

Sylvain Soleil

**« *On the Vocation of our Age for Codes* ».
Le recours à Savigny lors de la controverse anglo-américaine
sur la codification du *common law* (1820-1835)**

« On the Vocation of our Age for Codes ».

The use of Savigny during the Anglo-American codification controversy
(1820-1835)

SOMMAIRE : 1. Introduction – 2. La controverse et les équivoques du recours à l'Allemagne – 3. La mobilisation du *Vom Beruf* par les partisans du *common law* – 4. Les partisans de la codification et la stratégie de la dissociation – 5. Les partisans de la codification et la stratégie du combat – 6. Conclusions.

ABSTRACT : During the period 1820-1835, the Anglo-American legal world was set ablaze over a central question: is it expediency to abolish the common law and to form a set of codes? The codification controversy mobilized lawyers and politicians in books, legal and literary periodicals, speeches and debates about the reforms taking place in the United Kingdom, Louisiana, South Carolina and New York State. Although the two Anglo-American controversies were originally independent of each other, they very soon became intertwined, in particular because the reviews were the cause of a transatlantic confrontation. At the heart of the controversy, the Savigny's *Vom Beruf* was strategically drawn on by the advocates of the common law both against the process of codification and to give the common law system a historical and scientific foundation. In reply, supporters of codification explored two argumentative strategies, trying to separate Savigny from the Anglo-American common lawyers, and fighting Savigny by trying to show that his doctrine was full of mistakes.

KEYWORDS : American Law, English Law, German Law, Codification Controversy, Code Napoleon, Historical School of Law, Carl von Savigny, Jonas Meyer, Peter S. Du Ponceau, Charles P. Cooper, John Reddie, John J. Park.

1. Introduction

Le Royaume-Uni et les Etats-Unis des années 1820 voient fleurir le recours au *Vom Beruf*, le célèbre pamphlet de 1814 dans lequel Savigny réplique à Thibaut que le moment n'est pas venu de codifier le droit allemand¹. Chacun y va de sa propre traduction, plus ou moins boiteuse, plus ou moins fidèle. En 1825, le Nord-Américain Edward Everett l'évoque sous le titre : *On the Vocation of our Age for Codes*². En 1826, l'Écossais John Reddie sous le titre : *Inquiry into the Expediency of forming New Systems of Legislation in the Present Age*³. En 1827, l'Anglais John J. Park sous le titre : *On the Aptitude of the Times for Legislation and Jurisprudence*⁴. Avant qu'Abraham Hayward ne publie, en 1831, la traduction anglaise du *Vom Beruf* sous le titre : *Of the Vocation of our Age for Legislation and Jurisprudence*⁵.

Cette floraison de références s'explique par le fait que, si chacun a travaillé de son côté, tous se sentent concernés par une même controverse qui a embrasé le monde juridique de part et d'autre de l'Atlantique, là où le système juridique repose sur le *common law*, c'est-à-dire la source du droit alimentée par les juges à l'occasion de leurs décisions de justice. D'un côté, ce *common law* forme un droit commun qui a son histoire et son identité propre, un ensemble de règles et de principes de justice, un système juridique que peuvent amender les lois du parlement, le *statute law*, et la jurisprudence des cours de chancellerie, l'*equity* – du moins là où, à l'époque, l'on n'a pas supprimé le double ordre de juridictions. Mais, d'un autre côté, par nature, le système alimente une masse toujours croissante de précédents judiciaires, que l'on

¹ A. Dufour, « L'idée de codification et sa critique dans la pensée juridique allemande des XVIII^e-XIX^e siècles », *Droits*, 1996, p. 45 s. ; J. Rückert, « Code civil, Code Napoléon und Savigny », in J.-F. Kervégan et H. Mohnhaupt (dir.), *Influences et réceptions mutuelles du droit et de la philosophie en France et en Allemagne - Wechselseitige Beeinflussungen und Rezeptionen von Recht und Philosophie in Deutschland und Frankreich*, Francfort 2001, p. 143 s. ; O. Jouanjan, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918). Idéalisme et conceptualisme chez les juristes allemands du XIX^e siècle*, Paris 2005, p. 11 s. ; J. Le Rider, « La codification, objet de la controverse Thibaut - Savigny », in G. Kamecke et J. Le Rider (éd.), *La codification. Perspectives transdisciplinaires*, Paris 2007, p. 161 s.

² Everett, « Code Napoléon », *The North American Review*, 1825, vol. 20, p. 413.

³ Reddie, *Historical Notices on the Roman Law and the Recent Progress of its Study in Germany*, Edinburg 1826, p. 98.

⁴ Eunomus [Park], *Juridical Letters addressed to the Right Hon. Robert Peel, in Reference to the Present Crisis of Law Reform*, London 1830, p. 5.

⁵ Savigny, *Of the Vocation of our Age for Legislation and Jurisprudence, translated from the German of Frederick Charles von Savigny by Abraham Hayward*, London 1831.

recense dans une masse toujours croissante de recueils de jurisprudence, les *law reports*, et que l'on tente de synthétiser dans une masse toujours croissante de manuels et de traités de droit. D'où la controverse autour de l'opportunité (« *the expediency* ») d'abolir le *common law* pour lui substituer un ensemble de codes.

Aux Etats-Unis, c'est William Sampson, un avocat d'origine irlandaise, qui provoque les hostilités en décembre 1823, à l'occasion d'un discours prononcé à New-York dans lequel il met longuement en accusation le *common law*, ses absurdités, ses fictions, son langage abscond, son origine barbare, anglaise et monarchique⁶. Par opposition, Sampson prône la mise au point d'un code, à l'exemple de la Louisiane, un territoire nouvellement acquis par les Etats-Unis, où un code civil (sur le modèle du code Napoléon), un code de procédure et un code pénal sont à l'époque en préparation, sous la direction d'Edward Livingston, un juriste de New-York qui s'est converti au *civil law*⁷. Au Royaume-Uni, l'état du droit, notamment le droit pénal et le droit de la propriété réelle, l'organisation judiciaire et le monde du barreau et de la magistrature, le *bar* et le *bench*, font également l'objet de plaintes, de pamphlets, de pétitions depuis une trentaine d'années⁸. Dans les cercles benthamien et

⁶ P. Miller, « The common law and codification in Jacksonian America », *Proceedings of the American Philosophical Society*, 1959, p. 463 s. ; M. Bloomfield, « William Sampson and the Codifiers : The Roots of American Legal Reform », *The American Journal of Legal History*, 1967, p. 234 s. ; William E. Nelson, *Americanization of the Common Law : the Impact of Legal Change on Massachusetts Society, 1760-1830*, Cambridge-London 1975 ; Charles M. Cook, *The American Codification Movement : A Study of Antebellum Legal Reform*, Westport 1981 ; Robert W. Gordon, « The American Codification Movement » *Faculty Scholarship Series, 1370*, 1983, p. 439 s. ; F. Thornton Miller, *Juries and judges versus the law : Virginia's provincial legal perspective, 1783-1828*, Charlottesville 1994 ; M. Grossberg et C. Tomlins (éd.), *The Cambridge History of Law in America*, Cambridge 2008, 3 vol., t. 1. *Early America (1580-1815)* ; L. Edwards, *The People and their Peace : Legal Culture and the Transformation of Inequality in the Post-Revolutionary South*, Chapel Hill 2009 ; A. Mergey s. Soleil, « Faut-il codifier le *common law* des Etats-Unis ? La controverse Sampson v. Du Ponceau (1823-1826) », N. Cornu-Thénard, A. Mergey et S. Soleil, *La controverse. Etudes d'histoire de l'argumentation juridique*, Paris 2019, p. 149 s.

⁷ Richard H. Kilbourne, *A History of the Louisiana Civil Code : The Formative Years, 1803-1839*, Baton Rouge, LSUP, 1987 ; Vernon V. Palmer, « Two worlds in one : The genesis of Louisiana's mixed legal system, 1803-1812 », Vernon V. Palmer (dir.), *Louisiana : A Microcosm of a Mixed Jurisdiction*, Durham 1999, p. 23 s. ; A. Guzmán Brito, « Las fuentes de las normas sobre interpretación de la leyes del Digeste des lois civiles (Code civil) de la Luisiana (1808/1825) », *Revista de estudios histórico-jurídicos*, 2009, p. 171 s.

⁸ D. Liebermann, *The Province of Legislation Determined : Legal Theory in Eighteenth Century Britain*, Cambridge 1989 ; J. R. Dinwiddy, *Radicalism and Reform in Britain, 1780-1850*, London et Rio Grande, The Hambledon Press, 1992 ; R. Brown, *Revolution, Radicalism and Reform. England 1780-1846*, Cambridge 2000 ; G. Guyon, *Les partisans de la codification en*

radicaux, on réclame la substitution d'un code au *common law*, selon une procédure scientifique pour laquelle Bentham a forgé un substantif : « *codification* »⁹. C'est James Humphreys, un *attorney* londonien, qui déclenche la controverse en publiant, en avril 1826, un projet de code sur la propriété réelle. Héritée du système féodal anglo-normand, la propriété des biens réels, sa complexité, son vocabulaire et ses fictions font l'objet d'inquiétudes et de débats parmi les juristes depuis les années 1800¹⁰. Or, après avoir montré les défauts techniques du droit anglais, Humphreys propose, sur le modèle du code civil français, un projet de code original, réfléchi, détaillé, qui va déchaîner les passions¹¹.

Les deux controverses, à l'origine distinctes, vont peu à peu s'entremêler grâce aux échanges d'information, grâce aux recensions d'ouvrages et à l'intérêt des revues nord-américaines pour les débats britanniques, et inversement. Durant plusieurs années, des dizaines de juristes s'affrontent par discours, ouvrages et comptes-rendus interposés. Ils y débattent des vertus et des vices du *common law*. Ils y détaillent, assez souvent pour les attaquer, les propositions de Bentham dans les éditions de Dumont. Ils s'intéressent de très près à l'application du code civil français. Ils structurent le champ de bataille, avec ses auteurs, ses valeurs, ses argumentaires, ses ouvrages de référence et ses revues. Certaines d'entre elles prennent parti pour l'une ou l'autre cause. D'autres naissent même à l'occasion de la controverse, pour défendre le *common law* ou pour encourager un système de droit codifié. Pour ces juristes, il ne s'agit pas d'une simple joute intellectuelle. L'enjeu est réel, grave, législatif : en Louisiane, en Caroline du Sud, dans l'Etat de New-York, des projets très avancés de révision des statuts et de codification sont en discussion dès le début des années 1820, tandis qu'au Royaume-Uni, la vie

Angleterre. La question du droit pénal entre utilitarisme, modernisation du common law et modèle juridique français, Thèse, Droit, Université de Rennes 1, 2012.

⁹ J. Vanderlinden, « Code et codification dans la pensée de Jeremy Bentham », *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 1964, p. 45 s. ; Gerald J. Postema, *Bentham and the Common Law Traditions*, Oxford 1989 ; D. Baranger, « Bentham et la codification », *Droits*, 1997, p. 17 s.

