

ANUARIO
DE
HISTORIA DEL
DERECHO
ESPAÑOL

TOMO LXXV

MINISTERIO DE JUSTICIA
Secretaría General Técnica



MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA
Boletín Oficial del Estado

Les débuts de la codification. Trois grands foyers: Europe centrale, atlantique et transatlantique (1750-1804)

Le lieu où prend place ce congrès ne saurait être plus évocateur. Nous sommes venus à Paris depuis les diverses extrémités du monde pour commémorer le bicentenaire du *code civil* précisément dans le lieu même où il fut conçu. C'est près d'ici que l'infatigable Cambacérès a travaillé sur ses trois projets successifs et que, sous la présidence de Tronchet, quatre éminents juristes ont donné sa forme finale au texte actuel.

Mais cet événement n'a été qu'un chapitre au sein du mouvement codificateur. Preuve en est que cette année, nous commémorons également le bicentenaire du code pénal d'Autriche, promulgué en 1803, à peine quelques mois avant le code civil français. Cette circonstance nous offre une excellente occasion pour tenter une vision d'ensemble, c'est-à-dire pour un examen des environnements spatiaux, temporels et spirituels de la codification.

Dans les étroites limites qui nous sont offertes pour cet exposé, nous nous arrêterons sur ses points et ses figures centrales.

L'ÉTAT DE LA MATIÈRE

La bibliographie semble osciller entre deux extrêmes. D'un côté, on étudie le mouvement codificateur par pays, c'est-à-dire dans un cadre national ou, au



plus, par secteurs juridiques, comme le droit privé¹ ou le droit pénal², alors que, de l'autre côté, on la regarde à la manière de von Ihering³ comme une étape dans l'histoire universelle du droit⁴.

Il ne faut pas se leurrer. Sa portée est plus vaste que l'échelle des pays, mais plus limitée que celle du monde. Pour commencer, la plus grande partie de la planète a vécu et vit en marge de la codification, les uns parce qu'ils n'ont pas besoin d'elle pour être des pays modernes, comme le sont ceux de *common law*, et les autres parce qu'ils connaissent à peine le droit écrit, comme c'est le cas pour de nombreux peuples asiatiques et africains et que, par conséquent, les seuls codes qu'ils connaissent sont importés ou imités d'Europe⁵.

La raison en est très simple. Les Lumières ont provoqué une véritable mutation dans la notion de code. Depuis l'époque romaine jusqu'à celle du baroque, on entendait par ce terme un livre de droit destiné à fixer celui-ci en vue de renforcer son caractère existant et de faciliter le travail du juge⁶. Les

¹ HARRASOWSKY, Philipp Ritter Harras von, *Geschichte der Kodifikation des österreichischen Zivilrechts*, Vienne, 1868; BRAUNEDER, Wilhelm, *Das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesamten Deutschen Erbländer der österreichischen Monarchie von 1811 in Gutemberg-Jahrbuch* 62, Mainz, 1987; VAN KAN, Jean, *Les efforts de codification en France avant la rédaction du Code Civil*, Paris, 1910; EWALD, Françoise, *Naissance du Code civil*, Paris, 1989; HALPÉRIN, Jean-Louis, *L'impossible Code civil*, Paris, 1992; TAU ANZOÁTEGUI, Víctor, *La codificación en Argentina 1810-1870. Mentalidad social e ideas jurídicas*, Buenos Aires, 1977; GONZÁLEZ DOMÍNGUEZ, María del Refugio, «Notas para el estudio del proceso de codificación en México (1821-1928)» in *Libro del cincuentenario del código civil*, México, 1978; BRAVO LIRA, Bernardino, «La codificación en Chile (1811-1907), dentro del marco de la codificación europea e hispanoamericana» in *Revista de Estudios Histórico-jurídicos* 11, Valparaíso, 1986.

² SALMONOWICZ, Stanislaw, *Prawo karne ówieconego absolutyzmu. Zdziejów europejskich kodyfikacji karnych prze omu XVIII/XIX w* (Le droit pénal de l'absolutisme des Lumières. Histoire des codifications pénales dans l'Europe du XVIII^e siècle), Torun, 1966; Le même, «La codification pénale des Lumières. Programme et réalisations» in *Law in History* 1, Lublin, 2000; RIVACOBA, Manuel et ZAFFARONI, Raúl, *Siglo y medio de codificación penal en Iberoamérica*, Valparaíso, 1980; BRAVO LIRA, Bernardino, «Dos vertientes de la codificación. En torno al bicentenario de los códigos penal de Austria (1803) y civil de Francia (1804)» in SANZ, Carlos Raúl et al., *La codificación, raíces y perspectivas*, 2 vol. (à ce jour), Buenos Aires, 2004; Le même, «Codificación civil en Iberoamérica y en la península Ibérica, (1827-1917) Derecho nacional y europeización» in LEVAGGI, Abelardo (éd.), *Fuentes ideológicas y normativas de la codificación latinoamericana*, Buenos Aires, 1992, désormais in le même et MÁRQUEZ DE LA PLATA, Sergio (éd.), *Codificación y descodificación en Hispanoamérica*, vol. I, Santiago, 1998; Pour un panorama exhaustif: GUZMÁN, Alejandro, *La codificación civil en Iberoamérica, siglos XIX y XX*, Santiago, 2000.

³ VON IHERING, Rudolf, *Geist des römischen Rechts, auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, 1852-1865, plusieurs éditions postérieures.

⁴ WIEACKER, Franz, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Göttingen, 1952, 1967; trad. en espagnol, Madrid, 1957; COING, Helmut, *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, 6 vol., Munich, 1973; CRUZ, Guilherme, BRAGA de, «A formação histórica do moderno direito privado português e brasileiro» in *Revista de la Faculdade de Direito de Sao Paulo*, 50, Sao Paulo, 1955; ARNAUD, André-Jean, *Origines doctrinales du code civil français*, Paris, 1969.

⁵ CHOI, Chongko, «The development of East Asian Law, until the End of 18th Century: in search of Asian common law» in *Law and History* 1, Lublin 2000.

⁶ VANDERLINDEN, Jacques, *Le concept de code en Europe occidentale du XII^e au XIX^e siècle*, Bruxelles, 1967; GUZMÁN BRITO, Alejandro, «Codex» in D'ORS, Álvaro, *Estudios de dere-*

Lumières ont porté le droit écrit aux nues et ont prescrit que les codes, par dessus toute autre chose, fussent élaborés par les juristes ou institués par les coutumes⁷. Ce faisant, on ne pouvait que réduire le rôle du juge, selon l'expression de Montesquieu, à être «la bouche qui prononce les paroles de la loi»⁸.

Il faut se rendre à l'évidence: ce phénomène ne s'est réalisé qu'en Europe continentale et en Iberoamérique. La codification et le droit codifié sont une exception dans l'histoire. Comme telle, ses contours sont parfaitement précis. Du point de vue de l'espace, elle se réduit à l'Europe continentale et à l'Amérique hispanique. Dans le temps, elle dure deux siècles, ceux des Lumières, depuis le milieu du XVIII^e siècle jusqu'à la moitié du XX^e. Par la suite, il se produit ce que Morin a dénoncé comme une «révolte des faits contre le code», que nous appelons décodification⁹.

ESSOR, APOGÉE ET AGONIE DE LA CODIFICATION

Les deux codes dont nous célébrons le bicentenaire s'inscrivent dans ce cadre. Ils constituent un événement marquant qui sépare trois étapes dans l'histoire de la codification que l'on peut décomposer en trois temps, comme l'a fait Wieacker il y a près d'un demi-siècle: le surgissement, la floraison et la crise¹⁰. Ces étapes coïncident avec l'essor, l'apogée et l'agonie des Lumières¹¹.

cho romano en honor de ..., Pamplone, 1987; Le même, *La fijación del derecho, contribución al estudio de su concepto y de sus clases y condiciones*, Valparaíso, 1977, p. 47; WOLF, Armin, *Gesetzgebung in Europa 1100-1500*, Munich, 1996.

⁷ VIORA, M., *Consolidazioni e codificazioni. Contributo alla storia della codificazioni*, Turin, 1947; Wieacker, note 4; GUZMÁN BRITO, *La fijación...*, note 6; GAUDEMET, Jean, «La codification, ses formes et ses fins» in 18^e Congrès de l'IDEF, *La codification et l'évolution du droit*, Louisiane, 1995; Caroni, Pío, *Lecciones castellanas sobre historia de la codificación*, Madrid, 1996, avec bibliographie.

⁸ MONTESQUIEU, Charles Secondat, *De l'esprit des lois*, Genève, 1748; HÜBNER, Heinz, *Kodifikation und Entscheidungsfreiheit des Richters in der Geschichte des Privatrecht*, Königstein, 1980.

⁹ IRTI, Natalino, «L'età della decodificazione» in *Diritto e Società* (1978), désormais in du même, *L'età della decodificazione*, Milan, 1979, trad. en espagnol Barcelone, 1992; GUZMÁN, Alejandro, «Codificación, descodificación y remodificación» in *Revista de derecho y jurisprudencia* 90, Santiago, 1993; BRAVO LIRA, Bernardino, «Tras la huella del *ius commune*, la codificación y descodificación en el nuevo mundo» in *Revista de estudios histórico-jurídicos* 19, Valparaíso, 1998.

