



Pourquoi comparait-on les droits au XIX^e siècle ?¹

Résumé : De nombreux auteurs européens et américains, juristes ou non, comparaient les droits bien avant la formalisation d'une discipline juridique spécifique, au tournant des XIX^e et XX^e siècles. Cet article examine un corpus d'ouvrages et d'articles du XIX^e siècle pour rechercher les mobiles de leurs auteurs et en déduire la diversité/complémentarité des approches. Il peut s'agir de critiquer, promouvoir et réformer ; d'offrir des données, exposer des législations et les classer ; de donner des lignes directrices pour gouverner ou juger ; de relater la diversité ; d'alimenter des théories historiques ; d'unifier le droit en vigueur.

Mots clés : Droit comparé – Doctrine juridique – XIX^e siècle

Abstract : Many European and American authors, whether legal experts or not, compared legal systems even before a specific legal discipline was formalized at the turn of the 19th and 20th centuries. This paper analyses a body of nineteenth-century books and articles in order to identify the motivations of their authors and determine how far their approaches differ from or complete each other. The aims were many : to criticize, promote and reform ; to provide legal information, present and classify laws ; to provide governments or judges with some guidelines ; to highlight the diversity of approaches among legal systems ; to help develop historical theories ; to unify existing laws.

Keywords : Compative Law – Legal Doctrine – Nineteenth century

1. Il va de soi que l'on comparait les droits bien avant la formalisation du droit comparé en tant que discipline juridique spécifique². Au XIX^e siècle, cette comparaison se déploie même de façon variée, pour des motifs très divers et sans discipline commune (au double sens d'un *domaine particulier de la connaissance* et de *l'ensemble des règles qui en régissent les acteurs*). Beaucoup d'auteurs européens et américains comparent les droits, avec ou sans méthode scientifique, avec ou sans ampleur, avec ou sans conscience de faire de la comparaison juridique. Dans ces ouvrages et articles, il ne s'agit donc pas toujours de droit comparé au sens où l'entendront les auteurs du tournant des XIX^e-XX^e siècles, mais il s'agit bien, concrètement, de rapprocher dans l'espace et/ou le temps des institutions, des principes, des mécanismes, voire des systèmes juridiques entiers, d'en signaler les particularités, les différences et les ressemblances. Comment rendre compte d'un champ intellectuel aussi vaste ?

1 TdA : Traduction de l'auteur –RIDC : Revue internationale de droit comparé –RHFD : Revue d'histoire des facultés de droit –RHDFE : Revue d'histoire du droit français et étranger.

2 Pour quelques rétrospectives, R. Scarciglia, « A brief history of legal comparison : a lesson from the Ancient to Post-Modern Times », *Beijing Law Review*, 2015, p. 296 s. ; C. Donahue, « Comparative Law before Napoleon », *The Oxford Handbook of Comparative Law*, M. Reinmann et R. Zimmermann (éd.), Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 3 s. ; A. Padoa-Schioppa (dir.), *La comparazione giuridica tra Ottocento e Novecento. In memoria di Mario Rotondi*, Milan, Ist. Lombardo, 2001 ; R. Bauman, « Comparative law in ancient times », *Law and Australian Thinking in the 1980s*, A. Tay (éd.), Sidney, Organizing Committee of the 12th International Congress of Comparative Law, 1986, p. 99 s. ; G. Gorla, « Prolegomeni ad una storia del diritto comparato europeo », *Foro italiano*, 1980, p. 11 s.

2. Il existe évidemment plusieurs approches complémentaires. La première consiste à l'aborder par la prosopographie et l'étude biographique en s'intéressant, pays par pays, aux grandes figures de la comparaison juridique, par exemple Savigny, Feuerbach ou Mittermaier en Allemagne, Fœlix ou Laboulaye en France, Amari ou Zuppetta en Italie, Burge ou Maine au Royaume-Uni, Cooper ou Story aux États-Unis³. La deuxième consiste à l'aborder par l'histoire de la pensée juridique, notamment en examinant les réseaux intellectuels, les courants et les écoles de pensée qui ont eu recours à la comparaison, par exemple l'école historique, le courant éclectique ou l'école scientifique⁴. La troisième consiste à l'aborder de façon rétrospective, en examinant la gestation du droit comparé par aires géographiques ou en identifiant des héritages parallèles (universaliste, fonctionnaliste, etc.)⁵.

3. On propose ici, comme clef d'analyse, d'interroger, *hic et nunc*, les divers mobiles qui animent ceux qui comparent les droits au XIX^e siècle. Il s'agit de réunir un corpus de travaux – essentiellement, mais pas uniquement l'œuvre de juristes – choisis précisément pour leur hétérogénéité, puis de concentrer l'analyse sur le moment où l'auteur passe à l'acte d'écrire, dans tel ouvrage ou tel article en particulier. Pourquoi l'auteur, universitaire ou non, authentique comparatiste ou non, membre d'une école de pensée ou non, fait-il le choix de rapprocher des dispositifs, des principes ou des systèmes juridiques étrangers et d'en signaler, d'une façon ou d'une autre, les singularités ? En quoi son projet éditorial le conduit-il à comparer les droits ? S'interroger sur les mobiles, c'est rechercher l'intention consciente ou inconsciente, l'intention réelle et feinte, en lien avec les fins poursuivies. C'est rechercher ce qui *meut* l'auteur lorsqu'il compare ;

3 Les dictionnaires biographiques offrent ici les éléments utiles : P. Arabeyre, J.-L. Halpérin et J. Krynen (dir.), *Dictionnaire historique des juristes français, XI^e-XX^e siècles*, Paris, Presses universitaires de France, 2007 ; I. Bircocchi, E. Cortese, A. Mattone et M. N. Miletti (dir.), *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, Bologne, Il Mulino, 2013, 2 vol. ; M. J. Peláez (éd.), *Diccionario crítico de juristas españoles, portugueses y latinoamericanos (hispánicos, brasileños, quebequenses y restantes francófonos)*, Malaga, Saragosse et Barcelone, Ed. Universidad de Málaga, Zaragoza y Barcelona, 2005-2013, 5 vol. ; M. Stolleis (éd.), *Juristen : Ein biographisches Lexikon. Von der Antike bis zum 20. Jahrhundert*, Munich, Beck, 2001 ; W. Brauner (éd.), *Juristen in Österreich 1200-1980*, Vienne, Orac, 1987 ; H. C. G. Matthew, B. Harrison et L. Goldman (éd.), *Oxford Dictionary of National Biography*, Oxford, Oxford University Press, 2008, 62 vol. ; R. K. Newman, *The Yale Biographical Dictionary of American Law*, New Haven, Yale University Press, 2009.

4 Les travaux historiques offrent ici les éléments utiles. Parmi une multitude de titres : P. Grossi, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico, 1860-1950*, Milan, Giuffrè, 2000 ; R. Feola, *Istituzioni e cultura giuridica*, Naples, Ed. scientifiche italiani, 3 vol., 1993-1996 ; K. Smith, *Lawyers, Legislators and Theorists : Developments in English Criminal Jurisprudence, 1800-1957*, Oxford, Clarendon Press, 1998 ; M. Lobban, *A History of the Philosophy of Law in the Common Law World, 1600-1900*, Londres, Springer, 2002 ; 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 I, 2012 ; M. M. Lorente Sariñena, « Doctrina legal y el silenciamiento de los juristas en una España sin código », *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2011, p. 135 s. ; O. Jouanjan, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918). Idéisme et conceptualisme chez les juristes allemands du XIX^e siècle*, Paris, Presses universitaires de France, 2005 ; J.-L. Halpérin, *Histoire de l'état des juristes – Allemagne (XIX^e-XX^e siècles)*, Paris, Garnier, 2015 ; D. M. Rabban, *Law's History. American Legal Thought and the Transatlantic Turn to History*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013 ; Y. Falelavaki, *L'histoire d'une conversion. La doctrine française du XIX^e siècle et le recours à la comparaison juridique*, Thèse droit, Rennes I, 2016 ; P. Dubouchet, *La pensée juridique avant et après le Code civil*, Lyon, L'Hermès, 1992 ; P. Jestaz et C. Jamin, *La doctrine*, Paris, Dalloz, 2004 ; J. Gaudemet, « Les écoles historiques du droit en France et en Allemagne au XIX^e siècle », *RHFD*, 1998, p. 87 s. ; O. Motte, *Savigny et la France*, Berne, Lang, 1983 ; P. Remy, « Éloge de l'exégèse », *Droits. Revue française de théorie juridique*, 1985, p. 115 s. ; J. Pradel, *Histoire des doctrines pénales*, Paris, Presses universitaires de France, 1991 ; M. Touzeil-Divina, *La doctrine publiciste 1800-1880*, Paris, La Mémoire du Droit, 2009 ; N. Hakim, *L'autorité de la doctrine civiliste française au XIX^e siècle*, Paris, LGDJ, 2002 ; T. Pouthier, *Droit naturel et droits individuels en France au dix-neuvième siècle*, Thèse droit, Paris II, 2013 ; M. Ventre-Denis, « Joseph-Elzéar Ortolan (1802-1873). Un juriste dans son siècle », *RHFD*, 1995, p. 173 s. ; N. Hakim et F. Meilleray (dir.), *Le renouveau de la doctrine française. Les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XX^e siècle*, Paris, Dalloz, 2009 ; C. M. Herrera (dir.), *Les juristes face au politique. Le droit, la gauche, la doctrine sous la Troisième République*, Paris, éd. Kimé, 2 vol., 2005 ; D. Deroussin (dir.), *Le renouvellement des sciences sociales et juridiques sous la III^e République. La Faculté de droit de Lyon*, Paris, La Mémoire du Droit, 2007.

5 Les travaux des comparatistes offrent ici les éléments utiles. Deux exemples : en 2006, *The Oxford Handbook of Comparative Law...*, *op. cit.*, propose de suivre, de façon rétrospective, le développement du droit comparé en France (B. Fauvarque-Cosson), en Allemagne, en Suisse et en Autriche (I. Schwenzer), en Italie (E. Grande), au Royaume-Uni (J. Cairns), aux États-Unis (D. Clark), en Europe centrale et orientale (Z. Kühn), en Asie de l'Est (Z. Kitagawa) et en Amérique latine (J. Kleinheisterkamp) ; en 2000, lors du centenaire du Congrès de Paris, les comparatistes réunis à Cambridge par Pierre Legrand et Roderick Munday ont discuté de quatre héritages : universaliste (J. Gordley), colonial (U. Braxi), nationaliste (H. P. Glenn), fonctionnaliste (M. Graziadei) (P. Legrand et R. Munday (dir.), *Comparative Legal Studies : Traditions and transitions*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p. 31 s.).

parfois, celui-ci l'explique (avertissement, introduction, note, correspondance), parfois c'est la nature même de la comparaison qui renseigne sur sa raison d'être et, partant, sur le mobile de l'auteur. Parallèlement, s'interroger sur les mobiles, c'est aussi jeter quelque lumière sur ce que l'auteur *mobilise* : les données juridiques qui vont être comparées, les traductions, la façon d'opérer la comparaison, le discours qui parfois accompagne et justifie la comparaison. C'est donc rendre compte de la diversité des approches, allant de simples remarques comparatives, que le lecteur n'identifie d'ailleurs pas forcément à la première lecture, jusqu'aux projets pensés, amples et assumés ; ces projets qui, en fin de siècle, vont faire le lit du droit comparé en tant que discipline spécifique. S'interroger sur les mobiles, c'est encore prendre conscience d'un certain nombre d'imbrications et de fausses pistes possibles : les mobiles peuvent être multiples et s'entremêler dans la même œuvre⁶ ; le mobile avancé peut en cacher un autre⁷ ; le mobile de l'auteur peut ne se concevoir parfois qu'à la lumière des attentes du lecteur⁸.

4. L'examen révèle ainsi une diversité/complémentarité de mobiles : 1) critiquer, promouvoir, réformer, 2) offrir des données, exposer des législations, classifier, 3) indiquer comment régir ou juger, 4) relater la diversité, 5) alimenter des théories historiques, 6) unifier le droit en vigueur.

I. Comparer pour critiquer, promouvoir, réformer

5. L'auteur du XIX^e siècle peut avoir pour mobile principal de peser les avantages et les inconvénients respectifs de tel et tel dispositifs, de critiquer ou de promouvoir une norme nationale par comparaison avec une norme étrangère, d'inviter le législateur à faire des choix et opérer des réformes.

6. En France, il suffit ainsi de parcourir la *Revue Fœlix* (1834-1850), la *Revue de législation et de jurisprudence* ou *Revue Wolowski* (1835-1869), la *Revue pratique de droit français* (1856-1869) ou les revues juridiques de la seconde moitié du siècle, pour constater que ce mobile est omniprésent, soit que l'auteur propose une véritable comparaison entre deux ou plusieurs modèles, soit qu'il se contente de vanter (ou désapprouver) une législation étrangère au détriment (ou au profit) de la norme nationale en vigueur⁹. À l'étranger, il suffit de parcourir quelques-uns des plus grands projets éditoriaux et des plus violents débats du siècle... Sampson et les *radical codificationists* américains des années 1825 comparent le triste état du

6 En 1855, Laboulaye, lors de la création de la *Revue historique de droit français et étranger*, prône l'histoire et la comparaison du droit aussi bien pour comprendre comment vont et viennent les modèles juridiques d'un pays à l'autre, que pour montrer comment les peuples et leurs droits traversent les mêmes « stages de civilisations » selon les lois de l'évolution. Voir J.-L. Halpérin, « Laboulaye, historien du droit et/ou comparatiste ? », *RIDC*, 2011, p. 519 s.

