

Histoire naturelle ou nature historique du droit dans l'École du Droit historique

ALFRED DUFOUR, Genève

Introduction

Il est d'usage dans certaines histoires de la philosophie du droit comme dans certaines histoires de la pensée juridique ou politique d'opposer l'*École du Droit historique* à l'*École du Droit naturel moderne* en caractérisant la première comme l'École de pensée juridique et politique qui a su reconnaître le fondement historique comme la dimension historique du droit par réaction à la seconde, qui se serait focalisée sur le fondement naturel du droit et n'en aurait reconnu que la dimension rationnelle.¹ L'*École du Droit historique* aurait ainsi redonné sa place à l'histoire dans le droit; bien plus elle aurait la première reconnu la dimension proprement et spécifiquement historique du droit et de la science juridique,² ceci par opposition à l'*École du Droit naturel moderne*. Dans cette perspective, l'*École du Droit naturel moderne*, reconnaissant dans la nature de l'homme examinée selon les lumières de la raison le fondement propre du droit, aurait alors en privilégiant la nature et la raison totalement

¹ Caractéristique de cette manière de voir apparaît la présentation qu'opère de l'*École du Droit naturel* comme de l'*École du Droit historique* un A. BRIMO, *Les grands courants de la philosophie du Droit et de l'Etat*, 3e éd., Paris 1978, pp. 87 ss., notamment pp. 97-106 et pp. 181-184, dans la ligne de H. ROMMEN, *Die ewige Wiederkehr des Naturrechts*, 2e éd., Munich 1947, pp. 96-100 et pp. 119-123; tr. fr., F. MARMY, d'après la 1ère éd. 1936, *Le Droit naturel*, Paris-Fribourg, pp. 99-103 et pp. 140-146. Dans le même sens, voir G. FASSO, *Storia della filosofia del diritto*, vol. II, Bologne, 1964, pp. 116 ss., et J.-J. CHEVALLIER, *Histoire de la pensée politique*, 2e éd., Paris 1993, pp. 297-302 et 387-389.

² Voir dans ce sens aussi bien E. WOLF, *Grosse Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte* (GRD), 4e éd., Tubingue 1963, p. 528, et F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* (PRG), 2e éd., Göttingue 1967, pp. 353 ss. et pp. 416 ss., en cette seconde moitié de XXe siècle, que vers le milieu du siècle dernier E. DE LABOULAYE, *Essai sur la vie et les doctrines de M. de Savigny*, Paris 1842, pp. 10 s., et F. J. STAHL, *Philosophie des Rechts*, 2e éd., Heidelberg 1847, pp. 564-567.

méconnu la dimension historique du droit.³ Cette vision réductrice et discontinue de l'histoire de la pensée juridique moderne qui tend à identifier *l'École du Droit naturel moderne* à une École de pensée foncièrement anhistorique, ignorant totalement la dimension historique du droit, fait l'objet d'une sérieuse remise en cause depuis quelques lustres. Les historiens et philosophes du droit qui se sont attelés à l'étude des Fondateurs de *l'École du Droit naturel moderne* – Grotius, Pufendorf, Hobbes – ont bien mis en évidence l'importance de l'histoire non seulement dans la pensée jusnaturaliste en général, singulièrement dans la vie, la pensée et l'oeuvre de Grotius et de Pufendorf comme de Hobbes, mais surtout dans la conception jusnaturaliste du droit et de l'État.⁴

La remise en cause de cette vision réductrice de l'histoire de la pensée juridique moderne n'affecte pas cependant que *l'École du Droit naturel moderne*; elle touche également l'image traditionnelle de *l'École du Droit historique* comme foyer de la pensée historique et comme haut-lieu d'une philosophie historique du droit. Amorcées par les propos iconoclastes d'un Kantorowicz⁵ au début du siècle, c'est ce que révèlent les études corrosives de la littérature la plus récente de notre siècle comme celle qui a marqué le bicentenaire de la naissance de Savigny voici une quinzaine d'années. «Sa conception organique de l'histoire», relevait ainsi Wolfgang Schild dans une étude consacrée à *Savigny face à Hegel*, «s'oriente tout à fait clairement vers des catégories biologiques (...). C'est pourquoi son École du Droit historique est au sens le plus profond anhistorique».⁶ C'est dans un sens

³ Cf. à ce propos les jugements caractéristiques d'un J. SAUTER, *Die philosophischen Grundlagen des Naturrechts*, Vienne 1932, pp. 113 ss., notamment pp. 144 s., et d'un H. ROMMEN, *Wiederkehr* (n. 1), pp. 96–100 avec le grief de „hemungsloser unhistorischer Rationalismus“ adressé à Pufendorf; tr. fr., pp. 99–103.

⁴ Cf. à ce sujet, de manière générale A. DUFOUR, *Les ruses de la Raison d'État ou Histoire et Droit naturel dans l'oeuvre et la pensée des Fondateurs de l'École du Droit naturel moderne*, in: *Festschrift für Hans Thieme zu seinem 80. Geburtstag*, Sigmaringen 1986, pp. 265–284, ainsi que, concernant plus particulièrement Pufendorf, notre état des recherches in: A. DUFOUR, *Pufendorfs föderalistisches Denken und die Staatsrasonlehre*, in: *Samuel Pufendorf und die europäische Frühaufklärung. Werk und Einfluss eines deutschen Bürgers der Gelehrtenrepublik nach 300 Jahren (1694-1994)*, hg. v. FIAMMETTA PALLADINI und GERALD HARTUNG, Berlin (Akademie Verlag) 1996, pp. 106 ss.

⁵ Cf. H. U. KANTOROWICZ, *Was ist uns Savigny?*, in: *Recht und Wirtschaft*, I, 1911, pp. 47–54 et 76–79, et DERSELBE, *Volksgeist und historische Rechtsschule*, in: *Historische Zeitschrift*, 108, 1912, pp. 295–325, publiés in: *Rechtshistorische Schriften*, Karlsruhe 1970, pp. 397–417 et pp. 295–325.

⁶ Cf. W. SCHILD, *Savigny und Hegel*, in: *Savigny y la Ciencia jurídica del Siglo XIX* –

analogue enfin que s'exprimait l'historien marxiste est-allemand Hermann Klenner dans son remarquable article sur *Savigny et la pensée historique en Droit* en soulignant «la conception non-dialectique et donc anhistorique de l'histoire de Savigny et de Hugo». «En exagérant on peut dire», précisait Klenner, «que l'École du Droit historique ne fait pas l'étude du présent comme le produit d'un devenir, mais qu'elle étudie le passé comme quelque chose de présent».⁷ Sans doute l'historien marxiste de Berlin ne faisait-il que prolonger la pensée caricaturale bien connue de Marx sur «cette école, qui légitime l'abjection d'aujourd'hui par l'abjection d'hier, qui qualifie de rébellion le moindre cri du serf contre le knout, dès lors que le knout est un knout chargé d'années, un knout de vieille souche, un knout historique».⁸

Beaucoup plus radicale et profonde que cette mise en cause virulente par Marx du caractère historique de la science juridique savignienne apparaît la *critique* que formule Edouard Gans, le juriste et historien du droit de la mouvance hégélienne,⁹ dans la *Préface* de sa monumentale *Histoire universelle du Droit successoral* comme dans son *Système du Droit civil romain* de 1827.¹⁰

«L'École historique», écrit de manière incisive Ed. Gans, «comprend deux composantes: elle est d'abord la salle de réunion générale de tous ceux qui, très dispersés, se vouent à l'étude des sources – et *en ceci* elle a certes fourni beaucoup de travail méritoire et qu'il faut reconnaître (...) Il en va tout autrement de cette École quant à sa deuxième composante, à savoir son expression philosophique. C'est ici que se fait jour ce qu'elle a de particulier, en effet, puisque cette philosophie historique n'a jamais exercé une quelconque influence sur les travaux et les publications de ceux qui lui appartiennent»
(...)

Anales de la Catedra Francisco Suarez – Universidad de Granada (cit. Anales), N° 18–19/1978–1979, pp. 294 s. et p. 299.

⁷ Cf. H. KLENNER, *Savigny und das historische Denken in der Rechtswissenschaft*, in: *Savigny ...*, Anales (n. 6), pp. 133–169, citation p. 141.

⁸ Cf. K. MARX, *Zur Kritik der Hegelschen Rechtsphilosophie*, in: *Aus dem literarischen Nachlass ... von K. Marx und F. Engels, 1842–1850*, hg. v. F. MEHRING, 4e éd. Berlin-Stuttgart 1923, Bd. 1, p. 386.

⁹ Sur Gans, voir les récentes publications de N. WASZEK, *Eduard Gans (1797–1839): Hegelianer, Jude, Europäer, Textes et documents*, Hegeliana, 1, Francfort/Main 1991, ainsi que E. GANS, *Chroniques françaises*, éd. N. WASZEK, Paris 1993.

¹⁰ Cf. E. GANS, *Das Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwicklung. Eine Abhandlung der Universalrechtsgeschichte*, Bd. 1, Berlin 1824, Vorrede, et DERSELBE, *System des römischen Civilrechts im Grundriss*, Berlin 1827.