¹⁰ WIEACKER, Franz, «Aufstieg, Blüte und Krisis der Kodifikationsidee» in *Festschrift Böhmer*, Bonn, 1954.

¹¹ Sur les Lumières en général: CASSIRER, Ernst, *Die Philosophie der Aufklärung*, Tübingen, 1932, trad. en espagnol, Madrid, 1943; HAZARD, Paul, *La crise de la conscience européenne 1680-1715*, Paris, 1932, trad. en espagnol (Julian Marias), Madrid, 1946; Le même, *La pensée européenne au XVIII^e siècle*, Paris, 1963, trad. en espagnol, Madrid, 1966; Koselleck, Reinhart, *Kritik und Krise. Ein Beitrag zur Pathogenese der bürgerliche Welt*, Munich, 1959, trad. en espagnol Madrid, 1964; BRAVO LIRA, Bernardino, «El racionalismo moderno» in García Huidobro et al., *Reflexiones sobre el socialismo liberal*, Santiago, 1988.

Ce cycle n'est pas seulement valable pour l'Europe, puisqu'il inclut également deux droits européens –espagnol et portugais– dont la codification s'est effectuée parallèlement des deux côtés de l'Atlantique¹². Sur ce dernier point, il vaut la peine d'ajouter que les textes les plus aboutis proviennent du Nouveau Monde: le code pénal du Brésil¹³ et le code civil du Chili¹⁴.

Chronologiquement, la première étape correspond au demi-siècle antérieur aux grands modèles (1750-1804); la seconde couvre tout le XIX^e siècle (1804-1917) et coïncide avec son rayonnement mondial qui culmine par l'adoption des codes civils d'Allemagne, de Suisse et du Brésil, ainsi qu'avec le *codex iuris canonici*. A partir d'alors commence la troisième phase (dès 1917) qui est celle du reflux de l'esprit des Lumières et du droit national codifié avec, en contrepartie, l'éclosion d'une décodification.

Ces pages sont dédiées avant tout à la première étape. Dans les limites qui nous sont imposées, nous nous concentrerons sur trois grands foyers du mouvement codificateur, sur quelques uns de ses caractères les plus éminents, ainsi que sur l'esprit qui l'anime. Les omissions sont naturellement inévitables. Parmi tant d'autres, on mentionnera seulement, à titre d'exemples, certains juristes et quelques tendances.

Ces foyers ou régions sont l'Europe centrale, y compris la Bavière, berceau de la codification, la Prusse et l'Autriche, qui en sont les principaux centres, ainsi que la Toscane. Dans les autres Etats italiens, des réformes furent menées, dont certaines ont été largement célébrées, comme l'obligation de motiver les sentences à Naples, mais celles-ci ne constituaient pas encore des codifications. Ensuite, on trouve le monde hispanique, qui étendu des deux côtés de l'Atlantique, de l'Espagne et du Portugal jusqu'en Iberoamérique et aux Philippines, l'on peut regarder comme une sorte d'Europe transatlantique. Finalement –sans que son importance soit moindre– on trouve la zone française d'où proviennent les *cinq codes* qui ont atteint une immense diffusion au XIX^e siècle.

I. EUROPE CENTRALE, CODES DE DROIT TERRITORIAL

L'Europe centrale est dominée par des monarchies multiples, composées de royaumes et de territoires distincts mais unis de manière permanente sous une même maison régnante. Dans cette région, le mouvement codificateur est lié à l'objectif de transformer cette unité politique en une unité juridique. Les grands obstacles qui s'opposaient à l'implantation d'un droit territorial unique étaient, d'une part, le *ius commune* cultivé dans les universités et dont

¹² BRAVO LIRA, Bernardino, «Beziehungen zwischen den europäischen und iberio-amerikanischen Kodifikationen» in ZSR, 103, Germ. Vienne-Cologne-Graz, 1986; Le même, «Eine Kodifikation auf beide Seiten des Atlantiks. Iberoamerika und die Iberische Halbinsel, zwischen schaffen eigene Gesetzbücher und Übernahme Europäischen» in *Law in History* 1, Lublin, 2000.

¹³ RIVACOBIA et ZAFFARONI, note 2; BRAVO LIRA, «Dos vertientes...», note 2; IÑESTA, Emilia, «La proyección hispánica del Código penal español de 1848» in XIII Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, *Estudios*, 2, San Juan, 2003.

¹⁴ BRAVO LIRA, note 2; GUZMÁN, note 2.

l'influence universelle dépassait le territoire et, d'autre part, les particularismes découlant de la multitude de droits propres de chaque territoire, ville, région, pays, qui étaient défendus par les ordres sociaux et leurs assemblées¹⁵.

C'est ainsi qu'on explique la répercussion en chaîne en Bavière et en Autriche du projet prussien de 1749 de former un *corpus iuris fredericiani*. Il s'agissait de former «un droit territorial fondé sur la raison et les droits du pays et sur le droit romain dans son ordre naturel et systématique, selon les trois objets du droit»¹⁶. On relève là l'influence du français Domat (1625-1692) qui est également à l'origine de la codification française au travers de son plaidoyer vieux de plus d'un demi-siècle en faveur de l'ordre naturel et systématique des lois¹⁷.

I. La Bavière, Berceau de la codification

Le premier à se lancer dans cette entreprise fut Kreittmayr (1705-1790) en Bavière¹⁸. En cinq ans, il rédigea trois codes: un code pénal, un code de procédure civile et un code civil. Ces textes sont relativement brefs. Par contre, les notes qu'il publia pour leur enseignement remplissaient plusieurs volumes et contenaient un matériel extrêmement riche permettant d'en connaître les fondements¹⁹.

Ce qu'ils ne disent pas –ce qui a déconcerté les lettrés–, ce sont les raisons pour lesquelles ces codes reconnaissent la validité tant des droits particuliers que du *ius commune*. L'explication, propre à ces moments initiaux de la codification, semble résider dans le fait que l'électeur de Bavière n'avait pas l'autorité pour modifier le droit en vigueur par lui-même, sans le consentement des ordres sociaux. Face à cette situation, son chancelier semble avoir choisi de

¹⁵ WIEACKER, note 4; Conrad, Hermann, «Rechtsstaatliche Bestrebungen im Absolutismus Preussen und Oesterreichs am Ende des 18. Jahrhunderts» in *Arbeitsgemeinschaft für Forschung des Landes Nordrhein-Westfalen*, cahier 25, Cologne et Opladen, 1961; Coing, note 7.

¹⁶ *Projekt des Corporis fredericiani, d.h.S. M. in der Vernunft und Landesverfassungen gegründetes Landrecht, worin das Römische Recht in eine natürliche Ordnung und richtiges System nach dreien obiectis iuris gebracht*, Halle, 1749-1751; WIEACKER, note 4; CONRAD, note 14; GUZMÁN, note 6.

¹⁷ DOMAT, Jean, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Paris, 1684-1694; COING, Helmut, *Historia y significado de la idea de sistema en la jurisprudencia*, México, 1959; CAPELLINI, Paolo, *Sistema iuris*, 2 vol., Milan, 1984-1985; GUZMÁN, note 6.

¹⁸ RALL, Hans, «Kreittmayr. Persönlichkeit, Werk und Fortwirkung» in *Zeitschrift f. bayerische Landgeschichte*, 42, Munich, 1979; BAUER, Richard et SCHLOSSER, Hans (éd.), *Festschrift zum 200. Todestag Freiherr von Kreittmayr*, Munich, 1991; *Codex Iuris Criminalis Bavarici*, 1751.

¹⁹ KREITTMAYR, Wigulæus, *Compendium Codices bavaricis civilis, judicialis, criminalis et Annotationum*, Munich, 1768; il existe des éditions en allemand de 1768 et 1844, réimprimé avec une introduction de Hans Schlosser, 5 vol., Munich, 1990; sur sa signification: GAGNER, Sten, «Die Wissenschaft des gemeinen Recht und der Codex Maximilianeus Bavaricus Civiles» in COING, HELMUT et WILHELM, Walter (éd.), *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert*, avec des contributions de divers auteurs, Francfort, 1974.

donner à la codification l'apparence d'une révision supplémentaire du droit en vigueur bien que, de fait, elle constituait un texte nouveau. Ainsi, par exemple, le titre du *codex maximilianeus bavarici civilis* était complété par la phrase *neverbessert und ergänzst Chur-Bayerisches Landrecht*, soit: droit territorial de l'électorat de Bavière nouvellement corrigé et complété. En tout cas, le décret promulgatoire ne laisse aucun doute. Il déroge à tous les droits, statuts et coutumes anciennes.

Kreittmayr s'arrange d'une manière semblable avec l'Eglise. Il partage les tendances des Lumières de restreindre le pouvoir de l'Eglise sur le territoire. Mais cela ne signifie pas qu'il ignore leur origine divine. Il dit du Pape, par exemple, qu'il est «le dignitaire suprême de la hiérarchie catholique, comme Vicaire du Christ sur la terre et tête visible de l'Eglise»²⁰. Cette attitude est propres aux Lumières catholiques dont la critique et la réforme sont dirigées contre les abus nés de la crédulité et de la discipline, mais non pas contre la Révélation et le sacré²¹.