7 En 1823, lors de sa conférence prononcée devant l'*Historical Society* de New York, le Nord-Américain Sampson propose d'interroger sagement la nature et l'origine du *common law* anglais par rapport au *civil law*, mais la tonalité de ses critiques et sa correspondance antérieure montrent que son véritable mobile est de ridiculiser le *common law* pour lui substituer, aux États-Unis, un droit codifié sur le modèle français. Quelques mois avant de prononcer son discours, Sampson a envoyé à Duponceau un brouillon du discours. Ce dernier répond à Sampson en se réjouissant du bon tour qu'il s'apprête à jouer à son auditoire. Voir J. D. Henderson, *A Blaze of Reputation and the Echo of a Name : The Legal Career of Peter Stephen du Ponceau in Post-Revolutionary Philadelphia*, The Florida State University, 2004, Electronic Theses, Treatises and Dissertations. Paper 4130, p. 67.

8 En 1840, Anthoine de Saint-Joseph publie des tableaux de concordance entre les législations civiles d'une quinzaine de pays, non seulement pour offrir des données sur l'état du droit dans le monde, mais aussi pour répondre aux besoins de trois types de lecteurs : ceux qui étudient l'évolution de la législation civile, ceux qui cherchent les moyens d'améliorer et de perfectionner leur droit national, ceux qui cherchent à fonder le droit en tant que science. Voir A. Mergey, « Le réseau constitué autour d'Anthoine de Saint-Joseph et de la *Concordance entre les codes civils étrangers et le Code Napoléon*. Entre exaltation d'un nationalisme juridique modéré et promotion d'un fonds juridique commun », *L'idée de fonds juridique commun dans l'Europe du XIX^e siècle. Les modèles, les réformateurs, les réseaux*, T. Le Yoncourt, A. Mergey et S. Soleil (dir.), Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2014, p. 187 et s.

9 Y. Falelavaki, *L'histoire d'une conversion...*, op. cit., p. 208 s., p. 335 s. ; 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, 2011 ; P. Canto, *La Revue de législation et de jurisprudence : 1835-1853*, Thèse, Droit, Université de Lyon Jean Moulin, 1999.

common law britannique et nord-américain à la codification napoléonienne, pour faire de celui-ci un modèle juridique et souligner ses avantages : clarté et rigueur des règles, logique déductive, accessibilité au droit¹⁰. Le Britannique Humphreys publie ses *Observations on the Actual Situation of English Laws of Real Property, with the Outlines of a Code (1826)* et compare le régime de la propriété en France et au Royaume-Uni, pour proposer « un remède aux défauts de la propriété réelle » anglaise¹¹. Le Britannique Bentham, dans son *Constitutional Code (1830)*, recherche, en termes de droit constitutionnel, les ressorts d'une parfaite constitution en comparant (évidemment, au détriment de la première) la constitution anglaise à la constitution américaine¹². L'Allemand Mittermaier, dans *Die Lehre vom Beweise im deutschen Strafprozesse (1834)*, se propose de faire l'examen approfondi des monuments législatifs et doctrinaux de l'Angleterre, de la France, de l'Autriche et des divers États allemands, afin, dit-il, « de savoir si le droit allemand a fait sagement d'organiser systématiquement la preuve au criminel [c'est-à-dire d'adopter le système des preuves légales, au lieu de celui de l'intime conviction] »¹³. Les Espagnols Silvela, Burgos, Oliván, Ortiz de Zúñiga, Gómez de la Serna ou Posada Herrera, dans leurs traités de droit administratif des années 1839-1845, comparent les divers modèles (Autriche, Prusse, France, Belgique, Portugal, Brésil, républiques latino-américaines, États-Unis, Royaume-Uni) pour encourager la centralisation et l'autorité du Conseil d'État et des ministres, pour moderniser les institutions administratives locales, pour interdire au juge judiciaire de traiter du contentieux administratif¹⁴. Le Roumain Boerescu, dans sa thèse portant sur *La Roumanie après le Traité de Paris du 30 mars 1856 (1859)*, examine le droit interne de la Moldo-Valachie et le compare à celui de la France, pour promouvoir la modernité française en matière d'administration, de justice, de droit et de codification¹⁵. Les Italiens Guastala, Carcano ou Sampolo comparent, dans les années 1860-1885, la cassation française à la révision allemande afin d'alimenter la controverse sur la voie que doit emprunter le législateur italien¹⁶. Sampolo s'exclame – et ce pourrait être le mot d'ordre de tous ces auteurs¹⁷ – :

- 10 P. Thompson (éd.), *Sampson's Discourse, and correspondence with various learned jurists upon the history of the law, with the addition of several essays, tracts, and documents relating to the subject*, Washington, Gales & Seaton, 1826. Voir A. Mergey et S. Soleil, « Faut-il codifier le *common law* des États-Unis ? La controverse Sampson vs Duponceaux (1823-1826) », *La controverse*, N. Cornu-Thénard, A. Mergey et S. Soleil (dir.), Rennes, 2017, à paraître.
- 11 J. Humphreys, *Observations on the Actual Situation of English Laws of Real Property, with the Outlines of a Code*, Londres, 1826. Voir S. Soleil, « In the Order of the Code Napoleon. Les carences du droit anglais au révélateur du modèle juridique français (1820-1840) », *Aux confins du droit, hommage amical à Xavier Martin*, F. Gasnier et C. Blanchard (éd.), Poitiers, LGDJ, Presses universitaires de Poitiers, 2015, p. 377 s.
- 12 J. Bentham, *Constitutional Code (1830), The Works of Jeremy Bentham published under the superintendence of his executor, John Bowring*, Édimbourg, 1843, 9 vol., volume IX, p. 9. Voir G. Tusseau, *Jeremy Bentham et le droit constitutionnel. Une approche de l'utilitarisme juridique*, Paris, L'Harmattan, 2003, p. 227 s.
- 13 C. J. A. Mittermaier, *Traité de la preuve en matière criminelle ou exposition comparée des principes de la preuve en matière criminelle, etc., et de ses applications diverses en Allemagne, en France, en Angleterre, etc.*, (trad. Alexandre), Paris, Cosse et N. Delamotte, 1848, p. XI.
- 14 F. A. Silvela, *Colección de proyectos, dictámenes y leyes orgánicas, o estudios prácticos de administración*, Madrid, Imprenta nacional, 1839 ; M. Ortiz de Zúñiga, *Elementos de derecho administrativo*, Grenade, Imprenta e librería de Sanz, 1842-1843, 3 vol. ; P. Gómez de la Serna, *Instituciones del derecho administrativo español*, Madrid, D. Vincente de Lalama, 1843, 2 vol. ; A. Oliván, *De la administración pública con relación a España*, Madrid, Boix, 1843 ; J. Posada de Herrera, *Lecciones de administración*, Madrid, Establecimiento tipografico, 1843, 3 vol. ; Marqués de Valgonera, Consejo de Estado, *Revista de Madrid*, 1839, repris dans Gallostra y Frau, *Colección bibliográfica de lo contencioso-administrativo*, Madrid, Imprenta y Fundación de Manuel Tello, 1881, p. 117. Voir M. Chamocho, « Les réformes administratives provinciales en Espagne et le modèle français au milieu du XIX^e siècle », *RHDFE*, 2007, p. 417 s. et, du même auteur, « Le contentieux administratif en Espagne au XIX^e siècle : entre particularismes et importation du modèle français », *Modèles français, enjeux politiques et élaboration des grands textes de procédure en Europe*, J. Hautebert et S. Soleil (dir.), Paris, Éditions juridiques techniques, 2007-2008, 2 vol., t. 1, p. 219 s. ; M. Martínez Neira, « Relevancia del derecho administrativo francés en la educación jurídica española », *Les différentes façons de percevoir et d'utiliser le droit français en tant que modèle juridique dans l'Europe du XIX^e siècle, Forum Historiae Iuris*, S. Solimano, H. P. Haferkamp et M. Meccarelli (dir.), 2005, § 5. [en ligne], Disponible sur internet : <<http://www.forhistiur.de>>.
- 15 V. Boerescu, *La Roumanie après le Traité de Paris du 30 mars 1856*, Paris, 1859, p. 69 s. Voir M. Gutan, « La réception de l'institution napoléonienne du préfet en Roumanie », *Les institutions napoléoniennes*, M.-L. Moquet-Anger (dir.), Paris, L'Harmattan, 2006, p. 65, note 1 ; S. Soleil, « Vasile Boerescu », *L'idée de fonds juridique commun...*, *op. cit.*, p. 245 s.
- 16 M. Guastalla, « Ordinarismo giudiziario. Supremo stadio di giurisdizione », *La legge*, 1861, I, p. 61 s. ; G. Carcano, « Cassazione o terza istanza ? », *Monitore dei tribunali*, 1871, p. 974 s. ; p. 1061 s.
- 17 L. Sampolo, « Cenni intorno all'ordinamento giudiziario nell'Impero germanico riscontrato con quello d'Italia », *Il circolo giuridico*, 1885, p. 250, cité par M. Meccarelli, *Le corti di cassazione nell'Italia Unita. Profili sistematici e*

Merci à la législation comparée (*la legislazione comparata*), qui abaisse les frontières, rapproche les peuples ; les lois des différents États sont jugées les unes par rapport aux autres et, en les comparant, on en distingue les plus justes et les plus fécondes et ainsi s'acquièrent d'utiles leçons.

7. La comparaison des droits pour critiquer, promouvoir ou réformer constitue sans doute au XIX^e siècle le ressort le plus puissant et le mobile le plus fréquemment invoqué. Ceci s'explique aisément. La fondation, dans le monde, d'une multitude de nouveaux États et la gigantesque pulsion de réformes dans les États anciens suscitent, partout, la mobilisation et du passé et de modèles étrangers (au sens de *systèmes juridiques de référence*, simplifié, modélisé pour faciliter la comparaison) pour débattre et proposer des modèles à suivre (au sens de *systèmes juridiques à imiter*).

8. D'autant que, derrière l'auteur, se profile parfois le réformateur : Pisanelli, Stephen ou Boissonade en seraient de parfaits exemples. Giuseppe Pisanelli est un avocat et professeur d'université, reconnu pour être le spécialiste italien de la procédure civile au XIX^e siècle. En 1855, il participe à la publication du *Commentario del codice di procedura civile per gli Stati Sardi*, où il fait œuvre de comparaison entre les auteurs italiens, français et allemands : « en accord avec la culture juridique de l'époque, caractérisée par ce qu'on appelle l'éclectisme juridique, il recourt à la comparaison juridique qu'il conçoit comme un instrument indispensable pour guider les choix du législateur »¹⁸. Devenu ministre de la justice (1862-1864), il va désormais travailler à l'unification du droit civil et du droit processuel et faire adopter le *Codice di procedura civile italiano* (1865). James Fitzjames Stephen est un juriste, auteur, en 1863, d'un *General View of the Criminal Law of England*, le premier ouvrage d'ampleur sur le système pénal anglais depuis Blackstone. Cet ouvrage, remanié, devient un *Digest of Criminal Law (crimes and punishments)*, publié en 1877, sur la base duquel Stephen propose, en 1878, au lord chancelor Cairns et à l'attorney général Holker, un projet de code pénal et de procédure. Avec leur accord et sous leur autorité, Stephen va rédiger l'avant-projet de code (*Draft Criminal Code* de 1878), qui sera présenté au Parlement par l'attorney général lors de la session de 1878¹⁹. Gustave Boissonade est un professeur parisien qui publie diverses études de législation comparée dans les années 1868-1874²⁰, avant d'être engagé par le gouvernement japonais Boissonade pour travailler à la réforme de l'enseignement universitaire et « aider à la confection des lois et autres travaux réglementaires et consultatifs, comme légiste au service du gouvernement ». Ce travail se concrétise par un code pénal, un code de procédure criminelle et un projet de code civil²¹.

9. En somme, chez tous ces auteurs devenus réformateurs, le recours à la comparaison est une nécessité : comparer, évaluer, choisir ; la méthode est universelle²². Posant un regard rétrospectif sur la fonction première du droit comparé au XIX^e siècle, Yntema avait justement conclu, en 1958 : « Sans doute, le motif immédiat du droit comparé a souvent été utilitaire. Il est beaucoup plus facile d'imiter un modèle étranger de législation qui a bien réussi que d'en inventer une nouvelle »²³.

costituzionali della giurisdizione in una prospettiva comparata (1865-1923), Milan, Giuffrè, 2005, p. 148, note 56. *TdA*.

18 S. Solimano, « Codice di procedura civile italiano del 1865 », *La procédure et la construction de l'État en Europe (XVI^e-XIX^e siècles)*. Recueil de textes, présentés et commentés, J. Hautebert et S. Soleil (dir.), Presses universitaires de Rennes, 2011, p. 248.

19 G. Guyon, *Les partisans de la codification...*, *op. cit.*, p. 343 s.

20 G. Boissonade, « Le nouveau code civil italien, comparé au code Napoléon », *Revue pratique de droit français*, 1868, p. 67 s. et, du même auteur, « Législation comparée des droits du conjoint survivant », *Revue de législation ancienne et moderne, française et étrangère*, 1873, p. 643 s.