¹⁰ Andrew R. Buck, « Property, aristocracy and the reform of the land law in early Nineteenth-century England », *The Journal of Legal History*, 1995, p. 63 s. ; John H. Johnson, « The reform of real property law in England », *Columbia Law Review*, 1925, p. 609 s. ; E. Spring, « Landowners, lawyers, and land law reform in Nineteenth-century England », *The American Journal of Legal History*, 1977, p. 40 s.

¹¹ M. Lobban, *The Common Law and English Jurisprudence, 1760-1850*, Oxford 1991 ; Gunter A. Weiss, « The enchantment of codification in the common law world », *Yale Journal of International Law*, 2000, p. 435 s. ; 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 à Xavier Martin*, Poitiers 2017, p. 377 s.

politique est rythmée par les travaux du comité de réforme animé par des leaders *whigs* (1819-1823), par les projets de lois de consolidation des statuts (1826-1830) défendus par Robert Peel, le *Home Secretary* des gouvernements conservateurs qui se succèdent jusqu'à la défaite des *tories* aux élections de 1830, puis par les travaux des commissions de réforme mises en place par Brougham, le *Lord Chancellor* du gouvernement *whig* de Grey (1830-1834).

C'est dans ce contexte que surgit le recours à Savigny, un recours très équivoque (2). Parce que la *controversy* est vécue et pratiquée comme une question disputée entre deux groupes d'avocats devant le jury de l'opinion publique, « les avocats du *common law* » (comme ils se désignent eux-mêmes) soignent leur stratégie discursive. Parce qu'ils se trouvent sur la défensive, ils recherchent des argumentaires, des ouvrages, des champions, des références. C'est tout cela qu'ils vont mobiliser chez Savigny, Hugo et leur école (3). Dans l'autre camp, « les avocats des codes » vont très vite prendre conscience du danger. Les uns vont chercher à dissocier le juriste allemand des avocats britanniques du *common law* (4). Les autres vont assumer une logique de combat doctrinal où il s'agit de prouver que Savigny a fait erreur dans la plupart de ses analyses (5).

2. La controverse et les équivoques du recours à l'Allemagne

Contrairement aux apparences, le recours à l'Allemagne et à la controverse entre Thibaut et Savigny n'allait de soi ni aux États-Unis, ni au Royaume-Uni¹². Tout d'abord, il y avait la barrière de la langue. Aussi bien les contradicteurs anglo-américains pouvaient lire le français, acheter des ouvrages publiés à Paris et s'abonner aux revues françaises, aussi bien ils maîtrisaient mal l'allemand. Lorsque Park évoque la lecture des ouvrages d'Hugo et Savigny, Thibaut et Feuerbach, c'est en regrettant de ne pouvoir le faire par lui-même, « *in consequence of his non-possession of the German language* ». Il n'est, précise-t-il, au courant de la controverse allemande que grâce aux éléments fournis par les revues françaises¹³. Dans une recension anonyme de

¹² Sur les rapports doctrinaux entre l'école historique et le monde anglo-américain, M. Reinman, *Historische Schule und Common Law Die deutsche Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts im amerikanischen Rechtsdenken*, Berlin 1993 ; H. Mohnaupt, « Grundlinien in der Geschichte der Gesetzgebung auf dem europäischen Kontinent vom 16. bis 18. Jahrhundert. Ein experimenteller Überblick », *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte*, 2006, p. 124 s. ; W. Brauneder, P. Caroni, D. Klippel, J. Schroeder et R. Schulze, *Common Law und europäische Rechtsgeschichte*, *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte*, 2006, vol. 1 et 2.

¹³ Park, *A Contre-Projet to the Humphreysian Code : and the Projects of Redaction of MM. Hammond, Uniacke, and Twiss*, London 1827, p. xvi.

Pouvrage de Spence consacré aux origines du droit en Europe et en Angleterre, le contributeur souligne que Spence reconnaît ne pas avoir trouvé la traduction, par Cathcart, des travaux de Savigny, ce qui indique indirectement son incapacité à lire l'original¹⁴. De même, il est intéressant de remarquer qu'Abraham Hayward, le traducteur, en 1831, du *Vom Beruf* de Savigny, entame sa préface en citant l'*Introduction à l'histoire du droit* de Lerminier (le passage où celui-ci se plaint de n'avoir aucun aliment intellectuel en dehors de longues listes d'articles du code civil et du code de procédure civile), avant de mentionner le hasard qui lui a mis entre les mains le petit ouvrage de Savigny : c'est parce qu'il connaissait, écrit-il, un peu d'allemand qu'il a décidé d'en proposer la traduction¹⁵.

Ensuite, l'état du droit en Allemagne – autant de systèmes que d'États – n'offrait a priori aucun modèle à imiter. Dans un court article paru en avril 1826, dans le *Miscellany* du quatrième volume de *The United States Literary Gazette*, un Américain raconte son expérience en Allemagne. Après avoir glissé quelques mots sur l'absence de procès par jury, il affirme : « le droit allemand est actuellement dans un état de complexité si désespéré, qu'il a peu à promettre à un juriste anglais ou américain, sans les plus pénibles et les plus spécifiques recherches »¹⁶. Il déplore la multiplicité des sources du droit (droit commun des tribus germaniques, droit romain, lois spéciales, droit canonique, etc.). Il parle d'un labyrinthe. Il s'indigne devant le besoin d'avoir à recourir à tant de juristes ; sur quinze cents étudiants inscrits à l'université de Göttingen, écrit-il, la moitié se destine à cet emploi.

Enfin et surtout, la controverse allemande de 1814 s'avérait dangereuse à manier. Au premier abord, elle semblait certes correspondre aux mêmes enjeux que la querelle anglo-américaine, mais, sur le fond, il n'est pas inutile de rappeler que Savigny défend une méthode scientifique pour étudier *le droit romain*, son histoire, son application, ses branches mortes et vivantes. Un *commonlawyer* avait-il intérêt à recourir au droit romain ? Ne faisait-il pas le lit du *civil law* ? Savigny et les *commonlawyers* défendaient-ils un système comparable ? Cette ambiguïté est relevée, dès 1825, par des auteurs nord-américains. L'un, Edward Everett, mentionne Savigny, considéré comme l'un des meilleurs civilistes d'Allemagne, en précisant qu'il est « définitivement opposé à la compilation d'un code pour l'Allemagne ». Toutefois, s'empresse-

¹⁴ « Influence of Roman laws in England », *The United States Law Intelligencer and Review*, 1831, vol. 3, p. 48.

¹⁵ Hayward, « Introduction », Savigny, *Of the Vocation...*, *op. cit.*, p. I-II.

¹⁶ « The german law is at present in a state of such hopeless intricacy, as to promise little to an English or American lawyer, without the most painful and exclusive research » (« Göttingen », *United States Literary Gazette*, 1826, vol. 4, p. 65).

t-il d'ajouter¹⁷ :

Certains des motifs pour lesquels les juristes d'Angleterre et d'Amérique s'opposent à un code sont bien sûr inapplicables à la question telle qu'elle est débattue en Allemagne ; et l'extraordinaire supériorité avec laquelle les juristes du continent considèrent leur droit, puisqu'il repose sur une base écrite précise tel le *Corpus Juris*, par rapport au flou et à l'incertitude du *common law*, semble incompatible avec le zèle avec lequel ces mêmes juristes s'opposent maintenant à la préparation d'un nouveau code.

L'autre auteur, anonyme, opère la distinction entre *jus commune* et *common law*¹⁸ :

En Europe, le droit commun [*the common law*] de ses nations est le droit civil [*the civil law*], le droit de la Rome impériale. Ce nom lui-même est reconnu et utilisé par les auteurs qui traitent du sujet ; il n'est pas rare de voir des civilistes appeler leur droit, le "jus commune", et le traiter comme tel. Mais le droit civil ne devient, dans ces pays, le droit commun que s'il est modifié de diverses manières par les spécificités du caractère ou des institutions nationales ; il doit s'incliner et se plier longtemps à ces circonstances dominantes, avant d'acquérir un pouvoir qui peut les influencer ; partout en Europe, le droit commun doit être recherché, non seulement dans les Pandectes, mais aussi dans les décisions enregistrées et accumulées des tribunaux judiciaires.

En d'autres mots, et dès 1825-1826, un double risque a été perçu : pour Everett, il n'est pas sûr que les civilistes allemands soient des alliés très sûrs tant à cause de l'objet de leur querelle que de leur condescendance à l'égard du droit anglo-américain ; pour le second auteur, le *jus commune* et le *common law* ne répondent pas aux mêmes logiques puisque le premier fonctionne comme un

¹⁷ « Some on the grounds, on which lawyers of England and America oppose a Code, are of course inapplicable to the question as discussed in Germany ; and the extraordinary superiority, which the continental jurists claim for their law, as resting on a definite written base, like the *Corpus Juris*, over what they consider the vagueness and uncertainty of the common law, seems inconsistent with the zeal, with which the same jurists now oppose the preparation of a new Code » (Everett, « Code Napoléon », *loc. cit.*, p. 413).

¹⁸ « In Europe, the common law of her nations is the civil law, – the law of imperial Rome. The very name is recognized and applied by authors who treat upon the subject ; it is no uncommon thing to find civilians calling their law, the "jus commune", and treating of it as such. But the civil law becomes, in those countries, the common law, only as it is modified in various ways by the peculiarities of the national character or institutions ; it must bow and bend itself to these controlling circumstances for a long time, ere it acquires a power which can influence them ; everywhere in Europe the common law must be sought, not more in the Pandects, than in the recorded and accumulated decisions of judicial courts» (« A Dissertation..., by Du Ponceau », *United States Literary Gazette*, 1825, vol. 1, p. 133).

droit supplétif et ne devient un droit commun qu'à condition de se plier à un ensemble de droits dérogatoires alors que le second est « un système juridique en soi », dont la valeur est proportionnelle à la sagesse de ses principes, à l'extension de son espace et l'importance de tous les sujets qu'il absorbe. D'où le double danger : à trop s'aventurer sur la voie de l'école historique allemande, les *commonlawyers* pouvaient vite se retrouver à front renversé et mener leur guerre, certes contre les partisans des codes, mais en défendant et le droit romain et un système de droit supplétif plutôt que le véritable système de *common law*. À la vérité, il est très douteux que tout cela ait été clairement perçu à l'époque par l'ensemble des contradicteurs britanniques et nord-américains. Où en est-on au milieu des années 1820 ?

En Ecosse, explique John W. Cairns, Hugo et Savigny deviennent assez vite des références parce que les débuts du Romantisme inclinent les juristes écossais à lire avec empressement ce qui vient d'Allemagne et parce qu'un droit étendu à sa dimension historique leur permet de défendre le droit écossais traditionnel contre les emprises anglaises¹⁹. En Angleterre, insiste Mathias Reinman, il faut attendre les années 1850-1860 pour que les travaux de Savigny soient vraiment connus en Angleterre grâce aux traductions, grâce aux travaux de Maine, Bryce et Maitland²⁰. Dans la préface de la réédition de *Inquiry into the Origin of the Laws and Political Institutions of Modern Europe, particularly of those of England* publiée par Spence, Michael H. Hoeflich fait remarquer que la première édition (1826) survient trop tôt pour pouvoir intégrer la méthode et les données de Savigny et les siens parce que leurs travaux sont encore peu ou pas connus en Angleterre²¹. Aux États-Unis, ajoute David M. Rabban, c'est surtout après la guerre civile de 1861-1865 que les auteurs nord-américains chercheront vraiment à connaître et s'inspirer des thèmes de l'école. C'est ce qu'il nomme « *The historical turn in the United States* »²². Mathias Reinman relève que cette inspiration se traduit paradoxalement par des emprunts multiples, alors même que les universitaires américains croyaient que l'école historique et, parfois plus généralement, la

¹⁹ John W. Cairns, « The influence of the German historical school in Early Nineteenth century Edinburgh », *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, 1994, p. 191 s.

