

**LA RECEPTION
DU DROIT ROMAIN
DANS LES PAYS GERMANIQUES
A LA FIN DU MOYEN AGE
ET SES REPERCUSSIONS SUR LA
PENSEE JURIDIQUE EUROPEENNE
- Un psychogramme de la science
de l'histoire du droit allemand
des deux derniers siècles -**

I. — INTRODUCTION

Si l'on jette un regard sur la littérature d'aujourd'hui de la science de l'histoire du droit en Allemagne concernant le problème de la réception, on peut constater qu'il s'est formé une opinion assez unanime sur ce que nous qualifions « réception du droit romain » : on parle d'un « processus culturel pan-européen » (*gesamteuropäischer Kulturprozess*) qui a mené une « scientification de la vie juridique » (*Verwissenschaftlichung des Rechtslebens*). Comme preuve on peut citer un précis très populaire dans les universités, le manuel d'histoire du droit de l'historien du droit Adolf Laufs (Heidelberg) :

« La réception du droit romain-italien en Europe et avant tout en Allemagne, un processus de longue haleine de la scientification de la pensée juridique autant que de la pratique notariale, administrative et judiciaire pendant le moyen âge, de la pénétration des règles étrangères et de la matière savante, a fondé essentiellement la culture juridique de l'Ouest et a été à l'origine de la corporation spéciale des juristes ayant une formation universitaire. » (1).

(1) *Rechtsentwicklungen in Deutschland*, 3^e éd., 1984, p. 43.

Cet énoncé n'est qu'un exemple ; on trouve dans tous les manuels modernes de l'histoire du droit des thèses semblables (2).

Ce dont on aura à rendre compte est ainsi défini :

— C'est le sujet de la réception qui doit être au centre des interprétations. Certes, c'est le droit romain qui a été reçu, comme le désigne l'énonciation traditionnelle de la réception du droit romain. Cependant dans la science d'aujourd'hui cet aspect a été mis à l'arrière-plan, et on aperçoit dans la réception surtout une scientification du système juridique de l'Europe continentale. Cette modification de la perspective est remarquable, et c'est pourquoi on doit parler avant tout du développement et de l'état actuel des recherches allemandes sur l'histoire de la réception en général.

— De plus, on va expliquer — mais brièvement — sur la base de la littérature moderne allemande pourquoi — à la différence de l'Angleterre, mais aussi de la France du Nord — c'est l'Allemagne qui a été saisie de ce processus européen d'une manière particulière et intense.

— Il est évident qu'on va constamment prendre en considération les répercussions et l'importance de ces événements historiques pour notre temps. Elles seront entremêlées dans les différentes descriptions. On n'a pas besoin d'une réflexion spéciale. Tout au contraire on verra que dans toute la discussion de la science du droit allemand il ne s'agit pas tellement des événements particuliers de la réception en elle-même — ils ont déjà été dégagés tôt et sont peu contestés —, mais plutôt de l'évaluation et de l'appréciation de ses répercussions et aussi l'évaluation et l'appréciation de la réception pour le développement du droit allemand. Cet aspect s'exprime dans le sous-titre : Un psychogramme de la science de l'histoire du droit allemand des deux derniers siècles.

(2) Voir p. ex. Helmut COING, *Europäisches Privatrecht*. Tome 1 : *Alteres Gemeines Recht (1500-1800)*, 1985, §§ 1-4, p. 7 ss. ; Ulrich EISENHARDT, *Deutsche Rechtsgeschichte*, 1984, §§ 14, 15, p. 72 ss. ; sans doute aussi Gerhard KÖBLER, *Deutsche Rechtsgeschichte. Ein systematischer Grundriss*, 4^e éd., 1990, § 6 B, p. 155 ss. ; Karl KROESCHELL, *Deutsche Rechtsgeschichte 2 (1250-1650)*, 7^e éd., 1989, 5^e partie, p. 231 ss. ; Heinrich MITTEIS/Heinz LIEBERICH, *Deutsche Rechtsgeschichte. Ein Studienbuch*, 18^e éd., 1988, chap. 40, p. 321 ss. ; Hans SCHLOSSER, *Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte. Ein Studienbuch*, 6^e éd., 1988, § 1 I, p. 3 ss. ; Gerhard WESENER, *Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte*, 4^e éd., 1985, § 11, p. 80 ss. ; Franz WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2^e éd., 1967, §§ 6-11, p. 97 ss. et les articles « Rezeption (privatrechtlich) » (H. KIEFNER), « Rezeption, öffentlichrechtlich » (M. STOLLEIS) et « Rezeption fremder Rechte » (D. GIESEN), dans : *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte* (HRG), éd. par A. ERLER et E. KAUFMANN, tome 4, 1990, col. 970 ss.

II. — ASPECTS HISTORIQUES

Le droit romain - héritage culturel européen ou chevauchement du droit allemand ?

Appréciations et jugements sur la réception dans la littérature allemande des deux derniers siècles

Pendant les deux derniers siècles dans la littérature allemande la réception a été jugée de manière très divergente (3). C'étaient deux opinions qui s'opposaient strictement : l'une qui voyait dans la réception du droit romain une partie du développement de la culture européenne et qui en parlait positivement, et l'autre qui regardait la réception comme quelque chose d'étranger, un scepticisme allant même jusqu'au mépris ou à la haine.

1. L'Ecole historique de la science du droit comme berceau de la controverse - Savigny et Beseler : les protagonistes

Le conflit né au XVII^e siècle a fait éruption au XIX^e siècle dans une grande phase de l'histoire du droit allemand : dans *l'Ecole historique de la science du droit*. On doit se borner à quelques aspects essentiels et on ne peut citer comme protagonistes de ces deux positions différentes que le grand romaniste Friedrich Carl von Savigny et l'important germaniste Georg Beseler.

a) L'Ecole historique a pris sa source — vu de l'extérieur — dans la querelle entre le professeur Heidelbergien Thibaut (1772-1840) et le co-fondateur de l'université de Berlin Savigny (1779-1861) sur la question de savoir s'il était nécessaire pour l'Allemagne, qui en ce temps-là prenait la forme d'une confédération souple, de codifier le droit privé (4). Savigny a pris parti contre une codification dans son fameux traité de 1814 *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (De la vocation de notre temps pour la législation et la science du droit)* (5). La base de ce refus a été une théorie scientifique nouvelle qui a eu une grande importance paradigmatique. En se détournant de la façon de penser

(3) La longue histoire des sciences qui commence déjà au XVII^e siècle a été décrite d'une manière détaillée avec beaucoup de matériel dans une dissertation de 1955 établie sous la surveillance de Hans Thieme : Peter BENDER, *Die Rezeption des römischen Rechts im Urteil der deutschen Rechtswissenschaft*. Elle a été publiée en 1979 dans la série « Rechthistorische Reihe », tome 8 ; les citations seront d'après cette publication.

(4) Anton Friedrich Justus THIBAUT, *Über die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland*, 1814. Complémentairement voir G. KLEINHEYER / J. SCHRÖDER, *Deutsche Juristen aus fünf Jahrhunderten*, 3^e éd., 1989, p. 297 ss.

(5) Une édition de ces deux fameux traités a été publiée par Jacques Stern en 1914 et elle a été rééditée par la Wissenschaftliche Buchgesellschaft Darmstadt en 1959 ; les citations seront d'après celle-ci.

du droit naturel, Savigny préconisait un renouveau de la science juridique par un penser en catégories de l'histoire (6). A son avis (7) le droit croît comme chaque culture nationale organiquement à partir de la conscience collective du peuple (aus dem « gemeinsamen Bewusstsein des Volkes ») (8), du « Volksgeist » (*génie national*) (9). C'est pourquoi le droit coutumier a la priorité sur le droit législatif ; une codification est vraiment nuisible parce qu'elle arrêterait le développement du droit, sa croissance organique (« organisches Wachstum »).

Comme c'est le droit qui s'est développé dans le peuple qui doit être compris par la méthode historique d'une manière scientifique, c'est-à-dire systématique, on pourrait croire qu'au fond ce devrait être le vieux droit germanique-allemand qui livre la substance pour ce traitement scientifique. Mais ce n'est pas le cas. Savigny considère plutôt le droit romain comme approprié à son temps. Car à son avis — et voilà que nous entrons dans le vif du sujet — la réception du droit romain est un élément essentiel de la vie juridique allemande. Strictement parlant, il n'a jamais justifié sa thèse d'une manière approfondie (10), selon lui, la réception est une chose qui s'est développée dans l'histoire et de ce fait elle ne lui est pas étrangère : « Elle n'aurait jamais eu lieu sans nécessité intrinsèque » (11). Et surtout il renvoie à la réception comme processus de la culture européenne : justement par « la réception organique du droit romain a été conservée la marche parallèle de la culture et du droit ; car toute la culture des peuples modernes est demeurée internationale » (12).

(6) Il existe une multitude de traités et d'ouvrages sur Savigny et son Ecole historique ; on les trouve dans les bibliographies des ouvrages qui sont énumérés dans l'annotation 2. D'autres sources se trouvent chez KLEINHEYER/SCHRÖDER (*ibid.* 4), p. 239 ss. Une interprétation ample et importante du temps récent a été faite par Joachim RÜCKERT, *Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl von Savigny*, 1984.

