reconnaît que « les Allemands [...] sont les initiateurs de cette méthode » même s' « ils l'ont exagérée »²³⁰³. Il est en tout cas évident que la science juridique allemande a constitué pour le commercialiste français un apport fondamental : « Je ne puis revivre sans un vrai plaisir, confesse-t-il par exemple, les heures de méditation qu'il m'est arrivé de consacrer dans ma carrière à la pénétration des traités et des dissertations germaniques sur la législation du commerce »²³⁰⁴. Enfin, quant à la troisième méthode, c'est-à-dire la *méthode interprétative des textes*, elle est indispensable selon Thaller à la formation des avocats, des magistrats ou des notaires qui doivent nécessairement se « courber sous les Codes, [...] les examiner de fort près, dans la signification des articles, dans l'enchaînement qui les unit, dans les travaux préparatoires qui les éclairent, dans les arrêts qui les ont appliqués »²³⁰⁵.

Tout comme Thaller, Esmein a pu avouer, dans une lettre à Otto von Gierke (1841-1921) du 28 décembre 1907 : « J'ai pour la science allemande la plus grande admiration et j'ai contracté envers elle une dette de reconnaissance, étant donné le grand profit que j'en ai retiré »²³⁰⁶. C'est ainsi qu'Esmein proposa à Mommsen de présider la section historique du *Congrès international de droit comparé* de 1900 – proposition que l'intéressé déclina²³⁰⁷ – et qu'il lui fit parvenir le compte rendu qu'il avait donné en 1902 de l'ouvrage *Römisches Strafrecht* dans la *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*²³⁰⁸. Membre de l'Académie des sciences morales et politiques depuis 1904, Esmein est ensuite fait président

²³⁰² *Ibid.*, p. 143-144. En effet, rappelle Thaller, « chaque institution exige un effort de synthèse pour être comprise, que le devoir de l'homme de loi est de la ramener à une figure d'ensemble résumant ses services et le but auquel la dite institution répond, puis de classer cette figure parmi les catégories déjà établies ou s'il le faut d'instituer pour elle une catégorie nouvelle. Et c'est en cela que consiste l'art de construction, et toute entreprise qui s'abstient d'y recourir laisse l'édifice qu'elle élève entièrement découronné. Pour employer une autre métaphore, la construction juridique est une clef de voûte qui soutient tous les arceaux, toutes les pièces de l'œuvre. Son avantage ne réside pas dans un amusement de l'esprit. Le mérite qu'elle a, c'est de communiquer au cerveau, sous forme dense et abrégée, un appareil de démonstration au moyen duquel de nombreuses difficultés se résoudront. Grâce à elle un principe dirigeant gouvernera les cas les plus inattendus de litiges » (*Ibid.*, p. 146).

²³⁰³ *Ibid.*, p. 145. Cette exagération a contribué, selon l'auteur, à éloigner de la construction juridique « de nombreux esprits concrets formés à la culture latine. Les constructions juridiques sont dédaignées par ces hommes qui veulent toujours sentir un sol ferme sous leurs pas et qui éprouvent peu de goût à se risquer dans l'aviation parce qu'à une certaine hauteur de l'air on respire mal et qu'il y a une chute à redouter » (*Ibid.*, p. 145).

²³⁰⁴ *Ibid.*, p. 148.

²³⁰⁵ *Ibid.*, p. 150.

²³⁰⁶ O. MOTTE, *Lettres inédites de juristes français du XIX^e siècle...*, op. cit., t. I, 1989, p. 632.

²³⁰⁷ Mommsen accepta cependant la présidence d'honneur mais ne se rendit pas à Paris.

²³⁰⁸ Sur cette revue, cf. *supra.*, p. 197 et s. Dans son compte rendu, Esmein parle de l'ouvrage de Mommsen comme d' « une œuvre considérable et magistrale » ; « une addition précieuse à la littérature du droit romain » ; « ce n'est pas que nous n'ayons déjà des travaux remarquables et pénétrants sur le droit criminel des Romains [...] mais rien n'existait encore qui fût comparable au livre de M. Mommsen » ; en un mot : « l'œuvre de M. Mommsen, bâtie sur la science et la critique la plus sûre, offre une masse solide comme le granit » (A. ESMEIN, « Comptes rendus critiques. Droit romain. Th. Mommsen. – Römisches Strafrecht », *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, vingt-sixième année, 1902, p. 345-352).

du jury d'agrégation d'histoire du droit en 1906²³⁰⁹. La même année, il publie une étude sur *Gouverneur Morris, un témoin américain de la Révolution française* avant d'être invité par Gierke à participer au *Congrès international des sciences historiques*, tenu à Berlin en 1908. S'il accepte dans un premier temps cette invitation, Esmein se désiste finalement avant l'ouverture du congrès, étant en réalité peu désireux de se rendre en Allemagne²³¹⁰. Malgré tout, il rédige sa communication sur « l'inaliénabilité du domaine de la Couronne devant les Etats Généraux du XVI^e siècle » et l'adresse à Gierke, laquelle paraît en 1911 dans le *Festschrift Otto von Gierke*.

A vrai dire, « ce qui rend intéressante la position d'Esmein, [...] c'est qu'au début du siècle, en quelques lignes, il a défini les Systèmes juridiques et a précisé avec une grande clarté l'objet de la science des droits comparés »²³¹¹. Dans son rapport sur « Le droit comparé et l'Enseignement du Droit »²³¹² qu'il soumet au Congrès de 1900, il insiste tout d'abord particulièrement sur la différence qui existe entre la *législation comparée* et le *droit comparé proprement dit*. « La législation comparée, au sens étroit du mot, [...] étudie, en elles-mêmes et pour leur valeur propre, les dispositions que contient le droit des divers peuples quant à une institution déterminée, par exemple la tutelle des mineurs [...]. Elle les considère comme les diverses solutions possibles, rationnelles ou utilitaires, d'un problème général qui se pose partout. Par leur comparaison, en faisant la balance de leurs avantages et de leurs inconvénients respectifs, elle s'efforce de dégager la solution la meilleure et la plus utile ». En réalité, selon Esmein, « l'enseignement de la législation comparée ainsi compris n'aurait pas une grande utilité, et, pour ceux qui le recevraient, le profit ne vaudrait pas le labeur ». En effet, la méthode consisterait alors à « prendre pour point de départ le Droit national, qui est nécessairement le mieux connu, et [à] en rapprocher les solutions données sur les mêmes points par les législations étrangères » ; en d'autres termes, il s'agirait « d'emmagasiner le détail des faits et la liste des solutions dans la mémoire des étudiants » au lieu de « leur fournir les idées générales qui leur permettront, dans la suite, d'acquérir par eux-mêmes des connaissances étendues, personnelles et par cela même, fécondes ». Ainsi réduit à cette fonction, « l'enseignement du Droit comparé fournirait seulement un supplément au Droit national, un petit bagage additionnel de connaissances juridiques » alors qu'il a, aux yeux d'Esmein, « une mission plus féconde et une portée plus haute : *il doit figurer au premier rang, avec l'Histoire du droit, parmi les méthodes qui font du droit une véritable science* »²³¹³.

Enseigner le droit comparé proprement dit, c'est alors, selon le professeur parisien, « dégager la nature et les principes des institutions juridiques ». Or, ajoute-t-il, « l'étude des

²³⁰⁹ Il l'avait déjà été en 1897 ; il le sera encore en 1908 et 1910.

²³¹⁰ O. MOTTE, *Lettres inédites de juristes français du XIX^e siècle...*, op. cit., t. I, 1989, p. 630.

²³¹¹ L. J. CONSTANTINESCO, *Traité de droit comparé*, Paris, Economica, t. III, 1983, p. 96.

²³¹² Les citations qui vont suivre sont tirées de ce rapport : A. ESMEIN, « Le Droit comparé et l'Enseignement du Droit », *Congrès international de droit comparé tenu à Paris du 31 juillet au 4 août 1900...*, op. cit., t. I, 1905, p. 445-454.

²³¹³ L'italique est de notre fait.

principes et de la nature des institutions, c'est l'étude même du droit, en tant qu'il constitue une science ». Le « vrai jurisconsulte » dispose pour ce faire de deux méthodes²³¹⁴ : la *méthode dogmatique et abstraite* ainsi que la *méthode d'observation*. La première est « vieille comme le droit lui-même et toujours légitime. Elle consiste à rechercher patiemment la pensée du législateur quand il s'agit d'une loi écrite, à interpréter, s'il se peut, l'esprit des populations, quand il s'agit d'une coutume, et surtout à rapprocher et à combiner les solutions précises fournies par le droit positif ».

La seconde est, d'après Esmein, « nouvelle » (il écrit en 1900) et emploie – comme Lambert le fera plus tard dans ses *Etudes de droit commun législatif* de 1903²³¹⁵ – « deux instruments de précision » : l'histoire du droit et le droit comparé. « L'histoire du droit, en montrant comment les institutions qui durent longtemps voient successivement et à plusieurs reprises changer leur âme, c'est-à-dire l'idée vivante dont elles sont la traduction, en dégage sûrement les principes ; elle excelle également à préciser la nature juridique des institutions en en suivant les lentes modifications ». Mais le droit comparé fournit une méthode « plus exacte et plus puissante encore, soit qu'il montre dans plusieurs législations l'application parallèle des mêmes idées fondamentales, soit qu'il fasse surgir les oppositions et mette face à face les contraires ».

Contrairement à la *législation* comparée, il ne faut pas, pour pratiquer le *droit comparé*, « prendre le droit national comme centre et lui donner pour satellites les autres législations, similaires ou hétérogènes ». Il ne faut pas non plus « prendre les diverses législations comme au hasard, pour les comparer entre elles, les considérant toutes comme des unités de même nature et les traitant comme des valeurs égales » mais « étudier l'institution, à laquelle on veut appliquer la méthode, parallèlement dans chacun des systèmes de droit originaux qu'a produits l'humanité, ou, tout au moins, la civilisation occidentale, en faisant ressortir pour chacun d'eux les caractères distinctifs que lui ont donnés le génie du peuple qui l'a créé et le développement historique ». Dès lors, tout enseignement scientifique du droit comparé doit comporter, selon Esmein, une première partie « générale et essentielle » où sont classées « les législations (ou coutumes) des différents peuples, en les ramenant à un petit nombre de familles ou de groupes, dont chacun représente un système de droit original ; et, faire connaître la formation historique, la structure générale et les traits distinctifs de chacun de ces systèmes ». A cet égard, Esmein arrête ces groupes – du moins, pour ce qui concerne la « civilisation occidentale » – au nombre de cinq : le *groupe latin* (France, Belgique, Italie,

²³¹⁴ Sachant qu'Esmein en exclut une d'office, à savoir la *méthode de transposition* : « Il arrive fréquemment, de nos jours surtout, que, chez deux peuples de civilisation égale et similaire, le droit sur bien des points fournit des résultantes qui, pratiquement, sont à peu près les mêmes, mais qui se réalisent par une technique juridique tout à fait différente de part et d'autre. C'est ce qui se produit souvent, par exemple dans le droit contemporain, français et anglais. On a pris l'habitude, chez nous, de traduire dans le langage du droit français et de revêtir des formes françaises les données fournies par le droit anglais. On ne saurait trop s'interdire ces traductions toujours infidèles, ces transpositions nécessairement inadéquates. Le Droit comparé, ainsi pratiqué, dénature les institutions au lieu d'en faire apparaître le véritable caractère ».

²³¹⁵ Cf. *supra.*, p. 441 et s.

Espagne, Portugal, Roumanie et républiques latines de l'Amérique centrale et méridionale) ; le *groupe germanique* (peuples scandinaves, Autriche Cisleithane, Hongrie, « quoique celle-ci représente une race différente ») ; le *groupe anglo-saxon* (Angleterre, Etats-Unis, colonies de langue anglaise) ; le *groupe slave* et enfin le *droit musulman*. Comme le fait remarquer Constantinesco, « dans l'ensemble, les groupements proposés par Esmein [...] sont assez pertinents [...]. Toutefois, les critères sont assez imprécis dans leur application »²³¹⁶. Autrement dit, « la quête de la méthode reste entière et la tentative de fonder la science du droit œuvre concomitamment à sa faiblesse »²³¹⁷.

« Il n'est personne qui ne comprenne l'importance prise depuis quelque temps par ces questions de méthode, déclarait en ce sens Saleilles le 22 novembre 1909. Il y a un quart de siècle, on en parlait à peine »²³¹⁸. Il faut dire que ces deux derniers juristes, Esmein et Saleilles, ont à plusieurs reprises travaillé de pair et que le second accorde, à l'instar du premier, « une place centrale à la méthode, notamment dans le dessein d'édifier une science juridique sans d'ailleurs qu'il ne définisse de manière rigoureuse cette dernière notion. *Eriger le droit en science est une préoccupation récurrente du professeur* »²³¹⁹. En 1901, alors qu'un cours de législation civile comparée est créé à la faculté de droit de Paris à l'intention de Saleilles²³²⁰ ; celui-ci publie « ses œuvres comparatistes majeures » ayant toutes pour point commun de « développer des sujets particuliers dans lesquels le droit français pêche par défaut de finesse et de réalisme, tandis que, à propos des mêmes matières, la législation allemande devrait exciter l'admiration »²³²¹. Pour Saleilles, en effet, « le Code civil allemand

²³¹⁶ L. J. CONSTANTINESCO, *loc. cit.* L'auteur précise en effet son propos : « Esmein n'indique pas par quels critères "les traits distinctifs des Systèmes" peuvent être précisés. Par ailleurs, l'auteur, qui, par cette affirmation, semble chercher les critères de classement dans le domaine typologique, n'est pas conséquent avec sa propre théorie car, finalement, son classement semble être fondé sur la race. L'auteur parle des peuples, mais, en intégrant la Hongrie au groupe germanique, il précise qu'elle est d'une race différente. D'autre part, on ne sait pas si les critères aidant à former les groupes latin, germanique et slave, résultent d'une communauté de langue ou de race. De même, on ne sait pas pourquoi et à partir de quel critère les peuples scandinaves forment un rameau du droit germanique. De toute façon, ni les finlandais, ni les hongrois ne font partie, que ce soit du point de vue de la race ou de celui du droit, du groupe allemand. Enfin, si par ethnie, les tchèques et les serbes sont des peuples slaves, leur droit était cependant d'origine autrichienne » (*Ibid.*, p. 96).

²³¹⁷ F. ROUVIERE, « Le droit à l'épreuve de la vulnérabilité », art. cit., p. 15.

²³¹⁸ R. SALEILLES, « Introduction », *Les méthodes juridiques...*, *op. cit.*, p. xvi.

²³¹⁹ F. CHERFOUH, « Portrait d'un activiste : Raymond Saleilles au service de la science juridique », *Raymond Saleilles et au-delà...*, *op. cit.*, p. 42. Nous soulignons.

²³²⁰ Transformé en chaire en 1905, le secrétaire général adjoint du Comité d'organisation du *Congrès international de droit comparé* devait l'occuper, de façon irrégulière en raison de l'état de sa santé qui l'oblige à interrompre son enseignement à de nombreuses reprises, jusqu'à sa mort le 3 mars 1912. Sur ce point : O. MOTTE, *Lettres inédites de juristes français du XIX^e siècle...*, *op. cit.*, t. II, 1990, p. 1580.

²³²¹ J.-H. ROBERT, « Saleilles et le comparatisme », art. cit., p. 145. L'auteur cite trois ouvrages principaux, « très techniques » : R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté. Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand (art. 116 à 144)*, Paris, F. Pichon, 1901 ; R. SALEILLES, *De la possession des meubles. Etudes de droit allemand et de droit français*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1907 et R. SALEILLES, *De la personnalité juridique. Histoire et théories. Vingt-cinq leçons d'introduction à un cours de droit civil comparé sur les personnes juridiques*, Paris, A. Rousseau, 1910. « Ces importants travaux, poursuit Jacques-Henri Robert, sur lesquels est assise la réputation de comparatiste de Saleilles, sont des monuments autour desquels croissent des broussailles moins élaborées, fruits abondants d'un esprit sans cesse en état d'observation [...]. Cette littérature secondaire l'a rendu très populaire dans la jeunesse qui y trouvait des

aura été l'œuvre juridique la plus considérable du siècle qui vient de finir. Non seulement il résume à lui seul tout le mouvement scientifique du XIX^e siècle, mais il paraît destiné à servir de point de départ à une nouvelle évolution générale du droit, comparable, toutes proportions gardées, à ce qu'avait été le développement scientifique issu de l'apparition du Code civil français à l'aube du XIX^e siècle »²³²². De toute évidence, « Saleilles est [...] connu pour ses travaux relatifs au droit civil allemand, alors en pleine transformation avec la discussion puis l'adoption du BGB, comme pour sa maîtrise, inégalée en son temps (seul Gény [...] paraît approcher sa connaissance de la littérature juridique allemande), des sources germaniques »²³²³.

D'ailleurs, il entretenait – comme Esmein – un échange dense avec Gierke dont il fit la connaissance personnelle lors du *Congrès international des sciences historiques* de Rome en 1903 ; congrès au cours duquel Saleilles donna lecture d'un « important travail sur les procédés de la méthode historique applicables à l'évolution du droit codifié, travail qui a provoqué quelques critiques et surtout d'importantes remarques sur le nouveau code civil allemand de la part de M. Gierke, recteur de l'Université de Berlin »²³²⁴. Comme Esmein encore, Saleilles devait participer en 1908 au *Congrès international des sciences historiques* de Berlin mais il ne put en définitive s'y rendre²³²⁵.

Surtout, il crée avec Esmein – ainsi que Charles Massigli (1851-1916)²³²⁶ et Wahl²³²⁷ – la *Revue trimestrielle de droit civil* en 1902. Quelles sont les intentions de ces fondateurs²³²⁸ ?

arguments contre le conservatisme » (J.-H. ROBERT, *loc. cit.*). Parmi ces publications, l'on peut notamment citer : R. SALEILLES, « Note sur l'acquisition de la personnalité civile dans le code civil allemand », *Bulletin de la Société de législation comparée*, t. XXVIII, 1898-1899, p. 260-281 ; R. SALEILLES, « Note sur l'article 54 du Code civil allemand relatif aux associations dépourvues de la personnalité », *Bulletin de la Société de législation comparée*, t. XXVIII, 1898-1899, p. 452-459 ; R. SALEILLES, « Notes sur deux articles du Code civil pour l'empire d'Allemagne », *Bulletin de la Société de législation comparée*, t. XXIX, 1899-1900, p. 149-160 ; R. SALEILLES, « Notes sur la théorie de la capacité dans le Code civil pour l'empire d'Allemagne, articles 2, 3, 6 et 104 à 115 du Code civil », *Bulletin de la Société de législation comparée*, t. XXIX, 1899-1900, p. 237-245 ; R. SALEILLES, « Le droit au nom individuel dans le Code civil pour l'Empire d'Allemagne », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, t. XXIX, 1900, p. 94-101 ; R. SALEILLES, « Théorie de l'absence dans le Code civil allemand », *Revue bourguignonne de l'enseignement supérieur*, t. X, 1900, p. 113-134 ; R. SALEILLES, « Les personnes juridiques dans le Code civil allemand », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, t. XV, 1901, p. 193-250, 428-464 et t. XVI, 1901, p. 212-264.

²³²² R. SALEILLES, *Introduction à l'étude du droit civil allemand*, Paris, F. Pichon, 1904, p. 3.

²³²³ J.-L. HALPERIN, « Saleilles et les droits étrangers », *Raymond Saleilles et au-delà...*, *op. cit.*, p. 160.

²³²⁴ Le mot est de Georges Blondel (1856-1948) et est cité par Olivier Motte : O. MOTTE, *Lettres inédites de juristes français du XIX^e siècle...*, *op. cit.*, t. II, 1990, p. 1586. Saleilles contribua effectivement aux travaux du Congrès de Rome par une communication : R. SALEILLES, « Méthode historique et codification », *Atti del Congresso internazionale di scienze storiche (Roma, 1-9 Aprile 1903)*, Roma, Tipografia Della R. Accademia Dei Lincei, Vol. IX, 1904, p. 3-22.

²³²⁵ O. MOTTE, *loc. cit.* Saleilles contribua cependant – une fois de plus, à l'instar d'Esmein – aux *Mélanges* dédiés à Gierke à l'occasion de son 70^e anniversaire : R. SALEILLES, « Le principe de la continuation de la personne du défunt par l'héritier en droit romain », *Festschrift Otto Gierke, zum 70. Geburtstag von Schülern, Freunden und Verehrern dargebracht*. Weimar, H. Böhlau, 1910, p. 1015-1034.

²³²⁶ Né le 4 août 1851 à La Cluse, dans le Doubs, Fulgence-Charles-Emile Massigli fait son droit à Aix, après des études secondaires à Alger. Il soutient sa thèse en 1879, devient avocat à la cour d'appel d'Aix, chargé de cours à la faculté de la même ville puis est agrégé en 1880 (deuxième après Le Poittevin mais avant Planiol : cf. *supra.*,

« Soumission de la doctrine aux solutions acquises de la jurisprudence, mais aussi action exercée par cette même doctrine sur l'évolution en cours de la jurisprudence. Voilà ce qui constitue peut-être la raison d'être de la nouvelle revue, car en définitive, Esmein et Saleilles ne disent pas autre chose dans les deux articles [...] que l'un et l'autre publient dans [le] numéro inaugural »²³²⁹.

« Soumission de la doctrine aux solutions acquises de la jurisprudence » puisque « l'objectif officiel » est effectivement de « promouvoir l'étude d'un droit civil menacé » par les sciences économiques, politiques ou sociales concurrentes ; autant de disciplines nouvelles qui parviennent à séduire une jeunesse justement « beaucoup plus éprise de questions sociales que de grammaire » : celle du Code de 1804. L'idée, comme l'avait écrit Saleilles en 1899, est donc bien d'aller « au-delà du Code civil »²³³⁰ c'est-à-dire, comme l'écrit cette fois-ci Esmein en 1902, de prendre la *jurisprudence* pour « principal objet d'étude » car « c'est elle qui est la véritable expression du droit civil »²³³¹. Simplement, « si l'on veut que [les innovations jurisprudentielles] ne constituent pour les intéressés, ni surprise, ni arbitraire, [celles-ci] doivent être préparées, ou, tout au moins, comme jalonnées, par le mouvement scientifique de la doctrine »²³³². Ou comment avouer implicitement la primauté de la doctrine sur la jurisprudence en tant que source du droit. Plus encore, c'est à cette même doctrine qu'il revient, selon Esmein, d'ébaucher « scientifiquement, juridiquement les solutions

p. 374 et s.). Nommé à Montpellier, Massigli enseigne alors le droit civil et le droit romain avant de rejoindre Paris en 1886 où il est titularisé comme professeur de droit civil en 1895. Assesseur du doyen en 1913, il meurt d'une maladie de cœur le 7 juillet 1916. Collaborateur depuis 1886 de la *Revue critique de législation et de jurisprudence* (cf. *supra.*, p. 219 et s.) et membre du Comité d'organisation du *Congrès international de droit comparé* de 1900, Massigli sera chargé de présenter en 1905, au sein d'une commission extra-parlementaire sur le cadastre, un rapport sur l'institution des livres fonciers connue dans les pays germaniques. Il contribuera du reste à l'ouvrage collectif publié à la mémoire de Saleilles (C. MASSIGLI, « Les travaux de Raymond Saleilles et ses thèses objectives de la responsabilité extra-contractuelle », *L'œuvre juridique de Raymond Saleilles...*, *op. cit.*, p. 435-475). Sur ces différents éléments : J.-L. HALPERIN, V° « Massigli », *Dictionnaire historique des juristes français...*, *op. cit.*, 2^e éd., 2015, p. 708.

²³²⁷ Paul-Albert Wahl est né le 21 janvier 1863 à Hochfelden, dans le Bas-Rhin. Il soutient sa thèse de droit à Grenoble en 1886 sur les droits de mutation en droit romain et en droit français. Agrégé en 1890 (quatrième), il enseigne alors dans cette même ville le droit romain, la procédure civile, la législation financière et la *législation commerciale comparée*. C'est à la même période qu'il se fait connaître en publiant un *Traité théorique et pratique des titres au porteur français et étranger* (1891) ; lequel montre sa connaissance certaine des droits étrangers. D'ailleurs, Wahl côtoie les comparatistes Thaller et Saleilles puisqu'il intègre le comité de rédaction des *Annales de droit commercial français, étranger et international* (sur ces *Annales*, cf. *supra.*, p. 396 et s.). En 1894, il « gagne » Lille où il sera titularisé comme professeur de procédure civile deux ans plus tard, élu doyen de la faculté en 1902 puis réélu en 1905. *Soutenu notamment par Esmein*, Wahl est nommé agrégé à Paris en 1907 pour suppléer le député Paul Beauregard (1853-1919). En 1909, il obtient, conformément à son désir, la chaire de procédure civile ; il enseignera également le *droit civil approfondi et comparé*. Sur ces éléments : J.-L. HALPERIN, *loc. cit.*

²³²⁸ Sur cette question : C. JAMIN, « Les intentions des fondateurs », *Revue trimestrielle de droit civil*, n° 4/2002, p. 646 et s.

²³²⁹ Il s'agit en effet des articles suivants : A. ESMEIN, « La jurisprudence et la doctrine », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1902, p. 5-19 ; R. SALEILLES, « Ecole historique et droit naturel d'après quelques ouvrages récents », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1902, p. 80-112.

²³³⁰ Cf. *supra.*, p. 382.

²³³¹ A. ESMEIN, « La jurisprudence et la doctrine », art. cit., p. 12.

²³³² R. SALEILLES, « Ecole historique et droit naturel d'après quelques ouvrages récents », art. cit., p. 104. L'italique est ici de notre fait.

possibles »²³³³ – c'est-à-dire de reprendre « le premier rang »²³³⁴ – lorsque le juge est confronté à une question entièrement nouvelle. Or, « dans ce travail doctrinal – le fait mérite d'être relevé –, tout ou presque devra être pris en compte : "écrits de jurisconsultes et d'économistes ; recueils de statistiques ; polémiques de presse ; romans ou pièces de théâtre", nous dit Esmein. Ce qui explique peut-être l'importance de la chronique bibliographique, qui occupera dans les premières années de 11 à 13 % du volume de la Revue, ou des chroniques de jurisprudence étrangère (spécialement belge, néerlandaise et italienne) auxquelles Saleilles tenait »²³³⁵.

La *Revue trimestrielle de droit civil* (RTD) est effectivement organisée en plusieurs rubriques²³³⁶ et elle n'hésite pas à faire appel à des contributeurs étrangers²³³⁷, notamment des avocats en ce qui concerne les jurisprudences étrangères. Bien-sûr, Saleilles lui-même publiera, à plusieurs reprises, au sein de la RTD. En 1903, il rappelle par exemple, à l'occasion d'un article sur les formes du testament olographe visées à l'article 970 du Code civil français et au § 2231 du Code civil allemand, que, « quelle que soit l'influence que l'on

²³³³ A. ESMEIN, « La jurisprudence et la doctrine », art. cit., p. 16.

²³³⁴ *Ibid.*, p. 16-17.

²³³⁵ C. JAMIN, *loc. cit.*

²³³⁶ « Articles de fond », « Variétés », « Bibliographie », « Jurisprudence française », « Jurisprudences étrangères », « Législation ».

²³³⁷ Tel Henri Hayem, docteur en droit et privat-docent à l'Université de Genève, qui livrera justement à la *Revue trimestrielle* une étude sur le droit comparé : H. HAYEM, « L'étude du droit comparé », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1909, p. 327-352. Selon ce juriste, « le droit comparé a pour but de suivre dans tous leurs détails [les] interpénétrations juridiques [entre les divers peuples], d'en chercher les ressorts secrets et de mettre au jour les lois de cette unification, afin de découvrir du plus loin possible le but de toutes ces évolutions législatives et de déterminer avec toute la précision désirable la loi commune de ces évolutions convergentes, le type juridique vers lequel tous les peuples s'acheminent. *Le droit comparé apparaît ainsi comme la plus haute expression de la science juridique* ; c'en est l'échelon supérieur, celui où l'on parvient à un tel degré de généralité que l'on domine les faits juridiques particuliers, que l'on met de l'ordre dans leur confuse diversité, que l'on en découvre les rapports permanents, que l'on en saisit les principes directeurs, et que l'on aperçoit les fins vers lesquelles tendent toutes les législations, en un mot, que l'on en fait la *philosophie du droit* ». Si la philosophie du droit et le droit comparé partagent en effet le même objet, à savoir l'étude de l'idée de justice ; leurs buts et leurs méthodes diffèrent cependant. Tout d'abord, « la philosophie du droit étudie les lois d'une évolution qui tend à la fusion entre le droit *positif* et le droit *idéal* ; tandis que le droit comparé étudie les lois d'une évolution qui tend à la fusion entre les *droits positifs des diverses nations* ». Ensuite, « quand la philosophie du droit formule les lois de l'évolution de l'idée de justice dans le droit *positif*, elle utilise pour cela les matériaux fournis par la science juridique : les textes de lois et les monuments de la jurisprudence en tous temps et tous pays ; et, *sans faire appel à d'autres données*, elle fixe les règles suivant lesquelles les institutions juridiques se sont transformées les unes dans les autres, et celles suivant lesquelles elles ont été telles dans certains pays et autres dans certains autres pays ». Au contraire, « puisque [le droit comparé] a pour but d'étudier les lois d'une évolution, qui tend à la fusion des *droits positifs des diverses nations*, c'est à l'étude des *droits positifs* qu'il doit principalement s'attacher. Mais il ne les étudie *pas sans faire appel à d'autres données* que celles du droit positif. Bien au contraire, il ne sépare jamais les institutions juridiques, dans un pays déterminé, de tout ce qui les motive et les explique. Les doctrines philosophiques, le sentiment populaire, la civilisation, les mœurs, les besoins économiques et sociaux, l'état des sciences et des arts, la climatologie, l'ethnographie, tout lui sera bon pour mettre les institutions juridiques d'un pays donné dans leur cadre historique, philosophique et social ». Dès lors, Hayem s'interroge : « Quelle est l'utilité du droit comparé, ainsi compris ? » Deux systèmes s'opposent ici diamétralement : dans le premier, « on soutient que le droit comparé ne doit avoir aucune portée pratique » tandis que dans le second, « le droit comparé n'est pas seulement utile à un point de vue théorique. L'utilité pratique en est considérable, puisqu'il sert à orienter les législations des divers peuples dans le sens de l'unification. [...] Le juge, [...] en présence de deux interprétations juridiques également admissibles d'un même texte de loi, devra préférer celle qui est en conformité avec le courant d'idées dégagé par le droit comparé, à celle qui est orientée en sens inverse de ce courant d'idées ».

doive accorder dans l'avenir au droit comparé, au point de vue de l'interprétation du droit national, il y a, dès maintenant, une première fonction qu'il est difficile de lui refuser, c'est de pouvoir servir à fixer l'interprétation, en quelque sorte unitaire et commune, des dispositions identiques qui se retrouvent dans plusieurs législations contemporaines »²³³⁸ car « c'est le rôle de la doctrine avant tout, et de la jurisprudence ensuite, de s'inspirer, pour l'application du droit national, de tous les courants scientifiques qui se font jour sur le terrain de la science universelle »²³³⁹. Plus tard, en 1909, Saleilles s'intéressera au partage et à la transmission générale dans le Code civil suisse dont « les tendances si séduisantes [...] constituent [...] un élargissement de la liberté et des droits individuels »²³⁴⁰.