21 Sur les options doctrinales et la méthode de Boissonade, C. Jamin, « Boissonade et son temps », *Archives de philosophie de droit*, 2000, p. 285 et s. ; M. Kobayashi, *French Legal Advisor in Meiji Japan (1873-1895) : Gustave Emile Boissonade de Fontarabie*, Ph. D. Thesis, University of Hawaii, 1996 ; le colloque *Boissonade et la réception du droit français au Japon*, Paris, Société de législation comparée, 1991, reproduit dans la *RIDC*, 1991 ; Y. Okubo, « Gustave Boissonade, père français du droit japonais moderne (1825-1910) », *RHDFE*, 1981, p. 29 et s.

22 S. Soleil, « Manéga en Bessarabie, Bello au Chili et Boissonade au Japon. Trois réformateurs du XIX^e siècle face au modèle juridique français », *Historia et Ius*, 2013. [en ligne], Disponible sur internet : <<http://www.historiaetius.eu>>.

23 H. E. Yntema, « Le droit comparé et l'humanisme, Discours inaugural du 4 août 1958 (V^e Congrès international de droit comparé de Bruxelles, 1958) », *RIDC*, 1958, p. 698.

II. Comparer pour offrir des données, exposer des législations, classifier

10. L'auteur du XIX^e siècle, dans une démarche didactique et scientifique de partage des connaissances, peut avoir pour mobile principal d'offrir à son lecteur des données juridiques étrangères (études juxtaposées de législations, tableaux de concordances, traductions, monographies), voire des tentatives de classifications. On aborde ici une question disputée au tournant des XIX^e-XX^e siècles et jusqu'à nos jours : l'auteur qui présente des éléments de législation étrangère fait-il à proprement parler de la comparaison juridique ? Lorsqu'il juxtapose des données, lorsqu'il traduit et commente des textes, peut-on dire qu'il compare des droits ? Peut-il y avoir un rapport entre l'étude des droits étrangers et la comparaison des droits ? Au moment où la doctrine s'interrogera sur ce qu'est le droit comparé et ce qui ne l'est pas, on fermera souvent la porte à cette approche. En 1894, Frantz von Liszt indique, par exemple : « n'est pas législation comparée ce qu'on fait passer trop souvent comme telle, à savoir : le traité sur un droit national isolé quelque éloigné qu'il soit »²⁴. En 1900, Raymond Saleilles se désole devant les travaux qui ne sont que des « études de 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 »²⁵. En 1932, Walther Hug en parle comme d'« un simple préalable au droit comparé »²⁶. Pour comprendre les enjeux de la controverse –et rendre justice aux auteurs de tableaux de concordance, de traductions et de monographies–, il convient d'abord d'identifier leurs procédés, avant de resituer leurs mobiles dans le contexte plus larges des attentes de leurs lecteurs.

11. La première méthode est celle des études juxtaposées de législation, par exemple, utilisée par Zuppetta dans le premier volume de son *Corso completo di legislazione penale comparata* (1852) en trois volumes. L'auteur distingue, dans une longue introduction, ce qu'il nomme « la métaphysique de la science des lois pénales » qui étudie, en général, les raisonnements qui conduisent à prévoir les crimes et les peines, de ce qu'il nomme « la science particulière des lois pénales » qui s'intéresse aux raisonnements qui, en particulier, conduisent à prévoir les crimes et les peines²⁷. Puis, thème après thème (ex. : les lois punitives au regard de leur définition, de leur nature, de leur auteur, etc.), Zuppetta présente le droit romain, les législations française, piémontaise, autrichienne, pontificale, de Modène, de Parme, de Toscane, des Deux-Siciles, etc.

12. La deuxième méthode est celle des tableaux de concordance, par exemple, utilisée à trois reprises par Fortuné Anthoine de Saint-Joseph à propos des législations civiles, commerciales et hypothécaires. L'auteur, dans sa *Concordance entre les codes civils étrangers et le Code Napoléon* (1840), organise ainsi des tableaux comparatifs (à chaque législation sa colonne) où se succèdent, en regard des articles du Code Napoléon, les articles des législations autrichienne, prussienne, louisianaise, sarde, bavaroise, hollandaise, du canton de Vaud, du royaume des Deux-Siciles, etc. L'auteur justifie son travail²⁸ :

Nous avons cru faire une chose utile en reproduisant dans ce livre les dispositions des lois étrangères d'une manière analytique, la seule, selon nous, qui permette de pénétrer et de comprendre la substance de toute une législation. En rapprochant ces lois des divers articles du Code Napoléon, en les soumettant, pour en seconder la recherche et l'intelligence, à la division adoptée dans ce Code, nous avons pensé qu'il serait plus facile au lecteur

24 F. von Liszt, *La législation pénale comparée publiée par l'Union internationale de droit pénal*, Berlin, Paris, Rome, Lisbonne, 1894, vol. 1, p. XIX.

25 R. Saleilles, « Rapport présenté à la commission d'organisation sur l'utilité, le but et le programme du congrès, 1900 », *Congrès international de droit comparé* (1900), Paris, 1905, p. 13.

26 W. Hug, « The History of Comparative Law », *Harvard Law Review*, 1932, p. 1028, note 2.

27 L. Zuppetta, *Corso completo di legislazione penale comparata ossia commenti storico-filosofico-legali, al codice penale ed al codice di procedura criminale degli stati sardi e di tutti gli altri stati d'Italia, messi in comparazione fra di loro*, Turin, Tipografia economica, 1852, 3 vol., t. 1, p. 25 s.

28 F. Anthoine de Saint-Joseph, *Concordance entre les codes civils étrangers et le Code Napoléon*, Paris, Leipzig, Hingray, 1840, p. I.

de saisir les nuances qui rapprochent ou différencient les diverses législations de l'Europe, et de pressentir ainsi les améliorations qu'on est en droit d'attendre de toutes parts et dans tous les pays.

13. Une troisième méthode est celle des législations traduites, article par article, précédées d'une introduction et accompagnées de notes explicatives. Mentionnons ici, par exemple, le Nord-Américain Duponceaux qui, après avoir proposé un aperçu du droit français des faillites dans le *Bankrupt Law of America compared with the Bankrupt Law of England (1801)* de Cooper, publie des traductions en langue anglaise du code de commerce (1807) et du code pénal (1810) français dans l'*American Review of History and Politics* de 1811²⁹. Mentionnons, le *Code des lois des Anglais ; ou Digeste des principes du droit anglais présentés selon l'ordre du Code Napoléon (1839)*, publié par l'avocat anglais George Blaxland. Celui-ci raconte que, du temps où il commerçait sur le continent, il devait supporter les railleries des Français et des Hollandais à propos du droit anglais : comparé au Code civil et au Code de commerce français qui, d'un simple regard, permettaient de rédiger un contrat ou de connaître le régime juridique de tel ou tel bien, le droit anglais ne permettait rien de tel. Il s'agissait d'un amas confus de décisions, de traités, de lois, bref un droit indigeste et mystérieux³⁰. Or, ajoute-t-il, tout ce qui pourra faciliter la connaissance du droit des autres pays est très utile pour l'Angleterre, première nation marchande du monde ; après un quart de siècle de paix, les échanges sont universels, notamment avec les Français. Son mobile, explique-t-il, est donc de fournir aux Anglais, non seulement le code français dans une traduction anglaise, mais aussi le droit anglais dans une formulation française. Aussi, l'ouvrage se présente-t-il en trois parties distinctes. En premier lieu, 180 pages d'histoire comparée du droit entre la France et l'Angleterre. En deuxième lieu, 300 pages de droit anglais exposé, article par article, suivant l'ordre et la forme du code civil français (articles 1 à 1369). Pour chaque article, l'auteur cherche à exprimer la règle anglaise à la française, c'est-à-dire de façon synthétique et dans un langage moderne, avec, en marge, les numéros des articles français qui correspondent et, en notes, les références aux sources du droit anglais (auteurs, *statute* et *common law*). En troisième lieu, la traduction en anglais du Code Napoléon, avec parfois, entre parenthèses, les termes français traduits et un renvoi à la règle anglaise³¹ :

841. Every person, even a relation of the deceased, not being in the order of succession (qui n'est pas son successible), and to whom a coheir shall have ceded his claim upon the succession, may be excluded from the division, either by all the coheirs, or by one only, on reimbursing him the price of such cession.

See parallel but dissimilar English law, p. 393. [...]

1146. Damages and interest (dommages et intérêts*) are only due when the debtor is in arrear in fulfilling his obligation ; except nevertheless when the thing which the debtor has bound himself to give or to do cannot be given or done buth within a certain time, which he has suffered to pass by.†

* These termes together most closely correspond with that of damages in the English law.

† See parallel principle of English law, p. 447.

14. Une quatrième méthode – la plus fréquente – est celle de la monographie consacrée à une législation étrangère, un mécanisme ou une institution spécifique. L'objectif est d'en faire connaître le contenu avec, de façon indirecte, une mise en regard du droit que l'on expose avec le droit du lecteur. Prenons l'exemple de l'Académie de législation de Toulouse, une académie juridique de province où membres ordinaires, correspondants et jurisconsultes étrangers lisent, discutent et publient des travaux à compter de 1851. L'étude du juriste de Modène Lodovico Bosellini sur l'organisation judiciaire italienne (1859), l'étude du professeur de Saint Pétersbourg Constantin de Brochoki concernant la législation russe sur le duel (1863) ou l'étude du magistrat français en poste à Alexandrie Maurice Bellet sur les tribunaux mixtes égyptiens (1879) correspondent à ce projet³². Quoique la tendance générale soit plutôt à tirer de la comparaison des

29 Sur ces publications, K. H. Nadelmann, « Pierre-Étienne Du Ponceau », *RIDC*, 1963, p. 285.

30 G. Blaxland, *Codex Legum Anglicanarum ; or, a Digest of Principles of English Law arranged in the Order of the code Napoleon*, Londres, Butterworth, 1839, p. III.

31 *Ibidem*, *Appendix*, p. 98 ; p. 132 (« art. 841. Toute personne, même parente du défunt, qui n'est pas son successible, et à laquelle un cohéritier aurait cédé son droit à la succession, peut être écartée du partage, soit par tous les cohéritiers, soit par un seul, en lui remboursant le prix de la cession » ; « art. 1146. Les dommages et intérêts ne sont dus que lorsque le débiteur est en demeure de remplir son obligation, excepté néanmoins lorsque la chose que le débiteur s'était obligé de donner ou de faire ne pouvait être donnée ou faite que dans un certain temps qu'il a laissé passer »).

32 P.-L. Boyer, *Un cercle d'intellectuels au cœur de l'évolution de la doctrine juridique. L'Académie de législation de Toulouse (1851-1958)*, Paris, LGDJ, 2014, p. 390 s.

conclusions en termes d'avantages et d'inconvénients respectifs (voir *supra* – *comparer pour critiquer, promouvoir, réformer*), ces trois auteurs ne s'aventurent pas à proposer des conclusions générales ; ils se contentent d'expliquer des législations et des institutions étrangères.

15. Études juxtaposées de législations, concordances, traductions, monographies, quelle que soit la méthode retenue, l'auteur a pour mobile principal d'offrir au lecteur des éléments à *exploiter*, plus que des éléments *déjà exploités*. Il ne s'agit donc pas, à proprement parler, de droit comparé au sens où l'entendent plus tard Liszt, Saleilles ou Hug. Cependant, il s'agit bien d'une comparaison juridique indirecte et implicite, si l'on replace les choses dans le contexte plus large du projet éditorial qui concerne autant le lecteur que l'auteur et son éditeur ou sa revue. Toutes ces données se conçoivent en effet en fonction des attentes du lecteur. L'auteur (en amont) anticipe ces attentes en faisant un travail de comparaison invisible lorsqu'il procède au choix des textes, lorsqu'il met au point sa présentation, lorsqu'il fait des références au droit du lecteur, lorsqu'il fait des remarques sur les mots traduits, lorsqu'il introduit son propos. Les lecteurs (en aval) peuvent exploiter ces données juridiques, notamment à des fins comparatives : 1) les praticiens qui cherchent des solutions pour anticiper ou régler des conflits de lois, car, pour ceux-ci pas de solutions sans données étrangères, officielles et précises (voir *infra* – *comparer pour indiquer comment régir et juger*) ; 2) les auteurs qui se passionnent pour la comparaison des droits, car, pour ceux-ci, pas de comparaison sans matière et pas de matière sans données (voir *infra* – *comparer pour alimenter des théories historiques – comparer pour unifier le droit*) ; 3) les réformateurs en recherche de modèles étrangers, pour s'en inspirer ou s'en écarter (voir *supra* – *comparer pour critiquer, promouvoir, réformer*). Les ouvrages d'Anthoine de Saint-Joseph sont ainsi utilisés à l'étranger, spécialement dans les pays sans doctrine. Les réformateurs y découvrent, de manière claire et dans une langue partagée, les modèles dont ils ont besoin pour réfléchir, pour évaluer, pour comparer et faire des choix législatifs³³. On peut, à ce titre, prendre l'exemple d'Andrés Bello, le célèbre réformateur chilien. Il utilise la *Concordance entre les codes civils étrangers et le Code Napoléon* d'Anthoine de Saint-Joseph à laquelle, dans ses divers projets (1841-1845, 1846-1847, 1853, 1855), il fait des renvois par des abréviations : C.A. (code autrichien), C.F. (code français), C.L. (code de Louisiane), C.D.S. (code des Deux-Siciles), C.P. (code prussien), C.S. (code sarde)³⁴.