(7) Savigny y a été influencé par les idées de Johann Gottfried Herder (1744-1803), voir WIEACKER (*ibid.* 2), p. 355 ss.

(8) *Beruf*, p. 11.

(9) *System des heutigen Römischen Rechts*, tome 1, 1840, p. 14 : Das Recht ist die Emanation des « in allen Einzelnen gemeinschaftlich lebenden und wirkenden Volksgeistes » (*le droit est l'émanation du génie national qui vit et est efficace dans tous les individus*), voir Joachim RÜCKERT, Das « gesunde Volksempfinden » — eine Erbschaft Savignys ?, *Zeitschrift für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung* (ZRG GA), 103 (1986), p. 199-247.

(10) Cf. BENDER (*ibid.* 3), p. 60 ss.

(11) « Sie wäre ohne innere Nothwendigkeit nimmermehr geschehen », *Beruf*, p. 93.

(12) « Gerade durch die « organische Aufnahme des römischen Rechts ist der gesunde Parallelgang von Cultur und Recht erhalten geblieben ; denn die ganze Cultur der modernen Völker ist international geblieben », citation d'après WIEACKER (*ibid.* 2), p. 393 ; sur le problème de l'attitude de Savigny envers l'Empire allemand et l'Europe voir Paul KOSCHAKER, *Europa und das römische Recht*, 4^e éd., 1966, p. 263 s. Semblable à Savigny plus tard C. F. F. SINTENIS, *Das praktische gemeine Civilrecht*, tome 1, 2^e éd., 1860, p. 12 : « Das römische Recht nämlich ist — im Gefolge des Entwicklungsgangs der europäischen Bildung — nach Deutschland durch die deutschen Juristen... gelangt » (*Car le droit romain est venu en Allemagne par l'intermédiaire des juristes allemands — suivant le cours du développement de l'éducation européenne*).

En conséquence on s'attendrait à ce que Savigny ait recommandé surtout la recherche du droit romain au moyen âge et dans l'*Usus modernus* allemand. En fait il s'est occupé de cette matière dans son grand ouvrage *Über die Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter (De l'histoire du droit romain au Moyen Age)* (à partir de 1815). Mais il ne la considéra pas suffisante pour être le fondement de la science renouvelée. A son avis le droit reçu a été déformé par les glossateurs, les commentateurs et plus tard surtout par l'*Usus modernus* marqué par le droit naturel. Pour cette raison il retourna au droit romain antique tel qu'il est transmis dans le *Corpus iuris civilis* de Justinien ; en particulier il crut reconnaître la technique juridique parfaite dans les hauts arts d'argumentation des juristes romains comme ils sont traduits dans le Digeste ou les Pandectes, et il démontra sa conception dans son ouvrage important *System des heutigen Römischen Rechts (Système du droit romain d'aujourd'hui)* (à partir de 1840).

La science du droit des Pandectes fondée par Savigny est devenue la science dominante en Allemagne au XIX^e siècle, elle acquit même une importance mondiale. L'hypothèse selon laquelle seul le droit romain — indépendamment du fait qu'en Allemagne le droit commun n'était en vigueur que dans quelques pays (13) — pourrait être la base du droit futur était évidente, presque naturelle pour les romanistes. Georg Friedrich Puchta (1798-1846), le fameux disciple de Savigny (14), a dit que l'importance du droit romain était complètement indépendante de sa validité en tant que droit reçu dans les pays allemands ; à son avis c'était seulement l'influence immense de ce droit qui était et sera décisive non seulement pour les pays allemands, mais aussi pour toutes les nations savantes (15).

b) Au temps du nationalisme florissant cette conception n'est pas restée sans contestation. Les adversaires grandissaient dans l'Ecole historique elle-même. C'étaient les *germanistes* qui voulaient recourir à un droit germanique-allemand recherché et trouvé d'une

(13) Des lois étaient en vigueur dans la plus grande partie de l'Allemagne : en Prusse le Droit Général du Pays (*Allgemeines Landrecht*) de 1794, en Rhénanie de l'Ouest et en pays de Bade le Code Civil Napoléon de 1804 et en Autriche le Code Civil Général (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*) de 1812.

(14) Voir à ce sujet KLEINHEYER/SCHRÖDER (*ibid.* 4), p. 215 ss.

(15) Pandekten, 4^e éd., 1848, § 8, p. 9 : « Die Wichtigkeit des römischen Rechts für unsere rechtlichen Zustände ist von seiner Geltung als recipiertes Recht... unabhängig. Jene gesetzliche Autorität des Corpus juris civilis könnte abgeschafft werden, und sie ist wirklich in mehreren deutschen Ländern beseitigt worden, ohne die Bedeutung des römischen Rechts wesentlich zu verringern. Denn diese liegt vorzugsweise in dem unermesslichen Einfluss, den es auf unser (gleichviel in welcher Form) geltendes Recht geübt hat, und eben so auf dessen künftige Fortbildung üben muss, sie liegt in der rechtlichen Gemeinschaft aller deutschen Länder, die sich thatsächlich an das römische Recht mehr und sicherer als an ein anderes Element unseres Rechts anknüpft, endlich in dem rechtlichen Verkehr zwischen allen gebildeten Nationen, dessen Grundlage die aus jenem stammenden Rechtsbegriffe sind oder zu werden allein vermögen ». Ce passage a été repris p. ex. par le pandectiste Ludwig ARNDTS, *Lehrbuch der Pandekten*, 6^e éd., 1868, § 1 Anm. 2, p. 1 ; cela prouve la conviction profonde des romanistes allemands de ce temps en général.

manière quelconque dont l'existence et la validité persistaient dans leurs convictions. Sur la base de ce droit ils voulaient créer un droit commun national-allemand (« Gemeines deutsches Privatrecht ») selon la méthode de Savigny (16).

Il est évident que les germanistes ont jugé la réception du droit différemment. Leur protagoniste a été Georg Beseler (1809-1888) ; il a soutenu l'opinion adverse le plus expressément dans son ouvrage renommé « Volksrecht und Juristenrecht » (*Droit du peuple et droit des juristes* ou *Droit populaire et droit juridique*) (17). Ce livre montre non seulement une position divergente en ce qui concerne la science (18), mais aussi la querelle scientifique entre les deux groupes de l'Ecole historique, c'était devenu un conflit politique surtout sur deux points. D'abord les germanistes reprochaient aux romanistes l'absence de patriotisme. De plus et avant tout il s'agissait d'une conscience sociale différente des deux groupes : pendant que les romanistes déployaient sur le fondement du droit romain un droit commercial libéral qui était conforme aux besoins de l'économie moderne, les germanistes essayaient de former sur la base des sources et des principes soi-disant germanique-allemands un droit privé marqué de l'idée de l'association ou de la coopération qui déboucherait plus tard avec Otto Gierke sur l'exigence d'un droit « social » (19).

Etant donné ce conflit fondamental les énoncés de Beseler étaient très agressifs afin de détruire le fondement des romanistes, c'est-à-dire le droit romain et la réception. Il qualifie la réception de malheur national (« Nationalunglück ») causé par les juristes ; ceux-ci étant responsables de la division entre le « droit du peuple » et le « droit des juristes ». A son avis la réception du droit romain n'a qu'un aspect positif : elle a maintenu un droit commun à la nation (20).

(16) Voir Hans THIEME, Le « droit commun germanique » du moyen-âge. Fantaisie des professeurs du XIX^e siècle ou réalité ? *Droit privé et institutions régionales. Etudes historiques offertes à Jean Yver* (Publications de l'Université de Rouen), 1976, p. 663 ss. ; Gunter GUDIAN, *Gemeindeutsches Recht im Mittelalter ?*, *Ius Commune* II (1969), p. 33 ss. ; *id.*, Zur Situation der Germanistik, *ZRG GA* (cf. *ibid.* 9) 89 (1972), p. 215 ss. ; Karl KROESCHELL, Zielsetzung und Arbeitsweise der Wissenschaft vom gemeinen deutschen Privatrecht, dans : *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert*, éd. par H. COING et W. WILHELM, tome 1, 1974, p. 249 ss.

(17) Voir à ce sujet également KLEINHEYER/SCHRÖDER (*ibid.* 4), p. 32 ss.

(18) Sous cet aspect le livre est une réponse à l'ouvrage fameux de Georg Friedrich PUCHTA, *Das Gewohnheitsrecht (Le droit coutumier)*, 2 tomes, 1828/1837.

(19) V. le traité fondamental de Franz WIEACKER, *Pandektenwissenschaft und industrielle Revolution*, dans *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung*, 1984, p. 55 ss. Pour Gierke voir KLEINHEYER/SCHRÖDER (*ibid.* 4), p. 96 ss.