La Prusse et le code général et commun, *Allgemeine Landrecht*

Le processus de codification en Prusse fut différent. Dès le début, on y travailla à former un code général, pour toutes les branches du droit et pour tous les territoires et populations, qui recouvre toutes sortes de matières, depuis l'ordre politique jusqu'au privé²².

Nous avons déjà évoqué l'objectif fondamental de former «un droit territorial allemand». Les travaux durèrent très longtemps. Ils ne commencèrent à avancer qu'en 1780 lorsqu'on les confia à Carl Gottlieb Suarez (1746-1796) et à Fernand Klein (1744-1810). Tout comme ce fut le cas au Portugal, en Toscane

²⁰ *Compendium*, note 9, 5 19-2; LANDAU, Peter, «Kirchenrecht und Religionverfassung bei Kreittmayr» in Bauer et Schlosser, note 18.

²¹ Sur les Lumières catholiques et nationales: MERKLE, Sebastian, *Die katholische Beurteilung des Aufklärungszeitalter*, Berlin, 1909; Le même, *Die Kirchliche Aufklärung in katholischen Deutschland*, Berlin, 1910; MONCADA, Luis Cabral de, *Italia e Portogallo nel settecento*, Rome, 1949, désormais in le même, *Estudios de historia do direito* 3, Coïmbra, 1950; GÓNGORA DEL CAMPO, Mario, «Estudios sobre el galicanismo y la Ilustración católica en América española» in *Revista Chilena de Historia y Geografía* 125, Santiago, 1957; le même, «Aspectos de la Ilustración Católica en el pensamiento y vida eclesiástica chilena (1770-1814)» in *Historia* 8, Santiago, 1969, désormais tous les deux in le même, *Estudios de Historia de las ideas y de historia social*, Valparaíso 1980; WANDRUSZKA, Adam, «Il reformismo cattolico del settecento in Italia ed Austria» in *Storica e politica* 3-4, 1965; le même, «Die katholische Aufklärung Italiens und ihr Einfluss auf Oesterreich» in KOVACS, Elisabeth (éd.), *Katholische Aufklärung und Josefismus*, Munich, 1979; KRAUSS, Werner, *Die Aufklärung in Spanien, Portugal und Lateinamerika*, Munich, 1973; BRAVO LIRA, Bernardino, «Feijóo y la Ilustración católica y nacional en el mundo de habla castellana y portuguesa» in *Jahrbuch für Geschichte von Staat, Wirtschaft und Gesellschaft Lateinamerikas* 22, Cologne-Vienne, 1985.

²² WIEACKER, note 4; COING, note 4.

et en Autriche, l'année 1787 fut décisive. C'est alors qu'on donna une publicité européenne au premier projet. Mais la confusion produite par la révolution française en retarda la promulgation. Au vu du fait que le texte introduisait une réglementation nouvelle de l'Etat et de la forme de gouvernement, le roi Frédéric Guillaume II céda à la pression qui visait à ce qu'ils furent soumis à l'approbation des ordres sociaux²³. Une fois les corrections demandées introduites par Suarez, le code fut promulgué en 1794.

En accord avec l'objectif unificateur du code, on y interdit strictement au juge toute fonction créatrice ou scientifique, ce qui eut pour l'effet de freiner à la longue le projet de la science juridique et conduisit à ce que cette dernière méprise le concept de code²⁴.

L'Autriche et les codes communs, *Allgemeine Gesetzbücher*

En Autriche, la codification commence en 1753 et, dès le départ, elle est divisée par branches du droit, comme en Bavière. Elle demanda un demi-siècle de travaux dans le cours desquels on distingue deux phases.

La première phase dure jusqu'en 1770. Durant cette période, on élaborait le *codex thesianus* (1766), d'une dizaine d'années antérieur au *maximilianeus*, mais qui ne fut jamais promulgué, et, deux années plus tard, la *constitutio criminalis thesiana* pour tout l'empire sauf la Hongrie. Comme les codes bava-rois, ces nouveaux textes n'étaient pas destinés à remplacer le *ius commune* ni les *iura propria*²⁵.

La seconde phase s'étend de 1770 à 1811 et culmine avec les grands codes. Elle se caractérise par la reprise du matériel réuni et par la formation des codes comme textes nouveaux, sans tenir compte des droits particuliers, du droit canonique et des coutumes. En conséquence, le juge peut seulement combler ses lacunes au moyen des *Rechtgrundsätze*, principes généraux du droit, qui sont, dans une certaine mesure, assimilables à l'*aequitas constituta*²⁶.

La figure dominante de cette étape est celle de Karl Anton von Martini (1726-1800), dont la renommée et les œuvres dépassèrent le continent européen et atteignirent même l'Amérique latine. Ces *Positiones de iure civilis* (1762) et *Positiones de iure gentium* (1768) ont été utilisées

²³ WOLF, Erik, «Carl Gottlieb Suarez» in *Grosse Rechtsdenker der deutsche Geschichte* (1939), 4e éd. Tübingen, 1963, 447 ss.

²⁴ THIEME, Hans, *Das Naturrecht in der europäische Rechtsgeschichte*, Bâle, 1947; WIEACKER, note 4; HÜBNER, note 8.

²⁵ Pour tous: BRAUNEDER, note 1.

²⁶ BRAVO LIRA, Bernardino, *Codificación y derecho común en Europa e Hispanoamérica. Disociación de los derechos nacionales del derecho común*, RCHHD 15, 1989, désormais in le même et MÁRQUEZ DE LA PLATA, note 12; JACOBY, Sigrid, *Allgemeine Rechtsgrundsätze*, Berlin, 1997.

comme textes de référence même après 1840 dans les universités des deux mondes²⁷.

Né à Bolzano (Tyrol), il a étudié le droit à Innsbruck et à Vienne où il obtint la chaire de droit romain et de droit naturel. Parmi ses maîtres, le professeur de droit naturel Paul Joseph Riegger (1700-1775), adepte de la scolastique espagnole et du canoniste Zeger Bernhard van Espen (1648-1728), et son disciple, le double codificateur Franz Zeiller (1751-1828), von Martini est au centre de la codification autrichienne²⁸. Ses propres disciples furent également des codificateurs, comme Bernhard von Orten (1735-1780), qui réduisit de moitié le texte volumineux de la *Theresiana*, et Froidevo, auteur du *Allgemeine Gerichtsordnung* de 1781, premier fruit de la codification autrichienne. Peu après, en 1785, on adopta un autre code pour la Hongrie, la *Josephina* (1787) pour le droit pénal et le code de procédure pénale de 1789²⁹.

Précepteur de l'architecte Pierre Léopold, par la suite Grand Duc de Toscane et Empereur, Martini contribua en plus indirectement à la *Réforme de la législation pénale* de Toscane, connue sous le nom de *Leopoldina* (1787)³⁰ et directement à la réalisation de la codification en Autriche. Mis à la tête de la commission impériale par Léopold en 1790, Martini réduisit le projet de Horten de 2891 à 1569 articles, utilisa le ALR prussien et donna une forme définitive au code civil promulgué en 1797 pour la Galicie occidentale. Ce code est le premier du genre moderne, en langue vulgaire et avec une distribution des matières distincte du code bavarois, qui sera celle des codes postérieurs³¹.

De par sa position comme juriste et conseiller impérial, il intervint dans les grandes réformes de l'époque. Il partageait les tendances favorables aux régales qui prédominaient alors dans le monde catholique. Mais son attitude était modérée par rapport à la Révélation et à l'Eglise comme institution divine. Partisan sincère des Lumières catholiques, il ne craint pas de s'opposer d'un côté aux positions radicales de l'abbé Rautenbrauch et de l'autre à la fermeté

de l'évêque de Vienne, son ancien condisciple d'Innsbruck, le cardinal comte Migazi (1714-1803). Sous Joseph II, il manifesta des réserves face à des questions telles que la tolérance, le mariage civil ou la réforme des couvents. Dans ses œuvres et ses actes, il soutint que tant l'existence de l'Etat que celle de l'Eglise étaient souhaitées par le Créateur, que la religion n'était pas la finalité ultime de l'Etat, et que la religion naturelle et la religion révélée se différenciaient par leur fondement dans la raison ou dans la Révélation, ce qui exclut toute contradiction entre l'une et l'autre³².

Après sa mort, Zeiller compléta son œuvre en achevant la codification pénale en 1804 et la codification civile en 1811³³. Le décret de promulgation est catégorique: par son caractère complet, ce code entraîne l'abolition de «ce qui a été tenu jusqu'à présent comme le droit commun»³⁴. Pour combler ses lacunes, seul est possible le recours aux *allgemeine natürliche Rechtsgrundsätze*, les principes de droit naturels et fondamentaux³⁵.

Zeiller a affirmé que «le droit n'est pas le fait des hommes et les gouvernants ne sont pas ses créateurs. Tous les droits dérivent originellement de la raison...». En conséquence, le législateur «doit privilégier le respect de la dignité, de l'honneur, de l'équité, des bonnes mœurs et de la religion»³⁶.

