
Un « tournant
philologique »
dans la science
du droit

*Histoire et métaphysique
chez Savigny*

Olivier Jouanjan

Paru dans : Études en
l'honneur de Gérard Timsit,
Bruylant, 2004.

En 1815, Friedrich Carl von Savigny fonde, avec deux collègues de l'Université de Berlin, la *Revue pour la science historique du droit*. L'intitulé même de la revue donne une indication précise quant au sens du programme savignicien. Il ne s'agit pas d'une revue pour l'histoire du droit, mais bien pour la science historique du droit¹. De sorte que l'objet premier de ce programme n'est pas l'histoire. Il ne s'agit pas d'abord d'une réformation de l'histoire du droit, mais plus essentiellement d'une réformation de la science juridique qui passe, par une *historisation* de cette science, historisation qui touche donc fondamentalement au niveau *méthodologique* de cette science. L'intérêt pour l'histoire du droit, s'il est évidemment considérable pour Savigny, n'est, malgré tout et en dernière analyse, que second, c'est-à-dire la conséquence d'un projet plus vaste de fondation philosophique ou théorique de la science juridique et de son objet, le droit.

D'où la distance qui existe entre le programme savignicien et celui, né vers le milieu du XVIII^e siècle déjà, d'une modernisation de la science historique, dont le principal laboratoire fut l'Université de Göttingen et le grand représentant, parmi les juristes, Gustav Hugo (1764-1844). Dans son *Historik*, Droysen (1808-1884) décrivait l'Université de Göttingen au tournant du siècle comme le milieu où s'accomplissait « une activité historique monumentale, (...) où Schlözer, Gatterer, Spittler, Michaelis, Heyne, Pütter et jusqu'à Hugo, c'est-à-dire théologiens, juristes philologues et publicistes agissaient tous essentiellement dans le même sens »². Cette orientation de l'« École de Göttingen » consistait à « dépasser une historiographie qui se bornait à enregistrer les grands événements politiques », à s'efforcer de donner aux données historiques des explications causales, elle était fondamentalement une « tendance pragmatique et non spéculative »³. Causaliste et, de ce fait, mécaniciste, elle restait au fond encore largement tributaire de l'*Aufklärung*.

¹ Sur ce point, voir surtout : J. Rückert, « Geschichtlich, praktisch, deutsch. Die 'Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft' (1815-1850), das 'Archiv für die civilistische Praxis' (1818-1867) und die 'Zeitschrift für deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft' (1839-1861) », in : M. Stolleis (dir.), *Juristische Zeitschriften. Die neuen Medien des 18.-20. Jahrhunderts*, Frankfurt a. M., Klostermann, 1999, p. 125 sq.

² Cité par M. Behnen, « Statistik, Politik, und Staatengeschichte von Spittler bis Heeren », in : H. Boockmann, H. Wellenreuther, *Geschichtswissenschaft in Göttingen*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1987, p. 76-77.

³ R. Vierhaus, « Göttingen und die Anfänge der modernen Geschichtswissenschaft », in : H. Boockmann, H. Wellenreuther, *Geschichtswissenschaft in Göttingen*, op. cit., p. 11.

Si Hugo fut un rénovateur de l'histoire du droit, il n'est pas à proprement parler le fondateur de l'« École historique du droit », du moins si l'on entend par là cette orientation spécifique que Savigny et, après lui, Puchta ont donné à la pensée juridique. Savigny, sans doute, a salué l'impressionnante érudition du professeur de Göttingen et essaya, en 1806 déjà, de l'enrôler pleinement au soutien de la science nouvelle dont il concevait déjà les principes essentiels⁴. Mais sur la question du sens et de la place de l'histoire dans les études juridiques, le malentendu entre les deux hommes était complet. Comme le rappelle à juste titre Joachim Rückert, le lien que tendait à établir Savigny entre l'« historique » et le « scientifique » paraissait obscur à Hugo⁵. Ce qui lui restait incompréhensible ou inconcevable, c'était le sens qu'il fallait attribuer à l'adverbe par lequel Savigny insistait sur l'ampleur de son propre projet, lorsqu'il parlait d'une science du droit « vraiment » ou « authentiquement » historique. Ce à quoi Hugo restait parfaitement étranger, c'était à cette révolution de la pensée qui, à la fin du XVIII^e siècle puis au début du XIX^e siècle, s'accomplissait tout à la fois directement contre Kant – chez Herder, notamment – et dans le sillage du kantisme – mais dans un mouvement à la fois de critique et d'approfondissement, chez Hegel, bien sûr, mais aussi chez Schelling – et qui donnait à l'histoire, et au devenir en général, un poids ontologique nouveau⁶.

Pour des raisons qu'il n'est guère possible d'élucider dans ces quelques pages, c'est au premier Romantisme allemand, celui qui s'exprime vers 1800 dans *l'Athenaeum*, la revue des frères Schlegel, et à Schelling – qui fut à Iéna, dans sa jeunesse, proche du cercle des premiers Romantiques – spécialement qu'il faut s'intéresser pour comprendre et interpréter le sens de l'historicisme de *cette* École historique du droit^{7 8}.

⁴ Voir la recension que fit Savigny dans *l'Allgemeine Literatur-Zeitung* en 1806 de la 3^{ème} éd. du *Lehrbuch der Geschichte des Römischen Rechts* (Traité d'histoire du droit romain) de Gustav Hugo (repris dans : Savigny, *Vermischte Schriften*, t. 5, Berlin, Veit, 1850, pp. 1 sq.)

⁵ J. Rückert, « Savigny et la méthode juridique », in : *L'esprit de l'école historique du droit, Annales de la Faculté de Droit de Strasbourg*, nouvelle série, n° 7, 2004, p. 85. Du même : « Geschichtlich, praktisch, deutsch... », art. cit., p. 119.

⁶ Voir : G. Hugo, « Rezension zu "Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft", Band 1 », *Göttingische Gelehrte Anzeigen*, 1816, pp. 1145 sq.