Finalement, la création de la RTD montre une chose : les instigateurs du premier *Congrès international de droit comparé* n'ont pas seulement agi de façon *individuelle* mais ils ont également cherché à poursuivre « l'œuvre de 1900 » – la leur – de manière *collective*. Pour s'en convaincre, l'on peut évoquer la création en 1901 de la *Société d'études législatives*, laquelle réunit effectivement en son sein Esmein, Thaller, Saleilles, Lambert et Gény (§1). Mais l'on peut aussi relever, sans difficulté, l'« émulation » qui se forme en 1904 autour d'un grand thème : le centenaire du Code civil français (§2).

§1. Le cas de la *Société d'études législatives*

Conformément aux prescriptions de l'article 5 de la loi du 1^{er} juillet 1901, une déclaration de l'association fondée sous le nom de *Société d'études législatives* (SEL) est faite à la préfecture de police de Paris, le 25 février 1902. La lecture des Statuts de la SEL suffit à dresser un premier constat : celle-ci s'inscrit parfaitement dans le paysage des associations juridiques de la fin du XIX^e du siècle et du début du XX^e siècle. Tout d'abord, son objet rejoint celui de nombreuses autres sociétés, à commencer par la *Société de législation comparée* (SLC) de 1869, puisque la SEL a effectivement pour but, d'une façon générale, de « donner un développement nouveau aux études de législation, dans toutes les branches du droit, et particulièrement dans celle du droit privé, en vue surtout de faciliter la réforme des

²³³⁸ R. SALEILLES, « Des formes du testament olographe. L'article 970 du Code civil français et le § 2231 du Code civil allemand », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1903, p. 587.

²³³⁹ *Ibid.*, p. 588.

²³⁴⁰ R. SALEILLES, « Le partage et la transmission générale dans le Code civil suisse », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1909, p. 538. A cet égard d'ailleurs, le fondateur de la RTD manifeste clairement sa préférence pour le Code civil suisse, plutôt que le Code allemand, lorsque se pose la question d'une réforme en droit français : « Si nous pouvons être tentés en France de réformer sur ce point, comme j'en ai moi-même le très ferme espoir, les règles étroites et rigoureuses de notre Code civil, ce n'est certainement pas du côté du système allemand de l'*Anerbenrecht* que nous pourrions être tentés de chercher des inspirations ; nous serons plutôt attirés par les tendances si séduisantes du nouveau Code civil suisse [...]. Il y a dans cette variété de procédés, et dans la souplesse même du système [suisse], quelque chose qui répond aux aspirations du droit moderne, et dont l'attraction ne peut pas ne pas se faire vivement sentir » (*Ibid.*, p. 538).

Codes et des Lois »²³⁴¹. Bref, l'article 3 des Statuts de la SEL ne diffère pas véritablement du paragraphe II du Titre I des Statuts de la SLC : « La Société de législation comparée a pour objet l'étude des lois des différents pays ainsi que la recherche des moyens pratiques d'améliorer les diverses branches de la législation »²³⁴². A ce titre, la SEL se présente comme un véritable organisme de réflexion au sein duquel, en effet, « des rapports peuvent être présentés à l'appui de propositions de réformes législatives, soit par les membres de la Société individuellement, soit par l'une des sections de la Société, après étude et préparation en section »²³⁴³.

Afin de mener à bien sa mission, « la Société tient, du mois de décembre au mois de mai, des réunions mensuelles »²³⁴⁴, consacrées à la « discussion des communications qui sont présentées par les membres titulaires après agrément du Conseil de direction »²³⁴⁵ ainsi qu'à la « lecture des communications présentées par les membres associés »²³⁴⁶. Toutefois, par exception, peuvent assister aux réunions et prendre part aux discussions, « même des personnes étrangères à la Société, lorsqu'elles y ont été autorisées par le Bureau ou qu'elles ont été invitées par lui, à raison de leur compétence ou de leur spécialité »²³⁴⁷. A cet égard, la SEL partage un autre point commun avec les associations préexistantes : la volonté de se constituer en réseau national voire international puisque les membres associés de la Société sont admis « *sans distinction de nationalité* »²³⁴⁸. A vrai dire, la SEL désire accueillir l'ensemble des juristes français ou étrangers, aussi bien « ceux qui se consacrent à l'étude théorique du droit » que « ceux qui participent à son application »²³⁴⁹. Le propos doit en outre rester exclusivement juridique puisque « toute communication, de même que toute discussion,

²³⁴¹ Article 3 des Statuts de la SEL. Nous soulignons.

²³⁴² Le même article 3 des Statuts de la SEL précise simplement que celle-ci a pour but, « d'une façon plus spéciale : 1° D'établir un rapprochement et une collaboration plus étroite entre ceux qui se consacrent à l'étude théorique du droit et ceux qui participent à son application ; 2° De susciter, par voie d'initiative privée, des enquêtes et des recherches concernant l'application des lois, et de centraliser les renseignements utiles à l'étude des réformes législatives ; 3° D'organiser des Congrès, destinés à soumettre à une discussion plus élargie les questions juridiques qui seront d'actualité ; 4° De favoriser le développement du progrès juridique, tant par l'extension donnée aux recherches scientifiques, que par la vulgarisation des connaissances de droit positif ».

²³⁴³ Article 25 des Statuts de la SEL. L'article 24 de ces mêmes Statuts dispose en effet qu'« il peut être créé, soit des sections spéciales permanentes en vue de la répartition du travail, soit des commissions ou sections provisoires, pour l'étude d'une question en particulier ».

²³⁴⁴ Article 22, alinéa 1^{er}, des Statuts de la SEL.

²³⁴⁵ Article 23, alinéa 1^{er}, des Statuts de la SEL. Le Conseil de direction se compose du Président et des quatre Vice-Présidents de la Société (élus par l'Assemblée générale, parmi les membres titulaires) ; des anciens Présidents de la Société sous le titre de Présidents honoraires ; de 28 membres élus par l'Assemblée générale pour quatre ans ; d'un Secrétaire général ; d'un Secrétaire général adjoint et d'un Trésorier (article 11). Il a la direction générale de la Société, se réunit en séances ordinaires une fois par mois, du mois de novembre au mois de juin, mais peut également être convoqué par le Bureau (Président, Vice-Présidents, Secrétaires généraux, Trésorier) en séance extraordinaire (article 14).

²³⁴⁶ Article 23, alinéa 2 des Statuts de la SEL. La Société se compose en effet de deux catégories de membres : des membres titulaires de nationalité française, au nombre maximum de 160 (article 5), et des membres associés, admis *sans distinction de nationalité* (article 4).

²³⁴⁷ Article 22, alinéa 2 des Statuts de la SEL.

²³⁴⁸ Article 4 des Statuts de la SEL.

²³⁴⁹ Article 3, alinéa 4, des Statuts de la SEL.

dont l'objet direct aurait un caractère politique ou religieux doit être interdite »²³⁵⁰. Ainsi la SEL ne compte-t-elle pas moins de 150 membres fondateurs²³⁵¹, parmi lesquels figurent les instigateurs du *Congrès international de droit comparé* de 1900 : Saleilles (secrétaire général), Esmein (membre du Conseil de direction), Gény (membre du Conseil de direction), Lambert (membre titulaire) et Thaller (membre titulaire)²³⁵². A leurs côtés, 38 membres associés dont, pour les adhésions les plus remarquées, Demogue, Gaudemet, Lerebours-Pigeonnière, Lévy-Ullmann²³⁵³ et Lyon-Caen²³⁵⁴.

Afin de reproduire les communications ou rapports présentés aux réunions de la SEL et de rendre compte de ses travaux, la Société publie un *Bulletin*²³⁵⁵. Quels en sont les principaux caractères ? D'après la Rédaction elle-même²³⁵⁶, « le Bulletin de la Société d'Etudes législatives n'est pas une Revue de droit, à proprement parler » puisque, en effet, « il n'est pas destiné à publier des articles de théorie juridique sur un sujet quelconque du vaste domaine du droit privé ou public ». Dès lors, « il ne contiendra ni chronique de jurisprudence, ni chronique bibliographique, ni comptes rendus d'ouvrages » mais il sera « uniquement destiné à contenir les travaux de la Société ou ceux qu'elle suscitera sur les questions étudiées par elle ». Par conséquent, le *Bulletin* se compose de trois parties principales. La première est consacrée aux rapports et mémoires présentées à la Société et exposés dans les réunions générales. Elle contient également la discussion sténographiée des questions présentées aux réunions mensuelles. La deuxième se présente sous forme d'annexe documentaire contenant les études, observations, enquêtes et documents officiels ou législatifs qui se rapportent aux questions discutées en séances ou suscitées par elles²³⁵⁷. Enfin, la troisième partie est consacrée aux avis et communications ainsi qu'au fonctionnement de la Société (composition

²³⁵⁰ Article 23, alinéa 3, des Statuts de la SEL.

²³⁵¹ Ont en effet le titre de *membres fondateurs*, tous les membres titulaires au premier jour de la SEL ; titre qu'ils conservent seuls, à l'exclusion des membres titulaires ultérieurement nommés.

²³⁵² Bien évidemment, d'autres noms auraient mérité davantage d'attention : Glasson (président de la SEL), Baudry-Lacantinerie (membre du Conseil de direction), Boistel (membre du Conseil de direction), Garçon (membre du Conseil de direction), Larnaude (membre du Conseil de direction), Lyon-Caen (membre du Conseil de direction), Massigli (membre du Conseil de direction), Picot (membre du Conseil de direction), Ribot (membre du Conseil de direction), Aucoc (membre du Conseil de direction), Barboux (membre titulaire), Beudant (membre titulaire), Capitant (membre titulaire), Raymond Carré de Malberg (1861-1935, membre titulaire), Charmont (membre titulaire), Colin (membre titulaire), Daguin (membre titulaire), Dareste (membre titulaire), Duguitt (membre titulaire), Garraud (membre titulaire), Hauriou (membre titulaire), Le Poittevin (membre titulaire), Michoud (membre titulaire), Pic (membre titulaire), Planiol (membre titulaire), Renault (membre titulaire), Rivière (membre titulaire), Villey (membre titulaire), Wahl (membre titulaire) ou encore Weiss (membre titulaire).

²³⁵³ Sur ce juriste, cf. *supra.*, p. 432 et s.

²³⁵⁴ Cf. *supra.*, p. 314 et s.

²³⁵⁵ Article 27, alinéa 1^{er}, des Statuts de la SEL.

²³⁵⁶ *Bulletin de la Société d'Etudes législatives*, Paris, Arthur Rousseau, 1902, p. 19-20 ; d'où sont tirées les citations qui vont suivre.

²³⁵⁷ La Rédaction rappelle alors que « le Bureau de la Société et surtout les commissions spéciales nommées pour les questions mises à l'étude par le Conseil de direction, voudraient, en effet, se renseigner, autant que possible, auprès des hommes d'affaires, des hommes de pratique et des professionnels, sur les conséquences expérimentales des institutions, sur l'état des faits, sur l'appréciation que l'on a, dans les milieux compétents, des réformes désirées ou projetées. Les résultats de ces enquêtes seront réunis, ainsi que les études et observations théoriques relatives à la question, dans cette partie essentiellement documentaire ».

et organisation des commissions d'études, indication des questions en cours de préparation, formation de sections permanentes, etc.).

Gény est l'un des promoteurs du *Congrès international de droit comparé* à avoir publié au sein du *Bulletin* de la SEL en rappelant justement l'apport du Congrès de Paris, c'est-à-dire en préservant *l'esprit* des comparatistes de 1900. Dans sa « Contribution à l'étude de la question des "Biens réservés de la femme mariée" d'après le Code civil allemand de 1896 et l'avant-projet du Code civil suisse de 1900 », le professeur nancéien considère en effet qu'il n'est pas sans utilité d'« étudier aussi près que possible les systèmes établis sur la question par ces deux œuvres législatives, en cherchant à pénétrer le sens profond, l'objectif caractéristique et le fonctionnement pratique de l'institution qu'ils représentent, et en vue d'examiner sommairement ensuite quelle adaptation en pourrait être faite dans notre droit positif français »²³⁵⁸. Un tel travail doit être entrepris, souligne-t-il, « sans idée préconçue, – avec la résolution ferme d'en accepter les résultats quels qu'ils soient, fussent-ils même ruiner des illusions sympathiques, – sous la seule direction *des principes, qui paraissent devoir constituer la méthode comparative du droit moderne, et tels qu'ils se peuvent dégager notamment des travaux d'ordre général du Congrès de droit comparé, réuni à Paris en 1900* »²³⁵⁹.

De surcroît, Gény reprend à son compte l'expression de Lambert de « droit commun législatif ». Notant que « l'institution des *biens réservés* a sa principale raison d'être au profit de la femme, et en vue d'améliorer, dans le sens de l'indépendance, sa situation patrimoniale, puisque, d'après les principes traditionnels, [...] c'est l'individualité de la femme, qui se trouve plus particulièrement sacrifiée à la prépondérance du mari, administrateur (et parfois investi de la jouissance) des apports, ou chef de la communauté »²³⁶⁰, Gény finit effectivement par admettre que « dans l'état actuel du *droit commun législatif* des pays de civilisation

²³⁵⁸ F. GENY, « Contribution à l'étude de la question des "Biens réservés de la femme mariée" d'après le Code civil allemand de 1896 et l'avant-projet du Code civil suisse de 1900 », *Bulletin de la Société d'Etudes législatives*, 1902, p. 155.

²³⁵⁹ *Ibid.*, p. 155 (nous soulignons). Et Gény de faire plus particulièrement allusion, en note, aux rapports de Saleilles sur les « conception et objet de la science du droit comparé » ; de Lambert, sur « les travaux de la première section du Congrès de droit comparé de 1900 » mais également d'Esmein, de Weiss ou de Thaller ; ou encore, aux communications de Raoul de la Grasserie sur « la conception générale et la définition du droit comparé », celle de Josserand sur « la mission du droit comparé comme instrument de révélation de l'orientation de la vie juridique », celle d'Ernst Zitelmann (1852-19123) à propos des « différents rôles et de la portée à attribuer au droit comparé » et enfin celle d'Huber sur « les régimes matrimoniaux des cantons suisses ».

²³⁶⁰ *Ibid.*, p. 157. S'il évoque logiquement le Code civil allemand de 1896 qui donne « son plein développement à l'institution des *biens réservés*, ne parlant de ceux-ci (comme d'ailleurs, aussi, il ne parle des apports, art. 1363), que par rapport à la femme sous le régime légal d'administration et jouissance (art. 1365-1371), ne réglant de même que pour la femme la condition de ces biens, sous les régimes de communauté (art. 1441, 1526 §§. 1 et 3, 1549) » (*Ibid.*, p. 157), Gény ne méconnaît pas non plus les « nombreuses lois des Etats-Unis de l'Amérique du Nord, lois anglaises des 9 août 1870, 18 août 1882, 5 décembre 1893, loi suédoise du 11 décembre 1874, lois danoises des 7 mai 1880 et 7 avril 1899, loi norvégienne du 29 juin 1888, loi finlandaise du 15 avril 1889, loi genevoise du 7 novembre 1894, loi de Neuchâtel du 18 mai 1897, lois belges des 10 février et 10 mars 1900 » (*Ibid.*, p. 331 et s.) ; ce qui lui permet de confirmer que, « du côté anglo-américain, comme des côtés scandinave ou germanique, voire même du côté latin, se dessine un mouvement *de droit commun législatif* en faveur d'une indépendance sérieuse attribuée à la femme mariée dans l'ordre des intérêts pécuniaires » (*Ibid.*, p. 331 et s.).

analogue à la nôtre, il demeure certain que l'institution des *biens réservés* offre, en ce qui concerne la femme, son intérêt prépondérant »²³⁶¹.

Une autre publication mérite d'être signalée : celle du discours de Louis Bridel (1852-1913), professeur honoraire de l'Université de Genève et professeur à l'Université de Tokyo, sur « l'influence exercée par le Code civil [de 1804] au dehors »²³⁶² et prononcé à l'occasion de la célébration, par la *Société des études juridiques* de « Tokio », du centenaire du Code civil français. Sans surprise, le professeur de droit civil français commence par rappeler que « le Code civil a exercé une influence considérable sur la législation de nombreux pays, plus qu'aucune autre loi des temps modernes »²³⁶³, si bien que, « longtemps considéré comme le grand type des Codes modernes, comme le "Code civil" par excellence, il occupe une place à part parmi les législations de nos jours »²³⁶⁴. Une telle influence s'explique, aux yeux de Bridel, non seulement au point de vue externe de la législation mais également, dans une certaine mesure du moins, au point de vue des institutions elles-mêmes dans la mesure où « le Code français fut une œuvre de "fusion" des deux éléments principaux qui sont à l'origine du droit occidental en général : le droit romain et le droit germanique ». Plus encore, « l'influence du Code civil français s'est [...] exercée au point de vue de la codification, dont il fut le grand "promoteur" » alors même – pourtant – que « le Code français n'est pas la codification civile la plus ancienne de l'Europe »²³⁶⁵. Simplement, il est « un véritable Code civil » c'est-à-dire – selon la définition qu'en donne Bridel lui-même – « un recueil de dispositions légales, de dimensions restreintes, embrassant un domaine juridique relativement vaste, mais nettement délimité [...] ; [...] dispositions [...] groupées suivant un ordre systématique, méthodique ; [...] loi nouvelle [...] destinée à exercer une autorité exclusive, sans survivance, d'un droit subsidiaire, ni de législations locales. On peut ajouter que la codification se manifeste habituellement comme la consécration d'un état de choses nouveau, au point de vue social ou politique ».

Néanmoins, avoue Bridel²³⁶⁶, « il faut bien reconnaître que [le Code civil français] n'est plus à la hauteur de la situation. L'œuvre est vieillie, quant au fond et quant à la forme ; en ce

²³⁶¹ *Ibid.*, p. 158.

²³⁶² L. BRIDEL, « De l'influence exercée par le Code civil au dehors », *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1904, p. 467-472 ; d'où sont tirées les citations qui vont suivre.

²³⁶³ L'auteur prend l'année 1810 pour exemple, le Code Napoléon régissant alors la Belgique, la Hollande, le Luxembourg, « l'Allemagne occidentale », « l'Italie entière, sans les îles de Sardaigne et de Sicile », les provinces Illyriennes, le grand-duché de Varsovie, le Jura bernois, le Valais et Genève.

²³⁶⁴ « Aujourd'hui, précise Bridel, les quelques contrées où il subsiste encore partiellement, c'est-à-dire modifié par de nombreuses lois spéciales, sont : la Belgique, le Luxembourg, la Pologne russe, les îles Ioniennes (où il fut introduit en 1841), le Jura bernois et Genève. L'empire "extra muros" du Code français aura d'ailleurs bientôt pris fin, car il existe actuellement des Projets de Codes civils en Grèce, en Belgique, en Russie et en Suisse ».

²³⁶⁵ Bridel rappelle en effet qu'« il y en a eu bien d'autres avant lui : dans le Danemark et en Norvège, le Code Christian de 1683 ; dans le royaume de Sardaigne, le Code Victorien de 1723 ; en Suède, le Code de 1734 ; en Bavière, le Code Maximilien de 1756 ; la première partie du Code autrichien, promulguée en 1786 ; le Landrecht prussien de 1794 ».

²³⁶⁶ A noter toutefois que la Rédaction semble vouloir se désolidariser des critiques formulées par l'auteur puisqu'elle entend laisser, « bien entendu, l'entière responsabilité des appréciations peut-être exagérément sévères qu'il a cru devoir émettre ».

qui concerne la répartition des matières, aussi bien qu'au point de vue des institutions. Que de dispositions franchement antisociales, illibérales, injustes ! Que de chinoiserie ! Et combien de lacunes ! »²³⁶⁷ En d'autres termes – ceux de l'auteur –, « le Code civil de 1804 a fait son temps. Il ne saurait soutenir la comparaison avec le nouveau Code civil allemand, ni avec le Projet de Code civil suisse, ni avec bien d'autres législations moins récentes que ces dernières. – Son influence au dehors est de l'histoire ancienne. – Il ne répond plus aux besoins de la France elle-même, qui réclame autre chose ». Comment y remédier ? En faisant appel à *la science du droit*, « actuellement florissante en France » ; Bridel allant même jusqu'à parler de « véritable réveil scientifique » depuis 1869 : « création et travaux de la "Société de législation comparée", littérature juridique de valeur, enseignement réformé dans les Facultés de droit, publications périodiques importantes, parmi lesquelles il est tout indiqué de mentionner la "Revue trimestrielle de droit civil"... » C'est de cette science, croit Bridel, que peut venir « un renouvellement » c'est-à-dire « une révision complète du Code civil au moyen de la législation comparée »²³⁶⁸ !

En vérité, ce discours vient s'inscrire dans un phénomène *général* – pour ne pas dire *mondial* – de célébration du centenaire du Code civil français de 1804²³⁶⁹. Or, sur ce point aussi, les instigateurs du *Congrès international de droit comparé* de 1900 se sont à nouveau réunis.

2. Le centenaire du Code civil

Dès le 1^{er} mai 1902, le Conseil de direction de la *Société d'études législatives* (SEL) s'est préoccupé de célébrer l'« important anniversaire national [du Code civil de 1804] d'une façon qui fût digne des grands souvenirs qu'il rappelle »²³⁷⁰. Pour préparer cette célébration, la SEL s'est entendue avec la *Société de législation comparée* (SLC) de façon à nommer un comité mixte, présidé par Baudouin – président commun des deux Sociétés – et composé, en

²³⁶⁷ Le professeur donne plusieurs exemples : « Le mariage est facilité par la plupart des législations. Le Code français l'entrave de toutes façons ». De même, « en ce qui concerne la *condition de la femme mariée*, le droit français peut être cité comme une des législations les plus arriérées de l'Europe ». Quant aux *enfants naturels*, « leur condition peut difficilement être pire que celle qui leur est faite par le Code français ». Que dire encore de la *théorie des comourants*, « avec son échafaudage de présomptions et de subtilités ! tandis que d'après les Codes italien et allemand, lorsque deux ou plusieurs personnes périssent dans un même événement, elles sont présumées mortes en même temps et il n'y a aucune transmission de droits successifs de l'une à l'autre ». « Et le système de l'*absence* ! [...] Et toute la théorie des donations ! Et le retour successoral ! etc. Que d'antiquailles ! »

²³⁶⁸ « "Examiner toutes choses et retenir ce qui est bon", écrit-il encore, ce vieux précepte est toujours jeune. Le Code civil de 1804 a vécu. Vive le "Code civil internationalisé" du XX^e siècle ! »

²³⁶⁹ Pour ne citer qu'un seul autre exemple, la *conférence du jeune Barreau de Bruxelles* a également célébré le centenaire du Code civil français dès la fin de l'année 1903. Sur ce point : F. DAGUIN, « Conférence du jeune Barreau de Bruxelles : Le Centenaire du Code Napoléon », *Bulletin de la Société de législation comparée*, t. XXXIV, 1904-1905, p. 306.

²³⁷⁰ *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1904, p. 391.

dehors des secrétaires généraux des deux Sociétés – à savoir Daguin, Saleilles et Piédelièvre (professeur à la Faculté de droit de l'Université de Paris) –, de cinq membres de chaque Société : Alexandre Chaumat (1847-1936), Héron de Villefosse, Charles Morizot-Thibault (1853-1926), Fernand Lepelletier (1864-?) et Victor de Marcé (1864-1942), pour la SLC ; Cotellet, Fabre, Legrand, Larnaude et Colin, pour la SEL. Par suite, ce comité mixte s'est adjoint, sous le nom de *Comité de patronage du centenaire du Code civil*, un grand nombre de membres choisis parmi les personnes pouvant représenter les « grandes compagnies judiciaires », les corporations du barreau, des officiers ministériels, des hommes d'affaires, ainsi que les sociétés savantes et grandes corporations universitaires, « plus spécialement qualifiées pour s'intéresser au progrès du droit et des sciences sociales »²³⁷¹. Au total, 134 membres composeront finalement le *Comité de patronage*²³⁷². Convoqué le 18 mai 1904 à la Faculté de droit de Paris, ce dernier tient sa première séance. Il est alors décidé d'instituer un *Comité d'exécution* ayant avant tout pour but de demander des adhésions – sous forme de souscriptions pécuniaires laissées « à la bonne volonté de chacun » – qui doivent déterminer en définitive le programme à adopter. En outre, c'est à l'issue de cette même séance que le *Comité de patronage* admet la participation des étrangers « étant donné le rôle en quelque sorte international que le Code civil français a joué au XIX^e siècle, et à tenir compte des manifestations de sympathies que la date du 21 mars a déjà provoquées à l'étranger, en particulier en Belgique, au Japon et en Allemagne »²³⁷³. Ainsi, cet événement ne réunira pas moins de seize nationalités différentes ; avec des invités norvégiens, luxembourgeois, belges, monégasques, suisses, italiens, allemands, anglais, roumains, monténégrins, tchèques, hollandais, états-uniens, danois, japonais, autrichiens... Le 17 octobre 1904, le « Programme des Fêtes du Code civil » est ainsi définitivement arrêté²³⁷⁴.

²³⁷¹ *Ibid.*, p. 392. C'est ainsi que le Comité a pu accueillir le président, le secrétaire perpétuel ainsi que tous les membres de la section de législation de l'Académie des sciences morales et politiques. Parmi les membres des Facultés de droit, le Comité a décidé de s'adjoindre « ceux qui seraient membres, soit du comité supérieur de l'Instruction publique, soit du comité consultatif, ou membres correspondants de l'Institut, ou enfin qui feraient partie du conseil de direction de l'une des deux Sociétés » (*Ibid.*, p. 392). De même, pour les membres du Parlement, ont été choisis « ceux qui feraient partie ou qui auraient fait partie des deux sociétés à un titre quelconque » (*Ibid.*, p. 392). Enfin, le Comité a tenu à avoir « quelques représentants de la presse judiciaire, ainsi que des grands journaux qui s'intéressent plus particulièrement aux questions juridiques et scientifiques » (*Ibid.*, p. 392).

²³⁷² Parmi eux, on notera la présence d'Aucoc, Barboux, Baudry-Lacantinerie, Berthélemy, Bétolaud, Boislisle, Boistel, Boutmy, Challamel, Cheysson, Dareste, Du Buit, Ducrocq, *Esmein*, Fromageot, Glasson, Hubert-Valleroux, Alfred Le Poittevin, Liard, Lyon-Caen, Massigli, Picot, Renault, Ribot, Albert Rivière, *Thaller*, Thézard, Villey, Weiss.

²³⁷³ *Ibid.*, p. 397.

²³⁷⁴ « VENDREDI 28 OCTOBRE 1904. *A quatre heures et demie précises*. – Réception du Conseil municipal à l'Hôtel de Ville. SAMEDI 29 OCTOBRE 1904. *A deux heures*. – Séance solennelle, en présence de M. le Président de la République et sous la présidence de M. Vallé, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice. *Grand Amphithéâtre de la Sorbonne*. Ordre du jour : Discours de M. le Garde des Sceaux, de M. Ballot-Beaupré, Premier Président de la Cour de Cassation, de M. Glasson, Membre de l'Institut, Doyen de la Faculté de Droit de l'Université de Paris, de M. Bourdillon, Bâtonnier de l'Ordre des Avocats à la Cour d'appel de Paris, M. Lejeune, Ministre d'Etat de Belgique. *Musique du 28^e Régiment d'Infanterie*. *A huit heures précises*. – Banquet présidé par M. le Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, au Palais d'Orsay. DIMANCHE 30 OCTOBRE 1904. *A dix heures du soir*. – Réception de M. le Garde des Sceaux, au Ministère

A côté de ce programme officiel, la commémoration du Centenaire devait également donner lieu à une manifestation d'un caractère plus particulièrement scientifique : deux séances de travail et de discussion, organisées par la SEL et la SLC, « *en vue d'une étude sommaire de la question de la révision du Code civil* »²³⁷⁵. Le programme des débats est alors strictement défini – « La révision du Code civil, son opportunité, ses caractères, sa procédure » – et ces derniers ne peuvent s'engager que sur la base d'un rapport préliminaire contenant un exposé de la question. Dans l'espèce, les fonctions de rapporteur sont confiées à Thaller²³⁷⁶, acteur du *Congrès international de droit comparé* de 1900.

Tout d'abord, sur la question de l'*opportunité* de procéder à une révision générale du Code civil, le professeur à la Faculté de droit de Paris fait montre de prudence :

« Nous ne devons nous laisser impressionner ni par la jeunesse du Code que l'Empire d'Allemagne s'est donné en 1900, ni par la préparation en Suisse d'un Code qui sera plus jeune encore. [...] Un industriel ne met pas son outillage au vieux fer, sous le prétexte qu'il existe de par le monde des matériels perfectionnés, dont la puissance de production est supérieure. Son capital risque de subir plus de déchets dans l'emploi de cette méthode radicale qu'il n'a chance de s'enrichir et d'augmenter ».

Pour Thaller, un travail de reconstruction du droit civil ne s'impose en effet que si le Code de 1804 encourt un « véritable grief ». Il importe donc de découvrir « les véritables défauts substantiels que présente actuellement le Code civil, les reproches qu'il encourt, à raison de son ancienneté. Par là seulement on se rendra compte du *caractère* qu'il convient de donner à cette révision, à moins bien entendu de conclure à son maintien parce que les reproches articulés seraient faux ».

Quels seraient donc les défauts du Code civil français ? Premièrement, le texte de 1804 ne serait plus adapté aux fins sociales, notamment en matière de droit des ouvriers. Ce à quoi répond le rapporteur : « Refuser de faire entrer la législation du travail dans le Code civil, ce n'est aucunement prendre parti contre les réformes sociales elles-mêmes. On peut être aussi avancé que l'on voudra dans la revendication des droits des ouvriers. Cela est un thème sans rapport avec la révision du Code civil. Le Code civil ne peut pas tout englober, son ressort d'action a des bornes. Ce qu'il faut, c'est un Code du travail ». D'ailleurs, remarque Thaller, si « le Code civil allemand de 1900 n'a pas fait preuve d'un mutisme aussi complet » que celui du Code Napoléon, « le peu qu'il décide en fait de louage de services équivaut, à peu de chose près, à un silence complet ». Deuxièmement, le Code de 1804 serait fait « pour les gens aisés, répondant mal aux aspirations des classes laborieuses qui trouveraient dans ses règles

de la Justice, place Vendôme. – Soirée artistique. (*Les Dames sont invitées à assister à cette Soirée*) » (*Ibid.*, 506).