«La philosophie», souligne alors Gans, «a bien plus été une enseigne à l'inscription toute arbitraire, que l'indication du contenu de ce qui se trouve dans l'édifice». ¹¹

«Bien pire», conclut-il, «ce qui caractérise la prétendue philosophie de l'École soi-disant historique», c'est, outre «un mépris de son temps par rapport à la législation» (...) une véritable «haine de la philosophie». ¹²

D'un mot qui fera fortune, Gans caractérisera alors l'*École historique*, que Savigny avait définie par opposition à l'*École non-historique*, comme l'*École non-philosophique* par excellence. ¹³

Enfin, faisant écho en quelque sorte au début de notre siècle à ce dénigrement par Gans de l'*École du Droit historique* de Savigny sur le plan *philosophique*, on ne peut manquer d'évoquer la formule assassine de Gierke sur le plan *historique* qualifiant, dans son bilan sur l'*École du Droit historique et les Germanistes* de 1903, la pensée savignienne d'«anhistorique», d'«antihistorique», d'*ungeschichtlich*, voire de *geschichtswidrig*. ¹⁴

«*Unphilosophische Schule*», «*ungeschichtliche Schule*» – on est bien loin, certes, de l'éloge qu'Edouard de Laboulaye adressait à Savigny en le célébrant, dans son fameux *Essai* sur sa vie et sa doctrine de 1842, «comme le premier qui a réhabilité dans la jurisprudence l'étude de l'histoire (...), le premier aussi et le seul qui a senti la nécessité de donner une base philosophique à cette étude». ¹⁵

«*Unphilosophische Schule*», «*ungeschichtliche Schule*» – ce double grief est de taille. Provenant d'horizons aussi différents et contredisant aussi directement l'éloge d'un Laboulaye, il mérite examen. Il le mérite d'autant plus, d'une part, que le développement même de la pensée du fondateur de l'*École du droit historique* n'a pas cessé de diviser ses interprètes, d'autre part et surtout, que la terminologie de Savigny lui-même en matière d'*histoire* n'est pas exempte d'ambiguïté.

D'abord, quant au développement de la pensée de Savigny, depuis longtemps les disparités, les différences de ton, voire les inconséquences existant entre les écrits programmatiques de Savigny de 1814–

¹¹ Cf. E. GANS, *Das Erbrecht* (n. 10), pp. IX-X.

¹² Cf. E. GANS, *Das Erbrecht* (n. 10), pp. XIV-XV.

¹³ Cf. E. GANS, *System* (n. 10), p. 163.

¹⁴ Cf. O. V. GIERKE, *Die historische Rechtsschule und die Germanisten*, Berlin 1903, pp. 14–17.

¹⁵ Cf. E. DE LABOULAYE, *Essai* (n. 2), pp. 10 s.

1816 et son oeuvre d'historien du Droit et de romaniste de 1806 à 1840 ont divisé les interprètes de la pensée savignienne.

Pour les uns, représentant le courant dominant jusqu'au milieu de ce siècle, il importait pour rendre raison de ces disparités de distinguer deux Savigny, à savoir un jeune Savigny, romantique et historiciste – celui des écrits programmatiques – et un Savigny de la maturité, systématique, à l'origine du pandectisme – celui des oeuvres majeures.¹⁶ Si cette thèse interprétative expliquait bien – fût-ce au prix de l'affirmation d'une *rupture* dans la pensée savignienne – les *écarts*, les *contradictions* ou les *disparités* selon les auteurs existant entre *écrits programmatiques et oeuvre historique et dogmatique* de Savigny, elle laissait malheureusement totalement dans l'ombre la première grande oeuvre dogmatique du romaniste, le *Droit de la Possession*.

Pour d'autres auteurs au contraire, qui représentent la doctrine dominante depuis la découverte dans les années 1930, puis la publication en 1951 du *Cours de Méthodologie juridique* donné par Savigny à Marbourg en 1802–1803, enfin depuis l'ouverture en 1978, après leur acquisition, des Archives Savigny à la Bibliothèque de l'Université de Marbourg et la publication de ses manuscrits de cours, notamment par Aldo Mazzacane et par Horst Hammen,¹⁷ c'est l'idée de *continuité* qui s'impose entre les écrits *méthodologiques et dogmatiques* du tout jeune Savigny et les oeuvres *historiques et systématiques* majeures de la maturité.¹⁸ Il n'est pas jusqu'aux écrits *program-*

¹⁶ Voir dans ce sens G. SOLARI, *Filosofia del diritto privato*, II. *Storicismo e Diritto privato*, Turin 1940, pp. 55–89 et pp. 152–300; P. KOSCHAKER, *Europa und das römische Recht*, Munich/Berlin 1947, pp. 256–283; G. WESENBERG, *Vorwort* à F. C. v. SAVIGNY, *Juristische Methodenlehre* (cit. JM), Stuttgart 1951, p. 7; E. WOLF, *GRD* (n. 2), pp. 467–542, et G. FASSO, *Storia* (n. 1), vol. III, Bologne 1974, tr. fr., Paris 1976, pp. 34–41. Sur les principales tendances de l'historiographie savignienne, voir F. WIEACKER, *Wandlungen im Bilde der historischen Rechtsschule*, *Jurist. Studiengesellschaft*, H. 77, Karlsruhe 1967, et plus récemment A. MAZZACANE, *Jurisprudenz als Wissenschaft – Die Vorlesungen über juristische Methodologie von Friedrich Carl von Savigny*, in: F. C. v. SAVIGNY, *Vorlesungen über juristische Methodologie 1802–1842* (cit. *Vorlesungen 1802–1842*), hg. v. A. MAZZACANE (*Jus Commune, Sonderheft 63, Savigniana*, 2), Francfort/Main 1993, pp. 6 ss.

¹⁷ Voir en particulier les éditions des cours de méthodologie juridique savignienne F. C. v. SAVIGNY, *Vorlesungen 1802–1842* (n. 16). Pour une présentation générale des manuscrits de cours de Savigny, cf. J. RÜCKERT, *Einführung zur Gesamtedition Savignyana*, in: F. C. v. SAVIGNY, *Pandektenvorlesungen 1824/25*, hg. v. H. HAMMEN, *Jus Commune, Sonderheft 62, Savignyana*, 1, Francfort/Main 1993, pp. V–XIII.

¹⁸ Cf. dans ce sens déjà W. WILHELM, *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert*, Francfort/Main 1958, pp. 17–69, et E. BÖCKENFÖRDE, *Die Historische Rechts-*

matiques dont cette thèse de la *continuité* ne rende raison depuis la mise au jour, à travers la correspondance de Savigny, de la planification de toute l'oeuvre savignienne, le *Vom Beruf*, consacré à l'idéologie des codifications, apparaissant conçu dès 1810 et pensé dès juillet 1814 comme un chapitre introductif de *l'Histoire du Droit romain au Moyen-Age*.¹⁹ A souligner ainsi la continuité de la pensée et de l'oeuvre de Savigny, cette thèse interprétative réduit en revanche considérablement l'historicisme des écrits programmatiques de 1814-1816; elle va même jusqu'à prêter à Savigny des concessions à l'esprit du temps pour contrecarrer plus efficacement les projets de codification et mieux faire valoir sa haute conception du rôle de la science juridique.²⁰

C'en est assez pour montrer le caractère problématique de l'interprétation du développement de la pensée de Savigny. Mais il y a plus encore. A l'examen attentif des textes mêmes de Savigny, singulièrement de ses écrits programmatiques de 1802 à 1816, c'est surtout la terminologie savignienne elle-même en matière d'histoire, notamment son utilisation des termes *Historie*, *historisch* et de *Geschichte*, *geschichtlich* qui font difficulté. C'est, en effet, en des sens différents que Savigny utilise ces termes. C'est ainsi en un sens bien précis, mais distinct de celui du *Vom Beruf* ou de l'article programmatique de 1815 sur l'objectif de sa nouvelle revue, que le jeune Savigny emploie le terme *historisch*, lorsqu'il inaugure son *Cours de méthodologie juridique* de Marbourg en 1802 en affirmant:

«Si nous nous figurons l'Etat *historiquement* comme un être agissant (*wenn wir uns den Staat historisch als ein handelndes Wesen denken*), nous pouvons nous représenter séparément certaines formes de ses activités, entre autres la législation. C'est dire que nous pouvons nous le figurer comme légiférant (...). La science de la législation est une

schule und das Problem der Geschichtlichkeit des Rechts, in: Collegium Philosophicum, Studien J. Ritter, Bâle/Stuttgart 1965, pp. 9-36.

¹⁹ Voir la célèbre lettre de Savigny à Bang du 13 avril 1810 annonçant, avec les deux projets d'une „histoire littéraire du droit romain“ et d'un „système du droit romain“, un troisième devant traiter de „l'esprit de la législation“ (*Vom Geist der Gesetzgebung*), cf. A. STOLL, Friedrich Carl von Savigny - Ein Bild seines Lebens mit einer Sammlung seiner Briefe, Berlin, Bd. 1, 1927, pp. 415 s.; voir aussi la lettre de Savigny à l'éditeur Zimmer du 4 juillet 1814 relative aux rapports entre le dernier et le premier de ces projets et publiée par HENNIG, in: Zeitschrift für Rechtsgeschichte, Germ. Abt., 56 (1936), pp. 394 ss.

²⁰ Cf. dans ce sens H. U. KANTOROWICZ, *Volksgeist* (n. 5), p. 318.

science *historique*; elle est aussi une science *philosophique* (*die Gesetzgebungswissenschaft ist eine historische Wissenschaft, sie ist auch eine philosophische*).»

Lorsqu'il précise aussi ce qu'est la *méthode historique* par opposition à la *méthode philosophique*, c'est dans une acception singulièrement différente de celle du *Vom Beruf* de 1814 ou de l'article programmatique de 1815 dans lesquels il exalte philosophiquement le *sens historique* comme «le sens et le sentiment de la grandeur et de la particularité d'autres époques ainsi que du développement naturel des peuples et des constitutions» pour conclure par sa fameuse formule: «l'histoire est la seule voie qui mène à la connaissance de notre propre situation». ²¹

Pour ne pas nous méprendre sur la conception de l'histoire dans la pensée de Savigny comme pour faire justice du grief d'*anhistorisme* qui lui a été adressé, force nous sera donc de nous interroger pour commencer sur la manière dont Savigny même entend et use des termes et des notions d'*histoire* et de *sens historique*.

