

Une autre « École historique » : les « Germanistes »

En octobre 1829, un jeune homme de vingt ans, débarque à Munich pour y poursuivre ses études. La science du droit ne l'a guère enthousiasmé à l'Université de Kiel, où il s'était inscrit en 1827. Là, il avait préféré écouter les leçons du grand historien Dahlmann. Mais c'est à Munich, en suivant les cours de Friedrich Julius Stahl, qu'il eut, semble-t-il, le sentiment que le droit pouvait n'être pas une discipline abstraite et excessivement formaliste. À Munich, il entend aussi Schelling dont il fréquente bientôt la maison, où il rencontre la société cultivée de Bavière. Il est probable qu'il fit là, également, la connaissance de Puchta, qui visitait régulièrement les Schelling¹. Quelques années plus tard, ce jeune homme, après avoir engagé en 1843 une violente controverse avec le même Puchta, est devenu l'une des principales figures libérales du mouvement révolutionnaire de 1848, au point que, dans ses *Impressions d'Allemagne pendant la Révolution de 1848*, le diplomate russe Paul de Krüdener comparait le Parlement de Francfort à « un Manège de chevaux de bois sur lesquels il y a 'Démocratie', 'Presse-Freiheit', 'Volksbühne', 'Schleswig-Holstein', et 'Beseler' »².

Georg Beseler (1809-1888)³ fut l'une des principales figures du mouvement dit des « Germanistes ». Celui-ci eut son organe, la *Revue pour le droit allemand et la science juridique allemande*⁴, fondée en 1837 par August Ludwig Reyscher (1802-1880), alors professeur à Tübingen, et Wilhelm Eduard Wilda (1800-1856), professeur à Halle⁵. Au cours d'une promenade faite à l'occasion des célébrations du centenaire de l'Université de Göttingen, au mois de septembre 1837, Reyscher trouve enfin, en Wilda, un partenaire prêt à le suivre dans le projet qu'il nourrit depuis quelques mois déjà⁶.

Septembre 1837 : le conflit du Hanovre a commencé depuis la lettre patente du 5 juillet, par laquelle le nouveau Roi Ernst August a solennellement déclaré « n'être lié ni formellement, ni matériellement par la Constitution en vigueur » et annoncé un « examen attentif de la question de sa modification » ; le conflit culmine dans la lettre patente du 1^{er} novembre 1837 qui déclare la Constitution relativement libérale de 1833 nulle et non avenue,

¹ Bohnert 1979.

² Krüdener, *Impressions*, p. 89.

³ Voir surtout : Kern 1982. Voir aussi : Wieacker 1967, pp. 408 sq. ; Kleinheyer/Schröder 1996, v^o Beseler.

⁴ *Zeitschrift für deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft*. Sur cette revue, voir désormais et surtout : Rückert 1999, pp. 185-229.

⁵ Le premier numéro de la revue paraîtra en 1839.

⁶ Rückert 1999, p. 191.

déclaration suivie de la protestation de sept professeurs de Göttingen, le 18 novembre, qui seront révoqués le 14 décembre⁷. Fondation d'une revue, donc, dans un contexte politique tendu. Les « Sept de Göttingen » devinrent le symbole de la résistance nationale-libérale à l'autocratie des potentats allemands. Qui plus est, les « Sept de Göttingen » appartenaient pour une large part à ce milieu des Germanistes en voie de s'institutionnaliser à travers la revue⁸. La revue, dont les objectifs affichés sont d'offrir « un point de rassemblement aux recherches dans le domaine du droit national », « encourager l'étude du droit national » et « contribuer à la fondation d'une science juridique patriotique »⁹, prend aussi clairement, et pour ainsi dire nécessairement, un tour politique qui parvient particulièrement à s'exprimer, malgré la censure, dès le deuxième numéro qui contient un essai de Reyscher consacré à la question constitutionnelle du Hanovre, dont un conservateur prussien écrira, dans l'*Allgemeine Literatur Zeitung*, qu'il « dépasse toutes les bornes du libéralisme »¹⁰.

Beseler rejoint le comité éditorial de la revue en 1845 seulement¹¹. Il est alors professeur à Greifswald, depuis 1842, et vient de publier, en 1843, l'ouvrage majeur, *Droit du peuple et droit des juristes*, qui devait aussitôt déclencher la violente polémique avec Puchta¹². À la même époque, durant l'été 1845, Reyscher, qui est décidément le grand metteur en scène de la troupe des Germanistes, entreprend Beseler d'un nouveau projet, l'organisation d'un premier Congrès des Germanistes qui réunirait les savants spécialisés dans le droit germanique, la langue et l'histoire allemandes¹³. Ce Congrès se tiendra effectivement au mois de septembre de l'année suivante à Francfort¹⁴. On y retrouvera les principales figures des « Sept de Göttingen », et tout ce que l'Allemagne compte d'érudits – juristes, historiens et philologues – libéraux et patriotiques. Un second Congrès se déroule à Lübeck en septembre

⁷ En français, voir surtout : *Dufour (A.)* 1991, pp. 266 sq. Voir également : *Jouanjan* 2001 [I], pp. 256 sq.

⁸ Il s'agissait en effet, outre les professeurs Ewald (langues orientales) et Weber (physique), des historiens Dahlman – qui avait participé à la rédaction de la Constitution de 1833 (*Federici* 1946, p. 104) – et Gervinus, tous deux proches à cette époque de Beseler, des frères Grimm et de l'un des principaux professeurs de droit germanique à l'époque, Wilhelm Eduard Albrecht (1800-1876), qui avait été contacté déjà par Reyscher, mais sans succès pour participer à la création de la revue.

⁹ Reyscher, *Zweck*, p. 3.

¹⁰ Sur ce point : *Rückert* 1974, p. 104, p. 123.

¹¹ *Kern* 1982, p. 425 sq. ; *Rückert* 1999, p. 209.

¹² Beseler, *Volksrecht und Juristenrecht*. Voir la recension incendiaire de Puchta (*Kritik*) et la réponse de Beseler (*Erster Nachtrag*).

¹³ *Stintzing/Landsberg* 1910, p. 519 sq. ; *Böckenförde* 1961, pp. 74 sq.

¹⁴ Voir l'invitation au Congrès dans : *Zeitschrift für deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft*, t. 10, 1846, pp. 181 sq. Le Congrès est défini comme une « représentation de la science allemande », en quoi il faut entendre « non pas la science en tant qu'elle est faite par des Allemands, mais la science en tant qu'elle a le peuple allemand pour objet et avant tout son droit, son histoire et sa langue ». Le Congrès doit contribuer à la « connaissance de soi-même » du peuple allemand, lui redonner sa « conscience allemande »

1847¹⁵. « Diète intellectuelle du peuple allemand », comme les qualifia, plus tard, l'historien Treitschke ; l'Assemblée constituante de l'Église Saint-Paul, en 1848, pouvait apparaître à certains, dira Gierke, comme « la poursuite du Congrès des Germanistes »¹⁶. Il est vrai que l'on retrouvera au sein de la Constituante, un échantillon représentatif des Germanistes, puisque siégeront, outre Beseler et Reyscher, les deux frères Grimm¹⁷, Dahlmann¹⁸ et Gervinus¹⁹, et les juristes Albrecht²⁰, Mittermaier²¹, Waitz²² et Welcker²³. Le conflit entre

¹⁵ Les événements de 1848 empêchèrent la tenue du troisième Congrès qui devait avoir lieu à Nuremberg. Reyscher émit l'idée de convoquer, dix ans plus tard, un nouveau Congrès des Germanistes. Il se heurta au scepticisme général, et à celui de Beseler en particulier. Le *Vormärz* était définitivement révolu. Si les tensions demeurèrent vives, entre Germanistes et Romanistes, jusqu'à l'entrée en vigueur du Code civil allemand en 1900, elles ne furent plus officiellement mises en scène ni organisées en « camps » et « partis ». En 1860, à l'époque même où Reyscher annonça la fin de la *Revue pour le droit allemand et la science juridique allemande*, le premier « Congrès des juristes » (*Juristentag*) est organisé à Berlin : Romanistes et Germanistes doivent s'y côtoyer ; en revanche l'interdisciplinarité constitutive des Congrès de Francfort et Lübeck a disparu, les juristes se retrouvent entre eux et c'est un signe des temps qui n'est pas sans importance. Voir : Gierke, *Historische Rechtsschule*, p. 25 ; *Stintzing/Landsberg* 1910, p. 522 ; *Kern* 1982, p. 90.