²⁰ M. Reinman, « Historical jurisprudence », in Markus M. Dubber et C. Tommlins (ed.), *The Oxford Handbook of Legal History*, Oxford 2018, p. 400 s.

²¹ Michael H. Hoeflich, « Introduction », Spence, *Inquiry into the Origin of the Laws and Political Institutions of Modern Europe, particularly of those of England (1826)*, Clark, The Lawbook Exchange, 2006, p. III.

²² David M. Rabban, *Law's History : American Legal Thought and the Transatlantic Turn to History*, Cambridge 2012, p. 86 s. ; Robert E. Rodes, « On the historical school of jurisprudence », *Notre Dame Law School – Journal Articles*, 2004, p. 165 s.

science allemande du droit formait un bloc monolithique²³. De fait, lorsque Michael H. Hoeflich identifie ce qu'il nomme les disciples anglo-américains de Savigny, tous les exemples sont postérieurs au cœur de la controverse, c'est-à-dire les années 1820-1835²⁴. Mais, c'est parce que les juristes anglo-américains sont très intéressés par le *civil law*, son histoire, son actualité, ses auteurs français, belges et allemands, qu'ils vont découvrir la controverse allemande.

Chez eux, il s'agit moins de se faire disciples que de mobiliser des alliés. Il s'agit autant d'un recours stratégique que d'une conversion doctrinale. Les adversaires des codes, même s'ils ne maîtrisent pas bien sa doctrine, comprennent vite l'intérêt d'avoir recours à Savigny soit parce qu'ils nourrissent un petit complexe d'infériorité par rapport à la pensée juridique française – existe-t-il une science juridique du *common law* ? –, soit parce qu'ils veulent déplacer le centre de gravité doctrinale de la France vers l'Allemagne où les deux camps ont une égale reconnaissance, soit encore parce qu'ils ont besoin d'alimenter leur argumentaire par des éléments nouveaux, soit enfin parce qu'ils n'ont pas de grande figure récente à opposer à la vague de fond qui menace de les submerger. Pour toutes ces raisons, Savigny tombe du ciel. Il devient une référence, un symbole : le citoyen allemand qui a vécu l'implantation du code français dans son pays comme une tragédie, le savant continental qui s'est opposé, avec autorité et pertinence, à la codification française, prussienne et autrichienne. De sorte qu'on en vient à se demander si c'est la stature préalable de Savigny qui a conduit Cooper, Reddie, Park ou la revue d'Hayward, *The Law Magazine*, à lui faire une telle place dans leurs écrits ou si ce ne serait pas plutôt leurs besoins d'un champion et d'un argumentaire qui les auraient conduits à lui donner cette stature... Toujours est-il qu'une lecture des principales contributions de l'époque permet de comprendre comment Savigny et les siens, sans avoir rien demandé à personne, ont peu à peu été mobilisés par les *commonlawyers* : Du Ponceau, Cooper, Reddie et Park.

3. La mobilisation du *Vom Beruf* par les partisans du *common law*

Aux Etats-Unis, la controverse s'embrase grâce aux nombreuses recensions, répliques et louanges dont fait l'objet l'*Anniversary Discourse* de Sampson. La plus dense est celle de Pierre-Etienne Du Ponceau, en avril

²³ M. Reinman, « Nineteenth century German legal science », *Boston College Law Review*, 1990, p. 837 s.

²⁴ Michael H. Hoeflich, « Savigny and his anglo-american disciples », *American Journal of Comparative Law*, 1989, p. 17 s.

1824. Il s'agit d'un Français, naturalisé Américain en 1781²⁵. Reçu au barreau en 1785, il publie de nombreux travaux sur l'histoire, la philosophie, la littérature, les langues, le droit international et le droit comparé²⁶. Au début des années 1820, il est l'un des juristes les plus respectés pour ses connaissances en *civil law* et en droits étrangers. Au début des années 1820, il n'a pas pris position dans la querelle *common law* / *codification* et cultive des amitiés dans les deux camps, notamment celles des défenseurs du *common law* comme Kent, des *codifiers* modérés comme Story et celles des codificateurs plus audacieux comme Livingston ou... Sampson. Certes, déplore-t-il, le droit des Etats ne forme « rien qui soit un système général de droit ; ils sont actuellement comme l'étaient les provinces de France avant la Révolution » (1819) ; une « confusion digne de Babel » (1821). Mais il craint « un quelconque Justinien ou Napoléon qui viendrait, l'épée à la main, établir l'uniformité, par un code qui porterait son nom » (1821)²⁷. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle Sampson sonde son ami Du Ponceau, en lui envoyant un brouillon de son discours, en février ou mars 1823²⁸. Toutefois, le retentissement du discours de Sampson entraîne un effet inattendu : « Sampson, indique Jenifer D. Henderson, ne réussit pas seulement à déchaîner le débat public, mais encore à pousser par inadvertance son ami Du Ponceau à prendre la plume et fixer ses propres idées sur la codification américaine de façon définitive »²⁹. C'est à l'Académie de droit de Philadelphie, en avril 1824, à l'occasion de la clôture de l'année universitaire, qu'il va prononcer son fameux discours sur la nature et le développement de la juridiction des tribunaux aux États-Unis. Si l'on synthétise, il s'agit, d'un côté, d'affirmer que le *common law* tel qu'il s'applique aux États-Unis n'est plus le *common law* d'origine britannique puisque les juges tiennent leur juridiction des constitutions des divers États de l'Union et non de l'antique constitution anglaise, d'un autre côté que, purgé de cette origine, il est le meilleur des systèmes juridiques à condition qu'il soit consciencieusement étudié, qu'il soit servi par d'excellents jeunes juristes, qu'il se hisse enfin au rang d'une science.

²⁵ Sur la biographie de Pierre-Etienne (Peter Stephen) Du Ponceau, James L. Whitehead (éd.), « The Autobiography of Peter Stephen Du Ponceau », *Pennsylvania Magazine of History and Biography*, 1939, p. 189 s., p. 311 s., p. 432 s. et 1940, p. 97 s., p. 243 s.

²⁶ Sur ces publications, Kurt H. Nadelmann, « Pierre-Etienne Du Ponceau », *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1963, p. 285.

²⁷ Jenifer 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. 58 s.

²⁸ *Ibid.*, p. 67.

²⁹ *Ibid.*, p. 70.

Or, lorsqu'on examine la *Dissertation* de Du Ponceau, on relève quelques éléments qui, quoiqu'il ne soit ni cité, ni mentionné, semblent faire référence à Savigny. Le rapprochement peut évidemment être le fruit du hasard – l'historien du droit qui travaille sur les modèles juridiques, sait que la ressemblance entre deux idées, deux formulations ou deux règles dans deux pays différents ne signifie pas toujours l'imitation de l'une par l'autre –, comme il peut être le fruit de la lecture d'un compte-rendu ou d'un ouvrage français qui aurait mentionné la doctrine de Savigny. Du Ponceau, en effet, est d'origine française et s'est fait connaître comme un auteur qui a traduit de nombreux auteurs européens. Chez Du Ponceau, comme chez Savigny, le droit s'entremêle toujours à la vie de la nation ; il est lié à l'histoire et au quotidien des Américains, « à la langue même que nous parlons, et nous ne pourrions apprendre un autre système juridique sans avoir à apprendre en même temps une autre langue »³⁰. Chez Du Ponceau, comme chez Savigny, il y a une insistance à prôner – il s'adresse à ses collègues et ses étudiants – l'étude scientifique du droit, à la fois pour contrer la tentation de tout ramener à la codification et pour répliquer aux juges et aux avocats américains qui se reposent sur ce qui se fait, ce qui se dit et se publie en Angleterre. « Le seul remède, écrit-il par exemple, est d'encourager *the study of general jurisprudence* et des éternels et immuables principes du bien et du mal, de cette science dans laquelle Cicéron s'est illustré »³¹. Il parle ailleurs de la « science philosophique », de « la science des principes », de « la science du droit », ce qui entraîne des ressemblances entre sa *legal science* et la *rechtswissenschaft* de Savigny : « Cette méthode, expliquait Savigny en 1814, tend bien plutôt à remonter jusqu'à la racine d'une matière donnée pour mettre ainsi au jour son principe organique, par lequel ce qui est encore en vie se détache de soi-même de ce qui est déjà mort et n'appartient plus qu'à l'histoire »³². Du Ponceau affirme en 1824³³ :

Les véritables principes de la jurisprudence, pour fructifier, doivent d'abord

³⁰ Du Ponceau, *A Dissertation on the Nature and Extent of the Jurisdiction of the Courts of the United States...*, Philadelphie 1824, p. 91.

³¹ *Ibid.*, p. 128.

³² Savigny, *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg 1814, p. 127.

³³ « The true principles of jurisprudence, in order to fructify, ought first to take root in the minds of the members of the legal profession. Then, and not till then, will false principles gradually give way, as the ripe fruit falls from the tree. But in order to produce that effect, we ought to invite each other to reflection on these important subjects by learned treatises and free discussions, and the labours of the jurist ought not to be confined to mere compilations. In short, jurisprudence ought to be treated as a philosophical science » (Du Ponceau, *A Dissertation...*, *op. cit.*, p. 131).

prendre racine dans l'esprit des juristes. Ensuite, et pas avant cela, les faux principes céderont progressivement, à mesure que le fruit mûr tombera de l'arbre. Mais pour produire cet effet, nous devons nous inciter à réfléchir sur ces importants sujets dans des traités savants et des discussions libres, et le travail du juriste ne doit pas se limiter à de simples compilations. Bref, la jurisprudence doit être traitée comme une science philosophique.

L'idée qu'il convient de remonter jusqu'à la racine d'une matière (Savigny), que les vrais principes doivent prendre *racine* dans l'esprit des juristes (Du Ponceau), afin de voir ceux des *principes* qui sont morts (Savigny) ou qui doivent tomber de l'arbre (Du Ponceau), sont autant d'éléments qui forment une parenté entre les deux auteurs. Enfin, chez Du Ponceau, on trouve cette idée selon laquelle « il vaut beaucoup mieux que les choses restent ainsi jusqu'à ce que le *common law* ait atteint, par des améliorations successives, son plus haut degré de perfection ; alors il sera temps de réduire ses principales dispositions à un texte »³⁴, comme Savigny estimait qu'il vaudrait mieux, pour l'heure, conserver le droit en l'état et renvoyer la codification du droit allemand à un après, un ailleurs, où les vrais principes du droit romain auront été passés au crible, affinés au creuset et fondus sept fois, par la science du droit. Ce qui inclinerait à ne voir dans ces rapprochements entre Du Ponceau et Savigny que deux pensées juridiques parallèles est le fait qu'on ne voit pas l'intérêt qu'aurait eu le premier à masquer son emprunt au second, d'autant que Du Ponceau, dans sa *Dissertation*, n'hésite pas à citer les auteurs qui l'ont inspiré (Cicéron, Montesquieu, Beccaria) et les auteurs qu'il a utilisé (Dupin, Sampson, Livingston, etc.). Pourquoi n'aurait-il pas mentionné Savigny ? Peut-être s'agit-il de deux réflexions doctrinales sans rapports l'une avec l'autre, mais qui, à partir d'une conviction et d'une stratégie discursive comparables, ont abouti à une théorie approuvée ? En d'autres mots, peut-être Du Ponceau était-il Savignien sans le savoir...