Pour mener à bien notre entreprise nous nous fonderons sur les textes suivants de Savigny:

- le cours de *Méthodologie juridique* de Marbourg de 1802-1803, repris à Landshut, dans les deux éditions de G. Wesenberg et d'A. Mazzacane, ²²
- le célèbre Manifeste *De la Vocation de notre temps pour la législation et la science du droit* de 1814, ²³
- l'article introductif de caractère programmatique du premier volume de la *Revue pour une science juridique historique* (*Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*) de 1815, ²⁴
- le virulent compte-rendu du livre de Niklaus Taddeus Gönner sur *La législation et la science juridique de notre temps*, publié dans la même Revue, ²⁵

²¹ Comp. F. C. v. SAVIGNY, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg 1814, p. 4, et F. C. v. SAVIGNY, *Über den Zweck dieser Zeitschrift*, in: *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* (ZgR), Bd. 1, 1815, p. 4, avec SAVIGNY, JM (n. 16), p. 14.

²² Cf. F. C. v. SAVIGNY, JM (n. 16) et *Vorlesungen 1802-1842* (n. 16).

²³ Cf. F. C. v. SAVIGNY, *Vom Beruf* (n. 21).

²⁴ Cf. F. C. v. SAVIGNY, *Über den Zweck* (n. 21), pp. 1-17.

²⁵ Cf. F. C. v. SAVIGNY, *Recension: N. TH. GÖNNER, Über Gesetzgebung und Rechtswissenschaft in unserer Zeit*, Erlangen 1815, in: ZgR, Bd. 1, 1815, pp. 373-423.

– l'écrit intitulé *Voix pour et contre de nouvelles codifications* paru en 1816 dans la même Revue.²⁶

Enfin nous nous baserons aussi sur les deux oeuvres maîtresses de la maturité de Savigny, à savoir:

– *l'Histoire du Droit romain au Moyen-Age*, publié entre 1815 et 1831,²⁷

– le *Système du Droit romain actuel* paru entre 1840 et 1852.²⁸

Nous retiendrons également les différentes versions manuscrites de ses notes de cours d'*Introduction aux Pandectes* publiées l'an dernier par Aldo Mazzacane²⁹ et qui relaient dès 1809 à Landshut, puis à Berlin, le célèbre cours de *Méthodologie juridique* de Marbourg de 1802–1803.

Quant à notre manière de procéder, nous nous arrêterons en un premier temps, et dans une *première partie*, à l'histoire dans la terminologie savignienne sur la base de deux séries de textes: ceux des cours de nature *méthodologique* et ceux des *écrits programmatiques*; puis en un *second temps*, et dans une *deuxième partie*, nous tenterons de dégager les éléments constitutifs de la conception savignienne de la *nature historique* du Droit sur la base de trois séries de textes: ceux des écrits de *méthodologie juridique*, ceux des *écrits programmatiques* et ceux du *Système de droit romain*. Enfin, en guise de *conclusion*, nous tenterons d'élucider les raisons du caractère problématique de la conception savignienne de la nature historique du Droit et nous chercherons à en déterminer les conséquences pour l'histoire du droit comme pour la science juridique.

²⁶ Cf. F. C. v. SAVIGNY, Stimmen für und wider neue Gesetzbücher, in: ZgR, Bd. 3, H. 1, 1816, pp. 1–52.

²⁷ Cf. F. C. v. SAVIGNY, Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter, 6 Bde., Heidelberg, 1815–1831; tr. fr., Chs. Guénoux, t. I et II en 1 vol., Paris 1830; t. III-IV en 3 vol., Paris 1839.

²⁸ Cf. F. C. v. SAVIGNY, System des heutigen römischen Rechts, 8 Bde., Berlin 1840–1849; tr. fr., Chs. Guénoux, 8 vol. Paris, 1840–1851.

²⁹ Cf. F. C. v. SAVIGNY, Vorlesungen 1802–1842 (n. 16).

I

L'histoire dans la terminologie savignienne

Dans une *première partie*, nous nous attacherons aux différentes acceptions, aux divers usages des termes «*Histoire, historique*» dans l'oeuvre de Savigny. La tâche est d'autant plus nécessaire que l'allemand use de deux termes pour l'*histoire*: «*Historie*» et «*Geschichte*». Bien plus, la *langue allemande* distinguait clairement à l'origine ces deux termes, et ceci jusqu'au XVIII^e siècle, en usant de «*Historie*» au sens étymologique grec d'*enquête*, de *relation*, de *récit* et de «*Geschichte*» au sens de *suite d'événements*, de «*Geschehen*», de ce qui est arrivé.³⁰ L'allemand connaît donc deux substantifs, à l'origine de deux adjectifs – «*historisch*» et «*geschichtlich*» – aujourd'hui interchangeables, mais dont il n'est pas indifférent de déceler l'usage chez Savigny précisément au début du XIX^e siècle.

Comme annoncé, nous nous en tiendrons, concernant l'oeuvre de Savigny, à deux séries de textes significatifs: d'un côté, les textes des cours de *Méthodologie juridique* que Savigny dispensera, d'abord à titre de cours spécifique de *Méthodologie* à Marbourg de 1802 à 1804,³¹ puis à titre d'*Introduction aux Cours de Pandectes* à Landshut en 1809, enfin à Berlin de 1812 à 1842, de manière presque continue en définissant le Droit comme «*historische*» et «*philosophische Wissenschaft*» et en exposant la «*historische Bearbeitung der Jurisprudenz*».³² D'un autre côté, nous nous fonderons sur les textes des écrits *programmatisques* de 1814–1816, qui définissent avec les *objectifs* de l'Ecole historique – la «*geschichtliche Schule*» – aussi bien les implications de la «*geschichtliche Ansicht*» et du «*geschichtlicher Sinn*» de l'Ecole historique pour la genèse du droit positif que celles de

³⁰ Cf. R. KOSELLECK et CHR. MEIER, Art. „Geschichte, Historie“, in: *Geschichtliche Grundbegriffe*, hg. v. O. BRUNNER, W. CONZE, R. KOSELLECK, Bd. 2, Stuttgart 1975, I.: Einleitung, pp. 593–595; II.: Antike, pp. 595–610; V.: Die Herausbildung des modernen Geschichtsbegriffs, pp. 647–691.

³¹ Cf. F. C. v. SAVIGNY, *Vorlesungen 1802–1842* (n. 16); pour la *Juristische Methodologie* de 1802–1803, nous continuerons parallèlement non seulement à donner la référence à l'édition usuellement citée de G. WESENBERG, JM (n. 16), établie d'après les notes de cours de J. Grimm, mais parfois même à la citer dans le texte de notre contribution.

³² Cf. F. C. v. SAVIGNY, *Vorlesungen 1802–1842* (n. 16), Winter 1802, pp. 87–88; F. C. v. SAVIGNY, JM (n. 16), pp. 14–17.

la «*historische Methode*» pour la *Rechtswissenschaft*, Savigny usant alors indifféremment de l'un et l'autre adjectifs.³³

Nécessaires pour l'élucidation de la conception savignienne de la nature historique du Droit, cette étude sémantique nous permettra de situer l'oeuvre de Savigny dans l'évolution de la terminologie comme de la pensée allemandes en matière historique, le XVIII^e siècle apparaissant comme une période de profonde mutation, non seulement sur le plan *terminologique*, mais aussi sur le plan *conceptuel*.

Arrêtons-nous pour commencer aux textes des cours de *Méthodologie juridique*, tels que nous les connaissons, d'une part, par la transcription de Jacob Grimm du Cours de Marbourg de 1802–1803 éditée en 1951 par G. Wesenberg,³⁴ d'autre part, par la toute récente édition des notes mêmes de Savigny établie en 1993 par Aldo Mazzacane.³⁵ Savigny s'y attache notamment, pour le thème qui nous concerne, à définir l'*objet* et la *nature propre* de la *science juridique* pour en formuler la méthode spécifique, méthode complexe, à la fois *historique* et *philosophique*.

Savigny commence par définir l'*objectif* (*Zweck*) de la science juridique en ces termes:

«Si nous nous figurons l'Etat historique comme un être agissant, nous pouvons nous représenter séparément certaines formes de son activité; parmi elles la législation. C'est-à-dire que nous pouvons nous le représenter comme légiférant. L'objectif de la science juridique est donc d'exposer historiquement (*historisch darstellen*) les fonctions législatives d'un Etat».³⁶

Passant ensuite à la *nature propre* de la science juridique, identifiée à la science de la législation, il la caractérise ainsi en ce double sens:

³³ Cf. F.C. v. Savigny, Vom Beruf (n. 21), pp. 4–10 et pp. 116–120, passim, et F.C. v. SAVIGNY, Über den Zweck (n. 21), pp. 2–7 et p. 10, passim.

³⁴ Cf. F.C. v. SAVIGNY, JM (n. 16).

³⁵ Cf. F.C. v. SAVIGNY, Vorlesungen 1802–1842 (n. 16).