II. LE MONDE HISPANIQUE OU L'EUROPE TRANSATLANTIQUE, CODES MULTIPLES DE DROIT NATIONAL.

La codification a été réalisée dans le monde hispanique sous des contraintes différentes de celles de l'Europe centrale. Ceci s'explique avant tout par le fait qu'il s'agissait là d'une vingtaine de pays distincts et distants entre eux, dépourvus de la contiguïté géographique de ceux-ci. Par contre, tous partageaient un même droit, avec quelques variantes entre celui de Castille et celui du Portugal, ce qui se reflète jusque dans le fait qu'il compte avec un corps de droit national, les «*Siete Partidas*» que l'on appelait souvent code et qui a été proposé comme base de la codification. En 1784 déjà, Vizcaíno Pérez avait essayé de les ranger dans un ordre naturel, à la manière de Domat³⁷.

²⁷ HEBEIS, Michael, *Karl Anton von Martini 1726-1800. Leben und Werk*, Francfort, 1996; GÓNGORA DEL CAMPO, Mario, «Estudios sobre el galicanismo y la Ilustración católica en América española» in *Revista Chilena de Historia y Geografía* 125, Santiago, 1957; le même, «Aspectos de la Ilustración Católica en el pensamiento y vida eclesiástica chilena (1770-1814)» in *Historia* 8, Santiago, 1969; désormais les deux in le même, *Estudios de Historia de las ideas y de historia social*, Valparaiso, 1980.

²⁸ Sur von Martini: Zwiedineck-Südenhorst, *Allgemeine deutsche Biographie*, vol. 20, Leipzig, 1884; KLEIN-BRUCKSCHWAIGER, Franz, «Karl Anton von Martini in der Zeit des späten Naturrechts» in *Festschrift Karl Haff*, Innsbruck, 1950; Hebeis, note 27.

²⁹ BRAUNEDER, note 1.

³⁰ *Riforma della legislazione criminale toscana di 30 novembre de 1786*; PIANO MORTARI, Vincenzo, «Tentativi di codificazioni nel Granducato di Toscana nel sec. XVIII» in *Rivista Italiana per le scienze giuridiche*, Milan, 1952-53, désormais in le même, *Itinera iuris*, Naples, 1991; le même, «Il movimento per la codificazione in Italia» in *Enciclopedia del diritto*, 7, désormais in *ibid.* SALMONOWICZ, note 12; BERLINGUER, Luigi (éd.), *La Leopoldina. Criminalità e iustizia criminale nelle riforme del '700 europeo*, Milan, 1789 ss.; WANDRUSZKA, Adam, *Leopold II*, 2 vol. Vienne, 1965.

³¹ Ce qu'ont souligné: BRAUNEDER, Wilhelm, «Europas erste Privatkodifikation: Das galizische bürgerliches Gesetzbuch» in BARTA, HEINZ, PALME, RUDOLF, INGENHAEPF, WOLFGANG (éd.), *Naturrecht und Privatrechtscodifikation*, Vienne, 1999.

³² HEBEIS, note 27.

³³ SWOBODA, ERNST, «Franz von Zeiller» in *Franz von Zeiller. Festschrift*, Graz, Vienne, Leipzig, 1931; SELB et HOFMEISTER, note 37; SELB, Walter et HOFMEISTER, Herbert (éds.), *Franz von Zeiller Forschungsband*, Vienne-Graz-Cologne, 1980; WESENER, Gunter, «Franz von Zeiller (1751-1828). Leben und Werk» in DESPUT, Joseph F. et KOCHER, Gernot, *Franz von Zeiller*, Graz 2004; KOCHER, Gernot, «Franz von Zeiller und die österreichische Strafgesetzgebung», *ibid.*

³⁴ OGRIS, Werner, «Die Wissenschaft der gemeinen Recht und das österreichische Allgemeine bürgerliches Gesetzbuch» in COING, Helmut et WILHELM, Walter, *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert*, Francfort, 1974; BRAUNEDER, note 1, 226.

³⁵ Voir note 26.

³⁶ ZEILLER, Franz von, «Zweck und Principien der Criminal-Gesetzgebung» in *Jährlichen Beitrag zur Gesetzkunde und Rechtswissenschaft in den öst. Erbstaaten I*, Vienne, 1806, 92.

³⁷ ALFONSE LE SAGE, *Siete Partidas*; VIZCAÍNO PÉREZ, Vicente, *Compendio de derecho público y común de España o de las leyes de las siete partidas colocadas en orden natural*, 4 vol.,

Toutefois, la codification de ce droit unitaire peut être qualifiée d'invertébrée, vu que chaque pays l'a réalisée séparément, de sorte qu'il n'y eut pas de centre unique, comme Vienne ou Berlin, et encore moins une intention unificatrice. Il découle de cela qu'en lieu d'un code, ce sont près d'une centaine qui seront promulgués, c'est-à-dire cinq dans chaque pays, si l'on considère chacune des branches du droit³⁸.

Contrairement à ce que cette multiplicité pourrait laisser espérer, la codification n'a pas conduit à une fracture de la communauté juridique hispanique. Au lieu de se faire ressentir, cette multiplicité s'est imposée sans contrepoids, ainsi que cela saute aux yeux si l'on compare les textes divers, très semblables entre eux, ainsi que la littérature et la pratique juridique³⁹. Plus parlant encore est le fait que certains pays ont adopté des codes élaborés pour d'autres, au point qu'apparurent ce que l'on a appelé des *familles de codes*, qui dérivèrent d'un même modèle. Parmi celles-ci, il convient de signaler celles qui se rattachent en matière commerciale aux codes espagnols de 1829 ou au code chilien de 1865; en matière pénale, au code brésilien de 1830; et en matière civile, au projet espagnol de 1851 et au code chilien de 1855⁴⁰.

En tout cas, la codification de la région hispanique est postérieure à celle de l'Europe centrale. Les compilations à la manière traditionnelle se poursuivent en Espagne et en Amérique jusqu'au milieu du XIX^e⁴¹. Le premier code à proprement parler fut le code espagnol de 1822, postérieur d'une décennie à l'ABGB, et le dernier concluant cette série fut le code civil brésilien de 1916, presque un siècle plus tard.

Cependant, un ambitieux projet codificateur avait été mis en marche au Portugal en 1778 déjà. Il avait pour objectif de remplacer les anciennes *Ordenações Filipinas*, une compilation, par un *Novo código*. Une partie de celui-ci devint le projet de code pénal de 1786, qui précéda la *Leopoldina* de quatre jours seulement et fut le premier d'Europe⁴². Le premier code d'Amérique,

Madrid, 1784; BRAVO LIRA, Bernardino, *Derecho común y derecho propio en el Nuevo Mundo*, Santiago, 1989; TAU ANZOATEGUI, Víctor, *Casuismo y sistema*, Buenos Aires, 1992.

³⁸ BRAVO LIRA, note 12.

³⁹ STEGER, Hans-Albert, «Die Bedeutung des römischen Rechtes für die Lateinamerikanischen Universitäten im 19. und 20. Jahrhundert» in CATALANO, Pierangelo (éd.), *Diritto Romano e Università nell'America Latina*, Sassari, 1973; BRAVO LIRA, Bernardino, «Cultura de abogados en Hispanoamérica, antes y después de la codificación (1750-1920)» in *Roma e America. Diritto romano comune* 12, Modène, 2001.

⁴⁰ BRAVO LIRA, note 12.

⁴¹ BRAVO LIRA, Bernardino, *Derecho común y derecho propio en el Nuevo Mundo*, Santiago, 1989, traite des recompilations du XIX^e siècle; Le même, «Pervivencia del derecho común en Hispanoamérica» in *Historia* 19, Santiago, 1984.

⁴² MELLO FREIRE, Pascoal José, *Código criminal intentado pela Rainha D. Maria I*, Lisboa, 1823. Je dois l'exemple de cette œuvre au prof. Eugenio Raúl Zaffaroni, de l'Université Catholique de La Plata; BRAVO LIRA, Bernardino, «Melo Freire y la Ilustración católica y nacional en el mundo de habla castellana y portuguesa» in *Revista de Derecho* 8, Valparaíso, 8, 1984; HESPANHA, António, «Le Project de Code pénal portugais de 1786. Un essai d'analyse structurelle» in Berlinguer, note 43, 11, Milan, 1990.

postérieur de quelques mois à l'ABGB, fut un autre code pénal qui date de 1812, œuvre du péruvien Manuel Lorenzo Vidaurre (1773-1841)⁴³.

Au delà des différences et des contrastes avec l'Europe centrale, il est également possible de distinguer dans le monde hispanique trois phases distinctes dans le processus de codification. Ces phases correspondent à autant de générations successives, mais leurs figures dominantes ne sont pas reliées entre elles, comme en Autriche, par une relation de maître et disciple qui réfléchissent dans une même université et dans la capitale de la monarchie. Ceci n'était tout simplement pas possible. A la différence des pays du Danube, les hispaniques ne constituent pas un ensemble compact, de sorte que les capitales et les universités, réparties de Madrid à Manille, étaient nombreuses et que le contact personnel entre les universitaires était impossible.