(20) *Volksrecht und Juristenrecht*, 1843, p. 29 ss., surtout p. 41 et 42 : « ...die unbedingte Reception des vollständigen Materials und die Unterdrückung und Verkrüppelung des eigenen Rechtslebens, welche nothwendig daraus folgten, bleiben immer ein Nationalunglück, welches der Patriot nur beklagen kann, wenn es auch aus der Verkettung der Verhältnisse wie mit Nothwendigkeit hervorgegangen scheint » (*la réception sans restriction de tout matériel et la suppression et la détérioration de la vie juridique propre, qui en suivent nécessairement, restent toujours un malheur national que le patriote ne peut que déplorer même s'il paraît être résulté d'un enchaînement des circonstances comme par nécessité*).

2. Jugements sur la réception au temps de l'Empire des deux Guillaume et de la République de Weimar (21)

A la fin du XIX^e siècle le conflit des deux groupes de l'École historique se terminait surtout après que l'Allemagne fut devenue une nation unie en 1871 et qu'elle eut reçu une codification du droit privé (« *Bürgerliches Gesetzbuch* » [BGB]) en 1896/1900. Avec cela le débat sur l'importance de la réception pour l'Allemagne et l'Europe se calma et il se produisit un dépassonnement et une objectivation. Cela menait à ce que l'on s'occupât d'une manière plus intense qu'avant des causes, motifs et raisons autant que des effets de la réception en détail. Par la suite un tableau varié du processus historique entier se forma ; mais pourtant il est vrai que la perspective nationale n'a jamais été abandonnée (22).

a) La première recherche intensive et importante été faite par Otto Stobbe (1831-1887) dans son *Histoire des sources du droit allemand* (« *Geschichte der deutschen Rechtsquellen* ») de 1860 et 1864 (23). Par sa description approfondie il a, pour ainsi dire, délimité le cadre des problèmes qui ont été recherchés et discutés en Allemagne jusqu'à nos jours. Stobbe distingue entre « influences extérieures » et « raisons intrinsèques ».

Comme influences extérieures il dénomme : 1. L'idée impériale, la *translatio imperii*, c'est-à-dire le fait qu'à l'époque on était convaincu de la succession de l'Empire romain par l'Empire allemand ; 2. La formation des étudiants dans les universités d'abord en Italie et plus tard en Allemagne où l'on n'enseignait que le droit savant, c'est-à-dire canonique et romain ; 3. L'apparition des juristes — d'abord des juristes ecclésiastiques, puis des juristes séculiers —, c'est-à-dire la naissance d'une corporation d'hommes qui étaient éduqués dans le droit savant et qui mettaient leurs capacités et habiletés à la disposition du roi, des villes et — en particulier en Allemagne — des Princes des territoires par lesquels se formait l'Etat moderne.

Mais ce sont les raisons intrinsèques (*die Gründe, die « in der Natur des Deutschen Reichs » lagen*) que Stobbe considère comme plus importantes pour la réception en Allemagne. Se référant à Savigny (24) qui considérait la réception du droit romain en Italie

(21) Voir BENDER (*ibid.* 3), p. 54 ss., 78 ss.

(22) Une vue d'ensemble remarquable des différentes positions jusqu'à son temps se trouve dans l'excellente recherche sur ce sujet de Georg von BELOW, *Die Ursachen der Rezeption des römischen Rechts in Deutschland*, 1905, rééd. 1964, p. 1-33. Le conflit entre les romanistes et les germanistes est décrit en détail par Roderich STINTZING/Ernst LANDSBERG, *Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft*, tome III 2 Text, 1910, p. 495 ss., et d'une manière concise et critique par KOSCHAKER (*ibid.* 12), p. 147 ss.

(23) T. I (1860), p. 609 ss., t. 2 (1864), p. 1 ss.

(24) *Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter*, t. 3, 2^e éd., 1834, p. 84.

du nord comme une nécessité intrinsèque, il explique que toutes ces raisons extérieures n'auraient contribué que peu ou pas du tout à la réception du droit étranger si un besoin profond ne s'était pas fait sentir. Il est convaincu qu'il y avait en ce temps-là une nécessité intrinsèque dans la vie économique par laquelle les Etats et le peuple ont été vraiment forcés de saisir un droit étranger qui était non seulement mieux développé mais aussi écrit (25) ; à son avis c'est une illusion de croire qu'à cette époque on aurait été capable de former un système juridique et surtout judiciaire approprié sur la base du droit indigène ; la continuité organique du développement juridique allemand fut interrompue parce qu'on sauta directement au but sans degrés intermédiaires (26).

Soit dit en passant, ces énonciations rappellent la discussion moderne qui a eu lieu en 1989/90 en rapport avec la réunification de l'Allemagne. On pouvait y entendre des voix (Oskar Lafontaine, Günter Grass, Walter Jens) qui mettaient en garde devant une introduction trop précipitée de système économique et juridique de l'Allemagne de l'Ouest dans l'ancienne R.D.A. (République Démocratique Allemande) parce qu'ils craignaient que ce pays intégré ne pût supporter un système nouveau — celui de la R.F.A. (République Fédérale Allemande) qui était entièrement différent de celui de l'ancienne R.D.A. C'est pourquoi ils préconisaient une adaptation lente et prudente qui respecte une certaine continuité pour éviter des frictions et des dommages difficiles à réparer (27) — un souhait qui ressemble un peu aux désirs historiques des germanistes en ce qui concerne la réception du droit romain. Cependant l'histoire est passée outre aux scrupules de cette sorte dans les deux cas.

(25) *Rechtsquellen* 1, p. 636 : « ...wenn derselben [sc. der Rezeption] nicht ein tief empfundenes Bedürfnis entgegengekommen wäre. Wenn das Volk im Ganzen und die Gemeinden im einzelnen mit dem bestehenden Rechtszustande zufrieden gewesen wären und kein Verlangen nach Reformen gehabt hätten, so würde weder der Wille des Kaisers noch der Juristen, weder der Zusammenhang mit Italien noch der Studium des Corpus iuris jemals dahin gebracht haben, dass dem Volke ein fremdes aufgedrängt wurde. Aber der Zustand des deutschen Rechts und die Veränderung der Verhältnisse erforderten neue Rechtsaufzeichnungen und machten den Mangel an allgemeinen, ganz Deutschland umfassenden Rechtsquellen empfindlich... ».

(26) *Ibid.*, p. 638 : « Vielleicht wäre das deutsche Recht auf dem Wege ruhiger Entwicklung auch ohne fremde Einwirkung an dasselbe Ziel gelangt, welches das römische Recht erreicht hatte, vielleicht hätten sich mit den ausgebildeteren Lebensverhältnissen auch die ihnen entsprechenden Rechtsätze selbständig entwickelt, — aber das römische Recht war bereits in einem sehr ausführlichen, auf viele Fragen Auskunft ertheilenden Werke zusammengefasst, und man glaubte, durch Aufnahme des ausgebildeteren Rechts die Reformation um so viel schneller vollziehen und zu einem sicheren einheitlichen Abschlusse führen zu können ; die organische Continuität wurde unterbrochen und mit Überspringung der Zwischenstadien auf das Ziel unmittelbar losgesteuert. »

(27) Voir en ce qui concerne Oskar LAFONTAINE : *Die Zeit*, 24. 3. 1990 ; *Die Welt*, 24. 3. 1990 ; *Berliner Zeitung*, 24. 3. 1990 ; *Sozialdemokratischer Pressedienst*, 45. Jahrgang/61/28.3.1990, p. 5 ss et 29. 3. 1990, p. 5 s. ; Günter GRASS : *The Times* (London), 13. 1. 1990 ; *International Herald Tribune*, 8. 1. 1990 ; *Die Zeit*, 9. 2. 1990 ; *Die Tageszeitung*, 12. 2. 1990 ; Walter JENS : *Frankfurter Rundschau*, 27. 2. 1990 ; *Süddeutsche Zeitung*, 16.17. 6. 1990.

Dans l'actuelle Allemagne de l'Est on s'est immédiatement décidé pour le nouveau système, ce qui veut dire pour une réception par « le haut ». Et finalement si de tels scrupules étaient exacts en ce qui concerne la réception antérieure ce problème a été vivement discuté après Stobbe. En particulier ce fut C. A. Schmidt, juge à la Cour d'appel à Rostock, qui protesta vivement dans son livre *Die Rezeption des Römischen Rechts in Deutschland (La réception du droit romain en Allemagne)* de 1868. Il contesta le retard du développement juridique du peuple allemand au regard de la situation sociale invoquée par Stobbe autant que le désir du peuple d'avoir un ordre juridique nouveau et approprié : « En réalité les nouvelles conditions de la vie auxquelles le droit romain aurait été approprié ne sont pas vérifiables ; et il en est de même avec le besoin profondément ressenti dont parle Stobbe. On ne trouve aucune trace d'un désir du peuple pour le droit romain et d'un appel des juristes dans les cours ; tout au contraire la disposition d'esprit du peuple ne fut pas imprégnée d'une joie causée par la satisfaction d'un besoin profondément ressenti, mais d'un ébranlement et d'une résignation douloureuse à un mal qu'on a reconnu comme inévitable » (28).

