

NOTICES POUR L'HISTOIRE DE LA SCIENCE JURIDIQUE *

Frédéric-Charles von SAVIGNY (1779-1861) (*)

1. Né à Francfort en 1779 et mort à Berlin en 1861, Frédéric-Charles von Savigny est issu d'une famille noble de calvinistes lorrains émigrés au XVIII^e siècle. Il a suivi la religion de son père devenu luthérien. Orphelin à onze ans, et bien qu'ayant pour précepteur C. von Neurath, il a été élevé dans un milieu bourgeois et a acquis une réserve qu'il a toujours conservée à l'égard de l'aristocratie prussienne. Cependant, on lui a souvent prêté une attitude altière et « féodale ». En fait, il est entré dans le droit comme dans un « sacerdoce » (E. Wolf). Et même lorsqu'il a abandonné le professorat pour le Conseil d'Etat de la Prusse et qu'il a assumé la charge de ministre de la « révision des lois », il a exercé un magistère plutôt qu'un ministère, selon la formule de son élève Grimm.

Promoteur de l'« historicisme » allemand, on lui doit d'avoir renouvelé l'esprit des études juridiques, avec un certain penchant romantique, en réaction contre le siècle des « Lumières ». Il a en même temps affirmé un goût très marqué pour l'interdisciplinarité, ce qui l'a rapproché de W. von Humboldt. Il a ainsi participé à des cercles réunissant savants et littérateurs. Sa femme, Gunda Brentano, était la sœur du célèbre poète. On compte surtout parmi ses amis, et même parmi les juristes qu'il a formés, de grands philologues et linguistes (ex. de Jacob Grimm). Il a été le professeur de Marx auquel il a transmis sur le droit une culture d'inspiration kantienne. Une correspondance de Marx à son père atteste de cette influence.

Savigny offre enfin un double visage et il apparaît à certains égards, il aime à le souligner lui-même, comme un « classique ». Sans doute est-ce la raison pour laquelle il rappelle le souvenir de sa rencontre avec Goethe à Weimar.

* La livraison de novembre de la *Revue d'histoire des Facultés de droit et de la science juridique* publiera régulièrement des notices visant à mieux faire connaître les œuvres majeures qui ont contribué — en France et à l'étranger — à alimenter la pensée juridique.

(*) Version intégrale d'une notice destinée à l'*Encyclopédie philosophique*, vol. « Œuvres », P.U.F.

Das Recht des Besitzes. Eine civilistische Abhandlung
(Le droit de la possession. Une thèse de droit civil) (1803)

2. C'est par cette œuvre de jeunesse rééditée jusqu'à la fin de sa vie que Savigny se fera connaître dans le monde des romanistes et des civilistes en traitant de l'un des problèmes les plus réputés et les plus ardu : celui de la possession distinguée dès le droit romain de la propriété. Beaucoup ont trouvé dans cette étude leur inspiration. Tout d'abord les exégètes de notre Code civil (1804), puis la plupart de nos auteurs modernes — même s'ils se sont fiés souvent à des commentaires peu sûrs et non au texte lui-même, ce qui aurait dissipé un grand nombre de malentendus, surtout dans la confrontation de cette explication avec celle de Ihering (cf. notre notice sur Ihering).

3. L'originalité de l'analyse savignienne n'est pas exclusivement, comme le soutiennent encore de nombreux manuels, dans l'élément intentionnel de la possession, dans l'*animus*. Elle s'affirme au premier plan dans la définition donnée de l'élément matériel, du *corpus*. Savigny s'oppose aux Glossateurs qui exigent une appréhension physique de la chose possédée et qui admettent qu'exceptionnellement un acte concret de nature symbolique puisse s'y substituer. Pour Savigny, au contraire, la dualité d'un principe et d'une exception doit être supprimée et le *corpus* se présente toujours comme un simple pouvoir d'agir sur la chose, même s'il se rattache à la présence à proximité du bien (ou à ce qui la manifeste : les murs de la maison), car la présence n'est qu'un moyen qui permet au pouvoir de se traduire en acte de manière immédiate ; d'ailleurs, elle n'est plus nécessaire pour la conservation de la possession une fois acquise. Un tel *corpus* est aussi personnel ; par là, la possession se dissocie de la détention qui suppose d'être dans le *corpus* d'autrui (*in possessione esse*) et implique une fiction propre au mécanisme de la représentation... Ce qui est donc caractéristique de la pensée savignienne sur la possession, c'est l'idée de pouvoir. Elle favorisera la doctrine moderne qui conçoit la structure de la possession sur le modèle du droit subjectif. Le rapprochement est opéré par Savigny lui-même, quand il dit que la possession, prise dans son *corpus*, est l'« exercice » (*Ausübung*) du droit de propriété. Mais cet emploi extensif du mot « exercice » a été la source d'une confusion, car il ne saurait bien entendu désigner la mise en mouvement du pouvoir qui constitue le *corpus*, une action quelconque. Exercice renvoie au contenu abstrait du droit, au pur pouvoir, et, à cet égard, la possession ne se distingue de la propriété que parce que le pouvoir qu'elle recouvre est d'origine factuelle alors que la propriété est un pouvoir légalement reconnu (cf., ainsi que sur tous les points suivants, TRIGEAUD, *op. cit. in Bibliogr.*). En montrant l'importance de ce pouvoir au sein de la possession, Savigny se rattache à Kant. Apparemment, il ne va pas aussi loin que lui, puisque Kant écarte dans la possession intelligible et nouménale toute référence empirique et exclut la présence ; le *corpus*, selon Kant, est beaucoup plus une « puissance » (*Macht, potentia*) qu'un « pouvoir » (*Gewalt, potestas*) lequel dépend de la présence ou de tout autre acte matériel. Mais précisément la présence n'est pas chez Savigny une condition du maintien de la possession ; le *corpus* est alors une puissance.

4. C'est dans le prolongement de ce *corpus* qu'il faut aborder la fameuse question de l'*animus*, qui révèle mieux encore l'influence sur

Savigny de la philosophie idéaliste. L'animus requis pour la possession n'est pas uniquement la conscience (*Bewusstsein*) mais la volonté (*Wille*), et cette volonté vise non pas un profit économique (*animus rem sibi habendi*) mais le droit de propriété, le *dominium* (*animus domini*). En tant que telle, la possession qui est un fait dans son origine devient également un droit ; elle l'est du moins du point de vue de sa fin qui est de tendre vers le droit. Voilà la conclusion qu'impose la définition du corpus comme « exercice » du droit de propriété ; l'animus qui lui est inhérent ne peut être différemment compris et ne peut que conférer une juridicité à la possession. La démarche de Savigny est imitée de celle de Kant ; sa possession-droit correspond en outre à la notion que Kant a formée du droit subjectif (*Willensherrschaft*). Observation que renforce la constatation de l'absence d'un animus volontaire dans la possession romaine : il a été créé de toutes pièces par les modernes dont Savigny est sans doute le meilleur exemple.

5. Le dernier problème à examiner au titre de la possession est sa justification, comme concept auquel le droit attache des effets (les actions possessoires, la prescription... V. notre notice *Possession*). Une lecture superficielle de l'ouvrage de Savigny laisserait croire qu'il invoque la nécessité de défendre l'ordre public menacé par les entreprises du véritable propriétaire en voulant reprendre son bien entre les mains du possesseur. Or Savigny attaque la théorie de l'ordre public qu'il juge trop politiste et publiciste et qu'il attribue à son « disciple » Rudorff. Le seul argument qu'il retient est tiré de l'exigence morale de protéger la personne privée à travers sa possession. L'« inviolabilité de la personne » est ainsi au fondement des actions possessoires. Au sens axiologique, la personne est un authentique droit à respecter à l'extérieur de la possession ; de sorte que le trouble dirigé contre la possession porte atteinte « à la fois à la possession et à un droit » et constitue une « injustice par sa forme » (*durch ihre Form*). On ne saurait de nouveau être plus proche de Kant. Afin d'affirmer sa fidélité au kantisme, Savigny a d'ailleurs soin de se démarquer des conceptions hégéliennes qui s'attachent à la force de la volonté (Gans). En l'occurrence, la personne n'est pas le sujet spéculatif ou l'entendement coordinateur des phénomènes, mais le sujet de la raison pratique elle-même, de la *Vernunft* qui commande absolument de traiter l'autre comme une fin, à travers ce qu'il a ; fruit de la *Vernunft*, la possession est un rapport intelligible et une sorte de prolongement de son essence (cf. TRIGEAUD, *ibid.*, n. 492).

Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft

(De la vocation de notre temps pour la législation
et la science du droit) (1814).

6. Ce titre est celui d'un pamphlet que Savigny a rédigé en réponse aux écrits de Thibaut favorable à la codification et afin d'ouvrir la voie à une autre conception : celle de l'*historicisme*. C'est en effet à partir de cet essai que l'on s'accorde à reconnaître en Allemagne l'existence de l'Ecole historique dont Savigny est le chef de file. Il est suivi, au cours de l'année 1815, par la publication du premier volume d'un journal berlinois, *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, que Savigny fonde pour lancer son mouvement avec une intention politique.

Dans le *Vom Beruf*, Savigny s'élève (comme Hugo qu'il reprend — V. notre notice) contre l'esprit de l'*Aufklärung* du siècle précédent,

contre l'idée d'un droit naturel permanent et universel, tiré de la raison, et contre la tendance à la codification illustrée par Thibaut qui se situe dans la tradition pré-kantienne du jusnaturalisme de Thomasius... Son projet n'est pas seulement de réhabiliter la dimension historico-sociale des institutions sacrifiée par le droit naturel. Ce type d'approche n'est pas nouveau et a déjà été pratiqué par Vico ou par Montesquieu. Savigny propose d'une part de tenir essentiellement compte de la coutume, inspirée par le *Volksgeist*, et, d'autre part de rénover la méthode d'interprétation du droit romain qui s'est greffé sur elle depuis le phénomène médiéval de la *Rezeption* en Allemagne. Autrement dit, il s'agit de concilier le droit savant avec le droit populaire.

7. C'est en quelque sorte un droit naturaliste, un *natürliches Recht* que Savigny désigne sous le nom de coutume. La première évidence qui s'impose à lui est la constitution coutumière et spontanée du droit, comme produit d'un ensemble de pratiques répétées, imprégnées de toutes les spécificités locales et nationales et animées d'un esprit commun : le *Volksgeist*, où elles trouvent leur unité organique et sans cesse en mouvement. Le *Volksgeist* sera cependant précisé dans les œuvres ultérieures. Il n'est pour l'instant saisi que de façon diffuse, assimilé à la « vie du peuple » qui s'exprime dans le langage et dans une série de formes symboliques qui sont des langages dérivés. Le droit positif, identifié à la coutume qui s'établit, est un tel langage dans sa contingence et son historicité, « soumis aux mêmes évolutions que les autres manifestations de la vie du peuple » et incorporant le temps qui rythme cette vie : incarnant la totalité du passé de la nation.