¹⁶ Gierke, *Historische Rechtsschule*, p. 25.

¹⁷ Jakob (1785-1863) et Wilhelm (1786-1859) Grimm sont universellement connus pour les Contes et légendes qu'ils ont édités. Jakob fut l'élève et l'ami de Savigny dont il suivit les cours à Marbourg en 1802. Outre ses travaux de linguiste, on lui doit surtout les *Antiquités juridiques allemandes* (*Deutsche Rechts-Alterthümer*, Göttingen, Dieterich, 1828). Il faut aussi citer l'important et célèbre essai « De la poésie dans le droit », paru dans le deuxième volume de la *Revue pour la science historique du droit* en 1816 (Grimm, *Poesie*). Sur Jakob Grimm juriste, en français, voir surtout : *Dufour (A.)* 1991, pp. 165 sq.

¹⁸ Friedrich Christoph Dahlmann (1785-1860), historien d'origine suédoise, figure charismatique du mouvement libéral-national allemand. Dans « Un mot sur la Constitution » (1815), qu'il publie dans les *Kieler Blätter* fondés avec Welcker (*infra*), il défend un constitutionnalisme à l'anglaise qu'il approfondira dans sa *Politik* (1835). Il est aussi l'auteur d'une histoire de la révolution anglaise (1844) et d'une histoire de la révolution française (1845). Membre de la Commission constitutionnelle du Parlement de Francfort en 1848-49, il défend la solution « petite allemande » et l'empire héréditaire. Il joue un rôle décisif au sein de la Constituante. Sur Dahlmann, en français : *Calvez* 2001, pp. 9 sq.

¹⁹ Georg Gottfried Gervinus (1805-1871), historien, ami de Beseler et Dahlmann, il écrit une Histoire de la littérature poétique des allemands (*Geschichte der poetischen Nationalliteratur der Deutschen*, 1835-1838) et une Histoire du XIX^e siècle depuis les Traités de Vienne (1855-1866). Il est également l'auteur d'un ouvrage théorique sur la science historique : *Grundzüge der Historik* (1837). Sur Gervinus, en français : *Calvez* 2001, pp. 81 sq.

²⁰ Wilhelm Eduard Albrecht (1800-1876), disciple d'Eichhorn à Göttingen et élève de Savigny à Berlin, il est d'abord professeur de droit allemand, droit public et droit ecclésiastique à Göttingen de 1829 jusqu'à sa révocation dans le sillage du conflit constitutionnel du Hanovre. Il retrouvera un poste à Leipzig (1840) où il restera jusqu'à sa retraite en 1868. Outre une monographie importante consacrée au droit privé germanique (*Die Gewere als Grundlage des älteren deutschen Sachenrechts*, 1828), il est resté célèbre pour sa recension du traité de droit constitutionnel du très conservateur Romeo Maurenbrecher (*Grundsätze des heutigen deutschen Staatsrechts* ; sur Maurenbrecher, voir : *Stolleis* 1992, p. 90). La recension combattait les conceptions patrimoniales de l'État et affirmait la personnalité juridique propre de l'État. Voir : Albrecht, *Rezension* ; *Solleis* 1992, p. 91 ; *Stintzing/Landsberg* 1910, p. 318-327. En français : *Hummel* 2002, p. 301. Ci-dessous : deuxième partie, chapitre 2.

²¹ Karl Joseph Anton Mittermaier (1787-1867), professeur pour le droit criminel, la procédure civile et pénale, le droit privé germanique Landshut (1811) puis Heidelberg (1821). Régulièrement élu à la deuxième chambre du Bade, plusieurs fois président de cette assemblée, il préside le « Pré-Parlement » (*Vorparlament*) qui organise la convocation de la Constituante de Francfort, élu au sein de celle-ci, il se retire de la vie politique après l'échec de 1849. Ses travaux de procédure pénale constituent l'élément durable de son œuvre. Voir : *Stintzing/Landsberg* 1910, pp. 413-437 ; *Kleinheyder/Schröder* 1996, v^o Mittermaier.

²² Georg Waitz (1813-1886), a été professeur à Kiel, Göttingen et Berlin. Il fut l'élève de Ranke. Il a publié entre 1844 et 1878 une monumentale *Histoire constitutionnelle de l'Allemagne* en 8 volumes qui prenait la suite de celle, pionnière, d'Eichhorn. Il est également resté célèbre pour son étude consacrée en 1853 à l'essence de l'État

Germanistes, engagés dans le combat national-libéral de 1848 et les Romanistes, conservateurs modérés, est donc certainement de caractère politique²⁴. On le constate d'ailleurs au fait que les Germanistes se consacrent passionnément, dans leur Revue et leurs Congrès, aux questions constitutionnelles brûlantes. Cette opposition politique recoupait aussi largement un conflit de génération : les Germanistes « militants » des années 1840 étaient tous nés vers 1800. Ils étaient les « enfants des *Burschenschaften* »²⁵, des corporations d'étudiants dont le rôle politique fut si considérable durant le *Vormärz*.

L'objet même sur lequel se focalise la confrontation est précisément caractérisé par Otto Gierke, l'un des derniers rejetons du Germanisme :

« Le véritable péché de l'École historique commence à partir du moment où elle devint infidèle à ses propres principes. Cette infidélité à soi-même, elle l'a commise dans son comportement à l'égard de notre droit national²⁶. »

Pourtant, ce péché n'était pas *originel*. Eichhorn, référence incontestée des Germanistes, avait fondé avec Savigny et Göschen la *Revue pour la science historique du droit*. Il donne, dans le premier volume, un article consacré à « L'étude historique du droit allemand » qui témoigne de la place apparemment réservée à la matière du droit germanique dans l'École²⁷. Dans l'article d'ouverture qu'il donne au même numéro de la Revue, Savigny ne soulignait-il pas lui-même que :

« Les éditeurs se réjouiraient particulièrement s'ils réussissaient à donner une impulsion nouvelle à l'étude historique du droit de notre Patrie. Car ici, justement, sont encore cachés des trésors fort riches mais tellement méconnus que même les adversaires de l'École historique dirigent habituellement toute leur hostilité exclusivement contre l'étude assidue de l'histoire romaine du droit, et passent complètement sous silence, comme si elle n'existait pas, l'histoire du droit germanique alors que celle-ci, si l'on en soupçonnait l'existence, devrait leur être tout aussi odieuse que l'histoire romaine, et même plus odieuse encore²⁸. »

fédéral. Voir la notice dans *Kleinheyer/Schröder*, pp. 517 sq. ; *Stintzing/Landsberg* 1910, pp. 538-541. Voir surtout : *Böckenförde* 1961, pp. 99-134.