³⁶ Cf. F.C. v. SAVIGNY, JM (n. 16), p. 13: „Wenn wir uns den Staat historisch als handelndes Wesen denken, so können wir uns gewisse Arten dieser Handlungen abesondert vorstellen, unter andern auch die Gesetzgebung, d. h. wir können ihn uns als gesetzgebend denken. Der Zweck der Rechtswissenschaft ist nun: die gesetzgebenden Funktionen eines Staates historisch darzustellen“. Voir F.C. v. SAVIGNY, Vorlesungen 1802–1842 (n. 16), aux notes plus succinctes, p. 87: „Begriff der Jurisprudenz oder Gesetzgebungswissenschaft: historische Darstellung der gesetzgebenden Function eines bestimmten Staates in einer gegebenen Zeit.“

- «1. La science de la législation est une science historique.
2. Elle est également une science philosophique.»³⁷

Précisant alors ce qu'il entend par: «la science de la législation est une science historique», il spécifie:

«Tout savoir d'un donné objectif, on l'appelle savoir, connaissance historique (*historisches Wissen*). En conséquence, tout le caractère de la science de la législation doit être historique.»³⁸

Quant à ce qu'il entend par ailleurs par *science philosophique*, il le décrit en ces termes:

«Si un traitement systématique de la jurisprudence est possible, alors la jurisprudence confine à la philosophie qui, par une déduction complète, peut livrer l'ensemble de la tâche propre de la législation. La jurisprudence est ainsi également une science philosophique.»³⁹

Affirmant en conséquence la double nature historique et philosophique de la jurisprudence (*die Gesetzgebungswissenschaft ist historisch und philosophisch*), il souligne alors concernant notre thème:

«Ce traitement historique de la jurisprudence présuppose les autres traitements: on doit à cet égard partir de l'exégèse et la mettre en relation avec le système.»⁴⁰

³⁷ Cf. F. C. v. SAVIGNY, JM (n. 16), p. 14: „1. Die Gesetzgebungswissenschaft ist eine historische Wissenschaft. 2. Sie ist auch eine philosophische“. Voir F. C. v. SAVIGNY, Vorlesungen 1802–1842 (n. 16), pp. 87–88: „Erster Grundsatz. Die Jurisprudenz ist eine historische Wissenschaft (...). Zweyter Grundsatz. Sie ist eine philosophische Wissenschaft.“

³⁸ Cf. F. C. v. SAVIGNY, JM (n. 16), p. 14: „Alles Wissen von einem objektiv Gegebenen nennt man historisches Wissen, folglich muss der ganze Charakter der Gesetzgebungswissenschaft historisch sein.“

³⁹ Cf. F. C. v. SAVIGNY, JM (n. 16), p. 16: „Es ist also eine solche systematische Bearbeitung der Jurisprudenz möglich, gibt es aber eine solche, so grenzt Jurisprudenz unmittelbar an Philosophie, die durch eine vollständige Deduktion den ganzen Umfang der allgemeinen Aufgabe angeben muss, die Jurisprudenz ist also eine philosophische Wissenschaft.“ Voir F. C. v. SAVIGNY, Vorlesungen 1802–1842 (n. 16), p. 88: „System der Jurisprudenz sehr früh angefangen – Begriff eines Systems – Hindeutung auf einen allgemeinen Inhalt, eine allgemeine Aufgabe aller Gesetzgebung überhaupt – eine solche Aufgabe schon im Begriffe der Gesetzgebung vorausgesetzt – Berührung mit der Philosophie.“

⁴⁰ Cf. F. C. v. SAVIGNY, JM (n. 16), p. 17: „Diese historische Bearbeitung der Jurisprudenz setzt die anderen Bearbeitungen voraus, man muss dabei von der Exegese ausgehen und System damit verbinden“. Voir F. C. v. SAVIGNY, Vorlesungen 1802–1842 (n. 16), p. 88 „Neue Ansicht für die Wissenschaft: *historische* Behandlung im eigentlichen Sinn (...) Erläuterung durch Beispiele – in dieser Rücksicht setzt diese Operation die beiden ersten voraus und tritt erst hinzu.“

S'arrêtant alors longuement à la *méthode historique* – le traitement historique de la *jurisprudence* (*historische Bearbeitung der Jurisprudenz*) – il prend soin de bien distinguer les *connaissances historiques préalables* du *caractère historique* de la science juridique :

«Il y a beaucoup de choses que l'on ne peut pas sans doute comprendre dans la jurisprudence sans certaines connaissances historiques préalables (*ohne gewisse historische Vorkenntnisse*). De cette utilisation de l'histoire pour connaître quelque chose dans le domaine de la jurisprudence elle-même il n'est en rien question ici, mais ce que nous recherchons, c'est l'étendue du caractère historique de la jurisprudence (*inwiefern die Jurisprudenz einen historischen Charakter haben müsse*).»⁴¹

Prenant l'exemple de la *législation de Justinien*, il souligne qu'elle est, comme toute autre, «le résultat de l'histoire antérieure de la législation» et qu'elle présente de ce fait d'après sa forme même *un caractère historique*.⁴²

Enfin Savigny s'attelle à l'exposé de ce qu'il faut entendre par *traitement historique de la jurisprudence* en distinguant deux aspects: la mise en relation historique (*historische Verknüpfung*) et la dissociation historique (*historische Trennung*).⁴³ La «*historische Verknüpfung*» tient dans l'élucidation de la manière dont une question de droit a été résolue de façon différente à diverses époques de l'histoire d'une législation. Il s'agit de suivre le *système* à travers l'*histoire* et, à cet égard, c'est l'étude des sources qui fournit la matière du traitement historique.⁴⁴ Pour la «*historische Trennung*», elle tient dans la

⁴¹ Cf. F. C. v. SAVIGNY, JM (n. 16), pp. 31 s.: „In der Jurisprudenz kann sehr vieles gar nicht ohne gewisse historische Vorkenntnisse verstanden werden; von dieser Benutzung der Geschichte, um in der Jurisprudenz selbst etwas zu wissen, ist aber hier gar nicht die Rede, sondern wir untersuchen hier, inwiefern die Jurisprudenz einen historischen Charakter haben müsse.“ Voir F. C. v. SAVIGNY, Vorlesungen 1802–1842 (n. 16), p. 96: „Geschichte und Politik, Hilfswissenschaften der Jurisprudenz – davon hier nicht die Rede, sondern von der historischen Behandlung der Jurisprudenz selbst.“

⁴² Cf. F. C. v. SAVIGNY, JM (n. 16), p. 32: „Diese Bearbeitung ist durchaus unentbehrlich, besonders für die justinianische Gesetzgebung; denn jede Gesetzgebung ist doch gewissermassen mehr oder weniger das Resultat der früheren Geschichte der Gesetzgebung“. Voir F. C. v. SAVIGNY, Vorlesungen 1802–1842 (n. 16), p. 96: „Unentbehrlich in jeder Jurisprudenz – in der Justinianeischen ganz vorzüglich.“

⁴³ Cf. F. C. v. SAVIGNY, JM (n. 16), p. 32: „Wie muss eine solche historische Bearbeitung geschehen? Es kommt an: erstens auf historische Verknüpfung, zweitens auf historische Trennung.“

⁴⁴ Cf. F. C. v. SAVIGNY, JM (n. 16), p. 32: „Wie muss historisch verbunden werden? Die einfachste Art ist die: wenn man aufsucht, wie eine bestimmte Frage in verschiedenen Zeiten der Gesetzgebung verschieden beantwortet ist. Allein man darf durchaus nicht

complète distinction des sources, en particulier des sources *romaines* et des sources *germaniques*, à défaut de quoi c'est la confusion.⁴⁵

A part quelques différences notables tenant à l'objet spécifique du cours des Pandectes, ce sera la même terminologie dont usera Savigny dans son *Introduction aux Pandectes* de Landshut en 1809 pour qualifier l'approche historique (*historische Ansicht*) de la codification justinienne, opposant «*Historie*» à «*System*» comme pour spécifier sa *méthode historique* (*historische Behandlung*) et ses deux principaux aspects: «*historische Verknüpfung*» et «*historische Trennung*». Force est cependant de noter déjà quelques accents nouveaux. C'est ainsi que Savigny définit en ces termes la «*historische Ansicht*» du Droit:

«Point de vue historique: le contenu de la législation considéré comme un tout successif selon la loi du développement historique en fonction de la cohésion nécessaire des différentes époques du même peuple.»⁴⁶

dabei stehen bleiben, denn sonst würde man bloss beschränkte Resultate erhalten, in vielen Punkten würden selbst Irrtümer beinahe unvermeidlich sein. Man muss das System im ganzen nehmen und es sich als fortschreitend denken, d. h. als Geschichte des Systems der Jurisprudenz im ganzen, hierauf kommt es an. Die höchste Aufgabe für die Interpretation war Kritik, in der Rechtsgeschichte findet sich etwas ähnliches: die Quellenkunde: sie liefert auch den Stoff zur historischen Bearbeitung.“ Voir F. C. v. SAVIGNY, *Vorlesungen 1802–1842* (n. 16), pp. 96–97: „a. historische *Verbindung*. Durchaus nicht bloss einzelne historische Reihen zu suchen (Beispiel Geschichte des Eigentums für sich, oder noch beschränkter) – das giebt immer beschränkte Resultate, oft geradezu Irrtümer (...) Höchste Aufgabe dieses Theils der historischen Behandlung: *Quellenkunde* – ganz genau dasselbe in der Rechtsgeschichte, wie Kritik in der Interpretation.“

⁴⁵ Cf. F. C. v. SAVIGNY, JM (n. 16), p. 33: „Historische Trennung. Das, was in der Sache selbst getrennt ist, muss getrennt werden. Die Jurisprudenz muss also auch mit vollständiger Trennung ihrer Quellen abgehandelt werden. Die meisten neueren Juristen weichen hiervon ab, und theils bewusstlos in der Ausführung, Praxis, theils erklären sie sich ausdrücklich gegen die Trennung. 1. Der erste Fehler ist in keinem Teil häufiger als im Kriminalrecht, und zwar, weil hier zwei Quellen da sind, die beide allumfassend sein wollen, das römische und das deutsche Recht. Werden diese Quellen nicht genau getrennt, so zeigt sich die Vermischung“. Voir F. C. v. SAVIGNY, *Vorlesungen 1802–1842* (n. 16), p. 98: „b. historische *Trennung*. Abtheilung der Jurisprudenz nach ihren verschiedenen Quellen durchaus nothwendig und erstes Gesetz – Übertretung dieses Gesetzes bey den meisten Juristen.“

⁴⁶ Cf. *Methodologie 1809*, als Einleitung der Pandekten, in: F. C. v. SAVIGNY, *Vorlesungen 1802–1842* (n. 16), pp. 138 ss., notamment p. 139: „3. Historische Ansicht – der Inhalt der Gesetzgebung als ein successives Ganzes betrachtet, nach dem Gesetz der historischen Entwicklung, also nach dem nothwendigen Zusammenhang verschiedener Zeiten desselben Volkes – Innere Rechtsgeschichte.“ Voir également à propos des deux aspects de la „historische Betrachtung und Behandlung der Jurisprudenz selbst“, pp. 151–152: „Zwey Gesetze: 1) historische *Trennung* nach Verschiedenheit der Quellen (...) 2) historische *Verbindung* des historisch Gleichartigen – die Gesetzgebung soll in ihrer historischen Entwicklung vollständig dargestellt werden.“

Une perspective nouvelle ne se fait en définitive jour qu'à partir du cours berlinois d'*Introduction aux Pandectes* de 1812 qui, à travers la même terminologie, amorce les grands thèmes des écrits programmatiques de 1814–1816.