²³⁷⁵ *Ibid.*, 511. Ces deux séances se sont tenues dans un local de la Faculté de droit de Paris, la première, le jeudi 27 octobre 1904, à trois heures de l'après-midi ; la seconde, le vendredi 28 octobre 1904, à deux heures « très précises » (*Ibid.*, 511). Ont été appelés à participer à ces séances, des jurisconsultes français et étrangers invités à borner leurs développements à huit ou dix minutes.

²³⁷⁶ E. THALLER, « Rapport présenté sur la question de la révision du Code civil », *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1904, p. 472-503 ; d'où sont tirées les citations qui vont suivre.

une assistance insuffisante ». Simplement, pour Thaller, « s'il y a de ce chef des réformes à faire, ce n'est point par voie de révision générale qu'on les accomplira. Il suffira de poursuivre ce qui est déjà commencé, de procéder tant par des lois complémentaires, que par des modifications aux articles du Code qui paraîtront n'être plus en concordance avec l'état social d'aujourd'hui »²³⁷⁷. Troisièmement, le Code manquerait d'« agencement scientifique. Il n'[aurait] pas un ordre de matières sévèrement enchaînées ». Soit, rétorque le rapporteur, mais « un Code n'est pas une œuvre de science. Autre chose est un livre d'Ecole, autre chose un monument de lois. Il n'est même pas une œuvre d'art, une épure, un travail d'architecture ». Bref, « toute transition d'un état législatif ancien à un état renouvelé cause, selon Thaller, une commotion grave aussi bien dans la pratique que dans la science, et cette commotion n'est de nature à fortifier pas plus la première que la seconde ». En effet, la promulgation d'un nouveau Code appellera de nouveaux commentaires et « les traités antérieurs seront mis au pilon » ; la jurisprudence devra fournir davantage d'efforts pour se mettre « en harmonie avec les nouveaux articles » et « tout le bénéfice de sécurité donné par une jurisprudence établie se trouvera perdu, et il faudra des années pour le reconquérir ».

A retenir malgré tout l'hypothèse d'une révision du Code, quelle *procédure* serait à envisager ? Avant tout, le projet ne peut émaner, selon Thaller, que du gouvernement. Or, « la difficulté réside moins dans le sort qui sera réservé au projet du Code civil, une fois amorcé au Parlement, que dans la manière dont le Gouvernement en élaborera le texte ». Pour ce faire, le rapporteur songe à la désignation, par le ministre de la Justice, d'une commission renfermant des « éléments divers » mais dont la composition sera « des plus délicates »²³⁷⁸. Là se situe en effet la pierre d'achoppement : « Quels seront ces hommes à honorer d'une distinction peu commune, et sur les épaules de qui reposera en définitive la constitution du projet en son entier ? »²³⁷⁹

²³⁷⁷ Thaller demande par exemple à « rayer du Code l'art. 340 [sur l'interdiction de la recherche de paternité] et à faire expier au séducteur sa faute, en ne laissant plus l'enfant innocent plongé dans la misère. Le peuple, qui ne peut pas protéger ses filles contre les entreprises des galants, a besoin que ce témoignage de réparation lui soit donné ». De même, « la déclaration possible de majorité à dix-huit ans serait une règle de bonne venue : le droit commercial l'a accueillie, pourquoi murer le droit civil contre elle ? » Ailleurs, « l'idée de la formation d'un fonds séparé, composé des salaires et gains de la femme, placé sous sa garde et sa gestion, fait son chemin et conquiert de nouveaux adhérents. Pour l'établir, il ne sera pas besoin de bousculer le Code tout entier ». Autre revendication : « C'est la communauté réduite aux acquêts qui devrait devenir le régime de droit commun : une simple retouche de cinq ou dix articles réaliserait cette opportune évolution ».

²³⁷⁸ Thaller va même plus loin : « On ne pourra se dispenser de recourir à un système de sous-commissions, soit qu'on en organise plusieurs sur chaque partie différente du Code, soit qu'on n'en fasse fonctionner qu'une. Cette sous-commission ou ces sous-commissions devront arrêter non seulement le fond, mais la forme elle-même, et ce n'est qu'après qu'elle aura fini ses travaux qu'elle les fera ratifier en réunion plénière ».

²³⁷⁹ Et Thaller d'émettre des pronostics : « C'est à un représentant de la magistrature, à un professeur de droit, à un membre du notariat et à un autre membre, soit du barreau, soit de l'enregistrement ou d'une administration publique confinant au droit civil, que serait dévolue cette tâche en forme d'association. Chacun d'eux prendrait respectivement à sa charge la partie la mieux appropriée à ses connaissances et à son talent ». La difficulté ne serait pas supprimée pour autant puisque « ces collaborateurs, d'origine et de tempérament différents, auront beaucoup de peine à se mettre d'accord. [...] Ces qualités d'harmonie et de pureté qu'on reproche à notre Code actuel de ne pas avoir, c'est surtout du monument nouveau qu'elles risquent de demeurer absentes, par suite d'une collaboration d'hommes habitués à voir le droit sous des aspects différents et à le parler autrement. Ou bien, si cette mésintelligence mène à un langage de Babel, c'est la dislocation de la commission elle-même qui

Au final, l'entreprise est un succès, « solide et brillant »²³⁸⁰, à laquelle les membres « les plus éminents »²³⁸¹ du Gouvernement et du Parlement se sont associés²³⁸². De plus, les représentants des nations étrangères sont venus, « sans souci des distances et des fatigues, témoigner de leur étroite et fraternelle solidarité avec la France et ont ainsi travaillé, dans toute la mesure de leurs forces, à l'heureux accord des peuples, couronnement espéré par la sagesse et le bon sens du progrès de l'humanité »²³⁸³. A noter enfin qu'à l'issue de cette célébration, le président des deux Sociétés (SEL et SLC), Baudouin, remerciera spécialement Saleilles, alors qualifié – une fois de plus ! – de « premier promoteur »²³⁸⁴.

Promoteur, Saleilles l'est encore en ce qui concerne le *Livre du centenaire* qui paraît à la suite de la cérémonie du mois d'octobre 1904²³⁸⁵. Riche de plus de mille pages réparties en deux volumes, ce « livre jubilaire » – honoré par l'Académie des sciences morales et politiques d'« une de ses récompenses les plus enviées »²³⁸⁶, le prix Chevalier, d'une valeur de trois mille francs – débute par « une magistrale introduction de M. Albert Sorel, l'éminent historien, membre de l'Académie française, dans laquelle sont analysées l'influence du Code civil sur la vie sociale et littéraire de la France depuis un siècle, l'empreinte profonde qu'il a marquée sur toutes les manifestations de l'esprit national »²³⁸⁷. Puis, l'ouvrage se développe en quatre parties : la première comprend les « Généralités », la deuxième est composée d'« Etudes spéciales », la troisième porte sur « Le Code civil à l'étranger » et la quatrième pose la question de la « Révision du Code civil »²³⁸⁸. En définitive, l'œuvre rassemble de

en sera la conséquence. L'entreprise sombrera, faute d'entente entre les hommes qui doivent en être la première incarnation ».

²³⁸⁰ M. BAUDOUIN, « Allocution », *Bulletin de la Société de législation comparée*, t. XXXIV, 1904-1905, p. 78.

²³⁸¹ *Ibid.*, p. 78.

²³⁸² La cérémonie eut lieu, par exemple, sous les auspices du Président de la République.

²³⁸³ *Ibid.*, p. 79.

²³⁸⁴ *Ibid.*, p. 76.

²³⁸⁵ Ses pairs reconnaissent effectivement que « l'initiative des fêtes auxquelles a donné lieu, en France, le Centenaire du Code civil revient au secrétaire général de la Société d'études législatives, M. R. Saleilles, professeur à la Faculté de droit de l'Université de Paris. Dès la date du 1^{er} mai 1902, il présentait, au conseil de direction de la Société, un projet de manifestation de caractère exclusivement scientifique et, bientôt, il obtenait que la Société d'études législatives entreprît, pour l'année 1904, la publication d'un volume jubilaire, dans lequel les savants les plus qualifiés de France et de l'étranger retraceraient l'histoire du Code civil, ses caractères généraux, son développement au-dedans et au dehors des frontières, et, enfin, les réformes qu'il conviendrait d'apporter à certaines de ses dispositions » (*Le centenaire du Code civil 1804-1904*, Paris, Imprimerie nationale, 1904, p. 1). Plus loin, Saleilles est à nouveau décrit comme « le véritable initiateur du Centenaire » (*Ibid.*, p. 10).

²³⁸⁶ A. COLIN, « Le Code civil. – Livre du Centenaire (1804-1904), publié par la Société d'Etudes législatives », *Bulletin de la Société de législation comparée*, t. XXXIV, 1904-1905, p. 113.

²³⁸⁷ *Ibid.*, p. 113.

²³⁸⁸ Sur cette question, « tandis que MM. Larnaude et Pilon se montrent partisans convaincus d'une révision générale du Code civil rendue nécessaire par les transformations de notre état économique et social, MM. Planiol et Gaudemet contestent l'utilité et surtout l'opportunité d'une pareille entreprise ; MM. Gény et Moreau, sans se prononcer sur le fond de la question, se préoccupent surtout des garanties spéciales dont le travail devrait être nécessairement entouré si on voulait le soustraire aux influences dissolvantes et stérilisantes de la procédure parlementaire habituelle, et lui assurer une forme vraiment technique, une terminologie ferme et cohérente (*Ibid.*, p. 114).

nombreux savants français²³⁸⁹ et étrangers²³⁹⁰ dont – à nouveau – les principaux instigateurs du *Congrès international de droit comparé* de 1900 (à l'exception toutefois de Lambert) : Esmein²³⁹¹, Saleilles²³⁹², Thaller²³⁹³ et Gén²³⁹⁴. Selon Colin,

« le livre du Centenaire [...] sera jugé par nombre de lecteurs l'œuvre la plus remarquable de critique législative qui ait été consacrée depuis un siècle au Droit privé de la France. Tout au plus pourrait-on lui reprocher quelques inégalités de rédaction, inévitables dans toute œuvre collective, quelques lacunes aussi (par exemple la question féministe, celle des rapports entre les époux paraissent avoir été négligées). Ce sont là de petites taches qui n'obscurcissent pas l'éclat d'une publication sans précédent, destinée, nous en sommes certains, au plus brillant succès tant en France qu'à l'étranger »²³⁹⁵.

²³⁸⁹ Albert Sorel (1842-1906), Esmein, A. Vigié, Boistel, Tissier, Saleilles, Charmont, Chausse, Edmond Meynial (1861-1942), Lyon-Caen, Thaller, Weiss, Lerebours-Pigeonnière, Colin, Barthélemy Terrat, Josserand, Paul de Loynes (1841-1914), Louis Guillaud (1845-1925), Wahl, Louis Balleydier (1856-1927), Capitant, Larnaude, Eustache Pilon (1873-1941), Planiol, Gaudemet, Gén²³⁹⁴, Moreau, Exupère Caillem²³⁹⁵ (1837-1913), Hayem, Pierre Arminjon (1869-1960) et Louis Rolland (1877-1956).

²³⁹⁰ Crome, Kohler, Eduard Müller, J. Van Biervliet, Eugène Hanssens (1865-1922), Pierre-Basile Mignault (1854-1945), Gian Pietro Chironi (1855-1918), Goraï, P. Ruppert, C.-D. Asser, C.-G. Dissescou, Alfred Martin (1847-1927). « Leur contribution dans le grand travail entrepris a consisté à étudier l'influence de la législation civile française hors des frontières de notre pays, en Allemagne, en Belgique, au Canada, en Egypte, en Italie, dans le Luxembourg et les Pays-Bas, en Suisse, en Roumanie, et jusque au Japon, les vicissitudes que cette influence a traversées, les traces qu'elle a laissées dans le Droit encore en vigueur de nos voisins et imitateurs » (*Ibid.*, p. 114).

²³⁹¹ A. ESMEIN, *L'originalité du Code civil. Extrait du Livre du centenaire du Code civil publié par la Société d'études législatives*, Paris, Arthur Rousseau, 1904.

²³⁹² R. SALEILLES, « Le Code civil et la méthode historique », *Le Code civil, Livre du Centenaire, 1804-1904*, Paris, Arthur Rousseau, t. I, 1904, p. 95-129.

²³⁹³ E. THALLER, « De l'attraction exercée par le Code civil et par ses méthodes sur le Droit commercial », *Ibid.*, t. I, 1904, p. 223-243.

²³⁹⁴ F. GENY, « La Technique législative dans la codification civile moderne (à propos du Centenaire du Code civil) », *Ibid.*, t. II, 1904, p. 989-1038.

²³⁹⁵ A. COLIN, « Le Code civil. – Livre du Centenaire (1804-1904), publié par la Société d'Etudes législatives », art. cit., p. 114.

CONCLUSION DU TITRE II

Plus que de simples organisateurs, les instigateurs du *Congrès international de droit comparé* de 1900 en sont devenus les *gardiens*. Il est cependant un autre aspect qui n'a pas encore été mentionné et qu'il ne s'agirait surtout pas de négliger : celui d'*acteurs de la loi* ou – plus franchement dit – de *réformateurs*²³⁹⁶. Par arrêté du Garde des Sceaux en date du 3 décembre 1904, une Commission extraparlamentaire est par exemple nommée « à l'effet de rechercher dans les législations civiles étrangères et dans les travaux parlementaires de notre pays, les solutions juridiques qui, ayant réalisé un progrès, pourraient aujourd'hui prendre une place légitime dans le Code civil de la France »²³⁹⁷. Réunie pour la première fois au ministère de la Justice le 22 décembre suivant, cette commission, présidée par Alexis Ballot-Beaupré (1836-1917), se compose de 61 membres²³⁹⁸, auxquels viennent s'ajouter 26 membres n'ayant pas voix délibérative et formant un secrétariat, alors présidé par Henri de Jouvenel (1876-1935), chef de cabinet du Garde des Sceaux. Or, parmi ces 87 membres, figurent – là encore – Esmein ou Saleilles²³⁹⁹...

Ce dernier surtout apparaît comme « une figure emblématique et déterminante »²⁴⁰⁰ : le Garde des sceaux lui-même salue la conception de l'interprétation évolutive de la loi du professeur parisien et les travaux de ce même professeur, ayant inspiré la rédaction des projets de loi proposés par la *Société d'études législatives* au Gouvernement, sont de surcroît à l'origine de plusieurs grandes lois (loi du 13 juillet 1907 sur la capacité juridique de la femme mariée, loi du 2 juillet 1907 sur la tutelle des enfants naturels, loi du 21 juin 1907 sur les conditions du mariage...).

²³⁹⁶ Cette autre facette des initiateurs du Congrès de Paris reste cependant secondaire dans la mesure où la présente étude porte *en premier lieu* sur le travail *doctrinal* de ces juristes ; leur travail « législatif » ne nous intéresse qu'en second lieu.

²³⁹⁷ Cité par le *Bulletin de la Société d'études législatives* : *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1905, p. 93. Sur cette commission : J.-F. NIORT, *Homo Civilis. Contribution à l'histoire du Code Civil français*, Aix-en-Provence, PUAM, 2004, p. 447 et s.

²³⁹⁸ Parmi lesquels, notamment, Baudouin, Glasson, Lyon-Caen, Berthélemy, Massigli et Colin.

²³⁹⁹ Gény n'y est pas non plus étranger puisque c'est avec Guillouard, Larnaude, Massigli, Saleilles et Colin qu'il décide de fonder – au sein de la *Société d'études législatives* – une collection d'*Etudes et documents pour la révision du Code civil*. Composée de fascicules de six feuilles environ chacun (96 pages) paraissant au fur et à mesure des communications, à raison de deux ou trois par an environ, et mis en vente à un prix spécial pour les membres de la *Société* et les souscripteurs à 10 fascicules au moins ; cette publication a pour but de « faire participer à la *préparation technique* de la révision du Code civil les spécialistes les plus compétents et, en particulier, ceux qui, domiciliés dans les départements, n'ont pu, pour cette raison, être appelés à faire partie de la Commission extraparlamentaire instituée à la Chancellerie. Les renseignements, statistiques, traductions, études de jurisprudence française ou de droit étranger, etc., ainsi réunis enrichiront singulièrement le recueil de matériaux que la Commission, puis le Parlement, seront appelés à mettre en œuvre » (*Bulletin de la Société d'études législatives*, 1906, p. 357).

²⁴⁰⁰ J.-F. NIORT, *Homo Civilis...*, *op. cit.*, p. 371 et s.

Une remarque importante toutefois : si le *droit comparé* est alors – et en toute logique – massivement présent chez Saleilles, Esmein revient quant à lui progressivement sur son utilité... Dès 1902, le second écrit au premier : « Quant à la vertu propre du droit comparé, *je reste encore sceptique*, si l'on prétend en obtenir autre chose que des directions générales »²⁴⁰¹. En 1905, comme le remarque Julien Boudon, « ce revirement d'Esmein se mue en raidissement »²⁴⁰². Alors directeur de la *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*²⁴⁰³ – aux côtés de Dareste, Georges Appert (1850-1934), Marcel Fournier (1856-1907), Joseph Tardif (1855-1923) et Maurice Prou (1861-1930) –, il annonce en effet que « [cette revue] a pensé qu'elle devait laisser l'actualité, la statistique législative à la Société de législation comparée » ; préférant alors tourner « ses regards vers le passé, plus que vers le présent » et désirant rester « toujours maîtresse d'elle-même », à condition « qu'elle ne se laisse pas entraîner [...] par l'imitation aveugle de ce qui se fait à l'étranger »²⁴⁰⁴.

L'« esprit du Congrès de 1900 » s'éteint-il ? On pourrait le penser. Saleilles lui-même continue de s'interroger sur les *méthodes juridiques* en 1909 :

« Comment [...] se refuser à interpréter le droit lui-même dans le sens des conceptions sociales qui tendent à se généraliser et à s'imposer ? C'est là aujourd'hui le problème le plus aigu, mais aussi le plus urgent, qui se pose et qui exige une solution. [...] Il nous faut trouver un instrument de précision, que nous cherchons tous avec anxiété. Il nous faut une règle pour nous guider dans cette voie de tâtonnements. Nous ne voulons pas de l'arbitraire du juge. Nous n'en voulons à aucun prix. Et cependant nous voulons, lorsque la loi ne commande pas avec une certitude impérative, que le juge puisse marcher avec son temps, qu'il puisse tenir compte des coutumes et des usages qui se créent, des idées qui évoluent, des besoins qui sollicitent une solution de justice. Contradiction angoissante et terrible, au premier abord ! Comment la résoudre ? C'est pour vous le dire que nous avons demandé à M. Massigli et à M. Gény de venir vous donner la réponse. Je me garderai donc bien d'empiéter sur leur rôle. Mais j'ai voulu sur ce point encore, et plus que sur tous les autres, vous montrer l'importance des questions de méthode »²⁴⁰⁵.

De telles interrogations sont en réalité la preuve d'une *hésitation persistante* de la doctrine juridique française – y compris après 1900 – quant à la méthode à appliquer en vue de la construction d'une science du droit, et plus particulièrement d'une *science du droit comparé*.

²⁴⁰¹ Lettre à Saleilles, en date du 14 mai 1902 ; citée par : J. BOUDON, « La méthode juridique selon Adhémar Esmein », art. cit., p. 278. L'italique est ici de notre fait.

²⁴⁰² *Ibid.*, p. 278.

²⁴⁰³ Sur ce périodique, cf. *supra.*, p. 197 et s.

²⁴⁰⁴ Sur ces dernières citations : *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, 1905, p. 5-8.

²⁴⁰⁵ Allocution prononcée le 22 novembre 1909 au Collège libre des sciences sociales : R. SALEILLES, « Introduction », *Les méthodes juridiques...*, op. cit., p. xxi-xxii.

CONCLUSION DE LA PARTIE II

Quel bilan tirer de la période 1869-1914 ? Tout d'abord, sur le plan statistique, on rappellera que sur cent-quatre ouvrages majeurs de la période, soixante-et-un semblent rester étanches à la comparaison juridique (soit environ 60 %), vingt-huit contiennent au contraire de véritables développements de droit comparé (25 %) et quinze ressortent de la catégorie intermédiaire (15 %). Si, bien évidemment, ces proportions ne signifient pas que la majorité des membres de la doctrine juridique française utilise systématiquement les droits étrangers dans ses écrits, elles révèlent toutefois une augmentation sensible de cette utilisation par rapport à la période précédente (1815-1869) ; les chiffres étant en effet respectivement de 75 %, 10 % et 15 %²⁴⁰⁶. Cette intensification du recours au droit comparé est par ailleurs confirmée par le nombre croissant de revues juridiques qui intègrent dans leur programme l'étude des législations étrangères. Au regard de leur seul titre, sur onze périodiques retenus, près de la moitié mentionne ainsi expressément son ouverture à l'étranger : *Bulletin de la Société de législation comparée* ; *Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence en France et à l'étranger* ; *Journal des sociétés civiles et commerciales françaises et étrangères* ; *Revue des sociétés. Jurisprudence, doctrine, législation française et étrangère* ; *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*. De même, une troisième source vient s'ajouter aux précédentes et confirmer cette tendance : les congrès internationaux ; lesquels se multiplient de façon exponentielle dès le milieu du XIX^e siècle. Effectivement, leur dimension internationale favorise aussi la connaissance, les échanges ou les emprunts faits aux doctrines, jurisprudences, institutions et autres lois étrangères. Parmi eux, le Congrès de Paris des 31 juillet-4 août 1900, organisé par la *Société de législation comparée* (SLC), est certainement le plus significatif en ce qui concerne la comparaison juridique.

Aussi existe-t-il un *basculement* – sur le plan du recours aux droits étrangers par la doctrine juridique française – en 1869, année de création de la SLC ; laquelle date forme avec la défaite de 1870 un premier « moment » : le « moment 1869-1870 ». Le second moment, le « moment 1900 », est du reste provoqué par la même association : la SLC. L'on commence dès lors à comprendre que, si entre ces deux moments-clefs de la période 1869-1914, les priorités ne sont évidemment pas les mêmes en raison d'une différence de contextes (1), l'objectif de créer une science du droit comparé reste, quant à lui, finalement inchangé (2).

²⁴⁰⁶ Cf. Tableau 1, dans la partie Annexes, p. 519.

1. Des priorités différentes

Dès avant 1869, quelques juristes pointent du doigt voire s'effraient – pour les plus alarmistes – du *retard* qu'accumule la France sur le plan législatif *en comparaison* des autres nations. Ce sentiment commun est alors un véritable trait d'union ; mieux, il devient un motif de rassemblement, d'association. C'est ainsi qu'une poignée de juristes se réunit en 1869 afin de fonder la *Société de législation comparée*. Ces derniers partagent plus particulièrement trois points communs. *En premier lieu, tous sont férus d'histoire du droit*. A cet égard, Savigny se présente manifestement comme la référence des historiens du droit français : Jozon assure par exemple la diffusion de l'œuvre du professeur berlinois en traduisant, en 1863, son traité sur *Le droit des obligations* et la doctrine de Savigny constitue, aux yeux de Laboulaye, une véritable « révélation ». Ces deux dernières personnalités devaient d'ailleurs se rencontrer à trois reprises et entretenir une relation épistolaire sur plus de quinze ans ; ce qui vaudra à Laboulaye de se voir attribuer par ses contemporains le titre de « fondateur de l'Ecole historique en France ».

En deuxième lieu, tous sont engagés politiquement ; les fondateurs de la SLC étant essentiellement des libéraux. Qu'il s'agisse de Jozon, Ribot ou Laboulaye, tous trois deviennent par exemple députés. Parfois, leur engagement politique leur vaut même quelques sanctions de la part du régime en place ; à l'instar de Jozon, condamné à l'issue du « procès des Treize » par le Second Empire. De même, la plupart exerce, de façon assez significative d'ailleurs, la profession d'avocat ; symbole en effet d'indépendance. En tant que tels, ces derniers sont dès lors amenés à fréquenter les mêmes milieux de formation et d'éloquence, telles la Conférence du Stage ou la Conférence Molé. Si la première peut s'apparenter à « une sorte d'antichambre des assemblées parlementaires », la seconde fonctionne quant à elle comme un « parlement fictif ». Autrement dit, sous cet angle encore, le caractère politique de leur démarche ne fait aucun doute.

En troisième lieu, tous attribuent justement à la SLC une finalité politique. On se souvient par exemple que le député Jozon n'hésite pas à nourrir ses interventions parlementaires d'études de législation comparée publiées par la Société dont il est l'un des fondateurs. Dans le même sens, et selon Ribot lui-même, la SLC se propose de fournir au législateur « des documents préparés avec une méthode rigoureuse et dont il puisse se servir en toute sécurité ». Ce lien, somme toute assez étroit avec le pouvoir législatif, révèle assurément la dimension politique de cette Société pourtant présentée avant tout par ses fondateurs comme une société savante. Il faut alors rappeler ici le mot de Walter Badier : « La Société de législation comparée doit également être envisagée comme un instrument politique aux mains de la famille libérale à une époque où les controverses institutionnelles et juridiques deviennent centrales dans le débat politique »²⁴⁰⁷. Ce dernier aspect montre bien que les considérations politiques sont présentes dès la fondation de la SLC en 1869 ; il vient ainsi

²⁴⁰⁷ Déjà cité, cf. *supra.*, p. 260.

confirmer que la création de cette association de juristes entendait répondre à un *besoin* de nature éminemment politique : combler le retard accusé par la France vis-à-vis des autres pays, en particulier l'« Allemagne ».

Conscients de ce retard, les jurisconsultes français ne sont pas moins choqués par les événements de 1870 : la défaite de Sedan constitue en effet un véritable *traumatisme*. Plus spécialement, trois facteurs y contribuent. Premièrement, *la victoire des Prussiens est facile*. On pourrait le dire autrement : du côté français, la désillusion est totale. Sûre de ses forces, la France doit très vite se raviser. C'est qu'en effet – deuxièmement – *la victoire des Prussiens est rapide*. La défaite de Sedan intervient moins de deux mois après la déclaration de guerre du 19 juillet 1870 par la France, laquelle capitule au demeurant le 28 janvier suivant. Enfin, troisièmement, *la victoire des Prussiens a lieu sur le sol français* alors qu'en France justement, l'on songeait initialement à une offensive sur les terres du royaume de Prusse... Comble du déchirement : l'Alsace et la Lorraine sont désormais « allemandes ».

Aussi *la priorité, dès l'année 1871, est-elle de régénérer la France*. La guerre ayant « tout remis en question », les regards se tournent dorénavant vers l'Allemagne. Dans tous les domaines de la connaissance (biologie, chimie, littérature, mathématiques, philologie, etc.), la science allemande apparaît en effet comme une référence incontournable. En ce qui concerne le domaine juridique, d'ailleurs fortement influencé par les autres sciences, la comparaison avec le modèle allemand – législatif et doctrinal – semble également indiquer aux juristes français la voie du salut. L'objectif est alors clairement affiché, à l'image du discours de Laboulaye lors de la réouverture des séances de la SLC en novembre 1871 : il s'agit d'œuvrer – au moyen de ce qui est encore appelée la « législation comparée » – pour « la réparation qui doit rendre à la France sa force et son rang dans le monde ». Ou quand la comparaison juridique se met au service de la rénovation du droit.

En 1900, la priorité n'est plus la même. Trois décennies sont passées, la guerre semble loin. « D'une façon générale, il semble bien qu'en cette fin de siècle la question de l'Alsace-Lorraine devient moins brûlante, et que dans l'opinion publique l'idée de revanche perd beaucoup de sa force »²⁴⁰⁸. Chez les jurisconsultes français, l'accent est désormais mis sur *l'établissement d'une science du droit, lequel est en crise*²⁴⁰⁹. D'une part, *la méthode exégétique semble avoir montré toutes ses limites*. A ce propos, l'ensemble des comparatistes de cette période, en particulier les instigateurs du *Congrès international de droit comparé* de 1900, se rallie derrière la critique de l'exégèse et tous se rappellent – et le rappellent surtout aux autres ! – avec quel ennui ils écoutaient leurs professeurs dicter les articles des Codes lorsqu'ils étaient sur les bancs de la faculté... D'autre part, *les civilistes, ayant justement compté dans leurs rangs de nombreux « exégètes », subissent la concurrence des autres*

²⁴⁰⁸ C. DIGEON, *La crise allemande de la pensée française...*, op. cit., p. 451-452.

²⁴⁰⁹ Sur la crise des facultés de droit : E. GLASSON, « La crise des facultés de droit », *Revue internationale de l'enseignement*, vol. XLIII, 1902, p. 385-399 ; T. POUTHER, *Droit naturel et droits individuels en France...*, op. cit., p. 452 et s.

matières juridiques qui, elles, se disciplinarisent et « s'émancipent » de cette « lecture littérale » des textes. Il leur faut donc substituer à l'exégèse une autre méthode : la comparaison juridique sera l'une de leurs réponses. Enfin, et plus généralement, *les juristes français se sentent menacés par les autres sciences (naturelles, humaines, sociales, etc.) dont la « scientificité » n'est nullement contestée.* Complexés, du moins embarrassés par cette absence de statut scientifique, ils vont alors s'inspirer de leurs méthodes ; lesquelles s'appuient avant tout sur *l'observation*. Appliquée au droit, cette méthode d'observation procède par l'histoire et la comparaison : la voie du renouvellement méthodologique du droit est désormais ouverte ; le droit en tant que science, se persuade-t-on, va ainsi pouvoir naître. Encore faut-il définir précisément ce qu'est la comparaison juridique. Ce sera tout l'objet du *Congrès international de droit comparé* des 31 juillet-4 août 1900.

2. Un objectif inchangé

A bien y réfléchir, les ambitions des moments « 1869-1870 » et « 1900 » sont finalement liées. En effet, c'est parce qu'on explique en partie la défaite de Sedan, immédiatement après celle-ci c'est-à-dire dès les années 1870, par l'absence d'une véritable science juridique française – contrairement, ou plutôt *comparativement*, à la science juridique allemande victorieuse – que les juristes de l'Hexagone cherchent encore à établir, au tournant du siècle, une science du droit et se lancent ainsi dans un processus de renouvellement méthodologique de la comparaison juridique. Pour y parvenir, les sciences sociales – telle la sociologie – et naturelles – comme la biologie – servent d'exemples. Que des auteurs s'élèvent parfois contre cette influence, à l'instar des Beudant, père et fils, ne prouve finalement qu'une chose : cette influence est bien réelle.