Dans une première étape, la critique a prévalu sur les réformes. Il n'y a encore ni code, ni projet. Dans la seconde, par contre, les premiers codes apparaissent alors que les réformes s'intensifient. A partir de 1770, on fonde des chaires de droit naturel dans la péninsule et en Amérique⁴⁴. En 1772, la réforme des universités commence à Coimbra⁴⁵, alors que dans le même temps les livres de droit du type *instituciones et practicas* qui préparent la codification prennent une grande importance⁴⁶.

Il est intéressant de remarquer que c'est dans les mêmes années où Kreittmayr a entrepris la codification en Bavière que quelques pas sont faits en ce sens en Amérique. José Perfecto Salas (1714-1778), procureur de l'audience du Chili, originaire de Corrientes (aujourd'hui en Argentine) et licencié de l'Université de San Marcos de Lima, proposa un code de procédure pénale⁴⁷. Ces instructions, complétées par le procureur suivant, Ambrosio Cerdán y Ponce (1752-1803), constitue le point de départ de la codification dans cette branche. Elles ont été en vigueur jusqu'en 1907, lorsqu'elles furent intégrées dans le code correspondant⁴⁸.

⁴³ VIDAURRE, Manuel Lorenzo, *Proyecto de código penal*, Port-au-Prince, 1822; autre édition: Boston, 1828; autre encore: ARMASA GALDÓS, Julio, Arequipa, 1996; LEGUÍA, Jorge Guillermo, *Manuel Lorenzo Vidaurre*, Lima, 1935; NÚÑEZ, Eduardo, *Lorenzo Vidaurre, ciudadano de América*, Lima, 1942; Jos, Mercedes, «Manuel Lorenzo Vidaurre, reformista peruano» in *Anuario de Estudios Americanos*, 18, Séville, 1961; DOYARÇABAL CASSE, Solange, *Historia del código penal chileno*, thèse (Université Catholique du Chili), Santiago, 1968; RIVACOBRA, Manuel, *El primer proyecto americano de código penal*, Santiago, 1985; RAMOS NÚÑEZ, Carlos, *Historia del Derecho Civil Peruano, siglos XIX y XX*, 4 vol. parus, Lima, 2000, 2003, 1, 163, 196.

⁴⁴ ÁLVAREZ DE MORALES, Antonio, *La «Ilustración» y la reforma de la Universidad en España*, Madrid, 1971; PESET, Mariano et JOSÉ LUIS, *La universidad española (siglos XVIII y XIX). Despotismo ilustrado y revolución liberal*, Madrid, 1974.

⁴⁵ MONCADA, Luís Cabral de, «O século XIII na legislação de Pombal» in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* 9, Coimbra, 1926; désormais du même, *Estudos*, note 21; ÁLVAREZ DE MORALES, note 44; Peset, note 44.

⁴⁶ BRAVO LIRA, notes 39 et 41.

⁴⁷ DONOSO NOVOA, Ricardo, *Un letrado del siglo XVIII. El doctor José Perfecto Salas*, 2 vol., Buenos Aires, 1963; CORVALAN, Jorge et CASTILLO, Vicente, *Derecho procesal indiano*, Santiago, 1951.

⁴⁸ Au sujet des deux procureurs et de leurs instructions: ESPINOSA QUIROGA, Hernán, *La Academia de Leyes y práctica forense*, Université du Chili, Faculté de Droit, (s.d.) esp. p. 45

L'initiateur de la codification à proprement parler dans les pays hispaniques a été le mexicain Joaquín Velásquez de León (1732-1786)⁴⁹, contemporain de von Martini, Tronchet, Linguet, Figueredo, Mello Freire et Lardizábal. Ses *Ordenanzas de Minería de Nueva España*, promulgués en 1783, constituent un véritable code. Leur application, étendue rapidement aux autres royaumes d'Amérique, paraît annoncer l'adoption de codes identiques par tous ces pays durant le XIXe siècle. De plus, la préférence pour les coutumes et le droit local face à la législation étrangère, en provenance d'Europe, laisse entrevoir un autre trait caractéristique de la codification hispanique.

La figure la plus importante en la matière est sans doute Mello Freire (1738-1798). Né à Ansiao (Portugal), ayant étudié à Coimbra, où il obtint la chaire de droit local, sa grande oeuvre est son *Projecto de código criminal*, qui couvre le droit pénal et la procédure pénale ainsi qu'on le faisait d'ordinaire en Europe centrale. Il est composé de trois parties: les crimes et peines en général, les preuves et la procédure. Son travail a consisté fondamentalement à réunir les lois pénales en un seul corps et à les actualiser, conformément à la mentalité des Lumières. Il met en évidence ses connaissances extrêmement larges des juristes de l'époque et innove sous plus d'un aspect. Pour lui, la raison d'être de la peine n'est pas tant en la justice, mais en la discipline. Les délits contre la religion sont des attentats contre la religion établie bien plus que contre la religion véritable⁵⁰.

Sa position est clairement manifestée dans l'ensemble de *provas* ou fondements qui accompagnent le *Projecto de Código de Direito Público*. A travers de ceux-ci, on distingue sa prudence face à nombre des innovations des Lumières européennes, qu'il connaît bien mais dont il craint qu'elles ne provoquent un rejet de cette oeuvre. C'est pourquoi il insiste, comme Kreittmayr, sur son attachement au droit local⁵¹. De plus, il se vent de ne pas suivre en tout et de manière aveugle les idées et les élucubrations des plus célèbres juristes et philosophes modernes⁵². Cerqueira-Leite signale «qu'il cherche un compromis entre la tradition catholique portugaise et les points de vue des Lumières, une voie médiane qu'on connaît dans la bibliographie comme les Lumières catholiques et nationales»⁵³.

Comme indiqué, sa grande ambition fut de renforcer le pouvoir royal face à l'Eglise et aux groupes sociaux. Dans la ligne de Böhmer⁵⁴ et de Riegger, il

soutient que l'Eglise «peut être considérée comme un corps politique en ce qui concerne l'Etat ou comme un corps mystique en ce qui concerne Jésus Christ. Dans le premier sens, elle est partie de la République; dans le second, elle est absolue et séparée de la société et le prince peut uniquement avoir droit à la protection»⁵⁵.

Ses oeuvres les plus répandues ont été *Historia iuris civilis Lusitani*, publiée en 1788 et première de ce type au Portugal, ainsi que les *Institutiones iuris civilis Lusitani tum publici com privati*, parues l'année suivante et qui débutèrent ce genre au Portugal. Ainsi que l'indique le titre, il ne s'agit pas seulement, à la différence de livres similaires, de droit privé, mais également de droit public. Par la suite, il imprima des *institutionum iuris criminalis*. Les institutions de droit civil furent sans doute son oeuvre la plus vaste et fondamentale. Comme celles de Asso et de Manuel en Espagne et en Amérique espagnole, elles furent utilisées comme texte dans les universités et servirent de modèle aux ouvrages postérieurs. Elles furent éditées à de multiples reprises au Portugal et au Brésil et furent remplacées en 1853 seulement par les *Instituições* de Coelho de Rocha⁵⁶.

La troisième phase du mouvement codificateur a une caractéristique distincte. Les deux tendances des Lumières entrent en conflit. Face à la tendance révolutionnaire, opposée à la religion et cosmopolite, une tendance réformatrice s'affirme sous le signe catholique et national. Au cri *liberté-égalité-fraternité* s'oppose l'habituelle *Dieu-roi-patrie*. Attaquées par Napoléon, les monarchies du Danube et d'Espagne firent cause commune⁵⁷. L'affrontement stimule le souci de concilier le révisionnisme critique des Lumières et les croyances et traditions propres. C'est ce que font aux deux extrêmes du monde hispanique Jovellanos (1744-1809) en Espagne et Toribio Rodríguez Mendoza (1750-1825) au Pérou.

L'expérience française conduit Jovellanos à écarter toute constitution écrite, espèce de codification du droit politique. Il en dit de manière lapidaire «qu'elle s'est faite en peu de jours, tenait en peu de pages et a duré peu de mois»⁵⁸. Face à celle-ci, on trouve la constitution royale d'un pays, concrétisée dans ses institutions qui, comme la constitution physique d'un homme, est permanente, même si elle n'est pas immuable. De son côté, Rodríguez Mendoza, le grand réformateur des études à Lima, proposa un plan basé sur trois droits: le droit naturel, le droit civil et le droit canonique qui correspondent à l'homme, à l'Etat et à l'Eglise⁵⁹. Cette attitude restera vivante jusqu'au milieu du XIXe

et ss.; BARRIENTOS GRANDÓN, Javiet, *La Real Audiencia de Santiago de Chile (1605-1817). La Institución y sus hombres*, thèse, Université du Chili, 2000.

⁴⁹ MORENO DE LOS ARCOS, Roberto, «Apuntes biográficos sobre Joaquín Velásquez de León 1732-1786» in *Historia mexicana* 25, México, 1975.

⁵⁰ Voir note 42.

⁵¹ MELLO FREIRE DOS REIS, Paschoal, *O Novo código de Direito Publico de Portugal, com as provas, compilado pelo Desembargador...*, Coimbra, 1844; BRAVO LIRA, note 81, avec bibliographie; ESTES PEREIRA, José, *O pensamento político em Portugal no século XVIII. António Ribeiro dos Santos*, Lisbonne, 1983.