8. C'est donc un particularisme que fait apparaître ce retour à la coutume. Comme le langage, la coutume est déterminée par la vie du peuple, elle en est une expression individualisée. Et dans sa polémique avec Thibaut, Savigny estime que la codification, et même l'œuvre législative, ne peuvent que méconnaître un tel particularisme, niant l'enracinement du droit dans l'histoire de la nation. Au lieu d'un code, et même à la place des lois, ce qu'il faut admettre est « une science du droit organique et progressive, qui peut être commune à toute la nation ». Un droit scientifique (qui ne soit pas législatif) doit venir ainsi se superposer au droit positif coutumier, dont il doit être une élaboration, participant à la vie du peuple qui le pénètre. Certes, la loi trouve encore sa place, mais de façon nuancée et seulement en une troisième étape de ce processus : elle s'ajoute au droit scientifique et en présente un prolongement possible. Savigny ne saurait trop mettre en garde contre l'illusion que la loi puisse avoir d'autre fonction que de servir d'appui à la coutume, voire de mode de fixation de celle-ci. Le développement des lois est un symptôme de décadence des civilisations, quand elles deviennent incapables de percevoir la volonté réelle du peuple et quand elles perdent la certitude du « sens historique » en lui substituant cette fausse sécurité qui s'attache à l'existence des lois : fausse sécurité, car elle fait croire à une universalité abstraite du droit, jette le voile sur l'identité nationale qui est organique et toujours en vie, et elle engendre un risque de conflit entre la communauté et l'autorité légiférante...

System des heutigen römischen Rechts (Band I)
(Système du droit romain d'aujourd'hui) (Volume I) (1840)

9. La préoccupation majeure de Savigny est d'analyser le droit romain, droit savant, base de l'ordre juridique, en étudiant la façon dont, après avoir pris racine au Moyen Age à l'intérieur du fonds coutumier germanique, il s'est progressivement modifié dans l'histoire. C'est la raison pour laquelle il a déjà consacré un ouvrage important (l'un de ceux où il révèle le mieux sa personnalité) au droit romain médiéval, se plaçant à l'époque charnière qui marque la naissance de l'Europe moderne (*Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*, 6 vol., Heidelberg, 1815-1831). Dans le *System*, l'objet de Savigny est de parvenir à une coordination des concepts qu'il a dégagés dans ses recherches antérieures et il vise à leur exposé synthétique et dogmatique. Ce qui a pu lui faire encourir le reproche de favoriser un genre qu'il avait décrié chez les jusnaturalistes, aboutissant lui aussi à la classification abstraite, méthode dont va s'emparer le Pandectisme et qui oriente vers la *Begriffs-jurisprudenz*...

10. Les principes généraux de la philosophie savignienne sont présentés dans le premier volume de cette œuvre de la maturité. Le « système » s'organise autour des notions de règle et de pouvoir, de droit objectif et subjectif, catégories empruntées à l'enseignement classique du droit naturel des XVII^e et XVIII^e siècles. L'essentiel des développements concerne le droit objectif.

La règle s'incarne avant tout dans la coutume, avant de prendre la forme de la loi. Savigny affirme même que « la coutume n'engendre pas le droit positif » et qu'elle « est le signe auquel on le reconnaît ». La coutume correspond donc suffisamment au droit positif, et ce droit peut être défini comme le « droit du peuple », ayant « pour *sujet* » le peuple lui-même : il « sort de cet esprit général qui anime tous les membres d'une nation ».

Ainsi constitué, le droit positif ne saurait être l'effet du hasard, lié à des circonstances matérielles qui échapperaient à l'esprit du peuple : il trouve au contraire sa justification dans cet esprit et il y découvre son unité (une unité à la fois de compréhension logique et de continuité temporelle, l'esprit étant mémoire du peuple...). Il n'est pas non plus le produit arbitraire de la volonté individuelle du souverain, puisque celui-ci n'intervient qu'en se soumettant au contrôle du phénomène coutumier. Savigny insiste sur le caractère de *nécessité* du droit. Comme le langage, il traduit un besoin ou plutôt une force que l'esprit du peuple perçoit comme intérieure à lui-même, qu'il dirige et pousse à s'extérioriser dans la communauté sociale. Le droit n'est pas par conséquent une question de décision, mais d'élaboration créatrice d'un donné qui s'impose. Là se dévoile avec évidence une position résolument critique à l'égard du positivisme et du conventionnalisme. Savigny ne peut admettre la tradition publiciste française issue de la Révolution, qui invoque la toute puissance de la « volonté générale », ni la tradition anglo-saxonne dérivée de Hume qui se rattache au pragmatisme utilitariste.

11. Reste à préciser le statut de l'Etat, et, dans son prolongement, celui de la loi. Dans cette perspective, l'Etat apparaît à Savigny comme l'élément qui « donne corps à l'unité nationale », car il « personnifie le peuple et lui confère la capacité d'agir ». De même qu'il faut rejeter

l'idée que le droit puisse être décidé à partir d'un moment déterminé (il est positif dès l'origine, dès la première coutume), de même il convient de repousser la notion d'une société précédant l'Etat. L'Etat est naturel comme « expression de l'esprit commun de la nation ».

Quant à la « capacité d'agir » qu'acquiert le peuple par l'Etat, ce n'est pas dans la loi qu'elle se révèle, mais dans « l'établissement du pouvoir judiciaire qui donne au droit privé la réalité et la vie ». La loi n'est que le moyen de mieux « traduire par la langue en caractères sensibles » le droit positif ; elle n'est donc qu'une manifestation de ce dernier. Et on doit toujours la relier, comme l'avait indiqué le *Vom Beruf*, à son sujet qui est le droit populaire ou coutumier ; et, puisqu'en toute rigueur c'est ce droit qui est qualifié de positif, la formule la plus exacte et la plus fidèle à la pensée de Savigny sera : *le droit positif est le sujet de la loi « organe du droit du peuple »*. En outre, Savigny a ici le souci de se démarquer des conceptions législatives inhérentes aux régimes parlementaires ; il lui semble que si la loi doit « représenter l'esprit de la nation », « c'est une grave erreur de croire qu'elle doive nécessairement émaner d'une assemblée électorale ».

Autant de raisons pour placer au premier plan le « droit scientifique ». Suivant immédiatement le droit populaire, superposé à lui, le recomposant dans sa logique ou en continuant l'activité intellectuelle embryonnaire (en quoi il devient créateur), il domine le droit législatif.

12. Mais la réflexion théorique sur le droit populaire permet d'approfondir la connaissance du *Volksgeist*. Or, une telle connaissance révèle une dimension jusqu'ici ignorée de l'esprit du peuple, et quelque peu paradoxale dans la doctrine historiciste : l'esprit du peuple aurait un aspect « général », en ce qu'il se fonderait « sur la nature commune de l'humanité », et coïnciderait avec « une forme de l'esprit humain ». Synonyme d'une sorte de conscience commune qui dépasse les frontières de la nation, apparenté à une *naturalis ratio*, l'esprit du peuple ressemble à cette raison universelle et permanente que Savigny suspectait dans le jusnaturalisme de l'*Aufklärung*. Il y voyait un point de départ de l'entreprise de codification, alors qu'il lui paraît maintenant souhaitable que le droit scientifique s'érige en « système » en se donnant comme principe unificateur et constructeur cet élément général du *Volksgeist*. C'est donc le kantisme qu'il retrouve après l'avoir écarté, ce que les interprètes de sa pensée ont montré très tôt (G. BONNET, SOLARI, *op. cit. in bibliogr.*). Il y a un véritable « droit naturel dans la romanistique savignienne » (*cf.* notre art. cité *ibid.*), d'autant plus aisément que c'est le droit romain qui exprime le mieux les exigences rationnelles et générales du *Volksgeist* ; cela explique qu'il ait pu se développer en accord avec la coutume germanique.

En fait la démarche de Savigny épouse doublement celle du jusnaturalisme des « Lumières ». Par son côté méthodologique, formel et déductif, axé sur le « système », qui préfigure le Pandectisme, et par son côté axiologique, la valeur du droit populaire affirmant sa portée profonde dans la généralité du *Volksgeist*. Cette généralité n'est pas vide et elle reçoit à son tour un double contenu : elle accueille l'apport du christianisme dont Savigny vante constamment l'influence, car « la loi morale de l'homme sous le point de vue chrétien », comme loi du respect de la dignité et de la liberté humaine, vient perfectionner les principes romains en les élevant spirituellement ; elle s'ouvre ensuite à l'enseignement du kantisme en reprenant son vocabulaire, ce qui est surtout très

net, il est vrai, dans les analyses d'institutions auxquelles se livre Savigny dans les autres volumes de son traité ; on le voit à propos de la propriété et de la possession (comp. *supra*) comme à propos des obligations (langage de l'autonomie de la volonté et du droit subjectif ; *ad. Das Obligationenrecht*, 1851-1853).

Il n'y a finalement aucune incompatibilité entre l'historicisme que professe Savigny et son attachement à l'idéalisme kantien. Mais au plan de la cohérence globale du système, certaines atténuations sont à considérer : le système ne se structure autour de concepts précis que sous l'inspiration d'un idéal scientifique d'après lequel le droit peut être entièrement connu dans son être, sa vérité et sa valeur. Autrement dit, en concevant la possibilité d'une telle connaissance, Savigny s'est éloigné de Kant et rapproché de Feuerbach. Il se tourne vers la raison pure et en donne une interprétation extensive. La faculté de connaître a désormais une matière provenant du *Sein* lui-même, et la raison pratique à son tour se présente comme puissance cognitive ; la scission du *Sein* et du *Sollen* s'estompe (*cf.* notre art. cité *in bibliogr.*).

13. Parce que la connaissance est possible au stade de la formation d'un droit scientifique et même législatif, il convient aussi de l'envisager au stade de son *interprétation*, ce qui concerne avant tout la loi. Savigny définit l'interprétation des lois d'une manière pourrait-on dire « compréhensive » ou « participative » : comme « la reconstruction de la pensée contenue dans la loi » ; il montre comment cette reconstruction s'opère, en visant successivement divers aspects de la loi : grammatical, logique, historique (en référence à l'état du droit à l'époque où elle a été faite), systématique (eu égard à la situation des autres institutions de l'ordre juridique).

L'universalité à laquelle tend le droit sous la poussée du *Volkgeist* lui-même, pris dans sa dimension « générale » et rationnelle, conduit d'autre part à élaborer une méthode d'interprétation qui comble des lacunes. Savigny met particulièrement en évidence le procédé de l'*analogie*, conforté par le raisonnement historiciste qui consiste à imaginer *ce que serait* la volonté actuelle du législateur compte tenu de nouvelles circonstances sociales. Gény sera sensible à cette démonstration qu'il s'efforcera de faire admettre contre les pratiques héritées de l'École de l'exégèse.