Le doute, en revanche, n'est pas permis avec Cooper, l'auteur des *Lettres sur la Cour de chancellerie* (1827) et d'*A Brief Account* (1828). Charles P. Cooper († 1873) est un juriste anglais qui devient avocat en 1816 et qui, à l'époque de la controverse, travaille comme *Equity Draughtsman* (spécialiste des questions d'*equity*)³⁵. C'est parce que la question de la survie de la *Court of Chancery* – c'est-à-dire la juridiction suprême en matière d'*equity* –, est désormais posée, qu'il décide en 1827 de publier, en langue française, ses *Lettres sur la Cour de chancellerie et quelques points de la jurisprudence anglaise, écrites et adressées par Monsieur *** à son frère, avocat à la Cour Royale de Paris, publiées par un avocat de Lincoln's Inn*. Cooper préfère rester anonyme et faire croire à un auteur français pour éviter

³⁴ *Ibid.*, p. XIX.

³⁵ Stephen, *Dictionary of National Biography*, London 1887, t. XII, p. 140 s.

les coups et pour pouvoir prétendre incarner un juste milieu entre ceux qui prônent la révolution du système anglais en réclamant un code et ceux qui rejettent toute réforme alors même que l'état de la justice est déplorable. Toutefois, Cooper n'évite ni les coups, ni la sortie de l'anonymat. En avril 1828, Cooper défend donc le sérieux de ses opinions dans un autre ouvrage (*A Brief Account*) avant de publier une version revue et corrigée des *Lettres sur la Cour de chancellerie* en 1828, puis 1830. Or, dans les deux ouvrages, Cooper s'appuie de façon explicite sur l'expertise et l'autorité d'Hugo et Savigny. Lorsque, dans le premier ouvrage, il défend l'idée que la codification ne correspond pas à la nature du système anglais, Cooper affirme que la controverse prend sa source dans le travail de Thibaut et la réplique de Savigny, résume la doctrine du second et déplore que l'un et l'autre soient si peu connus en Angleterre³⁶. Mais, plutôt que d'associer les deux controverses, Cooper choisit, paradoxalement, de les dissocier. L'Angleterre, souligne-t-il, ne se trouve pas dans la même situation que tous ces pays qui ont été soumis au code Napoléon et qui doivent désormais composer avec lui, en l'abrogeant ou pas³⁷. Néanmoins, plus loin, Cooper revient à la doctrine de Savigny à propos de la réforme du droit. Il y a, explique-t-il, deux classes de réformateurs. Pour les uns, il s'agit d'abolir tout ce qui précède. Pour les autres, il s'agit de laisser s'appliquer le *common law* dans le silence ou l'insuffisance du code. Mais les uns et les autres ne comprennent ni la loi commune, ni l'histoire générale du droit. Cooper oppose aux idées de Bentham, la doctrine du droit vivant³⁸ :

L'histoire de tous les peuples nous fait voir, que les lois d'une nation naissent et se développent avec ses mœurs et sa littérature, et qu'elles constituent une partie de son caractère national ; de sorte qu'il n'est pas plus aisé, dans une nation déjà riche et policée, de changer subitement et entièrement les unes que les autres, lors même que les lois que l'on tenterait d'établir seraient, considérées abstractivement, de beaucoup supérieures à celles que l'on remplacerait.

Dans le second de ses deux ouvrages, Cooper laboure le même sillon en montrant que la controverse n'est pas aussi neuve qu'il y paraît, si l'on accepte de s'ouvrir à la doctrine étrangère³⁹ :

³⁶ Cooper, *Lettres sur la Cour de chancellerie et quelques points de la jurisprudence anglaise*, London 1828, p. 173-174.

³⁷ *Ibid.*, p. 193 s.

³⁸ *Ibid.*, p. 313-314.

³⁹ « The question of the expediency of abrogating the laws of a nation and substituting a code in their stead, embracing all that is worth preserving in the old, has only been recently agitated in this country ; but it has for many years engaged the attention of the most celebrated continental jurists, (especially in Germany) and some extremely valuable works

La question de l'opportunité d'abroger les lois d'une nation et de leur substituer un code, englobant tout ce qui vaut la peine d'être préservé dans l'ancien, n'a été agitée que récemment dans ce pays ; mais, pendant de nombreuses années, elle a retenu l'attention des juristes continentaux les plus célèbres (surtout en Allemagne) et des ouvrages extrêmement précieux sont parus, reprenant tous les arguments que l'on peut présenter pour ou contre un changement aussi important dans le droit d'un État.

John Reddie, pour sa part, est un juriste écossais – il deviendra juge à Calcutta – qui, dans ses ouvrages, se présente comme avocat anglais et docteur de l'Université de Göttingen. Il relate tout ce qu'il a appris de l'histoire du droit romain auprès d'Hugo, avant d'exposer l'organisation académique allemande, l'état des recherches scientifiques et l'évolution récente du droit dans les États allemands, dans ses *Historical Notices on the Roman Law and the Recent Progress of its Study in Germany* (1826). C'est à ce sujet, qu'il raconte la façon dont les juristes ont rejeté le code Napoléon en proposant deux voies ; celle de Thibaut, celle d'Hugo, Schlosser et Savigny⁴⁰. C'est cette expérience qui lui permet de se faire l'ambassadeur de l'école historique, aussi bien à propos des malheurs engendrés par le code Napoléon en Allemagne, qu'à propos de la doctrine savignienne du droit vivant, dans son second ouvrage : *A Letter to the Lord High Chancellor of Great Britain, on the Expediency of the Proposal to form a New Civil Code for England* publiée en décembre 1827 (réédition en 1828). Les analyses comme la phraséologie de Reddie rappellent Savigny bien qu'il ne soit pas toujours mentionné. Le droit d'une nation, affirme Reddie, n'a jamais été moulé dans l'agencement d'un législateur, selon des systèmes formels et bien réglés⁴¹. À l'origine, il y avait les coutumes et l'usage. Puis, les lois des nations ont évolué – Reddie cite ici, comme beaucoup de protagonistes anglo-américains de l'époque, Portalis en français : « les codes des peuples se font avec le temps ; mais à proprement parler on ne les fait pas » – parce qu'il est vivant et qu'il se forme avec la langue et les facultés morales de chaque peuple. Puis, avec le progrès de la civilisation, sont apparus les juges, les assemblées législatives et les juristes qui, au service de la

have appeared, embodying all the arguments which it is possible to adduce for or against so important a change in the jurisprudence of a state » (Cooper, *A Brief Account of some of the most important proceedings in Parliament, relative to the defects in the Administration of Justice, in the Court of Chancery, the House of Lords and the Court of Commissioners of Bankrupt*, London 1828, p. 428).

⁴⁰ J. Reddie, *Historical Notices...*, *op. cit.*, p. 98-99.

⁴¹ Reddie, *A Letter to the Lord High Chancellor of Great Britain, on the Expediency of the Proposal to form a New Civil Code for England*, London 1828, p. 5.

nation, ont mis au point des connexions entre les divers éléments du système pour l'améliorer. Ainsi, à Rome comme en Angleterre, le système a été tempéré par l'équité et les *statutes* qui l'ont réformé de temps à autre. De sorte que le droit est toujours dans un perpétuel état de progrès⁴² :

En résumé, le droit de toute nation fait partie du caractère du peuple ; c'est, pour ce qui le concerne, et selon ses conceptions, et uniquement grâce à ses opinions et ses actions, le développement du bien et du mal qui en est venu à être sanctionné et reconnu comme du droit. Il a grandi, il s'est épanoui et il a décliné, avec les êtres qui le perçoivent ou le supposent juste et opportun, et qui ne serait jamais venu à l'existence si ce n'est pour eux.

À l'inverse, l'idée selon laquelle le droit viendrait d'une loi naturelle que les philosophes auraient à découvrir, repose sur l'hypothèse absurde qu'il y aurait une loi immuable. Comme tout cela est contredit par les faits et par l'impossibilité pour des philosophes comme Grotius, Rutterford ou Mackintosh de tomber d'accord sur le contenu même de cette loi naturelle, cela revient à dire que l'objet du droit est de s'harmoniser le mieux possible avec les exigences et les fluctuations de la société qu'il doit réguler. C'est à l'occasion des pays d'Europe auxquels Napoléon a imposé son code, que Reddie se réfère explicitement à Rehberg, Hugo et Savigny⁴³ :

Il n'est pas nécessaire ici, de souligner les raisons, pour lesquelles le Code français n'était pas adapté aux circonstances et aux besoins des nations allemandes, ni à l'injustice et à la misère qu'il a engendrées : cela a déjà été fait par des noms tenus en vénération dans leurs pays, et célébrés dans toute l'Europe, par un Hugo, un Savigny et un Rehberg. [Note :] Les deux premiers sont des hommes d'État, des philosophes, des historiens et des juristes, ainsi que les professeurs de droit les plus célèbres du continent ; le dernier, un homme d'État éminent à Hanovre.

Si le code Napoléon a fait le malheur de l'Allemagne, Reddie ajoute que l'Italie du Nord et la Pologne s'approprient à l'abroger, ainsi que les Pays-Bas.

⁴² « In short, the law of any nation is a part of the character of the people, it is the development of right and wrong, in as far as they are concerned, and, according to their conceptions, and only through their views, and through their actions, has come to be sanctioned, and recognized as law. It has grown, it flourishes, and it fades, with the beings who perceive or infer it to be just and expedient, and but for whom, it never would have been called into existence » (*Ibid.*, p. 9-10).

⁴³ « It is not necessary here, to point out the reasons, why the French Code was unsuited to the circumstances and exigencies of the German nations, or the injustice and misery it occasioned : that has been already done by names held in veneration by their countries, and celebrated throughout Europe, – by a Hugo, a Savigny, and a Rehberg. [note :] The two first are statesmen, philosophers, historians, and lawyers, and also the most celebrated legal professors on the Continent ; the later a statesman of eminence at Hanover » (*Ibid.*, p. 37).