⁵² *Novo Código*, note 51, A 44.

⁵³ CERQUEIRA-LEITE SEELANDER, Airton L., *Polizei, Ökonomie und Gesetzgebungslehre*, Francfort s/M., 2003, 131

⁵⁴ WALL, Heinrich, «Zur kirchengeschichtlichen Werk Justus Hennig Böhmers» in *SZ* Germ 12e, 2003.

⁵⁵ *Novo Código*, note 51, Provas 186-187.

⁵⁶ BRAVO LIRA, note 41.

⁵⁷ Sur les Lumières catholiques et nationalistes, note 31; sur les Lumières areligieuses et cosmopolites: FAY, Bernard, *L'esprit révolutionnaire en France et aux États-Unis à la fin du XVIIIe siècle*, Paris, 1929; GAY, Peter, *Enlightenment: an interpretation. The Rise of modern paganism*, 2 vol., Londres, 1966-1969.

⁵⁸ JOVELLANOS, Gaspar Melchor, «Dictamen sobre la constitución del gobierno interino» 1808 in *Apéndice a la Memoria en defensa de la Junta Central*, désormais chez le même «Obras» in *Biblioteca de Autores españoles* 46, 484; BRAVO LIRA, Bernardino, «El concepto de constitución en Jovellanos» in *RCHHD* 10.

⁵⁹ EGUIGUREN, Luis Antonio, *Diccionario histórico cronológico de la Real y Pontificia Universidad de San Marcos y sus colegios*, Lima, 1940.

siècle chez des hommes tels que le brésilien Teixeira de Freitas (1816-1883), auteur de la *Consolidação das leis civis* de 1857⁶⁰, pour la zone portugaise et, dans la zone espagnole, Andrés Bello (1781-1865), recteur de l'Université du Chili, dont le rôle en Amérique latine a été comparé par l'Allemand Steger avec celui de l'Université Humboldt en Europe, et qui fut l'auteur du *Code civil* chilien de 1855, le plus répandu dans le monde hispanique⁶¹.

III. LA FRANCE OU L'EUROPE ATLANTIQUE, CODES MULTIPLES ET UNIFICATEURS

La France est un cas à part. Dans ce pays, la codification a été réalisée sans long processus préalable. Elle est comparativement tardive. Elle commence quarante ans après celle de la Bavière. En plus, elle est menée à bien dans des circonstances très adverses, à cause de la révolution et de l'instabilité qui s'ensuivit. Elle est l'œuvre de juristes disparus, exilés ou guillotins. Dans ces circonstances, sa base fondamentale ne fut autre que le droit français antérieur à la révolution ainsi que le travail d'une poignée d'éminents juristes, également antérieurs à celle-ci.

Pour cette raison, ses racines sont communes avec celles des deux autres zones d'Europe centrale et hispanique et doivent être recherchées principalement chez Jean Domat (1625-1696), auteur de l'ouvrage *Les lois civiles dans leur ordre naturel* et chez Samuel Stryk (1640-1710) et son ouvrage *Usus modernus pandectarum*⁶². Comme nous le savons, c'est sous l'influence de Domat qu'un nombre considérable d'auteurs, de Kreittmayr et Cocceji jusqu'à von Martini et Vizcaino Pérez, parlent de mettre les lois dans leur ordre naturel, alors que la marque de Stryk est reconnaissable dans leur souci de la systématique.

La codification a commencé en France dans un but unificateur visant à élaborer, à partir des droits en vigueur, un corps unique de lois pour tout le royaume⁶³. Mais il a dérivé vers la formation d'un code égalitaire pour tout

le territoire et pour tous les habitants sans distinction, ce qui impliquait de réduire les Français à un ensemble d'individus égaux et disposant des mêmes droits. On fit abstraction, autant que possible, des diversités existantes entre eux, qu'elles soient de croyances, de langues, de coutumes ou, en général, de conditions personnelles. C'est ainsi qu'on a associé nationalité commune et absence de Dieu; égalité de droits individuels et sécularisation du droit lui-même⁶⁴.

En d'autres termes, la codification a succombé à l'idée d'uniformité qui, selon Montesquieu, est une idée qui «séduit parfois les grands esprits, mais porte infailliblement tort aux petits»⁶⁵. Cette codification prit un tour uniformisateur et centralisateur, mais sans toucher à l'extrême. Les rédacteurs optèrent en définitive pour une voie médiane qui leur permit de parvenir à un compromis entre le droit ancien, qui continuait à vivre, et les innovations de la révolution qui étaient en passe de prendre racine. Les circonstances dans lesquelles cette entreprise fut menée à bien ne donnèrent pas autre chose. Faite rapidement, dans un temps minime –moins de vingt ans entre 1791 et 1810– sans travail réfléchi ou profond, il lui fut impossible d'aller au delà d'une unification des droits en vigueur et d'introduire de grands changements comme ce fut le cas en Europe centrale. A la place, elle débata en articles le droit tel qu'il était, sans grand changement. De la sorte et paradoxalement pour ces temps de révolution, on termina par consolider le droit antérieur à partir de la pratique et des auteurs, dictionnaires et commentaires habituels, au lieu de rompre avec lui.

Dans son *Discours préliminaire* au code civil, Portalis parle d'un compromis entre les droits coutumiers et écrits⁶⁶. Mais le grand compromis fut autre, entre le droit français traditionnel et les changements introduits par la révolution. Certains auteurs, comme Sagnac, Ripert et d'autres, vont plus loin et voient dans le code civil une véritable réaction face à la révolution et un retour vers la tradition vivante du droit français historique⁶⁷.

Les ordonnances D'Aguesseau (1668-1751) sur les donations, les testaments et les substitutions furent sous Louis XVI les précurseurs de la codification⁶⁸. Mais il devait s'écouler encore plus d'un demi siècle avant que celle-ci ne commence véritablement. Il ne pouvait en être autrement. En effet, le climat en France était très différent de celui des monarchies réforma-

des contenues dans les cahiers des trois ordres, 1789; VAN KAN, note 1; WILHELM, Walter, «Gesetzgebung und Kodifikation in Frankreich» in *Ius commune* 1, Francfort, 1967.

⁶⁴ HALPÉRIN, Jean-Louis, *L'impossible Code civil*, Paris, 1992; le même, [titre de la conférence] in [Actes du Congrès international sur *L'avenir de la codification en France et en Amérique Latine*], Paris, 2004.

⁶⁵ MONTESQUIEU, Charles Secondat, note 8.

⁶⁶ PORTALIS, Jean-Etienne, *Discours préliminaire sur le Projet de Code civil*, Paris, 1801, trad. en espagnol, Valparaíso, 1978.

⁶⁷ SAGNAC, Philippe, *Législation civile de la révolution française 1789-1804*, Paris 1898; RIPERT, Georges, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, Paris, 1936.

⁶⁸ *Ordonnance sur donations (1731)*, *Ordonnance concernant les testaments (1735)*, *Ordonnance concernant les substitutions (1748)*, in Isambert, *Recueil général* 31, 343 ss. et 386 ss. et 32, 193 ss.; WILHELM, note 63.

⁶⁰ MEIRA, Silvio Bastos de, *Teixeira de Freitas, jurisconsulto do imperio*, Rio de Janeiro, 1979; GUZMÁN, Alejandro, «Codificación y consolidación. Una comparación entre el pensamiento de A. Bello y de A. Teixeira de Freitas» in BRAVO LIRA & MÁRQUEZ DE LA PLATA, note 2.

⁶¹ ÁVILA MARTEL, Alamiro, *Andrés Bello, breve ensayo sobre su vida y obras*, Santiago, 1981; STEGER, Hanns-Albert, *Die Universitaeten in der gesellschaftlichen Entwicklung Lateinamerikas*, Bielefeld, 1967-1968, trad. en espagnol: Castellana, México, 1974, pp. 284 s.; Le même, «Hochschulplanung in Lateinamerika» in *Zeitschrift fuer Lateinamerika-Wien*, Vienne, 1971; Le même, «Die Bedeutung des roemischen Rechtes fuer die Lateinamerikanische Universitaet im 19. und 20. Jahrhundert» in CATALANO, Pierangelo (éd.), *Diritto romano e Università nell'America Latina*, Université de Sassari, Sassari, 1973; BRAVO LIRA, Bernardino, «Universidad y Modernidad en Hispanoamérica. Autoafirmación de Chile y del Nuevo Mundo frente al Viejo, del Barroco a la Postmodernidad» in *Boletín de la Academia Chilena de la Historia* 108-109, Santiago, 2000; GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Andrés Bello, codificador*, 2 vol., Santiago, 1982.

⁶² THIEME, note 24, 23 ss.; BÜRGE, Alfons, «Der Einfluss der Pandektenwissenschaft auf das französische Privatrecht im 19. Jahrhundert: Vom Vermögen zum Patrimoine» in SCHULZE, Reiner (éd.), *Europäische Rechts- und Verfassungsgeschichte*, Berlin, 1991.