²³ Karl Theodor Welcker (1790-1810), professeur à Kiel, Heidelberg, Bonn et Fribourg-en-Brisgau. Figure importante du mouvement libéral, il siège à la chambre basse du Bade à partir de 1831. Il est, avec le juriste de Fribourg-en-Brisgau Karl Rotteck, l'éditeur à partir de 1834 du *Staatslexikon*, qui sera la bible de la bourgeoisie libérale allemande. Voir : *Schöttle* 1994, pp. 115-251; en français : *Jouanjan* 2001 [1], pp. 15 sq.

²⁴ Historistes, organicistes et nationalistes, les Germanistes donnent, pour le moins, une tonalité particulière au « libéralisme allemand » (voir not. : *Böckenförde* 1961, pp. 92 sq.). Mais « libéraux », même en un sens particulier, les Germanistes ont de ce fait un rapport ambigu à l'histoire allemande qu'il leur faut élaguer de l'héritage féodal, et récrire dans le sens d'une histoire de la « liberté allemande ». Ils se distinguent sensiblement des premières générations d'historiens du droit allemand (Möser, Eichhorn) du point de vue de leur conception de la constitution. Rejetant l'héritage féodal, ils construisent un « idéal de la constitution » (la constitution représentative garantissant les droits du peuple allemand) quand les premiers germanisants étudient l'« image de la constitution » qu'ils ont sous les yeux, c'est-à-dire celle que leur livrent les constitutions d'Ancien régime. Sur ce point : *Böckenförde* 1961, pp. 84 sq.

²⁵ *Rückert* 1999, p. 190.

²⁶ Gierke, *Historische Rechtsschule*, p. 10.

²⁷ Eichhorn, *Über das geschichtliche Studium des deutschen Rechts*.

²⁸ Savigny, *Zweck*, pp. 7-8 (trad. fr., p. 28). Dans la lettre qu'il écrit à Rudorff le 31 juillet 1862 et dans laquelle il fait un portrait posthume de Savigny (*Stoll* [III], p. 102), Jakob Grimm rappelle qu'on trouve même, dans les

Et si, dans le *Beruf*, il soulignait l'avantage irremplaçable du droit romain comme école de formation des juristes, il ajoutait :

« Un tel avantage fait défaut au droit germanique. Cependant, en contrepartie, ce dernier en possède un autre qui n'est pas moins important. De fait, il nous est immédiatement et populairement attaché, et nous ne devons pas nous méprendre sur ce point du seul fait que la plupart de ses formes originelles ont effectivement disparu. Car le fondement national de ces formes, la direction d'où elles viennent, survit à ces formes mêmes, et l'on ne saurait déterminer d'avance combien de ces antiques institutions germaniques peuvent être ramenées à la vie dans le droit civil comme dans la Constitution. Bien sûr, il ne faut pas s'en tenir à la lettre mais à l'esprit ; seulement, on n'apprend à connaître l'esprit qu'à travers la lettre ancienne²⁹. »

Si l'on retrace rapidement la démarche que poursuit Eichhorn dans le texte, programmatique pour le droit germanique qui a été cité plus haut, on s'aperçoit combien le développement des études de droit germanique est alors pensé en symbiose avec la réforme des études romanistes voulue par Savigny. Eichhorn reproche en effet à ses prédécesseurs d'avoir surtout envisagé le droit germanique comme un ensemble de droits particuliers, les droits des divers pays allemands :

« Seulement, aucun des droits germaniques particuliers ne possède d'existence séparée et pour soi, et aucun ne peut avoir une telle existence parce qu'aucun pays allemand n'a jamais été totalement séparé du reste de l'Allemagne, à raison de la spécificité de son peuple ou de son histoire³⁰. »

C'est en tant que « droit commun » que doit se penser d'abord le droit germanique³¹. Plus exactement même : comme un droit commun partiel formant avec le droit romain lui-même, le droit pleinement commun des pays allemands. Il existe entre droit romain et droit commun germanique des relations « réciproques », ils se trouvent dans une « inséparable association » et il faut reconnaître que le droit germanique lui-même a été perfectionné grâce au droit romain³². Sans doute, il existe déjà des tentatives de constituer le droit germanique en droit commun, et Eichhorn cite notamment Runde à cet égard³³. Mais il manque à Runde une

premiers tome de l'*Histoire du droit romain au Moyen âge*, un « bel exposé des droits populaires germaniques », pour ajouter cependant aussitôt : « Ce furent les seules pages dans lesquelles sa recherche s'approcha du droit allemand, aux spécificités duquel, pour le reste, il demeura aveugle ».

²⁹ *Beruf*, p. 118. Dans une lettre à Jakob Grimm du 1^{er} avril 1815, Savigny déplorait que « les Germanistes du XVIII^e siècle [n'aient pas] valu grand chose » et se réjouissait de voir Eichhorn « en si bon chemin » (*Stoll* [II], p. 131). Et dans la préface au premier volume du *Système* encore, en 1840, il refuse tout conflit entre droit romain et droit germanique et renvoie à un « malentendu » l'attaque des Germanistes contre l'hégémonie prétendue du droit romain (*System* 1, pp. XXX sq.).

³⁰ Eichhorn, *Über das geschichtliche Studium des deutschen Rechts*, pp. 125-126. En 1823, Eichhorn entreprend d'établir les principes du droit privé germanique dans *Einleitung in das deutsche Privatrecht* et de les organiser en une « Doctrine » commune aux droits particuliers « dont aucun n'a d'existence isolée », ce que seule la méthode historique, dans son effort généalogique, peut démontrer, plus sûrement en tout cas que par l'application d'une méthode purement analogique (voir not. : pp. 118 sq.).

³¹ Reyscher considère en 1839 encore que pour fonder une science du droit germanique, il convient de « retourner au concept d'un droit commun tel que l'ont connu et appliqué les Romains » (Reyscher, *Daseyn und Natur*, p. 13). Voir aussi : Reyscher, *Begriff*.

³² Eichhorn, *Über das geschichtliche Studium des deutschen Rechts*, p. 133.

³³ Runde, *Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts*. Il est à remarquer que Runde a précisément modifié le titre de son ouvrage (le titre ici donné est celui de la troisième édition de 1801) par rapport au titre de la

méthode d'établissement de ce droit commun. Les principes communs du droit germanique ne doivent pas être recherchés par comparaison, il ne s'agit pas de découvrir les « analogies » entre les droits particuliers. Ce serait partir du principe selon lequel ces derniers précèdent et justifient le droit commun. Or, la perspective doit être radicalement inversée : le droit commun est premier et les droits particuliers se développent sur sa base. Il est premier en raison d'une « communauté d'origine » et c'est ce qui lui donne la vraie « nature » d'un droit commun³⁴. Ses règles ne sont pas dérivées par analogie, elles sont premières et « supérieures »³⁵. Cette communauté d'origine leur donne le caractère d'un tout, d'un « système » et la « communauté d'évolution » des pays allemands garantit le développement organique, systématique de ce droit³⁶. La méthode d'une science du droit commun germanique ne peut donc partir que du « point de vue historique »³⁷.

Entre Romanistes et Germanistes il doit donc exister à la fois une harmonie des objets (les deux droits se complètent et entretiennent des rapports réciproques, des relations « organiques »), et une harmonie des méthodes (la méthode d'Eichhorn est authentiquement savignicienne).