⁷ On se bornera à indiquer ici que Savigny, une fois ses études terminées, entreprit un « voyage d'apprentissage » qui le conduisit notamment à Iéna, au cœur même du premier Romantisme, à l'extrême fin des années 1790. Il était déjà à l'époque un lecteur assidu de *l'Athenaeum*, il lisait Kant et Fichte, qui venait d'être chassé d'Iéna au moment où Savigny s'y présentait. Il fit la connaissance de Schelling, alors jeune professeur. Il retrouva Schelling à Berlin lorsque celui-ci y fut nommé. Dans son important ouvrage (*Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl von Savigny*, Ebelsbach, Gremer, 1984), Joachim Rückert a montré combien la pensée de Savigny ne peut s'interpréter qu'à la lumière de son horizon idéaliste. En outre, le grand disciple de Savigny, Puchta, fut quant à lui très proche de Schelling. Une thèse d'habilitation récente vient de faire le point sur les rapports de Puchta à

*

* *

Lorsqu'il donne ses retentissantes *Leçons sur la méthode des études académiques* durant l'été 1802 à l'Université de Iéna, Schelling insiste sur le nouveau culte de l'histoire qui est en train de s'installer dans la pensée et la science allemande : « L'étude des sciences et des arts, pris dans leur développement historique, est devenue comme une espèce de religion : dans leur histoire, le philosophe reconnaît, encore dévoilées, pour ainsi dire les intentions de l'esprit universel, la science et le génie les plus profonds se sont épanchés dans cette connaissance⁹. » De sorte que la science par excellence est la philologie : « Son objet est la construction historique (*historisch*) des œuvres d'art et de la science dont (elle) doit comprendre et exposer l'histoire (*Geschichte*) en une intuition vivante (*lebendige Anschauung*)¹⁰. » La philologie devient en quelque manière la science des sciences car les sciences de la nature elles-mêmes trouvent en elle leur modèle, du moins si l'on entend la philologie en son sens véritable, comme histoire interne parvenant à l'intuition vivante de l'objet, et non à la manière des savoirs antiquisants pratiqués jusque-là sous la forme d'une histoire extérieure et mécanique : « La nature est un livre composé de fragments et rhapsodies d'époques fort différentes. Chaque minéral est un véritable problème philologique. La géologie attend

la philosophie et notamment à la métaphysique de Schelling : H.-P. Haferkamp, *Georg Friedrich Puchta und die « Begriffsjurisprudenz »*, Frankfurt a. M., Klostermann, 2004, voir not. pp. 315 sq. Celle-ci met fin à la légende, entretenue notamment par un long article de Walter Schönfeld (« Puchta und Hegel », *Rechtsidee und Staatsgedanke. Festgabe für Julius Binder*, Berlin, Junker und Dünnhaupt, 1930, p. 1 sq.) et qui faisait de Puchta un « hégélien ». Que Puchta ait été l'élève de Hegel au *Gymnasium* de Nuremberg ne suffit pas à en faire un « hégélien ». Haferkamp montre notamment combien les cours de Schelling dispensés à Munich sur la philosophie de la mythologie ont influencé Puchta qui les écouta au moins en 1828 et 1829. On me permettra de renvoyer à ma « Présentation » dans : *L'esprit de l'École historique du droit, op. cit.*

⁸ « Cette » École historique, car il faut indiquer ici que, sous le pavillon de l'historisme juridique, on trouvait des navires bien différents au XIX^e siècle. Dans les années 1830, un courant « germaniste » notamment s'est violemment opposé, au nom de l'histoire « authentique » du peuple allemand, au courant « romaniste », dont Savigny et Puchta étaient les principaux représentants. Le principal document de cette confrontation reste sans aucun doute l'ouvrage dirigé contre Puchta et publié par Georg Beseler : *Volksrecht und Juristenrecht*, Leipzig, Weidmann, 1843.

⁹ F. W. J. Schelling, *Vorlesungen über die Methode des akademischen Studiums*, SW I, 5, p. 226. SW renvoie à : F. W. J. Schelling, *Sämtliche Werke*, éd. par K. F. A. Schelling, Stuttgart, Cotta, 1856-1861, I : Erste Abtheilung, tomes 1 à 10 ; II : Zweite Abtheilung, tomes 1 à 4.

¹⁰ *Ibid.*, p. 45. SW I, 5, p. 246.

encore son Wolf¹¹ qui décomposera la terre comme il le fit d'Homère, pour en montrer la composition¹². » Les géologues parleront d'ailleurs bientôt des « archives de la terre » comme les historiens évoquent les archives de l'humanité.

L'ambition de Savigny ne fut pas autre. L'objet de sa science du droit, dont il médite la conception depuis sa jeunesse, est très exactement l'objet d'une science philologique du droit selon Schelling : la construction historique du droit et de la science du droit dont il s'agit de comprendre et d'exposer l'histoire en une *intuition vivante*¹³. Ce faisant, cette *historisation* de la pensée juridique qu'il entend accomplir, ne signifie pas autre chose qu'élever l'ancienne *Jurisprudenz* au niveau d'une science véritable du droit ou, pour le dire plus précisément : du point de vue de ce paradigme *philologique*, *historisation* signifie nécessairement *scientifisation*. Le parallèle est alors frappant : de même que Wolf, à la suite de son maître Heyne, impose l'expression « science de l'antiquité » (*Altertumswissenschaft*) pour désigner une philologie rénovée, de même Savigny imposera l'expression « science du droit » (*Rechtswissenschaft*) pour qualifier la *Jurisprudenz* rénovée par l'École historique¹⁴.

¹¹ Il s'agit de Friedrich August Wolf (1759-1824), le philologue le plus important dans l'Allemagne de l'époque et dont le chef d'œuvre reste l'étude de référence consacrée à Homère en 1795, *Prolegomena ad Homerum*, où il démontre que les textes homériques ne sont pas l'œuvre d'un aveugle inspiré des dieux, mais la sédimentation d'apports multiples, le résultat donc d'un processus historique. Savigny connaît l'œuvre et considère, dans une lettre à son ami philologue Friedrich Creuzer, que Herder avait anticipé certaines des idées de Wolf sur Homère (lettre du 14 juillet 1807, in : Stoll, *Friedrich Karl v. Savigny. Ein Bild seines Lebens mit einer Sammlung seiner Briefe*, t. 1, Berlin, C. Heymann, 1927, p. 304). De même Savigny (lettre à F. Creuzer du 29 janvier 1808, *ibid.*, p. 313) a lu avec grand intérêt l'article fondamental sur le concept et les fondations méthodologiques de ce que Wolf appelle « science de l'Antiquité » (« Darstellung der Altertumswissenschaft nach Begriff, Umfang, Zweck und Werth », in : Wolf, Buttman, *Museum der Altertumswissenschaft*, t. 1, Berlin, Reimer, 1807). Enfin Savigny deviendra le collègue de Wolf à l'Université de Berlin où tous deux sont nommés dès sa fondation en 1810.

¹² *Ibid.*, p. 46. SW I, 5, p. 247.

¹³ Les deux mots : « intuition » (*Anschauung*) et « vivant » (*lebendig*) font aussi pleinement partie du lexique savignicien. Sur le rôle de l'« intuition » dans la pensée de Savigny : D. Nörr, « Savignysanschauung und Kants Urteilskraft », N. Horn (dir.), *Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart. Festschrift für Helmut Coing zum 70. Geburtstag*, t. 1, München, Beck, 1982, pp. 615 sq. On retrouve fréquemment sous la plume de Savigny l'exacte expression d'« intuition vivante » (*lebendige Anschauung*) et des dérivés (*lebendigste Anschauung, Anschaulichkeit und Lebendigkeit...*).