16. D'ailleurs nos auteurs anticipent parfois ces besoins. Blaxland, avec sa traduction du code Napoléon et sa présentation du droit anglais selon l'ordre du Code Napoléon, explique vouloir – dans une sorte de double jeu – tout autant permettre à son lecteur de participer à la modernisation du droit anglais qu'à le défendre contre les injustes attaques des *codificationists*³⁵. Quant à Anthoine de Saint-Joseph, il s'interroge dans l'*Avertissement* de sa *Concordance* : « n'aurait-on pas été détourné de ce travail par son aridité et par la crainte de ne trouver qu'un petit nombre de lecteurs ? »³⁶. Non, estime-t-il, car bien des lecteurs auront intérêt à consulter l'ouvrage : celui qui veut pénétrer la substance des législations et faire du droit une science qui s'appuie sur la comparaison ; celui qui souhaite améliorer la législation et « conduire au perfectionnement progressif des codes » ; le législateur, le magistrat et le jurisconsulte qui méditent, mais aussi l'historien, le littéraire, l'homme politique qui s'intéressent aux ressemblances et aux différences de mœurs et de caractères parmi les peuples.

17. Dans une démarche didactique et scientifique voisine, mais plus poussée, l'auteur peut aussi proposer une approche savante des ressemblances et des différences et, de là, une classification par systèmes juridiques. Il s'agit alors, au terme de comparaisons plus ou moins abouties, de modéliser, c'est-à-dire de simplifier la complexité de chacun des systèmes juridiques examinés, afin de les réduire à quelques

33 S. Soleil, *Le modèle juridique français dans le monde. Une ambition, une expansion (XVII^e-XIX^e siècle)*, Paris, IRJS, 2014, p. 357 s.

34 Sur le recours de Bello aux divers modèles étrangers, A. Guzmán Brito, « La Formación del sistema general del Código Civil de Chile y los sistemas de los códigos existentes hacia 1852 », *Sesquicentenario del Código civil de Andrés Bello. Pasado, presente y futuro de la codificación*, M. Martinic et M. Tapia (éd.), Paris, LexisNexis, 2005, p. 123 et s. ; C. Araneda, « El derecho canónico en el Código Civil de la República de Chile », *Ibidem*, p. 203 et s. ; M. C. Mirow, « Andrés Bello, sucesiones, y el Código Civil francés de 1804 », *Ibid.*, p. 177 et s. ; B. Bravo-Lira, « Derecho romano y codificación civil. De los dos grandes modelos europeos, austriaco (1797) y Francés (1804), al Código de Chile (1855) », *Ibid.*, p. 171 s.

35 S. Soleil, « *In the Order...* », art. cit., p. 377 s.

36 F. Anthoine de Saint-Joseph, *Concordance...*, op. cit., p. I.

caractéristiques majeures et de les classer par catégories, un peu comme, à la même époque, l'Allemand August Schleicher classe les langues, suivant la méthode de la grammaire comparée, ou comme Georges Cuvier classe les espèces disparues et Alexander von Humboldt et Charles Darwin classent les espèces vivantes, suivant la méthode de l'anatomie comparée³⁷. Prenons deux exemples français en matière administrative et commerciale.

18. De 1862 à 1868, le publiciste Anselme Batbie publie son *Traité de droit public*, en sept volumes, qui mérite d'être cité en entier³⁸ : *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 États-Unis, de la Belgique, de la Hollande, des principaux États 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*. Celui-ci, matière par matière, compare l'état actuel du droit administratif français au droit antérieur et aux autres législations. Dans son avertissement, il justifie sa méthode³⁹ :

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 États-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 États de l'Allemagne.

Ainsi fait-il, par exemple à propos de l'organisation des communes aux États-Unis, en Angleterre, en Italie, Belgique, Hollande, Espagne, Allemagne, Autriche, Hongrie et Russie (au tome IV de l'édition de 1885, p. 77 s.) ou à propos de l'expropriation et des travaux publics en Angleterre, en Russie, Espagne, Belgique, Italie, Allemagne, Suisse et aux États-Unis (au tome VII de l'édition de 1885, p. 252 s.).

19. De façon assez semblable, le commercialiste Charles Lyon-Caen publie, d'abord sous forme d'article dans le *Journal de droit international privé* (1876) puis sous forme d'ouvrage (1881), un « Tableau des lois commerciales en vigueur dans les principaux États de l'Europe et de l'Amérique »⁴⁰. Celui-ci s'en explique⁴¹ :

En comparant ensemble les lois commerciales des différents peuples, on constate entre elles des divergences assez nombreuses. Mais ces divergences sont bien moins importantes et en beaucoup moins grand nombre que celles qui existent entre les lois civiles. Dans tous les pays, la législation commerciale nous présente les mêmes institutions, les sociétés par actions, les effets de commerce, les faillites, les assurances, etc. ; et il y a souvent une similitude marquée entre les manières dont ces institutions sont réglementées.

Lyon-Caen se penche sur les causes de ces similitudes : les lois commerciales, explique-t-il, sont moins variables que les lois civiles ; elles ont une origine commune (les coutumes des commerçants) ; le code de commerce français de 1807 a servi de modèle à la plupart des codes étrangers. De sorte que l'auteur

37 Sur ces disciplines et leurs méthodes, P. Desmets, *La linguistique naturaliste en France (1867-1922). Nature, origine et évolution du langage*, Leuven, Paris, Peeters, 1996, p. 47 s. ; S. Schmitt, *Aux origines de la biologie moderne. L'anatomie comparée d'Aristote à la théorie de l'évolution*, Paris, Belin, 2006, p. 151 s. ; p. 345 s.

38 Sur Batbie et sa contribution à la comparaison, M. Touzeil-Divina, *La doctrine publiciste 1800-1880*, Paris, la Mémoire du droit, 2009, p. 254 s. ; Y. Falelavaki, *L'histoire d'une conversion...*, op. cit., p. 177 s ; 292 s.

39 A. Batbie, *Traité théorique et pratique de droit public et administratif*, Paris, Cotillon, 1862, t. I, p. 5-6. L'approche comparative de Batbie nous a été indiquée par Yannick Falelavaki. Qu'il en soit remercié.

40 Sur Lyon-Caen et sa contribution à la comparaison, C. Ciancio, « Les congrès internationaux de droit commercial : un réseau de commercialistes européens à la recherche d'un droit uniforme », *L'idée de fonds juridique commun...*, op. cit., p. 253 s.

41 C. Lyon-Caen, *Tableau des lois commerciales en vigueur dans les principaux États de l'Europe et de l'Amérique*, Paris, Cotillon, 1881, p. 5.

commence par présenter le code français avant, en 30 pages, de présenter la structuration des législations commerciales d'une quarantaine de pays⁴² :

Pour présenter le tableau des lois commerciales actuelles dans les principaux États autres que la France, nous diviserons ces pays en trois grandes classes :

- I. Pays ayant des Codes de commerce, qui ont été rédigés sous l'influence directe du Code de commerce français [l'Italie, la Hollande, la Belgique, l'Espagne, le Portugal, la Grèce, la Turquie, l'Égypte et la Roumanie],
- II. Pays ayant des Codes de commerce ne dérivant pas aussi complètement du Code français,
- III. Pays n'ayant point de Code de commerce [la Grande-Bretagne, les États-Unis et les pays scandinaves].

20. Chez ces auteurs, la comparaison obéit à un mobile didactique et scientifique, voire systématique. Il s'agit d'offrir des données et d'exposer les législations étrangères (Zupetta, Blaxland, Anthoine de Saint-Joseph, Bosellini ou Brochoki), de décrire les particularités, d'« étudier » les législations étrangères (Barbie) ou de « présenter le tableau » des législations étrangères (Lyon-Caen), puis d'ordonner les connaissances et de les cataloguer en fonction des critères retenus par l'auteur.

III. Comparer pour indiquer comment régir et juger

21. L'auteur du XIX^e siècle peut avoir pour mobile principal de guider l'activité concrète des administrateurs et des praticiens, ce dans un double contexte colonial et international. Sur le plan international, il s'agit de ces ouvrages qui étudient et comparent les diverses législations, afin d'indiquer aux praticiens comment prévenir ou régler d'éventuels conflits de lois⁴³. C'est dans cette logique que Story, Foelix ou Mancini publient leurs traités⁴⁴. Joseph Story – après des études de droit à Harvard, il intègre le barreau de Salem en 1801 et est nommé juge à la cour suprême des États-Unis en 1811 – publie ses *Commentaries of the conflict of laws, foreign and domestic* (1834). Il explique vouloir offrir à la profession et au public un examen des principes qui guident les conflits de lois. Il fait le constat que la doctrine de *common law* accuse, sur ce point, un retard considérable à l'égard des juristes d'Europe continentale⁴⁵. Or, commence-t-il, le problème est de toujours⁴⁶ :

La terre a depuis longtemps été divisée en nations distinctes, habitant différents territoires, parlant différentes langues, engagées dans différentes activités et attachées à différentes formes de gouvernement. Il était naturel, dans de telles circonstances, qu'il pût y avoir une grande variété dans leurs institutions, coutumes, lois et politiques. [...] Pourtant, même en vertu de ces circonstances, des problèmes se posaient parfois, du fait de leurs rapports les uns avec les autres, quant à l'application des lois d'une nation à propos des droits et des recours des parties dans les tribunaux nationaux, en particulier quand, d'une façon ou d'une autre, ils étaient liés à ou qu'ils dépendaient de transactions étrangères.

Après une courte fresque historique (chapitre 1, p. 1 s.), Story, étudie les maximes générales du droit international (chapitre 2, p. 19 s.), avant d'examiner l'application et l'effet des lois étrangères à l'égard du domicile, du statut des personnes, des contrats, de la propriété, des successions, etc. Afin d'indiquer les

⁴² *Ibidem*, p. 12.

⁴³ B. Ancel, *Le droit international privé comparé*, Paris, éd. Panthéon-Assas, 2007-2008, p. 19 s. ; J.-L. Halpérin, *Entre nationalisme juridique et communauté de droit*, Paris, Presses universitaires de France, 1999 ; E. Jayme, *Identité culturelle et intégration : le droit international privé postmoderne*, *Recueil de cours de l'Académie de droit international*, t. 251, La Haye, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, p. 39 s. ; A. Schnyder, *Wirtschaftskollisionsrecht*, Zurich, Schulthess-Schaffer, 1990, p. 9 s.

⁴⁴ J.-J.-G. Foelix, *Traité de droit international privé. Des conflits de lois de différentes nations en matière de droit privé*, Paris, Joubert, 1843 ; P. S. Mancini, *Della nazionalità come fondamento del diritto delle genti, prelezione al corso di diritto internazionale e marittimo*, Turin, Tipografia Eredi Botta, 1851.

⁴⁵ Sur le travail fondateur de Story, voir Symeon C. Symeonides, *American Private International Law*, Austin, Boston, Chicago, New York, Wolters Kluwer, 2008, p. 108 s.

⁴⁶ J. Story, *Commentaries of the conflict of laws, foreign and domestic, in regard to contracts, rights, and remedies, and especially in regard to marriages, divorces, wills, successions, and judgments*, Boston, Little and Brown, 1834, p. 1 s. *TdA*.

meilleures solutions, Story détaille et compare les divers régimes juridiques, essentiellement à partir des juristes français (dans une moindre mesure les auteurs romains, anglais, américains, allemands et hollandais) et des affaires jugées par les tribunaux américains, européens, anglais et écossais.

22. Sur un plan colonial, il s'agit de ces ouvrages qui étudient et comparent les diverses législations, afin d'indiquer aux praticiens comment administrer les territoires et juger les litiges. Les découvertes, les fondations, les conquêtes et reconquêtes effectuées par les puissances européennes tout autour du monde ont, en effet, placé les autorités officielles devant une grande diversité juridique. Il faut, d'un côté, veiller sur l'ordre public et imposer peu à peu la puissance coloniale par le droit et la justice, de l'autre, conserver en partie les lois et les coutumes locales. Français, Anglais, Espagnols, Belges ou Allemands vont ainsi expérimenter plusieurs modèles dont la présentation binaire *Indirect Rule anglais/Domination directe française* ne rend pas fidèlement compte⁴⁷. En réalité, les approches coloniales sont diverses, parfois mêlées les unes aux autres, et dépendent des lieux, des périodes et des agents. Toutefois, elles ont un point commun : le besoin de connaître et de comparer les règles juridiques les unes aux autres.