Le péché n'était pas originel et la séparation, la rupture n'était pas davantage inscrite à l'origine de l'École historique. Pourtant, déplore Gierke, le « rapprochement intime » entre science du droit romain et science du droit germanique n'eut jamais lieu :

« Chacune d'elle alla son chemin, s'accomplit toujours davantage en se nourrissant à l'esprit de ses sources propres et s'éloigna de plus en plus de sa sœur³⁸. »

La portion congrue qui fut progressivement réservée au droit germanique dans la *Revue pour la science historique* explique le besoin d'une revue nouvelle qui fut comblé en 1837/1839³⁹. C'était, dit Gierke, le « signal du combat »⁴⁰. Cette évolution qui devait conduire, selon ce même auteur, à « un Romanisme borné »⁴¹, Savigny en porte une part de responsabilité pour n'avoir pas pleinement assumé son historicisme. Au lieu de considérer les

première édition (Göttingen, Dieterich, 1791) en changeant l'adjectif initial « *allgemein* » (*Principes du droit privé germanique général*) par l'adjectif « *gemein* » (*Principe du droit privé germanique commun*). Mais dans la préface à la première édition déjà, il explicitait son but comme visant à établir sur un fondement sûr « le système du droit commun germanique ».

³⁴ Eichhorn, *Über das geschichtliche Studium des deutschen Rechts*, p. 130.

³⁵ Eichhorn, *Über das geschichtliche Studium des deutschen Rechts*, p. 129.

³⁶ Eichhorn, *Über das geschichtliche Studium des deutschen Rechts*, p. 132.

³⁷ Eichhorn, *Über das geschichtliche Studium des deutschen Rechts*, p. 131.

³⁸ Gierke, *Historische Rechtsschule*, p. 12.

³⁹ L'article d'ouverture de la Revue, signé Reyscher, commence ainsi : « Il est des besoins dont on se rend compte lorsqu'ils sont satisfaits (...) Tel n'est pas le cas de la présente entreprise » (Reyscher, *Zweck*, p. 1).

⁴⁰ Gierke, *Historische Rechtsschule*, p. 13.

⁴¹ Gierke, *Historische Rechtsschule*, p. 17.

modifications apportées par le droit romain au cours des siècles, l'*usus modernus*⁴², les doctrines du droit naturel elles-mêmes et l'invention des codes modernes comme l'expression de mouvements historiques profonds et importants, dignes d'étude et d'évaluation, il les a simplement tenus pour des scories accrochées au corps du pur droit romain. De ces événements, il a eu une « conception absolument anhistorique »⁴³. Mais les disciples ont dépassé le maître dans cette voie et, surtout, le plus grand d'entre eux, à savoir Puchta :

« Mettant à jour sa force logique, le déployant en un système clos d'une éclatante beauté, il assura au droit romain une puissance accrue sur les esprits et s'opposa d'autant plus brutalement à toute rébellion hérétique contre le dogme⁴⁴. »

La domination autocratique du droit romain, ainsi affirmée par l'École conduisait même à considérer que seuls les « instruments intellectuels trouvés dans les magasins romanistes » pouvaient servir à traiter des droits particuliers germaniques et à penser que plus le droit des Allemands se romaniserait, plus il serait national⁴⁵.

Dans cette histoire du conflit, telle que la retrace un observateur qui, certainement, n'est pas impartial, si les Germanistes déclenchent ouvertement les hostilités, les responsabilités de la guerre pèsent exclusivement sur le camp des Romanistes. Bien plus que Savigny lui-même, qui, comme à son habitude, ne prit pas directement part au nouveau combat, Puchta fut la cible privilégiée des attaques germanistes, auxquelles il répondit avec vigueur. À l'harmonie et la complémentarité auxquelles Eichhorn appelait de ses vœux succédèrent l'opposition et le rejet. La querelle de la codification fut ranimée par les Germanistes. Ils y greffèrent deux nouvelles querelles, celle de la réception et celle du droit savant.

⁴² *Usus modernus pandectarum* : nom du fort célèbre ouvrage de Samuel Stryk (1640-1710), par lequel on désigne le grand courant de modernisation juridique qui se développe en Allemagne au XVII^e siècle. Ce courant se débarrasse des anciennes justifications de la réception du droit romain en Allemagne, que ce soit la *translatio imperii* et la représentation d'une continuité juridique entre l'Empire romain et l'Empire carolingien, ou la « légende de Lothaire », d'après laquelle l'Empereur Lothaire III, au cours d'une campagne italienne, découvrit à Amalfi, en 1135, un manuscrit du *Digeste* et ordonna par loi impériale son application dans l'Empire, une légende propagée à partir du XVI^e siècle notamment par Mélancton. Herrmann Conring (1606-1681), dans son *De origine iuris Germanici* (1643), démontre le caractère purement légendaire de ces montages : l'Empire n'aurait pas reçu le droit romain, véritablement, avant le XV^e siècle, et elle n'est pas *formellement* fondée en droit, mais résulte seulement, à travers la pratique des tribunaux, de l'influence croissante des juristes savants. Il s'agit de libérer la pratique du droit romain de l'autorité de la lettre, de ne plus voir dans les codifications justiniennes la *ratio scripta*, de rompre pleinement avec la manière scolastique et le *mos italicus*. D'une certaine façon l'humanisme juridique français, le *mos gallicus* est ainsi reçu en Allemagne. Il s'agit d'échapper au mode casuistique et de systématiser le droit romain, d'en dégager les principes généraux et de l'adapter aux besoins du temps. Voir not. : Wieacker 1967, pp. 204 sq. ; Schlosser 1996, pp. 60 sq.

⁴³ Gierke, *Historische Rechtsschule*, p. 14.

⁴⁴ Gierke, *Historische Rechtsschule*, p. 17.

⁴⁵ Gierke, *Historische Rechtsschule*, p. 18.

Pour historistes qu'ils soient, les Germanistes prennent parti en faveur d'une codification nationale du droit civil⁴⁶. La question codificatrice est donc un lieu d'opposition à Savigny et à Puchta, une ligne de démarcation entre Romanistes et Germanistes :

« Ce serait, sans aucun doute, la plus sage et la plus formidable entreprise si toute la matière du droit existant en Allemagne était soumise à révision, ordonnée et fixée en une libre refonte touchant aux principes au moyen d'un acte monumental et constitutif de législation (...) Le tout dépasserait le concept habituel de la codification qui ne peut prospérer que dans un système politique unifié et porterait en soi le caractère d'une reconstitution politique de la Nation⁴⁷. »

L'expression « reconstitution politique de la Nation » fait écho, suffisamment nettement, à celle de « reviviscence politique du droit » (*politische Wiederbelebung des Rechts*) qu'employait Reyscher, en 1828 déjà, dans son opuscule intitulé *Sur les besoins de notre temps en matière de législation*⁴⁸. Or précisément, le seul obstacle à cette reconstitution ou reviviscence par le Code, vient de la situation politique, de l'absence d'unité constitutionnelle de la Nation. La question de la codification est ainsi conditionnée par celle de la Constitution politique de la nation allemande et il n'est guère surprenant de voir l'assemblée constituante de 1848, au sein de laquelle les Germanistes occupent une position stratégique, prévoir la compétence nécessaire à la puissance législative nationale pour l'« édiction de codes généraux relatifs au droit civil, au droit commercial et cambiaire, au droit pénal et à la procédure juridictionnelle », afin de « fonder l'unité juridique du peuple allemand »⁴⁹.