S'interrogeant ainsi sur la *genèse du Droit* (*Entstehung des Rechts*), Savigny, loin de partir de la législation, s'oppose à l'opinion commune rattachant tout droit à la volonté arbitraire du législateur, pour affirmer avec force, en des termes qui préfigurent le *Vom Beruf* de 1814:

«Le Droit positif de chaque peuple se forme de l'intérieur; il apparaît et se développe avec le peuple même; sa prime apparition, l'apparition de ses idées fondamentales, sont aussi mystérieuses que le commencement de toute histoire des peuples (*der Anfang aller Völkergeschichte*) et ce n'est que le développement de ce premier germe qui est susceptible d'une investigation historique (*einer historischen Ergründung fähig*).»⁴⁷

Remarquons bien ici la différenciation terminologique, «Völkergeschichte» – «historische Ergründung».

Qu'en est-il alors par ailleurs des écrits programmatiques des années 1814–1815? Si Savigny s'y attache à définir les objectifs et la philosophie propre des tenants de l'École historique avec des accents et en des termes nouveaux concernant notamment l'origine, la genèse et l'essor de tout droit positif, force est de reconnaître qu'en ce qui concerne alors la méthode il se borne à reprendre et à développer la teneur des ses cours de méthodologie juridique antérieurs, continuant à parler de «*historische Methode*».

C'est ce qu'on voit bien d'abord dans ce qui sera le *Manifeste de l'École du Droit historique*, le *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* de 1814. Savigny, après y avoir exposé l'origine et la genèse du Droit «dans la conscience du peuple» (*das gemeinsame Bewusstsein des Volkes*)⁴⁸ et son «développement orga-

⁴⁷ Cf. Einleitung zu den Pandekten 1812, in: F. C. v. SAVIGNY, Vorlesungen 1802–1842 (n. 16), p. 182: „*Entstehung des Rechts*. Gewöhnlicher Grundirrtum, das Recht entstehe durch die Willkühr von Gesetzgebern, es könne also in jedem Augenblick so oder auch anders seyn, d. h. sein Inhalt sey ganz zufällig – Beyspiele – das positive Recht jedes Volkes bildet sich von innen heraus, es entsteht und wächst mit dem Volk selbst, seine erste Entstehung, die Erzeugung seiner Grundideen, eben so geheimnisvoll wie der Anfang aller Völkergeschichte und nur die Entwicklung dieses ersten Keims einer historischen Ergründung fähig.“

⁴⁸ Cf. F. C. v. SAVIGNY, *Vom Beruf* (n. 21), Kap. 2, p. 11: „der eigentliche Sitz des Rechts (ist) das gemeinsame Bewusstsein des Volkes“; voir également p. 9: „Was sie (Recht, Sprache, Sitte, Verfassung) zu einem Ganzen verknüpft, ist die gemeinsame Überzeugung des Volkes.“

nique avec l'essence et le caractère du peuple» (*mit dem Wesen und Charakter des Volkes*),⁴⁹ y rappelle le double sens indispensable aux juristes – le sens historique (*historischer Sinn*) et le sens systématique (*systematischer Sinn*) – pour préciser la spécificité de la méthode historique du Droit (*die historische Methode der Rechtswissenschaft*):

«Un double sens est indispensable aux juristes: le sens historique, pour saisir avec acuité la particularité de chaque époque et de chaque forme juridique, et le sens systématique, pour considérer chaque concept et chaque règle en relation vivante et en interaction avec le tout.»⁵⁰

Quant à la *méthode* – la «*strenge historische Methode der Rechtswissenschaft*» – loin d'être riviée au droit romain, «ce à quoi elle tend, c'est bien plutôt à suivre une matière donnée jusqu'à ses racines pour découvrir ainsi un principe organique par lequel ce qui est encore en vie doit se dégager de soi-même de ce qui est déjà mort et n'appartient plus qu'à l'histoire».⁵¹

Savigny va donner alors un exposé plus complet de cette *méthode* en 1815 dans la Revue de l'École historique en rendant compte d'un livre de son collègue civiliste N. Th. Gönner, non sans laisser percer quelques accents nouveaux:

«Selon la méthode que je tiens pour correcte, ce qu'il faut dégager de la diversité qu'offre l'histoire, c'est l'unité plus haute, le principe vital à partir duquel toutes ses manifestations particulières s'expliquent. Et c'est ainsi que le donné matériel est toujours davantage pénétré et saisi par l'esprit.»⁵²

⁴⁹ Cf. F. C. v. SAVIGNY, Vom Beruf (n. 21), p. 11: „Dieser organische Zusammenhang des Rechts mit dem Wesen und Charakter des Volkes bewährt sich auch im Fortgang der Zeiten.“

⁵⁰ Cf. F. C. v. SAVIGNY, Vom Beruf (n. 21), Kap. 2, p. 48: „Ein zweifacher Sinn ist dem Juristen unentbehrlich: der historische, um das eigenthümliche jedes Zeitalters und jeder Rechtsform scharf aufzufassen, und der systematische, um jeden Begriff und jeden Satz in lebendiger Verbindung und Wechselwirkung mit dem Ganzen anzusehen.“

⁵¹ Cf. F. C. v. SAVIGNY, Vom Beruf (n. 21), Kap. 6, pp. 117–118: „Ihr Bestreben geht vielmehr dahin, jeden gegebenen Stoff bis zu seiner Wurzel zu verfolgen und so ein organisches Prinzip zu entdecken, wodurch sich von selbst das, was noch Leben hat, von demjenigen absondern muss, was schon abgestorben ist, und nur noch der Geschichte angehört.“

⁵² Cf. F. C. v. SAVIGNY, Recension: N. TH. GÖNNER, Gesetzgebung (n. 25), p. 395: „Nach der Methode, die ich für die rechte halte, wird in dem Mannichfaltigen, welches die Geschichte darbietet, die höhere Einheit aufgesucht, das Lebensprinzip, woraus diese einzelnen Erscheinungen zu erklären sind, und so das materiell gegebene immer mehr vergeistigt.“

Sur cette base organologique, Savigny décrit alors en ces termes *méthode systématique* et *méthode historique* en commençant par la *méthode systématique*:

«Le processus qui consiste à rapporter la diversité synchronique à son unité immanente constitue ce qu'on appelle la démarche systématique, expression qu'il ne faudrait pas utiliser comme le font beaucoup pour désigner une simple mise en ordre formelle selon des critères logiques.»⁵³

Spécifiant enfin ce qu'il entend par *méthode historique*, il écrit:

«L'approche scientifique de la diversité diachronique constitue par contre ce qu'on appelle proprement la démarche historique. Mais cette expression aussi se rapporte pour beaucoup à une démarche d'ordre inférieur, à la simple mise au jour d'un contenu matériel comme tel, ce qui est à nouveau totalement erroné. Car la véritable démarche historique tend bien plutôt à poursuivre l'investigation du réel à travers toutes ses mutations successives en remontant jusqu'à sa genèse à partir de la nature du peuple, de son destin et de ses besoins. Par là le donné originel se trouve transformé et pénétré par l'esprit. Ce qui tout d'abord n'apparaissait que matière morte se donne alors au regard comme force vive et manifestation de l'activité du peuple.»⁵⁴

C'est cependant sans doute dans l'article introductif intitulé *De l'objectif de cette Revue* au seuil du premier volume de la Revue de l'École historique de 1815 qu'apparaissent le mieux les accents et les termes nouveaux de la pensée savignienne en matière proprement historique et historico-juridique. Savigny y rend alors compte, en effet, dans une perspective nouvelle, non tant de l'origine et du

⁵³ Cf. F. C. v. SAVIGNY, Recension: N. TH. GÖNNER, Gesetzgebung (n. 25), p. 395: „Das Zurückführen des gleichzeitigen Mannichfaltigen auf die ihm inwohnende Einheit ist das systematische Verfahren, welcher Ausdruck nicht, wie von Vielen und auch hier von dem Vf. geschieht, für ein blosses Ordnen nach formellen, logischen Rücksichten gebraucht werden sollte.“

⁵⁴ Cf. F. C. v. SAVIGNY, Recension: N. TH. GÖNNER, Gesetzgebung (n. 25), p. 395–396: „Die Behandlung des successiv Mannichfaltigen dagegen ist das eigentlich historische Verfahren. Auch dieser Ausdruck wird von Vielen, und so von dem Vf., auf ein seiner Natur nach untergeordnetes Verfahren bezogen, auf das blosses Aufsuchen eines materiellen Stoffes nämlich und das Beharren bey demselben als eigentlichem Zweck, aber dieses geschieht wiederum mit grossem Unrecht. Das wahrhaft historische Verfahren strebt vielmehr darnach, das Gegebene aufwärts durch alle seine Verwandlungen hindurch bis zu seiner Entstehung aus des Volkes Natur, Schicksal und Bedürfniss zu verfolgen. Dadurch wird also gerade umgekehrt das ursprünglich Gegebene verwandelt und vergeistigt, indem dasjenige, was zuerst als todter, materieller Stoff erschien, nunmehr als lebendige Kraft und Thätigkeit des Volkes angeschaubar wird.“

fondement du Droit que de la véritable *philosophie* qui inspire les tenants de la nouvelle Ecole de pensée juridique.