¹⁴ Sans doute n'est-il pas juste de dire, comme le faisait Paul Koschaker, que l'expression « science du droit » aurait été une « invention de l'École historique allemande » (Koschaker, *Europa und das römische Recht*, 3^{ème} éd., München, Berlin, C. H. Beck, 1958, p. 210). On trouve, en effet, de multiples occurrences de « *iurisscientia* » ou « *Rechtswissenschaft* » dès la seconde moitié du XVIII^e siècle. Du moins n'est-il guère contestable que Savigny a imposé l'expression dans le langage ordinaire des juristes allemands qui, tout au long du XIX^e siècle, sont à la recherche des conditions d'un « traitement véritablement scientifique du droit ». Voir particulièrement : J. Schröder, *Wissenschaftstheorie und Lehre der « praktischen Jurisprudenz » auf deutschen Universitäten an der Wende zum 19. Jahrhundert*, Frankfurt a. M., Klostermann, 1979.

Si le projet de l'*Altertumswissenschaft* peut être caractérisé, avec Wolf, comme « la mise en cause de l'ancien humanisme (...) figé dans la seule critique de texte et de langue et la transformation de la philologie, simple étude de la langue, en science qui saisit, sans se perdre dans le détail érudit, le tout et ses connexions » et si son but est dans « l'appréhension de l'Antiquité comme une totalité vivante, comme *Gesamtleben*, comme un organisme qui se développe selon les lois propres de la vie et dont il s'agit de pénétrer l'esprit (*Geist*), ce qui ne peut se faire que par une démarche compréhensive visant à coïncider avec l'objet étudié (*durch einführender Verstehen*) », ce qui passe par la « représentation de la langue comme essentiellement historique »¹⁵, on ne saurait méconnaître la proximité de ce programme avec celui de la « science » savignicienne d'un droit essentiellement représenté comme historique et dont la connaissance véritable passe par une rénovation de l'herméneutique juridique qui n'est pas sans liens profonds avec la constitution par le théologien Friedrich Schleiermacher, au même moment, d'une herméneutique générale¹⁶. Même si elle fut critiquée en tel ou tel de ses aspects¹⁷, la démarche de Wolf et ses *Prolegomena* reçurent l'approbation de Goethe, mais aussi de Wilhelm von Humboldt ou encore des frères Schlegel, c'est-à-dire des grandes puissances intellectuelles de l'époque¹⁸. Or, c'est là l'essentiel des références auxquelles le jeune Savigny doit sa formation intellectuelle¹⁹.

¹⁵ J. Quillien, G. de Humboldt et la Grèce. Modèle et histoire, P.U. Lille, 1983, p. 17.

¹⁶ Sur ces liens : J. Rückert « Savignys Hermeneutik – Kernstück einer Jurisprudenz ohne Pathologie », J. Schröder (dir.), *Theorie der Interpretation vom Humanismus bis zur Romantik – Rechtswissenschaft, Philosophie, Theologie*, Stuttgart, Franz Steiner, 2001. Les notes des cours de Schleiermacher consacrés à l'herméneutique sont traduites en français dans : F. D. E. Schleiermacher, *Herméneutique*, Paris, Cerf, 1987. Comme Wolf et Savigny, Schleiermacher appartient au premier groupe des professeurs appelés par Humboldt à l'Université de Berlin.

¹⁷ Voir le discours de Schleiermacher « Sur la notion d'herméneutique en référence aux indications de F. A. Wolf et au manuel d'Ast » prononcé le 12 août 1829 devant l'Académie des sciences de Berlin et reproduit in : *Herméneutique*, op. cit., pp. 155 sq. Schleiermacher avait été l'étudiant de Wolf à Halle (E. Behler, *Le premier romantisme allemand*, Paris, PUF, 1996, p. 228).

¹⁸ Voir : G. Gusdorf, *Les origines de l'herméneutique*, Paris, Payot, 1988, p. 107. Wolf fut un ami proche de Goethe. Eckermann rapporte une soirée donnée par Goethe en l'honneur de Wolf le 19 avril 1824, ce dernier étant en route pour le Sud de la France où il devait d'ailleurs mourir en août de la même année (*Conversations avec Eckermann*, trad. fr., Paris, Gallimard, 1988, p. 114. Sur les relations de Humboldt avec Wolf, voir : Quillien, op. cit., pp. 15 sq. et le ton extrêmement amical des lettres qu'adresse Humboldt à Wolf (W. v. Humboldt, *Briefe*, München, Carl Hanser, 1952) en 1793-94 déjà (pp. 73, 81, 89) ou encore lors des préparatifs de la création de l'Université de Berlin (pp. 304, 305, 309, 310). F. Schlegel soumit à Wolf le manuscrit de son *Histoire de la poésie des Grecs et des Romains* (E. Behler, op. cit., p. 81) et rédigea, en 1796, un essai intitulé : « De la poésie homérique, en référence aux études de Wolf ». On trouve un éloge de Wolf encore dans le texte de Schlegel « L'essence de la critique » (in : P. Lacoue-Labarthe et J.-L. Nancy, *L'absolu littéraire*, Paris, Seuil, 1978, p. 415).

¹⁹ De nombreuses références dans : J. Rückert : *Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl von Savigny*, op. cit. Voir aussi, sur les années d'apprentissage philosophique de Savigny, l'ouvrage

Et l'on peut apercevoir tout autant combien le projet de Savigny correspondrait assez à ce que Ernst Behler signale comme un tournant de la pensée esthétique chez Friedrich Schlegel : constituer la théorie de la poésie à partir de son histoire, une histoire déséquilibrée toutefois par le poids du paradigme de la littérature grecque²⁰. Il s'agit bien aussi, chez Savigny, de constituer la théorie du droit à partir de son histoire et cette histoire est tout aussi déséquilibrée à raison, ici, du poids spécifique du paradigme du droit romain.