Enfin, c'est le « rapport de droit », comme objet de toute règle, qu'analyse Savigny en y voyant à la manière kantienne une « relation de personne à personne » composée de deux éléments : l'un désigne la matière ou le fait de la relation, l'autre la forme intellectuelle que le droit lui applique et qui est destinée à assurer à chacun la *liberté de sa volonté* dans sa situation à l'égard de l'autre. La raison juridique est connaissante en tant qu'elle subsume un donné empirique sous ces catégories et valorisante en tant qu'elle impose une fin à la conduite qu'elle prescrit. A partir de ce schéma, Savigny s'engage dans un classement des diverses institutions et il indique que le rapport de droit n'est pas toujours entièrement soumis à une règle : il peut lui échapper en partie (mariage) ou en totalité (amitié)...

Jean-Marc TRIGEAUD,

Maître de conférences
à la Faculté de droit de Bordeaux.

BIBLIOGRAPHIE

• Les œuvres présentées : *Das Recht des Besitzes*, Giessen, Heyer, 5 Aufl., 1827; trad. sous le titre *Traité de la possession en droit romain*, par Staedtler, Paris, Durand-Pédone-Lauriel, 2^e éd., 1870. — *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg, 1814. — *System des heutigen römischen Rechts*, Band I, 1840, Photomech. Nachdr. Darmstadt, 1956; trad. sous le titre *Traité de droit romain*, par Guénou, Paris, Firmin Didot, 1840.

• Sur l'œuvre de Savigny : J. BONNECASE, *Science du droit et romantisme*, Paris, 1928; G. BONNET, *La philosophie du droit chez Savigny*, 1913, extr. *Revue intern. Sociologie*; H. CONRAD, « Aus der Entstehungszeit des historischen Rechtsschule : F.C. v. Savigny und J. Grimm », *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, 65, 1947, p. 261 et suiv.; « Hessische Lebensbilder », Band IV, 1950, p. 311 et suiv.; A. DUFOUR, « Droit et langage dans l'École historique du droit », *Arch. Ph. Dr.*, 1974, p. 158 et suiv.; « L'histoire du droit dans la pensée de Savigny », *Arch. Ph. Dr.*, 1984, p. 227; O. EBERHARD, « F.C. v. Savigny », in *Zeugnisse deutscher Frömmigkeit von der Frühzeit bis heute*, Leipzig, 1940, p. 262 et suiv.; G. FASSO, *Hist. ph. dr.*, trad., Paris, L.G.D.J., 1976; W. FELGENTRAEGER, *F.C. v. Savignys Einfluss auf die Übereignungslehre*, Leipzig, 1927; C.J. FRIEDRICH, *The philosophy of Law in Historical Perspective*, 2 ed., Univ. Chicago Press, 1963.; K. FRIEDRICH, *F.C. v. Savigny, in 200 Jahre Dienst am Recht*, hrsg. F. Gürtner, Berlin, 1938; K. GELBERT, « Savigny », *Deutshegewohnheitsrecht* 5, 1939, p. 33; J. HENNING, « Vom Beruf... und Geschichte des R. Rechts, ihre Entstehung und ihr Verhältnis zueinander », *Zeitschrift für Rechtsgeschichte* (GA) 56, 1936, p. 394; H. JAEGER, « Savigny et Marx », *Arch. Ph. Dr.*, 1967, p. 65 et suiv.; W. JELLINEK, « Eine unbewusste Begegnung Savignys mit Feuerbach », *Festschrift Rudolph Smend*, 1952, p. 163; P. KOSCHAKER, *Die Krise des römischen Rechts und die romanistische Rechtswissenschaft*, 1938; Z. KRSTUFEK, « La querelle entre Thibaut et Savigny et son influence sur la pensée juridique européenne », *Rev. hist. dr. fr.* 59, Paris, 1966; W. KUNKEL, « Savignys Bedeutung für die deutsche Rechtswissenschaft und das deutsche Recht », *Juristenzeitung für GW* 62, p. 457; E. de LABOULAYE, *Essai sur la vie et la doctrine de Savigny*, Paris, 1842; Ernst LANDSBERG, « Savigny », in *Allgemeine Deutsche Biographie* (30), 1890, p. 425; A. MANICK, « Was ist uns Savigny? », in *Recht und Wirtschaft*, 1912, p. 174; « Savigny und die Kritik der Rezeption », *Zeitschrift für Rechtsgeschichte* (RA) 61, 1941, p. 187 et suiv.; G. MARINI, *F.C. v. Savigny*, Napoli, 1978; P.H. NEUHAUS, « Savigny und die Rechtsfindung aus der Natur der Sache », *Zeitschrift für Interna. Privatrecht* 15, 1949/50, p. 364; J. RÜCKERT, « Lacune palesi e carenze occulte nella ricerca su Savigny », in *Riv. internaz. Filos. diritto* 1986, p. 498 s. E. SACHERS, « Die historische Schule Savignys und das römische Recht », in *Atti Congresso internaz. di diritto romano*, Pavia, 1935, p. 217 et suiv.; F. SCHAFTSTEIN, « F.C. v. Savigny und W. v. Humboldt », *Zeitschrift für Rechtsgeschichte* (GA) 72, 1955, p. 154 et suiv.; P. SHERMAN, *Roman Law in the modern world I*, 3 ed., 1937, p. 321, 407 et suiv.; G. SOLARI, « Sulla dottrina del possesso del Savigny », in *Scritti Chironi*, Torino, 1915, vol. I, p. 550 et suiv.; « Storicismo e diritto privato », in *Filosofia di diritto privato*, Torino, 1971, 2; D. STRAUCH, *Recht, Gesetz und Staat bei F.C. v. Savigny*, 1960; H. THIEME, « Zwischen Naturrecht und Positivismus. Zur methode des jungen Savigny », *Deutsche Juristen Zeitung* 41, 1936, p. 154 et suiv.; J.M. TRIGEAUD, *La possession des biens immobiliers. Nature et fondement*, préf. F. Terré, Paris, Economica, 1981; « Du droit naturel dans la romanistique savignienne » in *Scritti A. Guarino*, Napoli, Jovene, 1984, 3565; P.G. VINOGRADOV, *Outlines of Historical Jurisprudence I*, Oxford, 1920, p. 131 et suiv.; Fz WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Göttingen, Vandenhoeck, 1952, p. 217, 232 et suiv.; Erik WOLF, *Grosse Rechtsdenker*, Tübingen, Mohr/Siebeck, 1963, p. 467 et suiv.; P. ZAUNERT, « F.K. v. Savigny und seine Zeit », *Zeitschrift* 4, 1941/42, p. 275 et suiv.

• Ad. publications collectives : *Anales de la Catedra Francisco Suarez*, Granada, n° 18-19, 1978-1979 : « Savigny y la ciencia juridica del siglo XIX » (art. de F. GONZALEZ VICEN, W. FIKENTSCHER, H. COING, W. KRAWIETZ, H. KLENNER, A. OLLERO, E. ZULETA PUCEIRO, M. RODRIGUEZ MOLINERO, W. PAUL, W. SCHILD, M.G. LOSANO, Fz WIEACKER, M. FIGUERAS). — *Ius commune*. Veröff. M. Plancks Inst. für Europäische Rechtsgeschichte, Frankfurt-a./Main, Klostermann, 1979, n° VIII : « Savigny » (avec notamment les art. de H. COING, K. LUTG, H. MOHNHAUPT).

Antonio ROSMINI-SERBATI (1797-1855) (*)

1. Antonio Rosmini est né à Rovereto, dans la région du sud Tyrol, près de Trente, en 1797. D'un savoir encyclopédique, doué dans toutes les disciplines, il abandonne les sciences pour la philosophie, plus particulièrement la théorie de la connaissance, puis est attiré par le sacerdoce et se consacre en grande partie à la théologie. Le pape Pie VII l'exhorte à ne se préoccuper que de son œuvre spéculative, devinant en lui un penseur d'envergure. Mais en même temps qu'il développe cette œuvre monumentale, connue en France à l'époque mais curieusement ignorée depuis, alors que l'on s'accorde à y voir l'une des principales réflexions intermédiaires entre Hegel et Heidegger, Rosmini fonde un ordre agréé et favorisé par le Saint-Siège avec la création de l'*Institut de la Charité* et des *Sœurs de la Providence* (les Rosminiens sont aujourd'hui plus de cinq cents dans le monde entier).

Mais il joue aussi un rôle politique : il est envoyé à Rome auprès de Pie IX pour représenter le Piémont ; il devient ministre de l'Instruction publique, mais refuse d'être cardinal ; il accompagne enfin le Pape dans sa fuite à Gaëte. C'est à Stresa, au bord du lac Majeur où il s'était retiré, qu'il meurt en 1855 des suites d'une longue maladie mais dans des circonstances encore controversées, laissant ce message à son ami de toujours le poète Manzoni : *Adorare, tacere, godere...*

Filosofia del diritto, 6 vol., 1841-1843

2. C'est un traité qui n'a certes pas l'importance des essais métaphysiques ébranlant l'idéalisme kantien et préfigurant la phénoménologie, que nous choisissons de présenter ici. Mais elle n'en est pas moins significative de leurs applications et représente bien le Rosmini de la maturité (1).

Dans la pensée de Rosmini, le droit se définit par la notion de *propriété*.

Il y a deux degrés successifs de cette notion : comme droit générale, elle désigne le contenu ou le résultat d'une *activité* en liaison fondamentale avec la *personne*, exprimant ainsi la qualité de sa manifestation dans l'existence ; comme droit spécifique, elle vise un rapport avec les choses sur lesquelles la personne, devenant sujet juridique, obtient des droits proprement dits et peut les opposer à tous.

(*) Version complète d'une notice destinée à l'*Encyclopédie philosophique*, vol. « Œuvres », P.U.F.

(1) A propos des relations entre le rosminisme et le thomisme, nous renvoyons à l'article significatif du Pr OTTONELLO, directeur de la revue rosminienne, « Rosmini, Tommaso, il tomismo » (in *Rivista rosminiana di filosofia e di cultura*, 1986, p. 373) qui montre l'inspiration nominaliste et idéaliste de certaines tendances modernes du « néo-thomisme », et qui estime en conclusion que le rosminisme est le précurseur d'un authentique néo-thomisme. De ce point de vue, il constitue même une position philosophique analogue au thomisme et continuant la même tradition : car il pratique la méthode de l'intégration qu'implique le réalisme thomiste. De même que s. Thomas avait confronté l'aristotélisme à l'averroïsme, Rosmini confronte le thomisme à l'empirisme, à la philosophie des lumières et au subjectivisme kantien ; de même que l'un avait réalisé l'intégration d'Aristote et de Platon et s. Augustin, l'autre réalise l'intégration de la scolastique thomiste et de l'idéalisme (objectiviste platonicien et subjectiviste moderne).

Sous son aspect générique, la propriété permet de déterminer le caractère principal de la personne au sein de la *nature* de l'homme.

Premier élément constitutif, le droit est *activité*, ce qui s'entend très largement de tout ce qui tombe dans le « sentiment du sujet ». La passivité elle-même peut être activité dans la mesure où la passion et la connaissance impliquent une modification reçue de l'objet, mais à laquelle coopère le sujet. Cette représentation du droit qui correspond à l'affirmation de la personne développant son agir sans léser autrui, est dans la continuité de Vico. Mais elle doit être comprise en fonction de la situation existentielle de la personne dans le monde. C'est, à l'avance, l'acte créateur identifié à la personne dans toute son intensité de Scheler ou de Berdiaeff.