Mais Schmidt lui-même ne peut pas négliger le fait que la réception a eu lieu, et c'est pourquoi elle a besoin d'une explication — malgré la soi-disant aversion du peuple ; il la trouve en particulier dans l'organisation judiciaire insuffisante et en cela il met l'accent sur un aspect considéré comme central : « La raison du mal n'est fondée que sur l'ébranlement de l'ordre étatique, mais pas sur la qualité du droit en vigueur et des juges jusqu'à présent... Les lamentations sur l'organisation judiciaire de l'Empire furent générales ; également sur la juridiction dans les différents territoires... »,

(28) *Ibid.*, p. 175 : « Die neuentstandenen Lebensverhältnisse, denen das Römische Recht angemessen gewesen sein soll, sind in der Wirklichkeit nicht nachweisbar ; und ebenso steht es mit dem tief empfundenen Bedürfnisse, von dem Stobbe spricht. Von einem Verlangen des Volkes nach dem Römischen Rechte und nach der Berufung der Juristen in die Gerichte findet sich aber keine Spur ; die Stimmung des Volkes trägt im Gegenteil das Gepräge nicht der Freude über die Befriedigung eines tief empfundenen Bedürfnisses, sondern der Erschütterung und schmerzliche Resignation, mit der man sich in ein als unabwendlich erkanntes Ubel findet. » En effet on ne peut pas contester qu'il y avait une agitation engagée des différents groupes, surtout des Etats ruraux et des chevaliers, contre le droit savant dont l'expression verbale était le dicton « Juristen - böse Christen » (*Juristes - mauvais Chrétiens*), voir Roderich STINTZING, Das Sprichwort « Juristen böse Christen » in seinen geschichtlichen Bedeutungen, 1875 ; mais en réalité elle n'était pas tellement efficace, voir von BELOW (*ibid.* 22), p. 67 ss. et 163.

(29) *Ibid.*, p. 177 : « Der Grund des Übels lag nur in der Erschütterung der staatlichen Ordnung, nicht aber in der Beschaffenheit des geltenden Rechts und der bisherigen Richter... Über das Reichsjustizwesen war allgemeine Klage ; ebenso über die Rechtspflege in den einzelnen Territorien... » « In den Städten dagegen... hören wir derartige Klagen wenig oder gar nicht, und die Rechtszustände in denselben tragen durchaus nicht das Gepräge des inneren Zerfalls. Was wir von den Sprüchen der Lübecker und Magdeburger Schöffen kennen, beweist, dass die Schöffen wenigstens in den Städten die Fähigkeit zur Anwendung des geltenden Rechts noch nicht verloren hatten. »

tandis que les villes étaient bien loties : « Dans les villes par contre... nous n'entendons peu ou pas de ces lamentations, et la situation juridique n'y est pas marquée d'une dissolution intrinsèque. Ce que nous connaissons des décisions des échevins de Lübeck et de Magdeburg prouve que les échevins, du moins dans les villes, n'avaient pas encore perdu la capacité d'appliquer le droit en vigueur » (29). Cet aspect fut également considéré comme central par des auteurs postérieurs (30), et ceci jusqu'à nos jours (31).

Par cela le complexe de thèmes qui étaient le sujet du débat par la suite a été, en substance, précisé et fixé. Beaucoup de savants y ont pris part, et à beaucoup d'endroits les jugements ont été approfondis. En particulier on a élaboré quelle fut l'importance de la réception pour l'administration, la juridiction et la législation des territoires et des villes et en cela pour la naissance de l'Etat moderne en Allemagne qui s'y effectua notoirement à cet échelon et non à l'échelon de l'Empire. Ce fut surtout Paul Laband, le « fondateur de la science du droit de l'Empire nouveau » et protagoniste juridique de l'Empire des deux Guillaume (1838-1918) (32), qui s'occupa de cet aspect. Dans un discours académique « *Über die Bedeutung der Rezeption des Römischen Rechts für das Deutsche Staatsrecht* » (*De l'importance de la réception du droit romain pour le droit public allemand*), publié en 1880 à Strasbourg, il arriva à la conclusion que « l'on a pris la notion de l'Etat absolutiste et bureaucratique... du droit romain, ce qui fut le commencement et la cause de la réception du droit romain. Le développement de l'Etat absolutiste et la réception du droit romain font, en Allemagne, partie du même processus historique » (33).

Maintenant on doit terminer la présentation des détails qui ont été recherchés par la science allemande pour expliquer le phénomène de la réception. En fin de compte ce furent presque toujours les mêmes faits et aspects qui, il est vrai, furent éclairés d'une manière différente par chaque interprète. Et à cet égard il est intéressant de dépister les perspectives par lesquelles ils ont été traités et les allusions que l'on peut entendre dans les différentes contributions.

Et ici on peut constater que ce n'était pas la pensée de Savigny de la réception comme processus européen qui fut décisive, mais c'est l'idée nationale qui a dominé ces recherches. Certes, il y a beaucoup d'ouvrages qui essaient de décrire les événements de la

(30) A ce sujet déterminant l'ouvrage d'Adolf STÖLZEL, *Die Entwicklung des gelehrten Richterthums in deutschen Territorien*, 2 tomes, 1872.

(31) Voir tout de suite *infra* III.

(32) Voir à ce sujet KLEINHEYER/SCHRÖDER (*ibid.* 4), p. 158 ss.

(33) *Ibid.*, p. 38 s. Quant à l'importance de la réception pour l'Etat moderne d'un point de vue scientifique contemporain voir STOLLEIS, *Rezeption, öffentlich-rechtlich* (*ibid.*, 2).

réception d'une manière objective et sobre. Et pourtant, en parlant dans la langue scientifique moderne, on doit dire : L'intention ou l'intérêt guidant les recherches (*das erkenntnisleitende Interesse*) de la plupart des traités de cette époque est marquée de la pensée de la *superposition* ou du *chevauchement du droit allemand par le droit étranger*. Souvent dans les ouvrages est utilisé dans ce contexte le mot allemand : *Überfremdung*, un mot qui est à peine traduisible parce qu'il contient un sens très hostile à tout ce qui est étranger. Cela s'exprime avant tout dans deux aspects différents : d'un côté par le fait que l'on oppose le « bon » droit allemand au moins bon ou même « mauvais » droit romain, et de l'autre côté par le fait que l'on renvoie à d'autres systèmes juridiques qui ont prétendument résisté à la pénétration du droit étranger mieux que le système allemand.

Otto (von) Gierke (1841-1921) est un exemple caractéristique de la première façon de penser. Dans le troisième tome de son fameux ouvrage *Das Genossenschaftsrecht (Le Droit de l'association [de la coopérative])* qui contient une large description des théories du droit de l'association dans le temps de la réception, il exprime continuellement le contraste des pensées romaines et germaniques et la supériorité de ces dernières, alors qu'il trouve une certaine consolation dans l'hypothèse que des pensées juridiques germaniques ont influencé la doctrine italienne sous la forme de laquelle le droit romain a été reçu : « En Allemagne comme partout, la réception ne devint possible que par le fait que ce n'était pas le droit romain, mais la doctrine italienne, qui par de longs travaux fut adaptée aux conditions contemporaines, qui fut reçue. Mais la doctrine italienne était imprégnée... des éléments germaniques du moyen âge... Cependant malgré ces éléments, cette doctrine était un système de pensées de forme et de contenu *étranger* (34) à l'esprit allemand. Car sa base conceptuelle et ses règles formulées proviennent des sources du droit romain, et toujours les pensées romaines se sont frayées un passage par toutes les interprétations et tous les déguisements. Justement dans ce domaine la victoire de l'étranger a été facilitée par une série de conditions » (35).

Une argumentation comme celle de Gierke a des raisons plus profondes. Sans aucun doute la base y est une idéologie de l'asso-

(34) Souligné par l'auteur.

(35) *Das deutsche Genossenschaftsrecht*. Tome 3 : *Die Staats- und Korpurationslehre des Altertums und des Mittelalters und ihre Aufnahme in Deutschland*, 1881, p. 646 : « Hier [sc. in Deutschland] wie überall wurde die Reception nur dadurch möglich, dass nicht das römische Recht, sondern die in langer Arbeit den Zeitverhältnissen angepasste italienische Doktrin Aufnahme fand. Die italienische Doktrin aber war... von mittelalterlich-germanischen Elementen durchsetzt... Allein trotz ihrer mittelalterlich-germanischen Elemente war diese Doktrin ein nach Form und Gehalt dem deutschen Geist *fremdes* Gedankensystem. Denn ihre begrifflichen Grundlagen und ihre formulierten Regeln entstammten den römischen Rechtsquellen, und immer wieder arbeiteten sich in ihr durch alle Umdeutungen und Verhüllungen die römischen Gedanken hindurch. Gerade auf diesem Gebiete jedoch wurde durch eine Reihe von Umständen der Sieg des Fremden erleichtert. »

ciation ou de la collectivité qui est opposée à l'individualisme libéral (36). Cette façon de confronter et combattre les termes romains avec des termes du droit germanique-allemand pour transposer leurs buts idéologiques a été pratiquée par les germanistes. Par exemple avec le terme de la « gewere », une des notions les plus discutées au XIX^e siècle ; Karl Kroeschell (37) a montré qu'au fond il s'agit d'une atteinte à la propriété individualiste du libéralisme moderne.