Du reste, les discours nationalistes – qu'il n'était pas rare de lire après 1870 – ne se sont en réalité jamais totalement effacés, y compris après 1900. Ainsi, par exemple, du compte-rendu que le secrétaire général de la SLC, Daguin, donne de la publication de la Section historique du grand Etat-major allemand de 1902 sur *Les lois de la guerre continentale*²⁴¹⁰. « Cette publication, fait-il remarquer, doit à son origine un caractère quasi-officiel. Aussi, y a-t-il, pour *les troupes qui peuvent être appelées, à un moment donné, à se mesurer avec les forces de l'Allemagne*, un intérêt évident à la connaître et à la méditer ; en effet, il leur importe d'être fixées sur le traitement auquel elles devront s'attendre dans telles ou telles circonstances déterminées, ainsi que sur *les procédés dont elles pourront user, par réciprocité, à l'égard de l'ennemi* »... Si, résume Daguin, « en général, les doctrines exprimées sont conformes aux règles posées par les internationalistes contemporains » ; en revanche, « on rencontre ça et là *des passages peu en rapport avec les idées modernes et qui dénotent encore un reste de*

²⁴¹⁰ F. DAGUIN, « Compte-rendu des *Lois de la guerre continentale* (publication de la Section historique du grand Etat-major allemand, 1902), traduites et annotées par M. Paul Carpentier, avocat au barreau de Lille », *Bulletin de la Société de législation comparée*, t. XXXIV, 1904-1905, p. 361-362 ; d'où les citations qui vont suivre sont tirées.

barbarie » ! Aussi l'auteur du compte-rendu félicite-t-il le traducteur de cette publication allemande, Paul Carpentier, qui, dans des notes personnelles placées à la fin du volume, montre « à juste titre » – Daguin y insiste – que de pareilles théories sont « contraires, non seulement à l'humanité, mais encore aux principes du droit des gens [...]. Il était intéressant d'attirer l'attention sur ces lacunes, *évidemment intentionnelles*, et de relever des opinions en contradiction avec un acte au bas duquel le gouvernement allemand a apposé sa signature ». Et Daguin de conclure :

« Au début de la préface qui figure en tête de l'ouvrage, M. Paul Carpentier s'excuse d'avoir sacrifié parfois l'élégance de la forme à l'exactitude de la traduction. Nous avons lu son livre de la première page à la dernière, et nous pouvons affirmer n'y avoir remarqué aucune imperfection de style. La Langue dont se sert notre distingué confrère est toujours claire, précise, parfaitement intelligible, en un mot, *bien française* ».

Enfin, il est un autre trait d'union entre ces deux moments-clefs du dernier tiers du XIX^e siècle, au demeurant le plus flagrant : la *Société de législation comparée*. En effet, c'est bien la SLC qui est créée en 1869 pour combler un retard ; c'est encore la SLC qui se lance plus que jamais dans des études comparatives pour régénérer la France et rénover son droit ; c'est enfin la SLC qui organise le premier *Congrès international de droit comparé* en 1900 afin de créer une science du droit comparé. A cet égard, le « moment 1869-1870 », en tant que point de basculement entre deux périodes du XIX^e siècle relativement à l'utilisation des droits étrangers dans la doctrine juridique française, semble par conséquent pleinement justifié.

CONCLUSION GENERALE

La réponse à la question de l'utilisation des droits étrangers dans la doctrine juridique française du XIX^e siècle (1815-1914) varie selon la période étudiée.

Durant la première période (1815-1869), l'intérêt porté par les juristes français pour les droits étrangers est relatif. En effet, sur deux-cent-vingt-deux ouvrages majeurs étudiés, seuls vingt-deux attirent réellement l'attention sur la comparaison juridique ; soit 10 % des publications retenues. Trente ressortent de la « catégorie intermédiaire » c'est-à-dire citent ou évoquent simplement les droits étrangers sans toutefois les comparer entre eux ; soit 15 %. Par conséquent, cela signifie que 75 % – soit cent-soixante-dix ouvrages – restent silencieux relativement aux droits étrangers. Pour être plus précis, sur quarante-neuf ouvrages de droit pénal, cinq peuvent se rattacher à la catégorie « droit comparé » (soit 10 %), quatre à la catégorie « intermédiaire » (10 %) tandis que quarante d'entre eux sont « silencieux » (80 %). En droit civil, sur quarante-sept ouvrages, quatre sont de droit comparé (10 %), quatorze sont intermédiaires (30 %) et vingt-neuf sont silencieux (60 %). En droit constitutionnel, vingt-cinq publications ont été retenues dont cinq de droit comparé (20 %), deux intermédiaires (10 %) et dix-huit silencieux (70 %). En droit de la procédure, sur trente-quatre ouvrages, les proportions s'élèvent respectivement à quatre (10 %), trois (10 %) et vingt-sept (80 %). En droit administratif, sur trente-trois titres : deux (5 %), un (5 %) et trente (90 %). En droit commercial, sur trente-quatre livres : deux (5 %), six (20 %) et vingt-six (75 %). De ces répartitions, deux cercles ressortent clairement : un cercle large d'auteurs de doctrine (90 %), un cercle plus restreint de pionniers de la comparaison juridique française (10 %).

Le premier cercle est très majoritairement composé (à 85 %) d'auteurs *indifférents* aux droits étrangers. A notre sens, trois facteurs expliquent cette indifférence. Il s'agit tout d'abord de *besoin*. Ou plus exactement d'une *absence de besoin*. Contrairement aux doctrines juridiques étrangères de la même période qui se réfèrent largement aux modèles juridiques les plus reconnus dans le but de doter leur pays, « neuf », de nouveaux systèmes juridiques et de nouvelles institutions, les auteurs français, eux, n'éprouvent pas ce besoin. Ces derniers ont en effet à leur disposition de véritables « masses de granit » que sont les codes napoléoniens : le Code civil de 1804, le Code de procédure civile de 1806, le Code de commerce de 1807, le Code d'instruction criminelle de 1808, le Code pénal de 1810. Cette pluralité de modèles, synonyme d'un droit *complet*, tend dès lors à placer la France dans une situation d'« autosuffisance juridique » et semble de surcroît satisfaire pleinement les membres de la doctrine française ; à l'image d'Humbert qui écrit à l'extrême fin de cette première période (1868) : « la législation française est assez belle dans son ensemble pour que nous ayons

quelque droit de nous y complaire ». Bien qu'inavoué, une telle complaisance rime bien souvent, en réalité, avec un sentiment de *fierté nationale* ; autrement dit, avec un certain *nationalisme juridique*. Ils ne sont pas rares en effet les auteurs qui exaltent le droit national ; Bonnin, qualifiant les Français de « nation la plus spirituelle et la plus instruite de l'univers », étant peut-être à cet égard l'exemple le plus caricatural. Ce sentiment de supériorité, que viennent traduire les discours nationalistes, explique sans doute l'absence de référence aux textes étrangers, législatifs ou doctrinaux.

Ensuite, il est question de *méthode*. Et plus particulièrement d'*exégèse*. Les Codes français promulgués, il appartient alors à la doctrine de les *étudier*, de les *interpréter*, de les *enseigner*. Or, quelle attitude employer face à une législation totalement nouvelle ou très récente ? La réponse apportée par les professeurs français va finalement être terriblement logique : il faut partir du texte lui-même. « L'enseignement d'une législation quelconque, écrit en effet Demante, doit prendre pour base le texte même de la loi ». Ainsi *l'exégèse constitue-t-elle la principale méthode pédagogique des professeurs de droit* de cette première période. Bien souvent, les cours de ces derniers donnent lieu à des publications tel le *Cours de Code civil* de Delvincourt (1827) ou le *Cours de droit français suivant le Code civil* de Duranton (1844). En d'autres termes, *l'exégèse devient également une méthode de rédaction*, dès lors très largement répandue chez les auteurs. Les textes nationaux attirant principalement, voire exclusivement, leur attention, peu de place est ainsi laissée aux textes de droit étranger. Cette attitude n'est d'ailleurs pas propre aux civilistes : elle s'observe également chez les spécialistes des autres branches du droit, notamment les commercialistes et les administrativistes.

Enfin, il s'agit de *politique*. Il faut en effet se rappeler que la loi du 22 ventôse an XII (13 mars 1804), promulguée l'année du Code civil et maintenue jusqu'à la fin du XIX^e siècle, impose aux professeurs de droit un enseignement centré sur le Code de 1804 et organisé selon son ordre. De ce point de vue, le pouvoir politique encourage les juristes-enseignants à employer la méthode exégétique. Cela peut aisément se comprendre dans la mesure où l'exégèse permet à ce dernier d'encadrer les enseignements dispensés au sein des facultés de droit françaises. Autoriser l'interprétation des textes nationaux *via* leur comparaison avec des textes étrangers comporte effectivement le risque – pour le pouvoir – de *souffrir de cette comparaison* ; *a contrario*, imposer une méthode d'interprétation stricte de la loi réduit cette possibilité. Lorsque, malgré tout, la comparaison juridique tourne au désavantage de la législation française, celle-ci constitue une faute qu'il s'agit dès lors de sanctionner ; le pouvoir (gouvernemental ou « universitaire ») ayant établi en effet de véritables moyens de contrôle : serments des professeurs, inspecteurs généraux, etc. A cet égard, le cas Ortolan est probablement l'un des plus révélateurs.

Si le premier cercle établi est principalement composé d'auteurs indifférents à la législation comparée, il comprend tout de même quelques juristes (15 %) *ouverts* aux droits et aux doctrines étrangers. Leurs profils, bien que très variés, se rejoignent cependant sur un

point : tous s'écartent plus ou moins de la méthode exégétique imposée par le gouvernement. Malgré un contrôle étatique effectif, les libéraux n'hésitent pas, par exemple, à critiquer dans leurs manuels – principalement destinés aux étudiants – la législation française en invitant leurs lecteurs à consulter les productions doctrinales étrangères et à tourner leur regard vers le droit des autres nations. Même si cette invitation se limite alors à de simples notes infrapaginales, elle forme néanmoins un véritable appel au développement des études de législation comparée. De même, il serait incorrect de ne retenir des interprètes des codes français qu'une image de pur exégète. Effectivement, si une bonne partie de la doctrine juridique française adopte une conception étroite de la méthode exégétique – il ne s'agit évidemment pas de le nier –, une autre, certes plus restreinte, refuse au contraire de se soumettre à la lettre du texte et cherche plutôt à dégager les grands principes du droit en allant bien souvent au-delà des textes nationaux. Autrement dit, ces commentateurs délaissent l'exégèse et lui préfèrent la synthèse. D'autres encore sont littéralement séduits par l'Ecole historique allemande et s'attachent, pour cette raison, non seulement à réceptionner ses idées mais également à les diffuser en France. A l'instar des commentateurs synthétiques, les disciples de cette Ecole s'écartent voire rejettent totalement la méthode exégétique mais appréhendent le droit positif sous l'angle historique. Une telle approche conduit alors généralement les partisans de la méthode historique à faire de l'histoire comparée du droit, véritable antichambre du droit comparé.

Le second cercle est beaucoup plus restreint et rassemble en son sein les *pionniers de la comparaison juridique française au XIX^e siècle*. Parmi eux, Foucher, Tocqueville, Hélie, Anthoine de Saint-Joseph, Batbie, Jourdan, Laboulaye, Dareste, Félix, Wolowski, Demangeat, Mourlon, Ollivier ou encore Ballot. Certains sont auteurs d'essais ou de traités ; d'autres, fondateurs de revues juridiques. Bien évidemment, leurs parcours – souvent atypiques – ne se ressemblent pas : Tocqueville est un magistrat qui entreprend un voyage en Amérique pour « fuir » la Monarchie de Juillet ; Anthoine de Saint-Joseph est le neveu de deux reines ; Foucher est le beau-frère de Victor Hugo ; Wolowski est condamné à mort par contumace ; Ollivier rencontre Napoléon III ; etc. Si bien que, assez logiquement, leurs objectifs divergent également : si certains songent avant tout à leur carrière politique lorsqu'ils rédigent un ouvrage traitant de droit(s) étranger(s), d'autres n'adressent leurs études comparatives qu'aux seuls praticiens tandis que d'autres encore désirent élaborer un recueil savant – c'est-à-dire destiné prioritairement aux théoriciens du droit – mettant alors en avant la méthode comparative.

De *méthode* (et de *methodologie*), en est-il d'ailleurs vraiment question ? L'examen approfondi des œuvres comparatives de ces pionniers fait davantage ressortir une diversité des approches plutôt qu'une direction communément empruntée. Pour comparer, certains auteurs vont en effet privilégier l'observation sur place alors que d'autres inscrivent la législation comparée dans une démarche plus large, associant la comparaison à l'histoire ou à la philosophie. La méthode d'Anthoine de Saint-Joseph est autrement singulière : il s'agit de

mettre en regard plusieurs législations – dont la législation française qui, au demeurant, apparaît comme la « loi-étalon » – au moyen de tableaux synoptiques. De même, concernant les fondateurs de revues, quelques-uns parmi eux restent positivistes et n’abordent les études comparatives que sous l’angle pratique tandis que sont créés, ailleurs, des périodiques juridiques mêlant histoire du droit et législation comparée, intéressant de ce fait principalement les jurisconsultes et théoriciens du droit. Un point commun tout de même : ces précurseurs du droit comparé expriment leur lassitude à l’égard de la méthode « classique » qu’ils désirent justement supplanter, l’exégèse. Trop attachée à la lettre du texte, cette méthode rend difficile la recherche de solutions législatives à l’heure pourtant où les juristes français commencent à souligner le vieillissement, les défauts et les lacunes des modèles juridiques nationaux. Si les objectifs sont effectivement variés, il en est un qui revient cependant quasi systématiquement : l’amélioration de la législation nationale. Tel sera d’ailleurs l’objet principal de la *Société de législation comparée* dont la fondation, en 1869, ouvre la seconde période.

Durant la seconde période (1869-1914), le recours des juristes français au droit comparé devient intensif. Certes, sur cent-quatre ouvrages parus, soixante-et-un restent silencieux (soit environ 60 %) et quinze ressortent de la catégorie intermédiaire (15 %) mais vingt-huit font véritablement œuvre comparative. Autrement dit, les ouvrages de droit comparé triplent presque, passant de 10 à 25 %. Pour être exact, sur quinze publications en droit administratif, deux intéressent la comparaison juridique (environ 15 %), deux sont des ouvrages intermédiaires (15 %) et onze sont silencieux (70 %). En droit civil, sur vingt-et-un ouvrages, les proportions s’élèvent respectivement à cinq (20 %), six (30 %) et dix (50 %). En droit commercial, sur seize livres : sept (45 %), un (5 %) et huit (50 %). En droit constitutionnel, où ont été retenus vingt-et-une publications : trois (15 %), trois (15 %) et quinze (70 %). En droit de la procédure, sur treize ouvrages : cinq (40 %), deux (15 %) et six (45 %). Enfin, sur dix-huit ouvrages recensés en droit pénal, six appartiennent à la première catégorie (40 %), un seul à la deuxième (5 %) et onze à la troisième (55 %). Cette augmentation des études comparatives, qui s’accompagne par définition d’une diminution des œuvres silencieuses à l’égard du droit comparé (de 75 %, entre 1815 et 1869, à 60 % entre 1869 et 1914), se vérifie également dans le domaine des revues de droit ; lesquelles, d’ailleurs, se multiplient et se spécialisent. Ainsi, sur les onze périodiques sélectionnés, il n’en est aucun qui ne comporte pas d’éléments intéressants du point de vue de la comparaison juridique.

On l’a dit²⁴¹¹, ce *basculement* s’opère dans les années 1869-1870 et l’intensification du recours au droit comparé s’explique par l’apparition de nouveaux impératifs : combler un retard législatif, comprendre et dépasser la défaite, régénérer le pays. Si, à l’image de la période précédente 1815-1869, les objectifs peuvent différer quelque peu d’un auteur à l’autre ou d’un fondateur de revues juridiques à l’autre, en raison notamment de la tendance à la

²⁴¹¹ Cf. Conclusion de la Partie II.

spécialisation des périodiques, tous semblent néanmoins faire de la comparaison juridique un instrument de rénovation du droit²⁴¹². Parmi les acteurs les plus entreprenants dans ce domaine : la *Société de législation comparée*. Ses concrétisations sont en effet – et à plus d'un titre – remarquables : publication d'études comparatives *via* son *Bulletin* ; établissement de grands réseaux de collaborateurs étrangers ; traduction de lois étrangères²⁴¹³ ou encore organisation d'événements scientifiques majeurs dont l'impressionnant *Congrès international de droit comparé* qui se tient à Paris du 31 juillet au 4 août 1900. Le but de l'entreprise est alors de créer une *science du droit comparé* ; une ambition que les instigateurs du Congrès nourrissent dès les années 1880, appelant et déclenchant en effet un intense et vigoureux renouvellement méthodologique de la comparaison juridique française. Inspirés – ou influencés – par les méthodes des autres sciences telles que la sociologie mais aussi la biologie, les mathématiques, la médecine moderne, etc., cette génération de comparatistes ira finalement jusqu'au bout de son *idée* ; le Congrès de Paris venant effectivement cristalliser leur désir commun : *la naissance du droit comparé*. Une fois réalisée, cette idée devait devenir un « état d'esprit » qu'il fallait désormais maintenir ; ce que les « comparatistes de 1900 » eux-mêmes ont tenté de faire, de manière isolée ou collective. Pourtant, le « moment » et l'« esprit » de 1900 ne semblent pas avoir été suffisamment puissants pour balayer définitivement toute interrogation de nature méthodologique. Le scepticisme qu'Esmein finit par ressentir à l'égard du droit comparé, et qu'il confesse à son ami Saleilles en 1902²⁴¹⁴, est à ce propos symptomatique.

En définitive, il ressort de ce constat global que *l'histoire de l'utilisation des droits étrangers dans la doctrine juridique française du XIX^e siècle* se présente essentiellement comme *une histoire des méthodes* employées par cette même doctrine : méthode exégétique, méthode historique, méthode systématique, méthode historico-comparative, « libre recherche scientifique » et, bien-sûr, méthode comparative... C'est en effet l'histoire de la recherche d'une « méthode juridique idéale » qui ne peut l'être, d'après les juristes eux-mêmes, que si elle est *scientifique*²⁴¹⁵. Cette histoire est donc aussi celle de la construction de la science du

²⁴¹² Dans le même sens, David écrit : « Les comparatistes du XIX^e siècle, pénétrés du dogme de la souveraineté de la loi, n'ont vu dans le droit comparé qu'un instrument pouvant servir à l'amélioration des lois existantes ; l'appellation de "législation comparée" donnée aux études de droit comparé en témoigne. Edouard Lambert lui-même assigne à ses études la mission de préparer l'avènement d'un droit commun "législatif" » (R. DAVID, *Les avatars d'un comparatiste*, Paris, Economica, 1982, p. 262-263).

²⁴¹³ A ce propos, Valérie Dullion assure que « l'une des formes que prend le travail des comparatistes [du XIX^e siècle] est néanmoins la traduction » (V. DULLION, « Textes juridiques », *Histoire des traductions en langue française. XIX^e siècle. 1815-1914*, sous la dir. d'Y. CHEVREL, L. D'HULST et C. LOMBEZ, Lagrasse, Verdier, 2012, p. 1070).

²⁴¹⁴ Cf. *supra*, p. 468.

²⁴¹⁵ En ce sens, Christophe Jamin écrit également : « Les auteurs du début du siècle entendent pour certains rompre avec le matérialisme et le sensualisme des codificateurs en empruntant à l'historicisme allemand mélangé à un spiritualisme cousinien qui devient la philosophie dominante sous la Restauration et la Monarchie de Juillet, alors que d'autres demeurent attachés à l'esprit rationaliste et janséniste des Lumières. Puis l'historicisme, qui court tout au long du siècle, est repris en main par l'esprit sociologique, celui-ci finissant par supplanter le spiritualisme chez les juristes à la fin des années 1880 pour remettre en cause le culte de la loi, ce

droit en France et de l'une de ses branches : le *droit comparé*. Une histoire toujours en marche²⁴¹⁶.

qui débouche sur la révolution intellectuelle de la fin du siècle » (C. JAMIN, « Boissonade et son temps », art. cit., p. 290-291).

²⁴¹⁶ D'après Frédéric Rouvière, « la science juridique émergente veut conquérir son autonomie en se fondant prioritairement sur un objet propre. Pourtant, même son objet empirique est difficile à définir : sont-ce les textes ? Du législateur ? Du juge ? Sont-ce les pratiques sociales ? En outre, pour analyser ces différents objets, les outils de la sociologie ou de l'économie pourraient être mobilisés. Comment expliquer que la science du droit conserve une spécificité ? Dès lors, la spécificité de la science du droit tient plus de la pétition de principe que de l'argumentation. C'est justement cet écueil que le 20^{ème} siècle a refusé d'affronter et a préféré contourner. Ce faisant cette attitude ressemble fort à l'aveu implicite que la méthode dont rêvaient les auteurs se révèle en réalité impossible à trouver » (F. ROUVIERE, « Le droit à l'épreuve de la vulnérabilité », art. cit., p. 18). Pour un autre exemple, cette fois-ci en matière de droit public comparé : C. DENIZEAU, A. DUFFY-MEUNIER, G. J. GUGLIELMI, E. ZOLLER et A. CLEQUIN, *Le droit public comparé au XXI^e siècle : objet, finalités et méthodes* [en ligne], Paris, Centre de droit public comparé (Paris II), 2013, disponible sur internet <http://www.u-paris2.fr/CDPC0/0/fiche___pagelibre/> ainsi que les *Réactions au Manifeste du CDPC. Matinée fondatrice du 8 février 2013* [en ligne], *op. cit.*, disponible sur internet <http://www.u-paris2.fr/CDPC0/0/fiche___pagelibre/>.

SOURCES

1. Ouvrages (326)¹

a. Droit administratif (48)

- L. AUCOC, *Conférences sur l'administration et le droit administratif, faites à l'Ecole impériale des Ponts et Chaussées*, Paris, Dunod, 3 t., 1869-1876 ; Paris, Dunod, 2^e éd., 3 t., 1878-1882.
- A. BATBIE, *Lois administratives françaises : recueil méthodique contenant 1° les lois, décrets et règlements ; 2° les dispositions qui ont précédé la législation en vigueur*, Paris, A. Cotillon et C^{ie}, 1888.
- A. BATBIE, *Précis du cours de droit public et administratif professé à la Faculté de droit de Paris*, Paris, Cotillon, 3^e éd., 1869 ; Paris, Cotillon, 4^e éd., 1876.
- A. BATBIE, *Traité théorique et pratique de droit public et administratif*, Paris, Cotillon, 7 t., 1862-1868.
- L. BEQUET, *Répertoire du droit administratif fondé en 1882 par M. LEON BEQUET, Conseiller d'Etat avec le concours de M. PAUL DUPRE, Conseiller à la Cour de Cassation publié de 1892 à 1901 sous la direction de M. E. LAFERRIERE président honoraire du Conseil d'Etat Ancien Gouverneur général de l'Algérie Procureur général près la Cour de Cassation publié depuis 1901 sous la direction de M. PAUL DISLERE, président de section au Conseil d'Etat*, Paris, P. Dupont, 28 t., 1882-1911.
- H. BERTHELEMY, *Traité élémentaire de droit administratif*, Paris, A. Rousseau, 1901.
- M. BLOCK, *Dictionnaire de l'administration française*, Paris, Strasbourg, Librairie administrative de veuve Berger-Levrault et fils, 1^{ère} éd., 1856 ; Paris, Berger-Levrault, 4^e éd., 1898-1899.
- M. BLOCK, *Entretiens familiers sur l'administration de notre pays*, Paris, Hetzel, 10 vol., 1880-1882.
- C.-J.-B. BONNIN, *Abrégé des principes d'administration*, Paris, Amable-Costes, 1829.
- A.-G.-D. BOUCHENE-LEFER, *Principes et notions élémentaires pratiques, didactiques et historiques du droit public administratif, ou Précis de l'organisation politique et administrative de la France de 1789 à ce jour*, Paris, Cosse et Marchal, 1862.
- S.-J. BOULATIGNIER, *De la fortune publique en France et de son administration*, Paris, Pourchet père, 3 t., 1838-1840.

¹ Les chiffres entre parenthèses représentent le nombre d'ouvrages recensés. Ces derniers sont classés par matière juridique et par ordre alphabétique. Pour chaque ouvrage, la première édition est généralement indiquée ; à défaut, sont indiquées les éditions effectivement consultées.

- J.-X. BREMOND, *Traité théorique et pratique de la compétence administrative*, Paris, L. Larose, 1894.
- L.-P.-F. CABANTOUS, *Répétitions écrites sur le droit administratif, contenant l'exposé des principes généraux, leurs motifs et la solution des questions théoriques*, Paris, Marescq, 1867.
- J. CHANTAGREL, *Droit administratif, questionnaire, résumé et supplément*, Paris, J. Masson, 1859.
- J. CHANTAGREL, *Droit administratif théorique et pratique*, Paris, J. Masson, 2^{ème} éd., 1859.
- A. CHAUVEAU, *Principes de compétence et de juridictions administratives*, Paris, Cotillon, 4 t., 1841-1844.
- T.-A. COTELLE, *Cours de droit administratif appliqué aux travaux publics*, Paris, Dalmont et Dunod, 3^e éd., 4 t., 1859-1862.
- R. DARESTE, *La justice administrative en France ou Traité du contentieux de l'administration*, Paris, A. Durand, 1862.
- R. DARESTE, *Etudes sur les origines du contentieux administratif en France*, Paris, A. Durand, 1855, 2 vol.
- T. DUCROCQ, *Cours de droit administratif contenant l'exposé des principes, le résumé de la législation administrative dans son dernier état, l'analyse ou la reproduction des principaux textes dans un ordre méthodique*, Paris, Auguste Durand, 2^e éd., 1863 ; Paris, E. Thorin, 3^e éd., 2 t., 1868 ; Paris, A. Fontemoing, 7^e éd., 1904.
- G.-M. DUFOUR, *Traité général de droit administratif appliqué ou exposé de la doctrine et de la jurisprudence concernant l'exercice de l'autorité du chef de l'Etat, des ministres, des préfets, des sous-préfets, des maires, des conseils de préfecture, de la cour des comptes, du conseil d'Etat, l'armée, les ateliers insalubres, les bacs et bateaux, les bois et forêts, les chemins de fer, les chemins vicinaux, les communaux, les conflits, les contributions, les cours d'eau, etc., etc.*, Paris, Cotillon, 2^e éd., 7 t., 1854-1857.
- L. DUGUIT, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, Paris, A. Fontemoing, 1901.
- E.-V. FOUCART, *Eléments de droit public et administratif, ou Exposition méthodique des principes du droit public positif*, Paris, Videcoq, 4^e éd., 3 t., 1855-1856.
- A. GAUTIER, *Cours de droit administratif. Précis des matières administratives dans leurs rapports avec les matières civiles et judiciaires*, Paris, imprimerie d'A. Lahure, 1880.
- J.-M. DE GERANDO, *Institutes du droit administratif français ou Éléments du code administratif*, Paris, Nève, 6 t., 1829-1836.
- E. DE GIRARDIN, *Le droit*, Paris, Librairie nouvelle, 2^e éd., 1854.

- M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public général à l'usage des étudiants en licence et en doctorat ès-sciences politiques*, Paris, L. Larose, 4^e éd., 1900-1901.
- G. JEZE, *Observations critiques sur les décisions dites souveraines des conseils généraux (loi du 10 août 1871, art. 37, 38, 40, 42, loi du 21 avril 1832, art. 10)*, Paris, Berger-Levrault, 1897.
- F. LAFERRIERE, *Cours de droit public et administratif*, Paris, Joubert, 2^e éd., 1841-1846.
- E. LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris, Berger-Levrault, 1^{ère} éd., 1888-1889 ; 2^e éd., 2 t., 1896.
- L.-M. DE LAHAYE CORMENIN, *De la responsabilité des agents du gouvernement, et des garanties des citoyens contre les décisions des ministres et du Conseil d'Etat*, Paris, Baudouin frères, 2^e éd., 1828.
- L.-M. DE LAHAYE CORMENIN, *Du Conseil d'Etat envisagé comme conseil et comme juridiction sous notre monarchie constitutionnelle*, Paris, Pillet, 1818.
- L.-M. DE LAHAYE CORMENIN, *Questions de droit administratif*, Paris, Ridler, 2 t., 1822.
- L.-A. MACAREL, *Cours de droit administratif professé à la faculté de droit de Paris*, Paris, G. Thorel, 1844 ; Paris, Librairie de jurisprudence de Plon frères, 2^e éd., t. 1 et 2, 1852 ; Paris, Librairie de jurisprudence d'Henri Plon, 3^e éd., 1856-1857, t. 3 et 4.
- L.-A. MACAREL, *Des Tribunaux administratifs, ou introduction à l'étude de la jurisprudence administrative contenant un examen critique de l'organisation de la justice administrative et quelques vues d'amélioration*, Paris, J. P. Roret, 1828.
- L.-A. MACAREL, *Eléments de jurisprudence administrative, extraits des décisions rendues par le conseil d'état en matière contentieuse*, Paris, Dondey-Dupré, 2 t., 1818.
- L.-A. MACAREL, *Recueil des arrêts du conseil d'Etat statuant au contentieux, des décisions du Tribunal des conflits, de la Cour des comptes et du Conseil des prises*, Paris, Société anonyme du Recueil Sirey, 1837.
- L.-A. MACAREL, *Recueil des arrêts du conseil ou ordonnances royales rendues en conseil d'Etat sur toutes les matières du contentieux de l'administration*, Paris, A. Bavoux, 3 t., 1821-1826.
- A. MESTRE, *De l'autorité compétente pour déclarer l'Etat débiteur*, Paris, A. Rousseau, 1899.
- A. MESTRE, *Du principe en vertu duquel l'administration seule est compétente pour déclarer l'Etat débiteur*, Paris, imprimerie de Berger-Levrault, 1899.
- L. MICHOD, *Des actes de gouvernement*, Grenoble, imprimerie de F. Allier père et fils, 1889.
- E. PERRIQUET, *Les Contrats de l'Etat, traité comprenant notamment les règles en matière de ventes domaniales, ventes des coupes de bois de l'Etat, fournitures et*

marchés, concessions de mines, concessions sur les cours d'eau, état des fonctionnaires, militaires et marins, pensions civiles, militaires et de la marine, récompenses nationales, Légion d'honneur, etc., etc., Paris, Marchal, Billard et C^{ie}, 1884.