23. Prenons ici l'exemple de l'empire britannique. Le va-et-vient des juges et des gouverneurs dans l'empire victorien s'accompagne d'un besoin constant d'actualisation. Il s'agit de connaître, de comprendre et d'appliquer tantôt le droit local, tantôt le droit espagnol, tantôt le droit français d'Ancien Régime (les coutumes de Paris), tantôt le droit napoléonien, tantôt le droit romano-hollandais, etc. D'où le besoin pratique d'identifier les règles applicables⁴⁸. C'est dans cet esprit que Burge publie les quatre volumes de ses *Commentaries on Colonial and Foreign Laws, generally, and in their conflict with each other, and with the law of England (1838)*. Juriste travaillant pour l'administration coloniale, il devient attorney général de la Jamaïque en 1819. Il explique dans sa dédicace à Henry Langdale⁴⁹ :

Dans ce travail, que votre Seigneurie m'a autorisé à lui dédier, mon objectif a été de collecter (*bring together*) ces divers systèmes de droit colonial et étranger, lesquels constituent une part considérable du droit régi par le tribunal suprême d'appel de l'empire colonial britannique et qui forment fréquemment l'objet de questions judiciaires devant les autres tribunaux de ce pays. Ils sont présentés en regard avec le droit anglais, et quand ils entrent en conflit avec ce droit, ou les uns avec les autres, je me suis efforcé d'établir et d'indiquer les principes sur lesquels la sélection de l'un de ces droits pouvait être fait.

Matière par matière (statut, capacités et incapacités, domicile, biens, contrats, successions, etc.), Burge propose des définitions, présente les divers régimes juridiques et leurs fondements conceptuels, puis, territoire par territoire, il offre non seulement des données (voir *infra –offrir des données juridiques, exposer des législations, classifier*), mais aussi les lignes directrices et les conseils pour faire les choix avisés. En d'autres mots, l'auteur a déjà exploité les données dans une logique fonctionnelle. Le juge et l'administrateur colonial peuvent : 1) embrasser la diversité juridique de l'empire, 2) connaître les ressemblances et les différences entre les règles d'origines diverses, 3) recourir à la règle applicable⁵⁰ :

Il existe de grands conflits entre les différents codes juridiques examinés dans ce travail, en fonction de leur manière de traiter ces sujets variés. Il devient fréquemment essentiel que les juges sachent comment faire la sélection de l'un de ces droits en conflit. Les principes sur lesquels la sélection doit être faite constituent une branche importante du droit. Cela constitue une partie de ce travail. L'examen de ces principes suit le résumé des

47 B. Durand, *Introduction historique au droit colonial*, Paris, Économica, 2015, p. 343 s. ; R. Schlottau, *Deutsche Kolonialrechtspflege : Strafrecht und Strafmacht in den deutschen Schutzgebieten 1884 bis 1914*, Francfort, Lang, 2007 ; S. Dorsett et J. McLaren (éd.), *Legal Histories of the British Empire. Laws, Engagements and Legacies*, Oxon-New York, Routledge, 2014 ; J.-P. Luis (éd.), *L'État dans ses colonies. Les administrateurs de l'empire espagnol au XIX^e siècle*, Madrid, éd. de la Casa de Velásquez, 2015.

48 S. den Otter, « A legislating empire : Victorian political theorists, codes of law, and empire », *Victorian Visions of Global Order. Empire and International Relations in Nineteenth-Century Political Thought*, D. Bell (éd.), Cambridge, Cambridge University Press, 2007, p. 89 et s. ; D. Kirkby et C. Coleborne (éd.), *Law, History and Colonialism : The Reach of Empire*, Manchester, Manchester University Press, 2001 ; H. Foster, B. L. Berger et A. R. Buck (éd.), *The Grand Experiment : Law and Legal Culture in British Settler Societies*, Vancouver, UBC Press, 2008.

49 W. Burge, *Commentaries on Colonial and Foreign Laws generally, and in their conflict with each other, and with the law of England*, Londres, Saunders and Benning, 1838, 4 vol., t. I, p. I-II. *TdA*.

50 *Ibidem*, t. I, p. X. *TdA*.

droits, chaque fois que l'occasion de leur application est assurée, soit par un écart entre ces droits, soit par la nature de l'objet sur lequel existe l'écart.

24. Observons-le travailler. À propos du statut juridique des esclaves dans les différentes colonies, il s'interroge, au tome II, sur la double catégorie meubles/immeubles (*civil law*) et propriété réelle/propriété personnelle (*common law*)⁵¹. Pour opérer de façon compréhensible, il distingue, en deux sections, la double catégorie selon que les biens étudiés sont corporels (terres, bâtiments, animaux, etc.) ou incorporels (droits, héritages, mort-gages, etc.). Son souci est d'expliquer comment sont régis les biens dans chacun des systèmes anglais, américain, écossais, français (les coutumes de Paris, puis le Code Napoléon), hollandais et espagnol. C'est après avoir examiné les questions de meubles et d'immeubles par destination, qu'il détaille, au paragraphe XII, le statut des esclaves. D'abord, le principe : « bien qu'ils soient meubles *per se* et *ex natura sua*, néanmoins *si fundo adscripti sint*, ils sont réputés par le droit civil une partie de la ferme et de la propriété immobilière ». Puis il passe à l'examen des situations locales avec le souci de guider le choix entre *chattel* ou *real estate*, selon les règles qui régissent les biens, la vente, les dettes, les successions : à la Jamaïque, sauf exceptions, les esclaves sont *real estates* ; aux Barbades, aux Îles-Vierges, à Antigua, à Montserrat, Saint-Christophe, Saint-Vincent, Tobago et Grenade, ils sont également considérés comme *real estates*, sauf à titre de règlement de dettes ; à Nevis, ils sont considérés comme *chattels* à la mort du propriétaire –ils peuvent donc être distribués aux enfants, selon les règles successorales en vigueur–, mais l'époux survivant peut les conserver comme *estates* en versant, durant sept ans, aux descendants du décédé, une certaine somme ; à la Dominique, aux Bermudes et à Bahamas, ils sont toujours réputés *chattels* ; au British Guiana, ils sont *chattels* mais ils ne peuvent être vendus séparément de l'immeuble ; à Trinité, ils sont *chattels* mais avec option devant le tribunal ; dans les colonies françaises, ils sont réputés meubles du fait du Code Noir de 1685 et de l'édit de 1786 ; en Louisiane, ils sont meubles par leur nature, mais immeubles du fait de la loi⁵².

25. Burge, pour aboutir à ce résultat, a comparé chaque système étranger par rapport au droit anglais (leurs sources, leurs formes, leurs contenus), a souligné ressemblances et singularités, a guidé le choix des administrateurs et des juges. Ses *Commentaires* constituent donc plus qu'un recueil de données et le *Law Magazine* (1838) souligne la double ambition de l'auteur : la vraie valeur de l'ouvrage n'est pas d'avoir compilé les droits en vigueur dans les colonies, mais d'avoir embrassé d'un seul regard les divers systèmes juridiques sur lesquels ces droits sont fondés et d'avoir donné au lecteur « un passe-partout pour les caves et les entrepôts (*a key-pass to the inner recesses and repositories*) »⁵³. Le *Legal Observer* (1838) va plus loin : avant d'inviter les agents coloniaux à lire les *Commentaries*, il insiste sur l'apport scientifique de l'ouvrage en affirmant qu'il comble un vide en Angleterre (par rapport aux travaux de droit comparé continentaux et nord-américain) et qu'il sera d'un grand secours pour les juristes et les étudiants soucieux de comprendre les grandes doctrines du droit civil⁵⁴. La comparaison des droits dans un contexte colonial permet, à la suite, d'évoquer un continent intellectuel sous-jacent, peu soupçonné des comparatistes : celui de la comparaison des droits à l'occasion des voyages.

IV. Comparer pour relater la diversité

26. L'auteur du XIX^e siècle peut avoir pour mobile principal de relater la diversité ou la ressemblance des systèmes juridiques, par des récits, des remarques ou des exemples, eux-mêmes tirés de relations de voyage, de tableaux de concordances, de monographies juridiques, etc.

⁵¹ *Ibid*, t. II, p. 6.

⁵² *Ibid.*, t. II, p. 24-27.

⁵³ *Law Magazine*, février 1838-mai 1838, p. 107.

⁵⁴ *Legal Observer*, novembre 1837-avril 1838, p. 370.

27. C'est le cas du juriste qui utilise les exemples étrangers pour caractériser le droit dont il traite, sans démarche comparative de fond. La comparaison constitue pour lui tout au plus un procédé rhétorique ou pédagogique. Prenons ici le cas de Rogron. Si l'on choisit cet auteur, c'est précisément parce que, dans son œuvre juridique, la comparaison juridique n'occupe aucune place. Cet auteur a en effet publié des codes expliqués à destination des étudiants et des praticiens. Ces ouvrages, éditions après éditions, ont été achetés par dizaines de milliers. Ils ont d'ailleurs parfois été utilisés à l'étranger pour connaître le droit français (voir *supra* –comparer pour offrir des données, exposer des législations, classifier, à propos d'Andrés Bello au Chili). Or, dans les diverses éditions de son *Code civil expliqué*, de son *Code pénal expliqué* ou même de son *Code de commerce expliqué*, on chercherait vainement la moindre comparaison. Pas un mot sur le droit anglais, prussien ou autrichien, par rapport au droit français. Ce n'est, pense Rogron, ni son propos, ni l'attente de ses lecteurs. La comparaison n'entre pas dans son projet éditorial. Il n'a pas de mobile pour le faire. Toutefois –et c'est exceptionnel–, Rogron compare les droits à l'occasion de son *Code politique*, afin d'offrir les exemples qui vont caractériser le système constitutionnel français⁵⁵. Il s'agit, par incises, de montrer tantôt une ressemblance, tantôt une différence entre deux règles. À propos de la *Forme du gouvernement du roi*, Rogron cite l'article 13 de la Charte de 1814 : « Le roi est le chef suprême de l'État ; il commande les forces de terre et de mer, etc. ».

Cette disposition, explique-t-il, donne certainement au roi le droit de se mettre à la tête des armées ; mais la conservation du prince qui importe à l'État, et l'intérêt bien entendu de la liberté publique, ne permettent pas que le roi recherche, si ce n'est dans de grandes occasions, une gloire inutile : c'est le principe reçu en Angleterre, et il n'est pas douteux qu'un ministère qui, en France, conseillerait au roi de se charger d'un commandement périlleux, engagerait sa responsabilité.

À propos de la publicité des débats à la Chambre, il souligne qu'il « est d'usage à la chambre (et ce devrait être un droit) de donner aux sténographes et aux rédacteurs des journaux des tribunes particulières. *En Angleterre*, cet usage n'existe pas ; les écrivains sont confondus avec le public » (p. 74). À propos de la dissolution de la Chambre des députés (p. 82) : « Le même usage existe *en Angleterre* ». À propos de la peine capitale : « Il est des pays *comme l'Angleterre et la Prusse*, où aucune condamnation à mort ne peut être mise à exécution sans être munie du seing royal. En France, la loi ne prescrit rien à cet égard [...] ». À propos des jurys criminels (p. 100) : « *En Angleterre*, elle est beaucoup plus ancienne ». Rogron, sur ce point, s'aventure même plus loin puisqu'il s'interroge : quel est, de la majorité ou de l'unanimité, la meilleure modalité ? Mais rien, dans toutes ces incises, n'indique une véritable réflexion comparative, puisque l'auteur a simplement conscience qu'une comparaison permet au lecteur, praticien ou étudiant, de comprendre instantanément la règle française :

C'est [à propos de la majorité ou de l'unanimité] une question immense, traitée dans de nombreux volumes, mais qui divisera encore longtemps les hommes d'État et les criminalistes ; quant à nous, nous croyons que l'unanimité du jury n'est guère possible ; elle sera presque toujours apparente plutôt que réelle. C'est ce qui a lieu en Angleterre et aux États-Unis, où elle existe de droit, mais non de fait, car la minorité se range toujours forcément à l'avis de la majorité, et l'unanimité n'est plus dès lors que factice.

28. Dans un autre registre, il convient de mentionner l'auteur, voyageur, explorateur, découvreur, juriste ou non, qui rend compte de la singularité du droit et des mœurs d'un peuple étranger par rapport aux siens. Ce siècle de découvertes, d'expansion et de colonisation donne lieu à une grande vague de voyages et de concrétisations éditoriales sous forme de récits ou de notes de voyages. Il s'agit d'une mode littéraire qui succède à celle du XVIII^e siècle, qui raconte en comparant, qui compare en racontant, afin de rapporter au lecteur les différences entre ici et là-bas et de mieux souligner certaines observations personnelles⁵⁶. Or, au

55 J.-A. Rogron, *Les codes français expliqués par leurs motifs. Première partie comprenant les codes politique, civil, de procédure civile, de commerce*, Paris, Thorel, 1847, p. 51 s.

56 Sur les pratiques du voyage et la mode des récits de voyage au XIX^e siècle, S. Venayre, *Panorama du voyage 1780-1920. Mots, figures, pratiques*, Paris, Les Belles Lettres, 2012 ; C. Roussel-Zuazu, *La literatura de viaje española del siglo XIX. Una tipología*, Thèse, Philosophie, Université du Texas, 2005 ; G. Hooper et T. Youngs (éd.), *Perspectives on Travel Writing*, Aldershot, Burlington, Ashgate ed., 2004 ; A.-G. Weber, *A beau mentir qui vient de loin. Savants, voyageurs et romanciers au XIX^e siècle*, Paris, Champion, 2004.

même titre que l'auteur compare le climat, l'architecture ou la géographie, il lui arrive de faire des remarques comparatives à propos des institutions, des coutumes et des lois qu'il découvre à l'étranger.