Mais le Code des Germanistes n'est pas celui que réclamaient les héritiers du jusnaturalisme et des Lumières. Il ne s'agit pas de reproduire le Code civil des Français, ni le Code général prussien de 1794 ou le Code civil général autrichien de 1811. Reyscher démarque ses projets codificateurs des « systèmes de législation existants jusqu'à présent » et auxquels font défaut la « base historique »⁵⁰. Cette fondation « historique » du droit interdit à Beseler, de la même manière, de rapporter la naissance du droit « au hasard ou à l'arbitraire, à la réflexion et à la sagesse des hommes » : « Ni la législation, ni l'abstraction philosophique ne l'ont créé⁵¹. » Ainsi, entre le rejet par Savigny d'un code civil et l'exigence par Thibaut d'un code simple pour le bourgeois, le commerçant, l'honnête homme, d'un code du bon sens et de la raison, les Germanistes ouvre une troisième voie : un code qui aurait pour vocation d'« aider les institutions encore subsistantes du droit populaire à obtenir une reconnaissance

⁴⁶ Sur ce point : *Jouanjan* 1998, pp. 76 sq.

⁴⁷ Beseler, *Volksrecht und Juristenrecht*, p. 235-236.

⁴⁸ Reyscher, *Bedürfnisse*, p. 26, p. 30. Voir : *Rückert* 1974, p. 193, pp. 196 sq.

⁴⁹ Constitution du 28 mars 1849, § 64.

⁵⁰ Reyscher, *Bedürfnisse*, pp. 54, 45. Voir : *Rückert* 1974, p. 200.

⁵¹ Beseler, *Volksrecht und Juristenrecht*, p. 59.

générale et une liberté de mouvement »⁵², comme par exemple tout le domaine du « droit des corporations » (*Recht der Genossenschaften*) dont Beseler s'est fait, préfigurant la somme ultérieure de Gierke, l'un des premiers théoriciens⁵³.

Envisagée de cette manière, la codification doit apporter la juste réparation des préjudices subis par le peuple allemand du fait de l'aliénation produite par la réception du droit romain.

La réception du droit romain fut un « malheur national »⁵⁴. Le mot célèbre de Beseler a longtemps été tenu pour l'expression la plus radicale d'une condamnation sans appel du droit romain. Il faudrait qu'il fasse en quelque sorte place nette pour laisser au droit germanique l'espace nécessaire à son libre épanouissement⁵⁵. Pourtant il faut lire plus attentivement le passage où tombe cette sentence. Beseler montre comment à partir du XIV^e siècle et du XVI^e siècle surtout, le droit romain a été l'instrument dont s'est servi une élite cultivée pour asseoir sa domination :

« Mais les Romanistes avaient en tout cas l'avantage d'une plus grande culture de l'esprit, du moins formellement ; ils maîtrisaient la langue latine et avaient assimilé le style propre aux affaires de ce temps, ce qui les rendait capables de participer aux négociations diplomatiques et les amenaient au conseil des Princes et des plus importantes corporations⁵⁶. »

L'institution en 1495 du *Reichskammergericht* (Chambre impériale de justice) qui devait entraîner, à titre de juridiction suprême dans l'Empire, une certaine uniformisation du droit, leur offrait l'ineestimable instrument dont la pleine et entière affirmation du droit romain avait besoin. Pour ainsi dire, la séparation entre les droits allemands particuliers et le droit romain à prétention universelle s'institutionnalisait : en bas les tribunaux d'échevinage (*Schöffengerichte*) où s'appliquaient les coutumes locales ; en haut, la juridiction impériale forte de ses « Docteurs » munis de « leur droit étranger », qui « savaient le rendre applicable à tous les cas et méprisaient les principes du droit national comme s'ils étaient d'extraordinaires

⁵² Beseler, *Volksrecht und Juristenrecht*, p. 244. Assez proche de ce programme déjà : Eichhorn, *Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte* [IV], p. 717 et sur la relation d'Eichhorn à la législation : *Böckenförde* 1961, pp. 50 sq.

⁵³ Voir le sixième chapitre de *Volksrecht und Juristenrecht* (pp. 193-229) entièrement consacré à cette question. Sur son importance et la conception de Beseler : Kern 1982, pp. 382 sq., *passim*.

⁵⁴ Beseler, *Volksrecht und Juristenrecht*, p. 42.

⁵⁵ Il faut noter que le hégélien Gans tient, comme Savigny, la réception du droit romain pour le signe d'un accès de l'Allemagne à la plus haute culture juridique et les historiens qui regrette que « la croissance organique des droits germaniques » ait été ainsi interrompue voient étrangement « comme déshonneur et infamie ce qui devrait n'être interprété que comme le plus grand bien et le plus grand honneur », car il est honorable « de s'approprier et accueillir en soi les résultats d'une culture étrangère ». « L'Angleterre qui s'est entêtée dans son refus du droit romain ne s'est jamais haussée au-dessus d'un niveau inférieur quant à sa culture de droit privé. » (Gans, *System*, pp. 143-144).

⁵⁶ Beseler, *Volksrecht und Juristenrecht*, p. 35.

et irrationnelles irrégularités »⁵⁷. Beseler montre d'intéressante manière que le morcellement politique de l'Allemagne, l'absence d'un État national laissait la place de l'unité vacante au profit de la seule institution centrale véritablement efficace, à savoir précisément la justice impériale, et que, dans une telle constellation, le droit romain ne s'est pas amalgamé aux éléments nationaux, ne s'est pas « germanisé » mais a pu affirmer, en tant que tel, une domination excessive pour, au fond, bien plutôt romaniser les droits locaux. Il en a résulté « le plus violent bouleversement du système juridique allemand »⁵⁸. Mais il apporte une nuance :

« Toutefois, on manquerait à l'impartialité historique si l'on entendait ne considérer la réception du droit romain que par son côté sombre. On ne peut méconnaître que, alors que la Constitution impériale se délitait toujours plus certainement et que le particularisme œuvrait toujours plus puissamment, le droit romain et la théorie juridique qui en découlait constituaient une référence pour une culture juridique allemande commune, laquelle a longtemps opposé un solide barrage à la prolifération exubérante du particularisme juridique⁵⁹. »

Le droit romain sut aussi maîtriser relativement les contradictions entre les droits revendiqués par les ordres et les états, il sut apporter, « malgré ses remaniements byzantins », une certaine « perfection plastique » dans l'ordre juridique⁶⁰. Reçu avec « une modération bien avisée », le droit romain aurait exercé une influence bénéfique. Le « malheur national » n'est donc pas dans le fait même de la réception, ni dans le droit romain en tant que tel, mais dans les modalités historiques de sa réception :

« La réception inconditionnelle de tout le matériel [du droit romain], l'oppression et la mutilation de la vie juridique nationale qui en résulta nécessairement, restent toujours un malheur national que le patriote ne peut que déplorer, même s'il semble qu'il s'est produit comme par nécessité, d'un enchaînement des circonstances⁶¹. »

Sans doute le droit romain est-il un « droit étranger (*fremd*) », mais il ne porte pas *en lui-même* les conditions de l'« aliénation » (*Entfremdung*)⁶² du peuple allemand, dépossédé de l'antique « liberté des Germains »⁶³. Une réception non aliénatrice eût été possible, bénéfique même, et donc souhaitable⁶⁴. C'est parce qu'elle s'est produite comme un coup de

⁵⁷ Beseler, *Volksrecht und Juristenrecht*, p. 37.

⁵⁸ Beseler, *Volksrecht und Juristenrecht*, p. 39.

⁵⁹ Beseler, *Volksrecht und Juristenrecht*, p. 41.

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ Beseler, *Volksrecht und Juristenrecht*, p. 42.

⁶² Beseler, *Volksrecht und Juristenrecht*, p. 41.