⁶³ C'est ce qui est demandé dans les cahiers soumis aux États Généraux de 1789 et qui figure dans la Constitution de 1791, 1, 3; DUPONT DE NEMOURS, *Tableau comparatif des deman-*

trices d'Europe centrale et du monde hispanique. Chez ces derniers, les hommes de Lumière, intégrés au gouvernement, occupaient des positions dominantes. En France, par contre, ils étaient leaders de l'opinion⁶⁹. S'il ne manquait en effet pas d'écrivains à la résonance européenne comme Voltaire (1694-1778)⁷⁰ qui dénonçaient les défauts et les abus du droit, les juristes eux-mêmes se cantonnèrent bien à l'écart des auteurs et des méthodes d'Europe centrale. Aucune chaire de droit naturel ne fut créée. De cette manière, au milieu du siècle, alors que le mouvement codificateur prenait de l'importance, la littérature juridique française consistait principalement en des traités et des institutions⁷¹.

Parmi les premiers, le plus renommé était celui de Pothier (1699-1772), docteur *utriusque iuris* de l'Université d'Orléans et, depuis 1750, professeur de droit français. Si Domat s'était occupé du droit romain, Pothier consacra une œuvre publiée en 1740 et amplifiée en 1760 aux coutumes d'Orléans, dans laquelle il recourait à la méthode romaine des *Institutas* de Justiniano et de Gayo⁷² pour procéder à leur unification. Les livres d'institutions eurent également du succès en France. Le plus célèbre fut celui de Claude Serre, imprimé en 1753. Cet auteur soutenait que, pour combler les lacunes du droit en vigueur, il fallait avoir recours à la coutume de Paris, *caput omnium consuetudinis*, de sorte que c'est seulement si celle-ci ne fournissait pas la réponse qu'on recourait à la *ratio scripta*⁷³.

En somme, comme explique Arnaud, la France «n'était pas préparée pour les constructions rationalistes qui jouissaient d'une grande adhésion en Europe centrale. Les juristes français restaient acquis au plan tripartite des institutions, avec les approximations mentionnées plus haut quant à l'esprit moderne. C'est ce qu'on également fait les codificateurs»⁷⁴. Quant à Portalis, il soutenait la même opinion en 1797 lorsqu'il mettait en garde contre «les dangers de faire un nouveau code civil». A son avis, c'était là une entreprise forte éloignée, une affaire de «deux ou trois siècles»⁷⁵. «Les codes –disait-il– se font avec le temps. Pour parler clairement, on ne peut pas les fabriquer»⁷⁶.

Toutefois, une première tentative en matière commerciale avait été réalisée sous Louis XVI, en 1788. Le conte de Miromesnil (1723-1796) fut chargé de

⁶⁹ MORNET, D., *Les origines intellectuelles de la révolution française*, Paris, 1933; VAN KAN, note 1.

⁷⁰ Par exemple son fameux «brûlez les vôtres» à propos de l'incendie de Londres in VOLTAIRE, *Dictionnaire philosophique, Oeuvres complètes* 18, Paris, 1866, s.v. lois, 432.

⁷¹ WILHELM, note 63.

⁷² MONÉGER, Joël, «Pothier, una semblanza» in Alterini et al., *La codificación, raíces y perspectivas*, I, Buenos Aires, 2003.

⁷³ LUIG, Klaus, «Institutionen Lehrbücher des nationalen Rechts im 17. und 18. Jahrhundert» in *Ius Commune* 3, Francfort, 1970; SERRES, Claude, *Les institutions de droit français*, Paris, 1753; WILHELM, note 63.

⁷⁴ ARNAUD, note 4.

⁷⁵ HALPÉRIN, Jean-Louis, *L'impossible Code civil*, Paris, 1992, 252 ss.

⁷⁶ *Moniteur* 287, Paris, 5 juillet 1798; cf. MARTIN, Xavier, «Fundamentos políticos del código de Napoleón» in SANZ, Carlos Raúl, note 2, I.

formuler un projet visant à refondre en un seul texte les ordonnances de terre et de mer. Mais ce projet n'a pas abouti⁷⁷.

La codification a commencé la même année que la révolution, mais d'une manière peu assurée au vu de l'instabilité qui régnait. Le résultat de ce processus sont les *Cinq codes* promulgués entre 1791 et 1810. La première étape comprenait une constitution et un code pénal édicté en 1791. Aucun des deux n'a duré, pas plus que leurs codificateurs: l'un après l'autre, ils tombèrent sous la guillotine. L'opposition des pénalistes à la peine de mort ne leur a pas été d'une grande utilité. Si Marat (1743-1793) fut assassiné et si Valazé (1751-1794), l'auteur de l'ouvrage *Les lois pénales dans leur ordre naturel*, choisit le suicide, Lacroix (1754-1794) et Brissot (1754-1793), contemporains de Zeiller, furent exécutés. Linguet (1736-1794) subit le même sort, ainsi que le principal rédacteur du code pénal, Michel Le Peletier Saint-Fargeau (1760-1793)⁷⁸.

Ce dernier texte inaugurait la lutte visant à bannir l'arbitraire judiciaire. Comme Le Peletier lui-même l'avait expliqué, «nos anciennes institutions contenaient des dispositions incohérentes, dénuées d'ensemble, faites à des époques différentes, la plupart du temps selon les circonstances du moment, qui ne furent jamais réunies en un seul corps de loi mais éparpillées dans des compilations volumineuses, tantôt oubliées, tantôt mises en vigueur et dont l'absurdité féroce n'était remédiée que par un autre abus, celui des interprétations et des modifications arbitraires des juges»⁷⁹. Cette animosité trouva sa consécration dans la loi du 30 ventôse de l'an XII qui abrogea, de la manière la plus radicale qui soit, tous les droits antérieurs⁸⁰.

Les codes, de même que les constitutions, se succédèrent alors les uns aux autres à un rythme vertigineux. En 1795, un deuxième code pénal introduisit la distinction entre crime, délit et contravention. Il fut suivi en 1810 d'un troisième code par lequel s'acheva le processus de codification⁸¹.

La tâche la plus ardue fut sans aucun doute celle de réunir dans un seul code les lois civiles. Cette œuvre fut réalisée par des juristes d'exception par leur savoir et leur expérience, dans un délai imparti. Cambacérès (1753-1824), un ex-magistrat contemporain de Zeiller, élaborait un premier projet qu'il présenta en 1793. Il en prépara deux autres par la suite, jusqu'au projet définitif, rédigé en quatre mois par une commission de quatre membres: deux disparus et un exilé⁸². Apparemment, les civilistes eurent plus de chance que les pénalistes. Alors que Tronchet (1726-1806), président de la commission, un homme mûr de la génération de Martini, défenseur de Louis XVI, avait dû disparaître

⁷⁷ LEVY-BRUHL, Henri, *Un projet de code de commerce à la veille de la Révolution. Le projet Miromesnil 1778-1789*, Paris, 1932.

⁷⁸ HÜBNER, note 8; BRANDT, Christian, *Entstehung des Code pénal von 1810 und sein Einfluss auf die Strafgesetzgebung deutscher Partikularstaaten des 19. Jahrhundert, am Beispiel Bayern und Preussen*, Francfort s. M., 2002.

⁷⁹ HÜBNER, note 8.

⁸⁰ WILHELM, note 63.

⁸¹ BRANDT, note 78.

⁸² MARTIN, note 76.

de la scène durant les pires journées de la révolution, et que son collègue Bigot de Praemeneu (1750-1829) avait dû faire de même, le troisième, Portalis (1746-1807) n'eut d'autre choix que de s'exiler. Par bonheur, cette brève histoire finit bien, avec la promulgation du code civil, il y a exactement deux siècles de cela, en mars 1804⁸³.

Il fut suivi en 1807 par un code de commerce peu original, car basé sur les ordonnances commerciales de terre et de mer dans la ligne du projet Miromesnil de 1778⁸⁴.

En général, il ne fut pas possible d'éviter la tension entre les principes et le droit codifié. Il s'avéra plus facile de réunir les lois civiles dictées durant les treize années postérieures à 1791 en un code que de les concilier avec le droit français historique. C'était une chose que de proclamer l'égalité de tous les Français, et une autre que de la réaliser en pratique. Ceux que Sagnac avait appelé le droit philosophique et le droit historique se comportaient comme deux plaques telluriques qui s'entrechoquaient⁸⁵. A chaque pas, on réalisait l'apparition d'anciennes et de nouvelles différences. C'était une chose que de les nier et une autre que d'observer la réalité, comme cela avait été fait en Europe centrale en relation avec les divers groupes sociaux.

Au vu de ce qui précède, il n'est pas étonnant qu'en France le droit codifié se soit débattu dans un nœud de contradictions. C'est à juste titre qu'Halpérin signale que le laïcisme n'a pas empêché le maintien durant tout un siècle du concordat de 1804, pas plus que l'égalité n'a empêché de perpétuer les différences entre l'homme et la femme ou entre le patron et l'ouvrier, pour ne rien dire de la coexistence du code et de l'esclavage jusqu'au 1848. Quant à l'imposition du divorce pour tous, elle n'a pas empêché non plus le retour, en 1814 déjà, du mariage indissoluble, qui fut éliminé en 1884 seulement⁸⁷. Par contre, on maintint à tout prix le texte unique des cinq codes en français. Ainsi que le fait remarquer Halpérin, il n'était pas question, comme en Autriche, de faire des éditions du code en d'autres langues comme le breton, l'occitan ou le corse afin que chacun dispose d'un code dans sa langue maternelle⁸⁸.