29. Prenons quelques exemples, avant d'en mesurer les conséquences. Le médecin et zoologiste allemand Heinrich Carl von Liechtenstein, dans ses *Voyages au Cap de Bonne-Espérance et le long des côtes occidentales et méridionales d'Afrique, depuis le cap Negro jusqu'au cap Corrientes (1804)*, rend compte, chemin faisant, d'une multitude de coutumes différentes. Par exemple, chez les Betjouanas (Lesotho), où il est question de polygamie, par rapport à la monogamie des Européens⁵⁷ :

Dans la conversation, l'aînée [des deux épouses] montra beaucoup de jugement. Au sujet de la coutume des Européens, de n'épouser qu'une seule femme, elle fit observer que cette coutume ne serait pas bonne pour les Betjouanas, chez lesquels la guerre diminue beaucoup le nombre d'hommes, en sorte qu'il y a beaucoup plus de femmes.

Achille Poussielgue, à partir des notes de voyage du diplomate français Alphonse de Bourboulon, publie le *Voyage en Chine et en Mongolie de M. de Bourboulon (1866)* et traite de la justice et des lois chinoises, par rapport à celles de la France – la comparaison est ici faite de façon indirecte, presque inconsciente⁵⁸ :

Il y a dans toutes les localités une salle des instructions où le sous-préfet qui fait sa tournée trimestrielle doit s'informer de tout ce qui se passe, juger les différends, et faire un cours de morale au peuple ; mais cette excellente institution, qui présente une certaine analogie avec nos justices de paix, est tombée en désuétude par suite du relâchement des liens gouvernementaux et de l'incurie des mandarins. [...] Il existe en Chine un grand nombre de lois disséminées dans les édits impériaux, dans les recueils de jurisprudence, dans les livres canoniques ; mais il n'y a pas, à vraiment parler, de code civil, ni pénal. Les magistrats ont la plus complète latitude pour interpréter la loi qui est d'une grande élasticité, parce qu'elle est mal définie.

Les chirurgiens de marine et botanistes Vieillard et Delplanche, dans leur *Essai sur la Nouvelle Calédonie (1863)*, expliquent comment les rois kanaks fixent « une multitude de prohibitions » par *tabu*, par rapport aux principes européens⁵⁹. Le jésuite belge Pierre-Jean de Smet, dans ses *Voyages aux montagnes rocheuses et séjour chez les tribus indiennes de l'Orégon (1873)*⁶⁰, compare, à celle de son pays, l'organisation institutionnelle des Indiens Tête-Plate d'Amérique du Nord. Quant au voyageur Victor Verneuil, dans ses *Aventures au Sénégal (1858)*, il compare la logique pénale française à celle des Trarsas. Derrière la restitution du drame, le rythme du dialogue et la mise en miroirs des valeurs respectives, on décèle un mobile secondaire chez l'auteur : prôner la personnalité des lois, y compris en matière criminelle⁶¹ :

Il est indispensable d'appeler devant notre tribunal les nègres en contestation avec les Européens ; mais il nous semble qu'on eût mieux fait de les laisser se juger eux-mêmes que de les soumettre à nos lois, qui ne sont aucunement en rapport avec leurs mœurs. D'ailleurs notre pénalité ne les afflige guère, car ils ne redoutent que le mépris de leurs concitoyens, et, par un sentiment national facile à comprendre, il suffit que nous ayons condamné un grand criminel pour que sa tribu lui rende toute sa considération. La magistrature des peuples sénégalais n'use ni de prison ni de guillotine ; leur code est tout religieux. Le vendredi, jour trois fois saint, les vieux marabouts s'assemblent sous un arbre et jugent les coupables. Les uns sont privés de se marier pendant deux, quatre, huit, dix, vingt ans, selon la gravité de leurs crimes ; les autres, plus coupables, sont condamnés au célibat perpétuel et réduits en servitude. Ils ne punissent de mort que l'adultère.

Un jour que je visitais un camp moresque dans le pays des Trarsas, en traversant une place, au centre des tentes, je vis une femme liée au tronc d'un arbre ; à côté était un homme occupé à émousser le tranchant d'un vieux sabre sur une pierre. [...] Voici le coupable ! s'écria mon interprète. On va le conduire devant les tentes pour qu'il reçoive la malédiction de tous les habitants, puis on viendra le livrer à la juste vengeance de celui qu'il a outragé.

En effet, j'entendis le son du tam-tam circuler par tout le camp, puis enfin je vis arriver le condamné ayant les mains liées derrière le dos. Il n'était suivi que par ses gardes ; les gens de la tribu le méprisaient trop pour assister à son supplice. En l'apercevant, l'époux sembla subitement animé d'une fièvre ardente, ses muscles se

57 C.-A. Walckenaer, *Nouvelle collection des relations de voyage par mer et par terre*, Paris, Lefèvre, 1830, t. XVIII, p. 160.

58 A. Poussielgue, *Voyage en Chine et en Mongolie de M. de Bourboulon*, Paris, Hachette, 1866, p. 161-162.

59 E. Vieillard et É. Delplanche, *Essai sur la Nouvelle-Calédonie*, Paris, Challamel aîné, 1863, p. 31 s.

60 P. J. De Smet, *Voyages aux montagnes rocheuses et séjour chez les tribus indiennes de l'Orégon (États-Unis)*, Paris, Bruxelles, 1873, 2nd éd., Devaux et Cie, p. 58.

61 V. Verneuil, *Mes aventures au Sénégal*, Paris, Jaccottet, Bourdilliat et Cie, 1858, p. 61-64.

contractèrent, ses yeux jetaient des éclairs. Il commença par cracher à la face du coupable ; puis, après l'avoir renversé d'un coup de pied, il le saisit par les cheveux, lui appuya la tête sur son genou, et se mit à lui scier lentement le cou avec son sabre ébréché. La décapitation dura plus d'une demi-heure. Ni le bourreau, ni la victime, ni les assistants, personne ne prononça une parole. [...]

Vous êtes d'une sévérité atroce dans ce pays.

Mais l'adultère n'est-il pas le grand de tous les crimes ? s'écria le guide avec exaltation ; qu'on tue le père, le frère, l'ami d'un homme, il souffrira moins que s'il est trahi par sa femme.

Mahomet a dit : « Celui qui prend un mouton ou une robe peut rendre une robe ou un mouton. Mais celui qui rompt les liens sacrés du mariage ne les renouera jamais ; aussi faut-il le tuer, et celui-là qui mourra souffrira moins que l'époux survivant à son déshonneur. » Après cela [conclut Verneuil], portez donc votre code au Sénégal ! Les indigènes seront-ils bien satisfaits de vous voir juger l'adultère comme un simple délit, et condamner les coupables à quelques mois de prison ?

30. On le constate : dans ces projets éditoriaux, il ne s'agit pas d'une comparaison de fond, réfléchie, assumée, mais de raconter des découvertes. Toutefois, dans leur globalité, ces récits entretiennent la double idée, dans le droit fil de *L'esprit des lois* de Montesquieu, que les règles juridiques sont multiples et relatives, et qu'elles forment un tout en lien avec le climat, la religion, le commerce, la guerre, les mœurs, etc. Ces récits de voyage jouent donc un rôle dans l'espace intellectuel européen et nord-américain car leurs contenus offrent d'innombrables exemples exploitables par les juristes et les anthropologues. « Les anthropologues, fait remarquer Cécile Vigour, font encore appel, à la fin du XIX^e siècle, aux récits des missionnaires ou encore à ceux des naturalistes »⁶². Vis-à-vis des juristes, tout cela servira, par exemple, à alimenter les diverses théories de développement du droit par degrés ou par imitation (ex. : de la vengeance privée à la justice publique, de la communauté des biens à la propriété individuelle, de la coutume à la loi, de la chefferie à l'État).

V. Comparer pour alimenter des théories historiques

31. L'auteur du XIX^e siècle peut avoir pour mobile principal d'alimenter des théories historiques, économiques, scientifiques, philosophiques, etc., en comparant soit à l'aide de travaux de seconde main, soit à l'aide d'éléments tirés, par exemple, de récits de voyages (voir *supra* –*comparer pour relater la diversité*) ou de données juridiques offertes par des juristes (voir *supra* –*offrir des données juridiques, exposer des législations, classifier*), etc. C'est sur ce point qu'il faut, de nouveau, ouvrir la focale et rappeler que les juristes ne sont pas les seuls à recourir à la comparaison juridique, parce qu'ils ne sont pas les seuls à chercher à percer les mystères des origines et des évolutions. Mieux : c'est parce qu'ils s'intéressent au même sujet, que des auteurs divers s'empruntent les uns aux autres des données comparatives qu'elles soient anthropologiques, juridiques, biologiques, etc. Un philosophe comme Hegel, lorsqu'il décrit la marche et la réalisation de l'esprit universel au travers du droit abstrait, de la morale subjective puis de la morale objective, se penche sur l'apparition de la famille et de l'agriculture comme fondations de l'État moderne (*Rem. 203*), de la division de la société en classes, en Occident et en Orient (*Rem. 206*), des différences et ressemblances entre droit coutumier et droit codifié (*Rem. 211*)⁶³. Un naturaliste comme Darwin, lorsqu'il examine, chez l'homme, le développement des instincts sociaux et des vertus strictement sociales, relativise l'universalité de l'interdit de l'inceste sur la base des travaux de Tylor (coutumes d'Australie et d'Amérique septentrionale), et insiste, à partir des travaux de Bagehot ou Gerland, sur l'idée que les infractions (assassinat, infanticide, vol) peuvent être considérées aussi bien comme des crimes à l'égard des membres de la tribu que des vertus à l'égard des étrangers (coutumes des Indiens d'Amérique

⁶² C. Vigour, *La comparaison dans les sciences sociales*, Paris, La découverte, 2005 (version ebook, 2016).

⁶³ G. W. F. Hegel, *Principes de la philosophie du droit (1820)*, A. Kaan (trad.), Paris, Gallimard, 1940, p. 231 s. ; J.-F. Kervégan et G. Marmasse (dir.), *Hegel penseur du droit*, Paris, CNRS éd., 2003 ; P. Dubouchet, *Philosophie et doctrine du droit chez Kant, Fichte et Hegel*, Paris, L'Harmattan, 2005.

du Nord, des Dayaks de Bornéo, des Thugs d'Inde)⁶⁴. Quant à Henry Maine, Gabriel Tarde ou Josef Kohler, ils sont à la fois juristes et pionniers de l'anthropologie et de la sociologie.

32. Leur controverse montre d'ailleurs comment le recours à la comparaison juridique s'effectue au centre d'un triangle histoire/anthropologie/sociologie où les frontières disciplinaires tendent à s'effacer, au profit d'une complémentarité de ressources, d'objectifs et de méthodes. Henry Sumner Maine, après des études de droit à Cambridge, devient professeur et publie son fameux *Ancien Law. Its connection with early history of society and its relation to modern ideas* (1861). La même année, il intègre le Conseil des Indes en tant que conseiller juridique. Ses tournées d'enquête l'entraînent à découvrir une organisation économique et juridique villageoise qui partage certains traits communs avec l'organisation de la propriété du sol au Haut Moyen Âge européen. De retour au Royaume-Uni, il réunit ses données dans six leçons qu'il va dispenser à Oxford, sous le titre : *Villages Communities of the East and West. Six Lectures delivered at Oxford* (1871). Pour commencer, Maine s'explique avec beaucoup de sérieux sur sa démarche comparative⁶⁵ :

Suivant l'acception commune, la législation comparée ne se propose pas de jeter des lumières nouvelles sur l'histoire du droit. Il n'est même pas admis généralement qu'elle tend à en éclairer le côté philosophique ou les principes. Son travail se borne à choisir deux systèmes juridiques appartenant à deux peuples différents, et à les comparer sur un point de droit quelconque : par exemple sur tel ou tel contrat, ou sur la situation respective des époux dans le mariage. [De sorte que] les esprits compétents n'hésiteraient pas à reconnaître que l'objet principal, sinon l'unique objet de la législation comparée, est de faciliter l'élaboration des lois au point de vue pratique. [À l'inverse,] nous allons examiner un certain nombre de phénomènes parallèles, avec l'intention d'établir, s'il se peut, qu'ils dépendent en partie les uns des autres par un ordre de succession historique. Il me sera, je pense, permis d'affirmer que la méthode comparative, déjà si féconde en résultats curieux, ne diffère pas de la méthode historique dans quelques-unes de ses applications.