Qualifiant de façon révélatrice cette Ecole de «*geschichtliche Schule*» par opposition à l'*Ecole du Droit naturel* présentée comme «*philosophische*» ou «*ungeschichtliche Schule*», c'est significativement moins par sa *méthode* que par sa *conception générale* du rapport entre le passé et le présent que Savigny définit alors le caractère propre de l'*Ecole historique* et sa théorie générale du droit. Opposant *Ecole historique* et *Ecole anhistorique*, Savigny avance en effet:

«Mais l'opposition de ces deux Ecoles de juristes ne peut être bien comprise aussi longtemps que l'on borne son regard au domaine de notre science, car cette opposition est bien plutôt de nature tout à fait générale (...) La question générale qui se pose ici est celle de savoir quel est le rapport entre le passé et le présent, entre le devenir et l'être. Et à ce sujet, les uns enseignent que chaque siècle est le maître de son destin et de son univers qu'il crée en toute liberté, bon et heureux ou mauvais et malheureux, en fonction de l'étendue de ses lumières et de ses forces propres. A cet égard la prise en considération du passé ne serait pas à dédaigner dans la mesure où on peut en retirer quelques leçons; l'histoire ne serait ainsi qu'un recueil d'exemples politico-moraux.»⁵⁵

Tel est le point de vue de l'*Ecole anhistorique*. Qu'en est-il alors du point de vue de l'*Ecole historique*? Comme l'explique encore Savigny:

«Selon la doctrine des autres, il n'est aucune existence humaine qui soit pleinement singulière et parfaitement isolée. Bien plus, ce que l'on peut considérer comme particulier est, considéré d'un autre point de vue, partie intégrante d'une totalité qui le dépasse. C'est ainsi que chaque homme individuel doit être nécessairement conçu en même temps comme membre d'une famille, d'un peuple, d'un Etat; et chaque époque d'un peuple de même comme la continuation et le développement des époques passées ... S'il en est ainsi, chaque époque ne se crée pas pour elle et en toute liberté son univers propre, mais elle ne le fait qu'en

⁵⁵ Cf. F. C. v. SAVIGNY, Über den Zweck (n. 21), pp. 2-3: „Allein der Gegensatz dieser Juristenschulen kann nicht gründlich verstanden werden, so lange man den Blick auf diese unsere Wissenschaft beschränkt, da er vielmehr ganz allgemeiner Natur ist, und mehr oder weniger in allen menschlichen Dingen, am meisten aber in allem, was zur Verfassung und Regierung der Staaten gehört, sichtbar wird.

Dieses also ist die allgemeine Frage: in welchem Verhältniss steht die Vergangenheit zur Gegenwart, oder das Werden zum Seyn? Und hierüber lehren die Einen, dass jedes Zeitalter sein Daseyn, seine Welt, frey und willkührlich selbst hervorbringe, gut und glücklich, oder schlecht und unglücklich, je nach dem Maasse seiner Einsicht und Kraft. In diesem Geschäft sey auch die Betrachtung der Vorzeit nicht zu verachten, indem von ihr gelernt werden könne, wie sie sich bei ihrem Verfahren befunden habe; die Geschichte also sey eine moralisch-politische Beispiel-Sammlung.“

relation indissoluble avec la totalité du passé. Chaque époque doit donc reconnaître ce qui s'impose à elle et qui est à la fois nécessaire et libre. (...) L'histoire n'est dès lors plus seulement un simple recueil d'exemples, mais la seule voie qui mène à la véritable connaissance de notre propre situation.»⁵⁶

Passant alors aux incidences de cette conception générale du rapport entre passé et présent sur la théorie générale du droit de l'*Ecole historique*, Savigny conclut:

«Si nous faisons l'application de cette formulation générale de l'opposition entre conception historique et conception anhistorique à la science juridique, il ne sera pas difficile de déterminer le caractère propre des deux Ecoles précitées. L'Ecole historique admet que la matière du Droit est déterminée par la totalité du passé de la Nation (*durch die gesammte Vergangenheit der Nation*) et non de manière arbitraire. Il en résulte que le Droit ne saurait être fortuitement comme cela ou autrement. Bien au contraire, il procède du plus intime de la Nation elle-même et de son histoire (*aus dem innersten Wesen der Nation selbst und ihrer Geschichte*). Aussi l'activité intellectuelle de chaque siècle doit-elle être axée sur la mise au jour de cette matière du Droit qui procède de la nécessité interne de chaque Nation, sur sa mise au jour et sur sa conservation.»⁵⁷

⁵⁶ Cf. F. C. v. SAVIGNY, Über den Zweck (n. 21), pp. 3-4: „Nach der Lehre der Andern giebt es kein vollkommen einzelnes und abgesondertes menschliches Daseyn: vielmehr, was als einzeln angesehen werden kann, ist, von einer anderen Seite betrachtet, Glied eines höheren Ganzen. So ist jeder einzelne Mensch nothwendig zugleich zu denken als Glied einer Familie, eines Volkes, eines Staates: jedes Zeitalter eines Volkes als die Fortsetzung und Entwicklung aller vergangenen Zeiten; und eine andere als diese Ansicht ist eben deshalb einseitig, und, wenn sie sich allein geltend machen will, falsch und verderblich. Ist aber dieses, so bringt nicht jedes Zeitalter für sich und willkürlich seine Welt hervor, sondern es thut dieses in unauflöslicher Gemeinschaft mit der ganzen Vergangenheit. Dann also muss jedes Zeitalter etwas Gegebenes anerkennen, welches jedoch nothwendig und frey zugleich ist (...) Die Geschichte ist dann nicht mehr bloss Beyspielsammlung, sondern der einzige Weg zur wahren Erkenntniss unsers eigenen Zustandes.“

⁵⁷ Cf. F. C. v. SAVIGNY, Über den Zweck (n. 21), pp. 5-6: „Wenden wir diese allgemeine Darstellung des Gegensatzes zwischen geschichtlicher und ungeschichtlicher Ansicht auf die Rechtswissenschaft an, so wird es nicht schwer seyn, den Character der zwey oben erwähnten Schulen zu bestimmen. Die geschichtliche Schule nimmt an, der Stoff des Rechts sey durch die gesammte Vergangenheit der Nation gegeben, doch nicht durch Willkühr, so dass er zufällig dieser oder ein anderer seyn könnte, sondern aus dem innersten Wesen der Nation selbst und ihrer Geschichte hervorgegangen. Die besonnene Thätigkeit jedes Zeitalters aber müsse darauf gerichtet werden, diesen mit innerer Nothwendigkeit gegebenen Stoff zu durchschauen, zu verjüngen, und frisch zu erhalten.“

C'est enfin cette intelligence aiguë du rapport entre le présent et le passé⁵⁸ qui constitue pour Savigny ce qu'il appelle désormais aussi significativement le «*geschichtlicher Sinn*», le sens historique. «Seul le sens historique», souligne-t-il, «préserve les tenants de la nouvelle Ecole historique et de la présomption de la supériorité du temps présent et de la surestimation aveugle du passé».⁵⁹

Il est temps de tirer les conclusions de cet aperçu des différentes acceptions de l'*histoire* et de ce qui est *historique* dans la terminologie savignienne. Nous ferons à cet égard trois ordres de constatations : celles-ci se rapportent d'abord à la rigueur originelle de la terminologie savignienne fidèle à la distinction classique allemande entre «*Historie, historisch*» et «*Geschichte, geschichtlich*»; ensuite à son flottement ultérieur, lié à la contamination de «*Historie*» par «*Geschichte*»; enfin à l'évolution typique du contexte conceptuel dans lequel cette terminologie se situe.

Premier ordre de constatations, c'est la rigueur originelle de la terminologie savignienne des *Cours de méthodologie juridique* de 1802 à 1809, voire 1812, distinguant bien, selon l'acception classique, ce qui est «*historisch*» – relation de fait – et de ce qui est «*philosophisch*» – explication par des raisons – et de ce qui est «*geschichtlich*» – ensemble d'événements. Ainsi, comme l'avait bien montré Hans Kiefner à l'occasion du bicentenaire savignien de 1979, si Savigny qualifie en 1802–1803 comme en 1809 la science juridique de «science historique» (*historische Wissenschaft*),⁶⁰ c'est au sens le plus traditionnel de la pensée classique, qui, d'Aristote à d'Alembert et de Bacon à Kant, oppose connaissance historique (*cognitio historica, ex factis*), à connaissance philosophique (*cognitio rationalis, ex principiis*).⁶¹

⁵⁸ Cf. F. C. v. SAVIGNY, Über den Zweck (n. 21), pp. 9–10: „Die richtige Würdigung der gegenwärtigen Zeit und ihres Verhältnisses zu früheren Zeitaltern.“

⁵⁹ Cf. F. C. v. SAVIGNY, Über den Zweck (n. 21), p. 10: „Dass die Herausgeber sehr entfernt sind von der Ansicht, als sey in der Rechtswissenschaft so eben der Tag im Begriff die bis jetzt herrschende finstere Nacht zu vertreiben, wird man ihnen wohl zutrauen: dagegen schützt sie der geschichtliche Sinn derjenigen Schule, zu welcher sie sich oben bekannt haben. Aber es giebt auf der anderen Seite eine blinde Überschätzung der Vergangenheit, welche fast noch gefährlicher ist, als jener eitle Dünkel, indem sie die Kräfte der Gegenwart völlig lähmen: und auch dagegen muss der geschichtliche Sinn schützen.“

⁶⁰ Cf. F. C. v. SAVIGNY, Über den Zweck (n. 21), p. 14 et pp. 16–17, de même que F. C. v. SAVIGNY, Vorlesungen 1802–1842 (n. 16), p. 87.