3. Deuxième élément, l'activité en question est de nature *personnelle*. Cela ne doit préjuger en rien du rôle de la loi morale *objective* qui demeure prépondérant. En effet, le sujet n'est personne et auteur de ses propres actions qu'au moment où l'instinct qui le porte à un bien particulier se met en accord avec les exigences objectives de la loi morale. Si l'inclination au bien est génératrice du droit, c'est en tant qu'elle est elle-même une conséquence de l'obligation légale. Liberté cesse de signifier autonomie comme chez Kant. La personne est ordonnée à un objet qui la dépasse et n'est nullement une « fin en soi », abstraite et rationnelle. Quant à la volonté, elle « n'est pas une "puissance" : elle est acte, terme de l'être dans le Sujet : sa modalité morale »,... elle est « comme un consentement vécu à l'être aperçu » ; et s'il y a lieu de dire que la personne est fin, c'est uniquement parce qu'elle révèle la structure de l'homme comme participation à la structure "unitrinitaire" de l'être », unissant intelligence et corporéité dans la saisie du principe onto-axiologique (cf. in F. EVAÏN, « Introduction » à la trad. française de l'*Anthropologie morale*, Beauchesne, 1973, p. 32-36). Ainsi, la personne n'est pas fin, mais a une fin propre.

4. Troisième élément, le droit est une activité dirigée vers un bien qui coïncide avec ce à quoi le sujet aspire spontanément et dont l'attachement à la personne peut aisément se vérifier par la douleur qu'elle éprouve lorsqu'elle en est privée ; c'est la théorie du *ressentiment* qui s'appliquera plus nettement à la propriété institution en fixant les limites qu'elle ne doit pas dépasser pour respecter autrui.

Que Rosmini ait jugé si important ce signe sensible, cette douleur, prouve que la dialectique qui se joue dans l'activité personnelle est une véritable *tension* au sens de Kierkegaard (cf. G. DRAGO, « Diritti formali... », art. cité in bibl., p. 584). Cela prouve aussi combien est acharnée l'hostilité de Rosmini à la philosophie héritée de Kant où la partie empirique de l'homme est négligée, et à quel point il anticipe sur les analyses phénoménologiques du sentir et de l'avoir. Ce faisant, il répudie les dévaluations qui viendront de la critique nietzschéenne et d'une certaine psychologie des profondeurs. La douleur traduit la vitalité et le sens du respect de la personne, et non une forme d'impuissance et d'égoïsme ; elle est connaissance avivée du juste, et non projection d'un désir de domination frustré (cf. notre art. « Activité personnelle... », cité in bibl., II).

5. Quatrième élément, le bien recherché n'est pas une valeur hédoniste ou empirique, renvoyant aux besoins et à l'instinct de conservation ; il est bien précisément *licite*, c'est-à-dire soumis à des conditions morales objectives — facteur de moralité que récuse Kant en invoquant la seule nécessité de la « coexistence ».

Enfin, cinquième et dernier élément, le droit rattaché à l'activité personnelle découvre une dimension inter-subjective : la personne se trouve toujours liée à d'autres auxquelles incombe l'obligation de ne pas perturber son activité. Le droit peut suffisamment être prouvé à travers une telle interdiction de ne pas violer la sphère de l'activité personnelle. Ce qui réapparaîtra dans la philosophie juridique italienne chez Petrone, Capograssi, Cesarini-Sforza, Piovani, Opocher, Ambrosetti. G. del Vecchio, cependant, reprochera à Rosmini de concevoir le lien du sujet avec un autre sujet (*alter ego*) comme hypothétique et non comme s'imposant catégoriquement. De fait Rosmini est encore influencé par la méthode jusnaturaliste qui a consisté à raisonner à partir d'un état de nature conjectural, même s'il répugne à admettre que les droits ne soient pas innés et tiennent leur être de l'état social en faisant grief aux jusnaturalistes modernes d'avoir exclu la raison : elle est une faculté inhérente à la nature de l'homme et elle n'a pas de fonction que dans l'état social.

6. La propriété, au premier sens retenu, comme activité actualisant la personne (laquelle constitue l'essence du droit), est encore un principe dont il est possible de déduire, de « dériver » l'ensemble des droits. Au principe kantien du respect de la coexistence, Rosmini substitue celui du respect de la propriété. Tout droit doit présenter le caractère de ce qu'il appelle la propriété ; de même, pour calculer l'étendue de chaque droit, il convient de se référer au « fait positif de la propriété d'autrui » interprété à la lumière du précepte éthique qui interdit de causer du mal à son prochain.

C'est justement l'intérêt de la douleur que de procurer un moyen très simple d'identifier le bien juridique, pour autant que ce soit suivant une voie négative. Par analogie avec ce que l'on est susceptible de ressentir soi-même, elle indique assez clairement l'existence du bien d'autrui et, à cette occasion, l'étendue de son domaine. Mieux : le principe selon lequel on doit s'abstenir de causer une douleur en lésant l'aire d'activité, le bien d'autrui, devient, dans une telle perspective, principe fondateur des droits, grâce auquel les droits peuvent « dériver » du propre comme « droit matériel ». En un mot, il est principe téléologique et génétique, qui démontre l'enracinement, non rationnel ni sentimental, mais *spirituel* du droit (texte repris de notre art. précité *ibid.*).

7. Viendront en premier les droits qui « consistent dans l'absolue liberté juridique ». Ils existent implicitement dans les biens dont nous avons actuellement la possession et qui offrent un « titre juridique » permettant de les justifier (paternité et droit d'autorité du père sur ses enfants, propriété de la chose externe et droit de disposition). Mais ces biens sont des biens « acquis », ce qui ne se comprend qu'en examinant le dernier stade du droit dit « dérivé ».

Formellement, le droit « dérivé » est rationnel : la raison le pose en le tirant de la nature humaine, de la propriété ; matériellement, il recouvre soit des données naturelles (« droit connaturel »), soit des faits volontaires (« droit conventionnel », source des « droits acquis » — cf. nos notices *Convention* et *Equité* sur les vues pertinentes de Rosmini concernant l'équilibre du contrat en cours d'exécution...). Quant à la propriété au sens spécifique et technique, selon qu'elle a un objet interne ou externe, inhérent à la nature de l'homme ou situé en dehors, elle est « connaturelle » ou « acquise » ; les premiers des droits sont les droits de propriété connaturelle qui s'appliquent à tout ce que contient la

nature humaine, à la vie, aux diverses facultés de l'âme et aux puissances du corps.

8. L'étude de la propriété au second degré, comme droit spécifique, que Rosmini étend d'ailleurs au droit familial et au droit politique, comporte les aspects sans doute les plus originaux de sa doctrine (critique du jusnaturalisme moderne, notamment de Locke comme des thèses communistes ou socialisantes ; reconnaissance d'un droit d'expulsion des occupants qui ne tirent pas profit de leur bien...) et des vues annonçant la phénoménologie (critique de « l'avoir pour avoir »)... Un des points essentiels à noter concerne la distinction entre bien commun et bien public : le bien public va contre l'office naturel de la société en substituant l'utile au juste et en donnant l'occasion à quelques-uns de satisfaire leurs intérêts singuliers, tandis que le bien commun s'entend du bien de tous ceux qui composent le corps social (idées que l'on a jugées nouvelles quand elles ont été récemment formulées par l'économiste anti-keynésien F. Hayek...). Contre l'idéologie de la loi de la majorité et de la volonté générale, avec une argumentation hostile à la tradition des révolutionnaires français que retrouvera A. de Tocqueville, Rosmini défend une démocratie absolue. C'est au nom de ce bien commun que l'Etat aura un droit de regard sur la propriété privée (impôt proportionnel), mais en respectant la *substance* d'une institution dont l'existence lui échappe et en ne considérant que ses seules *modalités*.

La société que Rosmini édifie d'après sa notion du droit et qui comporte toujours une « référence *ad alterum* » est, à l'inverse de la société matérialiste et bourgeoise à laquelle renvoie le Code Napoléon, une coexistence harmonieuse, car elle est fondée sur une disponibilité permanente à recevoir le message de l'être ; elle correspond en grande partie à cette *Gemeinschaft* que Tönnies souhaitera rétablir dans sa conformité à l'âme allemande ou à cette *convivencia* qu'Ortega y Gasset appellera de ses vœux pour conjurer l'oppression de la civilisation de masse. Un « Tribunal politique » y contrôle la Constitution et l'activité des pouvoirs exécutif et législatif...

Mais la *Filosofia della politica* de Rosmini propose de très riches développements sur ces différents points qu'il ne nous appartient pas de présenter ici ; signalons simplement l'édition Marzorati, Milano, 1972, sous la direction de Mario d'Addio, avec d'innombrables références à des commentaires critiques.

J.-M. T.

BIBLIOGRAPHIE

• A. ROSMINI-SERBATI, *Filosofia del diritto*, rééd., a curra di R. Orecchia, Edizione nazionale delle opere, Padova, Cedam éd., vol. XXXV à XL (1967-69).

• Sur la philosophie juridique de Rosmini :

— en général : G. FASSO, *Histoire de la philosophie du droit XIX^e-XX^e s.*, trad., L.G.D.J., 1976 ; G. del VECCHIO, *Storia della filosofia del diritto*, sec. éd., Milano, Giuffrè, 1958 ; et, en langue française, J.-M. TRIGEAUD, *Humanisme de la liberté...*, t. I, Bordeaux, Bière, 1985, p. 139 et suiv. ;