Le mobile de Maine étant d'établir la dépendance entre « un certain nombre de phénomènes parallèles », celui-ci utilise une méthode qui consiste à comparer et rapprocher ses propres observations des conclusions des historiens du droit. D'un côté (*lecture 3*, p. 65 s.), Maine synthétise les travaux historiques concernant l'organisation coutumière de l'exploitation agricole dans les villages d'Europe de l'Ouest. Il résume les travaux de McLennan (*Primitive Marriage*, 1865), de Lubbock (*The Origin of Civilisation and the primitive Condition of Man*, 1871), de Freeman (*The Historical Geography of Europe*, 1881), mais encore Morier, Palgrave, Kemble, et surtout Von Maurer (*Einleitung zur Geschichte der Mark-, Hof-, Dorf-, und Stadtverfassung und der öffentlichen Gewalt*, 1854 et *Geschichte der Dorfverfassung in Deutschland*, 1865-1866) lequel concluait, à propos de la tenure agricole antique en pays allemands, à l'équilibre entre la souveraineté individuelle au sein du domicile du tenancier et à l'association entre tenanciers au sein de la *Marke*⁶⁶. « Quiconque, ajoute Maine, est familier avec les œuvres de Palgrave, de Kemble et de Freeman, ne peut ignorer que les plus savants auteurs qui ont étudié les formes anciennes de la propriété foncière en Angleterre nous en tracent un tableau qui ne diffère pas sensiblement de la *Marke* teutonique, telle que je viens de l'esquisser d'après Maurer »⁶⁷. Une première comparaison entre les historiens allemands et britanniques offre donc à Maine un modèle d'exploitation collective des terres (la *Marke* teutonique) qui, à son tour, va lui servir de donnée de comparaison. D'un autre côté (*lecture IV*, p. 103 s.), il décrit l'organisation coutumière de l'exploitation agricole dans les villages indiens et aboutit au constat qu'il s'agit d'une propriété collective des terres. Dès lors, la comparaison entre la propriété

64 C. Darwin, *La descendance de l'homme et la sélection naturelle* (1871), E. Barbier (trad.), Paris, 1891, p. 123 s. ; sur l'impact intellectuel de la théorie sur l'*evolutionary legal thought* des juristes européens et nord-américains, E. D. Elliott, « The evolutionary tradition in jurisprudence », *Yale Faculty Scholarship Series*, 1985, p. 38 s. ; D. M. Rabban, « Methodology in legal history : from the history of free speech to the role of history in transatlantic legal thought », *Making Legal History. Approaches and Methodologies*, A. Musson et C. Stebbings (éd.), Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p. 88 s.

65 H. Summer Maine, *Villages Communities of the East and West. Six Lectures delivered at Oxford*, Londres, Murray, 1871, p. 3-12. Voir A. Macfarlane, « Some contributions of Maine to history and anthropology », *The Victorian Achievement of Sir Henry Maine. A Centennial Reappraisal*, A. Diamond (éd.), Cambridge, Cambridge University Press, 1991, p. III s. ; D. M. Rabban, *Law's History...*, *op. cit.*, p. 135 s.

66 Sur ces auteurs, leurs relations et leurs doctrines, K. Tuori, *Lawyers and Savages. Ancient History and Legal Realism in the Making of Legal Anthropology*, Oxon, Routledge, 2015.

67 *Ibidem*, p. 112.

collective dans les villages de l'Est (l'Inde) et les villages de l'Ouest (l'Allemagne, l'Angleterre) lui permet de déduire qu'à un stade primitif, la propriété du sol a partout été collective, et que le stade ordinaire de développement passe, hier en Europe, demain en Inde, par la féodalité puis l'appropriation individuelle du sol⁶⁸ :

Celui qui étudie les antiquités juridiques, dès qu'il s'est convaincu que, dans la majeure partie de l'Europe, le sol appartenait autrefois à des groupes propriétaires, d'un même caractère et d'une composition en substance identique à ceux dont on retrouve encore la trace dans les parties de l'Asie qui sont ouvertes aux observations patientes et consciencieuses, se sent immédiatement intéressé à ce qui est, en réalité, le grand problème de l'histoire du droit. Il s'agit du processus par lequel le mode de jouissance primitif s'est converti au système agraire, dont sortit immédiatement l'organisation territoriale qui régnait sur tout l'Ouest du continent européen, avant la première révolution française, et dont il est facile de démontrer que notre législation foncière descend en ligne directe.

33. Cette œuvre de comparaison juridique en vue d'alimenter une théorie historique, trouve un écho chez un contradicteur : Gabriel Tarde. Juriste, Tarde entre dans la magistrature en 1867. Il collabore, à compter de 1887, à la revue *Archives d'anthropologie criminelle* fondée par Lacassagne et publiée en 1890, l'un de ses ouvrages les plus célèbres : *Les lois de l'imitation*⁶⁹. Il y rejette catégoriquement la théorie du développement par stades, en ce qu'elle a de fatal et de déterministe, au profit de la théorie du développement par l'imitation⁷⁰ :

Cette œuvre d'uniformisation universelle, à laquelle nous assistons, révèle-t-elle le moins du monde une orientation commune des sociétés diverses vers un même pôle ? –Nullement, puisqu'elle a pour cause manifeste la submersion de la plupart des civilisations originales sous le déluge de l'une d'elles, dont le flux avance en nappes d'imitation sans cesse élargies. Pour voir à quel point les civilisations indépendantes sont loin de tendre à converger spontanément, comparons deux civilisations parvenues à leur terme et s'y reposant [...].

Dès lors, Tarde multiplie les exemples, les démonstrations et les comparaisons pour montrer que lorsque le développement n'obéit pas exclusivement à la biologie et à la physique, mais met en œuvre des dimensions sociales, c'est toujours un processus d'imitation quelconque qui est à l'œuvre. Cette théorie, l'auteur la nourrit avec de multiples comparaisons tirées de l'étude des langues, des religions, des régimes politiques, des législations, de la morale, des arts, des usages et des besoins économiques. C'est, affirme-t-il dans le chapitre consacré au droit, l'imitation qui a assuré l'adhésion massive au système des chartes municipales ; la propagation, en France, des coutumes de Lorraine rejoint celle, dans les villes du Rhin, des coutumes de Cologne ou des coutumes de Magdebourg à Halte, Leipzig, Breslau, puis de Breslau en Sibérie, en Bohême, en Pologne, en Moravie⁷¹. De même, la comparaison sert-elle à montrer que la torture, le jury ou la codification se sont imposés en Europe par l'imitation.

34. Parallèlement, Josef Kolher entreprend, dans les années 1885 –professeur de droit à Würzburg, il deviendra professeur à Berlin en 1888–, de montrer que toutes les sociétés passent, certes à des rythmes différents, par une même série de stades juridiques de développement selon un processus évolutionniste⁷². La comparaison entre le développement des droits islamique, chinois, berbère et ceylanais lui donne les éléments de preuve de ce que des peuples, qui n'ont pas eu de relations mutuelles, ont spontanément traversé des états successifs similaires. La comparaison juridique lui permet ainsi d'alimenter l'idée que le moteur du développement parallèle n'est pas l'imitation, mais l'évolutionnisme. En 1900, au Congrès international de droit comparé de Paris, Tarde et Kolher s'affrontent d'ailleurs sur leurs théories respectives, par communications interposées. Lambert, qui était chargé de rendre compte des travaux envoyés aux organisateurs du congrès, résume les deux conceptions : pour La Grasserie et Kolher, il existerait une loi qui entraîne tous les peuples à suivre un enchaînement réglé, uniforme et inévitable qui

68 *Ibid.*, p. 131.

69 L. Salmon et F. Audren, « Tarde », *Dictionnaire historique des juristes français...*, *op. cit.*, p. 730.

70 G. Tarde, *Les lois de l'imitation* (1890), 2^e éd., Paris, Alcan, 1895, p. 57.

71 *Ibidem*, p. 339-340.

72 J. Kolher, *Rechtsvergleichende Studien über islamitisches Recht, das Recht der Berbern, das chinesische Recht und das Recht auf Ceylon*, Berlin, Heymann, 1889.

les conduit toujours, au terme du processus, aux mêmes résultats juridiques ; à l'inverse, pour Tarde, explique toujours Lambert, il existe des trajectoires juridiques diverses qui entraînent à pouvoir classer les types juridiques comme on classe les espèces animales ou végétales et –restons fidèle à Tarde– qui se rejoignent par l'imitation d'une civilisation par une autre⁷³.

VI. Comparer pour unifier le droit

35. L'auteur du XIX^e siècle peut avoir pour mobile principal d'unifier le droit en vigueur, un mobile qui s'affirme au fur et à mesure que l'on avance dans le siècle. Avant les années 1780-1800, la diversité juridique s'accommodait, en Europe et dans les territoires nord et latino-américains, d'une relative unité du droit, assurée par le *ius commune* et le droit naturel des modernes. Au XIX^e siècle, chaque État –les États neufs comme les États anciens– construit sa propre législation, certes à l'aide des modèles juridiques qui circulent dans le monde, mais dans une démarche assumée de nationalisme juridique⁷⁴. Or, par réaction contre cette logique, de nombreux juristes proposent une autre voie : celle d'un nouveau droit commun, qui serait le fruit de la comparaison des droits, dont la forme et le fond varient d'ailleurs, selon les hommes, les périodes et les domaines du droit.

36. C'est évidemment l'un des projets majeurs d'une certaine doctrine commercialiste : au nom de la vocation même des affaires et au-delà de l'effacement progressif du vieux *jus mercatorum* au profit des codifications nationales, nombreux sont les auteurs qui entament un travail de comparaison en vue d'un droit commercial unifié. Ainsi l'Italien Giuseppe Montanelli –professeur à Pise, à compter de 1840, il milite pour l'indépendance de l'Italie selon une posture fédéraliste anti-unitaire– dans son *Introduzione filosofica allo studio del diritto commerciale positivo (1847)*. Il réclame que « les esprits qui s'étaient élevés jusqu'aux aspects les plus généraux des sciences sociales, descendent de ces hauteurs jusqu'à l'examen des législations commerciales positives qui gouvernent les nations civiles et, en les comparant les unes aux autres, qu'ils proposent le modèle législatif qui pourrait être adopté comme Code de droit commercial commun »⁷⁵.

37. C'est également l'un des objectifs, en droit civil, de quelques-uns des auteurs en vue au sein de la *Société de législation comparée*⁷⁶. Ainsi le Français René Saleilles lorsqu'il réunit le premier Congrès international de droit comparé à Paris, en 1900⁷⁷. Il propose d'opérer un renversement d'objectifs à l'égard de la comparaison. « Pendant longtemps, explique-t-il, on ne l'a conçu que comme une sorte de constatation des diversités législatives entre pays d'une civilisation similaire »⁷⁸. Désormais, il convient de faire « le rapprochement rationnel des diverses législations, prises dans leurs formules juridiques et leurs résultats

73 É. Lambert, « Synthèse des travaux envoyés au congrès », *Congrès international de droit comparé (1900)*, Paris, Sirey, 1905, p. 30.

74 Sur ce basculement, A. Padoa-Schioppa, *Storia del diritto in Europa. Dal Medioevo all'età contemporanea*, Bologne, Il Mulino, 2007 ; R. C. Van Caenegem, *European law in the past and the future. Unity and diversity over two millennia*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002 ; H. Hattenhauer, *Europäische Rechtsgeschichte*, Heidelberg, Müller, 2004 ; R. Schultze (dir.), *Französisches Zivilrecht in Europa während des 19. Jahrhunderts*, Berlin, Duncker et Humblot, 1994 ; J.-L. Halpérin, « L'approche historique et la problématique du *Jus commune* », *RIDC*, 2000, p. 717 et s.

75 G. Montanelli, *Introduzione filosofica allo studio del diritto commerciale positivo*, Pise,

76 Y. Falelavaki, « Le réseau constitué autour de la Société de législation comparée (1869-1900) », *L'idée de fonds juridique commun...*, *op. cit.*, p. 277 s.

77 Sur les mobiles des organisateurs du congrès, Y. Falelavaki, *L'histoire d'une conversion...*, *op. cit.*, p. 371 s.

78 R. Saleilles, « Rapport présenté à la commission d'organisation sur l'utilité, le but et le programme du congrès, 1900 », *Congrès international de droit comparé (1900)*, Paris, Sirey, 1905, p. 9-10. Sur Saleilles, J.-H. Robert, « Saleilles et le comparatisme », *RHFD*, 1991, p. 143 s. ; P. Grossi, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milan, Giuffrè, 1998, p. 191 s. ; C. Jamin, « Le vieux rêve de Saleilles et Lambert revisité. À propos du Centenaire du Congrès international de droit comparé de Paris », *RIDC*, 2000, p. 733 et s. ; A. Aragonés, *Un jurista del modernismo. Raymond Saleilles y los orígenes del Derecho comparado*, Madrid, Dykinson, 2009.

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 »⁷⁹ ; lequel pourrait se concrétiser « soit par voie législative, soit par voie coutumière et doctrinale [...], soit par voie d'entente internationale »⁸⁰.