⁶¹ Cf. H. KIEFNER, Der junge Savigny, Marburg 1795–1806 – Zu den Ursprüngen seiner Konzeption einer Philosophie des positiven Rechts, in: Akademische Feier aus

Ainsi s'exprime en particulier en 1751 d'Alembert dans le *Discours préliminaire* de l'*Encyclopédie*; ainsi l'entend aussi l'article « Philosophie » de la même *Encyclopédie* en distinguant bien « la connaissance des faits », oeuvre de l'historien, et « la recherche de la raison des choses, oeuvre du philosophe ». ⁶² Ainsi l'entend encore et surtout Kant dans la deuxième édition de la *Critique de la Raison Pure* de 1787 lorsqu'il écrit :

« Toute connaissance est, subjectivement, ou historique, ou rationnelle. La connaissance historique est « *cognitio ex datis* », la connaissance rationnelle est « *cognitio ex principiis*. » ⁶³

Or c'est bien à quoi fait écho Savigny lorsqu'il note dans son *Cours de Méthodologie juridique* de 1802-1803 : « Tout savoir d'un donné objectif, on le qualifie d'historique » ; ⁶⁴ c'est dans la même acception qu'il opposera dans le même cours le caractère historique de la jurisprudence (*historischer Charakter der Jurisprudenz*) à l'utilisation de l'histoire pour faciliter l'étude de la jurisprudence romaine. ⁶⁵ C'est toujours dans la même acception qu'il distinguera par ailleurs, à l'exemple de la codification justinienne, le traitement historique (*historische Bearbeitung*) qu'elle requiert du résultat de l'histoire de la législation antérieure qu'elle constitue à l'instar de toute législation. ⁶⁶ C'est enfin dans la même acception de « *cognitio ex datis* » que Savigny opposera encore en 1812 dans son *Introduction aux Pandectes* berlinoise l'investigation historique (*historische Ergründung*) du

Anlass der 200. Wiederkehr des Geburtstags von F. C. von Savigny, hg. v. H. LESER, Marbourg 1979, pp. 20 ss.

⁶² Cf. *Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des sciences humaines, des arts et des métiers*, nouvelle éd., Genève 1778, article *Philosophie*, t. XVII, p. 514. Voir pour la place de l'histoire dans le système de connaissances humaines le *Discours préliminaire*, t. I, p. XIX.

⁶³ Cf. KANT, *Kritik der reinen Vernunft*, II, III, Riga, 2e éd. 1787, rééd. Darmstadt 1983 éd. W. WEISSEDEI (Kant Werke), Bd. 4, p. 698 : „so ist alle Erkenntnis, subjektiv, entweder historisch oder rational. Die historische Erkenntnis ist *cognitio ex datis*, die rationale aber *cognitio ex principiis*“; tr. fr. A. Tremesaygues - B. Pacaud, Paris (1944), 3e éd. 1963, p. 560.

⁶⁴ Cf. F. C. v. SAVIGNY, JM (n. 16), p. 14 : „Alles Wissen von einem objektiven Gegebenen nennt man historisches Wissen“.

⁶⁵ Cf. F. C. v. SAVIGNY, JM (n. 16), pp. 31-32, et F. C. v. SAVIGNY, *Vorlesungen 1802-1842* (n. 16), p. 96, cit. supra, n. 42.

⁶⁶ Cf. F. C. v. SAVIGNY, JM (n. 16), p. 32, et F. C. v. SAVIGNY, *Vorlesungen 1802-1842* (n. 16), p. 96, cit. supra, n. 42.

développement des premiers germes du droit au début de toute histoire des peuples (*Anfang aller Völkergeschichte*).⁶⁷

Deuxième ordre de constatations, c'est alors, face à cette rigueur terminologique originelle des *Cours de méthodologie juridique* dans la première décennie du XIXe siècle, qui rattache la pensée savignienne à la tradition historiographique classique, le véritable flottement de sa terminologie ultérieure, dû à un glissement général de la terminologie historiographique caractérisé depuis le milieu du XVIIIe siècle par la substitution de «*Geschichte, geschichtlich*» à «*Historie, historisch*».

Là où la terminologie allemande classique distinguait, du *Buch der Natur* de Konrad de Megenberg au XIVe siècle aux Dictionnaires géographiques ou historiques du début du XVIIIe siècle, comme celui de Hederich,⁶⁸ la «*Historie*» – relation, récit ou science – des «*Geschichten*» – des déroulements d'événements – «*Historie oder Wissenschaft der Geschichten*» énoncera le titre d'un Dictionnaire géographique de 1705 –⁶⁹, désormais dès la fin du XVIIIe siècle, comme le consacre le Dictionnaire d'Adelung de 1775, c'est la «*Geschichte*» qui s'impose au triple sens de 1°) «*Was geschehen ist*»; 2°) d'«*Erzählung geschehener Begebenheiten*»; enfin 3°) de «*Kenntnis der geschehenen Begebenheiten*». ⁷⁰

Dans ces conditions terminologiques générales, qui voient l'effacement de la «*Historie*» classique et des distinctions qu'elle impliquait au profit de la «*Geschichte*» moderne, rien d'étonnant alors au flottement de la terminologie savignienne dès les écrits programmatiques des années berlinoises. C'est ce que montre l'utilisation indifférente de «*historisch*» ou de «*geschichtlich*» pour qualifier la méthode historique ou le sens historique, le «*Vom Beruf*» de 1814

⁶⁷ Cf. F. C. v. SAVIGNY, *Vorlesungen 1802–1842* (n. 16), p. 182, cit. supra, n. 47.

⁶⁸ Cf. K. v. MEGENBERG, *Buch der Natur*, hg. v. F. PFEIFFER, (Stuttgart 1861), rééd. Hildesheim 1971, p. 358: „Sam die historien sagen, daz sind die geschrift von den geschichten in den landen und in den zeiten“, et B. HEDERICH, *Anleitung zu den fürnehmsten historischen Wissenschaften*, 2e éd., Wittenberg 1711, p. 186: „Die Historie ist eine wahrhafte Erzählung geschehener Dinge“, cit. par R. KOSELLECK, Art. „Geschichte“, (n. 30), V: Die Herausbildung des modernen Geschichtsbegriffs, pp. 653 et 655.

⁶⁹ Cité par R. KOSELLECK, Art. „Geschichte“ (n. 30), p. 654, d'après P. E. GEIGER, *Das Wort «Geschichte» und seine Zusammensetzungen*, Diss. phil., Freiburg/Br., 1908.

⁷⁰ Cf. ADELUNG, Bd. 2, 1775, pp. 600ss. et pp. 1210ss., cit. par R. KOSELLECK, Art. „Geschichte“ (n. 30), p. 657.

privilégiant l'expression de «*historische Methode*»,⁷¹ tout comme la recension du livre de Gönner de 1815, celle de «*historisches Verfahren*», parallèlement à celle de «*historische Methode*»,⁷² alors que l'article programmatique de la Revue de 1815 recourt systématiquement au terme «*geschichtlich*», de la «*geschichtliche Untersuchung*» et de la «*geschichtliche Ergründung des vaterländischen Rechts*» au «*geschichtlicher Sinn*» de la «*geschichtliche Schule*»,⁷³ et que la nouvelle terminologie se confirme dans l'article de 1816 avec les formules de «*geschichtliche Ansicht*» et de «*geschichtliche Bildung des Rechts*». ⁷⁴ Parallèlement cependant, dans les *Introductions aux Cours de Pandectes* de Berlin, de 1818 à 1842, Savigny continuera de parler de «*historische Methode*»,⁷⁵ de «*historische Darstellung der Rechtswissenschaft*», voire de «*historische Schule*»,⁷⁶ le terme s'imposant ultérieurement de préférence à celui de «*geschichtliche Schule*».

Face à ce flottement terminologique comme face à la rigueur originelle de Savigny, on peut d'abord se demander si ce qui a été dévoilé comme contradiction, comme inconséquence ou inversément comme concession à l'esprit du temps dans l'oeuvre de Savigny, ne résulte pas tout simplement de l'interférence dans ses écrits de deux notions différentes de l'*histoire* comme de la *connaissance historique*, à savoir, d'une part, celle de la pensée classique, rivée aux faits et à la *cognitio ex factis* – «*Alles Wissen von einem objektiv Gegebenen*», dit Savigny en 1802, «*nennt man historisches Wissen*» –⁷⁷, d'autre part, celle de la pensée moderne et du syncrétisme romantique, centrée sur les différents états d'un objet de connaissance réalisés successivement à travers les siècles à la faveur d'un processus conçu de préférence sous forme organique – «*Sinn und Gefühl für die Grösse und Eigentümlichkeit anderer Zeiten*», écrit Savigny à propos du sens historique, soulignant «*sowie für die naturgemässe Entwicklung der*

⁷¹ Cf. F. C. v. SAVIGNY, Vom Beruf (n. 21), Kap. 8, pp. 117–119: „historische Methode“, „historische Behandlung“.

⁷² Cf. F. C. v. SAVIGNY, Recension: N. TH. GÖNNER, Über Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (n. 25), p. 395, pour le „historisches Verfahren“, explicitant la „historische Methode“, pp. 376–377 et pp. 380–381.

⁷³ Cf. F. C. v. SAVIGNY, Über den Zweck (n. 21), p. 2, pp. 6 s. et p. 10.

⁷⁴ Cf. F. C. v. SAVIGNY, Stimmen (n. 26), p. 13 et p. 35.

⁷⁵ Cf. F. C. v. SAVIGNY, Vorlesungen 1802–1842 (n. 16), Einleitung zu den Pandekten 1821/1822–1823/1824, pp. 197 s.

⁷⁶ Cf. F. C. v. SAVIGNY, Vorlesungen 1802–1842 (n. 16), Einleitung zu den Pandekten 1827/1828–1841/1842, p. 210 et p. 213.

⁷⁷ Cf. F. C. v. SAVIGNY, JM (n. 16), p. 14, voir citation supra, n. 64.

Völker und Verfassungen». ⁷⁸ Mais face à ce flottement terminologique succédant à une rigueur incontestable, force est de se demander surtout, et nous abordons par là notre troisième ordre de constatations, si la pensée savignienne ne reflète pas, *nolens volens*, une mutation conceptuelle fondamentale caractéristique de l'évolution et de la transformation de la notion même d'*histoire* à la fin du XVIII^e siècle. Vaste sujet, qui nécessiterait à lui seul toute une étude!