- J.-B.-V. PROUDHON, *Traité du domaine public, ou de la Distinction des biens considérés principalement par rapport au domaine public*, Dijon, V. Lagier, 4 t. en 5 vol., 1833-1834.
- D. SERRIGNY, *Questions et traités de droit administratif*, Paris, A. Durand, 1854.
- D. SERRIGNY, *Traité du droit public des français précédé d'une introduction sur les fondements des sociétés politiques*, Paris, Joubert, 1846.
- J.-B. SIREY, *Jurisprudence du Conseil d'Etat, ou Recueil des Décisions, Arrêts et Actes du Conseil d'Etat, sur le contentieux de l'administration, les conflits et les autres matières administratives, - contenant l'exposé sommaire de la question, le point de fait, l'analyse des moyens des parties et le texte de la décision, avec des tables à chaque volume, classant sur le tout par ordre des matières*, Paris, Cour de Harlai, 4 t. en 2 vol., 1818.
- A. TROLLEY, *Cours de droit administratif. Hiérarchie administrative ou De l'organisation et de la compétence des diverses autorités administratives. Des agents, des auxiliaires de l'administration et des régies financières*, Paris, G. Thorel, Plon Frères, 5 t., 1844-1854.
- A.-F. VIVIEN, *Etudes administratives*, Paris, Guillaumin et C^{ie}, 1845 ; Paris, Guillaumin et C^{ie}, 3^e éd., 2 t., 1859.

b. Droit civil (68)

- E.-P.-R.-P. ACOLLAS, *Manuel de droit civil à l'usage des étudiants, contenant l'exégèse du Code Napoléon et un exposé complet des systèmes juridiques*, Paris, E. Thorin, 2 t., 1869.
- F. ANTHOINE DE SAINT-JOSEPH, *Concordance entre les Codes civils étrangers et le Code Napoléon*, Paris, Charles Hingray, 1840 ; Paris, Cotillon, 2^e éd., 4 t., 1856.
- F. ANTHOINE DE SAINT-JOSEPH, *Concordance entre les lois hypothécaires étrangères et françaises*, Paris, Videcoq, 1847.
- C. AUBRY et F.-C. RAU, *Cours de droit civil français : d'après l'ouvrage allemand de C.-S. Zachariae*, Paris, Cosse, 3^e éd., 6 t., 1856-1863.
- G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de droit civil contenant dans une première partie l'exposé des principes et dans une deuxième les questions de détail et les controverses*, Paris, L. Larose et Forcel, 3 t., 1882-1884.
- G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, Paris, L. Larose, 1^{re} éd., 22 t., 1895-1900.
- C. BEUDANT, *Le droit individuel et l'Etat. Introduction à l'étude du droit*, Paris, Arthur Rousseau, 1891.

- C. BUFNOIR, *Propriété et contrat. Théorie des Modes d'acquisition des droits réels et des Sources des Obligations*, Paris, A. Rousseau, 1900.
- C. BUFNOIR, *Théorie de la condition dans les divers actes juridiques suivant le droit romain*, Paris, Cotillon, 1866.
- J.-J. BUGNET, *Œuvres de Pothier annotées et mises en corrélation avec le Code civil et la législation actuelle*, Paris, Cosse et Marchal, 10 t., 1845-1848.
- H. CAPITANT et A. COLIN, *Cours élémentaire de droit civil français*, Paris, Librairie Dalloz, 3 t., 1914-1916.
- H. CAPITANT, *Introduction à l'étude du droit civil*, Paris, A. Pedone, 1898.
- J. CHARMONT, *La renaissance du droit naturel*, Paris, Coulet, 1910.
- J. CHARMONT, *Les transformations du droit civil*, Paris, Paul Brodard, 1912.
- J.-P. CHRESTIEN-DE-POLY, *Essai sur la puissance paternelle*, Paris, imprimerie d'A. Egron, 2 t., 1820.
- A.-M. DEMANTE, *Cours analytique de Code civil*, Paris, G. Thorel puis Plon frères, 9 t., 1849-1884.
- C.-E. DELVINCOURT, *Cours de Code civil*, Bruxelles, P. J. De Mat, 8 t., 1825-1827.
- C. DEMOLOMBE, *Cours de Code civil*, Paris, Auguste Durand, 31 t., 1845-1876.
- A.-M. DU CAURROY, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, Paris, G. Thorel, 2 t., 1848-1851.
- L. DUGUIT, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Paris, Librairie Félix Alcan, 1912.
- A. DUPIN, *Bibliothèque choisie à l'usage des étudiants en droit*, Paris, Baudouin, 1821.
- A. DUPIN, *De la jurisprudence des arrêts à l'usage de ceux qui les font et de ceux qui les citent*, Paris, Baudouin frères, 1822.
- A. DUPIN, *Du droit d'aînesse*, Paris, Librairie de Paul Ledoux, 2^e éd., 1826.
- A. DUPIN, *Manuel des étudiants en droit et des jeunes avocats ; Recueil d'opuscules de jurisprudence*, Paris, Joubert, 1835.
- A. DUPIN, *Notices historiques et critiques sur plusieurs livres de jurisprudence*, Paris, Warée oncle, 1820.
- A. DUPIN, *Précis historique du droit romain, depuis Romulus jusqu'à nos jours*, Paris, Baudouin frères, 1819.
- A. DURANTON, *Cours de droit français suivant le Code civil*, Paris, G. Thorel, E. Guilbert, 4^e éd., 22 t., 1844.
- V. FOUCHER, *Collection des lois civiles et criminelles des Etats modernes*, Paris, Imprimerie nationale, 10 t., 1833-1864.

- F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources du droit privé positif*, Paris, Chevalier-Marescq, 1899.
- T. HUC, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, Paris, F. Pichon, 15 t., 1892-1903.
- L. JOSSERAND, *De l'abus de droits*, Paris, A. Rousseau, 1905.
- L. JOSSERAND, *De la responsabilité du fait des choses inanimées*, Paris, Arthur Rousseau, 1897.
- H. KLIMRATH, *Essai sur l'étude historique du droit et son utilité pour l'interprétation du Code civil*, Strasbourg, imprimerie de F.-G. Levraut, 1833.
- L.-F.-J. LAFERRIERE, *Histoire du droit français*, Paris, Joubert, 2 t., 1838.
- E. LAMBERT, *Etudes de droit commun législatif. La fonction du droit civil comparé*, Paris, Librairie générale de jurisprudence, 1903.
- A. LAYA, *Droit anglais ou résumé de la législation anglaise sous la forme de codes 1° Politique et administratif. – 2° Civil. – 3° De procédure civile et d'instruction criminelle. – 4° De commerce. – 5° Pénal suivis d'un dictionnaire de termes légaux, techniques et historiques et d'une table analytique. Extraits, analysés ou traduits des commentateurs anglais : Blackstone, Story, Bailey, John Wade (auteur du cabinet lawyer), des statuts du Parlement, etc., etc.*, Paris, Comptoir des Imprimeurs-Unis, 2 t., 1845.
- A. LEDRU-ROLLIN, *Jurisprudence française. Répertoire général du Journal du Palais. Introduction de l'influence de l'école française sur le droit au XIXe siècle*, Paris, F.-F. Patris, 1845.
- E. LERMINIER, *Introduction générale à l'histoire du droit*, Paris, Chamerot et A. Gobelet, 1835.
- J. DE MALEVILLE, *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d'Etat*, Paris, La V^e Nyon, Lenormant, La V^e Dufresne, Madame Robert, 1805 ; Paris, Nève, 2^e éd., 4 t., 1822.
- V. MARCADE, *Éléments du droit civil français ou Explication méthodique et raisonnée du Code civil accompagnée de la critique des auteurs et de la jurisprudence et suivie d'un résumé à la fin de chaque titre*, Paris, Librairie de jurisprudence de Cotillon, 2^e éd., 3 t., 1844 puis *Explication théorique et pratique du Code civil : contenant l'analyse critique des auteurs et de la jurisprudence et un traité résumé après le commentaire de chaque titre*, Paris, Delamotte Fils et C^{ie}, 8^e éd., 6 t., 1884-1894.
- G. MASSE et C. VERGE, *Le droit civil français par K.-S. Zachariae traduit de l'allemand sur la cinquième édition. Annoté et rétabli suivant l'ordre du Code Napoléon*, Paris, Auguste Durand, 5 t., 1854-1860.
- P.-A. MERLIN, *Recueil alphabétique des questions de droit qui se présentent le plus fréquemment dans les tribunaux*, Paris, Garnery, 3^e éd., 7 t., 1819-1827 ; 4^e éd., 8 t., 1827-1830.

- P.-A. MERLIN, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, Paris, Garnery, 5^e éd., 17 t., 1827-1828.
- J. MICHELET, *Origines du droit français cherchées dans les symboles et formules du droit universel*, Paris, L. Hachette, 1837.
- F. MOURLON, *Répétitions écrites sur le premier examen de Code Napoléon contenant l'exposé des principes généraux leurs motifs et la solution des questions théoriques*, Paris, A. Marescq et E. Dujardin, 8^e éd., 1869.
- H. DE PANSEY, *De la compétence des juges de paix*, Paris, T. Barrois père, 8^e éd., 1827.
- M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil conforme au programme officiel des facultés de droit*, Paris, F. Pichon, 1^{ère} éd., 3 t., 1899-1901 ; 2^e éd., 3 t., 1901-1903.
- J.-B.-V. PROUDHON, *Traité des droits d'usufruit, d'usage, d'habitation et de superficie*, Dijon, imprimerie de Douillier, 9 t., 1823-1827.
- J.-B.-V. PROUDHON, *Traité du domaine de propriété, ou de la Distinction des biens considérés principalement par rapport au domaine privé*, Dijon, V. Lagier, 3 t., 1839.
- J.-B.-V. PROUDHON, *Traité du domaine public, ou de la Distinction des biens considérés principalement par rapport au domaine public*, Dijon, V. Lagier, 2^e éd., 5 t., 1843-1845.
- J.-B.-V. PROUDHON, *Traité sur l'état des personnes et sur le titre préliminaire du Code civil*, Paris, A. Marescq, 3^e éd. augmentée par A. Valette, 2 t., 1842-1848.
- P. ROSSI, *Mélanges d'économie politique d'histoire et de philosophie*, Paris, Guillaumin et C^{ie}, 2 t., 1857.
- R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté*, F. Pichon, 1901.
- R. SALEILLES, *De la personnalité juridique. Histoire et théories. Vingt-cinq leçons d'introduction à un cours de droit civil comparé sur les personnes juridiques*, Paris, Rousseau, 1^{ère} éd., 1910 ; Paris, Rousseau & C^{ie}, 2^e éd., 1922.
- R. SALEILLES, *Essai d'une théorie générale de l'obligation d'après le projet de Code civil allemand*, Paris, F. Pichon, 1890.
- R. SALEILLES, *Les accidents de travail et la responsabilité civile (Essai d'une théorie objective de la responsabilité délictuelle)*, Paris, Arthur Rousseau, 1897.
- J.-B. SIREY, *Code civil annoté des dispositions et décisions de la législation et de la jurisprudence, avec renvoi, pour l'indication des matières, aux principaux Recueils de Jurisprudence*, Paris, Recueil général des lois et des arrêts, 1819.
- J.-B. SIREY, *Les codes annotés de Sirey et Gilbert, contenant toute la jurisprudence des arrêts et la doctrine des auteurs*, Paris, Marchal et Billard, 1^{ère} éd., 1813 ; 4^e éd., 3 t., 1901.
- J.-F. TAULIER, *Théorie raisonnée du Code civil*, Grenoble, Prudhomme ; Paris, Videcoq, A. Delhomme, 7 t., 1840-1848.

- A. THIERS, *De la propriété*, Paris, Paulin, Lheureux, 1848.
- C.-B.-M. TOULLIER, *Le droit civil français, suivant l'ordre du Code, ouvrage dans lequel on a réuni la théorie à la pratique*, Paris, Warée oncle et Warée fils aîné, 4^e éd., 13 t., 1824-1828.
- R.-T. TROPLONG, *De la propriété d'après le Code civil*, Paris, Pagnerre, Paulin et C^{ie}, Firmin Didot frères, 1848.
- R.-T. TROPLONG, *Du principe d'autorité depuis 1789*, Paris, Plon frères, 1853.
- R.-T. TROPLONG, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code, depuis et y compris le titre de la vente*, Paris, Charles Hingray, 18 t., 1835-1847.
- A. VALETTE, *Cours de code civil professé à la faculté de droit de Paris. Première année, titre préliminaire et livre premier, Volume I*, Paris, Germer Baillière, 1872 ; t. 2 édité à titre posthume en 1879.
- A. VALETTE, *Explication sommaire du livre premier du code Napoléon et des lois accessoires*, Paris, Marescq Aîné, 1859.
- A. VALETTE, *Traité des privilèges et des hypothèques*, Paris, Joubert, 1846.
- M.-G.-A. DE LA BROUE VAREILLES-SOMMIERES, *Les personnes morales*, Paris, F. Pichon, 1902.

c. Droit commercial (50)

- I. ALAUZET, *Commentaire du Code de commerce et de la législation commerciale*, Paris, Cosse et Marchal, 4 t., 1856-1857 ; Paris, Marchal, Billard et C^{ie}, 1879, 3^e éd., 8 t.
- F. ANTHOINE DE SAINT-JOSEPH, *Concordance entre les Codes de commerce étrangers et le Code de commerce français*, Paris, Videcoq Frère et Fils, 1^{ère} éd., 1844 ; Paris, Videcoq Fils aîné, 2^e éd., 1851.
- J. BEDARRIDE, *Droit commercial. Commentaire du Code de commerce. Livre Premier. Titre I. – Des commerçants. Titre 2. – Des livres de commerce*, Paris, Auguste Durand, 1^{ère} éd., 1854 ; Paris, Auguste Durand, 2^e éd., 1872.
- J. BEDARRIDE, *Droit commercial. Commentaire du Code de commerce. Livre Premier. Titre troisième. Des sociétés*, Paris, Auguste Durand, 2^e éd., 3 t., 1872.
- J. BEDARRIDE, *Droit commercial. Commentaire du Code de commerce. Livre Premier. Titre VI. Des commissionnaires avec Appendice sur les modifications qui y ont été introduites*, Paris, Auguste Durand, 1863.
- J. BEDARRIDE, *Droit commercial. Commentaire du Code de commerce. Livre Premier. Titre VII. Des achats et ventes*, Paris, Auguste Durand, 1862 ; Paris, Librairie A. Marescq Aîné, 1878.

- J. BEDARRIDE, *Droit commercial. Commentaire du Code de commerce. Livre Premier. Titre VIII. De la lettre de change, des billets à ordre et de la prescription*, Paris, Durand, 2 t., 1861-1862.
- J. BEDARRIDE, *Droit commercial. Commentaire du Code de commerce. Livre II. Du commerce maritime*, Paris, Durand, 1^{ère} éd., 5 t., 1859 ; Paris, Librairie A. Marescq Aîné, 2^e éd., 5 t., 1876.
- J. BEDARRIDE, *Droit commercial. Commentaire du Code de commerce. Livre IV. De la Jurisdiction commerciale*, Paris, Auguste Durand, 1^{ère} éd., 1864 ; Paris, Marescq aîné, 2^e éd., 1880.
- A. BLANQUI, *Cours d'économie industrielle*, Paris, J. Angé, 3 t., 1837-1839.
- A. BLANQUI, *Histoire de l'économie politique en Europe, depuis les anciens jusqu'à nos jours suivie, d'une bibliographie raisonnée des principaux ouvrages d'économie politique*, Paris, Guillaumin, 1^{ère} éd., 2 t., 1837 ; Paris, Guillaumin, 2^e éd., 2 t., 1842 ; Paris, Guillaumin et C^{ie}, 4^e éd., 2 t., 1860.
- A. BOISTEL, *Précis du cours de droit commercial professé à la faculté de droit de Paris*, Paris, Ernest Thorin, 1^{ère} éd., 1875 ; Paris, Ernest Thorin, 2^e éd., 1878 ; Paris, Ernest Thorin, 3^e éd., 1884.
- J.-F.-J. BOZERIAN, *La Bourse, ses opérateurs et ses opérations appréciés au point de vue de la loi, de la jurisprudence et de l'économie politique et sociale suivie d'une indication des réformes les plus urgentes avec un appendice contenant les principaux règlements adoptés par la compagnie des agents de change de Paris*, Paris, E. Dentu et A. Marescq, 2 t., 1859.
- P.-C.-J.-B. BRAVARD-VEYRIERES, *Traité de droit commercial*, Paris, A. Marescq Aîné, 1^{ère} éd., 1862-1865 ; Paris, Librairie Marescq Aîné, Chevalier-Marescq et C^{ie}, 2^e éd., 6 t., 1890-1892.
- J. BRESSON, *De la liquidation des marchés à terme à la Bourse de Paris*, Paris, Bachelier, 1826.
- J. BRESSON, *Des fonds publics français et étrangers, et des opérations de la Bourse de Paris*, Paris, Bachelier, 6^e éd., 1830 ; Paris, Au bureau du cours général des actions, 8^e éd., 1843.
- A. BUCHERE, *Traité théorique et pratique des opérations de la Bourse*, Paris, A. Marescq Aîné, 1^{ère} éd., 1877 ; Paris, Librairie Marescq Aîné Chevalier-Marescq et C^{ie}, 3^e éd., 1892.
- A. BUCHERE, *Traité théorique et pratique des valeurs mobilières et effets publics*, Paris, Marescq aîné, 1869.
- E. CAMBERLIN, *Manuel pratique des tribunaux de commerce à l'usage des magistrats, des justiciables, des officiers ministériels et des divers auxiliaires de la juridiction commerciale*, Paris, A. Marescq Aîné, 1879.
- A. CHIRAC, *L'agiotage sous la troisième République 1870-1887*, Paris, Albert Savine, 2 t., 1888.

- E. DELACOURTIE, *Eléments de législation commerciale et industrielle*, Paris, Librairie Hachette et C^{ie}, 1^{ère} éd., 1867 ; 5^e éd., 1883 ; 6^e éd., 1886.
- E. DELAMARRE et J. LE POITVIN, *Traité théorique et pratique de droit commercial*, Paris, Charles Hingray, 6 t., 1861.
- G. DELOISON, *Traité des valeurs mobilières françaises et étrangères et des opérations de Bourse*, Paris, L. Larose et Forcel, 1890.
- C. DEMANGEAT, *Histoire de la condition civile des étrangers en France dans l'ancien et le nouveau droit*, Paris, Joubert (Librairie de la cour de cassation), 1844.
- A. DEMASURE, *Traité du régime fiscal des sociétés et des établissements publics*, Paris, A. Durand & G. Pedone-Lauriel, 1884.
- B.-M. EMERIGON, *Traité des assurances et des contrats à la grosse*, Rennes, Molliex ; Paris, Charles-Béchet, 1827.
- M. FOUREIX, *Traité des sociétés commerciales*, Paris, Marescq et Dujardin, 1856.
- M. HORSON, *Questions sur le Code de commerce*, Paris, Renard, 2 t., 1829 ; Paris, Béchet aîné, 2 t., 1830.
- C. LYON-CAEN et L. RENAULT, *Manuel de droit commercial*, Paris, F. Pichon, 1^{ère} éd., 1887 ; 3^e éd., 1894 ; 7^e éd., 1904 ; 10^e éd., 1910.
- C. LYON-CAEN et L. RENAULT, *Traité de droit commercial*, Paris, F. Pichon, 2^e éd., 6 t., 1889-1896.
- G. MASSE, *Le droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens et le droit civil*, Paris, Guillaumin et C^{ie}, 1^{ère} éd., 6 t., 1844-1847.
- V. MOLINIER, *Traité de droit commercial ou Explication méthodique des dispositions du Code de commerce, précédé d'une Introduction historique*, Paris, Joubert, 2 part., 1846.
- F.-E. MOLLOT, *Bourses de commerce, agents de change et courtiers*, Bruxelles, Société belge de librairie Hauman et C^{ie}, 3^e éd., 1841 ; Paris, Cotillon, 3^e éd., 1853.
- L. NOUGUIER, *Des lettres de change et des effets de commerce en général*, Paris, Charles Hingray, 1^{ère} éd., 2 t., 1839 ; Paris, A. Durand, 2^e éd., 2 t., 1851.
- L. NOUGUIER, *Traité des actes de commerce, des commerçants et de leur patente*, Paris, Marchal, Billard et C^{ie}, 2^e éd., 2 t., 1884.
- J.-M. PARDESSUS, *Cours de droit commercial*, Paris, Henri Plon, 6^e éd., 4 t., 1856-1857.
- P.-J. PROUDHON, *Manuel du spéculateur à la Bourse*, Paris, Librairie de Garnier frères, 4^e éd., 1857.
- A.-C. RENOUEAU, *Traité des faillites et banqueroutes*, Bruxelles, Librairie du Panthéon classique et littéraire, 1851.

- H.-F. RIVIERE, *Commentaire de la loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés*, Paris, A. Marescq Aîné, 1868.
- H.-F. RIVIERE, *Répétitions écrites sur le Code de commerce*, Paris, A. Marescq et E. Dujardin, 2^e éd., 1857 ; Paris, A. Marescq Aîné, 3^e éd., 1860.
- R. ROUSSEAU, *Manuel pratique des sociétés par actions à l'usage des administrateurs, gérants, directeurs, commissaires, actionnaires, avocats, agréés, etc.*, Paris, Arthur Rousseau, 2^e éd., 1896.
- R. ROUSSEAU, *Sociétés anonymes. Assemblées générales extraordinaires. Commentaire de la loi du 22 novembre 1913 portant modification à l'article 34 du Code de Commerce et aux articles 27 et 31 de la loi du 24 juillet 1867 (Extrait de la Gazette des Sociétés et du Droit Financier (1^{er} déc. 1913))*, Paris, Arthur Rousseau, 1913.
- J.-A. RUBEN DE COUDER, *Pandectes chronologiques*, Paris, Chevalier-Marescq et C^{ie}, 6 t., 1887-1893.
- N. SALZEDO, *Guide pratique des sociétés anonymes*, Paris, L. Larose & L. Tenin, 1908.
- N. SALZEDO, *L'exception de jeu en matière d'opérations de Bourse*, Paris, Imprimerie de Poissy S. Lejay et C^{ie}, 1880.
- L. SAY, *Dictionnaire des finances*, Paris et Nancy, Berger-Levrault, 2 t., 1889-1894 ; Paris, Guillaumin et C^{ie}, 2^e éd., 2 t., 1900.
- E.-E. THALLER, *Traité élémentaire de droit commercial*, Paris, Arthur Rousseau, 1^{ère} éd., 1898 ; 2^e éd., 1900 ; 3^e éd., 1904.
- A. VAVASSEUR, *Traité des sociétés civiles et commerciales (avec formules)*, Paris, Marchal, Billard et C^{ie}, 1^{ère} éd., 1868 ; 5^e éd., 2 t., 1896-1897.
- A. VAVASSEUR et A. DEFRENOIS, *Traité pratique et formulaire général du notariat de France et d'Algérie*, Paris, Delamotte et Fils, 1^{ère} éd., 1863-1867 ; 3^e éd., 5 t., 1878.
- E. VINCENS, *Exposition raisonnée de la législation commerciale, et examen critique du Code de commerce*, Paris, Barrois l'aîné, 3 t., 1821.

d. Droit constitutionnel (46)

- L. AUCOC, *De la Compétence respective du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif en matière d'autorisation de travaux publics*, Paris, Cotillon, 1874.
- J.-C. BEUGNOT, *Mémoires du comte Beugnot, ancien ministre (1783-1815)*, Paris, E. Dentu, 2 t., 1866. ; Paris, E. Dentu, 2^e éd., 2 t., 1868 ; Paris, E. Dentu, 3^e éd., 1889.
- L. BLANC, *Histoire de la Constitution du 25 février 1875*, Paris, G. Charpentier, 1882.
- L. BLANC, *L'Etat et la commune*, Paris, Librairie Internationale, 1866.
- A.-J.-C.-J. BOULAY DE LA MEURTHE, *Théorie constitutionnelle de Sieyès*, Paris, Renouard, 1836.

- B. CONSTANT, *Collection complète des ouvrages publiés sur le gouvernement représentatif et la constitution actuelle de la France, formant une espèce de cours de politique constitutionnelle*, Paris, P. Plancher, 4 t., 1818-1820.
- B. CONSTANT, *Fragments d'un ouvrage abandonné sur la possibilité d'une constitution républicaine dans un grand pays*, Paris, Aubier, 1991.
- B. CONSTANT, *Principes de politique applicables à tous les gouvernements représentatifs et particulièrement à la constitution actuelle de la France*, Paris, A. Eymery, 1815.
- P. CUCHEVAL-CLARIGNY, *Histoire de la constitution de 1852*, Paris, Sauton, 1869.
- P.-C.-F. DAUNOU, *Essai sur les garanties individuelles que réclame l'état actuel de la société*, Paris, Foulon, 1819.
- A. DE BROGLIE, *Vues sur le gouvernement de la France*, Paris, Lévy, 1870.
- T. DELORD, *Histoire du Second Empire*, Paris, Baillière, 6 t., 1869-1875.
- P. DESCHANEL, *La République nouvelle*, Paris, Calmann-Lévy, 2^e éd., 1898.
- A. DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, Paris, Pagnerre, 5^e éd., 4 t., 1848.
- P. DUVERGIER DE HAURANNE, *Histoire du gouvernement parlementaire en France*, Paris, Lévy, 10 t., 1857-1871.
- L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Fontemoing & C^{ie}, 1^{ère} éd., 2 t., 1911.
- A. ESMEIN, *Eléments de droit constitutionnel*, Paris, L. Larose, 1^{ère} éd., 1896 ; Paris, L. Larose, 3^e éd., 1903.
- J. FERRAND, *Histoire de la Révolution française, du Consulat, de l'Empire, de la Restauration et de la Révolution de Juillet*, Paris, D. Cavaillès, 6 t., 1845.
- M. FONTENEAU, *Du pouvoir constituant en France et de la réforme constitutionnelle dans les constitutions françaises depuis 1789*, Caen, Valin, 1900.
- F. GUIZOT, *De la démocratie en France (janvier 1849)*, Bruxelles, Wouters frères, 1849.
- F. GUIZOT, *Des moyens de gouvernement et d'opposition dans l'état actuel de la France*, Paris, Ladvocat, 1821.
- F. GUIZOT, *Histoire parlementaire de France : recueil complet des discours prononcés dans les Chambres de 1819 à 1848*, Paris, Michel-Lévy frères, 5 t., 1863-1864.
- F. GUIZOT, *De la souveraineté et des formes de gouvernement : essai destiné à la rectification de quelques principes politiques*, Paris, Le Normant, 1816.

- M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public général à l'usage des étudiants en licence et en doctorat ès-sciences politiques*, Paris, L. Larose, 1^{ère} éd., 1892 ; 4^e éd., 1900-1901 ; Paris, L. Larose et L. Tenin, 8^e éd., 1914.
- E. LABOULAYE, *Considérations sur la Constitution*, Paris, A. Durand, 1848.
- E. LABOULAYE, *De la constitution américaine et de l'utilité de son étude : discours prononcé le 4 décembre 1849 à l'ouverture du cours de législation comparée*, Paris, imprimerie de Hennuyer, 1850.
- E. LABOULAYE, *Questions constitutionnelles*, Paris, Charpentier, 1872
- E. LABOULAYE, *La république constitutionnelle*, Paris, Charpentier, 1871.
- E. LABOULAYE, *La révision de la Constitution : lettres à un ami*, Paris, A. Durand, 1851.
- E. LABOULAYE, *Le parti libéral, son programme et son avenir*, Paris, Charpentier, 1^{ère} éd., 1863 ; Paris, Charpentier, 3^e éd., 1863 ; Paris, Charpentier, 4^e éd., 1864 ; Paris, Charpentier, 5^e éd., 1864 ; Paris, Charpentier et C^{ie}, 8^e éd., 1871.
- E. LABOULAYE, *Lettres politiques. Esquisse d'une constitution républicaine suivie d'un Projet de constitution*, Paris, Charpentier, 1872.
- P. DE LA GORCE, *Histoire du Second Empire*, Paris, Plon, 7 t., 1894-1904.
- L.-M. DE LAHAYE CORMENIN, *Petit pamphlet sur le projet de constitution par TIMON* (pseudonyme de Cormenin) *suivi du texte exact et corrigé du Projet de Constitution, août 1848*, Paris, Pagnerre, 1848.
- J.-D. LANJUINAIS, *Constitutions de la nation française*, Paris, Baudouin frères, 1819.
- L. LE FUR, *Etat fédéral et confédération d'états*, Paris, Marchal et Billard, 1896.
- A. MARRAST, *Rapport sur le projet de constitution*, Paris, Bonaventure, 1848.
- L. MIGINIAC, *Le régime censitaire en France, spécialement sous la Monarchie de Juillet*, Paris, A. Rousseau, 1900.
- L. MUEL, *Gouvernements, ministères et constitutions de la France depuis cent ans*, Paris, Mouillot, 1^{ère} éd., 1890 ; Paris, Marchal et Billard, 2^e éd., 1891.
- E. OLLIVIER, *L'empire libéral*, Paris, Garnier, 18 t., 1895-1918.
- A.-F. PERNY, *Le pouvoir constituant sous la Monarchie de Juillet*, Paris, Boyer, 1901.
- L.-A. PREVOST-PARADOL, *La France nouvelle*, Paris, Michel Lévy frères, 10^e éd., 1869.
- P.-J. PROUDHON, *Nouvelles observations sur l'unité italienne*, Paris, E. Dentu, 1865.
- P.-J. PROUDHON, *Théorie du mouvement constitutionnel au XIX^e siècle (l'Empire parlementaire et l'Opposition légale). Lettre à Monsieur Rouy rédacteur en chef de la presse en faveur de l'abstention*, Paris, Librairie internationale, 1870.