Le recours à l'école historique franchit un nouveau palier avec Park, aussi bien dans la version officielle de son *Contre-Projet to the Humpreysian Code ; and to the Projects of Redaction of Mess. Hammond, Inacke, and Twiss / Un Contre-projet à l'égard du code humpreysien et des projets de rédaction de M. Hammond, Uniacke et Twiss*, publié à Londres, chez Clarke en 1828, que dans la version anonyme des trois *Letters* qu'il publie à Londres à compter de 1830⁴⁴. John J. Park n'est pas docteur de l'Université de Göttingen. Il ne lit pas l'allemand. C'est un *barrister* londonien. Il s'est fait connaître en 1819 par la publication d'un traité sur la dot qui est devenu la référence sur le sujet. Dissocions les deux ouvrages. Dans son *Contre-Projet to the Humpreysian Code*, Park fait de la controverse allemande le vrai lieu où chacun doit puiser ses réflexions et ses opinions⁴⁵ :

C'est en Allemagne que ce sujet a été compris de façon pleine et philosophique ; c'est à l'Allemagne, là où la codification a été traitée comme une grave question de science civile, plutôt qu'à la France, où elle a été la progéniture de la révolution, que l'on doit réserver l'attention pour ses indications pratiques. C'est dans les écrits de Hugo et Savigny, Thibaut et Feuerbach qu'il faut rechercher une compréhension approfondie des arguments de chaque côté.

En 1830, dans la première des trois *Lettres juridiques adressées à l'honorable Robert Peel, à propos de la crise actuelle de la réforme du droit* (1830), Park utilise le pseudonyme d'Eunomus pour se placer dans le sillage d'Edward Wynne, un juriste anglais qui, au XVIII^e siècle, défendait déjà le *common law* contre ses détracteurs dans *Eunomus or, Dialogues concerning the Law and Constitution of England, with an Essay on Dialogue* qui a connu cinq éditions entre 1768 et 1822. Les *Letters* de Park (Eunomus) sont des textes courts, denses, cinglants, adressés au *Home Secretary* Robert Peel, afin de le sermonner, devant l'opinion publique, pour les trop nombreux gages qu'il donne aux réformateurs, pour les risques qu'il fait courir au droit traditionnel anglais et pour le retenir d'aller plus loin. La première des lettres consiste à situer la controverse comme un moment charnière de l'histoire de la Grande-Bretagne. Park place d'entrée son propos sous l'autorité de Savigny. D'un côté, il passe sous silence ce qu'il admettait quelques mois plus tôt – sa méconnaissance de la langue allemande,

⁴⁴ Eunomus [Park], *Juridical Letters addressed to the Right Hon. Robert Peel, in reference to the present crisis of Law Reform*, London 1830.

⁴⁵ « It is in Germany that this subject has become fully and philosophically understood ; it is to Germany, where Codification has been handled as a matter of grave civil science, rather than to France, where it has been the progeny of revolution, that attention should be directed for its practical indications. It is in the writings of Hugo and Savigny, Thibaut and Feuerbach, that profound acquaintance with the arguments on each side must be sought » (Park, *A Contre-Projet...*, *op. cit.*, p. XVI).

qui l'avait entraîné à connaître les débats allemands grâce aux revues françaises – pour se faire le champion de l'école historique. On doit, s'écrit-il, se référer à Savigny parce que Peel a trop de culture pour ignorer ce nom, parce qu'il est « le premier juriste d'Allemagne et le plus accompli et le plus talentueux des universitaires de ce temps » et parce qu'il a signé une très brillante dissertation *On the Aptitude of the Times for Legislation and Jurisprudence*. Dans cet ouvrage, résume Park⁴⁶ :

Il a discuté, en se référant à son propre État et aux autres États allemands, les indications fournies et les perspectives offertes, par la période actuelle, à l'égard du succès de nombreuses améliorations du droit. Vous savez, monsieur, que ses prévisions étaient du caractère le plus défavorable ; et que les résultats qu'il pronostiquait étaient la confusion actuelle et l'impuissance future. Sur le bien-fondé de ces pronostics, les savants de l'Allemagne et de la Belgique étaient divisés : cependant, le royaume des Pays-Bas était tenu, par un article de sa Constitution, d'en faire la tentative ; mais son succès ne semble pas avoir discrédité la sagacité de Savigny.

Toutefois, d'un autre côté et par un procédé rhétorique classique, Park décide de se dissocier de Savigny en affirmant « une fois pour toutes » qu'il n'appartient pas à cette école⁴⁷. Étonnante allégation qui lui permet de poursuivre un dessein : incarner un juste milieu entre Savigny et Peel, tout en défendant la cause du premier contre la cause du second... D'autre part – et cela achève de brouiller les cartes –, Park se réfère au Belge Meyer (pourtant un codificateur notoire) parce que, précise-t-il, c'est un auteur désormais connu et reconnu dans le cercle des réformateurs et surtout parce qu'il a jugé le projet de code des Pays-Bas, dont a parlé Humphreys, comme « au-dessous de toute critique ».

Par la suite, Park se désole : l'état de la société anglaise est déplorable car l'opinion publique, interpellée sur l'égoïsme des intérêts professionnels, croit qu'il existe de terribles abus cachés qu'il faudrait mettre au grand jour. De sorte qu'on se met à comparer et à interroger les systèmes juridiques étrangers. Or, toutes ces réflexions théoriques sont à la pratique du droit ce

⁴⁶ « In which he discussed, in reference to his own and the other Germanic States, the indications furnished, and the prospects offered, by the present age, of the success of extensive ameliorations of law. You are aware, Sir, that his anticipations were of the most unfavourable character ; and that the results prognosticated by him were present confusion and future helplessness. On the soundness of those prognostications the learned of Germany and Belgium were divided : the kingdom of the Netherlands was bound however, by an article of her Constitution, to make the attempt ; but her success would not seem to have discredited the sagacity of Savigny » (Eunomus [Park], *Juridical Letters...*, *op. cit.*, p. 5).

⁴⁷ Sur le recours de Park à Savigny, John H. Baker, *The Oxford History of the Laws of England*, Oxford 2010, vol. 13, p. 190.

que sont les rêves des alchimistes par rapport aux traités de Lardner, Ure et Arnott, en matière de sciences naturelles. Cela, pense-t-il, ne convient pas aux Anglais. Sur le continent, en effet, tous les juristes sont à la fois professeurs et praticiens – Savigny, relève-t-il, est l'un d'eux. Au contraire, au Royaume-Uni, « dix-neuf membres de la profession sur vingt n'ont pas la moindre conception sur la théorie de la vaste machine ». Sur le continent, on peut débattre de façon féconde de la codification parce que cela fait des décennies qu'on réforme et re-réforme le droit, parce que le système dérive du droit romain et parce que la fabrication d'une cinquantaine de codes a entraîné chaque juriste à discuter de ce qu'on nomme « les principes directeurs d'un code » au même titre qu'en Angleterre, la fabrication de deux cents orgues a poussé les fabricants d'orgue à façonner, à s'interroger et à pousser l'intelligence des choses. En revanche, affirme Park, personne, chez nous, n'était préparé à un pareil débat sur le droit.

De fait, tous ceux qui s'en prennent au *common law* ont jeté de la poudre aux yeux, ce qui a scindé la société en deux partis irréconciliables. L'un, l'opinion publique, réclame un système simple et clair de droit civil, tandis que l'autre parti, les praticiens, habitué à l'efficacité du système, observe les idées de réforme comme une innocente bouffonnerie. Pour résumer tout cela, Park s'appuie étonnamment sur Lerminier qui, dans son *Introduction à l'étude du droit* (1829), affirme que « l'Angleterre se trouve en ce moment entre ses praticiens obstinés et l'école de Bentham : pour la science du droit proprement dite, elle y sommeille toujours »⁴⁸. Le parti conservateur, continue-t-il, dit beaucoup de mal des innovations, en oubliant que tout ce qui existe maintenant a, un jour, été une innovation. Autre procédé classique qui permet à Park de continuer à incarner le juste milieu, sage, prudent, raisonnable, alors même que cette lettre va faire de lui l'un des champions du respect du *common law*, alors même qu'il décide de ranger tous les réformateurs sous une seule bannière, celle de Bentham dont il résume l'action. « L'un des plus singuliers et des plus talentueux écrivains de ce temps a cherché à abuser de cette ignorance. » La prochaine génération dira tout le mal qu'on peut dire de cet auteur. Toutefois, Park nous en donne déjà un aperçu en utilisant le procédé de la répétition. Selon lui, cette génération dira de lui : « *He was..., He was..., He was...* ». Park fait ainsi de Bentham celui qui, de citoyen Britannique est devenu citoyen du monde, citoyen français par décret de l'assemblée nationale, puis russe, puis polonais, etc., celui qui, pendant des années, aura inoculé au public anglais une série d'assertions et de théories ignorantes et fallacieuses, celui qui aura dit à l'Angleterre que son système est abominable du fait qu'il s'agit d'un *judge made law* et non du droit édicté par un législateur. Poursuivant sa logique de

⁴⁸ Eunomus [Park], *Juridical Letters...*, *op. cit.*, p. 11.

répétition, Park fait de Bentham celui qui n'a pas tout dit aux Anglais : « *He did not tell them..., He did not tell them...* ». Il ne leur a pas dit que la tentative de Frédéric le Grand a été un échec. Il ne leur a pas dit que les talentueux auteurs du projet de code Napoléon ont reconnu l'absurdité de vouloir tout prévoir dans un code et – Park cite ici le discours de Portalis – que le détail devait être abandonné aux usages et aux juges. Il ne leur a pas dit que tous les juristes de Suisse, de Russie, de Belgique et d'ailleurs, engagés dans la construction et la reconstruction des codes, n'ont pas encore réussi à trouver l'équilibre entre la législation et la jurisprudence. Il a accrédité l'idée qu'il était le seul à pouvoir déduire de la raison un système de droit écrit, mais il ne leur a pas dit que la précellence du *common law* sur l'autre système c'est que, sauf anomalie, chaque règle est toujours déduite de la raison. Il ne leur a pas dit que le code tant célébré ne peut se lire qu'à l'aide de l'exposé des motifs et que la législation civile, commerciale et criminelle française est un ensemble de 24 volumes *in octavo*. Et pour mieux réduire Bentham en cendres, Park conclut en affirmant que Bentham a caché tout cela alors qu'il le savait et qu'il a visité la France dernièrement, en affirmant que Bentham aime à se présenter comme un *english lawyer*, un « membre du *Lincoln's Inn* », mais que personne ne peut se souvenir de l'une de ses performances à la barre d'un tribunal. Puis, Park exécute, avec une tonalité de défi permanent, Romilly, Dumont (l'ami, éditeur et réorganisateur des travaux de Bentham) et généralement tous ceux qu'il nomme « *the admirers of Mr. Bentham* » ou « *his followers* ». En trente pages, l'auteur n'a quasiment pas écrit un mot sur le système de *common law*. Sa stratégie, dans la première lettre, consiste à dresser Savigny, « le plus accompli et le plus talentueux des universitaires de ce temps », contre Bentham, l'ennemi préféré des *commonlawyers*, qui a cherché à abuser le public.