38. C'est encore le programme développé, en matière pénale, par l'Allemand von Liszt – professeur de droit pénal tour à tour à Giessen (1879-1882), Marbourg (1882-1889), Halle (1889-1899) et Berlin (1899-1919), il initie un courant en faveur de la réforme pénale en Allemagne qui se matérialise par la fondation d'une revue, d'un institut et d'un réseau d'universitaires et de praticiens – lorsqu'il introduit *La législation pénale comparée publiée par l'Union internationale de droit pénal* (1894). Dans son *Coup d'œil rétrospectif et plans d'avenir*, il opère une relecture critique des tendances comparatives antérieures avant de fixer un nouveau cap⁸¹. C'est au congrès de Berne (1890), rappelle-t-il, que l'Union internationale de droit pénal a pris la résolution de publier un exposé comparatif du droit pénal en Europe. Or, la préparation du code pénal de la confédération helvétique offrait aux congressistes un cadre de réflexion propice et fécond. Le Conseil fédéral suisse avait en effet confié à Stoos le soin de réunir et conférer toutes les législations pénales cantonales (un premier travail publié en 1890), puis d'en extraire les principes généraux communs (deux volumes publiés en 1892 et 1893). Un cap était donné, d'autant que Stoos faisait partie de l'équipe formée par Liszt : il s'agissait, explique ce dernier, d'appliquer le modèle suisse à l'Europe, c'est-à-dire réunir et conférer les législations pénales française, allemande, italienne, belge, espagnole, etc. et d'en tirer les principes généraux communs, en vue de promulguer un jour un code pénal européen⁸². « Quand même, explique Liszt, notre but éloigné n'était pas l'élaboration d'un Code pénal européen (j'espère pouvoir démontrer que cette idée n'est point une utopie ainsi qu'elle pourrait le paraître à première vue), une étude comparative du droit pénal de l'Europe, prise en elle-même, devait être d'une valeur inestimable pour quiconque dans la sphère d'action duquel rentre le droit pénal. » C'est pourquoi Liszt s'applique à condamner les démarches comparatives qui s'écarteraient du cap⁸³ :

N'est pas législation comparée ce qu'on fait passer trop souvent comme telle, à savoir : le traité sur un droit national isolé quelque éloigné qu'il soit. Celui qui traite le droit pénal chinois ne fait pas pour cela de la législation comparée, aussi peu que celui qui écrit un manuel de droit pénal allemand ou celui qui commente le Code pénal français. Mais encore la juxtaposition de deux ou plusieurs droits n'est pas davantage de la législation comparée ; et, quelque paradoxe que cette phrase puisse paraître, même la comparaison de ces droits, l'opération de faire ressortir ce qu'ils ont de commun et en quoi ils diffèrent, ne saurait être considérée comme telle.

39. La véritable législation comparée se juge au mobile qui anime l'auteur : « il est nécessaire qu'on cherche et trouve quelque chose de nouveau et indépendant, qui diffère des droits isolés et comparés et n'y soit pas renfermé d'emblée de lui-même ». « Au-delà du droit aujourd'hui en vigueur, notre regard cherche le nouveau droit de l'avenir. Avant de nous livrer à la recherche de ce droit, nous devons en posséder la mesure, en connaître l'objet et le but »⁸⁴. Et ce but, explique Liszt, est la formation d'un code pénal européen. Il écarte d'un revers de main ceux qui rejettent ce projet ou le pensent utopique⁸⁵ :

Dans ma conviction, il est à tout moment possible aujourd'hui d'élaborer un Code pénal qui, dans ses principes, serait acceptable tout aussi bien par la France que par l'Allemagne, l'Autriche-Hongrie ou les Pays-Bas. Celui qui

79 *Ibidem*, p. II.

80 *Ibid.*, p. 14.

81 F. von Liszt, *La législation pénale comparée publiée par l'Union internationale de droit pénal*, Berlin, Paris, Rome, Lisbonne, 1894, vol. I, p. XI s. Sur Liszt, E. Schmidt, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflegen*, Göttingen, Vandenhoeck, 1964, p. 357 s.

82 Sur le programme de l'Union, E. Bellmann, *Die Internationale Kriminalistische Vereinigung*, Francfort, Lang, 1994 ; R. F. Wetzell, *Inventing the Criminal : A History of German Criminology, 1880-1945*, Chapel Hill, The University of North Carolina Press, 2000, p. 33 s. Sur les liens entre Liszt, Stoos et la codification pénale suisse, J. Graven, « Frantz von Liszt et le nouveau droit pénal suisse », *Revue internationale de droit pénal*, 1951, p. 209 s. Ces travaux préparatoires aboutirent à l'*Exposé des motifs de l'avant-projet de code pénal suisse*, Bâle, Genève, 1893 (sous la plume de Carl Stoos et la traduction en français d'Alfred Gautier), un projet qui sera accepté par référendum en 1938 pour une entrée en vigueur en 1942.

83 F. von Liszt, *La législation pénale...*, *op. cit.*, p. XIX.

84 *Ibidem*, p. XXI.

85 *Ibid.*, p. XX.

soutient le contraire méconnaît l'histoire du droit criminel. La législation pénale napoléonienne n'est-elle pas, quant à tous ses principes fondamentaux, en vigueur dans l'État principal d'Allemagne depuis un demi-siècle, et dans tout l'Empire allemand depuis plus de vingt ans ? Voudrait-on contester que le Code bavarois a été reçu dans les États de l'Amérique du Sud et dans la Grèce ? Je répète : les principes seuls sont en jeu.

Liszt en tire deux conséquences. Est à proprement parler de la comparaison juridique l'attitude qui consiste à affirmer, au terme de l'examen comparé des législations en vigueur : « c'est ainsi et pas autrement que vous devez faire votre loi ». Est à proprement parler de la comparaison juridique l'attitude qui cherche à développer la science du droit en obligeant la théorie nationale à s'élever au-dessus d'elle-même grâce aux travaux étrangers, en expliquant les notions d'imputabilité, d'intention, de négligence, de tentative, de complicité, etc., indépendamment des lois nationales⁸⁶. Les lois diront quand et comment est punie la tentative criminelle, mais c'est la science qui, dans une dimension internationale, expliquera la notion même de tentative. Pour Liszt, le mobile de la comparaison est donc d'unifier le droit, non seulement par la formation d'un droit pénal commun, mais encore par la formation d'une science de droit criminel commune ; celle qui a pour rôle de « rassembler, avec les Codes pénaux, la science et la jurisprudence des divers pays, en faire une unité supérieure »⁸⁷.

40. Pour le commercialiste Montanelli, le civiliste Saleilles et le pénaliste Liszt, le mobile justifie des méthodes assez voisines : il s'agit, pour le scientifique, de réunir les diverses législations, de les examiner, de les comparer, puis d'offrir l'une d'elle en modèle ou d'en extraire des principes généraux communs afin, dans un second temps, de les offrir comme loi commune. Montanelli réclame « le modèle législatif qui pourrait être adopté comme Code de droit commercial commun », Saleilles recherche « un type prédominant qui puisse servir de modèle, au moins approximatif », Liszt envisage le moment-clef où le comparatiste sera capable d'affirmer à la face des États d'Europe : « c'est ainsi et pas autrement que vous devez faire votre loi ».

Conclusion

41. Diversité de mobiles, diversité de méthodes, diversité de ton... La comparaison, au XIX^e siècle, offre une grande richesse d'approches ; une richesse telle que certains auteurs pionniers l'abordent déjà comme un objet d'étude. Ils examinent, *du dehors*, les comparaisons opérées par les autres, *au-dedans*. Prenons le cas d'Emérico Amari qui, en 1857, publie en exil –il doit quitter l'île après la révolution avortée de 1848 et la restauration des Bourbons– sa *Critica di una scienza delle legislazioni comparate*⁸⁸. Cet ouvrage étudie, sous l'angle de la comparaison juridique, les œuvres majeures depuis Aristote et Cicéron jusqu'à Bodin, Grotius, Montesquieu ou Bentham⁸⁹. Amari s'inspire des thèses de Vico sur le développement historiques des sociétés et cherche à appliquer la théorie du progrès à la comparaison pour construire l'unité du genre humain. Il rejoint, à ce titre, les auteurs qui comparent pour alimenter une théorie historique. Toutefois, l'intention est également d'analyser et de classer les démarches comparatives⁹⁰ :

La variété des fins que poursuit cette doctrine et l'importance des résultats auxquels elle aspire ont suscité l'attention et le travail d'une multitude d'auteurs talentueux. L'utilité pratique qui en est résultée, à un âge si puissamment utilitaire, a gagné la faveur de ceux qui, habituellement, ne sont pas trop bienveillants à l'égard des sciences, à savoir les princes. En fait, parmi toutes les disciplines juridiques, cette législation comparée est celle qui a été la plus cajolée, ou la moins contestée.

86 *Ibid.*, p. XXII.

87 *Ibid.*, p. XXIV.

88 A. Aquarone, « Amari Emérico », *Dizionario Biografico degli Italiani*, Rome, Ist. Dell'Enciclopedia Italiana, 1960, 2 vol., t. I, p. 634 s.

89 G. Bentivegna, *Filosofia civile e diritto comparato in Emérico Amari*, Naples, Guida, 2003, p. 106 s.

90 E. Amari, *Critica di una scienza delle legislazioni comparate, Saggi di filosofia civile*, vol. IV, Gênes, R.I. de' Sordo-Muti, 1857, p. 4-5.

D'où la rétrospective. Amari, après avoir expliqué ce qu'est une science et ce que peut être la science des législations comparées (p. 11 s.), offre une typologie de ce qu'il nomme son office ou ses fins. Il distingue l'office pratique de l'office scientifique (p. 47 s.), puis il énumère les fins pratiques : connaître les lois commerciales étrangères ; étudier la circulation des législations soit par l'instinct d'imitation, soit par la volonté de propagation ; rechercher l'origine des lois ; favoriser la course à la primauté parmi les nations (p. 48 s.). Dans son office scientifique, poursuit-il, les législations comparées examinent les droits en tant que manifestation du droit naturel (p. 87 s.), en tant que mise en œuvre du droit abstrait dans les lois, notamment par leur énumération et leur classification (p. 121 s.), en tant que méthode pour découvrir l'histoire ou la *biologie* des lois, notamment dans leurs rapports avec le climat, la religion, les mœurs, etc. (p. 158 s.), en tant que méthode pour découvrir la pérennité des lois (p. 206 s.), pour mettre en rapport le droit et la nature commune des nations (p. 258 s.), pour alimenter la théorie du progrès qui se nourrit de transferts de législations d'un peuple à l'autre (p. 319 s.).

42. L'approche novatrice d'Amari (1857) permet déjà d'embrasser les travaux de ses prédécesseurs et de ses contemporains. Néanmoins, c'est après la formalisation du droit comparé comme discipline juridique particulière que les inventaires et les clarifications vont se multiplier⁹¹. On va dès lors s'ingénier à classer les différentes approches comparatives et trier, parmi elles, ce qui relèverait vraiment du droit comparé et ce qui n'en relève pas. En 1928, par exemple, le Nord-Américain John Henry Wigmore –spécialiste et réformateur du droit japonais, il devient professeur de la *Northwestern Law School* de l'Université de Chicago et directeur du département de droit comparé de l'*American Bar Association* (1907)– différencie la *comparative nomoscopy* qui décrit les autres systèmes juridiques comme des faits, la *comparative nomothetics* qui interroge les qualités respectives des divers systèmes juridiques, et la *comparative nomogenetics* qui s'intéresse à l'évolution des systèmes en lien les uns avec les autres⁹². En 1931, le Français Édouard Lambert –professeur d'histoire du droit, de droit civil comparé et de droit international privé à l'Université de Lyon, il y fonde le premier institut français de droit comparé (1921)– dissocie *le droit comparé descriptif* qui recense et analyse les systèmes juridiques présents et passés, ainsi que la diversité de leurs principes et mécanismes, *l'histoire comparée du droit* qui, au travers d'une histoire universelle du droit, recherche les lois qui conduisent l'évolution des institutions juridiques, *la législation comparée* qui décrit le tronc commun sur lequel se greffent peu à peu les législations nationales⁹³. En 1932, le Suisse Walther Hug –professeur associé à l'Université de Harvard (1930), puis professeur de droit privé à l'Université suisse de Saint Gall (1932), il crée sa propre *Fondation pour le développement de la recherche scientifique en droit*– écarte de son propos l'étude des droits étrangers qui est « un simple préalable au droit comparé » et distingue *le droit comparé au sens strict du terme* (lequel comprend deux niveaux : la comparaison entre systèmes étrangers et système domestique, l'analyse objective et systématique des systèmes juridiques développés) de *l'histoire comparée du droit* qui, d'une part, compare l'histoire de deux ou plusieurs systèmes juridiques et qui, d'autre part, s'intéresse à l'histoire universelle du droit pour retracer l'évolution de telle ou telle institution juridique et l'évolution juridique globale selon les systèmes et les périodes⁹⁴. Wigmore, Lambert, Hug... On pourrait poursuivre la rétrospective jusqu'à nos jours.

Sylvain SOLEIL

Université Rennes 1, Centre d'Histoire du Droit – IODE (UMR CNRS 6262)

91 Sur ce tournant occidental, J. Husa, *A New Introduction to Comparative Law*, Oxford, Portland, Bloomsbury, 2015, p. 6 s. ; R. Legeais, « Pour une introduction au droit comparé : développement du droit comparé et diversification de ses fonctions », *Grands systèmes de droit contemporain. Approche comparative*, Paris, LexisNexis, Litec, 2008, p. 433 s. ; H. P. Glenn, « Vers un droit comparé intégré ? », *RIDC*, 1999, p. 841 s. ; K. Zweigert et H. Kötz, *Einführung in die Rechts-vergleichung*, Tübingen, Mohr, 1996, p. 47 s. ; M. Ancel, « Les grandes étapes de la recherche comparative au XX^e siècle », *Studi in memoria di Andrea Torrente*, Milan, Giuffrè, 1968, 2 vol., t. 1, p. 20 s.

92 J. H. Wigmore, « A panorama of the World's legal systems », *Harvard Law Review*, 1928, p. 1120.

93 E. Lambert, « Comparative Law », *The Encyclopaedia of the Social Sciences*, E. Seligman (éd.), New York, Macmillan, 1931, vol. IV, p. 126.

94 W. Hug, « The History... », art. cit.