⁶³ On connaît la référence de Montesquieu à la *Germanie* de Tacite pour rappeler que le « beau système » de la liberté est « né dans les bois » (*De l'esprit des lois* XI, 6). La « liberté germanique » est inscrite sur l'étendard des Germanistes « libéraux ». Elle est interprétée dans un sens politique, fondamentalement comme liberté-participation, et opposée à la fois aux « libertés féodales » et à la liberté des libéraux français qui n'appréhenderait que l'homme « privé ». Voir : Böckenförde 1961, pp. 85 sq.

⁶⁴ C'est ce que dit aussi Reyscher (*Zweck*, pp. 4-5) : « Cette spécificité populaire dont nous supposons l'existence et que nous souhaitons voir reconnue par tous avec force et vitalité, n'implique aucunement le mépris pour ce qui est étranger, aucune aliénation des peuples, aucune méconnaissance des mérites qui reviennent aux autres. Dès lors, non seulement nous pouvons, sans ruiner nos principes, continuer à considérer ce qui a été assimilé du droit étranger comme nôtre, mais nous chercherons encore et toujours à nous approprier les véritables progrès dont nous pourrions nous rendre compte à l'étranger. »

force appliqué au corps du peuple allemand par la caste des juristes savants que la réception ne peut aucunement être interprétée comme un fait de la conscience allemande mais bien comme un événement en vérité tout aussi arbitraire, comme le redira plus tard l'historien du droit Rudolf Sohm, que l'eût été l'introduction d'une codification jusnaturaliste⁶⁵.

Une harmonie des deux droits, qui eût supposé, aux yeux de Beseler, une inversion des rôles, que le droit romain se laissât « germaniser » en profondeur, est en soi concevable. La querelle ne met donc pas tant aux prises un droit romain étranger et individualiste, d'un côté, et un droit germanique plus collectif, plus organique, vivant plus pleinement dans l'esprit populaire, que *les juristes eux-mêmes*. Il s'agit non pas d'une querelle entre droit romain et droit allemand⁶⁶, mais bien d'une querelle entre *Romanistes* et *Germanistes*, et entre deux politiques. Il y va, dit clairement Reyscher, de la « consolidation de l'unité du peuple allemand » :

« Comment peuvent-ils bien rêver d'un État allemand et d'une Église allemande, ceux qui, au fond de leur cœur même, sont tellement dévoués aux lois étrangères qu'ils considèrent que le droit national, qu'on aimerait pouvoir leur opposer, ne vaut même pas la peine d'être connu⁶⁷ ?! »

De fait, la « querelle de la réception » masque la dispute la plus profonde, celle du droit savant. L'ouvrage de combat de Beseler ne s'intitule pas « Droit germanique et droit romain », mais bien, et plus justement : « Droit du peuple et droit des juristes ». Les juristes savants, s'emparant du droit romain comme d'un instrument au profit de leur puissance, ont eux-mêmes accompli l'aliénation juridique de l'Allemagne. Culture populaire *versus* culture des élites : telle est la mise en scène du conflit qu'organise Beseler. Le droit romain est surtout condamnable en tant qu'il fut et demeure, en Allemagne, un droit savant, un « droit des juristes ». Beseler résume le propos essentiel de l'ouvrage dans une lettre qu'il adresse à Gervinus le 14 septembre 1840 :

« La corporation des juristes ne domine pas le droit, ne le construit pas, mais doit se borner à le comprendre, à le développer et l'appliquer par *déduction*. Dans l'organisation juridique et judiciaire de l'Allemagne actuelle, cette tâche est exclusivement confiée à la corporation des juristes ; seulement il ne pourrait la remplir que si nous n'avions vraiment qu'un droit écrit et scientifique ; mais ce n'est pas le cas ! Le droit populaire reste aujourd'hui encore une source importante, et seul le peuple est en mesure de le connaître et l'apprécier *correctement*. (...) Je développerai les principes suivants à titre de conséquences : 1. Les juristes qui dominent chez nous depuis 400 ans n'ont pas rempli – et, pour les raisons évoquées, pas pu remplir – leur mission. 2. Leur activité doit être secondée par le peuple, à savoir a) dans l'application du droit, b) dans la législation ; d'où, au total : tribunaux mixtes et constitution représentative⁶⁸. »

⁶⁵ Sohm, *Codificationsfrage*, p. 256 sq.

⁶⁶ Si Reyscher – comme Beseler – entend limiter le rôle du droit romain et assurer la prégnance du droit indigène (*einheimisch*), cela « ne va pas jusqu'à une hostilité aveugle à la réception » (*Rückert* 1974, p. 235).

⁶⁷ Reyscher, *Zweck*, p. 4.

⁶⁸ Citée par *Kern* 1982, pp. 372-373. On peut apprécier là à la fois tout le déplacement que connaît la question de la représentation, depuis Kant et les post-kantiens jusqu'aux libéraux germanistes de 1848, ainsi que le lien

Ramener la corporation des juristes à sa juste place, cela suppose de rompre avec cette idée essentielle, chez Savigny comme chez Puchta, selon laquelle les juristes, en corps, dans les sociétés ayant atteint un certain niveau de développement, sont les représentants *naturels*, *organiques*, du peuple. Cette thèse savignicienne⁶⁹ de la représentativité comme constitutive de l'essence même du corps des juristes est immédiatement liée à une position politique : le « peuple » savignicien est un peuple totémique, grandeur abstraite et idéale, d'où flue une puissance de légitimation immédiate, *organique*, qui n'a nul besoin, pour son efficace propre, d'une manifestation volontaire et explicite de ce peuple ; c'est du fond de sa passivité organique, *au repos*, que le peuple remplit sa fonction légitimante ; les représentants *organiques* du peuple n'ont pas besoin d'un mandat exprès, mais profite plutôt de la quiétude du peuple représenté : la thèse du corps des juristes comme représentant naturel du peuple, qui forme le soubassement de la conception dominatrice du « droit des juristes », est l'expression directe du quiétisme politique de Savigny. La contestation de la thèse romaniste du « droit des juristes » passe donc par la négation de cette nécessité organique du lien de représentation. Il manque à la thèse de la représentation naturelle, dit Beseler, une « explication interne »⁷⁰ ; le « droit des juristes » n'est pas moins indépendant du droit populaire que la législation même à l'encontre de laquelle Savigny a tant de prévenance, mais que le droit scientifique soit le développement du droit populaire ou l'expression de l'arbitraire des juristes, c'est une « *quaestio facti* », quelque chose de « fortuit » qui « ne se laisse pas déduire à partir de principes généraux »⁷¹. Sans doute faut-il, dans une nation cultivée, un corps des juristes, mais :

« La sagesse politique et l'intérêt de la liberté interdisent qu'un peuple libre puisse complètement abandonner la maîtrise de son droit⁷². »

Et l'on voit qu'il s'agit de ne l'abandonner ni au corps des juristes, ni à la puissance législative du monarque. D'où les deux moyens techniques et politiques de contrôle par le peuple actuel et actif, un peuple politiquement vivant, qui doivent lui permettre de conserver

indissociable qui unit, à travers l'idée même de représentation, la question des assemblées politiques à celle de l'organisation judiciaire. La justice n'est pas une instance neutre hors du champ politique, mais une institution éminemment politique qui doit donc être traversée par la représentation. Sur ce dernier point voir surtout : Fögen 1974.

⁶⁹ Il est vrai que Savigny n'emploie guère l'expression « droit des juristes » (Rückert 1974, p. 209). Il est toutefois l'auteur de cette thèse de la représentation organique du peuple par les juristes (Savigny, *Beruf*, p. 12) qui est la cible essentielle des attaques de Beseler.

⁷⁰ *Volksrecht und Juristenrecht*, p. 64.