- P. ROSSI, *Cours de droit constitutionnel professé à la Faculté de droit de Paris*, Paris, Guillaumin et C^{ie}, 4 t., 1866-1867.
- E. SPULLER, *Histoire parlementaire de la Seconde République*, Paris, Alcan, 1891.
- P. THUREAU-DANGIN, *Histoire de la Monarchie de Juillet*, Paris, Plon-Nourrit, 7 t., 1884-1892.

e. Droit de la procédure (47)

- E. AIGNAN, *De la justice et de la police ou examen de quelques parties de l'instruction criminelle, considérées dans leur rapport avec les mœurs et la sûreté des citoyens : ou Examen de quelques parties de l'instruction criminelle, considérées dans leur rapport avec les mœurs et la sûreté des citoyens*, Paris, Plancher et Delaunay, 1817.
- G. BAZILLE, *Dissertations sur la procédure administrative*, Paris, Marchal et C^{ie} ; Toulouse, Librairie centrale, 1875.
- A.-M.-M.-T. BERENGER, *De la justice criminelle en France, d'après les lois permanentes, les lois d'exception et les doctrines des tribunaux*, Paris, L'Huillier, 1818.
- C. BERRIAT-SAINT-PRIX, *Traité de la procédure des tribunaux criminels, suite de l'Instruction criminelle préjudiciaire*, Paris, Cosse, 2 t., 1854-1857.
- J.-E. BOITARD, *Leçons de procédure civile*, Paris, Pichon, 14^e éd., 2 t., 1885.
- P. BONCENNE, *Théorie de la procédure civile, précédée d'une introduction*, Poitiers, E.-P.-J. Catineau, 4 t., 1828-1839 ; continuée par L.-O. BOURBEAU, Paris, Videcoq père et fils, t. 5 et 6, 1845-1847.
- R. BORDEAUX, *Philosophie de la procédure civile : mémoire sur la réformation de la justice*, imprimerie d'Auguste Hérissey, 1857.
- C.-S. BOURGUIGNON-DUMOLARD, *Manuel d'instruction criminelle*, Paris, Librairie de jurisprudence, 3^e éd., 2 t., 1823.
- H. BRISSON, *Révision du Code de procédure civile. Rapport présenté à M. le président de la République par M. le président du Conseil*, Paris, imprimerie des Journaux officiels, 1886.
- J.-F.-C. CARNOT, *De l'instruction criminelle, considérée dans ses rapports généraux et particuliers avec les lois nouvelles et la jurisprudence de la Cour de cassation (Seconde édition)*, Paris, Nève, 2^e éd., 4 t., 1829-1835 ; Bruxelles, V^e P. J. De Mat, 3^e éd., 6 t., 1830-1832.
- G.-L.-J. CARRE, *Lois de la procédure civile et administrative*, Paris, Cosse et Marchal, 4^e éd., 9 t., 1861-1863.
- G.-L.-J. CARRE, *Traité des lois de l'organisation judiciaire et de la compétence des juridictions civiles expliquées par les principes de la théorie, les doctrines des publicistes et les décisions des cours souveraines*, Paris, Delamotte, 2^e éd., 8 t., 1839.

- A. CHAUEAU et G.-L.-J. CARRE, *Les lois de la procédure civile et commerciale*, Paris, Marchal et Billard, 5^e éd., 10 t., 1880-1888.
- A. CHAUEAU, *Code d'instruction administrative*, Paris, Cosse, Marchal et C^{ie}, 3^e éd., 2 t., 1867.
- A. CHAUEAU et S. GLANDAZ, *Formulaire général et complet de procédure civile, commerciale et administrative*, Paris, Marchal et Billard, 1^{ère} éd., 1852 ; 10^e éd., 2 t., 1909.
- A. CHAUEAU, *Principes de compétence et de juridictions administratives*, Paris, Cotillon, 3 t., 1841-1844.
- E. DALLOZ, *Les codes annotés, supplément au code de procédure civile : comprenant la loi du 26 janvier 1892 sur les frais de justice, annoté et expliqué d'après la jurisprudence et la doctrine : avec renvois au Répertoire alphabétique, à son supplément et au Recueil périodique*, Paris, Jurisprudence générale, 1893.
- R. DARESTE, *La justice administrative en France ou Traité du contentieux de l'administration*, Paris, Durand, 1862 ; Paris, L. Larose, 2^e éd., 1898.
- E. DUBOIS DE NIERMONT, *Organisation, compétence, jurisprudence et procédure des conseils de préfecture*, Paris, G. Thorel, 1841.
- A.-M.-J.-J. DUPIN, *Lois de procédure civile, tant devant les tribunaux ordinaires, qu'en cassation et au Conseil d'Etat ; extraites de la collection in-4° dite du Louvre, et du bulletin des lois*, Paris, Guillaume, 1821.
- G. DUTRUC et A. CHAUEAU, *Commentaire du tarif en matière civile dans l'ordre des articles du code de procédure civile comprenant : avec les solutions de la doctrine et les décisions de la jurisprudence jusqu'en 1864, l'explication théorique et pratique des dispositions actuellement en vigueur de tous les tarifs en matière civile et commerciale, complétée par l'application des droits de timbre, de greffe et d'enregistrement, ainsi que des émoluments alloués aux greffiers*, Paris, A. Durand, 2^e éd., 2 t., 1864.
- G. DUTRUC et A. CHAUEAU, *Dictionnaire général et complet de procédure*, Paris, Delamotte, 1837.
- G. DUTRUC et A. CHAUEAU, *Journal des avoués ou Recueil de procédure civile, commerciale et administrative*, Paris, Bureau du journal, 20 t., 1847-1860.
- G. DUTRUC et A. CHAUEAU, *Supplément alphabétique et analytique aux « Lois de la procédure civile et commerciale » de C.-L.-J. Carré et Chauveau Adolphe, contenant, avec le résumé succinct de ce traité, le tableau complet de la jurisprudence et de la doctrine jusqu'à ce jour et servant de table générale à l'ouvrage*, Paris, Marchal, 4 t., 1880-1883.
- 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, L. Larose et Forcel, 1882.
- R. GARRAUD, *Précis de droit criminel, comprenant l'explication élémentaire de la partie générale du Code pénal, du Code d'instruction criminelle en entier et des lois*

- qui ont modifié ces deux codes*, Paris, L. Larose, 1^{ère} éd., 1881 ; Paris, L. Larose et Forcel, 2^e éd., 1885 ; Paris, L. Larose et Forcel, 4^e éd., 1892 ; Paris, L. Larose & L. Tenin, 10^e éd., 1909 ; Paris, L. Larose & L. Tenin, 11^e éd., 1912.
- R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, Paris, L. Larose et L. Tenin, 5 t., 1907.
 - E. GARSONNET, *Traité théorique et pratique de procédure : organisation judiciaire, compétence et procédure en matière civile et commerciale*, Paris, Librairie de la Société du Recueil général des lois et des arrêts, 1^{ère} éd., 1882 ; 2^e éd., 8 t., 1898.
 - E. GLASSON, *Les sources de la procédure civile française*, Paris, L. Larose et Forcel, 1882.
 - E. GLASSON, *Précis théorique et pratique de procédure civile*, Paris, F. Pichon, 1902.
 - F. HELIE, *Pratique criminelle des cours et tribunaux, résumé de la jurisprudence sur les codes d'instruction criminelle et pénal*, Paris, Marchal, Billard et C^{ie}, 2 t., 1877.
 - F. HELIE, *Traité de l'instruction criminelle, ou Théorie du Code d'instruction criminelle*, Paris, H. Plon, 9 t., 1845-1860 ; Paris, Plon, 2^e éd., 8 t., 1866-1867.
 - E. LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris, Berger-Levrault, 1^{ère} éd., 1888 ; 2^e éd., 2 t., 1896.
 - J.-M.-E. LE GRAVEREND, *Observations sur le jury en France*, Paris, Delauney, 1819.
 - J. LEFEVRE, *Essai sur la procédure en matière contentieuse devant les conseils de préfecture*, Lille, imprimerie de L. Danel, 1855 ; Marseille, Senés, 2^e éd., 1858.
 - J.-G. LOCRE, *Esprit du Code de procédure civile ou Conférence du Code de procédure avec les discussions du Conseil, les observations du Tribunat, les exposés de motifs, les discours des orateurs du Tribunat*, Paris, imprimerie de P. Didot, 5 t., 1816.
 - J.-G. LOCRE, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, Paris, Treuttel et Würtz, 31 t., 1827-1832.
 - OUDART, *Essai sur l'organisation du jury de jugement et sur l'instruction criminelle*, Paris, Oudart, 1819.
 - E.-N. PIGEAU, *Commentaire sur le code de procédure civile*, Paris, Brière, 2 t., 1827.
 - E.-N. PIGEAU, *Introduction à la procédure civile*, Paris, Joubert, 6^e éd., 1842.
 - E.-N. PIGEAU, *La procédure civile des tribunaux de France démontrée par principes et mise en action par des formules*, Bruxelles, Tarlier, 5^e éd., 3 t., 1833.
 - J. REY, *Des institutions judiciaires de l'Angleterre comparées avec celles de la France, et de quelques autres Etats anciens et modernes*, Paris, Librairie de Jurisprudence, 2 t., 1828.
 - A. RODIERE, *Traité de compétence et de procédure en matière civile*, Paris, Pedone-Lauriel, 5^e éd., 1878.

- J.-A. ROGRON, *Code d'instruction criminelle expliqué par ses motifs et par des exemples*, Bruxelles, H. Tarlier, 1832 ; Paris, Videcoq, Alex-Gobelet, 2^e éd., 1836.
- D. SERRIGNY, *Supplément au traité de l'organisation, de la compétence et de la procédure en matière contentieuse administrative ; dans leurs rapports avec le droit civil*, Paris, Joubert, 1846.
- D. SERRIGNY, *Traité de l'organisation, de la compétence et de la procédure en matière contentieuse administrative dans leur rapport avec le droit civil*, Paris, Joubert, 1^{ère} éd., 1842 ; Paris, Auguste Durand, 2^e éd. (« *Traité de l'organisation, de la compétence et de la procédure en matière contentieuse et administrative* »), 3 t., 1865.
- A.-F.-J. TARDIF, *La procédure civile et criminelle aux XIII^e et XIV^e siècles ou Procédure de transition*, Paris, Alphonse Picard et L. Larose & Forcel, 1885.

f. Droit pénal (67)

- E. ACOLLAS, *Les délits et les peines*, Paris, C. Delagrave, 1887.
- I. ALAUZET, *Essai sur les peines et le système pénitentiaire*, Paris, Imprimerie royale, 1^{ère} éd., 1842 ; Paris, Cosse et Marchal, 2^e éd., 1863.
- P. BAUDOUIN, *Code spécial de la Justice de Paix*, Paris, F. Loquin, 1838.
- F.-N. BAVOUX, *Leçons préliminaires sur le code pénal, ou examen de la législation criminelle*, Paris, Bavoux, 1821.
- A.-M.-M.-T. BERENGER, *De la répression pénale ; de ses formes et de ses effets. Rapports faits à l'Académie des sciences morales et politiques*, Paris, Imprimerie et Librairie Générale de Jurisprudence, 2 t., 1855.
- A.-M.-M.-T. BERENGER, *Institut royal de France. Rapport relatif au concours ouvert par l'Académie sur les modifications que l'adoption du système pénitentiaire nécessiterait dans le Code pénal*, Paris, typographie de Firmin Didot Frères, 1843.
- C. BERRIAT-SAINT-PRIX, *Analyse du Code pénal, table synoptique et raisonnée des délits et des peines*, Paris, Cotillon, 1855.
- C. BERRIAT-SAINT-PRIX, *Des tribunaux de simple police, de leur procédure et des fonctions des officiers de ministère public qui leur sont attachés*, Paris, Imprimerie et Librairie Générale de Jurisprudence, 2^e éd., 1865.
- C. BERRIAT-SAINT-PRIX, *Examen de cette question : les circonstances atténuantes sont-elles applicables en matière de contumace?*, Paris, Joubert, 1842.
- C. BERRIAT-SAINT-PRIX, *La justice révolutionnaire à Paris, Bordeaux, Brest, Lyon, Nantes, Orange, Strasbourg, d'après les documents originaux*, Paris, Cosse et Marchal, 1861.
- C. BERRIAT-SAINT-PRIX, *Manuel de police judiciaire et municipale, à l'usage des maires et adjoints, commissaires de police, juges de paix, officiers de gendarmerie, procureurs impériaux, juges d'instruction et préfets*, Paris, Imprimerie et librairie administratives de P. Dupont, 3^e éd., 1856.

- J. BERRIAT-SAINT-PRIX, *Cours de droit criminel, fait a la faculté de droit de Paris*, Paris, Nêve, 2^e éd., 1821 ; Paris, G. Thorel, 4^e éd., 1843 ; Paris, H. Plon, 5^e éd., 1855.
- A. BERTAULD, *Cours de code pénal ; explication théorique et pratique des dispositions préliminaires et des deux premiers livres du Code pénal*, Paris, Videcoq, 1854 ; Paris, Videcoq, 2^e éd., 1859 ; Paris, Cosse et Marchal, 3^e éd., 1864.
- A. BLANCHE, *Études pratiques sur le code pénal*, Paris, Imprimerie et librairie générale de jurisprudence, 7 t., 1861-1872.
- F. BŒUF, *Résumé de répétitions écrites sur le droit pénal (Code pénal et Code d'instruction criminelle)*, Paris, Dauvin frères, 1^{ère} éd., 1867 ; 7^e éd., 1878 ; Paris, Dauvin frères, 8^e éd., 1879.
- J.-E. BOITARD, *Leçons de législation criminelle, appendice au « Cours de code pénal »*, Paris, L. Hachette, 1854.
- J.-E. BOITARD, *Leçons sur les codes pénal et d'instruction criminelle*, Paris, G. Thorel, 4^e éd., 1847 ; Paris, G. Thorel, 5^e éd., 1851 ; Paris, Cotillon, 8^e éd., 1863 ; Paris, Cotillon, 9^e éd., 1867 ; Paris, Cotillon, 10^e éd., 1872 ; Paris, Cotillon, 11^e éd., 1876 ; Paris, Marchal et Billard, 13^e éd., 1890.
- A. BONNEVILLE DE MARSANGY, *De l'amélioration de la loi criminelle en vue d'une justice plus prompte, plus efficace, plus généreuse et plus moralisante*, Paris, Cotillon, part. I, 1855 ; Paris, Cosse et Marchal, part. II, 1864.
- E.-L.-J. BONNIER, *Traité théorique et pratique des preuves en droit civil et en droit criminel*, Paris, Auguste Durand, 2^e éd., 1852 ; Paris, Plon, 4^e éd., 2 t., 1873.
- C.-S. BOURGUIGNON-DUMOLARD, *Jurisprudence des codes criminels et des lois sur la répression des crimes et des délits commis par voie de presse et par tous autres moyens de publications*, Paris, Antoine Baroux, 3 t., 1825.
- J.-F.-C. CARNOT, *Commentaire sur le code pénal*, Paris, B. Warée, 2 t., 1823-1824 ; Paris, Nêve, 2^e éd. (posthume), 2 t., 1836.
- J.-F.-C. CARNOT, *Le Code d'instruction criminelle et le code pénal mis en harmonie avec la Charte, la morale publique, les principes de la raison, de la justice et de l'humanité*, Paris, Plancher, 1819.
- G.-L.-J. CARRE, *Cours élémentaire d'organisation judiciaire, de compétence, de procédure civile et criminelle, de notariat et de législation pénale*, Paris, P. Dupont et Cailleux, 1833.
- A. CHAUEAU, *Code pénal progressif ; commentaire sur la loi modificative du code pénal*, Paris, Bureau de la jurisprudence criminelle, 1832.
- A. CHAUEAU et F. HELIE, *Théorie du code pénal*, Paris, E. Legrand et Descauriel, 8 t., 1837-1842.
- J. CURASSON, *Traité de la compétence des juges de paix*, Dijon, Victor Lagier, 2^e éd., 2 t., 1841 ; Paris, Marescq et Dujardin, 3^e éd., 2 t., 1854.

- J. DALLEMAGNE, *La volonté dans ses rapports avec la responsabilité pénale*, Paris, Masson et C^{ie}, Gauthier-Villars, 1895.
- J. DALLEMAGNE, *Les théories de la criminalité*, Paris, Masson, 1896.
- D. DALLOZ, *Code pénal, annoté et expliqué d'après la jurisprudence et la doctrine, avec un appendice*, Paris, Bureau de la jurisprudence générale, 1881.
- G. DE BEAUMONT et A. DE TOCQUEVILLE, *Du système pénitentiaire aux Etats-Unis, et de son application en France ; suivi d'un appendice sur les colonies pénales et de notes statistiques*, Paris, H. Fournier jeune, 1833.
- F. DUVERGER, *Manuel des juges d'instruction*, Paris, Robin, 2^e éd., 3 t., 1844 ; Paris, Cosse et Marchal, 3^e éd., 3 t., 1862.
- A. FRANCK, *Philosophie du droit pénal*, Paris, Librairie Germer Baillière, 1^{ère} éd., 1864 ; 2^e éd., 1880 ; Paris, G. Baillière et C^{ie}, 4^e éd., 1893 ; Paris, Félix Alcan, 5^e éd., 1899.
- R. GARRAUD, *Le problème moderne de la pénalité*, Paris, L. Larose & Forcel, 1889.
- R. GARRAUD, *Précis de droit criminel contenant l'explication élémentaire de la partie générale du Code pénal, du Code d'instruction criminelle et des lois qui ont modifié ces deux codes*, Paris, L. Larose et Forcel, 1881 ; Paris, L. Larose et Forcel, 2^e éd., 1885 ; Paris, L. Larose et Forcel, 4^e éd., 1892 ; Paris, Librairie de la Société du Recueil Sirey, 11^e éd., 1912.
- R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, Paris, Librairie de la Société du Recueil général des lois et des arrêts et du Journal du Palais, 6 t., 1898-1902.
- F. HELIE, *Pratique criminelle des cours et tribunaux, résumé de la jurisprudence sur les codes d'instruction criminelle et pénal*, Paris, Marchal, Billard et C^{ie}, 2 t., 1877.
- A. LABORDE, *Cours de droit criminel, conforme aux programmes universitaires*, Paris, A. Rousseau, 1^{ère} éd., 1891 ; 2^e éd., 1898.
- A. LABROQUERE, *La réforme pénale et pénitentiaire ; discours prononcé à l'audience solennelle de rentrée le 17 octobre 1887*, Bordeaux, G. Gounouilhou, 1887.
- R. LAJOYE, *Études sur le code pénal*, Paris, Pedone-Lauriel, 1879.
- J.-M.-E. LE GRAVEREND, *Des lacunes et des besoins de la législation française, en matière politique et en matière criminelle, ou du défaut de sanction dans les lois d'ordre public*, Paris et Rouen, Béchét, 2 t., 1824.
- J.-M.-E. LE GRAVEREND, *Traité de la législation criminelle*, Bruxelles, H. Tarlier, 3^e éd., 5 t., 1832-1833 ; Bruxelles, Société typographique belge, 2 t., 1839.
- A.-F. LE SELLYER, *Traité de droit criminel appliqué aux actions publique et privée*, Paris, G. Thorel, 6 t., 1844.
- A.-F. LE SELLYER, *Traité de l'exercice et de l'extinction des actions publique et privée qui naissent des contraventions, des délits et des crimes*, Paris, Librairie du Jeune Barreau Pichon-Lamy et Dewez, 2 t., 1870.

- A.-F. LE SELLYER, *Traité de la criminalité, de la pénalité et de la responsabilité soit pénale, soit civile, en matière de contraventions, de délits et crimes*, Paris, Gustave Retaux, 1^{ère} éd., 2 t., 1867. ; Paris, A. Durand et Pedone-Lauriel, 2^e éd., 2 t., 1874.
- R. MAISONNEUVE, *Exposé de droit pénal et d'instruction criminelle*, Paris, Auguste Durand, 2^e éd., 1865.
- J.-H.-C. MANGIN, *De l'instruction écrite et du règlement de la compétence en matière criminelle, précédés du Traité des procès-verbaux en matière de délits et de contraventions*, Bruxelles, Meline, Cans et C^{ie}, 2 t., 1848.
- J.-H.-C. MANGIN, *Traité de l'action publique et de l'action civile en matière criminelle*, Paris, Nêve, 1837 ; Bruxelles, Société typographique belge, 1839 ; Paris, L. Larose, 3^e éd. (posthume), 2 t., 1876.
- J. MARIE, *Eléments de droit pénal et d'instruction criminelle*, Paris, V. Giard et E. Brière, 1^{ère} éd., 1896 ; 2^e éd., 1898.
- J.-F.-L. MASSABIAU, *Manuel du Ministère public près les Cours d'appel, les Cours d'assises et les tribunaux civils, correctionnels et de police*, Paris, Imprimerie et Librairie générale de jurisprudence, Cosse et Marchal, 3^e éd., 3 t., 1856-1857.
- V. MOLINIER, *La torture : étude historique et philosophique*, Toulouse, Gimet et Turin, Brero, 1879.
- V. MOLINIER, *Programme du cours de droit criminel fait à la Faculté de Toulouse*, Toulouse, imprimerie de Bonnal et Gibrac, 2 t., 1851.
- V. MOLINIER, *Traité théorique et pratique de droit pénal*, Paris, A. Rousseau, 2 t., 1893-1894.
- A. MORIN, *Dictionnaire du droit criminel : répertoire raisonné de législation et de jurisprudence, en matière criminelle, correctionnelle et de police, contenant le résumé de toutes les lois, opinions d'auteurs et solutions de jurisprudence*, Paris, Durand, 1842.
- A. MORIN, *Répertoire général et raisonné du droit criminel ou sont méthodiquement exposées la législation la doctrine et la jurisprudence sur tout ce qui constitue le grand et le petit criminel en toutes matières et dans toutes les juridictions*, Paris, Durand, 2 t., 1850-1851.
- J.-L.-E. ORTOLAN, *Cours de législation pénale comparée. Introduction philosophique*, Paris, Joubert, 1839.
- J.-L.-E. ORTOLAN, *Cours de législation pénale comparée. Introduction historique*, Paris, Joubert, 1841.
- J.-L.-E. ORTOLAN, *Éléments de droit pénal : pénalité -- juridictions -- procédure suivant la science rationnelle, la législation positive et la jurisprudence avec les données de nos statistiques criminelles*, Paris, Librairie de Plon Frères, 1^{ère} éd., 1855 ; 2^e éd., 1859 ; Paris, Henri Plon, 3^e éd., 1863 ; Paris, E. Plon, 4^e éd., 1875 ; 5^e éd., 2 t., 1875.

- E.-N. PIGEAU, *Cours élémentaire des codes pénal et d'instruction criminelle*, Paris, Nêve, 2^e éd., 1817.
- J.-A. ROGRON, *Code pénal expliqué par ses motifs et par des exemples*, Paris, Videcoq, Alex-Gobelet, 2^e éd., 1833 ; Bruxelles, H. Tarlier, 1834 ; Bruxelles, Société typographique belge, 1838.
- P. ROSSI, *Traité de droit pénal*, Paris, A. Sautet et C^{ie}, Genève, J. Barbezat et C^{ie}, 3 t., 1829.
- J.-B. SIREY, *Les Codes annotés de Sirey et Gilbert : contenant toute la jurisprudence des arrêts et la doctrine des auteurs*, Paris, Marchal et Billard, 3 t., 1901.
- C.-J. TISSOT, *Introduction philosophique à l'étude du droit pénal et de la réforme pénitentiaire*, Paris, A. Marescq aîné, 1874.
- C.-J. TISSOT, *Le droit pénal étudié, dans ses principes, dans les usages et les lois des différents peuples du monde*, Paris, Cotillon, 2 t., 1860.
- E. TREBUTIEN, *Cours élémentaire de droit criminel*, Paris, A. Durand, 2 t., 1854 ; Paris, A. Lahure, 2^e éd., 2 t., 1878-1884.
- G. VIDAL, *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*, Paris, Arthur Rousseau, 1^{ère} éd., 1894 ; 2^e éd., 1901.
- E. VILLEY, *Précis d'un cours de droit criminel*, Paris, A. Durand et Pédone-Lauriel, 1^{ère} éd., 1876 ; 2^e éd., 1880 ; 3^e éd., 1884 ; Paris, G. Pédone-Lauriel, 5^e éd., 1891 ; Paris, L. Larose et L. Ténin, 6^e éd., 1906.
- E. VILLEY, *Principes fondamentaux de la pénalité dans les systèmes les plus modernes*, Paris, Cosse et Marchal, 2^e éd., 1863.

2. Revues (17)²

- *La Thémis* (1819-1831).
- « *Revue Wolowski* » ou *Revue de législation et de jurisprudence* (1834-1853) ; laquelle fusionne en 1853 avec la *Revue critique de jurisprudence* (1852-1853) ; pour donner la *Revue critique de législation et de jurisprudence* (1854-1914).
- « *Revue Fælix* » ou *Revue étrangère de législation et d'économie politique* (1834-1835) ; *Revue étrangère et française de législation, de jurisprudence et d'économie politique* (1840-1843) ; *Revue de droit français et étranger* (1844-1850).
- *Journal du droit administratif* (1853-1914).
- *Revue historique de droit français et étranger* (1855-1869) ; *Revue de législation ancienne et moderne française et étrangère* (1870-1876) ; *Nouvelle revue historique de droit français et étranger* (1877-1914).

² Le chiffre entre parenthèses représente le nombre de revues recensées. Celles-ci sont classées par ordre chronologique, d'après leur date de fondation. Les périodes de consultation sont indiquées entre parenthèses pour chacune d'elles.

- *Revue pratique de droit français* (1856-1884).
- *Bulletin de la Société de législation comparée* (1869-1914).
- *Revue catholique des institutions et du droit* (1872-1914).
- *Bulletin de la Société générale des prisons* (1877-1892) ; *Revue pénitentiaire* (1892-1907) ; *Revue pénitentiaire et de droit pénal* (1908-1914).
- *Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence en France et à l'étranger* (1877-1914).
- *Revue générale d'Administration* (1878-1914).
- *Journal des sociétés civiles et commerciales françaises et étrangères* (1880-1914).
- *Bulletin du comité des travaux historiques et scientifiques, section sciences économiques et sociales* (1883-1914).
- *Revue des sociétés. Jurisprudence, doctrine, législation française et étrangère* (1883-1914).
- *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger* (1894-1914).
- *Bulletin de la Société d'études législatives* (1901-1913).
- *Revue trimestrielle de droit civil* (1902-1914).

BIBLIOGRAPHIE

1. Ouvrages

- *A la mémoire de Léon Duguit (1859-1928)*, Bordeaux, 1929.
- D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Lamy-PUF, 2003.
- E. ANCEAU, *Comprendre le Second Empire*, Paris, Saint-Sulpice Editeur, 1999.
- M. ANCEL, « Cent ans de droit comparé en France », *Livre du centenaire de la Société de législation comparée. Un siècle de droit comparé en France (1869-1969). Les apports du droit comparé au droit positif français*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1969.
- M. ANCEL, *Utilité et méthodes du droit comparé*, Neuchâtel, Ides et Calendes, 1971.
- A. ANGEVILLE, *La vérité sur la question d'Orient et sur M. Thiers*, Paris, Delloye, 1841.
- ANONYME, *L'Empire ottoman, 1839-1877. L'Angleterre et la Russie dans la question d'Orient, par un ancien diplomate*, Paris, Dentu, 1877.
- S. APRILE, *La II^e République et le Second Empire*, Paris, Pygmalion, 2000.
- A.-J. ARNAUD, *Critique de la raison juridique : où va la société du droit*, Paris, LGDJ, 1981.
- A.-J. ARNAUD, *Les juristes face à la société du XIX^e siècle à nos jours*, Paris, PUF, 1975.
- ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Hommage à Eugène Gaudemet*, Paris, Dalloz, 2015.
- ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *La circulation du modèle juridique français (journées franco-italiennes)*, Paris, Litec, t. XLIV, 1994.
- C. ATIAS, *Epistémologie juridique*, Paris, Dalloz, 2002.
- J. M. AUBY (dir.), *Traité de science administrative*, Paris-La Haye, Mouton & Co, 1966.
- S. AUDOIN-ROUZEAU, 1870. *La France dans la guerre*, Paris, Editions Armand Colin, 1989.
- F. AUDREN, C. CHENE, N. MATHEY et A. VERGNE (dir.), *Raymond Saleilles et au-delà*, Paris, Dalloz, 2013.
- J.-M. AUGUSTIN, *Georges Vacher de Lapouge (1854-1936). Juriste, raciologue et eugéniste*, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2011.
- P. AYÇOBERRY, *L'Unité allemande, 1800-1871*, Paris, PUF, 1968.

- O. BEAUD et P. WACHSMANN (dir.), *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918 : actes du colloque organisé à la Faculté de droit de Strasbourg les 8 et 9 décembre 1995*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 1997.
- H. BEUVANT, T. CARVALHO et M. LEMEE (dir.), *Les traductions du discours juridique. Perspectives historiques (Colloque international pour jeunes chercheurs tenu le jeudi 12 mars 2015 à la faculté de droit et de science politique de l'Université de Rennes I)*, à paraître.
- G. BIGOT, *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, Paris, PUF, 2002.
- A. BOCKEL (dir.), *Léon Duguit et le service public aujourd'hui : actes du colloque d'Istanbul, 7 et 8 mai 1998*, Istanbul, Galatasaray Universitesi Yayinlari, 1999.
- J. BONNECASE, *La pensée juridique française de 1804 à l'heure présente, ses variations et ses traits essentiels*, Bordeaux, Delmas, 2 t., 1933.
- J. BONNECASE, *La Thémis (1819-1831), Son fondateur, Athanase Jourdan*, Paris, Sirey, 2^e éd., 1914.
- J. BONNECASE, *L'école de l'Exégèse en droit civil, les traits distinctifs de sa doctrine et de ses méthodes d'après la profession de foi de ses plus illustres représentants*, Paris, E. de Boccard, 1924 .
- F. BOUVET, *La Turquie et les cabinets de l'Europe depuis le XV^e siècle ou la question d'Orient*, Paris, D. Giraud, 1853.
- F. BURDEAU, *Histoire du droit administratif*, Paris, PUF, 1995.
- E. BURGAUD, Y. DELBREL et N. HAKIM (dir.), *Histoire, théorie et pratique du droit. Etudes offertes à Michel Vidal*, Bordeaux, PUB, 2010.
- J. BRUHAT, J. DAUTRY et E. TERSEN (dir.), *La Commune de 1871*, Paris, Editions Sociales, 1960.
- O. CACHARD, F.-X. LICARI et F. LORMANT (dir.), *La pensée de François Gény*, Paris, Dalloz, 2013.
- P. CAPPELINI (dir.), *De la ilustración al liberalismo. Symposium en honor al professor Paolo Grossi*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1995.
- J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, Paris, PUF, 2006.
- J.-M. CARBASSE et L. DEPAMBOUR-TARRIDE, *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, Paris, PUF, 1999.
- J. CARPENTIER et F. LEBRUN (dir.), *Histoire de la Méditerranée*, Paris, Seuil, 2001.
- J.-P. CHALINE, *Sociabilité et érudition. Les sociétés savantes en France*, Paris, Editions du CTHS, 1995.
- J.-L. CHAPPEY, C. CHRISTEN et I. MOULLIER (dir.), *Joseph-Marie de Gérando (1772-1842). Connaître et réformer la société*, Rennes, PUR, 2014.