Chez Park, comme chez Cooper ou Reddie, le recours à Savigny et son *Vom Beruf* peut se résumer à trois usages, en lien direct avec l'enjeu, les armes et les méandres de la controverse. En premier lieu, les trois auteurs britanniques considèrent les civilistes allemands comme autant d'alliés de leur cause. C'est tout le sens de la tactique consistant à affirmer que la controverse déclenchée au Royaume-Uni n'est qu'une des batailles de la grande guerre qui a commencé sur le continent, ce qui a le double avantage d'accroître leurs rangs avec des troupes auxiliaires et de dresser les *commonlawyers* britanniques et les civilistes allemands contre le même ennemi : Napoléon et son code ; ce code qu'il a voulu imposer comme un fer aux territoires européens ; ce code que les Bentham, Humphreys et Sharpe voudraient imposer au Royaume-Uni. En d'autres termes, avec Savigny, le centre de gravité s'est déplacé et la guerre n'est plus franco-anglaise ; elle devient européenne. En deuxième lieu, la doctrine savignienne selon laquelle le droit, comme la langue et la culture, se

transforme à mesure que se développe une nation, permet de mettre des mots sur le développement du *common law*. Finies les justifications boiteuses et la défense un peu rigide des vieilles lois de Canut le Danois ou des antiques coutumes. Avec l'école historique allemande, l'ancienneté du *common law*, ses évolutions, son progrès continu et sans bouleversement, deviennent un gage de sagesse et un trait du caractère national, du *Volksgesist*. Désormais, le *common law* peut se protéger efficacement à l'abri d'un solide bouclier doctrinal contre les substantifs avec lesquels leurs adversaires vantent la codification : philosophie, lumières, progrès, efficacité, machine sociale, etc. En troisième lieu, la vocation de notre temps pour la science du droit invite les juristes de *common law* à ne plus rougir devant leurs collègues du continent. Ils doivent admettre leur retard, comme Savigny l'a fait pour l'Allemagne, se mettre au travail et chercher à percer les secrets de la jurisprudence, par l'étude patiente des *cases* et des principes de justice qu'ils matérialisent, par la publication de traités et d'abrégés, par la formation de jeunes juristes brillants. Bref, le *Vom Beruf* agit comme un encouragement à s'adonner à la science du droit. Tout cela, à l'époque, va dans le sens de tous les protagonistes anglo-américains qui défendent le caractère scientifique du *common law* et qui incitent leurs collègues à sortir de la simple pratique au profit de la doctrine.

Evidemment, comme Savigny n'a rien à voir avec la controverse anglo-américaine et qu'il défend la science et l'étude du droit romain contre la tentation de codifier trop vite le droit allemand, toutes les postures britanniques sont surtout le fruit d'une stratégie discursive que les auteurs nord-américains avaient à l'avance déjoué dès les années 1825-1826. Mais le recours fonctionne à la perfection. Il fonde les avocats du *common law* à s'enthousiasmer pour les articles de foi de l'école historique. Il oblige les partisans de la codification à prendre à bras le corps le problème posé par Savigny. Celui-ci devient un ennemi encombrant, vis-à-vis duquel deux stratégies très différentes vont être mises au point. L'une vise à dissocier l'école historique allemande des avocats du *common law* et tenter de faire de Savigny un allié plus qu'un adversaire. L'autre consiste, au contraire, à combattre au fond les thèses de Savigny et en faire un adversaire de système.

4. *Les partisans de la codification et la stratégie de la dissociation*

C'est à l'occasion d'une recension de la *Lettre* de Reddie que la revue britannique *The Jurist* cherche à résoudre le problème posé par Savigny dans un long article, publié en janvier 1829 et intitulé : « Written and unwritten law ». *The Jurist, or Quarterly Journal of Jurisprudence and Legislation* a été fondé par

Sharpe (†1843) en mars 1827 et édité à Londres, par Baldwin, Cradock and Joy. Sutton Sharpe est un francophile, un réformateur, un avocat de la codification, un correspondant et ami de Jourdan (le directeur de *La Thémis*), de Mérimée, de Stendhal⁴⁹. Il justifie la revue par le fait que l'Angleterre dispose de multiples journaux littéraires – pas une secte qui n'ait sa propre revue –, mais qu'il n'existe pas de revue dédiée à l'étude du droit en tant que science, alors même qu'à l'étranger, on compte des revues de ce type en France, aux Pays-Bas, en Allemagne – l'auteur cite évidemment *La Thémis* et la *Zeitschrift* de Savigny⁵⁰.

Favorable à la codification, l'auteur anonyme⁵¹ commence par fustiger les malheureux praticiens qui n'ont pas la carrure intellectuelle pour débattre et par réserver son lot de méchancetés à l'encontre de Reddie⁵². Puis, très vite, il se propose de mêler le compte-rendu du *Vom Beruf* à l'ouvrage de Reddie, non seulement parce que le second utilise le premier mais surtout parce qu'il convient de montrer que le contenu des deux ouvrages n'a rien de commun. Le premier est l'œuvre d'un auteur éminent, talentueux, érudit. Le second est un pamphlet rédigé par un imbécile. Toute la stratégie du contributeur est là. Il n'a pas choisi d'attaquer la thèse de Savigny. Il n'a pas choisi de minimiser l'importance du *Vom Beruf*. Il a choisi de dissocier Savigny de Reddie, en montrant que ce dernier, comme Cooper et Park, en a fait une interprétation spécieuse et qu'en réalité Savigny est plus proche des partisans britanniques des codes que de leurs adversaires. Aussi, l'argumentaire tient-il plus du tour de prestidigitacion que de l'honnêteté intellectuelle... Pour commencer, l'auteur de la recension se déclare surpris de la façon dont l'ouvrage de Savigny, totalement négligé depuis tant d'années, a fait irruption au Royaume-

⁴⁹ D. Gunnel, *Sutton Sharpe et ses amis français, avec des lettres inédites*, Paris 1925.

⁵⁰ « The legislature has turn its attention to the defective state of our code, and the anomalies of our judicial system : and various measures of reform are in contemplation, which, to be efficient, must be maturely weighed, frequently discussed, and subjected to the teste of a minute and searching criticism. The public mind is anxious, directed to the subject, and information is sought with avidity. A spirit, also, of rational inquiry seems pervade the practitioners of the law : there is an evident disposition amongst them to extend their views beyond the narrow technicalities of the profession, and to shake off the reproach cast upon them by a distinguished writer, “that law is studied in England rather as an art than a science” » (Sharpe, « Advertisement », *The Jurist*, 1827-1828, vol. 1, p. IV).

⁵¹ À l'époque, la règle dans les revues britanniques et nord-américaines, est l'anonymat. L'idée est qu'il est prétentieux, et même vulgaire, de signer son texte notamment dans un compte-rendu parce que le contributeur doit s'effacer devant l'auteur de l'ouvrage recensé (Richard A. Daner, « More than decisions : reviews of American law reports in the pre-west era », *Duke Law School Public Law & Legal Theory Series*, 2015, p. 23).

⁵² « Written and unwritten law », *The Jurist*, 1828-1829, vol. 2, p. 181.

Uni. Il a, affirme-t-il, été mobilisé par tactique et avec mauvaise foi. Il y a ceux qui l'utilise comme un colophon, c'est-à-dire la note finale dans un manuscrit ou un imprimé qui donne les références (titre, auteur, date) – l'auteur suggère ici que le *Vom Beruf* n'est qu'une autorité, sans consistance réelle. Il y a ceux qui s'y réfèrent sans l'avoir lu. Il y a ceux, enfin, qui le pillent sans remord, sans intelligence, sans distinction. L'auteur prévient donc son lecteur qu'il a lu l'ouvrage et qu'il va lui expliquer le contenu de l'opposition de Savigny aux codes et, par conséquent, les raisons pour lesquelles les adversaires anglais des codes s'y réfèrent en vain. L'auteur replace le texte dans son contexte : l'occupation française, la transposition du code Napoléon à l'étranger, la fièvre patriotique des juristes allemands, la défaite de Napoléon, la proposition faite par Thibaut de profiter du moment pour faire un code de droit pour toute l'Allemagne, la réplique de Savigny. Ce contexte explique l'emportement de ce dernier et sa détermination à ne voir que du mauvais dans le droit français, deux éléments, précise l'auteur, sur lesquels Savigny est d'ailleurs revenu dans la préface de la seconde édition où il raconte qu'il a écrit la première version du *Vom Beruf* sous l'empire d'une excitation grandissante.

Puis l'auteur de la recension synthétise, un à un, les chapitres du *Vom Beruf*. Le chapitre consacré à l'histoire du droit, où Savigny explique qu'à l'origine les règles étaient peu nombreuses et affirme que le droit est à l'image de la culture, de la langue et des mœurs des peuples entraîne l'adhésion de l'auteur. Néanmoins, il en profite – il s'agit d'un premier pion avancé sur l'échiquier – pour égratigner Reddie qui a rendu inintelligibles plusieurs passages très clairs du *Vom Beruf*. Il montre plusieurs contre-sens et quelques erreurs de traduction, ce qui doit inviter le lecteur à penser que Reddie n'a pas compris l'ouvrage et que le recours à l'Allemagne, son contexte politique et sa langue ne sont pas le monopole des partisans du *common law*, au contraire. Puis, sans transition, l'auteur se lance dans une longue digression où il affirme la supériorité du droit fait par le législateur sur le droit fait par le juge. Les avantages que l'on tirerait d'un corps complet de règles de droit auquel l'État donnerait son autorité seraient la certitude et l'uniformité. Evidemment, on a écrit des absurdités sur les codificateurs qui marchent sur la tête en croyant pouvoir fixer des règles pour toutes les situations à venir. Cela est impossible, en convient le recenseur, car, citant Portalis, « les codes des peuples se font avec le temps ; mais à proprement parler, on ne les fait pas ». Il ne s'agit que de fixer les principes directeurs (« *leading principles* ») ce qui conduit à régler les questions de fait par le biais de l'analogie. Et au-delà, si l'on posait la question : « que faire si le code ne prévoit rien qui puisse servir à juger ? », il suffit de répondre par une autre question : « que fait-on si le *common law* ne prévoit rien qui puisse servir à juger ? ». La réponse est donnée par le juge

Jenkins qui indiquait qu'à défaut de règle dans le *common law*, le juge doit fonder sa décision sur le droit de nature et le bien commun. Il en va de même avec le code. L'art est difficile, mais la sagesse et l'intelligence de notre époque nous disposent à pouvoir le faire.

Que pense Savigny de tout cela ? C'est sur ce point que l'auteur de la recension utilise son deuxième pion, en dissociant l'auteur allemand des avocats du *common law*⁵³ :

Savigny, en regardant son propre pays, juge différemment ; et l'objet le plus immédiat du présent ouvrage, comme on pourrait d'ailleurs le déduire de son seul titre, est de prouver que l'époque n'est pas qualifiée par son génie pour une entreprise aussi capitale ; qu'elle ne possède ni l'aptitude à maîtriser les matériaux vastes et compliqués à partir desquels un code doit être construit, ni la vigueur ni la clarté de langage si essentielles à l'utilité et à la dignité d'un tel ouvrage.