Parce que le droit est histoire, la science du droit doit être historique. L'histoire du droit n'est pas, en conséquence, à considérer comme une science *auxiliaire* (*Hilfswissenschaft*), extérieure et séparée de la science véritable du droit, mais comme la science constitutive de la science juridique elle-même. Dès 1802, dans son cours de méthodologie dispensé à Marbourg, Savigny l'exprime nettement : « La *Jurisprudenz* est une science historique²¹. » Elle est aussi et tout autant « une science philosophique », les deux aspects devant être liés, la méthode juridique se trouvant « parachevée » ou « accomplie » (*vollendet*) par cette liaison. Il s'agit là, dit Savigny en 1802 déjà, d'« une nouvelle vision pour la science » qui passe par le « traitement *historique* au sens propre ». Et voulant associer le grand maître Hugo à cette « nouvelle vision », il croit (ou espère) découvrir à la base du *Traité* de Hugo qu'il recense en 1806, par interprétation empathique (*einfühlendes Verstehen*) l'idée-force de sa propre conception : « À la base du présent ouvrage se trouve une idée supérieure selon laquelle la science juridique tout entière elle-même n'est rien autre qu'histoire du droit, de sorte qu'une étude isolée d'histoire du droit ne peut être distinguée de toute autre étude de la science juridique que par une différence dans la répartition de l'ombre et de la lumière²². » Cette nouvelle vision de la science du droit passe par un traitement de l'*histoire* du droit qui ne soit pas « externe », mais qui saisisse « toute l'histoire interne du droit »²³. Les notes de l'étudiant Jakob Grimm, transcrivant le cours du jeune Savigny, ne disent pas autre chose : « La notion ordinaire de l'histoire du droit est trop limitée, on offre seulement une histoire

de référence de Dieter Nörr : *Savignys philosophische Lehrjahre. Ein Versuch*, Frankfurt a. M., Klostermann, 1994.

²⁰ Behler, *op. cit.*, p. 80.

²¹ Savigny, *Vorlesungen über juristische Methodologie 1802-1842*, éd. par A. Mazzacane, Frankfurt a. M., Klostermann, p. 87 (p. 88, pour les citations suivantes). Une deuxième édition révisée et augmentée de ces cours vient de paraître, chez le même éditeur, au moment où ces lignes sont écrites (printemps 2004) ; elle n'a malheureusement pas pu être prise en considération.

²² Recension précitée, in : Savigny, *Vermischte Schriften*, t. 5, *op. cit.*, p. 2.

²³ *Ibid.*, p. 5.

externe au lieu d'une histoire interne, alors que le système doit être pensé comme en constante évolution²⁴. »

*

* *

Ce tournant philologique de la pensée allemande, qui a vocation à rénover l'ensemble des domaines du savoir, engage donc chez Savigny, du point de vue épistémologique, une historisation de la science du droit dont la condition est une nouvelle « vision » de l'histoire comme histoire *interne*, c'est-à-dire d'une histoire qui ne soit plus vue comme « une collection d'exemples moraux et politiques »²⁵, mais comme l'auto-développement d'une « conscience » ou d'un « esprit » qu'il s'agit de pénétrer par saisie intuitive, par une « intuition vivante », cet effort vers l'esprit des époques passées participant ainsi également à la formation ou l'édification (*Bildung*) de l'esprit du sujet même de cette connaissance²⁶. Mais, d'un autre côté, ce tournant philologique engage, du même mouvement, « une manière nouvelle de concevoir le rapport du *moderne* à l'*antique* », et si pour les philologues Heyne, Wolf et Humboldt « il ne s'agit plus d'étudier les Grecs pour les transposer dans l'époque moderne, mais de les comprendre dans leur propre présent comme une totalité achevée »²⁷, il ne s'agit plus non plus, chez Savigny, d'entretenir un rapport purement mimétique à l'antiquité romaine, d'instituer le droit romain comme le modèle exemplaire que, dans la grande « collection des exemples moraux et politiques », il conviendrait d'*imiter* à l'identique, car une imitation, prise en ce sens formel, supposerait précisément un *rapport extérieur* entre l'imitant et l'imité, quand le paradigme d'une histoire *interne* construit une communauté organique entre la totalité de l'époque passée d'un peuple et la totalité de l'époque présente du

²⁴ Savigny, *Juristische Methodenlehre*, d'après les notes de Jakob Grimm, éd. par G. Wesenberg, Stuttgart, Koehler, 1951, p. 17.

²⁵ Savigny, « Ueber den Zweck dieser Zeitschrift », *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* I, 1815, p. 3. Trad. fr. : « Sur le but de la présente revue », in : *L'esprit de l'École historique du droit*, Annales de la Faculté de Droit de Strasbourg, nouvelle série, n° 7, 2004.

²⁶ Savigny pourrait bien dire avec F. Schlegel que l'histoire « lorsqu'elle ne se borne pas à une simple nomenclature de noms, de dates et de faits extraordinaires, lorsqu'elle sait embrasser et peindre l'esprit des grandes époques, des grands hommes et des événements, est elle même une véritable philosophie, sûre, intelligible pour tous, la plus riche en leçons de tout genre », c'est-à-dire le meilleur moyen « pour élever et ennoblir (...) l'homme intérieur » (F. Schlegel, *Tableau de l'histoire moderne*, tome 1, trad. fr. par Cherbuliez, Paris et Genève, Renduel, Cherbuliez, 1831, pp. 1-3).

peuple qui en poursuit le travail de l'esprit²⁸, une *libre* imitation non pas des formes extérieures, mais du mode de l'activité spirituelle. Il faut donc à la fois considérer la complétude d'une époque pour elle-même, comme totalité achevée, et le lien qui la rattache à d'autres époques et qui fait qu'elle ne trouve pas *en elle-même* les ressources de cette complétude. Ce que dit très exactement cette phrase célèbre de Savigny : « Ce qui peut être regardé comme étant individuel est, envisagé par un autre côté, membre d'un Tout plus élevé²⁹. » À partir de là, il peut considérer que c'est « méconnaître et défigurer complètement la vision historique de la science du droit » que d'affirmer qu'une forme antique du droit aurait une valeur essentiellement supérieure à celle du droit moderne qui lui donnerait sur ce dernier un pouvoir légitime de domination sur le présent et l'avenir : « Au contraire, l'essence de cette vision consiste précisément dans la reconnaissance uniforme de la valeur et de l'autonomie de chaque époque et elle ne met l'accent que sur ce que le lien vivant doit être lui aussi reconnu qui attache le présent au passé et sans la connaissance duquel nous ne percevrions de l'état actuel du droit que la manifestation extérieure sans pouvoir en concevoir l'essence intérieure³⁰. » Autonomes d'un certain point de vue, les époques sont en même temps attachées intimement les unes aux autres, elles sont à la fois dans l'ordre de la liberté et dans l'ordre de la dépendance, de la nécessité : « Alors, chaque époque doit reconnaître quelque chose de donné qui, cependant, est à la fois nécessaire et libre³¹. » De telle

²⁷ Toutes les citations sont de J. Quillien, *op. cit.*, p. 17.