— en particulier : G. AMBROSETTI, « L'ispirazione di Rosmini nella soluzione oggi del problema della giustizia sociale », in revue *Iustitia* (Giuffrè), 1983, p. 153-191 ; M.T. ANTONELLI, « L'antiutopismo nella dottrina giuridico-politica di Rosmini », in *La problematica politico-sociale nel pensiero di Rosmini*, Roma, 1955, p. 173-186 ; F. BATTAGLIA, *La filosofia del diritto in Rosmini*, pres. di G. Ambrosetti, Giuffrè (Quaderni di Iustitia - 31), 1981 ; G. CAPOGRASSI, « Il diritto secondo Rosmini », in *Rivista internaz. di Filosofia del diritto*, 1940,

p. 214-245 ; D. COMPOSTA, « Conoscibilità del diritto naturale in Rosmini », in *Rivista rosminiana*, 1968, p. 201-217 ; A. DEMPPE, « Rosminis Sozialphilosophie », in *La problematica...*, cit. sup., p. 78-88 ; G. DRAGO, « Diritti formali e strutture formali dei diritti nel pensiero giuridico rosminiano », in *Giornale di metafisica*, 1969, p. 570 et suiv. ; « Note per un prerealismo giuridico rosminiano », in *Rivista rosminiana*, 1984, p. 20-25 ; F. EVAÏN, *Etre et personne chez Rosmini*, Beauchesne, préf. Gouhier, 1981 ; A. FAVERO, *Stato e Chiesa e loro rapporti nel pensiero giuridico-politico di Rosmini*, Ivrea, 1914 ; G. GARILLI, *Il principio del diritto nel sistema filosofico di Rosmini*, Palermo, 1935 ; G. GONELLA, *La filosofia del diritto secondo Rosmini*, Roma, 1934 ; C. GRAY, « Rosmini e lo stato di diritto », in *Rivista rosminiana*, 1919, p. 92-105 ; « Rosmini e la costituzione ideale della società civile », in *Rivista rosminiana*, 1920, p. 3-19 ; A.A. MUNOZ, « La persona come diritto sussistente alla luce del pensiero rosminiano », trad. V. Passeri-Pignoni, in *Ethica*, Forlì, 1971, p. 1 et suiv. ; I. PETRONE, *Il diritto nel mondo dello spirito*, Milano, 1910 ; P. PIOVANI, « Rosmini e il socialismo risorgimentale », in *Rivista internaz. di Filosofia del diritto*, 1951, p. 73-93, p. 432-434 ; *La teodicea sociale di Rosmini*, Padova, Cedam, 1957 ; M.-A. RASCHINI, *Rosmini e l'idea di progresso*, Genova, Lib. Ed. Sodalitas, in *Categorie Europee* - 6, 1986 ; A. TARANTINO, *Natura delle cose e società civile, Rosmini e Romagnosi*, Roma, Ed. Studium, 1983, et la recension en fr., J.M.T., in *Filosofia Oggi*, 1984, p. 642 ; G. TRANCHIDA, *Il diritto secondo Rosmini*, Palermo, 1958 ; J.-M. TRIGEAUD, « De la personne à la propriété dans la philosophie juridique et politique de Rosmini », in *Rivista rosminiana di filosofia e di cultura*, 1983, p. 1-31 ; « Activité personnelle, bien juridique et bien esthétique chez Rosmini », in *Actes de la rencontre de l'Institut international de Bolzano-Bozen « Correnti filosofiche... »*, 1983, p. 28, et in *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1986, p. 104 et suiv. ; « Rosmini : l'Europe et le droit. Sur le dépassement du politique », à par. in *Riv. rosminiana*, 1988.

- *Ad cons. : Corsi della Cattedra Rosmini, Stresa* (annuel) ; *Rivista rosminiana di filosofia e di cultura* (trim.) ; *Bibliografia Rosminiana*, 4 vol., par C. BERGAMASCHI, Milano, Marzorati, jusqu'en 1974.

- A relever la publication d'un essai de Rosmini : *Del Matrimonio*, Centro internaz. Stresa, *Opere di Rosmini*, t. 30, Roma, Città Nuova, 1977.

- En vue d'approfondir la connaissance de cet important philosophe sur lequel de nombreux articles ont été écrits en France (R. Jolivet, H. Gouhier, J. Wahl, etc.), consultez :

- *Etre et personne chez Antonio Rosmini*, par François EVAÏN s.j., Avant-propos d'H. Gouhier, Paris-Rome, Beauchesne-Univ. Gregoriana, Bibliothèque des Archives de philosophie, nouv. série, 32, 1981, VII, 428 p. ;

- *L'Anthropologie morale d'A. ROSMINI*, trad. François Evain s.j., précédée d'une *Introduction à l'ontologie personnaliste d'Antonio Rosmini*, par F. EVAÏN, Préface de J. Chaix-Ruy, Paris, Beauchesne, Bibliothèque des Archives de philosophie, nouv. série, 13, 1973, XXVII, 302 p.

Bernhard WINDSCHEID (1817-1875) (*)

1. Né à Düsseldorf en 1817 et mort à Leipzig en 1875, Bernhard Windscheid a fait successivement des études linguistiques et juridiques, ces dernières sous l'influence de Savigny. Il a enseigné le droit civil à Bâle, Greifswald, Munich, Heidelberg et Leipzig. Ami de Jhering, il n'a pas toutefois partagé sa doctrine.

Son œuvre fondamentale (v. ci-après) représente la *Somme* la plus caractéristique du Pandectisme et de la *Begriffsjurisprudenz*. Windscheid offre de ce point de vue un modèle de perfection systématique et dogmatique, qui frappe aussi par sa sensibilité à une grande pureté formelle.

(*) Version complète d'une notice destinée à l'*Encyclopédie philosophique*, vol. « Œuvres », P.U.F.

Ce qui n'est pas simplement la transposition d'une certaine rigueur de l'analyse philologique, mais marque aussi l'effet d'un tempérament esthétique probablement entretenu par son épouse artiste-peintre.

Windscheid a fait particulièrement autorité et son influence a été déterminante sur les commentateurs du droit romain et sur les praticiens, y compris en France. Il a fait partie en 1883 de la première Commission de préparation du Code civil allemand.

Lehrbuch des Pandektenrechts. Drei Bände

(Traité du droit des Pandectes. Trois volumes)

(Düsseldorf, 1862-1870, puis 7^e éd. à Francfort, Rütten & Koenig, 1891)

2. La conception exprimée par Windscheid dans cette œuvre qui synthétise l'essentiel de son enseignement, tend à se dégager du droit romain dans sa vérité historique. Contrairement à l'historicisme générateur du Pandectisme, elle ne retient de ce droit qu'un élément universel et abstrait. Il est en somme, dit Windscheid, *ratio scripta* ; il traduit la « raison des peuples » qui est « la source ultime de tout droit positif », et il désigne comme tel la « germanité » authentique.

Mais pour autant, Windscheid ne reconnaît pas un droit naturel. Et il se montre non seulement légaliste, mais attaché à une méthode qui pousse à sa forme extrême le pandectisme. Avec lui, comme l'explique E. de Tejada (*op. cit. in bibliogr.*, p. 595) on passe « de la science du droit à la science des lois ». Windscheid accorde une certaine priorité à la coutume, mais en apparence uniquement : elle n'est considérée qu'en tant qu'elle a « reçu », intégré le droit romain, et en tant qu'elle s'est transformée en loi. Le droit émane avant tout de la volonté législative de l'Etat, conclut-il. Et il est naturellement porté à vanter les avantages d'une organisation étatique et unifiée du droit en même temps qu'il souhaite pour l'Allemagne une solide codification, se faisant l'écho de Thibaut au début du siècle.

La démarche ainsi pratiquée est celle de l'élaboration et de la classification des notions, imitée dans son caractère minutieux de la philologie, et analogue à celle que suit Austin promoteur de la « Jurisprudence analytique ». Elle débouche sur la constitution d'un système clos, ce qui devient le trait commun des auteurs situés dans le mouvement « conceptualiste » (*Begriffsjurisprudenz* ; on peut comparer avec Fr. Gerber, 1823-1891, proche de Windscheid).

3. Par son légalisme et son systématisme, Windscheid est alors conduit à « maintenir la force morale du positivisme » (v. Wieacker, *in bibliogr.*). Mais il s'agit d'un positivisme prolongeant en quelque sorte le kantisme et visant la sécurité qui découle de l'ordre formel des concepts. D'où son refus de toute recherche métaphysique de la justice jugée inaccessible, du droit naturel inconnaissable comme la « chose en soi » ; d'où la préférence qu'il affiche pour la « science » rivée aux seuls phénomènes observables et coordonnant leurs significations objectives (v. également les déclarations faites par Windscheid dans son discours sur le thème *Recht und Rechtswissenschaft* à l'université de Greifswald en 1894, cit. *in Wolf*, v. *in bibliogr.*). Certes Windscheid associe le droit à l'idée d'égalité qu'il compare à une « étoile » guidant éternellement le juriste et dans laquelle il voit même une valeur de justice que le juriste doit honorer, dont il est le « prêtre » ; mais il est significatif qu'il rejette l'équité (*Billigkeit*) comme renvoyant à un au-delà insaisissable des lois et compro-

mettant leur sens général et la sécurité qui s'y attache : l'égalité est celle inscrite dans la règle et correspond à l'exigence historiquement reconnue et accomplie par elle. L'équité dans son acception traditionnelle de justice « du cas singulier », donc tournée vers l'empirisme, est aussi condamnée en ce qu'elle ébranle la cohérence logique du système et y introduit une contingence qui en affecte la dimension universelle et scientifique. Et c'est pour des raisons identiques que Windscheid ne peut adhérer non plus à l'*Interessenjurisprudenz* qui s'amorce chez Jhering et qui regarde les intérêts immanents aux situations sociales réelles.

4. Le traité expose tous les problèmes classiques du droit civil. Prenons l'exemple typique de l'institution la plus discutée du XIX^e siècle et qui oppose déjà Savigny et Jhering : la possession (v. notre ouvrage, cité dans la notice sur Savigny, pour l'interprétation propre de Windscheid ici présentée).

L'explication de Windscheid au sujet de la possession s'apparente à celle de Savigny. Mais il définit le corpus possessoire d'une façon entièrement dématérialisée ; la condition de présence à proximité de la chose réclamée par Savigny disparaît au profit du seul pouvoir ou de la seule « domination » (*Herrschaft*). Concept qui se répandra dans l'analyse des romanistes et des civilistes sous l'influence de Windscheid (comp. l'idée italienne de *signoria* ou l'idée anglo-saxonne de *control*) ; concept où s'affirme aussi, plus fortement que chez Savigny, la portée du kantisme : le corpus assimilé à une domination, à une action potentielle, est le corpus de Kant, identifié à la puissance pure (*Macht*) et non au pouvoir (*Gewalt*) lequel repose sur un acte matériel équivalent à la présence...

Plus révélatrice est encore la réflexion sur l'*animus*. Cet animus possessoire auquel Windscheid donne pour objet le profit économique à retirer de la chose (*animus rem sibi habendi*), et non le droit de propriété (*animus domini* de Savigny), exprime lui-même une puissance ou une domination de l'esprit et de la volonté, au point même que le corpus, déjà totalement abstrait, n'est puissance ou domination que par emprunt : en tant que tel, il est la traduction ou l'extériorisation de la volonté possessoire, *Ausdruck des Willens* ; la possession est *Herrschaft des Willens über der Sache* (« domination de la volonté sur la chose »). Dans la continuité de cette démonstration, Windscheid présente enfin la possession comme juridique dans ses conséquences que la volonté déclenche ; elle est autrement dit un véritable *acte juridique*, ce qui renforce, plus qu'en aucune autre doctrine, le formalisme volontariste issu du kantisme. Et le fondement de la possession est d'ailleurs dans l'inviolabilité de la volonté ainsi conçue, comme aspect caractéristique de l'institution qui est dans le rapport le plus étroit avec le monde concret des choses et de l'expérience vécue.

J.-M. T.