Le fameux canoniste protestant Rudolph Sohm (1841-1917), germaniste autant que romaniste est un exemple caractéristique de la seconde façon de penser (38). Il compare l'histoire de l'Allemagne à celle de la France et de l'Angleterre pour mieux expliquer le phénomène selon lequel c'est surtout l'Allemagne qui a été « inondée » (*überschwemmt*) par le droit romain (39). A son avis les raisons essentielles du développement différent sont fondées d'abord dans le différent niveau de la jurisprudence : « En France, le pays de Cujas et de Donellus, le droit romain resta sans effet *approfondi* tandis qu'en Allemagne, le pays des demi-savants et des juristes artisanaux, le droit romain fut *reçu* (40) », (41) et puis dans la formation d'une forte juridiction royale : « Tandis qu'en France et en Angleterre le droit indigène à côté d'une jurisprudence fut assisté par une pratique consciente de sa valeur et une royauté qui défendaient le droit franc hérité du moyen âge contre l'intrus romain, en Allemagne on ne trouvait aucun de ces bastions pour y défendre le droit du moyen âge contre la tempête du mouvement de la Renaissance. En Allemagne il n'existait pas de pratique aussi forte avec des centres aussi fermes que les possédait le droit anglais à la cour royale, le droit français dans les Parlements de la France » (42).

(36) Voir Gerhard DILCHER, « Genossenschaftstheorie und Sozialrecht : Ein « Juristensozialismus » Otto v. Gierkes ? », *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* 3/4 (1974/75), p. 319 ss.

(37) Zur Lehre von « germanischen » Eigentumsbegriff », *Festschrift für Hans Thierne zum 70. Geburtstag*, 1977, p. 34 ss.

(38) Voir à ce sujet Kleinheyer/Schröder (*ibid.* 4), p. 257 ss.

(39) « Fränkisches Recht und Römisches Recht », *ZRG GA* (cf. *ibid.* 9) 1 (1880), p. 1 ss., 78 : « ...während das platte Land vom Römischen Recht überschwemmt ist. »

(40) Souligné par l'auteur.

(41) *Ibid.*, p. 76 : « In Frankreich, dem Lande des Cujacius und Donell, blieb das Römische Recht ohne tiefgreifende Wirkung, während in Deutschland, dem Land der Halbgelehrten und handwerksmässigen Juristen, das Römische Recht *rezipiert* wurde ».

(42) *Ibid.*, p. 77 : « Während in Frankreich und England dem einheimischen Recht neben einer Rechtswissenschaft eine selbstbewusste Praxis und ein Königtum zur Seite standen, welche das aus dem Mittelalter ererbte Frankenrecht gegen den römischen Eindringling verteidigten, fand sich in Deutschland keines jener Bollwerke, um hier das mittelalterliche Recht gegen den Sturm der Renaissancebewegung zu verteidigen. In Deutschland gab es keine so feste Praxis mit so festen Mittelpunkten, wie sie das Englische Recht am königlichen Hofgericht, das Französische Recht an den Parlamenten Frankreichs besass. » Pareil v. BELOW (*ibid.* 22), p. 164-166 : il cite même le fameux Anglais Maitland, *English Law and the Renaissance* (The Rede Lecture for 1901), Cambridge 1901, qui décrit l'importance non seulement de la cour royale, mais aussi de la formation propre des juristes de la manière suivante : « Medieval England had schools of national law ; throughout the later middle age English law had been academically taught » (p. 23 et 26).

La tendance de tous ces exposés est claire : la réception du droit étranger est mauvaise, au moins problématique, tandis que la conservation et le perfectionnement du droit indigène sont bons. Certes, on pose la question de la qualité du droit sous l'aspect de la réalisation de fins supérieures au droit (43), mais on ne peut pas s'empêcher d'avoir l'impression que finalement cette question est de deuxième ordre. Pour les auteurs de cette mentalité, le droit indigène a à priori la qualité supérieure précisément parce qu'il est le droit indigène, et à cause de cela on sent chez eux un peu d'envie pour les voisins étrangers qui ont eu besoin de peu de droit romain, comme la France, ou même qui pouvaient et peuvent exister sans le droit romain, comme l'Angleterre. Savoir si ces pays en sont devenus plus heureux ou plus contents, cette question — on pourrait dire : naturellement — n'est pas posée car l'application du droit indigène comme tel procure apparemment un sentiment de béatitude ! La question de savoir s'il ya des forces motrices indépendantes des aspects nationaux pour le développement du système juridique, comme par exemple l'économie ou la philosophie, n'est posée que rarement.

On peut constater brièvement que la littérature du XIX^e siècle a à vrai dire procédé à une réflexion approfondie et qu'elle a produit des résultats considérables. Cependant une grande partie (on peut même dire : la majeure partie) n'a jamais abandonné la vue nationale de la réception en Allemagne comme elle fut alléguée par les germanistes.

Au XX^e siècle cette situation ambivalente de la science juridique allemande se poursuit jusqu'à la fin de la République de Weimar. C'était la science germaniste qui déterminait le climat de cette époque (44). La science romaniste par contre avait changé de fonction après l'introduction du Code civil (« Bürgerliches Gesetzbuch ») en 1900. Alors que le droit romain fut la base du droit contemporain appliqué jusqu'au XIX^e siècle, il devint histoire par la codification de 1900 ; la science romaniste devint une discipline purement scientifique, et les romanistes s'en accommodèrent sans lamentations (45).

Jusqu'à quel point la compréhension historique fut seulement déterminée par le penser « germaniste » peut être prouvé par deux exemples. L'un est la description de la réception dans le manuel très répandu *Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte* (*Éléments de l'histoire du droit allemand*) du grand germaniste Henrich

(43) P. ex. la question de savoir si le droit coutumier était capable de dominer les problèmes du commerce du bas moyen âge, voir *supra* 25/26.

(44) Cf. BENDER (*ibid.* 3), p. 96.

(45) Cf. BENDER (*ibid.* 3), p. 79-81.

Brunner (1840-1915). Il dit textuellement (46) : « Si on parle de la réception des droits étrangers on comprend par là le droit romain, le droit canonique et le droit lombard. La réception... en Allemagne ne se fit pas par un acte brusque mais elle est le résultat d'un processus de longue durée dans lequel nous pouvons discerner le stade de la réception théorique et celui de la réception pratique. La réception théorique est fondée sur la conviction que le droit romain a la prétention d'être en vigueur en Allemagne. La réception pratique consiste dans la pénétration du droit romain dans la juridiction allemande ». Son jugement sur la réception est d'abord très sobre : « Le fait de la réception en soi n'est pas contestable. Elle n'a pas besoin d'être défendue si l'on admet l'opinion que tout le progrès culturel du genre humain a pour condition la réception et la transformation intrinsèque d'une culture antérieure. Elle trouve son explication dans la situation du droit allemand à l'époque. Le développement d'un commerce plus élargi exigeait un droit homogène... ». « Parce que le développement juridique indigène ne pouvait pas surmonter son particularisme, à peu près au même moment que des différents dialectes allemands naquit un langage écrit commun, le droit romain s'imposa comme droit écrit commun de l'Allemagne » (47). ...« Cependant le droit allemand manquait d'un traitement scientifique comme il avait été procuré au droit romain par les juristes romains et la science juridique italienne... » (48).

Mais Brunner ne s'abstient pas non plus d'arborer les couleurs nationales de deuil : « En Angleterre et en France où la réception de pensées juridiques romaines se fit plus tôt, elle a eu l'effet d'une

(46) Dans la 4^e éd. de 1910, § 61, p. 249 : « Spricht man von der Rezeption der fremden Rechte, so meint man damit das römische Recht, das kanonische Recht und das langobardische Recht. Die Aufnahme... hat sich in Deutschland nicht durch einen plötzlichen Akt vollzogen, sondern ist das Ergebnis eines lange dauernden Prozesses, in welchem wir das Stadium der theoretischen und jenes der praktischen Rezeption unterscheiden können. Die theoretische Rezeption liegt in dem Aufkommen der Überzeugung, dass das römische Recht in Deutschland Anspruch auf Geltung habe. Die praktische Rezeption besteht in dem Eindringen des römischen Rechts in die deutsche Judikatur... ».

(47) Dans une annotation il souligne que ce n'était pas la soi-disant indigence du droit allemand, la supériorité du droit romain qui était le mobile de la réception en renvoyant à la forte résistance des villes importantes en économie et indépendantes en politique comme Lübeck, Bremen, Hamburg, Magdeburg, Braunschweig contre l'infiltration du droit étranger et il cherche appui pour ce chez v. Below (*ibid.* 22), p. 93 ss.