²⁸ Car, évidemment, le peuple allemand du XIX^e siècle n'est pas le continuateur *biologique* ou *naturel* du peuple romain, mais plus exactement le légataire de son esprit. Il faut insister sur ce point que, de fond en comble *spirituelle* par essence, l'École historique de Savigny ou Puchta – il en irait autrement de l'École historique « germaniste » –, est radicalement éloignée d'un organicisme biologique qui pourrait inspirer une théorie raciste du droit. C'est une raison pour laquelle Savigny fut toujours une référence ambiguë et difficile pour les « théoriciens » nazis du droit. Si certains ont cru en 1933 que le « rêve de Savigny (...) devenait réalité » (H. J. Wolff, *Die neue Regierungsform des Deutschen Reiches*, 1933, p. 9), ils se sont fait violemment critiquer par les plus radicaux qui ne voyaient pas autre chose en Savigny qu'un avatar de la pensée libérale (voir : R. Höhn, *Rechtsgemeinschaft und Volksgemeinschaft*, Hamburg, Hanseatische Verlagsanstalt, 1935, p. 50 et *passim*). Acrobatique et pathétique à la fois, Karl Larenz s'essaie à une forme nouvelle de transsubstantiation : « Le sang doit devenir esprit et l'esprit devenir sang. Cela n'est possible que si le sang est esprit. », mais précise, comme par un reste d'honnêteté, qu'il s'agit là d'une « révision » de la conception de l'École historique (« Volksgeist und Recht. Zur Revision der Rechtsanschauung der historischen Schule », *Zeitschrift für Deutsche Kulturphilosophie* I, 1935, p. 42. Sur Larenz : O. Jouanjan, « Communauté, race et "rénovation allemande du droit" : Karl Larenz, ou les errements de l'hégélianisme juridique sous le Troisième Reich », in : C. Colliot-Thélène, J.-F. Kervégan (dir.), *De la société à la sociologie*, Lyon, ENS éditions, 2002, pp. 183 sq.).

²⁹ « Ueber den Zweck dieser Zeitschrift », précit., p. 3.

³⁰ Toutes les citations dans : Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, tome 1, Berlin, Veit, 1840, pp. xiv-xv.

³¹ Savigny, « Ueber den Zweck dieser Zeitschrift », précit., p. 3.

manière que l'époque présente n'est pas, purement et simplement, dans la dépendance qu'instituerait le rapport mimétique formel, dans la dépendance du modèle à imiter.

Ernst Behler³² a montré l'importance pour la conscience historique du premier romantisme de l'importation tardive en Allemagne – dans la seconde moitié du XVIII^e seulement, spécialement par l'intermédiaire de Herder – de la « Querelle des Anciens et des Modernes ». Or, les romantiques entrent en réaction contre la « conception relativiste » de Herder qui voit l'histoire comme un vaste mouvement continu d'entraînement des choses humaines et qui l'amène à conclure, comme par l'effet d'une logique historique linéaire, qu'il est évidemment « plus proche de Shakespeare que des Grecs »³³. La conscience historique des romantiques n'est précisément pas celle d'un simple *continuum* linéaire, progressif ou dégressif, qui *séparerait* toujours davantage l'actuel de l'origine. « Le problème de notre littérature, écrit Friedrich Schlegel à son frère en 1794, me paraît être la *réunion* de ce qui est essentiellement moderne avec ce qui est essentiellement ancien³⁴. » Il n'y a de *perfectionnement* véritable de l'art, écrit Behler, dans cette optique, que « dans une relation vivante à l'Antiquité »³⁵, relation vivante, autrement dit *spirituelle* et donc aussi *libre*³⁶.

Le rapprochement s'impose à l'évidence. L'histoire juridique de Savigny n'est pas l'histoire d'une perte, d'un éloignement, mais d'un perfectionnement qui ne peut se faire que dans la convocation de l'origine romaine et de son destin et dans l'effort pour en revivifier l'*esprit*. De même que pour Friedrich Schlegel, l'*imitation* des Anciens ne saurait être dans la reproduction de la forme extérieure, mais, prétention plus élevée, dans le geste de la réappropriation d'un esprit³⁷ – autrement dit de la forme *intérieure* – de même l'actualité du droit romain de Savigny ne passe pas tant par la description extérieure de ses règles et solutions que par la reconquête de l'esprit des juristes du droit romain classique, c'est-à-dire à la fois la pénétration à l'intérieur de leur conceptualité (qu'accomplit seulement la systématisation des concepts), et la réappropriation de leur méthode, de leur manière de faire avec les concepts du droit.

³² Behler, *op. cit.*, pp. 23 sq.

³³ *Ibid.*, p. 27. La citation est tirée de l'essai de Herder intitulé *Shakespeare* et paru en 1772.

³⁴ Citation, *ibid.*, p. 29, je souligne.

³⁵ *Ibid.*

³⁶ « Libre vis-à-vis de l'Antiquité », dit F. Schlegel (cité, *ibid.*, p. 106).

³⁷ *Ibid.*

*

* *

C'est d'ailleurs à partir de cette position fondamentale seulement que l'on peut comprendre d'abord la signification, pour Savigny, du lien intime entre l'histoire et le système : la systématisation est l'opération même d'actualisation, de revivification de l'esprit du droit historique. Le parallèle ici encore s'impose avec le projet de F. Schlegel d'un « système historique » qui passe par une absolue corrélation entre composante historique et composante systématique³⁸. « L'histoire, écrit F. Schlegel, est une philosophie en devenir et la philosophie une histoire achevée³⁹. » Il faut prendre garde ici à ce que la philosophie n'est pas l'histoire achevée mais bien achèvement ou parachèvement d'une histoire, *moment* de cette histoire. De plus, la philosophie ne peut avoir d'autre forme, extérieure et intérieure, que systématique. C'est cette corrélation qui peut permettre, chez Savigny, de penser cette combinaison que dès 1802, on l'a vu, il exigeait entre science historique et science philosophique du droit.

La possibilité d'une histoire intérieure du droit qui puisse être liée à une philosophie du droit suppose que soit abandonnée la position kantienne qui, en considérant l'histoire comme simple *cognitio ex datis*, la sépare essentiellement des sciences véritables, lesquelles, en tant que *cognitio ex principiis*, sont systématisables, c'est-à-dire susceptibles d'être unifiées sous une idée⁴⁰. C'est à cette caractérisation kantienne qui interdit de voir dans l'historiographie une science véritable que s'en tient Thibaut (1772-1840), l'adversaire de Savigny dans la querelle de la codification, dans son *Encyclopädie* : « L'histoire, entendue exactement, et prise pour elle-même, ne fait pas partie des sciences puisque, en elle, un ordre systématique est complètement impensable »⁴¹. C'est à partir d'une position semblable que le kantien Anselm Feuerbach rejette les prétentions de l'École historique⁴².

³⁸ Behler, *op. cit.*, p. 95.

³⁹ *Athenaeum*, Fragment 325, in : Lacoue-Labarthe, Nancy, *op. cit.*, p. 147.

⁴⁰ Voir : Kant, *Critique de la raison pure*, Architectonique de la raison pure (trad. fr. par A. Renaut, Paris, Aubier, 1997, pp. 674 sq.).

⁴¹ Thibaut, *Juristische Encyclopädie und Methodologie zum eignen Studio für Anfänger und zum Gebrauch academischer Vorlesungen*, Altona, Hammerich, 1797, § 1, p. 1.