CONCLUSIONS

Nous sommes maintenant en situation de résumer.

A partir du milieu du XVIII^e siècle, une notion de code découlant des Lumières s'est imposée graduellement en Europe continentale et en Hispano-

⁸³ HALPÉRIN, note 75.

⁸⁴ Voir note 77.

⁸⁵ SAGNAC, note 67, 17 ss., 388.

⁸⁷ HALPÉRIN, Jean-Louis, *Codes et traditions culturelles*, Florence, 2000.

⁸⁸ BRAUNEDER, Wilhelm, «Gesetzeserkennnis und Gesetzssprache in Deutschland von 1750 bis 1850 am Beispiel der Habsburgermonarchie» in Eckert-Hattenhauer (éd.), *Sprache-Recht-Geschichte*, 1.

amérique. Avec elle, les portes d'un processus d'absorption du droit par l'Etat se sont ouvertes, dans un processus qui a augmenté au moins jusqu'au milieu du XX^e siècle. Le code cessa d'être un *corpus iuris* et se réduisit simplement à un *corpus legum*, émanation de l'Etat seul, sans contribution des autres pouvoirs de niveau semblable, telle l'Eglise, ou inférieurs comme ceux des assemblées, locales ou corporatives. Tel est le caractère fondamental des textes qui s'élaborent durant cette étape, depuis la Bavière jusqu'au projet de Mello Freire, la *Leopoldina* et la *Josephina*, de même que l'*Allgemeine Landrecht* (ALR), les *Cinq Codes*, le code pénal d'Autriche et l'*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch* (ABGB). Avec eux, le *iustum* semble triompher du *iustum*.

Quoi qu'il en soit, cette suprématie de la loi étatique n'en est qu'à ses débuts et reste très éloignée d'atteindre un niveau total. C'est d'ailleurs ainsi que les codificateurs l'ont compris, puisque tous reconnaissent que leur travail prend place à l'intérieur d'un cadre antérieur et supérieur aux lois. Dans le même temps, dans le monde hispanique, l'idée s'affirme, conformément à la vision théocentrique des *Partidas*, que les commandements qu'elles contiennent doivent être loyaux, droits et parfaits, selon Dieu et selon la justice⁸⁹. Zeiller et Portalis s'en rapportent à la raison et à la nature. Le juriste autrichien explique dans son exposition de 1801 devant la commission aulique de législation que «Le droit n'est pas façonné par les hommes et les gouvernants n'en sont pas les créateurs. Tous les droits découlent originellement de la raison. Le législateur est l'organe de cette dernière, un flambeau qui illumine pratiquement la raison juridique», obligé à «mettre constamment en évidence le respect de la dignité de l'homme, de l'équité, des bonnes mœurs et de la religion»⁹⁰. Pour sa part, Portalis fait voir dans son *Discours préliminaire* de la même année que «Les lois ne sont pas de simples actes de pouvoir; ce sont des actes de sagesse, de justice, de raison»; «Les lois sont et ne doivent être autre chose que le droit réduit à des règles positives, à des préceptes singuliers»; «Le droit, c'est la raison universelle, la raison suprême, fondée dans la nature même des choses»⁹¹.

La loi étatique ne peut s'imposer sans contrepoids que dans la mesure où elle se dissocie du *ius commune*. Ce n'est qu'ainsi qu'elle peut se transformer en règle et en mesure de la vie juridique sur tout le territoire. D'où le fait que la critique au *ius commune* et l'exaltation du droit patriotique ou national s'associent avec l'apologie d'une prétendue discipline primitive dans l'Eglise au nom de laquelle on restreint le primat du Pape. Tout ceci contribue au renforcement du pouvoir royal. Comme on peut le supposer, ce processus se fait au prix de la réduction du pouvoir de l'Eglise, de l'autorité des juristes, de l'éradication de l'arbitraire judiciaire et, dans la mesure du possible, des droits traditionnels, qu'ils aient été déclarés par les juristes ou institués par les coutumes.

⁸⁹ *Siete Partidas*, note 37, 1,1,4.

⁹⁰ ZEILLER, note 36.

⁹¹ PORTALIS, note 66.

En définitive, la codification équivaut à une sorte de reformulation légale du droit, à un *ius in legem redigere*. Pour cette raison, il se convertit en un instrument pour forger l'unité juridique de tout un territoire et de toute une population sous une même législation imposée d'en haut par les gouvernants. On abat ainsi la diversité et la multiplicité du droit précodifié et y compris, dans la mesure du possible, du droit canonique. Une telle transformation ne pouvait que rencontrer des résistances dans divers milieux, depuis les juges et les universités attachés au *ius commune* jusqu'à l'Eglise et aux assemblées, dont le droit, les statuts et les privilèges se voyaient réduits.

Ce *ius in legem redigere* répond à une longue transformation institutionnelle et doctrinale en Europe continentale et en Amérique hispanique que les limites de ce travail ne nous ont pas permis de traiter. Pour se faire tout de même une idée de sa portée, il suffit toutefois de revoir la liste des auteurs qui sont invoqués le plus souvent de toute part. On trouve parmi eux l'immanquable Vinius (1588-1657), Domat (1625-1696), Stryk (1640-1710), le célèbre Zeger van Espen (1646-1728), l'influent Muratori (1672-1754), le fameux Heinecius (1681-1741), Montesquieu (1689-1755), Böhmer (1704-1772) qui fut très admiré, et enfin Beccaria (1738-1794).

Naturellement, la résistance face à l'étatisation du droit et la lutte qui s'ensuivit ont beaucoup varié de région à région et de pays en pays. Elles donnèrent lieu à une divergence entre les deux pendants des Lumières, le catholique national et le religieux et cosmopolite, ainsi qu'à l'alternative entre réforme et révolution. On distingue ainsi trois foyers ou pôles, chacun avec ses propres problèmes et ses vicissitudes. Alors que l'Europe centrale suit la voie des réformes et prend de l'avance, la zone hispanique, tout en gardant une claire proximité avec cette dernière, avance plus lentement, alors que la France, qui ne se joint que dans la dernière décennie du siècle au mouvement codificateur, combine la voie de la révolution avec le recours au savoir et à l'expérience des juristes anciens.

Tout comme elle eut un coût, la codification eut également son prix. Si il n'est pas difficile de reconnaître dans le code un instrument d'étatisation du droit, on ne se rend pas toujours compte de ce que, ce faisant, il le fige et bloque la possibilité qu'il se renouvelle de lui-même sans avoir besoin d'attendre les interventions du pouvoir qui sont souvent artificielles et hors de propos. Ce faisant, en définitive, le code scelle son propre sort. Loin d'être, comme l'ont cru les hommes des Lumières, une manière de fixer le droit pour toujours, le voici condamné à rester à la traîne. Il porte en lui le germe de son propre déclin.

En fin de comptes, la loi est la plus rigide des sources du droit, la seule qui est incapable de s'adapter par elle-même aux faits comme le font les autres formes plus pratiques comme la jurisprudence ou les coutumes. Cela est si vrai qu'il n'existe pas d'autres moyens de franchir la tranchée entre le pays légal et le pays réel que de recourir à de nouvelles lois. Pour cette raison, tôt ou tard, la vie juridique ne peut que déborder les limites du droit codifié. Au bout de deux siècles, le vent a tourné. Si la seconde moitié du XVIII^e siècle a vu se dérouler

les débuts de la codification, la seconde moitié du XX^e siècle a assisté au commencement de la décodification.

Le rêve des Lumières de fixer le droit une fois pour toute dans des codes se dissipe comme un *métarécit* et fait eau de toutes parts. Ces textes sont périssables et, comme toutes les choses humaines, se fanent et meurent. A ce stade, il est problématique de parler de l'avenir de la codification. Les codes seront parfois des œuvres magistrales, mais ils portent en eux le germe de leur propre épuisement. Il ne fait aucun sens de chercher des échappatoires, de vouloir les maintenir en vie artificiellement à force de remèdes et de suppléments. Le droit codifié peut tout à fait survivre, mais à condition qu'il se libère des codes et se transforme, par exemple, en droit coutumier ou jurisprudentiel, mais pas en codes qui sont condamnés par leur nature de corps légaux à succomber à la *révolte des faits*^{*}. En cette heure qui voit son agonie, concluons qu'il sera inutile de lutter contre le destin fatal du droit écrit.

M. BERNARDINO BRAVO LIRA**

M. GUILLAUME FATIO
Traduction de l'espagnol



* En français dans le texte.

** Professeur à l'Université du Chili (Santiago). A notamment publié: «La diffusion du Code civil de Bello dans les pays de droit castillan et portugais» (Valparaíso, Revista de Estudios Histórico-Jurídicos, 1982); «Relations entre la codification européenne et la latino-américaine» (Valparaíso, Revista de Estudios Histórico-Jurídicos, 1984); *Les deux visages de la codification en Europe continentale et en Amérique Latine: légale et judiciaire* (Pamplona, Eunsa, 1992); *Le Code civil de Napoléon et le droit latino-américain* (Lima, Université Catholique du Pérou, 1997).