(48) *Ibid.*, p. 254 et 255 : « Die Tatsache der Rezeption an sich ist nicht anzufechten. Sie bedarf keiner Verteidigung, wenn man von der Ansicht ausgeht, dass aller Kulturfortschritt der Menschheit die Aufnahme und innerliche Verarbeitung vorhergegangener Kultur zur Voraussetzung hat. Ihre Erklärung findet sie in dem damaligen Zustande des deutschen Rechts. Die Entwicklung grösseren Verkehrs forderte ein einheitliches Recht... » « Da die einheimische Rechtsentwicklung nicht über ihren Partikularismus hinauskam, ist ungefähr um dieselbe Zeit, als über den verschiedenen deutschen Mundarten eine gemeinsame deutsche Schriftsprache erwuchs, das römische Recht als gemeines geschriebenes Recht Deutschlands zur Herrschaft gelangt... Das deutsche liess aber eine wissenschaftliche Behandlung vermissen, wie sie dem römischen Rechte durch die römischen Juristen und durch die italienische Rechtswissenschaft zuteil geworden war... ».

vaccination prophylactique et elle a immunisé le droit national contre des infections destructrices » (49). La langue est traître : l'étranger est la maladie, le virus qui cause des infections ! Et enfin surgit de nouveau l'expression « malheur national » : « Mais ce qui provoquera toujours blâme et reproche est la manière dont la réception a été réalisée par elle [sc. la cour royale allemande]. Cette mauvaise évaluation fut un malheur national pour le droit allemand, cette greffe insipide et purement extérieure des sentences juridiques romaines sur les conditions indigènes, l'ignorance du contraste entre le droit indigène et le droit romain qui rendait sourd à la vérité d'après laquelle aucun peuple ne peut penser avec l'âme d'un autre peuple... » (50).

A quel degré cette idée nationale put être poussée à l'extrême est montré par un autre exemple, à savoir la description de la réception à la fin de la République de Weimar par Claudius Freiherr von Schwerin : « L'époque de la réception enlève — tant que la réception après tout a eu des effets — au droit son caractère purement national. Le bâtiment homogène est détruit, désharmonisé par des annexes et des modifications discordantes, le développement conséquent du droit est interrompu, la fragmentation du droit est aggravée étant donné qu'alors le droit romain s'opposait au droit allemand, le droit spirituel au droit séculier... Par là s'explique la violence faite au droit allemand à l'époque, par là s'explique aussi le résultat de la réception pour le droit dans son ensemble. Tandis qu'il y avait jusqu'à la réception un droit uniforme dont l'uniformité ne restait qu'inconnue derrière la multitude des sentences particulières (51) maintenant il existe une somme de sentences particulières auxquelles manquent réellement un lien unifiant » (52).

(49) *Ibid.*, p. 255 : « In England und Frankreich, wo die Aufnahme römischer Rechtsgedanken früher erfolgte, hat sie nach Art einer prophylaktischen Impfung gewirkt und das mit ihnen gesättigte nationale Recht gegen zerstörende Infektionen widerstandsfähig gemacht. »

(50) *Ibid.*, p. 256 : « Allein was stets Tadel und Vorwurf hervorrufen wird, ist die Art, wie die Rezeption von ihm [sc. dem deutschen Königsgerecht] durchgeführt worden ist. Ein nationales Unglück war jenes engherzige Ignorieren des deutschen Rechtes, jenes geistlose und rein äusserliche Aufpfropfen römischer Rechtssätze auf einheimische Verhältnisse, die Unkenntnis des Gegensatzes zwischen diesem und dem römischen Rechte, welche taub machte gegen die Wahrheit, dass kein Volk mit der Seele eines anderen zu denken vermag... ».

(51) Cette hypothèse fut en effet l'opinion commune des germanistes au XIX^e siècle, mais la science germaniste d'aujourd'hui l'a détruite, cf. *supra* 16.

(52) *Grundzüge des deutschen Privatrechts*, 2^e éd., 1928, § 2 II, p. 7 : « Das Zeitalter der Rezeption nimmt, soweit die Rezeption überhaupt wirkte, dem Recht den rein nationalen Charakter. Der einheitliche Bau wird zerstört, durch unharmonische Anbauten und Umbauten verunziert, die folgerichtige Entwicklung des Rechts abgebrochen, die Zersplitterung des Rechts gesteigert, indem nun dem deutschen Recht das römische Recht gegenüber trat, dem weltlichen das geistliche... Daraus erklärt sich die Vergewaltigung, der das deutsche Recht in dieser Periode ausgesetzt war, daraus auch das Ergebnis der Rezeption für das Recht als Ganzes. Hatte es bis zur Rezeption ein einheitliches Recht gegeben, dessen Einheitlichkeit nur unerkannt blieb hinter der Fülle einzelner Rechtssätze, so war nun eine Summe einzelner Sätze vorhanden, denen das einigende Band wirklich fehlt. »

3. Le National-socialisme et la réception du droit romain

Vu le nationalisme des germanistes et de leurs adeptes il paraît indispensable de regarder de plus près l'époque dans laquelle l'hostilité contre tout « étranger au genre » (*Artfremdes*) fut la philosophie dominante, c'est-à-dire l'époque du nazisme (53). En effet, c'est l'idée des germanistes qui domina complètement. Écoutons ce qu'un germaniste de ce temps, Hans Planitz, a écrit en 1941 :

« Qui se sent incliné à suivre les traces des aïeux, et qui s'absorbe en amour dans la nuit des temps germaniques, leur vie et leur droit, celui-ci y trouvera ce qu'il cherche finalement : soi-même, son être propre... Cette manière intrinsèque de chercher la pure nationalité germanique (*das unverfälschte germanische Volkstum*) dans l'histoire et de prouver l'activité vive (*das lebendige Wirken*) du droit allemand dans le passé, voilà la tâche de l'historien du droit » (54).

Sous ces auspices il est évident que les chances pour le droit romain et la réception de ce droit étaient extrêmement mauvaises. L'aversion des germanistes contre ce droit était profonde. Déjà le fameux Otto Gierke avait soutenu l'opinion que le droit romain était la configuration de l'idéologie du libéralisme individualiste tandis que le droit germanique-allemand représentait l'idée de la collectivité, le droit « social » (55). La contre-argumentation des romanistes, selon laquelle le droit romain connaissait des termes comme « fides » et ainsi des attaches de l'individu (56), ne fut jamais acceptée par les germanistes.

Les fascistes ont adopté l'opinion des germanistes très tôt. Déjà dans le programme du parti national-socialiste (NSDAP) de 1920 ils ont proclamé : « Nous exigeons le remplacement du droit romain qui sert à l'ordre mondial matérialiste par un droit commun allemand » (position 19) (57). Avec cela la victoire des germanistes à l'époque du nazisme parut être garantie. Et il y a beaucoup de déclarations et de proclamations des germanistes comme celles rapportées antérieurement (58). Mais en réalité la science germanistique fut

(53) Quelques aspects importants sont traités dans le recueil *Rechtsgeschichte im Nationalsozialismus*, éd. par M. STOLLEIS et D. SIMON, 1989.

(54) *Germanische Rechtsgeschichte*, 2^e éd. 1941, p. 1.

(55) Voir *supra* 36.

(56) Voir p. ex. Gerhard DULCKEIT, « Voluntas und fides im Vermächtnisrecht », *Festschrift Paul Koschaker*, tome II, 1939, p. 314 ss.

(57) Voir Peter LANDAU, « Römisches Recht und deutsches Gemeinrecht. Zur rechtspolitischen Zielsetzung im nationalsozialistischen Parteiprogramm », *Rechtsgeschichte im Nationalsozialismus* (*ibid.* 53), p. 11 ss.

(58) Une multitude de ces énoncés se trouvent chez BENDER (*ibid.* 3), p. 98 ss. Voir aussi Michael STOLLEIS, « Die Rechtsgeschichte im Nationalsozialismus », *Rechtsgeschichte im Nationalsozialismus* (*ibid.* 53), p. 1 ss. et 194 ss.

largement ignorée par la politique des nazis, excepté quelques cas néfastes comme celui de l'historien du droit Karl-August Eckhardt, ami influent du chef de la SS Heinrich Himmler (59).

Par contre le rôle du droit romain était précaire (60). Il a été insulté non seulement comme libéral et individualiste, mais aussi comme oriental et juif (61). La situation des romanistes eux-mêmes était dure. Beaucoup d'entre eux étaient juifs et ont été expulsés, et ceux (non-juifs) qui étaient demeurés en Allemagne se retiraient dans une position de défense, soit en se taisant, soit en essayant de prouver que le droit romain était un droit indo-germanique et à cause de cela semblable au droit germanique (62) mais aussi un droit non formaliste et non hostile à l'idée collective (63).

Sans doute cette argumentation hors de la position de défense fut une sorte de collaboration ou au moins d'opportunisme (64). Cependant — en se référant à un dicton d'Hegel — parfois l'histoire saisit une ruse pour promouvoir le progrès scientifique, la notion de « progrès » conçue dans le sens où la « vérité historique » sera mieux développée par de nouvelles idées. En ce sens on peut dire avec Michael Stolleis, professeur à Francfort/Main, que « pendant l'époque du national-socialisme ont été présentées des thèses qui malgré leur connection évidente avec les circonstances contemporaines ont été reconnues, même après 1945, comme des progrès » (65).

Car il existait un groupe de romanistes, tout d'abord Georg Dahm et Franz Wieacker, qui ne se bornaient pas à prouver que le droit romain était indo-germanique et collectif mais insistait sur les aspects qui avaient été exposés jusque-là en faveur de la valeur du droit romain et de la réception (66). D'abord ils déclaraient qu'il n'y avait jamais eu « un » droit romain mais qu'il était nécessaire de distinguer entre les époques très différentes de l'histoire du droit romain. De plus ils attiraient l'attention sur le fait que ce n'était pas

(59) Voir l'article nécrologique de Hermann NEHLSSEN, « Karl August Eckhardt », Nachruf, *ZRG GA* (cf. *supra* 9) 104 (1987), p. 497 ss.