- C. CHARLE et J. VERGER, *Histoire des universités*, Paris, PUF, 2^e éd., 2007.
- C. CHARLE, *La République des universitaires (1870-1940)*, Paris, Le Seuil, 1994.
- C. CHARLE, *Les intellectuels en Europe au XIX^e siècle. Essai d'histoire comparée*, Paris, Editions du Seuil, 1996.
- F. CHAUVAUD et J.-G. PETIT (dir.), *L'histoire contemporaine et les usages des archives judiciaires (1800-1939)*, Paris, Honoré Champion, 1998.
- J.-J. CHEVALLIER, *Les grandes œuvres politiques. De Machiavel à nos jours*, Paris, A. Colin, 7^e éd., 1962.
- Y. CHEVREL, L. D'HULST et C. LOMBEZ (dir.), *Histoire des traductions en langue française. XIX^e siècle. 1815-1914*, Lagrasse, Verdier, 2012.
- L. J. CONSTANTINESCO, *Traité de droit comparé*, Paris, Economica, t. III, 1983.
- R. DAVID et C. JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Paris, Dalloz, 10^e éd., 1992.
- R. DAVID, *Le Droit Comparé. Droits d'hier, Droits de demain*, Paris, Economica, 1982.
- R. DAVID, *Les avatars d'un comparatiste*, Paris, Economica, 1982.
- A. DE LAJONQUIERE, *Histoire de l'Empire ottoman depuis les origines jusqu'au traité de Berlin*, Paris, 1881.
- S. DELBREL (dir.), *Le prix de la justice. Histoire et perspectives*, Pessac, PUB, 2012.
- E. DE MIRECOURT, *Emille Ollivier*, Paris, Librairie des contemporains, 1870.
- D. DEROUSSIN (dir.), *Le renouvellement des sciences sociales et juridiques sous la III^e République. La Faculté de droit de Lyon*, Paris, Editions La Mémoire du Droit, 2007.
- C. DIGEON, *La crise allemande de la pensée française (1870-1914)*, Paris, PUF, 1959.
- J. DONZELOT, *L'invention du social*, Paris, Points Seuil, 1994.
- F.-G. DREYFUS, *L'unité allemande*, Paris, PUF, 1993.
- P. DUBOUCHET (dir.), *La pensée juridique avant et après le Code civil*, Lyon, L'Hermès, 1992.
- A. DUFOUR, *Droits de l'homme, droit naturel et histoire*, Paris, PUF, 1991, p. 149 et s.
- L. DUGUIT, *Le pragmatisme juridique*, Paris, La Mémoire du Droit, 2008, présentation de S. GILBERT, p. 1.
- X. DUPRE DE BOULOIS et P. YOLKA (dir.), *Léon Michoud*, Institut Universitaire Varenne, LGDJ, 2014.

- E. ENGELHARDT, *La Turquie et le Tanzimat ou Histoire des réformes dans l'Empire Ottoman depuis 1826 jusqu'à nos jours*, Paris, A. Cotillon et C^{ie} Imprimeurs-Editeurs Libraires du Conseil d'Etat, 2 t., 1882.
- M. ESPAGNE, *Les transferts culturels franco-allemands*, Paris, PUF, 1999.
- D. ESPAGNO, *Léon DUGUIT : de la sociologie & du droit*, Le Mans, Ed. l'Epitoge, 2013.
- P. FAVRE, *Naissance de la science politique en France, 1870-1914*, Paris, Fayard, 1989.
- H. FULCHIRON (dir.), *La Faculté de droit de Lyon. 130 ans d'histoire*, Lyon, Editions Lyonnaises d'Art et d'Histoire, 2005.
- F. FURET, préface à *De la Démocratie en Amérique*, Paris, Garnier-Flammarion, t. I, 1981.
- F. GARNIER (dir.), *Compilations et codifications juridiques. 2-Autour du Code Napoléon*, Paris, Passé et présent du droit, n° 4, 2009.
- J. GARRIGUES, *La France de 1848 à 1914*, Paris, Seuil, 1997.
- J. GARRIGUES, *La République des hommes d'affaires (1870-1900)*, Paris, Aubier, 1997.
- E. GAUDEMET, *L'interprétation du Code civil en France depuis 1804*, Paris, Librairie du recueil Sirey, 1935.
- Y.-H. GAUDEMET, *Les juristes et la vie politique de la III^e République*, Paris, PUF, 1970.
- F. GEORGEON et P. DUMONT, *Vivre dans l'Empire ottoman. Sociabilités et relations intercommunautaires (XVIII^e-XX^e siècles)*, Paris, L'Harmattan, 1997.
- P. GONOD, *Edouard Laferrière. Un juriste au service de la République*, Paris, L.G.D.J., 1997.
- J. GOUAULT, *Comment la France est devenue républicaine. Les élections générales et partielles à l'Assemblée nationale. 1870-1875*, Paris, A. Colin, 1954.
- A. GRAS et P. MUSSO (dir.), *Politique, communication et technologies. Mélanges en hommage à Lucien Sfez*, Paris, PUF, 2006.
- N. HAKIM et F. MELLERAY (dir.), *Le renouveau de la doctrine française. Les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XX^e siècle*, Paris, Dalloz, 2009.
- N. HAKIM, *L'autorité de la doctrine civiliste française au XIX^e siècle*, Paris, LGDJ, 2002.
- J.-L. HALPERIN, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris, PUF, 1996.
- M. HAURIOU, *Ecrits sociologiques*, préface de F. AUDREN et M. MILET, « Maurice Hauriou sociologue. Entre sociologie catholique et physique sociale », Paris, Dalloz, 2009.

- O. HAUSSEVILLE, *Histoire de la politique extérieure du gouvernement français, 1830-1848, avec notes, pièces justificatives et documents diplomatiques entièrement inédits*, Paris, Michel Lévy Frères, 2 t., 1850.
- J. HAUTEBERT et S. SOLEIL (dir.), *La procédure et la construction de l'Etat en Europe (XVI^e-XIX^e siècle)*, *Recueil de textes, présentés et commentés*, Rennes, PUR, 2011
- J. HAUTEBERT et S. SOLEIL (dir.), *Modèles français, enjeux politiques et élaboration des grands textes de procédure en Europe*, Paris, Editions Juridiques et Techniques, 2 t., 2007.
- H. HEDHILI-AZEMA, *Sciences et pratiques pénitentiaires en France. XIX^e-XX^e siècles*, Paris, L'Harmattan, 2014.
- C. M. HERRERA (dir.), *Les juristes face au politique. Le droit, la gauche, la doctrine sous la Troisième République*, Paris, Editions Kimé, 2 t., 2005.
- J. HILAIRE, *Introduction historique au droit commercial*, Paris, PUF, 1986.
- *Introduction à l'étude du droit comparé. Recueil d'études en l'honneur d'Edouard Lambert*, Paris, Librairie de la société anonyme du recueil Sirey, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 3 t., 1938.
- A. JARDIN, *Alexis de Tocqueville 1805-1859*, Poitiers, Hachette, 1984.
- Y. JEANCLOS (dir.), *La Dimension Historique de la Peine 1810-2010*, Paris, Economica, 2013.
- P. JESTAZ et C. JAMIN, *La doctrine*, Paris, Dalloz, 2004.
- G. JEZE, *Les principes généraux du droit administratif*, Paris, Giard et Brière, t. I, 1914.
- O. JOUANJAN, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918). Idéalisme et conceptualisme chez les juristes allemands du XIX^e siècle*, Paris, PUF, 2005.
- C. JOURNES (dir.), *La Coutume et la Loi*, Lyon, PUL, 1986.
- N. KASIRER (dir.), *Le droit civil, avant tout un style ?*, Montréal, Editions Thémis, 2003.
- J.-F. KERVEGAN et H. MOHNHAUPT (dir.), *Influences et réceptions mutuelles du droit et de la philosophie en France et en Allemagne*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 2001.
- E. KESLASSY, *Alexis de Tocqueville. De la démocratie en Amérique. Pour une sociologie de la démocratie*, Paris, Ellipses, 2012.
- T. S. KUHN, *La structure des révolutions scientifiques*, Paris, Flammarion, 1972.
- *La Codification : perspectives transdisciplinaires. Actes des journées d'études organisées à Paris à l'Institut national d'histoire de l'art, les 8-10 juin 2006*, Paris, EPHE, 2007.

- *La pensée du doyen Maurice Hauriou et son influence : Journées Hauriou, Toulouse, mars 1968*, Paris, A. Pédone, 1969.
- *Le Code civil 1804-1904*, Paris, Arthur Rousseau, t. I, 1904.
- P. LEGRAND (dir.), *Comparer les droits, résolument*, Paris, PUF, 2009.
- Y. LEQUETTE et L. LEVENEUR (dir.), *1804-2004. Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir*, Paris, Dalloz, 2004.
- 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.
- B. LEWIS, *Islam et laïcité. La naissance de la Turquie moderne*, Paris, Fayard, 1988.
- M.-A. MAILHER DE CHASSAT, *De l'interprétation des lois*, Paris, Antoine Bavoux, 2^e éd., 1825.
- R. MANTRAN (dir.), *Histoire de l'Empire Ottoman*, Paris, Fayard, 1989.
- R. MARTINAGE, *Histoire du droit pénal en Europe*, Paris, PUF, 1998.
- J.-M. MAYEUR, *Les débuts de la troisième République. 1871-1898*, Paris, Seuil, 1973.
- F. MELLERAY (dir.), *Autour de Léon Duguit. Colloque commémoratif du 150^{ème} anniversaire de la naissance du doyen Léon Duguit. Bordeaux, 29-30 mai 2009*, Bruxelles, Bruylant, 2011.
- A. H. MIDHAT, *Midhat-Pacha. Sa Vie – Son Œuvre*, Paris, Stock, 1908.
- E. MIGNOT, *Le Sultan Abdul Azis à l'Exposition universelle de 1867 à Paris : notice pour accompagner la médaille commémorative*, Paris, 1867.
- F. MILLINGEN, *La Turquie sous le règne d'Abdul-Aziz (1862-1867)*, Paris, A. Lacroix, Verboeckhoven et C^{ie}, 1868.
- P. MILZA, *L'année terrible. La guerre franco-prussienne, septembre 1870-mars 1871*, Paris, Perrin, 2009.
- P. MIQUEL, *Le Second Empire*, Paris, Plon, 1992.
- M. MORABITO, *Histoire constitutionnelle de la France de 1789 à nos jours*, Paris, Montchrestien, 2012.
- O. MOTTE, *Lettres inédites de juristes français du XIX^e siècle conservées dans les archives et bibliothèques allemandes*, Bonn, Edition Röhrscheid, 2 t., 1989-1990.
- O. MOTTE, *Savigny et la France*, Berne, P. Lang, 1983.
- A. NICAISE, *La Turquie depuis 1850. Sa politique, ses réformes et son avenir*, Paris, Challamel Ainé, 1863.
- C. NICOLET, *L'Idée républicaine en France. 1789-1924. Essai d'histoire critique*, Paris, Gallimard, 1995.

- J.-F. NIORT, *Homo Civilis. Contribution à l'histoire du Code Civil français*, Aix-en-Provence, PUAM, 2004.
- M. OHSSON, *Tableau général de l'Empire Ottoman*, Paris, 7 t., 1788-1824.
- F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *Entre la lettre et l'esprit. Les directives d'interprétation en droit*, Bruxelles, Etablissements Emile Bruylant, 1989.
- A. PADOA-SCHIOPPA (dir.), *La comparazione giuridica tra Ottocento e Novecento. In memoria di Mario Rotondi*, Milan, Ist. Lombardo, 2001.
- C. PFISTER et J. DUQUESNE (dir.), *Mélanges R. Carré de Malberg*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1933.
- S. PINON et P.-H. PRELOT (dir.), *Le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein*, Paris, Montchrestien, 2009.
- E. PISIER-KOUCHNER, *Le service public dans la théorie de l'Etat de Léon Duguit*, Paris, LGDJ, 1972.
- J.-J.-F. POUJOULAT, *La France et la Russie à Constantinople. La question des lieux saints*, Bruxelles, Comptoirs des éditeurs, 1853.
- J. PRADEL, *Histoire des doctrines pénales*, Paris, PUF, 1991.
- J. PLUET-DESPATIN, M. LEYMARIE et J.-Y. MOLLIER (dir.), *La Belle Epoque des revues*, Paris, Editions de l'IMEC, 2002.
- M. RASERA, *Dupin l'aîné : un Nivernais au centre de la monarchie de Juillet*, Précy-sous-Thil, Editions de l'Armançon, 2011.
- M. REBERIOUX, *La République radicale ? (1898-1914)*, Paris, Points Seuil, 1975.
- M.-J. REDOR, *De l'Etat légal à l'Etat de droit. L'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française 1879-1914*, Paris, Economica-PUAM, 1992.
- G. RICHOU, *Notice sur la vie et les travaux de M. Reverchon*, Paris, Marchal, Billard et C^{ie}, 1878.
- F. ROTH, *La guerre de 1870*, Paris, Fayard, 1990.
- M. ROTONDI, *Inchieste di diritto comparato*, Milan, Giuffrè, t. 2, 1973.
- M. ROTONDI (dir.), *La scienza del Diritto Nell'Ultimo Secolo*, Padova, Cedam, 1976.
- G. SACRISTE, *La république des constitutionnalistes*, Paris, SciencesPo Les Presses, 2011.
- W. SERMAN, *La Commune de Paris (1871)*, Paris, Fayard, 1986.
- E. SERVERIN, *De la jurisprudence en droit privé. Théorie d'une pratique*, Lyon, PUL, 1985.
- L. SFEZ, *Essai sur la contribution du doyen Hauriou au droit administratif français*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1966.

- S. SOLEIL, *Le modèle juridique français dans le monde. Une ambition, une expansion (XVI^e-XIX^e siècle)*, Paris, IRJS Editions, 2014.
- J.-F. SPITZ, *Le moment républicain en France*, Paris, NRF Gallimard, 2005.
- A. STORA-LAMARRE, J.-L. HALPERIN et F. AUDREN (dir.), *La République et son droit*, Besançon, Presses Universitaires de Franche-Comté, 2011.
- Y. TERNON, *Empire ottoman. Le déclin, la chute, l'effacement*, Editions du Félin / Editions Michel de Maule, 2002.
- C. THOMASSET, J. VANDERLINDEN et P. JESTAZ (dir.), *François Gény, mythe et réalités. 1899-1999, centenaire de Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, essai critique*, Paris, Dalloz, 2001.
- M. TOUZEIL-DIVINA, *Eléments d'histoire de l'enseignement du droit public : la contribution du Doyen FOUCART (1799-1860)*, Paris, LGDJ, 2007.
- M. TOUZEIL-DIVINA, *La doctrine publiciste 1800-1880*, Paris, Editions La Mémoire du Droit, 2009.
- M. TOUZEIL-DIVINA (dir.), *Miscellanées Maurice Hauriou*, Le Mans, Ed. l'Epitoge, 2013.
- J. TULARD (dir.), *Les empires occidentaux de Rome à Berlin*, Paris, PUF, 1997.
- A. UBICINI, *Lettres sur la Turquie ou tableau statistique, religieux, politique, administratif, militaire, commercial, etc., de l'empire ottoman, depuis le Khatti-Chérif de Gulkhanè (1839)*, Paris, Librairie Militaire de J. Dumaine, 2^e éd., 1853.
- J. VERGER (dir.), *Histoire des universités en France*, Toulouse, Privat, 1986.
- O. VERNIER (dir.), *Etudes d'histoire du droit privé en souvenir de Maryse Carlin*, Paris, Editions La Mémoire du Droit, 2008.
- C. VIGOUR, *La comparaison dans les sciences sociales. Pratiques et méthodes*, Paris, La Découverte, 2005.
- M. VILLEY, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 1962.
- M. VILLEY, *Philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 2^e éd., 2 t., 1984.
- Y. VITHYNOS, *Code Ottoman d'Instruction Criminelle, Avec autorisation du Ministère de l'Instruction Publique en date du 25 avril 1300 (1884)*, Constantinople, s. n., 1884.
- F. VON LISZT, *Le droit criminel des Etats européens*, Berlin, Otto Liebmann, 1894.
- P. WEIL, *Qu'est-ce qu'un Français ?*, Paris, Grasset, 2002.
- G. WEISZ, *The Emergence of Modern Universities in France, 1863-1914*, Princeton, Princeton UP, 1983.
- M. WINOCK, *La Belle Epoque. La France de 1900 à 1914*, Paris, Perrin, 2002.
- J.-C. YON, *Le Second Empire : Politique, société, culture*, Paris, A. Colin, 2004.

- G. YOUNG, *Corps de Droit ottoman. Recueil des Codes, Lois, Règlements, Ordonnances et Actes les plus importants du Droit Intérieur, et d'Etudes sur le Droit Coutumier de l'Empire Ottoman*, Oxford, 7 t., 1905-1906.

2. Articles

- S. AKSOY, « Les systèmes de propriété foncière en Turquie », *Cahiers Options Méditerranéennes : Centre International de Hautes Etudes Agronomiques Méditerranéennes (CIHEAM)*, n° 36, 1999, p. 41-46.
- P. ALLORANT, « L'invasion et l'occupation prussienne de 1870 vues par un ingénieur des travaux publics », *Histoire@Politique*, n° 10, 2010, p. 1-23.
- P. ALLORANT, « Paul Jozon, un jurisconsulte au service de la République », *Parlement[s], Revue d'histoire politique*, n° 11, 2009/1, p. 118-133.
- *Annales de la Faculté de droit et des sciences économiques de l'Université de Bordeaux*, n° 3/4, 1959, p. 81-249.
- F. AUDREN et G. NAVET, « Note sur la carrière d'Eugène Lerminier au Collège de France (1831-1849) », *Revue d'histoire des sciences humaines*, vol. IV, 2001, p. 57-67.
- F. AUDREN et J.-L. HALPERIN, « La science juridique entre politique et sciences humaines (XIX^e-XX^e siècles) », *Revue d'Histoire des Sciences Humaines*, n° 4, 2001/1, p. 3-7.
- F. AUDREN, « La belle époque des juristes catholiques (1880-1914) », *Revue française d'histoire des idées politiques*, n° 28, 2008, p. 233-271.
- C. BOCQUET, « Traduction juridique et appropriation par le traducteur. L'affaire Zachariæ, Aubry et Rau », *Actes du colloque international sur la traduction juridique, Les actes*, Genève, Berne, ETI-ASTTI, 2001, p. 5.
- R. BONNARD, « Léon Duguit. Ses œuvres, sa doctrine », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, t. XLVI, janv.-mars 1929, p. 5-51.
- J.-P. BURDY et J. MARCOU, « Laïcité / Laiklik : Introduction », *Cahiers d'études sur la Méditerranée orientale et le monde turco-iranien*, n° 19, janvier-juin 1995, p. non-indiquées.
- S. CAPORAL, « Edouard Lambert, Théoricien de la Jurisprudence Sociologique », *Juridica*, vol. V, n° 1, 2009, p. 185-218.
- F. CHENEDE, « Charles Toullier, le quasi-contrat », *Revue des contrats*, n° 1, 1^{er} janv. 2011, p. 305 et s.
- F. CHENEDE, « Charles Toullier, les sources de l'obligation », *Revue des contrats*, n° 3, 1^{er} juillet 2010, p. 1015 et s.
- P. CORVOL et M. DELMAS-MARTY, « Paris in America. Introduction », *Revue internationale de droit comparé*, n°3, juill.-sept. 2011, p. 511-516.

- M.-Y. CREPIN, « Deux historiens des institutions et du droit de la Bretagne : Marcel Planiol et Edmond Duretelle de Saint-Sauveur », *Etudes d'Histoire du Droit et des Idées Politiques*, n° 10, 2006, p. 193-202.
- A. DESRAYAUD, « Ecole de l'Exégèse et interprétations doctrinales de l'article 1137 du Code civil », *R.T.D. Civ.*, 1993, p. 535-549.
- C. DIDRY, « De l'Etat aux groupes professionnels. Les itinéraires croisés de Léon Duguit et Emile Durkheim au tournant du siècle (1880-1890) », *Génèses*, 2, 1990, p. 5-27.
- P. DUBOUCHET, « L'Ecole de l'Exégèse et la science du droit », *Revue de la recherche juridique, Droit prospectif*, 1986-2, p. 209-229.
- A. DUFOUR, « L'histoire du droit dans la pensée de Savigny », *Archives de philosophie du droit*, t. XXIX, 1984, p. 227.
- A. DUFOUR, « L'idée de codification et sa critique dans la pensée juridique allemande des XVIII^e-XIX^e siècles », *Droits*, 1996, p. 45 et s.
- P. DUMONT, « La franc-maçonnerie ottomane et les "idées françaises" à l'époque des Tanzimat », *Revue du monde musulman et de la Méditerranée*, n° 52-53, 1989, p. 150-159.
- P. DUMONT, « La présence culturelle française dans l'Empire ottoman à l'âge de la compétition coloniale en Europe (1870-1914) », *Hommage aux poètes francophones*, sous la dir. du département d'études françaises de l'Université Hacettepe-Ankara, Strasbourg, 2006.
- Y.-A. DURELLE-MARC, « La *Revue bretonne de droit et de jurisprudence* de F. Laferrière (Rennes, 1840-1842) et l' "Ecole" historique française du droit », *Etudes d'histoire du droit et des idées politiques*, vol. X, 2006, p. 375-390.
- Y. FALELAVAKI, *L'adoption du droit français et son adaptation à la Charia à travers les codes ottomans de la période des Tanzîmât*, Mémoire, Droit, Rennes, 2011.
- B. FAUVARQUE-COSSON, « Deux siècles d'évolution du droit comparé », *Revue internationale de droit comparé*, n°3, juill.-sept. 2011, p. 527-540.
- J.-P. FENAUX, « *De la Démocratie en Amérique*, synopsis de l'ouvrage », *Analyses & réflexions sur... Tocqueville*, De la démocratie en Amérique, Paris, Ellipses, 1985, p. 113-119.
- J.-M. FEVRIER, « Les juristes et la défaite de 1870 », *La revue administrative*, n° 329, Sept.-Oct. 2002, p. 479-486.
- J. FLACH, « Vie et œuvres de M. Laboulaye », *Archives du Collège de France*, troisième série, janv.-juill. 1884, p. 613.
- L. FONBAUSTIER, « Une tentative de refondation du droit : l'apport ambigu de la sociologie à la pensée de Léon Duguit », *Revue française de droit administratif*, 2004, p. 1053 et s.

- J. GARRIGUES, « Diversification et action du radicalisme dans les débuts de la troisième République », *Le Premier siècle du radicalisme*, Colloque tenu au Sénat les 23-24 octobre 2001.
- J. GARRIGUES, « La naissance de la troisième République et l'image satirique », *L'image satirique face à l'innovation*, Colloque tenu les 22-23 novembre 1996 à l'Université de Paris X.
- J. GARRIGUES, « Les groupes parlementaires aux origines de la III^e République », *Parlement(s). Revue d'histoire parlementaire et politique*, mars 2003, p. 51-68.
- J. GAUDEMET, « Les écoles historiques du droit en France et en Allemagne au XIX^e siècle », *RHFD*, 1998, n° 19, p. 87-124.
- E. GLASSON, « La crise des facultés de droit », *Revue internationale de l'enseignement*, vol. XLIII, 1902, p. 385-399.
- G. GURVITCH, « Les idées maîtresses de Maurice Hauriou », *Archives de philosophie du droit*, 1931, p. 155-194.
- N. HAKIM, « De l'esprit et de la méthode des civilistes de la seconde moitié du XIX^e siècle. L'exemplarité de Claude Bufnoir », *Droits*, n° 47, 2008, p. 45 et s.
- N. HAKIM, « Frédéric MOURLON, *Répétitions écrites sur le Code civil, contenant l'exposé des principes généraux, leurs motifs et la solution des questions théoriques*, Paris, A. Marescq et E. Dujardin, 1846-1852, 3 vol. in-8° », *Revue trimestrielle de droit civil*, n° 3, 2007, p. 654-657.
- N. HAKIM, « Un essai de conceptualisation des fonctions de la doctrine et des juristes : l'Introduction à l'étude du droit de Hyacinthe Blondeau », *Revue trimestrielle de droit civil*, n° 4, 2008, p. 635-640.
- J.-L. HALPERIN, « Adhémar Esmein et les ambitions de l'histoire du droit », *Revue historique de droit français et étranger*, 75/3, 1997, p. 415-433.
- J.-L. HALPERIN, « Laboulaye, historien du droit et / ou comparatiste ? », *Revue internationale de droit comparé*, n° 3, juill.-sept. 2011, p. 519.
- J.-L. HALPERIN, « L'histoire du droit constituée en discipline : consécration ou repli identitaire ? », *Revue d'histoire des sciences humaines*, n° 4, 2001/1, p. 9-32.
- J.-L. HALPERIN, « Présentation », *Le Code civil 1804-1904. Livre du centenaire*, Paris, Dalloz, 2004, p. 1-6.
- C. J. HAMSON, « Introduction », *Bulletin international des sciences sociales*, t. IX, n° I, 1957, p. 7-13.
- J. HILAIRE, « Le comparatisme en matière commerciale au XIX^e siècle », *Revue d'Histoire des Facultés de Droit et de la science juridique*, n° 12, 1991, p. 127-142.
- C. JAMIN, « Boissonade et son temps », *Archives de Philosophie du Droit*, n° 44, 2000, p. 285-312.
- C. JAMIN, « Les intentions des fondateurs », *Revue trimestrielle de droit civil*, n° 4/2002, p. 646 et s.

- C. JAMIN, « Le vieux rêve de Saleilles et Lambert revisité. A propos du centenaire du Congrès international de droit comparé de Paris », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 52, n° 4, oct.-sept. 2000, p. 733-751.
- C. JAMIN, « L'oubli et la science. Regard partiel sur l'évolution de la doctrine positiviste à la charnière des XIX^e et XX^e siècles », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1994, p. 815-827.
- C. JAMIN, « Relire Labbé et ses lecteurs », *Archives de philosophie du droit*, t. XXXVII, 1992, p. 247-267.
- M. KALUSZYNSKI, « Réformer la société : les hommes de la Société générale des prisons, 1877-1900 », *Genèses*, n° 28, 1997, p. 76-94.
- S. KHOURY, « Islam et laïcité », *Le dossier*, s. d., p. 16-24.
- Z. KRYSZTOFEK, « La querelle entre Savigny et Thibaut et son influence sur la pensée juridique européenne », *Revue historique du droit français et étranger*, 1944, p. 59 et s.
- J. LAFON, « L'empire ottoman et les codes occidentaux », *Droits*, n° 26, p. 51-69.
- G. LE BEGUEC, « L'Aristocratie du barreau, vivier pour la République, les secrétaires de la Conférence du stage », *Vingtième Siècle. Revue d'histoire*, n° 30, avr.-juin 1991, p. 22-32.
- A. LE DIVELLEC, « La fondation et les débuts de la Revue du droit public et de la science politique », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, n° 2, 2011, p. 521-553.
- K. LIPSTEIN, « Conclusions », *Bulletin international des sciences sociales*, t. IX, n° I, 1957, p. 73-85.
- B. MATHIEU, « Proudhon, Professeur à la Faculté de droit de Dijon, et le buste de Napoléon. Un épisode des Cent-Jours », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, n° 7, 1988, p. 87-91.
- J.-L. MESTRE, « La connaissance des droits administratifs étrangers en France entre 1815 et 1869 », *Annuaire européen d'administration publique*, 1985, p. 711-729.
- E. MILLARD, « Hauriou et la théorie de l'institution », *Droit et société*, 1995, p. 381-411.
- C. PETIT, « Harvard en Lyon. Lecturas de Roscoe Pound en el Institut de Lambert », *Excerptiones juris*, 2000, p. 503-554.
- I. E. POSTACIOGLU, « La technique de réception des codes étrangers à la lumière de l'expérience turque », *Bulletin international des sciences sociales*, t. IX, n° I, 1957, p. 57-63.
- P. RAYNAUD, « Léon Duguit et le droit naturel », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, t. IV, 1987, p. 169-180.
- P. REMY, « Eloge de l'Exégèse », *Droits, Revue française de théorie juridique*, t. I, 1985, p. 115-123.

- P. REMY, « Le rôle de l'Exégèse dans l'enseignement du droit au XIX^e siècle », *Annales d'histoire des Facultés de droit et de la science juridique*, n° 2, 1985, p. 91-105.
- J.-H. ROBERT, « Saleilles et le comparatisme », *Revue d'Histoire des Facultés de Droit et de la science juridique*, n° 12, 1991, p. 143-149.
- M.-C. ROBIC, « La Bibliographie géographique (1891-1991), témoin d'un siècle de géographie : quelques enseignements d'analyses formelles », *Annales de Géographie*, 100 (561-562), 1991, p. 521-577.
- J.-P. ROYER, « Formation et culture des hommes de loi au XIX^e siècle », *Le Gnomon*, n° 104, 1996, p. 30.
- E. SCHNEIDER, « Emile Acolas, un juriste atypique », *Annales de la faculté de droit de Strasbourg*, n° 3, 1999, p. 287-325.
- F. SOUBIRAN-PAILLET, « Histoire du droit et sociologie : interrogations sur un vide disciplinaire », *Genèses*, n° 29, 1997.
- F. STURM, « Le code prussien », *Index. Mélanges Impallomeni*, Naples, Jovene, 1998, p. 429.
- M. TOUZEIL-DIVINA, « DE GERANDO & l'enseignement du droit administratif », *Revue d'histoire des facultés de droit*, n° 33, 2014, p. 395 et s.
- M. TOUZEIL-DIVINA, « L'enseignement publiciste de la Faculté de droit de Poitiers du XIX^e siècle : de FOUCART à DUCROCQ », *Etudes d'histoire du droit et des idées politiques (Les Facultés de droit de province au XIX^e siècle : bilan et perspective de la recherche, Tome I)*, n° 13, 2009, p. 313 et s.
- M. VENTRE-DENIS, « Joseph-Elzéar Ortolan (1802-1873). Un juriste dans son siècle », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, n° 16, 1995, p. 173-239.
- M. VENTRE-DENIS, « La difficile naissance, à la Faculté de droit de Paris, de la première chaire autonome de droit criminel (1804-1846) », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, n° 12, 1991, p. 151-183.

3. Thèses et mémoires

- M. BALDOVINI, *La classification académique du droit, entre droit public et droit privé : sur un paradoxe de la science du droit*, Thèse, Droit, Caen, 2009.
- S. BLOQUET, *La loi et son interprétation à travers le Code civil (1804-1880)*, Thèse, Droit, Paris, 2011.
- P.-L. BOYER, *Un cercle intellectuel au cœur de l'évolution de la doctrine juridique. L'Académie de législation de Toulouse (1851-1958)*, Thèse, Droit, Toulouse, 2010.
- P. CANTO, *La Revue de législation et de jurisprudence : 1835-1853*, Thèse, Droit, Université de Lyon Jean Moulin, 1999.