⁷¹ *Volksrecht und Juristenrecht*, p. 86.

⁷² *Volksrecht und Juristenrecht*, p. 70. En 1828, Reyscher assignait à la science juridique un rôle seulement auxiliaire et non directeur dans le développement du droit (*Bedürfnisse*, p. 30). Elle doit être subordonnée non seulement au peuple, mais même à la législation (sur ce point : Rückert 1974, p. 197, qui souligne combien l'essai de Beseler en 1843 poursuit, sur ces questions, celui de Reyscher de 1828).

la maîtrise de son droit propre et qui sont évoqués à la fin de la lettre citée plus haut : la constitution représentative qui installe aux côtés du monarque des assemblées populaires contrôlant l'activité législative⁷³ ; les tribunaux « mixtes », organisés à tous les niveaux selon le système de l'échevinage, système qui non seulement constitue une tradition allemande mais qui peut seul permettre de ne pas abandonner l'application du droit tout entière aux juristes professionnels⁷⁴.

S'il faut ainsi assurer une maîtrise politique du droit par le peuple, il faut aussi, pour remettre le « droit des juristes » à sa place en limiter dogmatiquement le rôle. On voit dans la lettre à Gervinus comment le mot « déduction » est destiné à opérer une telle limitation : à la thèse d'une science du droit qui serait source du droit, défendue évidemment par Savigny et Puchta, Beseler oppose un modèle réduit des fonctions de la science. Le corps des juristes n'est, au fond, l'organe, le représentant véritable du peuple que dans la mesure où il se borne à déduire la conséquence des principes du droit populaire. Mais alors il n'est pas créateur de droit :

« Il n'y a dans cette activité aucune création de droit, de la même façon que le mineur ne crée pas le minerai qu'il ramène à la surface depuis les entrailles de la terre⁷⁵. »

Au-delà, le corps des juristes n'est plus organiquement lié au corps du peuple et toute activité proprement créatrice de droit, de la part de la science, ne rencontre les principes du droit populaire que par hasard⁷⁶. Séparé du corps populaire⁷⁷ proprement dit dès qu'il agit de façon autonome, le corps des juristes ne saurait donc être le porteur du projet germaniste d'un droit dont la qualité essentielle serait précisément d'être un droit *commun*. D'où la remarque, pleinement logique, que fait Reyscher :

« Le concept d'un droit commun ne saurait être seulement le produit de la science⁷⁸. »

Ces divergences importantes dans l'évaluation des phénomènes de la codification, de la réception et du droit savant renvoient à une différence plus essentielle, plus matricielle

⁷³ Voir : *Volksrecht und Juristenrecht*, pp. 230 sq.

⁷⁴ *Volksrecht und Juristenrecht*, pp. 246 sq. C'est une idée qu'il défend depuis la publication en 1833 de ses *Fantaisies patriotiques sur le droit et la justice (Patriotische Phantasien über Recht und Gericht)* parues en plusieurs livraisons du *Kieler Correspondanzblatt* (voir : Kern 1982, pp. 297 sq.). À la différence de nombreux libéraux, c'est le principe de l'échevinage qu'il défend et non pas celui du jury, précisément parce que le système du jury, ne laissant à la décision des non-professionnels que la question de fait, ne permet pas d'assurer, au sein de l'institution judiciaire, la nécessaire maîtrise populaire de la question de droit.

⁷⁵ *Volksrecht und Juristenrecht*, p. 87.

⁷⁶ *Volksrecht und Juristenrecht*, p. 88.

⁷⁷ Dans son essai de 1828, Reyscher reprochait déjà à Savigny, et avec les mots de prédilection de Savigny, la « séparation », l'« isolation » (*Absonderung*) dans laquelle il tenait la « vie scientifique » par rapport à la vie du peuple (*Bedürfnisse*, p. 25).

⁷⁸ Reyscher, *Daseyn und Natur*, p. 22.

entre « Romanistes » et « Germanistes ». Gierke l'exprime à sa manière, évidemment avec partialité, mais en indiquant la source intellectuelle de la querelle :

« Les Germanistes pensaient autrement. Ils pensaient plus historiquement. Ce qu'ils combattaient, c'était la conséquence funeste du péché contre l'esprit historique dans lequel l'École historique s'empêtrait toujours davantage⁷⁹. »

La différence la plus profonde, effectivement, touchait à la conception de l'histoire. Le reproche qu'adresse Gierke à l' « École historique », qu'il limite aux seuls Romanistes, celui de pratiquer en vérité une *histoire déshistoricisée*, celui d'avoir en vérité « favorisé la rupture avec l'histoire »⁸⁰ et fondé leurs vues sur « une conception anhistorique de l'histoire »⁸¹, ce reproche est clairement formulé déjà chez Reyscher⁸² et chez Beseler lorsqu'il exige, contre l'idolâtrie du droit romain une « considération plus profonde de l'évolution historique » :

« Pour aussi important qu'un fait historique puisse être, et aussi durables que puissent être ses effets sur la situation des hommes, il ne continue toutefois pas d'agir toujours de la même manière au cours du temps dans sa forme originelle ; au contraire, au service lui-même d'une loi plus haute, il est pris dans le processus général d'évolution et se trouve déterminé et modifié par lui⁸³. »

Autrement dit, Beseler reproche aux Romanistes une conception fixiste, anhistorique d'un droit romain dont ils auraient arrêté les formes et les contenus à l'époque des codifications de Justinien, et ce malgré les protestations de Savigny lui-même⁸⁴.

On a vu comment Gierke, plus tard, opposait le courant Germaniste à ce qu'il appelait l' « École historique », visant ainsi exclusivement les Romanistes. La question est ainsi posée de savoir si l'on peut ou doit qualifier la branche Germaniste comme une variante spécifique du genre plus vaste « École historique », ou s'il convient, préférablement, de les opposer à une École historique réduite à ce que j'ai proposé d'appeler un « programme Savigny-Puchta ». En ces termes, toutefois, elle est sans doute passablement oiseuse. Comme on l'a vu, l'histoire, la conception historique du droit, l'historicisme juridique ne sont nullement des monopoles aux mains de Savigny et Puchta. Tout dépend du concept d'histoire et de sa fonction dans la science du droit.

⁷⁹ Gierke, *Historische Rechtschule*, pp. 13-14.

⁸⁰ Sohm, *Fränkisches und römisches Recht*, p. 80.

⁸¹ Böckenförde, « L'École historique du droit et le problème de l'historicité du droit » (1964), in : *Böckenförde* 2001, p. 57 et *Böckenförde* 1961, p. 82.

⁸² Voir : Rückert 1974, pp. 335 sq.

⁸³ Beseler, *Volksrecht und Juristenrecht*, p. 42.

⁸⁴ Le caractère de la « stricte méthode historique » ne consiste pas « dans l'exclusive idolâtrie du droit romain », ni « en ce qu'elle exigerait la conservation de n'importe quelle matière donnée », mais au contraire « à suivre toute matière donnée jusqu'à sa racine pour, de la sorte, découvrir son principe organique, par quoi ce qui est encore en vie se détache de ce qui est déjà mort et n'appartient plus qu'à l'histoire » (Savigny, *Beruf*, pp. 117-118) ; Zweck, p. 6 (trad. fr., p. 27) : il ne faut pas seulement « déchiffrer », mais aussi « rajeunir et rafraîchir » la matière du droit historiquement donnée.