(60) Voir Dieter SIMON, « Die deutsche Wissenschaft vom römischen Recht nach 1933 », *Rechtsgeschichte im Nationalsozialismus* (*ibid.* 53), p. 161 ss.

(61) Cette idée a déjà été développée auparavant d'une manière naïve par les romanistes eux-mêmes (p. ex. Ludwig Mittels) et puis trivialisée par Houston Steward Chamberlain et Oswald Spengler, voir SIMON (*ibid.* 60), p. 168 s.; en rudiments elle se trouve déjà chez Hotman dans son *Antitribonianus* de 1567 où il reproche à Justinien et Tribonian la préférence des Grecs, Syriens et Africains et en cela il met en évidence Ulpian, « le Syrien » (cap. XI und XII), cf. WESENBERG/WESENER (*ibid.* 2), § 7 VI, p. 66.

(62) On réfléchit p. ex. à la question de savoir si la « patria potestas » du droit romain était un prodrome du pouvoir du « Führer », voir SIMON (*ibid.* 60), p. 170.

(63) Cf. *supra* 56.

(64) Ainsi SIMON (*ibid.* 60), p. 172.

(65) « Fortschritte der Rechtsgeschichte » in der Zeit des Nationalsozialismus ? », *Rechtsgeschichte im Nationalsozialismus* (*ibid.* 53), p. 177 ss., 177.

(66) Voir STOLLEIS (*ibid.* 65), p. 190 ss.

le droit romain qui avait été reçu, mais le droit commun créé par les juristes italiens et français du moyen âge. Et avant tout ils soulignaient que le processus de la réception était moins l'application du droit matériel qu'un changement de style, de la manière de penser. Cet aspect en soi n'est pas nouveau. On peut le trouver chez beaucoup d'auteurs anciens (67). Mais ici ce ne fut qu'un argument en faveur de la réception dans une multitude d'aspects différents. Cependant de nos jours cette idée est devenue la raison essentielle de la réception — un aspect qui se montrera fructueux à l'avenir comme nous allons le voir tout de suite.

III. — LA POSITION ACTUELLE DE LA DISCUSSION

La réception du droit romain comme « scientification de la vie juridique » (Verwissenschaftlichung des Rechtslebens) et « processus culturel pan-européen » (gesamteuropäischer Kulturprozess)

Après la seconde guerre mondiale la science de l'histoire du droit allemand eut des problèmes considérables pour mettre à jour le passé national-socialisme dans lequel elle s'était empêtrée comme la science du droit en général. Au commencement il n'y eut qu'une tentative. Il s'agit de l'ouvrage de Paul Koschaker, *Europa und das römische Recht (L'Europe et le droit romain)*, publié en 1947. Il n'y essaie pas du tout une réhabilitation naïve du droit romain après les discriminations à l'époque national-socialiste. Ayant réfléchi assez discrètement aux excès verbaux des germanistes, il entreprend plutôt d'attribuer au droit romain qu'il traite tout à fait d'une manière critique une place dans un droit futur de l'Europe (68). Faisant abstraction de cette contribution vraiment prophétique, on ne trouve que relativement tard, peut-être à partir de 1965, des réflexions et discussions des historiens du droit sur le passé récent ; ensuite le courant de littérature critique s'est renforcé (69).

Mais déjà on commençait à venir à bout du passé à un niveau différent, et c'est ce qui nous intéresse en tenant compte de notre thème. On continuait ce que les romanistes avaient fait ressortir en défendant la position du droit romain à l'époque national-socialiste et on commençait à réfléchir de nouveau sur l'histoire de la réception en surmontant le conflit entre germanistes et romanistes.

(67) La supériorité du droit romain à l'égard de sa rationalité et de sa technique juridique est soulignée p. ex. par STOBBE, t. 1, p. 638 (cf. *supra* 26) ; Roderich STINTZING, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, 1. Abt., 1880, p. 37 ss., 40 ou BRUNNER (*ibid.* 48).

(68) Cf. p. 134, 142, 153 et surtout 346 ss.

(69) Voir Rainer SCHRÖDER, « Die Bewältigung des Dritten Reiches durch die Rechtsgeschichte », *Rechtsgeschichte in den beiden deutschen Staaten (1988-1990)*, éd. par Heins MOHNHAUPT, 1991, p. 604 ss.

Le mot de passe de ce penser nouveau est devenu le terme « Verwissenschaftlichung des Rechtslebens » (« *scientification* » de la *vie juridique*). Il a été introduit en 1942, par conséquent déjà à l'époque du national-socialisme, par Franz Wieacker, et avant tout ce fut lui qui lui donna progressivement son sens (70) ; d'une manière ample et étendue il a expliqué la nouvelle compréhension de la réception en 1952 dans la première édition de son grand ouvrage *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit (Histoire du droit privé des temps modernes)* (71). On peut supposer que cette compréhension a été influencée par les idées du fameux sociologue et juriste allemand Max Weber qui a observé un processus général et continu de rationalisation dans le développement culturel de l'Occident (72).

Au commencement, à vrai dire, des doutes ont été exprimés sporadiquement contre l'accentuation trop étroite de l'aspect méthodologique. On a fait observer que l'on ne doit pas sous-estimer la réception des normes matérielles et des institutions du droit romain (73) et on a objecté que la réception a été non seulement un changement des méthodes, mais qu'elle a aussi réellement créé un nouvel ordre juridique (74). Cependant, finalement, ces arguments ne pouvaient pas influencer la nouvelle façon de penser, vraisemblablement cela n'était de toute façon pas l'intention des auteurs (75). Quoi qu'il en soit, aujourd'hui il existe un large consensus dans la science de l'histoire du droit allemand sur le fait que la « *scientification* » de la vie juridique est le critère déterminant pour caractériser la réception (76) — un consensus comme on le trouve très rarement dans les sciences humaines.

En peu de mots on pourra décrire l'appréciation moderne de la réception en Allemagne de la manière suivante (77) : il ne s'agit pas en premier lieu d'une réception du droit privé justinien matériel

(70) Franz WIEACKER, « Corpus iuris », *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)* 102 (1942), p. 444 ; *id.*, *Der Standort der römischen Rechtsgeschichte in der deutschen Gegenwart, Das Recht* 1942, p. 49 ss. ; *id.*, « Ratio scripta. Das römische Recht und die die abendländische Rechtswissenschaft », *Vom römischen Recht. Wirklichkeit und Überlieferung*, 1944, p. 195 ss ; *id.*, *Das römische Recht und das deutsche Rechtsbewusstsein*, 1945.

(71) La deuxième édition a été publiée en 1967 (cf. *supra* 2) ; malheureusement il n'existe pas d'édition plus récente de cet ouvrage qui est sans doute un des plus importants de sa catégorie.

(72) L'idée de la rationalisation du développement de la vie sociale est constante dans toute l'œuvre de Max Weber, voir p. ex. *Wirtschaft und Gesellschaft. Studienausgabe*, 5^e éd. 1976, p. 196 : « Das zunehmende Eingreifen gesatzter Ordnungen... ist... nur ein besonders charakteristischer Bestandteil jenes Rationalisierungs- und Vergesellschaftungsprozesses, dessen fortschreitendes Umsichgreifen in allem Gemeinschaftshandeln wir auf allen Gebieten als wesentlichste Triebkraft der Entwicklung zu verfolgen haben werden ».

(73) Ainsi Wolfgang KUNDEL dans une critique de l'ouvrage de Wieacker dans : *ZRG* (cf. *supra* 9) *RA* (= *Romanistische Abteilung*) 71 (1954), p. 509 ss., 529 et annotation 41 ; BENDER (*ibid.* 3), p. 123 et annotation 778.

(74) Ainsi Hans THIEME, « Savigny und das Deutsche Recht », *ZRG GA* (cf. *supra* 9) 80 (1963), p. 1 ss., 9 annotation 28.

(75) Cf. la réplique de WIEACKER dans la 2^e éd. de son ouvrage *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* (*ibid.* 2), p. 131 s.

(76) Cf. *supra* 2.

(77) Selon l'article « Rezeption (privatrechtlich) » de H. KIEFNER (cf. *supra* 2).

y compris du droit canonique, mais plutôt (en Allemagne à partir du milieu du xv^e siècle) d'une application pratique des dogmes et des méthodes par lesquels les juristes italiens et plus tard les juristes français ont traité les textes du *Corpus iuris civilis* de Justinien (*Verwissenschaftlichung des Rechtslebens*, Wieacker). A ce point, à vrai dire, l'expression « réception du droit romain » n'est plus entièrement correcte, mais elle est conservée car elle s'est établie.