⁴² « Einige Worte über historische Rechtsgelehrsamkeit und einheimische deutsche Gesetzgebung » (1816), rep. in : H. Hattenhauer (éd.), *Thibaut und Savigny*, München, Franz Vahlen, 1973, pp. 221 sq.

Joachim Rückert a donc raison d'insister sur le fait que le concept d'histoire avec lequel opère Savigny est un concept qui vient « de l'idéalisme allemand *après* Kant »⁴³. L'histoire *interne* à laquelle vise le programme savignicien renvoie à un concept de l'histoire qui lui vient, plus que de Herder encore, des premiers romantiques et de Schelling, dont la pensée était, selon Habermas, « plus historique que celle de tous ses contemporains », contemporains parmi lesquels il faut compter Hegel aussi⁴⁴.

Il faut ici rappeler cette phrase capitale déjà citée et tirée de l'article de présentation de la *Revue pour la science historique du droit* de 1815 : « Chaque époque doit reconnaître quelque chose de donné qui, cependant, est à la fois nécessaire et libre⁴⁵. » Il est difficile de ne pas voir dans cette figure si caractéristique de l'unité de la nécessité et de la liberté, dans le contexte d'un écrit qui entend fonder la science du droit sur l'histoire, dont le concept doit être correctement entendu en tant qu'histoire *interne* et non collections d'exemples extérieurs, une allusion au concept idéaliste de l'histoire tel que le déploie spécialement Schelling.

Car il s'agit aussi, chez ce dernier, de ce point où « nécessité et liberté doivent s'unir », où « nécessité et liberté s'interpénètrent, formant un seul et même être-essentiel (*Wesen*) »⁴⁶. Dans son *Système de l'idéalisme transcendantal* de 1800 déjà, Schelling déclare nettement que le « principal caractère de l'histoire » est « qu'elle présente la liberté et la nécessité dans leur union » et qu'elle n'est possible « que par cette union »⁴⁷.

Derrière l'apparent paradoxe de ces formules, on doit reconnaître l'idée selon laquelle si l'histoire n'était que l'empire d'une liberté erratique, de l'« arbitraire » dans le lexique savignicien, elle ne présenterait que l'image d'une succession de chaos et de ruptures à laquelle, non seulement, il serait impossible d'assigner une direction, mais dont il serait même impossible de faire un récit un peu suivi. À l'inverse si l'histoire n'était

⁴³ J. Rückert, « Juristische Methode und Zivilrecht beim Klassiker Savigny (1779-1861) », in : J. Rückert (dir.), *Fälle und Fallen in der neueren Methodik des Zivilrechts seit Savigny*, Baden-Baden, Nomos, 1997, p. 39.

⁴⁴ Habermas, *Das Absolute und die Geschichte* (1954), cité par P. David, Schelling. De l'absolu à l'histoire, Paris, PUF, 1998, p. 5.

⁴⁵ Savigny, « Ueber den Zweck dieser Zeitschrift », précit., p. 3.

⁴⁶ Schelling, *Philosophische Untersuchungen über das Wesen der menschlichen Freiheit und die damit zusammenhängenden Gegenstände* (1809), SW I, 7, p. 385 (trad. fr. par J.-F. Courtine et E. Martineau, Recherches philosophiques sur l'essence de la liberté humaine et les sujets qui s'y rapportent, in : Schelling, *Œuvres métaphysiques 1805-1821*, Paris, Gallimard, 1980, p. 168 pour les citations).

⁴⁷ Schelling, *System des transcendentalen Idealismus*, SW I, 3, p. 593.

que le règne de la pure nécessité, elle serait le lieu d'une monotone reproduction à l'identique et serait le contraire même donc de l'histoire. L'hypothèse qu'on peut formuler est la suivante : ce moment de l'unité du nécessaire et du libre est le moment même de l'agir humain, c'est-à-dire du sujet. Car dans le sillage de Fichte chez lequel le Moi est pur agir, absolument actif⁴⁸, Schelling écrit : « L'essence de l'être humain est agir »⁴⁹. En tant que conscience, l'être humain est agir et « toute pensée est un acte »⁵⁰. Mais toute pensée s'accompagne d'un « je pense » qui suppose un rapport à soi plus originaire que toute pensée. De sorte que l'acte absolument originel est conscience de soi, c'est-à-dire l'acte par lequel le sujet se pose à soi-même en tant qu'objet : « Que dans la conscience de soi le sujet et l'objet de la pensée sont un, cela ne peut être clair pour chacun que dans l'acte même de la conscience de soi »⁵¹. » Celle-ci est ainsi le « point » où « sujet et objet sont immédiatement un »⁵². Cette *identité* du sujet et de l'objet dans l'acte de conscience de soi est fondatrice du Moi⁵³. D'où : le Moi est identité de l'objectif et du subjectif, identité qui permet l'énoncé paradoxal selon lequel « le Moi, en tant que Moi, ne peut être illimité que dans la mesure où il est limité et, réciproquement, ne peut être limité, en tant que Moi, qu'en tant qu'il est illimité »⁵⁴. C'est dans ce paradoxe que se fonde le Moi *en tant que devenir*⁵⁵. Car ce paradoxe n'est pas concevable si l'on pose le Moi comme sujet-substance toujours identique à soi-même. L'identité du subjectif et de l'objectif n'est pensable qu'à partir du Moi conçu comme activité, qui pose par définition en même temps l'affirmation subjective de ce qui doit être et la négation objective de ce qui doit n'être plus, comme devenir donc.

Ce petit détour, bien sommaire, par la métaphysique de la conscience est indispensable car il permet de comprendre comment l'approfondissement, après Kant, du thème de la conscience de soi donne au devenir, au temps et à l'histoire son fondement propre dans l'idéalisme schellingien. On comprend à partir de là pourquoi Schelling affirme, pour prendre une formulation nette qu'on trouve dans les *Leçons privées de Stuttgart* : « En vérité, *chaque* chose (...) a le temps en soi-même. Il n'y a pas

⁴⁸ On emprunte à M. Vetö, *Fichte. De l'action à l'image*, Paris, L'Harmattan, 2001, p. 30.

⁴⁹ Schelling, *Einleitung zu : Ideen zu einer Philosophie der Natur* (1797, 2^{ème} éd. 1803), SW I, 2, p. 13.

⁵⁰ Schelling, *System des transcendentalen Idealismus*, SW I, 3, p. 365.

⁵¹ *Ibid.*

⁵² *Ibid.*, p. 364.