Or, la peur de Savigny, partagée par Reddie, est qu'une fois un code promulgué dans l'urgence, le droit ne soit irrémédiablement coupé des sources anciennes. Au Royaume-Uni, rien n'est à craindre de ce côté-là, non seulement parce que les anciennes décisions resteraient utilisées, certes à titre de référence, et non comme des précédents obligatoires, mais encore et surtout parce qu'on peut s'appuyer sur l'exemple de la France que Savigny a regardé comme une médiocrité : les juristes y contemplent toujours les règles anciennes et la science du droit y fait de grands progrès. De sorte que, pour l'auteur, il existe une divergence entre Savigny, tel qu'on le lit dans le *Vom Beruf*, et Savigny tel qu'il est (mal) interprété et (mal) traduit par Reddie. Le premier conçoit la codification comme une entreprise hasardeuse, le succès comme peu probable, l'échec comme irrémédiable, alors que le second affirme que les codes, qu'ils soient réussis ou pas, fonctionneront forcément très mal. Savigny, assure l'auteur de la recension, aurait souri devant de telles assertions.

Le troisième pion est posé à l'occasion du chapitre consacré au droit allemand, notamment à propos des nombreuses coutumes auxquelles les peuples d'Allemagne sont si attachés. Savigny en fait évidemment un obstacle de plus pour la réussite d'un code général. Mais l'auteur de la recension y trouve un argument de poids en faveur de la codification. La situation de l'Allemagne est en tous points conforme à celle des provinces du Nord de la France, avant la

⁵³ « Savigny, looking to his own country, judges differently ; and the more immediate object of the present work, as indeed might be gathered from its title alone, is to prove, that the age is not qualified by its genius for so momentous an undertaking ; that it possesses neither the skill to master the vast and complicated materials from which a code must be constructed, nor the vigour and clearness of diction so essential to the usefulness and the dignity of such a work » (*Ibid.*, p. 191).

grande convulsion (la Révolution) qui a tout détruit, qui a coupé les Français de leur passé et qui a laissé une page blanche⁵⁴ :

Mais en Angleterre, il n'y a pas d'obstacle de ce genre. Les coutumes locales sont relativement peu nombreuses et pourraient, sans grand préjudice, subsister en tant qu'exceptions partielles au fonctionnement d'un code général. Cette condition de commodité de notre droit est l'un des effets bénéfiques d'un système, à bien des égards très contestable : à savoir, la concentration des pouvoirs judiciaires en un seul endroit. Comme c'est une tâche gratifiante que d'extraire le bien du mal, nous mentionnerons également, que la même cause assurerait à un code l'avantage supplémentaire, de se prémunir dans une large mesure contre ces déviations de pratique et d'interprétation, qui sont un thème constant de reproche à l'égard du système français, et que les bonnes gens, dont les "discernements sont léthargiques", ont l'habitude d'attribuer exclusivement à la loi elle-même.

Enfin, l'auteur du compte-rendu aborde le dernier chapitre. Nous allons supposer, dit-il, avec une charité plus que chrétienne, que nos lecteurs britanniques ne l'ont pas lu... Que propose en effet Savigny pour l'époque actuelle, pour notre temps ? Aucun code n'est requis dans les États où le *jus commune* est toujours en vigueur, ce qui, pour l'auteur du *Vom Beruf*, ne signifie pas l'inaction. Il convient notamment que la législation intervienne pour régler les points litigieux et pour enregistrer les coutumes. Changeons de scène et appliquons ces recommandations à l'Angleterre. Quel serait le résultat ? À la place de tous les points litigieux suscités par le *common law*, une législation fixe et claire interviendrait et un droit écrit se substituerait au droit non écrit. À la place des règles incertaines et de la volonté du juge, nous aurions – l'auteur cite ici Savigny en dehors de son contexte – « le vrai droit, la volonté propre du peuple portée en pleine lumière et maintenue dans sa pureté ». En fin de compte nous aurions un code⁵⁵. La manœuvre s'achève et l'auteur de la recension pense avoir fait échec et mat en quatre coups... Si les préventions de Savigny à l'égard des codes s'appuient sur un état de chose totalement différent de ce qui prévaut en Angleterre et si les préventions de Savigny sont

⁵⁴ « But in England there is no such impediment. The local customs are comparatively few, and might, with little detriment, be suffered to subsist as partial exceptions to the operation of a general code. This commodious condition of our law is one beneficial effect of a system, in many respects highly objectionable : the concentration, namely, of the judicial powers in one place. As it is a grateful task to extract good from evil, we will also mention, that the same cause would secure to a code the additional advantage, of guarding in a great measure against those deviations of practise and interpretation, which are a constant theme of reproach to the French system, and which good easy persons, whose "discernings are lethargied", are in the habit of attributing exclusively to the law itself » (*Ibid.*, p. 198-199).

⁵⁵ *Ibid.*, p. 202.

liées à notre époque qu'il juge inapte à réaliser une codification, la conclusion s'impose : non seulement le *Vom Beruf* n'est d'aucune utilité pour refuser des codes au Royaume-Uni, mais il faut encore en déduire qu'il y a bien peu de choses qui séparent Savigny des avocats du droit écrit au Royaume-Uni. Comment les adversaires des codes pourraient-ils encore se référer à Savigny après cela ? L'auteur de *The Jurist* est en quelque sorte un magicien. Sans faire dire à Savigny l'inverse de ce qu'il a écrit, il a manipulé l'ouvrage. Tantôt, il a joué sur le contexte pour montrer que le jurisconsulte allemand n'écrivait que pour l'Allemagne et qu'on ne peut pas le mobiliser en faveur du *common law*, tantôt il a sorti le texte de son contexte pour faire croire qu'on pourrait le mobiliser en faveur de la codification du droit britannique. Ce procédé lui permet, dans la suite de son article, de discréditer et Reddie, et Park, et Cooper, coupables soit de n'avoir pas lu le *Vom Beruf*, soit de ne pas l'avoir compris, soit de commettre des erreurs à propos de la science du droit et de se contredire les uns les autres.

5. *Les partisans de la codification et la stratégie du combat*

La seconde stratégie imaginée à l'encontre de l'école historique allemande consiste à prendre Savigny de front et d'en déduire que tous les juristes d'Europe et du Royaume-Uni qui se placent dans son sillage, sont dans l'erreur. On trouve ce plaidoyer expliqué et commenté en janvier 1831 dans un article de *The American Jurist and Law Magazine*, une revue fondée à Boston en 1829, à l'imitation de *The [English] Jurist*, afin, explique son fondateur, de produire des travaux juridiques de qualité, de sortir de la sujétion à l'égard des juristes britanniques et de promouvoir les sujets de réforme. De sorte que : « le sujet de la codification est un sujet qui s'inscrit très naturellement dans le programme de notre publication, et qui ne semble guère à sa place ni dans les journaux, ni dans les revues littéraires, bien qu'il l'ait occupée dans les uns et les autres, depuis que nous avons commencé à entendre parler de Jeremy Bentham »⁵⁶. Dans l'article de 1831, l'auteur a cru utile d'imiter jusqu'au titre de l'article paru deux ans plus tôt dans la revue anglaise *The Jurist*, en intitulant sa contribution : « Written and unwritten systems of laws »⁵⁷.

Pour comprendre l'importance de l'article, un retour en arrière s'impose.

⁵⁶ « The subject of codification is one that falls very naturally within the plan of our publication, and one that hardly seems to be in its place either in the newspapers or literary reviews ; though it has occupied some share in both, since we first began to hear of Jeremy Bentham » (« Advertissement », *The American Jurist*, 1829, vol. 1, p. v).

⁵⁷ « Written and unwritten systems of laws », *The American Jurist*, 1831, vol. 5, p. 23 s.

En 1827, Charles P. Cooper avait publié ses *Lettres* pour dénoncer les projets de codification, à la lumière de la doctrine de Savigny. Rééditées en 1828 et 1830, les *Lettres* de Cooper ont entraîné le juriste belge Meyer à publier, en 1830, une réplique : *De la codification en général et de celle de l'Angleterre en particulier en une série de lettres adressées à Mr. C. P. Cooper*. Jonas Meyer (ou Meijers) est un ancien avocat et magistrat belge qui a assisté à l'introduction du système juridique français dans les territoires belges, puis dans le royaume de Hollande⁵⁸. Au moment de la chute de Napoléon, il a publié ses *Principes sur les questions transitoires, considérées indépendamment de toute législation positive, et particulièrement sous le rapport de l'introduction du code Napoléon* (1813). Son expérience et ses lectures le conduisent, cinq ans plus tard, à proposer une savante étude comparative : *Esprit, origine et progrès des institutions judiciaires des principaux pays de l'Europe* (1818-1823). Grâce à cet ouvrage majeur, l'auteur est connu et reconnu en France, aux Etats-Unis comme au Royaume-Uni grâce aux comptes-rendus publiés dans les revues⁵⁹.

Dans son ouvrage de 1830, il se propose d'indiquer aux Britanniques une procédure pour codifier leur droit. Pour justifier l'initiative – l'auteur est belge ! –, Meyer se déclare catastrophé par la contagion des idées allemandes qu'il prétend avoir vu naître en Hollande. Il fait donc un choix qu'il proclame et assume : « combattre la théorie de Mr. De Savigny », « combattre la méthode de l'école », « combattre avec quelque succès la profonde science, le talent d'argumentation » de Savigny, « combattre successivement la méthode de l'école historique avec les raisons données par cette méthode, et la conséquence qu'on en déduit contre la possibilité et l'utilité de la codification en général »⁶⁰. Comment s'y prend-il ? En démontrant les vices de l'école historique et l'illusion que le droit romain puisse servir de fondement positif au droit actuel (2^{ème} lettre). C'est, déplore-t-il, confondre l'étude du droit avec celle de l'histoire du droit... Meyer explique longuement la confusion dans laquelle Savigny a plongé la science du droit⁶¹ :

⁵⁸ A. Grilli, *Il difficile amalgama. Giustizi e codici nell'Europa di Napoleone*, Francfort, Klostermann, 2012 ; H. Beuvant, *Les réformateurs des républiques sœurs face au modèle juridique français (1795-1806)*, Thèse droit, Rennes 1, 2018.

⁵⁹ Millelot, « *Esprit et progrès des institutions judiciaires des principaux pays de l'Europe* par J.-D. Meyer », *La Thémis*, 1821, vol. 4, p. 97 s. ; « *Esprit, origine et progrès des institutions judiciaires des principaux pays de l'Europe* by J. D. Meyer », *The Foreign Quarterly Review*, 1828, vol. 3, p. 433 s. ; « Meyer – On the judicial institutions », *The Carolina Law Journal*, 1830, vol. 1, p. 242 s.

⁶⁰ Meyer, *De la codification en général et de celle de l'Angleterre en particulier en une série de lettres adressées à Mr. C. P. Cooper*, Amsterdam, 1830, p. X, p. XII, p. 124, p. 153.

⁶¹ *Ibid.*, p. 121-122.

Les recherches historiques peuvent être très utiles à celui qui, après avoir profondément étudié le droit positif et existant, désire s'appliquer à la science de la législation, sous cette condition toutefois qu'il ne perde jamais de vue la loi existante, et qu'il ne substitue pas un système quelconque à la connaissance réelle ; qu'il ne reconnaisse pas comme disposition législative, ce qui n'est que le résultat de l'histoire.