Tout de même, beaucoup du droit matériel, qui était le sujet du traitement méthodique, a été reçu. Car comme il n'existe pas de dogmatisme sans substance, nécessairement des instituts matériels du droit justinien (et canonique) sont souvent arrivés aux doctrines des glossateurs et commentateurs. Mais cela n'a pas empêché la dogmatique du moyen âge tardif d'inventer de nouvelles constructions du droit matériel et procédural d'une manière productive. C'est pourquoi la distinction autrefois courante entre matière romaine et matière germanique-allemande, en usage surtout au xix^e siècle, paraît insoutenable à la science d'aujourd'hui.

Et une autre distinction ancienne, celle entre réception théorique et réception pratique (78), n'est plus acceptée aujourd'hui. Même après le commencement de la réception pratique on n'a pas considéré le droit justinien comme le droit de l'Empereur (*Kaiserrecht*) (79). L'idée du droit romain comme le droit de l'Empereur allemand ne s'est imposée qu'après le succès complet de la réception (80).

De plus en plus se dessine l'importance de l'Eglise pour la réception (81). Cette institution a joué un rôle central dans la vie juridique du moyen âge (82). Appuyée sur le droit romain elle a développé un droit propre des juridictions et une administration propre, en cela elle a rendu un apport essentiel à la « scientification » et à la rationalisation de la culture juridique européenne (83).

(78) Cf. STOBBE (*supra* 24) et BRUNNER (*supra* 46).

(79) Voir Hermann KRAUSE, *Kaiserrecht und Rezeption*, 1952.

(80) L'expression de cette idée fut la soi-disante légende de Lothaire selon laquelle cet empereur a institué le *Corpus iuris civilis* comme loi de l'Empire en 1137 ; cette légende a été démasquée comme mythe et détruite par Hermann Conring en 1643.

(81) Voir Udo WOLTER, *Ius canonicum in iure civili*, 1975, p. 5-7 ; KROESCHEL (*ibid.* 2), p. 231.

(82) Cf. Winfried TRUSEN, *Anfänge des gelehrten Rechts in Deutschland*, 1962.

(83) Cet aspect a été élaboré par Max WEBER. Il a renvoyé (*ibid.* 72, p. 480) à ce que le droit canonique a pris vis-à-vis des autres « droits sacrés » une position spéciale parce qu'il « était développé en parties considérables essentiellement plus rationnel et plus formalisé d'une manière juridique ». L'administration ecclésiastique était strictement orientée à la technique juridique formelle, la conséquence fut un caractère rationnel et bureaucratique de l'office des fonctionnaires (cf. Udo WOLTER, « Amt und Officium in mittelalterlichen Quellen vom 13. bis 15. Jahrhundert », *ZRG (ibid.) 9) KA (= Kanonistische Abteilung)* 74 (1983), p. 246 ss.). Il est évident qu'une organisation liée à une telle technique logique et professionnelle est devenue un exemple pour la sphère séculière, surtout pour les Etats modernes en formation : le droit canonique « est devenu pour le droit profane vraiment un des guides sur le chemin de la rationalité » (WEBER, *ibid.*, p. 481) ; cf. aussi WOLTER, *Ius canonicum (ibid.) 81*), p. 5 ss.

Les raisons de la réception ne sont pas — comme Otto Stobbe le pensait encore (84) —, économiques ; le fait que avant tout les villes ont su se débrouiller avec les nouveaux problèmes économiques est déjà connu depuis longtemps (85). Pour la réception en Allemagne le manque d'une justice et d'une administration bien organisée autant que le manque d'un droit homogène fut décisif. Ces lacunes ne pouvaient être comblées que par un recours au système juridique qui avait été développé par les juristes italiens et français.

Contrairement à la France et à l'Angleterre, en Allemagne, jamais un pouvoir central de l'Empire ne se forma. Peut-être d'ici auraient pu venir des impulsions pour une organisation des cours et une procédure juridique unifiée. A la fin du xv^e siècle (1495), il est vrai, on a constitué la Cour de l'Empire (*Reichskammergericht*) comme instance centrale, et ses ordres de procédure ont tout à fait influencé le développement du droit allemand. Mais le véritable développement de l'Etat moderne s'effectua en Allemagne par et dans les principautés et les villes. Les imperfections décrites s'y dévoilaient le plus nettement. Pour les éliminer, les Princes et les villes se sont mis à unifier et organiser les juridictions et l'administration d'une manière rationnelle et accommodée aux nouvelles conditions variées de la vie. Etant donné qu'il n'y eut pas d'alternatives, surtout pas de la part de l'Empire, il sont eu recours au *ius commune* comme *élément établissant l'unité* (*einheitstiftendes Element*, Kiefner) (86).

IV. — PERSPECTIVES FUTURES

Un « *ius commune Europaeum* » comme base pour l'Europe unifiée ?

Finalement on doit jeter un regard sur l'avenir. A l'automne 1991 les professeurs de droit civil allemand se sont rencontrés à St. Gall en Suisse. Peter Hommelhoff, professeur à Heidelberg, y a fait un discours sur l'influence et l'importance du droit de la Communauté européenne pour le droit allemand (87). Après ce discours et la discussion qui s'en suivit on ne pouvait pas s'empêcher d'avoir l'impression qu'une multitude de savants allemands du droit civil ont peur de ce droit de Bruxelles ; ils craignent des effractions graves dans le système juridique allemand, soit en droit civil, soit en droit commercial ou social.

(84) Voir *supra* 26.

(85) Cf. *supra* 31 et note 47.

(86) *Ibid.* (*supra* 77/2), col 977.

(87) Il a été publié dans le journal *Archiv für die civilistische Praxis* (AcP) (AcP) 192 (1992), p. 71 ss.

La question que chaque nation européenne doit se poser est la suivante : Y a-t-il une nouvelle vague de réception, cette fois commandée « d'en haut » ? Sans doute l'unification européenne nécessite en beaucoup d'aspects un droit uniforme (88). Aujourd'hui nous sommes dans la même situation que l'Allemagne fragmentée du début du XIX^e siècle (89). A ce niveau il se pose pour nous la même question qu'en 1814 pour Thibaut et Savigny : Notre temps a-t-il la vocation pour une législation, une codification européenne ?

Les réponses des deux savants ont été notoirement différentes : alors que Thibaut a recommandé une codification, Savigny l'a refusée. Qu'est-ce qui serait recommandable pour nous aujourd'hui ? On n'ose pas le dire. Cependant, c'est le chemin alors proposé par Savigny qui paraît raisonnable. Avant qu'on fasse une codification globale on doit élaborer *une base scientifique commune*. Une telle base existait déjà en vertu de la réception, car elle était un processus paneuropéen qui a rendu possible un système homogène sur le Continent pendant plusieurs siècles (90). De nos jours c'est la tâche la plus importante pour la science du droit européen de s'y attacher et d'élaborer un *ius commune Europaeum* en coopérant.

Udo WOLTER,

Professeur à la Johannes Gutenberg Universität
de Mayence

(88) Cf. Giorgio GAJA/Peter HAY/Ronald ROTUNDA, « Instruments for Legal Integration in the European Community », in : Mauro CAPPELLETTI/Monica SECCOMBE/Joseph WEILER, *Integration Through Law. Europe and American Federal Experience*, 1986, tome I, livre 2, p. 113 ss. ; Hein Kötz, « Rechtsvereinheitlichung — Nutzen, Kosten, Ziele, Methoden », *RabelsZ* 50 (1986), p. 1 ss. ; Christoph E. HAUSCHKA, « Der Stand der gemeinschaftrechtlichen Rechtsangleichung im Recht der privaten Wirtschaft drei Jahre vor Vollendung des Binnenmarktes 1992 », *Neue Juristische Wochenschrift* 1989, p. 3048 ss. ; *id.*, « Grundprobleme der Privatrechtsfortbildung durch die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft », *Juristenzeitung* 1990, p. 523 ss. ; Helmut COING, « Europäisierung der Rechtswissenschaft », *Neue Juristische Wochenschrift*, 1990, p. 937 ss. ; Heinz-Peter MANSSEL, « Rechtsvergleichung und europäische Rechtseinheit », *Juristenzeitung*, 1991, p. 529 ss.

(89) Voir *supra* 5 et cf. Dieter GRIMM, « Historische Erfahrungen mit Rechtsvereinheitlichung - das frühe 19. Jahrhundert in Deutschland », *RabelsZ* 50 (1986), p. 61 ss. ; aussi Stephan BUCHHOLZ, « Zur Rechtsvereinheitlichung in Deutschland in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts », *RabelsZ* 50 (1986), p. 77 ss.

(90) Voir Helmut COING, « Ius commune, nationale Kodifikation und internationale Abkommen », *Le nuove frontiere del diritto e il problema dell'unificazione. Atti del Congresso internazionale organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Bari*, 1979, p. 171 ss. ; Gino GORLA, « Unificazione "legislativa" e unificazione "giurisprudenziale". L'esperienza del diritto commune », *ibid.*, p. 469 ss. ; *Europäische Rechts und Verfassungsgeschichte. Ergebnisse und Perspektiven der Forschung*, éd. P. Reiner SCHULZE, 1991 ; Reinhard ZIMMERMANN, « Das römischkanonische ius commune als Grundlage europäischer Rechtseinheit », *Juristenzeitung* 1992, p. 8 ss.



Pufendorf (1632-1694)