⁵³ « Le concept du Moi advient par l'acte de la conscience de soi ; en dehors de cet acte, donc, le Moi n'est rien » : *ibid.*, p. 366.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 382.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 383.

de temps *extérieure*, universel, tout temps est subjectif, c'est-à-dire un temps intérieur que chaque chose a en soi et non hors d'elle-même⁵⁶. »

La thèse est ici, que l'histoire du droit chez Savigny, comme histoire *intérieure* n'est concevable qu'à partir de ce concept *subjectif* du temps, concept développé dans l'idéalisme allemand à partir du thème fondamental de la conscience de soi.

C'est seulement si on le rapporte à cette fondation subjective du temps et du devenir que l'on peut saisir l'image du droit telle que la construit Savigny. On comprend alors la portée véritable de la phrase célèbre selon laquelle : « *Der eigentliche Sitz des Rechts (ist) das gemeinsame Bewußtsein des Volkes* » : le siège véritable du droit est la conscience commune du peuple⁵⁷. Le peuple est un « sujet actif, personnel »⁵⁸. Si les présupposés métaphysiques établis plus hauts sont exacts, il en résulte que, phénomène *subjectif*, le droit est *essentiellement* histoire car expression d'un sujet *actif*, et que sa connaissance est savoir de l'histoire d'une conscience, qu'elle vise donc cette *histoire intérieure* dont parle Savigny. Pour comprendre le projet savignicien à partir de ses fondations philosophiques, il convient donc de donner au concept de « conscience », dans lequel s'enracine celui de « droit » le poids métaphysique que lui accorde, à l'époque, l'idéalisme et, spécialement, celui de Schelling.

*

* *

On voudrait insister rapidement sur trois conséquences de cette construction du droit comme histoire à partir d'une métaphysique du sujet.

D'abord ce qu'on appelle les « sources du droit » et que Savigny fixe au nombre de trois – la coutume, la législation et la science – doivent être distinguées du lieu plus

⁵⁶ Stuttgarter Privatvorlesungen, SW I, 7, p. 431.

⁵⁷ Savigny, *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg, Mohr und Zimmer, 1814, p. 11. « Le siège de la production du droit est dans ce tout naturel (*Naturganze*), car c'est dans l'esprit populaire commun, qui imprègne les individus que se trouve la force qui peut satisfaire le besoin évoqué plus haut » (*System des heutigen Römischen Rechts*, tome 1, *op. cit.*, p. 19). « Comme la langue, le droit vit dans la conscience du peuple » (*ibid.*, p. 9). « C'est dans la conscience commune du peuple que vit le droit positif, et nous devons l'appeler, en conséquence, *droit populaire* » (*ibid.*, p. 14). Le « fondement de tout droit positif » a « son existence, son effectivité dans la conscience commune du peuple » (*ibid.*, p. 35).

⁵⁸ *System des heutigen Römischen Rechts*, tome 1, p. 18.

originel d'où elles jaillissent, le « fondement de la genèse » (*Entstehungsgrund*) du droit, à savoir la conscience populaire. Ces « sources », qui sont donc comme les dérivations d'un même flux originel, sont les modes de *révélation* d'un droit déjà là et dont la fermentation est permanente mais au fond obscure⁵⁹, un droit invisible mais réel que Savigny appelle le droit « positif ». Mais le peuple, porteur immédiat de la coutume, le législateur et les juristes, « représentants » du peuple⁶⁰ ne sont pas des instances *extérieures* à la conscience qu'ils expriment. Ils en sont en vérité l'activité même. De sorte que le travail de ces « sources » constitue le travail même de la conscience *de soi* du sujet populaire. Leur activité est un processus d'*autorévélation* d'un sujet à soi-même.

Ensuite, si la science du droit est l'un des organes de la conscience de soi d'un peuple, et si cette conscience est productrice du droit d'un peuple, la science juridique travaille non pas à un droit qui lui serait extérieur, comme à un objet séparé d'elle, mais elle travaille à la réalisation même de ce droit. La science juridique savignicienne n'est pas alors « positiviste » au sens moderne de ce mot, si le positivisme scientifique postule un principe de stricte séparation entre sujet de la connaissance et objet de la connaissance. La science du droit, là où elle est développée, est l'un des moteurs – et a vocation à être le principal moteur – de l'histoire réelle du droit, c'est-à-dire du droit même. Si la réalisation du droit passe à la fois par ce processus obscur de fermentation et par l'activité de sa révélation, la science du droit est à proprement parler un mode de production du droit et même, le mode éminent, car elle révèle ce droit de la manière la plus complète et la plus claire à la conscience, le saisissant dans son ordre organique propre, en tant que système⁶¹. Pour cette raison, il est conséquent, à partir de ses propres principes, de ranger la science juridique parmi les sources du droit.

Enfin, l'on conçoit l'importance chez Savigny de la question méthodologique dont l'ampleur dépasse largement le seul problème de l'application de règles aux cas concrets⁶² et qu'il faut bien davantage envisager comme une *réflexion* sur l'agir juridique qui seule permet la communication intime des esprits au-delà des analogies littérales

⁵⁹ Puchta parlera, d'une forte image, de « l'atelier obscur » où se prépare le droit, à savoir l'esprit populaire. Voir l'*Encyclopédie* qui introduit le tome I *du Cours des Institutionen*, p. 27. Trad. fr. in : *L'esprit de l'École historique du droit, Annales de la Faculté de droit de Strasbourg*, nouvelle série, n° 7, 2004, pp. 35 sq.

⁶⁰ Savigny, *Vom Beruf unsrer Zeit*, op. cit., p. 12.

⁶¹ Et l'on comprend la lutte de Savigny contre la codification du droit civil comme un combat pour sauvegarder cette éminence de la science sur des modes plus incomplets et moins fiables de révélation du droit.

⁶² Voir surtout: Rückert, « Savigny et la méthode juridique », art. cit.

extérieures. D'où la détermination plus précise du rapport du juriste de l'École historique au droit romain : « Si le mal principal qui affecte l'état de notre droit consiste en une séparation toujours croissante entre la théorie et la pratique, alors on ne trouvera pas d'autre expédient que dans le rétablissement de leur unité naturelle. Or, c'est précisément à cela que le droit romain, si nous entendons l'utiliser correctement, peut fournir les plus grands services. Chez les juristes romains, cette unité naturelle apparaît encore inentamée et agit de la façon la plus vivante⁶³. » Cette « unité naturelle » qui caractérisait le mode d'agir des juristes romains correspond remarquablement à ce « sommet de la période où l'art se formait naturellement » à laquelle fait allusion Schlegel, évoquant les sommets de l'art antique⁶⁴. C'est d'abord à retrouver, c'est-à-dire comprendre, l'art juridique naturel des romains que doit viser l'effort du juriste historiste et non pas à se borner à exposer et comparer « ses règles pratiques » : « De fait, l'affaire se situe plus profondément »⁶⁵ : « Si la connaissance du droit romain doit nous mener au but qui a été ici fixé, il n'existe alors qu'une seule voie : nous devons nous lire et nous penser par nous-mêmes dans les écrits des anciens juristes⁶⁶. ». Cette phrase concentre de la façon la plus ramassée, en 1840 encore, deux thèmes essentiels de la pensée de Savigny, autant que des premiers romantiques.