Ensuite, Meyer développe l'idée que la loi seule peut servir de base juridique fixe et invariable, au détriment de la jurisprudence, des traités et des coutumes (3^{ème} lettre). Il en profite pour expliquer que le code Napoléon ne méritait pas les critiques de Savigny⁶². Il en profite encore pour affirmer que Savigny n'a pas compris l'esprit du code Napoléon lequel réalise l'équilibre entre les règles fixées par la loi (les articles du code) et leur application aux litiges que les juges peuvent faire à la lumière des autres sources : le droit romain, les coutumes, le droit naturel, la jurisprudence ou les opinions des auteurs. En d'autres mots, le code ne visait pas à faire table rase des sources tirées de l'histoire, mais d'en faire le moyen d'interpréter la règle fixée et sanctionnée par la loi, la seule qui soit fixe et invariable.

D'où la quatrième lettre qui matérialise le projet de Meyer : faire le bonheur de l'Angleterre en sortant son système juridique des griffes de l'école historique, de quelques juristes étroits d'esprit et du respect aveugle de la jurisprudence. Bentham et Romilly sont largement sollicités pour lister les défauts du droit anglais. Après la phase de déconstruction, Meyer passe à celle de la fondation – l'auteur écrit désormais au conditionnel, parfois au futur. Il conviendrait, affirme-t-il, de commencer par lire, comprendre et classer le droit anglais, selon le modèle de Justinien, pour obtenir deux recueils : un *digest*, qui compilerait le *common law*, et un *codex*, qui compilerait le *statute law*. La conception d'un code moderne obligerait ensuite à tout simplifier, à conserver le meilleur et corriger les défauts. Et pour que le nouveau code s'imprimât dans les cœurs, il faudrait imaginer une publicité adaptée qui insisterait sur les avantages du code, sa simplicité, sa clarté, la précision des termes et des notions. Il faudrait encore supprimer la distinction entre les cours de *common law* et d'*equity*, instituer un ministère public sur le modèle français, qui donnerait la même impulsion dans tous les tribunaux, et transformer la Chambre haute du parlement en cour de cassation. Bref, il s'agit de transposer le modèle juridique français, rectifié sur quelques points.

Dans la cinquième et dernière lettre, il résume ses idées, en estimant qu'il a donné le meilleur plan d'action possible à l'Angleterre, laquelle se trouve désormais à un carrefour de son histoire. D'un côté, on compte quelques sages auteurs français (Pothier, Merlin, Tronchet, Portalis, Maleville) et des

⁶² *Ibid.*, p. 143 s.

philosophes ou des hommes d'actions britanniques comme Bentham, Brougham et Peel. De l'autre, il existe quelques savants juristes anglais qui, craignant sans doute les railleries de Savigny et des siens, « se sont entraînés à la remorque de cette opinion subversive de toutes mes idées »⁶³. Meyer condamne au passage quelques auteurs français : Pardessus, Lermnier et *La Thémis* qui, eux aussi, sont contaminés par les thèses de l'école historique allemande.

L'ouvrage, on s'en doute, va être mal accueilli par les *commonlawyers* anglo-américains, mais il servira de référence pour les avocats de la codification. Dans une très longue recension parue dans *The American Jurist* de 1831, l'auteur anonyme résume avec enthousiasme la stratégie de Meyer qui consiste à s'attaquer aux thèses de Savigny, autant parce que celui-ci se tient à la tête de son parti, que parce que son ouvrage propose un condensé de toute l'argumentation de l'un des deux camps. L'auteur de la recension construit son propos en deux temps. Dans le premier, il résume les objections de Savigny à l'égard de la codification et ne se laisse pas abuser par l'idée de l'auteur allemand selon laquelle, un jour, le moment sera venu pour la codification. Avant, ce serait trop tôt. Après, ce sera trop tard... Car « lorsque la civilisation a atteint sa perfection, le maximum de forces et d'intelligence, le besoin d'un code n'est plus ressenti ». Bref, si l'on suivait Savigny, « la seule période où une nation est capable de former un code et où ses jurisconsultes sont capables de le développer et de l'appliquer est celle où il serait inutile »⁶⁴. Dans un deuxième temps, l'auteur rapporte longuement le contre-argumentaire de Meyer en louant la profondeur de vue du juriste belge, en montrant comment celui-ci prend l'avantage sur Savigny sur plusieurs points de droit romain, en soulignant, avec Meyer, l'intérêt de la compilation de Justinien sur le droit classique, avant de conclure⁶⁵ :

Nous avons entièrement limité nos observations à la première partie du travail de M. Meyer. Dans la seconde partie, il traite exclusivement de la codification du droit anglais, des éléments que le droit, en son état actuel, fournit pour la codification, des avantages à en tirer, des principes qui doivent régir le législateur lorsqu'il réduit le droit à un code, et des moyens à adopter pour en assurer

⁶³ *Ibid.*, p. 284.

⁶⁴ « Written and unwritten... », *loc. cit.*, p. 27.

⁶⁵ « We have confined our observations entirely to the first part of M. Meyer's work. In the latter part he treats exclusively of the codification of the law of England, of the materials which the law, in its actual state, furnishes for codification, the advantages to be derived from it, the principles by which the legislature should be governed in reducing the law to a code, and the means to be adopted to secure its integrity and insure a uniform interpretation of it » (*Ibid.*, p. 52).

l'intégrité et en garantir une interprétation uniforme.

6. *Conclusions*

Les premiers recours des juristes anglo-américains à Savigny, au *Vom Beruf* et à l'école historique allemande répondent avant tout à un besoin stratégique dans le contexte de la bataille que se livrent les partisans des codes et les avocats du *common law*. Il s'agit d'un *recours à l'étranger*, c'est-à-dire un procédé rhétorique que l'on utilise avec un double objectif, conscient ou inconscient. Sur le plan du *logos* (en tant qu'argument tiré de la raison), il s'agit de mobiliser des références, des autorités, un faisceau d'éléments tirés d'autres pays pour amplifier une thèse au détriment d'une autre. En ce sens, il n'est pas étonnant de voir deux revues, l'une pour, l'autre contre la codification, chercher à attirer Savigny dans leur camp. Sur le plan de l'*ethos* (quant à la posture du contradicteur), il offre à celui qui recourt à l'étranger une stature particulière. En 1830, lorsque *The Law Magazine*, la revue britannique fondée à Londres par Abraham Hayward en 1828 pour accompagner les réformes juridiques tout en s'opposant à la codification, entame sa recension enthousiaste des *Juridical Letters* d'Eunomus, le contributeur commence par saluer les qualités de l'auteur⁶⁶ :

L'écrivain, quel qu'il soit, est un homme doté d'une grande capacité de réflexion et d'une information étendue, d'un genre dont le barreau anglais a été jusqu'à présent presque totalement sevré. Il est évidemment familier de la plupart des grands juristes étrangers, et est donc bien qualifié pour aider à dissiper les illusions qui peuvent encore prévaloir quant aux codes du continent : et pour stimuler ses confrères juristes, si quelque chose peut les stimuler, à imiter les modèles qu'il leur propose.

Indirectement, aux yeux des lecteurs et des autres contradicteurs, la revue vient de faire d'Eunomus un savant qui a découvert des vérités cachées, un contributeur doué d'une grande hauteur de vue, alors même qu'Eunomus avoue ne pas maîtriser l'allemand et admet avoir trouvé des bribes d'informations sur Savigny et l'école historique grâce à la revue française *La*

⁶⁶ « The writer, whoever he be, is a man of strong powers of thought and extended information of a kind from which the English Bar has been hitherto almost totally estranged. He is evidently familiar with most of the great foreign jurists, and, therefore, well qualified to assist in dissipating any illusions which may yet prevail as to the codes of the continent : and of animating, if anything can animate, his legal brethren to emulate the models he holds up to them » (« Juridical Letters... by Eunomus », *The Law Magazine*, 1830, vol. 3, p. 388).

Thémis. Cette stature est d'autant plus aisée à défendre qu'il s'avère souvent délicat, pour l'adversaire, de vérifier la source, soit parce que l'élément est rédigé dans une langue peu lue, soit parce qu'il est publié dans des ouvrages, des revues ou des documents difficiles d'accès.

C'est à compter de 1827 que les avocats du *common law*, alors même qu'ils risquent de jouer à front renversé – se battre contre la codification et défendre le *common law* en vantant le *civil law* –, perçoivent toute l'utilité de Savigny pour pouvoir enrôler dans leurs rangs des jurisconsultes allemands, savants et reconnus, pour pouvoir donner du sens au développement historique du *common law*, pour prétendre atteindre un jour le rang d'une science du droit. D'autant, ajoute Michael M. Hoeflich, qu'ils découvrent en lui les talents du polémiste⁶⁷. Ils admirent évidemment les thèses de l'école, mais ils voient surtout en Hugo et Savigny des champions de leur cause et, de fait, les revues anglo-américaines vont peu à peu raconter la controverse en simplifiant : « *one side or the other* », deux thèses, deux camps, deux armées, avec, à leur tête, d'un côté Bentham, Thibaut et Meyer, de l'autre Savigny, Hugo, Du Ponceau, Park et Cooper⁶⁸.

C'est à compter de 1829, que les partisans des codes, parce qu'ils se trouvent contraints de lire le *Vom Beruf*, de le comprendre et de lui consacrer des recensions, vont paradoxalement contribuer à diffuser l'argumentaire savignien aussi bien auprès de leurs partisans que de leurs adversaires. La traduction du *Vom Beruf* en anglais (1831) accompagne le phénomène. Désormais, la référence aux auteurs allemands des deux partis n'est plus exceptionnelle. C'est ainsi que *The Law Magazine* de 1834 propose un article sur la réforme du droit criminel en Allemagne, en traitant notamment de Feuerbach et de son code criminel⁶⁹. C'est ainsi que *The American Jurist* de 1835 présente l'école historique allemande, à partir de la recension de *L'Introduction générale à l'histoire du droit* de Lerminier⁷⁰. C'est ainsi que l'on apprend dans une recension de *The Law Magazine* de 1835 que *Le droit romain* de Savigny et les *Institutions judiciaires* de Meyer figurent parmi les ouvrages que les étudiants doivent lire pour préparer les leçons délivrées par Philipp

⁶⁷ Michael H. Hoeflich, « Savigny and his anglo-american disciples », *loc. cit.*, p. 35-36.

⁶⁸ « Meyer – On the judicial institutions », *The Foreign Quaterly Review*, 1828, vol. 3, p. 435 ; « Court of Chancery », *The Foreign Quaterly Review*, 1830, vol. 5, p. 621 ; « On codification and its application », *The Foreign Quaterly Review*, 1830, vol. 6, p. 322-323 ; « The present state of the codification question », *The Legal Observer or Journal of Jurisprudence*, 1831-1832, vol. 3, p. 205.

⁶⁹ « Legislation in Germany », *The Law Magazine*, 1834, vol. 11, p. 4 s.

⁷⁰ « The German historical school of jurisprudence », *The American Jurist*, 1835, vol. 14, p. 43 s.

Williams à l'Université d'Oxford, à propos du régime politique, du droit et des mœurs des Européens⁷¹.

⁷¹ « Hints as to a preparatory course of reading », *The Law Magazine*, 1835, vol. 13, p. 162.