Sans doute Reyscher comme Beseler accordent à Savigny l'inappréciable mérite d'avoir ramené le droit à l'histoire et, Beseler peut écrire que son ouvrage, « même s'il poursuit son propre chemin, s'appuie, pour l'essentiel, sur la base des vues de Savigny », qu'il a été « suscité par elles et même, d'une certaine manière, rendu possible par elles »⁸⁵. Sans doute, également, les emprunts *terminologiques* à Savigny sont-ils nombreux⁸⁶, mais ils cachent de profondes divergences *conceptuelles*.

De manière exemplaire, Joachim Rückert a montré que le lexique de la « vie », qu'on retrouve chez Reyscher comme chez Savigny recouvre deux visions opposées⁸⁷ : chez Savigny, la vie est ce qui est donné, qui échappe donc à la détermination du sujet tout en lui étant propre, idée que dit très exactement l'expression, si récurrente chez l'auteur du *Beruf*, de « nécessité intérieure » (*innere Notwendigkeit*), une formule dont le terme antithétique est « arbitraire » et qui trouve certainement ses fondements dans une conception « *naturphilosophisch* » de la vie⁸⁸ ; chez Reyscher, la vie est toute dans l'autodétermination du sujet, du côté donc de sa liberté, de son autonomie et de sa réflexion. D'où les positions divergentes quant à la législation, instrument qui porte en lui les plus grands risques d'*arbitraire* pour le premier, instrument de la vie juridique des peuples pour le second⁸⁹.

Pour Reyscher, la vie est d'abord une pratique. Le juriste n'a pas à s'instituer « le prêtre de la loi terrestre », mais à se faire l'expert capable de résoudre les questions pratiques qui se posent dans la vie juridique des peuples⁹⁰. L'intérêt de connaissance du droit et fondamentalement un intérêt pratique. Là où Savigny interroge la « vocation » (*Beruf*) de son temps pour la science juridique et la législation, Reyscher, pragmatique, constate les « besoins » (*Bedürfnisse*) de son époque en matière de législation. D'où sa claire prise de position à l'égard de ce qu'il appelle lui-même la « base historique » du droit : elle est nécessaire sans doute, mais, dans les conditions de l'époque, insuffisante à satisfaire le but (vital) d'édification d'un droit commun proprement allemand. Il faut considérer une « autre

⁸⁵ Beseler, *Volksrecht und Juristenrecht*, p. 58.

⁸⁶ Pour les « consonances » entre Reyscher et Savigny : Rückert 1974, pp. 219 *sq.*

⁸⁷ Rückert 1974, p. 217.

⁸⁸ La *Naturphilosophie* est un courant important du romantisme allemand, dont le principal représentant, dans une version très théosophique fut Franz von Baader et à laquelle Schelling, avec son génie propre, donna une profondeur philosophique particulière. Achim von Arnim, tellement lié à Savigny, a débuté par un *Versuch einer Theorie der elektrischen Erscheinungen*, en 1799, qui montre son intérêt pour les théories mesmérienne de l'électro-magnétisme dont la *Naturphilosophie* est un développement. Voir : Faivre 1974.

⁸⁹ Les Romanistes considéreraient l'évolution historique des peuples d'après le schéma développement *organique* aveugle des plantes, à quoi les Germanistes opposent une conception plus volontariste de l'histoire où les capacités créatrices de l'homme ont leur place (Böckenförde 1961, p. 82). Rückert (1974, p. 215) note chez Reyscher, dans le même sens, une « énergique volonté réformatrice ».

⁹⁰ Rückert 1974, p. 246.

base », la « base *rationnelle* qui répond à ces besoins, bien sûr pas à elle seule, mais combinée à l'empirie et à l'histoire »⁹¹. Une rationalité pragmatique doit donc accompagner la « base historique » du droit⁹². Et Reyscher approuve le verdict du Conseiller secret Bornemann qu'il cite :

« Bien qu'issu de l'École historique, il [le nouveau courant] en fait tout aussi peu partie qu'il n'appartient à l'École philosophique, dans le sens habituel qu'on donne à ces qualifications ; il s'agit au contraire d'un amalgame du meilleur des deux Écoles (...). Il possède un caractère complètement national et en même temps une tendance pratique dans la mesure où elle entend nous amener à une conscience claire et vivante de la situation actuelle de notre droit, ce à quoi, du fait de l'engourdissement du droit romain, le courant romaniste n'est pas parvenu et ne parviendra jamais⁹³. »

La même chose vaut de Beseler. Son meilleur commentateur écrit à ce sujet :

« Il a remis sur ses pieds l'École historique qu'avait fondée Hugo et qui avait été mise pieds par-dessus tête par Savigny et Puchta. (...) Certes, on ne peut démontrer une influence de Hugo sur Beseler, mais l'œuvre de Justus Möser joue dans son travail un rôle important. On cite Justus Möser, à côté de Hugo, comme l'un des fondateurs de l'École historique, à tout au moins comme son précurseur, de sorte que Beseler, en vérité, renouait avec les origines de l'École historique⁹⁴. »

Ainsi, l'histoire se boucle. Savigny – on l'a rappelé au début de ce chapitre – avait effectivement placé son combat contre la codification sous le patronage de Hugo et Möser. Mais en même temps, on avait pu mesurer la distance qui séparait l'« historicisme pragmatique », « dépourvu de toute idéalité » de Hugo, d'un côté, et l'idéalisme juridique de Savigny et Puchta. On pourrait faire des remarques similaires s'agissant de l'œuvre de Justus Möser⁹⁵. Si Reyscher et Beseler, figures de proue des « Germanistes », renouent ainsi, d'une certaine façon, avec l'« historicisme pragmatique », on peut bien les considérer comme les représentants d'une certaine « École historique », mais d'une École *essentiellement* différente de celle qu'incarne le « programme Savigny-Puchta », et voir dans le courant germaniste, en conséquence, moins une branche de l'École historique que, plus radicalement, *une autre École historique*⁹⁶. Par cette distinction, on signifie que l'opposition dite des « Romanistes » et des « Germanistes » n'est pas seulement politique, que ses objets ne sont pas seulement la codification, la réception et le droit savant, mais que, en amont de ces querelles, se tient une scission philosophique qui met aux prises un empirisme pragmatique et rationnel, d'un côté, à

⁹¹ Reyscher, *Daseyn und Natur*, p. 12. Il ajoute : « La conception historique n'est que bornée, mais pas fausse. »

⁹² « Nationalité donc, mais pas sans humanité, droit historique mais pas sans philosophie juridique et surtout pas sans une compréhension pratique des phénomènes de la vie actuelle, tel est notre mot d'ordre » : Reyscher, *Begriff*, p. 180. De même, dans *Privatrecht* [I], p. 102, Reyscher réaffirme cette complémentarité et insiste sur la nécessité de la « connaissance empirique » pour la science du droit qui doit ainsi faire « retour à la vie ».

⁹³ Bornemann, cité par Reyscher, *Für und wider*, p. 122.

⁹⁴ Kern 1982, p. 390.

⁹⁵ Par exemple et à l'instar de ce qui a été dit plus haut de Hugo, malgré un penchant caractérisé pour les données empiriques, on doit constater chez Möser encore une certaine influence du droit rationnel. Voir sur ce point : Böckenförde 1961, p. 32.

⁹⁶ Cette qualification rejoint la conclusion selon laquelle Reyscher serait au départ d'un « courant indépendant », éloigné tout à la fois de Schelling et de Hegel, faisant valoir, contre l'idéalisme, un décisif « rapport au réel » (*Wirklichkeitsbezug*) : Rückert 1974, p. 389-390.

un idéalisme foncier qui, seulement, explique le « programme Savigny-Puchta » et qu'il convient d'envisager maintenant plus avant.