On y découvre en effet, en filigrane, la figure du *Selbstdenker*, de celui qui pense par lui-même mais avec autrui ou mieux : celui qui pense *en* autrui (*hineindenken*). Penser avec ou en autrui, c'est la « seule voie » qui permet d'éviter au penseur indépendant de succomber à son propre arbitraire en refusant la posture de la séparation au profit de celle de la communauté de pensée et de trouver là le point d'union entre la nécessité et la liberté. Ce thème traverse toute la préface du *System* qui s'ouvre sur l'éloge de la liberté intellectuelle du juriste et le refus de la soumission aux autorités de la pensée : penser avec ou en autrui, ce n'est pas se soumettre, se placer au-dessous d'autrui, mais s'élever à son niveau, d'où seulement la *critique* est possible⁶⁷. Mais ainsi obligée à l'égard d'autrui, cette liberté de penser n'est pas davantage un pur acte arbitraire. La démarche herméneutique ainsi entendue exemplifie ainsi l'effort vers le point où la liberté s'unit à la nécessité.

⁶³ Savigny, *System I*, Vorrede, p. XXV.

⁶⁴ Cité par Behler, *op. cit.*, p. 29.

⁶⁵ Savigny, *System I*, Vorrede, p. XIX.

⁶⁶ *Ibid.*, p. XXVII.

⁶⁷ D'où l'insistance récurrente dans les premières pages de la préface sur le fait que l'École historique ne peut avoir pour but de *soumettre* le droit actuel au droit romain de l'antiquité (*ibid.*, pp. XIV sq.)

On lit ensuite, dans cette phrase, l'insistance sur la *réflexion* marquée par l'utilisation du pronom réflexif « *uns* » : *nous* lire et *nous* penser dans la littérature classique. Celui qui pense par lui-même en autrui est la figure même du *critique réfléchi*. Il en découle que la démarche historiste n'est donc pas, ainsi envisagée, celle du contemplateur extérieur d'un passé dépassé. L'historien du droit de l'École historique doit, selon Savigny, accomplir sans cesse un effort d'*actualisation* du droit romain, effort qui passe nécessairement par la critique réflexive. Critique et réflexion désignent l'essence même de la méthode historique de Savigny. C'est précisément par cette méthode que le juriste peut remplir sa mission propre : « L'activité bien avisée de chaque époque devrait être destinée à déchiffrer, rajeunir et rafraîchir cette matière donnée avec une nécessité intime⁶⁸. » Tourné vers le passé, le juriste historiste l'est sans doute, mais en tant qu'*actualisateur* du droit, il ne saurait l'être sur le mode de la simple contemplation. Il agit dans et sur le droit. Et son action en tant qu'action n'est pas engluée dans le seul moment du présent, mais, historique elle-même, elle s'ouvre sur l'avenir et lui parle. « L'historien, dit encore un fragment de l'*Athenaeum*, est un prophète tourné vers le passé⁶⁹. » À ce compte, l'on saisit parfaitement que la théorie, la contemplation, ne se détache pas du pratique, de l'agir. Et cette insistance savignicienne sur l'unité de la théorie et de la pratique est profondément liée – telle est en tout cas ici la thèse – à la conception de l'histoire.

*

* *

Cette nécessité historique agit dans le sujet en tant que sujet. Son lieu propre est la conscience. L'histoire du droit est histoire de la conscience juridique et le droit n'est pas autre chose, en son essence, que cette conscience se développant dans l'histoire, en tant qu'histoire. D'où la tâche du juriste qui consiste toute dans l'appropriation de cette conscience. Et cette tâche ne peut être autre chose qu'un travail de conscience, à savoir le travail par lequel la conscience juridique populaire devient conscience propre et claire du juriste. On comprend alors pourquoi lisant les juristes anciens, le juriste actuel doit se

⁶⁸ « Ueber den Zweck dieser Zeitschrift », précit., p. 264.

⁶⁹ Lacoue-Labarthe, Nancy, *op. cit.*, p. 107.

lire et pourquoi il se lit comme un *nous*. Il *présentifie* la conscience juridique historique à la conscience actuelle, il la re-présente. La *méthode* prend alors chez Savigny cette ampleur qui dépasse de beaucoup ce que l'on entend ordinairement par ce mot, et que loin de se résumer à n'être qu'un ensemble de règles destinée à diriger notre entendement, elle est plutôt un exercice personnel qui vise à développer la conscience. C'est d'une « introduction à l'étude personnelle de la discipline juridique » (*Anleitung zu einem eigenen Studium der Jurisprudenz*) qu'il s'agit⁷⁰, d'une formation⁷¹ de l'esprit qui ne peut s'éduquer que par la lecture pensive des maîtres anciens.

« La méthode historique triomphe, écrit Savigny, lorsque l'on réussit à donner de l'objet étudié une intuition (*Anschauung*) simple et immédiate, comme de quelque chose qu'on aurait vécu par soi-même⁷². » On voit parfaitement ici comment la « méthode » historique exige l'appropriation intime par le sujet connaissant de l'« objet ». L'« objet » historique se communique au sujet, lorsque celui-ci est suffisamment « formé » sur le mode « immédiat » de la saisie intuitive. On retrouve ici la valorisation cognitive de l'intuition – de l'« intuition vivante » – qu'on ne peut que rattacher à la place éminente qu'elle occupe dans les doctrines post-kantiennes de la science. Or, cette considération de la méthode historique est liée à la réflexion de Savigny sur l'herméneutique juridique, c'est-à-dire sur la manière dont il convient de faire advenir en nous, « reconstruire » le sens ou plus exactement la « pensée inhérente à la loi », par l'interprétation conçue comme une « libre activité spirituelle »⁷³.

La pensée de Savigny est tout entière occupée à *révéler* les unités cachées qui ordonnent le monde historique, lui donne forme et sens. Tel est le sens de l'herméneutique à laquelle engage le « tournant philologique » que négocie, d'un mouvement profond et puissant, la pensée allemande vers 1800. Tel est le secret de Savigny qu'il appartient au commentateur de révéler.

⁷⁰ *Vorlesungen über juristische Methodologie*, *op. cit.*, pp. 14-19.

⁷¹ Dans ce mot de formation, il faut entendre le terme allemand de *Bildung*, à savoir la culture comme mise en forme de l'esprit, terme qui est si prégnant dans le discours de l'élite cultivée de l'époque.

⁷² « Ueber den Zweck dieser Zeitschrift », précit., p. 000.

⁷³ Voir : *System I*, *op. cit.*, §§ 32, 33.