BIBLIOGRAPHIE

- Sur l'œuvre de Windscheid : P. CAPPellini, *Systema iuris*, Milano, Giuffrè, 1985, (vol. I : *Genesi del sistema e nascita della « scienza » della Pandette*) ; P. KOSCHAKER, *Die Krise des europäischen Rechts und die romanistische Rechtswissenschaft*, 1938 ; *Europa und das römische Recht*, 1947 ; E. LANDSBERG, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, 1910 ; M. RÜMELIN, *B. Windscheid und sein Einfluss auf Privatrecht und Privatrechtswissenschaft*, 1907 ; E. de TEJADA, *Filosofía del derecho*, Sevilla, I, 1977 ; J.-M. TRIGEAUD, *op. cit.* in notices Jhering et Savigny ; Fz WIEACKER, *Gründer und Bewahrer*, 1959 ; *Privatrechts-*

geschichte der Neuzeit, Göttingen, Vandenhoeck, 1952, p. 262 et suiv. ; Erik WOLF, *Grosse Rechtsdenker*, Tübingen, Mohr/Siebeck, 1963, p. 591 et suiv.

• Ad. publication collective : *Erinnerungen an Windscheid*, in *Feitschrift der Deutsche Juristen Zeitsung zum Jubiläum der Universität Leipzig*, 1910 (art. de L. BRENTANO, M. CONTRAT, W. GENSEL, E. LANDSBERG, E. RABEL, R. SCHMIDT, H. SIBER, J. STRANZ).

Rudolph von JHERING (1818-1892) (*)

1. Rudolph von Jhering est né à Aurich (Frise orientale) en 1818 et mort à Göttingen en 1892. Sa famille comptait déjà plusieurs juristes éminents. Il a enseigné le droit civil à Berlin et a subi l'influence de Puchta (de formation hégélienne) dans ses premières publications. Il s'est lié surtout avec Gerber, et, malgré son opposition au Pandectisme, avec Windscheid.

Son rayonnement a été considérable, jusqu'en France où ses principales œuvres ont été traduites à l'époque. Il a su entretenir dans le monde des juristes une atmosphère d'ardentes controverses. Sa carrière universitaire s'est pourtant déroulée à l'écart de l'agitation et des troubles politiques. D'un tempérament riche, qu'il a révélé par la qualité créative et imaginative de ses écrits, et parfois aussi par sa virulence, Jhering n'a guère été porté vers la philosophie idéaliste dominante dans l'Allemagne du XIX^e siècle, ni vers la religion, mais davantage vers une sorte d'analyse sociologique des cas « en situation » vécue ; il a ainsi amorcé la réaction de l'*Interessenjurisprudenz* à l'égard de la *Begriffsjurisprudenz*. On lui a prêté également des préoccupations artistiques et... un goût pour la gastronomie. Remarié après le décès de sa première femme en 1848, il a mené ensuite une existence patriarcale, retiré à la campagne, et il est revenu à la fin de sa vie sur beaucoup de ses idées.

Geist des römischen Rechts

(Esprit du droit romain) [1852-1865]

2. Par cette première œuvre, d'une grande ampleur, Jhering se rattache au mouvement du Pandectisme et de la *Begriffsjurisprudenz* qu'il critiquera plus tard avec véhémence, en lui reprochant son abstraction logique et son dédain des intérêts sociaux. Mais, sur certains points déjà (telle la définition qu'il donne du droit à la fin de ses développements), on perçoit les prémises de ce que l'on a qualifié peut-être trop hâtivement de « revirement intellectuel ».

Le projet de Jhering est de découvrir les principales articulations d'un système : celui qui exprime le résultat auquel parvient une science juridique digne de ce nom, c'est-à-dire qui sait dépasser l'analyse et s'élever à la synthèse, qui présente le droit comme une véritable « construction » rationnelle, sans pour autant exclure l'« art » (*Kunst*) que le droit suppose et qui en fait une activité culturelle et civilisatrice.

3. Contre Savigny et l'École historique et avec le droit naturel

(*) Version complète d'une notice destinée à l'*Encyclopédie philosophique*, vol. « Œuvres », P.U.F.

moderne, Jhering affirme dès le départ la nécessité de reconnaître la dimension *universelle* du droit, détaché des particularismes nationaux. Le droit tient cette dimension de Rome et du christianisme, et elle est la condition même de l'élaboration d'un système. D'où la mise au point d'une méthode qui recherche dans les institutions concrètes leurs principes immuables, leurs lois de fonctionnement et d'évolution, en les dépouillant de ces contingences où se complaisent et où s'égarant à la fois les exégèses minutieuses des historicistes. Il faut saisir de manière critique une rationalité commune aux éléments juridiques dispersés dans l'histoire, qui fasse émerger un caractère universel du droit. Ce qui échappe à cette lecture ne mérite guère d'attention. Quand les « observations microscopiques aiguisent l'œil, c'est au préjudice de la longueur de la vue ». Les historicistes se laissent ainsi envahir par des détails qui étouffent la réflexion et empêchent la compréhension profonde du droit.

4. Dans une telle conception, le droit est défini comme un organisme vivant. Ses manifestations premières qui expriment le « caractère du peuple » et son « mode d'existence », traduisent le « mouvement de la vie », antérieurement « à toute pensée, toute volonté législative ». Cette sensibilité au *Volksgeist* apparente certes Jhering à Savigny, mais elle est surtout typique de la culture allemande du XIX^e siècle au-delà des clivages entre les doctrines...

De cette idée d'organisme, Jhering déduit certaines conséquences. Il montre qu'elle conduit à étudier successivement l'aspect « anatomique » du droit, si l'on en décompose les éléments et si l'on examine leurs actions réciproques à l'intérieur d'une même structure, et l'aspect proprement « physiologique » qui consiste à mettre en évidence diverses fonctions des éléments répertoriés.

Dans la première étude, il dégage le processus de création des règles : elles naissent de l'observation de phénomènes de causalité et de la reproduction de ces phénomènes ; la règle, la formulation doctrinale ou législative, a une importance décisive, à tel point qu'elle doit être sans cesse reprise pour mieux s'accorder avec le donné qu'elle prétend refléter. La méthode d'interprétation doit être ainsi précisée s'agissant des lois (ex. de l'argument par analogie). Enfin, un dernier effort doit être accompli : il vise l'organisation systématique de l'ensemble des règles. Il s'agit d'assurer la prévalence du système sur les règles. « La richesse quantitative des règles de droit — au détriment du système, ajouterons-nous — est un signe de faiblesse » et « dénonce l'impuissance de la force digestive intellectuelle ». A l'esprit averti et réfléchi, le droit apparaît comme un système non comme une réunion de règles, ce qui renvoie au « côté extérieur, superficiel, consacré à la vie pratique ». V. sur cette exigence de systématisation, les premiers essais de Jhering a fait paraître en 1857 dans les *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts* (dont *Unsere Aufgabe*, « Notre tâche »). En fait, sous l'unité, c'est le « cœur de l'organisme » qu'il faut apercevoir : l'« esprit du droit » confondu avec « l'esprit du peuple et l'esprit de l'époque dans ses appréciations ».

Cela apparaît nettement dans l'étude physiologique des fonctions du droit. Chaque élément doit pouvoir être considéré du point de vue de l'utilité qui le finalise. « Que les idées soient composées de telle ou telle façon, cela dépend précisément de ce que ce n'est pas dans cette forme qu'elles satisfont les besoins de la vie ». Mais l'essentiel est de relever la fonction générale du droit : il *doit se réaliser*. Vertu d'effectivité de

l'ordre que retrouveront suivant des voies différentes Olivecrona, Bobbio et Hart...

5. Abordant l'exposé du droit romain, Jhering y distingue trois systèmes correspondant aux grandes phases de son développement. L'un représente le « capital originaire que Rome a reçu de l'histoire » ; l'autre désigne le droit de l'époque républicaine, inspiré par le nationalisme et faisant ressortir les « qualités morales » du peuple romain ; le dernier marque un dépassement du nationalisme précédent et une évolution vers le droit international qui porte l'empreinte du « génie intellectuel le plus élevé ».

Le premier système permet à Jhering de montrer son intérêt pour l'analyse linguistique et pour l'étymologie ; au-delà de la multiplicité des significations, cette analyse révèle l'influence sous-jacente des mythes de l'ancienne Rome. Une idée lui paraît en tout cas singulièrement importante : l'idée même de liberté comme condition du droit romain primitif. Mais il lui semble surtout pouvoir énoncer trois principes sur lesquels s'est fondé le droit.

Tout d'abord, le « principe de la volonté subjective ». Il implique que l'individu « porte en lui-même dans son sentiment juridique et dans son énergie personnelle la raison de son droit ». Le droit est donc justifié à l'origine par un véritable sentiment du juste, qui recouvre la sensation d'une lésion subie, mais qui est en même temps conscience d'une valeur supérieure et objective. C'est ce sentiment ou cette conscience qui entraîne (à l'opposé de Kant) la constitution d'un ordre juridique comme organisation de la contrainte, qui rend nécessaire la puissance publique en vue de la réalisation du juste. Un petit essai développera la portée de ce principe : *Der Kampf ums Recht*, 1872 (Le combat pour le droit). Jhering y présente le sentiment du juste comme immédiatement générateur d'une volonté individuelle de faire respecter la justice, volonté porteuse d'un certain « héroïsme » et qui est le minimum moral que l'on puisse exiger de chacun dans une civilisation qui connaît le droit ; celui qui souffre une injustice doit par là manifester son intention d'en obtenir à toute force réparation, car cette réparation a valeur symbolique de la dignité du sentiment : « mon droit est le droit », dit Jhering.

6. Vient ensuite « le principe créateur de l'Etat » et, comme « dérivation de ce principe », la communauté fondée sur l'union des familles et influencée par la constitution militaire. Dans les familles, s'affirme l'« instinct de l'ordre ». Mais l'Etat va progressivement se substituer à la famille dans l'exercice de ses attributs répressifs : c'est l'abandon du recours à la justice privée. La même évolution peut être observée à propos de la propriété et du passage du domaine familial au domaine public... L'idée soulignée par Jhering est que la communauté repose en tout cas sur un contrat, un accord de tous qui est générateur de paix — même si l'on parle de *lex* pour le nommer : car loi et contrat sont à mettre sur le même plan et ne diffèrent que par l'étendue de leur application ; *lex* indique simplement un acte impératif dont le droit ou le lien de droit est la conséquence... Pour autant, l'Etat ne saurait dominer le droit privé. « L'Etat est constitué d'après les principes du droit privé ». Il reste que le droit privé s'entoure dès l'origine de certaines formes publiques qui sollicitent l'adhésion sociale (comp. avec l'« extériorité » de la possession, *infra*, œuvre suivante).

Le troisième principe regarde la religion et son rapport avec le droit et l'Etat. La distinction du *fas* et du *ius* (du religieux et du juridique)

est incontestable dès la période archaïque. On ne peut confondre le droit, d'institution humaine, variable et perfectible et tirant sa force obligatoire de l'accord général du peuple, avec l'élément religieux qui tient au règne de la volonté divine sur l'univers. Mais Jhering montre curieusement que c'est par égoïsme, par souci d'opportunité, que les Romains ont honoré leurs dieux : ils en attendaient protection. Et ce sont les mêmes raisons qui les ont conduits à considérer l'universalité du droit : l'égoïsme national explique « l'abnégation devant le but commun ».