- F. CHERFOUH, *Le juriste entre science et politique : La Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence en France et à l'étranger (1877-1938)*, Thèse, Droit, Bordeaux IV, 2010.
- A. CHOPPLET, *Adhémar Esmein et le droit constitutionnel de la liberté*, Thèse, Droit, Université de Reims Champagne-Ardenne, 2012.
- J.-R. FERRAND-HUS, *La pensée juridique de Jules Bergson. Entre attachement aux fondements historiques du droit et promotion d'un rapprochement des législations nationales*, Mémoire, Droit, Rennes, 2014.
- J. GARRIGUES, *Léon Say et le Centre gauche. La grande bourgeoisie libérale dans les débuts de la troisième République*, Thèse, Paris X, 1993.
- H. GOURDON, *La conception du pouvoir et du gouvernement chez Léon Duguit*, Thèse, Science politique, Bordeaux, 1971.
- G. GUYON, *Les partisans de la codification en Angleterre (XIX^e siècle). La question du droit pénal entre utilitarisme, modernisation du common law et modèle juridique français*, Thèse, Droit, Rennes, 2012.
- M. KAIS, *La sanction en droit pénal musulman comparé avec le droit positif français*, Thèse, Droit, Montpellier, 1988.
- J.-O. KEISTINE, *La Revue Fœlix (1834-1843). Un miroir allemand pour la science du droit en France*, Thèse, Droit, Université Paris-Est Marne-la-Vallée, t. I, 2011.
- C. LEMERCIER, *Un modèle français de jugement des pairs. Les tribunaux de commerce, 1790-1880*, Dossier pour l'habilitation à diriger des recherches, Droit, Paris VIII, 2012.
- T. POUTHIER, *Droit naturel et droits individuels en France au dix-neuvième siècle*, Thèse, Droit, Paris II, 2013.
- G. SACRISTE, *Le droit de la République (1870-1914) : légitimation(s) de l'Etat et construction du rôle de professeur de droit constitutionnel*, Thèse, Science politique, Paris I, 2002.
- J. TONNEAU, *Un jurisconsulte de transition : Charles Toullier et son temps*, Thèse, Droit, Rennes, 1962.
-

4. Dictionnaires

- P. ARABEYRE, J.-L. HALPERIN et J. KRYNEN (dir.), *Dictionnaire historique des juristes français XII^e-XX^e siècle*, Paris, PUF, 2007.
- G. VAPERAU, *Dictionnaire universel des contemporains*, Paris, Librairie Hachette et C^{ie}, 1880.

5. Internet

- S. T. AĞILDERE, « Les "élites" de la Sublime Porte ou les médiateurs francophones du Bureau de traduction (Tercüme Odası) au XIX^e siècle », *Documents pour l'histoire du français langue étrangère ou seconde* [en ligne], n° 38-39, 2007, disponible sur internet <<http://dhfles.revues.org/310>>.
- J. BOUDON, « La place réservée à l'histoire du droit et au droit comparé par la doctrine juridique française en 1900 », *Historia et ius* [en ligne], n° 3, 2013, disponible sur internet <www.historiaetius.eu>.
- J. BOUDON, « Une doctrine juridique au service de la République ? La figure d'Adhémar Esmein », *Historia et ius* [en ligne], n° 2, 2012, p. 1-9, disponible sur internet <www.historiaetius.eu>.
- A.-M. DECAILLOT, « Zurich 1897 : premier congrès international de mathématiciens », *Revue germanique internationale* [en ligne], n° 12, 2010, p. 123, disponible sur internet <<http://rgi.revues.org/275>>.
- C. DENIZEAU, A. DUFFY-MEUNIER, G. J. GUGLIELMI, E. ZOLLER et A. CLEQUIN, *Le droit public comparé au XXI^e siècle : objet, finalités et méthodes* [en ligne], Paris, Centre de droit public comparé (Paris II), 2013, disponible sur internet <http://www.u-paris2.fr/CDPC0/0/fiche___pagelibre/>.
- D. DI CECCA, « Positivisme philosophique et sciences naturelles dans la culture juridique italienne à la fin du XIX^e siècle », *Historia et ius* [en ligne], n° 4, 2013, disponible sur internet <www.historiaetius.eu>.
- W. FEUERHAHN et P. RABAULT-FEUERHAHN, « Présentation : la science à l'échelle internationale », *Revue germanique internationale* [en ligne], n° 12, 2010, p. 223-234, disponible sur internet <<http://rgi.revues.org/246>>.
- C. FILLON, « La *Revue catholique des institutions et du droit*, le combat contre-révolutionnaire d'une société de gens de robe (1873-1906) », *Élites et sociabilité au XIX^e siècle*, sous la dir. d'H. LEUWERS, J.-P. BARRIERE et B. LEFEBVRE, Villeneuve d'Ascq, IRHiS (« Histoire et littérature de l'Europe du Nord-Ouest », n° 27) [en ligne], 14 octobre 2012, disponible sur internet <<http://hleno.revues.org/286>>.
- N. HAKIM, « Droit naturel et histoire chez François Gény », *Clio@Thémis* [en ligne], n° 9, 2015, disponible sur internet <www.cliothemis.com/Droit-naturel-et-histoire-chez>.
- *Réactions au Manifeste du CDPC. Matinée fondatrice du 8 février 2013* [en ligne], 2013, p. 1-12, disponible sur internet <http://www.u-paris2.fr/CDPC0/0/fiche___pagelibre/>.
- *Revue germanique internationale* [en ligne], n° 4, 1995, disponible sur internet <<http://rgi.revues.org/503>>.
- *Revue germanique internationale* [en ligne], n° 20, 2014, disponible sur internet <<http://rgi.revues.org/1481>>.

- F. ROUVIERE, « Le droit à l'épreuve de la vulnérabilité », *Archive ouverte HAL-SHS* [en ligne], 22 juin 2012, p. 1-22, disponible sur internet <<https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00709901>>.
- G. SACRISTE, « La genèse du droit constitutionnel sous la Troisième République. Des usages de l'hétéronomie dans l'autonomisation d'une discipline académique », *XI^e Congrès de l'AFSP* [en ligne], Strasbourg, 31 août-2 sept. 2011, disponible sur internet <<http://www.afsp.info/congres2011/index.html>>.
- A. A. R. VILLABONA, « La circulation des modèles juridiques : l'exemple de la réception en Colombie de la doctrine constitutionnelle française du début du vingtième siècle », *Revista virtual Via Inveniendi Et Iudicandi (Camino del hallazgo y del juicio)* [en ligne], nov. 2009, p. 1-56, disponible sur internet <<http://viei.usta.edu.co/>>.

ANNEXES

TABLEAU 1. Degré d'utilisation des textes de droit étranger, selon les matières juridiques, pour la période 1815-1869¹

Degré d'utilisation des textes de droit étranger en %² (nombre d'ouvrages correspondants) Matières juridiques concernées (nombre d'ouvrages)	OUVRAGES SILENCIEUX	OUVRAGES INTERMEDIAIRES	OUVRAGES DE « COMPARAISON JURIDIQUE »
DROIT ADMINISTRATIF (33)	90 % (30)	5 % (1)	5 % (2)
DROIT CIVIL (47)	60 % (29)	30 % (14)	10 % (4)
DROIT COMMERCIAL (34)	75 % (26)	20 % (6)	5 % (2)
DROIT CONSTITUTIONNEL (25)	70 % (18)	10 % (2)	20 % (5)
DROIT DE LA PROCEDURE (34)	80 % (27)	10 % (3)	10 % (4)
DROIT PENAL (49)	80 % (40)	10 % (4)	10 % (5)
TOTAL (222)	75 % (170)	15 % (30)	10 % (22)

¹ Ont notamment été retenus pour cette répartition les ouvrages majeurs publiés en 1869 ainsi que ceux dont la publication a été lancée avant cette année mais s'est poursuivie postérieurement à cette date.

² Pour plus de lisibilité et de simplicité, les pourcentages ont volontairement été arrondis.

TABLEAU 2. Degré d'utilisation des textes de droit étranger, selon les matières juridiques, pour la période 1869-1914¹

Degré d'utilisation des textes de droit étranger en % ² (nombre d'ouvrages correspondants) Matières juridiques concernées (nombre d'ouvrages)	OUVRAGES SILENCIEUX	OUVRAGES INTERMEDIAIRES	OUVRAGES DE « COMPARAISON JURIDIQUE »
DROIT ADMINISTRATIF (15)	70 % (11)	15 % (2)	15 % (2)
DROIT CIVIL (21)	50 % (10)	30 % (6)	20 % (5)
DROIT COMMERCIAL (16)	50 % (8)	5 % (1)	45 % (7)
DROIT CONSTITUTIONNEL (21)	70 % (15)	15 % (3)	15 % (3)
DROIT DE LA PROCEDURE (13)	45 % (6)	15 % (2)	40 % (5)
DROIT PENAL (18)	55 % (11)	5 % (1)	40 % (6)
TOTAL (104)	60 % (61)	15 % (15)	25 % (28)

¹ Ont notamment été retenus pour cette répartition les ouvrages majeurs dont la publication en plusieurs volumes (et sur plusieurs années) débute en 1869.

² Pour plus de lisibilité et de simplicité, les pourcentages ont volontairement été arrondis.

INDEX NOMINUM

- ACOLLAS Emile 85-92
AMELINE Henri 230
ANTHOINE DE SAINT-JOSEPH Fortuné 160-176
AUBRY Charles 78-84
BALLOT (?) 229
BARBOUX Henri-Martin 345-346
BATBIE Anselme 177-182, 292-294
BEAUMONT Gustave de 126-133
BERENGER Alphonse-Marc-Marcellin-Thomas 38, 130-131, 151
BEUDANT Charles 378-380
BEUDANT Robert 305
BLOCK Maurice 344, 349-350, 357-358, 422
BLONDEAU Jean-Baptiste-Antoine-Hyacinthe 100
BOISSONADE DE FONTARABIE Gustave 230-232
BOISTEL Alphonse 312-313
BONCENNE Pierre 92-96
BONNIN Charles-Jean-Baptiste 35
BRIDEL Louis 459-460
BUCHERE Ambroise 204-206
BUFNOIR Claude 332-334
CAPITANT Henri 432-437
CHALLAMEL Jules 361-363
CHAUVEAU Adolphe 3-4, 146-151, 187-188
CHEYSSON Emile 355-356
CONSTANT Benjamin 57, 123-125
COURCELLE-SENEUIL Jean-Gustave 360
DAGUIN Fernand 400, 403, 472-473
DAMASCHINO Nicolas 201-202
DARESTE Rodolphe 199-200
DELVINCOURT Claude-Etienne 72-73
DEMANGEAT Charles 226-227
DEMANTE Antoine-Marie 47, 73-74
DEMOLOMBE Charles 70-72
DESLANDRES Maurice 427-431
DUGUIT Léon 376
DUPIN André-Marie-Jean-Jacques 104, 224
DUPIN Philippe-Simon 195
DURANTON Alexandre 104-107
ESMEIN Adhémar 17, 324-325, 328-331, 372, 385-386, 389-391, 448-451, 452-455, 468
FOELIX Jean-Jacques-Gaspard 39-40, 208-218
FOUCHER Victor 117-122
GARRAUD René 311, 323-324
GARSONNET Eugène 325-327
GENY François 380-382, 443-446, 458-459
GIDE Paul 206-207
GOIRAND Léonce 358-359
GONSE Raphaël 287-288
GRASSERIE Raoul de la 357, 406
GREFFIER 287, 289-291
HAURIOU Maurice 377
HELIE Faustin 141-159
HEROLD Ferdinand 229-230, 254-255, 287
HUMBERT Gustave 33-34
JANNET Claudio 354-355
JOSSERAND Louis 406-407
JOURDAN Athanase 99-103, 189-197
JOZON Paul 252-257
JOZON Marcel 268-269
KLIMRATH Henri 104
LABOULAYE Edouard 197-207, 261-265
LABOULAYE Paul 201
LAFERRIERE Edouard 318-322
LAMBERT Edouard 387-388, 393-395, 408-411, 441-443
LANGLOIS Louis 32-33
LARNAUDE Ferdinand 344-345, 352-354
LAROMBIERE Léobon-Valéry-Léon Jupile 351
LAYA Alexandre 123-125
LECOMTE Maxime 357
LEFORT Joseph 342, 348-349, 357, 366
LE FUR Louis 308-309
LERMINIER Eugène 111-112
LEVEILLE Jules 35-36, 276
LEVY-ULLMANN Henri-Léon 437-440
LUCAS Charles-Jean-Marie 130
LYON-CAEN Charles 314-316
MARCADÉ Victor-Napoléon 46-47
MASSIGLI Charles 452-453

- MITTERMAIER Karl Josef Anton 36, 38, 75, 81, 90, 101, 104, 112, 120, 122, 145-147, 152-156, 184, 196, 204, 220, 276
 MOLINIER Victor 105-109
 MORIN Achille 74
 MOURLON Frédéric 48, 227-228
 NOUGUIER Louis 167-168
 OLLIVIER Emile 228-229
 ORTOLAN Joseph-Elzéar 59-60, 62
 OUDART (?) 155-156
 PARDESSUS Jean-Marie 50
 PASSY Frédéric 360
 PELLAT Charles-Auguste 99-100
 PIC Paul 407
 PICOT Georges 361, 406
 PLANIOL Marcel 374-375
 PONT Paul 345
 PORTALIS Joseph-Marie 223-224
 PROUDHON Jean-Baptiste-Victor 45-46, 61-62
 RAU Charles 78-84
 RENAN Ernest 302-303
 RENAULT Louis 314
 RENOUARD Augustin-Charles 52, 288-289
 REY Joseph 123-125
 RIBOT Alexandre 258-260
 RONDET J. 355
 ROSSI Pellegrino 143-145, 152-153
 SALEILLES Raymond 18-19, 333, 382-385, 391-393, 397, 400-406, 411-413, 451-455, 464-465, 468
 SAVIGNY Friedrich Carl von 97-99, 470
 SAY Léon 360-361
 SPECIALE Martino 272-274
 TAULIER Frédéric 46
 TENAILLE-SALIGNY Etienne 202-203
 THALLER Edmond-Eugène 316-317, 384, 386, 388-389, 395-397, 446-448, 462-464
 THEZARD Léopold 224-225
 THIBAUT Anton Friedrich Justus 97-98
 TOCQUEVILLE Alexis de 123-140
 TOULLIER Charles-Bonaventure-Marie 68-70
 VAINBERG Sigismund 280-281
 VALETTE Auguste 203-204
 VAVASSEUR Auguste 346-347, 351, 358
 VIDAL Georges 310, 432-433
 WAHL Paul-Albert 453
 WEISS Charles-André 407
 WOŁOWSKI 219-225
 ZACHARIÆ VON LINGENTHAL Karl Salomo 78-83

INDEX RERUM

ALLEMAGNE (Etats allemands, Prusse, modèle allemand) 36, 77, 97-110, 161, 162, 169, 173, 174, 180, 253, 274, 276, 280, 282-289, 301-306, 321, 355, 471

ANGLETERRE 26, 74, 77, 90, 93-94, 119, 122, 123-125, 134, 155, 178, 180, 195, 204-206, 214, 216, 218, 255, 259, 261-262, 264-265, 272, 301, 303-304, 310, 323, 326, 329-330, 350, 355, 357, 360-361, 421, 435-436, 451

CODE PRUSSIEN 47, 70, 72-74, 77, 107, 151, 157, 164, 204, 273

COMPARAISON JURIDIQUE (définition) 16-20, 240-241, 271-274, 340-341

CORRESPONDANCE (relation épistolaire) 36-38, 75, 101-102, 112, 120, 144-145, 152-153, 155, 190, 198, 276, 314, 443-444, 470

DEFAITE (Sedan) 21, 35, 247, 249, 282-289, 292, 297, 302-304, 307, 314, 325, 331, 335, 343, 365-366, 377, 415, 420, 469, 471-472, 478

DOCTRINE (définition) 8-12

ETATS-UNIS (Amérique) 38, 77, 90, 105, 107-108, 125-140, 149, 158, 178-180, 218, 262-266, 269, 303, 323, 328, 330, 350, 355, 382, 399, 435-436, 438, 451

EXEGESE (exégète, méthode exégétique, critique) 41-56, 58, 63, 65, 68-73, 79, 91, 97, 99, 111, 183, 197, 220, 233-234, 237-240, 246, 262, 317, 320, 331-333, 351, 369, 373, 375-376, 382, 385-387, 390, 393, 403, 418, 444, 471-472, 479

HYPOTHEQUE (hypothécaire, loi, régime) 47, 93, 171-176, 184-185, 191-192, 201-202, 215-216, 334, 361-363

ITALIE 4-5, 30, 36-37, 118, 190, 206-207, 229-232, 264, 272-273, 278, 289-291, 303,

306, 310-316, 325, 339, 350, 357-358, 399, 419, 432, 435-437, 450, 454

JURY 38, 77, 90, 93, 133, 142, 155-158, 195, 204-205, 289, 323, 326

METHODE HISTORIQUE (école) 9, 97-109, 111-112, 152, 189, 196-198, 200, 212, 219, 221, 227, 233, 238-239, 253, 255, 263, 333-334, 379, 381, 387, 415, 434-435, 441, 452, 470, 477, 479

MODELE JURIDIQUE 2-9, 20, 26, 29-40, 43, 46, 65, 79, 97, 103, 107-108, 121, 124-125, 142-143, 149, 154-156, 159, 164, 169-170, 173, 175-176, 178, 183, 201, 204, 206, 216, 231-232, 240-241, 247, 256, 259, 264-265, 272, 286-292, 310-313, 316-317, 323, 325, 329, 340-341, 382, 404, 435, 437, 475

NATIONALISME JURIDIQUE 7, 8, 9, 32-33, 34-37, 211-212, 249, 275-281, 288, 420, 476

PATRIOTISME 36-38, 276, 280, 282-284, 288, 293, 312, 347, 419

REVUE JURIDIQUE (définition) 13-16

SCIENCE(S) 11, 18-19, 38, 53, 56, 102, 141, 147, 165-166, 220, 224-225, 249, 297, 301-306, 339, 352, 357, 365-367, 372-415, 418, 427-431, 440-447, 449-451, 460, 468, 471-473, 479-480

SYSTEME PENITENTIAIRE (droit, loi, régime, réforme, institution, prison, science, école, revue) 107-108, 120, 126-133, 149, 185, 213, 221, 308, 311, 337-341, 423-425, 433

TRADUCTION (entreprise, œuvre) 78-84, 102-103, 106, 117-122, 160-176, 202, 215, 220, 254, 287, 330, 333, 380, 397, 438-440, 473, 479

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION.....	1
1. Les modèles juridiques français	2
a. L'incontournable Code civil de 1804.....	2
b. L'organisation « à la française » de la justice administrative.....	3
c. Le Code de commerce de 1807 : « le plus ancien des Codes de commerce du monde ».....	5
d. Les Codes de procédure civile de 1806 et d'instruction criminelle de 1808 : les nouvelles « voix » du progrès.....	6
e. Le Code pénal de 1810 : « le meilleur Code de l'Europe ».....	7
2. Quelle doctrine pour quel corpus ?.....	8
3. Quel corpus pour quelle doctrine ?.....	12
a. Les ouvrages.....	12
b. Les revues.....	13
4. « <i>Comparaison, législation comparée, droit comparé, comparatisme</i> »	16
5. Plan.....	20
PARTIE I – L'INTÉRÊT RELATIF POUR LES DROITS ÉTRANGERS (1815-1869).....	23
TITRE I – LE CERCLE LARGE DES AUTEURS DE DOCTRINE.....	27
CHAPITRE I – L'INDIFFERENCE DE LA DOCTRINE JURIDIQUE FRANCAISE	29
Section 1 – Les vertus des législations françaises.....	30
§1. Un droit complet.....	30
A. L'autosuffisance juridique de la France.....	30
B. La complaisance juridique de la doctrine	32
§2. Un droit copié	34
A. L'importance des discours nationalistes	34
B. L'absence de référence aux auteurs étrangers	37
Section 2 – Le poids des méthodes d'enseignement et de rédaction	41
§1. L'exégèse en droit civil	41
A. Le Code civil de 1804 et les exégètes	42
B. Les exégètes et les textes de droit étranger	45
§2. L'exégèse au-delà du droit civil	49

A. L'exégèse en droit commercial	49
B. L'exégèse en droit administratif	53
Section 3 – L'effet de la prudence politique	57
§1. Réglementer l'enseignement du droit	57
§2. Surveiller les enseignants du droit	60
CONCLUSION	65
CHAPITRE II – LES OUVERTURES DE LA DOCTRINE JURIDIQUE FRANCAISE.....	67
Section 1 – Le commentaire synthétique : une première ouverture au droit étranger .	68
§1. La recherche de principes juridiques au-delà des textes français	68
§2. Le Cours de droit civil français d'Aubry et Rau.....	78
Section 2 – Défendre ou critiquer : l'instrumentalisation de la législation comparée .	85
§1. Critiquer la codification napoléonienne : le Manuel de droit civil d'Acollas ...	85
§2. Défendre la procédure civile française : la Théorie de la procédure civile de Boncenne	92
Section 3 – L'« Ecole historique » : un engouement pour une méthode venue d'Allemagne	97
§1. L'importation des idées de l'Ecole historique allemande.....	97
§2. L'application de la méthode historique par les auteurs français.....	104
CONCLUSION DU TITRE I.....	111
TITRE II – LE CERCLE RESTREINT DES PIONNIERS DE LA COMPARAISON JURIDIQUE FRANCAISE...	113
CHAPITRE I – COMPARAISON ET PUBLICATION D'OUVRAGES JURIDIQUES.....	115
Section 1 – La <i>Collection des lois civiles et criminelles des Etats modernes</i> de Foucher	117
Section 2 – La curiosité particulière pour un droit étranger : l'exemple approfondi de Tocqueville.....	123
§1. La question pénitentiaire : l'observation des systèmes états-uniens	126
§2. De la démocratie en Amérique	133
Section 3 – Hélie et la production scientifique étrangère en matière pénale	141
§1. La Théorie du Code pénal.....	142
§2. La Théorie du Code d'instruction criminelle.....	151
Section 4 – Les <i>Concordances</i> d'Anthoine de Saint-Joseph.....	160
§1. La Concordance entre les Codes civils étrangers et le Code Napoléon	160

§2. La Concordance entre les Codes de commerce étrangers et le Code de commerce français	166
§3. La Concordance entre les lois hypothécaires étrangères et françaises	171
Section 5 – Batbie et le droit administratif comparé	177
CONCLUSION	183
CHAPITRE II – COMPARAISON ET FONDATION DE REVUES JURIDIQUES	187
Section 1 – Les comparatistes et les revues d’histoire du droit	189
§1. La <i>Thémis</i> (1819-1831)	189
§2. La <i>Revue historique de droit français et étranger</i> (1855-1869)	197
Section 2 – Les comparatistes et les « revues de législation »	208
§1. La <i>Revue Fœlix</i> (1834-1850)	208
§2. La <i>Revue Wolowski</i> (1835-1869)	219
Section 3 – Les comparatistes et la <i>Revue pratique de droit français</i> (1856-1869) ..	226
CONCLUSION DU TITRE II	233
CONCLUSION DE LA PARTIE I	237
1. La comparaison : quelles matières juridiques ?	237
2. Le comparatiste : quel profil ?	239
3. La législation comparée : quelle définition ?	240
PARTIE II – LE RECOURS INTENSIF AU DROIT COMPARE (1869-1914)	243
TITRE I – LES NOUVEAUX IMPERATIFS DE LA COMPARAISON JURIDIQUE (1869-1900)	249
CHAPITRE I – LE « MOMENT 1869-1870 » : LA CONSCIENCE D’UN RETARD	251
Section 1 – La prospective des fondateurs de la SLC	252
§1. Jozon, un républicain libéral sous le Second Empire	252
§2. Ribot, un libéral républicain sous le Second Empire	258
§3. Laboulaye, « le chef de l’école libérale » sous le Second Empire	261
Section 2 – La fondation de la SLC	266
§1. Le réseau constitué autour de la SLC	268
§2. La législation comparée selon la SLC	271
§3. Le nationalisme des membres de la SLC	275
Section 3 – Le traumatisme de la défaite	282
§1. Une défaite inattendue	282

§2. La comparaison avec le modèle allemand comme voie du salut.....	286
§3. Régénérer la France	292
CONCLUSION	297
CHAPITRE II - LA COMPARAISON AU SERVICE DE LA RENOVATION DU DROIT FRANÇAIS (1871-1900)	299
Section 1 – La référence à l’Allemagne dans tous les domaines de la connaissance	301
Section 2 – Comparaison et rénovation dans les ouvrages juridiques de la « génération de 1870 »	307
§1. Les juristes de la « génération de 1870 ».....	307
§2. Le droit pénal	310
§3. Le droit commercial.....	312
§4. Le droit administratif	317
§5. Le droit de la procédure	322
§6. Le droit constitutionnel.....	327
§7. Le droit civil	331
Section 3 – Comparaison et rénovation lors du moment fondateur des revues	335
§1. Une étude de cas : le Bulletin de la Société générale des prisons (1877-1900)	337
§2. La multiplication des appels à la comparaison : les fondations du dernier tiers du XIX ^e siècle	341
A. La fondation des revues : les objectifs et les moyens	341
B. Autour de quelques contributions	354
§3. La comparaison au cœur de la réforme de l’Etat : le Bulletin du Comité des travaux historiques et scientifiques (1883-1900).....	359
CONCLUSION DU TITRE I.....	365
TITRE II – LE RENOUVELLEMENT METHODOLOGIQUE DE LA COMPARAISON JURIDIQUE (1900-1914)	369
CHAPITRE I – L’IDEE D’UN CONGRES INTERNATIONAL DE DROIT COMPARE.....	371
Section 1 – Vers une science du droit comparé : les instigateurs du Congrès de 1900	372
§1. Une génération à la recherche de nouvelles méthodes scientifiques	373
§2. Une génération tournée vers le droit comparé	383
A. Les mobiles	383

B. La méthode.....	388
C. Les concrétisations.....	395
Section 2 - Pour une science du droit comparé : la tenue du Congrès de 1900	398
§1. L'organisation.....	398
§2. Les objectifs.....	403
§3. Les contributions	406
CONCLUSION	415
CHAPITRE II – L'ESPRIT DU <i>CONGRES INTERNATIONAL DE DROIT COMPARE</i>	417
Section 1 – L'écho du <i>Congrès</i> dans la doctrine juridique française.....	418
§1. La relative indifférence des revues juridiques	421
§2. L'attitude des auteurs d'ouvrages juridiques : les cas de Capitant et Lévy-Ullmann.....	432
Section 2 – Les gardiens de l'esprit du <i>Congrès</i>	441
§1. Le cas de la Société d'études législatives	455
2. Le centenaire du Code civil	460
CONCLUSION DU TITRE II	467
CONCLUSION DE LA PARTIE II	469
1. Des priorités différentes.....	470
2. Un objectif inchangé	472
CONCLUSION GENERALE	475
SOURCES.....	481
1. Ouvrages (326)	481
a. Droit administratif (48)	481
b. Droit civil (68).....	484
c. Droit commercial (50).....	488
d. Droit constitutionnel (46)	491
e. Droit de la procédure (47)	494
f. Droit pénal (67)	497
2. Revues (17).....	501
BIBLIOGRAPHIE	503
1. Ouvrages.....	503
2. Articles.....	511

3. Thèses et mémoires	515
4. Dictionnaires	516
5. Internet.....	517
ANNEXES	519
TABLEAU 1. Degré d'utilisation des textes de droit étranger, selon les matières juridiques, pour la période 1815-1869	519
TABLEAU 2. Degré d'utilisation des textes de droit étranger, selon les matières juridiques, pour la période 1869-1914	520
INDEX NOMINUM	521
INDEX RERUM.....	523
TABLE DES MATIERES	525

Résumé :

Alors que la doctrine juridique française ne semble porter qu'un intérêt relatif pour les droits étrangers entre 1815 et 1869, elle recourt au contraire de façon intensive au droit comparé entre 1869 et 1914. Comment expliquer ce basculement ? La première période est marquée par le silence d'une large partie de la doctrine relativement aux droits étrangers : ayant à sa disposition de véritables modèles juridiques (les codes napoléoniens), celle-ci ne ressent effectivement pas le besoin de porter son regard au-delà des frontières nationales mais se concentre presque exclusivement sur les seuls textes de ces codes nouveaux. En matière d'enseignement, cela se traduit notamment par l'adoption de la méthode exégétique ; d'ailleurs encouragée par l'Etat... Bien qu'une poignée de juristes français s'élève rapidement contre cette méthode qu'ils jugent insatisfaisante, les pionniers de la comparaison juridique ne forment alors que le cercle restreint des membres de la doctrine française. Mais ils annoncent et préparent leurs successeurs à l'« ère comparative ». C'est en effet en 1869 qu'est fondée la *Société de législation comparée*, ses fondateurs pressentant en réalité dès cette date un « retard français », sur le plan juridique mais aussi dans les autres domaines (économie, enseignement, armée, sciences, etc.), qu'il sera difficile selon eux de combler. L'année suivante, la défaite de Sedan ne fait que confirmer leurs craintes. Surtout, elle pousse les jurisconsultes français à s'intéresser activement aux droits étrangers, en particulier celui du vainqueur. D'après eux, la comparaison juridique peut participer au « redressement français ». Du point de vue juridique, elle vise en effet à rénover le droit français et ses codes vieillissants. Ainsi s'explique, en définitive, l'intérêt grandissant porté par les plus célèbres juristes français de la fin du XIX^e siècle et du début du XX^e siècle au droit comparé. Certains auront même pour ambition de l'ériger en science.

Abstract :

While the French legal doctrine seems to be barely concerned about foreign laws between 1815 and 1869, it appeals intensively to comparative law between 1869 and 1914. How to explain this swing ? The first period was marked by the silence of a large part of the doctrine in respect of foreign laws : having at its disposal genuine legal models (the Napoleonic codes), the doctrine actually does not feel the need to look across national borders but almost exclusively focuses on the texts of these new codes. In terms of education, this is reflected by the adoption of the exegetical method ; incidentally encouraged by the state... Although a handful of French lawyers quickly rise against this method they consider unsatisfying, the pioneers of legal comparison then constitute the limited circle of members of the French doctrine. But they announce and prepare their successors for the "comparative era." It is indeed in 1869 that the *Société de législation comparée* is founded, the founders actually foreseeing since then a "French delay" in legal terms but also in other fields (economy, education, military, science, etc.), that it will be difficult to fill. The following year, the defeat of Sedan confirmed their fears. Above all, it pushes the French jurisconsults to take an active interest in foreign laws, especially the one of the winner. According to them, the legal comparison can contribute to the "French recovery." From a legal perspective, it is indeed to restore French law and its aging code. This explains, ultimately, the growing interest by the most famous French jurists of the late XIXth and early XXth century for comparative law. Some will even have the ambition to erect it in science.