7. Enfin, le *Geist* comporte dans sa partie finale une définition du « droit subjectif » demeurée célèbre mais dont l'interprétation est controversée.

Certes, au début du traité, Jhering paraît ramener le droit à la liberté ou à la force de la volonté et il présente les rapports de droit privé comme des rapports de puissance que l'Etat vient garantir et contrôler. Cependant, il n'entend pas faire de la liberté, de la volonté ou de la puissance un élément de la substance du droit. Quand d'ailleurs il évoque la situation du propriétaire, du créancier, du père de famille ou même du magistrat, il décrit leur « pouvoir » comme réglé avant tout par les mœurs. Aussi n'est-on guère surpris de la définition proposée au terme de ses développements où il n'hésite pas à donner au droit une signification objective sous l'expression « intérêt juridiquement protégé ».

Dans le passage où il analyse cette notion, Jhering attaque les doctrines attachées à la liberté ou à la volonté, visant tour à tour juristes (Savigny, Windscheid) et philosophes (Kant, Hegel). La volonté, en particulier, dit-il, « commence là où finit le droit. Les droits ne sont point l'étoffe, l'objet de la volonté, ils en sont la condition ; ils n'en sont point le but, mais ils lui servent de moyen ». La substance du droit est donc dans l'intérêt qui bénéficie de la garantie que le législateur lui accorde en le fixant dans une qualification. Or cet intérêt doit être compris dans une acception objectiviste. Il est « un bien, une valeur... une chose ». Il s'agit de l'intérêt inhérent aux choses et non de l'intérêt assimilé aux besoins individuels, même si le destinataire de cet intérêt qu'est le droit est l'homme, puisque les choses n'existent que pour satisfaire son utilité (v. Villey, *op. cit.* in bibliogr., et Trigeaud, *op. cit.*, n. 370). Il semble ainsi que l'intérêt selon Jhering n'ait rien à voir avec celui de Schopenhauer et de Bentham, quelle que soit l'influence que ces auteurs ont exercée sur sa pensée à d'autres égards (comp. D. Pasini, W. Pleister, *op. cit.*, in bibliogr.). De même, il est sans doute contraire aux intentions de Jhering de subjectiviser l'intérêt en tirant argument du caractère subjectif de l'action qui le protège (comp. J. Dabin, H. Kelsen, in bibliogr.).

Über den Grund des Besitzschutzes. Eine Revision der Lehre von Besitz,
(Sur le fondement de la protection possessoire.

Une révision de la théorie de la possession) (1869)

*Der Besitzwille. Zugleich eine Kritik
der herrschenden juristischen Methode,*

(La volonté possessoire. Une critique de la méthode juridique dominante)
(1889).

8. Dans le premier ouvrage, composé peu après le *Geist*, Jhering s'attaque à la théorie de Savigny sur la possession, ce qui lui fournit la

meilleure occasion de critiquer l'attitude idéaliste et subjectiviste dans laquelle dégénère l'École historique (v. notre notice, *Savigny*). Savigny rattache le *corpus* possessoire à la condition d'une présence à proximité de la chose, après l'avoir défini comme un pouvoir d'agir immédiatement sur elle. Jhering dénonce les contradictions de ce point de vue. Il est absurde d'exiger la présence, puisqu'elle peut être remplacée par n'importe quel autre acte matériel à caractère symbolique... De plus, la présence n'indique pas par elle-même le possesseur, dans l'hypothèse où deux personnes se trouvent sur la chose en situation identique! Enfin, l'idée d'une possibilité d'action instantanée est démentie par la reconnaissance de la possession alors que l'action virtuelle est nécessairement retardée (je deviens possesseur des marchandises entreposés dès que je reçois les clefs du hangar...). Pour Jhering, l'erreur est de partir du rapport du possesseur avec la chose, au lieu de considérer directement la chose : le *corpus* désigne d'abord l'« état » (*Zustand*) ou la « position » (*Lage*) que manifeste extérieurement le bien (cf. Trigeaud, *op. cit. in bibliogr.*). Au-delà de la conduite subjective, c'est la manière d'être de l'objet qui importe. Encore faut-il que la position observée soit « normale ». Le critère de normalité est ici fixé par la « destination économique de la chose ». Le *corpus* est donc réalisé, la possession est constituée, dès que la chose occupe une position qui est en accord avec ses fins. Ce qui empêche l'individu de la traiter au mépris de celles-ci et ce qui assure sa sécurité : les tiers qui se fient aux apparences savent d'emblée à quoi s'en tenir ; la possession est « une affaire de vie quotidienne », de « pure expérience »...

Cependant, afin de compléter cette analyse, il convient de remonter au sujet, c'est-à-dire au comportement de celui qui a placé la chose dans l'état où elle est : au « rapport possessoire ». Le contenu concret de ce rapport est alors indifférent ; il peut recouvrir un acte effectif, un simple pouvoir ou même correspondre à une impossibilité d'agir. Du côté du possesseur le *corpus* est acquis dès que le *corpus* objectif est établi aux yeux de tous, et il est ainsi déterminé par la destination du bien (v. *id. ibid.*, d'après les textes originaux ; les commentateurs n'ont guère perçu de différence sous cet aspect avec Savigny, les plus nuancés étant Saleilles et, aujourd'hui, A. Hernandez Gil, *in bibliogr.*). Il en va de même pour la conservation de la possession. Elle dépend en effet du maintien du *corpus* objectif : la position de la chose ne doit pas cesser d'être conforme à sa destination ; il semble naturel, par exemple, que les pâturages de montagne qui restent enneigés durant l'hiver soient abandonnés un certain temps. Cette dernière solution embarrasse Savigny, mais le plus critiquable est en tout cas sa notion de pouvoir d'agir. Car elle justifie à l'avance l'inaction du possesseur ; elle soumet la possession à « la loi de la force d'inertie », dans l'indifférence à la vocation spécifique de la chose.

9. Dans le deuxième ouvrage mentionné, assez tardif, Jhering prolonge son étude en examinant l'*animus* possessoire et en rejetant, plus directement qu'il ne l'avait fait jusque-là la méthode historiciste dont il désapprouve l'excès de formalisme et l'absence de réalisme. La thèse subjectiviste admet un *animus*, une volonté dirigée soit vers le profit économique (*animus rem sibi habendi*) soit vers le droit de propriété (*animus domini* de Savigny et des civilistes français). Les auteurs ne tiennent pas compte de la vraisemblance psychologique. Comment peut-on croire que la possession se fonderait au moins sur la volonté de posséder

la chose pour soi, tandis que la détention dont elle se dissocie concernant une même chose (*cf.* celle du locataire) reposerait sur la volonté de détenir pour autrui ? « Aucune dialectique au monde, écrit Jhering, ne sera en état de renverser la proposition que le fermier conclut le contrat de bail pour lui-même ! ». Quant à soutenir que le détenteur « reconnaît » le possesseur et la supériorité de sa qualité, c'est une fausse évidence, le possesseur reconnaissant tout autant le droit du détenteur, et la reconnaissance n'impliquant pas l'attribution d'une position privilégiée. La doctrine la pire, il est vrai, est celle de l'*animus* concret, selon laquelle la possession se modifie (se transformant en détention) au gré des variations subjectives. Afin d'y échapper, les auteurs préférèrent l'idée d'un *animus* abstrait et uniforme lié à une *causa*, un titre typique en vertu duquel le possesseur a la chose en mains ; le législateur français va plus loin en présumant l'*animus* à travers le *corpus*, ce qui oblige à prouver l'*animus* détentatoire... Mais Jhering estime que l'on peut encore simplifier sous l'influence du droit romain authentique : l'*animus* ainsi compris est une création moderne et inutile.

D'après Jhering, l'*animus* existe dans le *corpus* subjectif, dans le « rapport possessoire » proprement dit (sans préjudice d'un *animus* objectif conçu comme la qualité juridique du bien...). L'*animus* du possesseur est nécessaire pour que sa relation à la chose ne soit pas inconsciente (un « rapport de proximité locale »). Il doit même être volontaire : le prisonnier a conscience d'être enchaîné, mais il lui manque l'intention de posséder ses chaînes... Toutefois, l'objet de la volonté n'est ni le profit, ni le droit : il est le corps correspondant, de sorte que celui-ci est « l'œuvre, le fait de la volonté » (*das Werk, die That des Willens*). Il est superflu de requérir un autre élément. C'est exactement, dit Jhering, comme si l'on demandait à un chasseur sur le terrain d'autrui pour atteindre la cible : « tirez comme l'ayant droit ! » ; il lui suffit de « viser juste ! ».

L'*animus* possessoire suivant Jhering n'est en rien différent de l'*animus* détentatoire. Le rapport possessoire est composé de façon analogue dans la possession et dans la détention. La détention doit alors sa particularité à l'intervention du législateur. La qualification de détention est imposée par le législateur à un rapport possessoire quand il s'aperçoit qu'un tel rapport en double un autre sur la même chose et s'est formé postérieurement. Il apparaît en pareil cas souhaitable que le second rapport soit privé des effets qui s'attachent habituellement à la qualification de possession, ne serait-ce qu'afin de préserver l'intégrité du premier rapport. Si le législateur qui convertit la possession en détention invoque une *causa*, ce n'est plus en fonction de l'*animus* qu'elle incarne, mais de l'intérêt auquel elle renvoie : l'intérêt réel et objectif du maintien de la possession originnaire. Le droit n'a fait sur ce point qu'élaborer une intuition diffuse de la conscience commune : le peuple romain a toujours su qu'un fils de famille était détenteur dans la possession préétablie de son père, et a spontanément jugé de la même manière la situation de toute personne hébergée dans la *domus*, situation dont est sorti le bail. L'expression latine *in possessione esse* est révélatrice de cette perception populaire. Et Jhering d'insister sur le caractère complémentaire des rapports confrontés sur la chose unique ; ils ne sont pas en conflit, mais solidaires l'un de l'autre.

10. La question du fondement de la possession et de ses effets préoccupe enfin Jhering et l'oppose une nouvelle fois à Savigny. A cet égard,

il faut rattacher les deux œuvres signalées, sans relever forcément entre elles une sorte d'antinomie, marquant un véritable revirement, ce que prétendent les commentateurs de Saleilles à Hernandez Gil. Dans le premier ouvrage, Jhering part de la propriété pour analyser la possession, contrairement à Savigny, alors que dans le second il part à l'inverse de la possession affirmant qu'elle constitue le « *prius* théorique ». Mais il semble, si du moins l'on reprend les textes originaux (v. Trigeaud, *ibid.*, in bibliogr.) que Jhering prolonge la même conception et l'expose dans ses dernières années avec moins de précautions de style et en réaction plus nette contre la *Begriffsjurisprudenz*.

La possession de Jhering n'est pas l'« exercice » de la propriété (l'*Ausübung* dont parle Savigny). Elle est l'« état de fait de la propriété » (*Thatsächlichkeit des Eigentums*), qualité du bien d'être en harmonie avec ses finalités. Elle est encore la « visibilité » de la propriété (*Sichtbarkeit*). Donc, quand Jhering dit que la possession est destinée à faciliter la preuve de la propriété et permet d'en renforcer la protection, il est certes évident que le but de la protection de la propriété prévaut sur le but de la protection de la possession, mais l'essentiel est de remarquer que toute propriété ne mérite pas pour Jhering une telle protection. En est indigne la propriété réduite au seul titre, dont les subjectivistes prétendent qu'elle doit se conserver telle qu'elle. La meilleure preuve en est qu'à défaut de possession, cette propriété est compromise — hypothèse qui ne se présente pas chez Savigny où le terme « exercice » désigne le pouvoir d'agir abstrait comme contenu du titre... La possession objective, chez Jhering, est un modèle pour la propriété, et c'est la raison pour laquelle la seule propriété protégée est celle dont précisément la possession objective est le reflet.

Der Zweck im Recht

(Le but dans le droit) (1877-1883)

11. C'est dans cette œuvre qu'apparaît pour les interprètes le « second » Jhering, celui du moins qui prend parti sans nuances contre le mouvement issu de Savigny, en renonçant même à l'exigence de systématisation qu'il avait adoptée au départ, parce qu'elle substitue le *concept* à ce qui lui semble désormais seul décisif : l'*intérêt*, déjà analysé à la fin du *Geist*. Cet intérêt est alors associé à l'idée de but. La perspective dans laquelle il se situe est toutefois beaucoup plus utilitariste qu'aparavant. On observe un glissement de sens, de l'intérêt inhérent aux choses, aux situations de la vie sociale, à l'intérêt des besoins individuels. C'est le signe de l'éclectisme de la philosophie de Jhering.

L'intérêt subjectivement compris ressort du but vers lequel est orienté tout acte humain. De façon tout à fait cartésienne, Jhering distingue le monde humain de la volonté, où dominent les buts ou les causes finales, du monde matériel des choses extérieures soumis à de simples déterminations, à des causes efficientes. En toute action, le but, solidaire de la motivation psychologique de l'agent, est donc l'élément essentiel. Jhering s'inspire ici visiblement de Schopenhauer. Mais, pour égoïste qu'il soit, ce but n'en est pas moins au service de la « nature » : il n'en respecte pas moins les nécessités de l'ordre des relations établies qui forment le commerce juridique. Voilà en quoi le réalisme du *Geist* est retrouvé. L'intérêt de l'homme s'harmonise avec un intérêt qui s'impose à lui dans les choses mêmes. Au sens subjectif, l'intérêt sert surtout d'aiguillon : il constitue un facteur incitatif à s'adapter à la réalité

externe en tant qu'elle offre des possibilités qu'il faut savoir exploiter, propres à satisfaire tous les égoïsmes. Et l'Etat le sait, qui, « pour réaliser ses fins, imite la nature », cherchant toujours à stimuler les besoins... Dans toute cette démonstration, Jhering est soucieux de se démarquer du kantisme qui a proposé un modèle d'action « pure », d'où l'intérêt quel qu'il soit est exclu en raison de son caractère empirique. Avec Schopenhauer, il montre que ce modèle est illusoire et impraticable.

12. On peut s'affirmer soi-même, expose Jhering, de deux manières : égoïstement ou moralement. L'affirmation égoïste repose sur deux mobiles égoïstes du « mouvement social » : le *salaire* (instrument du commerce juridique) et la *contrainte* que manie l'Etat ; tous deux « prennent corps dans le droit ». Quant à l'affirmation morale, elle s'exprime soit dans le « sentiment du devoir », soit dans « l'amour » ; le rôle de la moralité est par là d'établir « l'équilibre complet entre le but subjectif et le but objectif de ces actes ».

Autre distinction qui s'applique à l'affirmation de soi : les buts ont soit une forme physico-économique (physique : « la conservation de l'existence » ; économique : « le patrimoine » qui recouvre trois éléments, le travail salarié, l'échange et le contrat), soit une forme authentiquement juridique : le droit relatif à la chose, dans l'hypothèse économique de l'acquisition du patrimoine, de la chose même. Or, si, précise Jhering, la valeur que présente la chose pour la personne (c'est-à-dire l'intérêt objectif) est « le point capital », c'est la personne qui devient l'essentiel lorsque l'on traite du *droit* relatif à cette chose, car ce droit doit être protégé et il est justifié que l'on « combatte » pour obtenir cette protection. Il s'agit de revenir au « sentiment du juste » qu'éprouve la personne, sentiment dans lequel le *Geist* avait perçu l'origine du droit et dont l'essai polémique *Der Kampf ums Recht* (1872) indique qu'il s'accompagne d'une conscience de la légitimité d'un recours à la force : il se traduit spontanément d'ailleurs dans la volonté d'user de la force pour se défendre ou défendre autrui. La notion majeure est que l'Etat doit prendre le relai de cette force ou puissance individuelle, qui se présente en réalité comme source (*Quelle*) de sa puissance objective propre (*objektive Macht*). La force aboutit par conséquent au droit, « non comme à quelque chose qu'elle doit emprunter du dehors au sentiment juridique, non comme à une conception supérieure que la constatation de sa propre infériorité lui impose ; elle l'engendre spontanément comme sa propre loi. Le droit est la politique de la force. La force reste ; elle ne disparaît pas devant le droit ; elle conserve sa place mais elle s'annexe le droit comme élément accessoire : elle devient la force juste ». La force chez Jhering n'est donc pas le moyen dont dispose le législateur pour contraindre à l'obéissance devant n'importe quel type de décision. Contre tout positivisme juridique, elle est le prolongement d'un sentiment de la justice, qui précède toute œuvre législative. Conception des plus classiques qui imprègne déjà le théâtre grec...

Jhering est à tel point préoccupé de la justice, qu'il consacre un important passage à l'étude de son contenu. Il la rattache à l'égalité ; cette égalité sera « interne » si elle consiste en une « proportion entre les mérites et le salaire », entre la peine et la faute ; elle sera « externe » si elle vise à assurer l'application uniforme des lois établies. D'un côté, la justice peut être dite « matérielle », de l'autre « formelle ». Mais la première égalité surtout doit être en accord avec le « bien de la société ». Ce qui est significatif d'une tendance caractéristique, chez Jhering, à

relier le droit public ou politique au droit privé dont il est historiquement sorti.

13. A signaler enfin que cet ouvrage où Jhering développe contre le conceptualisme régnant les notions d'intérêt et de force, est suivi en 1884 d'un écrit satirique (*Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, Raillerie et sérieux dans la science du droit) : il y tourne en dérision les travers des juristes dogmatiques et ironise sur les raffinements esthétiques où ils se complaisent dans l'élaboration de leur enseignement sous la forme d'un système figé.

J.-M. T.

BIBLIOGRAPHIE

• *Œuvres* : *Geist des römischen Rechts*, 1852-1865 ; trad. sous le titre *L'Esprit du droit romain dans les différentes phases de son développement*, par O. de Meulenaere, Paris, Marescq, 4 t., 1880 ; reproduit anastatique, 2 vol., Bologna, Forni, 1969. — *Über den Grund des Besitzsschutzes*, Iena, Dusst, 2 Aufl., 1869, et *Der Besitzwille. Zugleich eine Kritik der herrschenden juristischen Methode*, Iena, Fischer, 1889 ; ouvrages trad. par O. de Meulenaere, sous les titres suivants : *Etudes complémentaires de l'Esprit du droit romain* : I. *Du fondement de la protection possessoire. Révision de la théorie de la possession*, Gand/Leipzig/Paris, Clemm-Marescq, 1875 ; II. *Du rôle de la volonté dans la possession. Critique de la méthode juridique régnante*, 1891. — *Der Zweck im Recht*, 1877-1884 ; trad. par O. de Meulenaere, sous le titre *L'évolution (?) du droit*, Paris, Marescq, 1901. — A signaler également un recueil d'*Œuvres choisies* publié par Meulenaere, Marescq, en 2 vol., 1893 et comportant (ch. VIII) un texte de vulgarisation de Jhering, *Possession. Théorie simplifiée et mise à la portée de tout le monde*, datant de 1890 ; une trad. de l'essai *Le combat pour le droit*, par Meydieu, Paris, Pedone, 1875. Mis à part cette dernière traduction, les précédentes peuvent être cependant considérées comme trop approximatives et insuffisantes (voir trad. nouv. partielles in Trigeaud inf.).

• Sur l'œuvre de Jhering : Ch. BOUCLÉ, *Les sciences sociales en Allemagne, les méthodes actuelles*, Paris, 2^e éd., 1902 ; COULOMBEL, « Force et but en droit chez Jhering », in *Revue trim. dr. civ.*, 1957 ; J. DABIN, *Le droit subjectif*, Paris, Dalloz, 1952 ; H. DÖLLE, *Juristische Entdeckungen*, Tübingen, 1958 ; G. FASSO, *Hist. philo. droit*, trad., Paris, L.G.D.J. (XIX^e-XX^e s.), 1976 ; K.A. HALL, « Erinnerungen einer alten Rostockerin an R. v. Jhering », *Göttingen Jahrbücher* 1955/56, p. 85 et suiv. ; A. HERNANDEZ GIL, *La función social de la posesión*, Madrid, Alianza Ed., 1969 ; E. von HIPPEL, « R. v. Jhering als Begründer des Rechtspositivismus », *Neues Abendland* 6, 1951 ; A. HOLLERBACH, « R. v. Jhering : Justitia fundamentum regnorum », in *Deutsches Lesebuch für höhere Schulen*, hrsg. v. E. Bender, Band 7, 1962 ; H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, trad. Paris, Dalloz, 1962 ; E. LANDSBERG, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, 1910 ; D. PASINI, *Saggio sull'Jhering*, Milano, Giuffrè, 1959 ; W. PLEISTER, *Persönlichkeit, Wille und Freiheit im Werke Jherings*, Münchener Univ., Gremer/Ebelsbach, 1982 (bibliogr. complète ; cf. recension in *Archives philo. droit*, 1984, 389) ; G. RADBRUCH ; in *Eine Feuerbach-Gedenkrede und drei Aufsätze aus dem wissenschaftl. Nachlass*, dir. E. Schmidt, 1952 ; P. ROUBIER, *Droit subjectif et situations juridiques*, Paris, Dalloz, 1964 ; M. RÜMELIN, *R. v. Jhering*, Tübingen, Kanzlerrede, 1922 ; R. STAMMLER, *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, 2 Aufl., 1923 ; J.-M. TRIGEAUD, *La possession*, op. cit. sup. : bibliogr. Savigny ; M. VILLEY, art. in *Jheringserbe*, Göttingen, 1970, et in *Seize essais de philo. dr.*, Paris, Dalloz, 1969 ; Fz WIEACKER, *R. v. Jhering*, 1942, et in *Gründer und Bewahrer*, 1958, p. 197 et suiv. ; *Privatgeschichte der Neuzeit*, Göttingen, Vandenhoeck, 1952, p. 265 ; W. WILHELM, *Zur juristischen Methode im 19. Jahrhundert*, 1958 ; Erik WOLF, *Grosse Rechtsdenker*, Tübingen, Mohr/Siebeck, 1963.