Bornons-nous à relever en conclusion de cette *première partie*, et en guise de transition à notre *deuxième partie*, que l'*histoire* vers la fin du XVIII^e siècle n'est pas seulement l'objet d'un glissement *terminologique*, mais également celui d'une profonde mutation *conceptuelle*. Dans la seconde moitié du XVIII^e siècle on ne passe pas seulement, en effet, dans la pensée allemande d'un *mot*, d'un *terme* à un *autre*, de «*Historie*» à «*Geschichte*», l'un et l'autre d'une grande richesse sémantique, comme on passe dans la pensée française d'une *acception* à une *autre* du même terme d'*histoire*, de la relation du rapport des choses véridiques, de l'«*Erzählung einer geschehenen Sache*», à une succession d'événements, à une suite de «*geschehene Begebenheiten*». ⁷⁹ On passe véritablement d'une *notion* à une *autre*, qui recouvre un tout autre ordre de réalités et ceci à plusieurs égards.

Fruit du processus de sécularisation entamé dès la fin du XVI^e siècle et achevé à la fin du XVII^e siècle – singulièrement avec les oeuvres de Conring et de Pufendorf en Allemagne – on assiste, d'un côté, à l'émergence d'une *notion* nouvelle, totalisante, absolue, de l'*histoire*, comme concept fondamental de la vie et du savoir humain. ⁸⁰ Cette *notion* nouvelle est rendue possible par la substitution à une *pluralité* de notions jusqu'alors disparates – celles d'*histoire sacrée* ou *divine*, d'*histoire civile* et d'*histoire naturelle* – d'une *notion globalisante* de l'*histoire*, résorbant l'*histoire sacrée* dans l'*histoire générale* et l'*histoire civile* particulière de chaque Etat dans l'*histoire de l'humanité*, la *Weltgeschichte*. ⁸¹ Par ailleurs, contrecoup de l'essor

⁷⁸ Cf. F. C. v. SAVIGNY, Vom Beruf (n. 21), Kap. 1, p. 4.

⁷⁹ Cf. R. KOSELLECK, Art. „Geschichte“ (n. 68), p. 654, n. 310, avec les nombreuses références aux différents vocabulaires et dictionnaires latins et latino-germaniques, voire français, attestant cette évolution, de JOH. FRISIUS, Dictionarium latinogermanicum, Zurich 1574, p. 630, à POMEY, Grand Dictionnaire Royal, Paris 1715, t. 1, p. 485: „Histoire, haec historia, haec narratio, eine Geschicht, Geschichts-Erzählung“; t. 2, p. 144: „Historia, histoire, rapport des choses véritables, eine Historie, eine wahrhaftige Erzählung geschehener Dinge“; t. 3, p. 129: „Geschicht/Tat/acte, histoire, gesta, facta.“

⁸⁰ Cf. R. KOSELLECK, Art. „Geschichte“ (n. 30), pp. 678–690.

⁸¹ Cf. R. KOSELLECK, Art. „Geschichte“ (n. 30), p. 678.

des *sciences de la nature*, on assiste à une forme de *temporalisation* de l'ordre de la *nature*, qui entraîne la substitution de l'*histoire de la nature* (*Naturgeschichte*) à la vieille *histoire naturelle* (*historia naturalis*) purement descriptive de l'ordre naturel.⁸²

Mais, selon la formule de Buffon en 1764 dans son *Histoire naturelle* – «la nature est une puissance vive; elle est un ouvrage perpétuellement vivant»⁸³, si *tout devient histoire*, alors le *modèle*, l'*archétype* de l'*histoire*, du fait de la prééminence des *sciences de la nature*, c'est du même coup l'*ordre de la nature*. Par un curieux échange, c'est, en effet, l'ordre de la nature *temporalisé* – *historicisé* au sens actuel – qui devient le *modèle* structurant de l'*histoire* de l'humanité. Personne ne l'exprimera mieux que Herder dans ses *Ideen zur Philosophie der Geschichte der Menschheit*, de 1784–1787, en affirmant: «Toute l'histoire des hommes est une pure histoire de la nature, des forces, des actions et des pulsions humaines selon les lieux et les temps (*Die ganze Menschengeschichte ist eine reine Naturgeschichte menschlicher Kräfte, Handlungen und Triebe nach Ort und Zeit*).»⁸⁴ Il est alors permis de se demander si ce n'est pas ce *nouveau concept d'histoire*, totalisant et omniprésent, devenu concept fondamental de la vie et du savoir et véritable cheval de bataille des tenants de l'idéologie de la Révolution française, que Savigny reprend délibérément, avec toutes ses ambiguïtés, dans ses écrits programmatiques dès 1814, pour le retourner contre l'utilisation qu'en font les tenants de l'idéologie rationaliste et universaliste de la Révolution française. Mais quels sont alors les éléments constitutifs de sa conception de l'*histoire appliquée au Droit*? Savigny sera-t-il tributaire, en d'autres termes, de l'*histoire naturelle* au sens nouveau de «*Naturgeschichte*», d'*histoire de la nature*, dans sa conception de la *nature historique* du Droit? C'est ce que nous examinerons dans une *deuxième partie*.

⁸² Cf. R. KOSELLECK, Art. „Geschichte“ (n. 30), pp. 678–679.

⁸³ Cf. BUFFON, *Histoire naturelle*, in: *Oeuvres philosophiques*, éd. PIVETEAU, Paris 1954, p. 31, cit. par R. KOSELLECK, Art. „Geschichte“ (n. 30), p. 681.

⁸⁴ Cf. HERDER, *Ideen zur Philosophie der Geschichte der Menschheit*. Sämtl. Werke, éd. SUPHAN, t. 14, 1909, p. 145; tr. fr., M. Rouché, Paris 1962 (éd. bilingue), pp. 234 s.

II

Les éléments constitutifs de la conception savignienne de la nature historique du droit

Nous nous en tiendrons ici à la conception quasi-philosophique que Savigny se fait et expose de la *nature historique* du droit. Les textes de référence abondent à cet égard.

En fonction de leur teneur nous distinguerons ici trois séries de textes: les premiers, ceux des cours de *méthodologie juridique*, de 1802 à 1812, affirmant simplement la *dimension historique* et la *dynamique propre* du droit; les seconds, ceux des écrits *programmatisques* de 1814–1815, exposant la *spécificité* de cette dynamique propre du droit; le troisième ordre de textes, ceux des articles de la Revue de l'École historique de 1816 et ceux du *Système de Droit Romain* de 1840,⁸⁵ précisant sa *conception* de l'évolution du droit.

1. Dans une première série de textes, illustrée par son *Cours de Méthodologie juridique* de Marbourg, Savigny se borne d'abord à noter en 1802–1803:

«Toute législation à l'évidence est dans une certaine mesure plus ou moins le résultat de l'histoire antérieure de la législation (*das Resultat der früheren Geschichte der Gesetzgebung*).»⁸⁶

Il précise par ailleurs à Landshut dans ses notes de 1809 en préparant le même cours pour ses étudiants bavarois:

«Point de vue historique: Le contenu de la législation considéré comme un tout successif, selon la loi du développement historique (*nach dem Gesetz der historischen Entwicklung*), c'est-à-dire en fonction de la cohésion nécessaire des différentes époques du même peuple (*nach dem notwendigen Zusammenhang der verschiedenen Zeiten desselben Volkes*).»⁸⁷

Mais c'est dans son Cours berlinois d'*Introduction aux Pandectes* de 1812 qu'il formule pour la première fois le principe d'une *dynamique propre* du Droit.

«Chaque homme qui réfléchit», déclare-t-il à ses étudiants de Berlin, «souhaite au seuil d'un travail scientifique d'importance pouvoir se rendre compte du rapport de ce travail spécifique avec la totalité de la

⁸⁵ Cf. F. C. v. SAVIGNY, *System* (n. 28).

⁸⁶ Cf. F. C. v. SAVIGNY, *JM* (n. 16), p. 32: „Jede Gesetzgebung ist doch gewissermassen mehr oder weniger das Resultat der früheren Geschichte der Gesetzgebung.“

⁸⁷ Cf. F. C. v. SAVIGNY, *Vorlesungen 1802–1842* (n. 16), p. 139, voir cit. supra, n. 46.

science. Ainsi au seuil de ce cours sur les Pandectes, qui constitue à maints égards le cœur des études juridiques, la question se pose naturellement de savoir: comment apparaît, comment se fait jour la science juridique? Cette question nous renvoie à une autre: comment apparaît le Droit?»⁸⁸

Poursuivant alors à propos de la genèse du Droit (*Entstehung des Rechts*), Savigny souligne à l'encontre de l'erreur commune selon laquelle le droit procède de la volonté du seul législateur:

«En fait le droit positif de chaque peuple se forme de l'intérieur; il apparaît et se développe avec le peuple même; sa prime apparition, l'apparition de ses idées fondamentales sont aussi mystérieuses que le commencement de toute histoire des peuples et ce n'est que le développement de ce premier germe qui est susceptible d'une investigation historique (*nur die Entwicklung dieses ersten Keims ist einer historischen Ergründung fähig*).»⁸⁹

Insistant dans cette perspective sur «le développement continu du Droit de chaque peuple ... en fonction d'une nécessité interne»,⁹⁰ Savigny décrit pour conclure en ces termes la genèse de la science juridique:

«Son caractère est nécessairement déterminé par la genèse du Droit que l'on vient de décrire. Elle forme une totalité systématique (...) et elle est histoire, puisque le Droit lui-même est en perpétuel mouvement et

⁸⁸ Cf. F. C. v. SAVIGNY, Vorlesungen 1802–1842 (n. 16), Einleitung zu den Pandekten 1812, p. 182: „Jeder denkende Mensch wünscht bey dem Eintritt in eine bedeutende wissenschaftliche Arbeit sich Rechenschaft geben zu können über das Verhältniss dieser speciellen Arbeit zu dem Ganzen seiner Wissenschaft – so denn bey dem Anfang des Vortrags über Pandekten, welcher in manchem Sinne die Mitte des juristischen Studiums ist, natürlich die Frage aufgeworfen: wie entsteht überhaupt Rechtswissenschaft? um von da aus das Verhältniss unsrer Vorlesung zu dieser Entstehung übersehen zu können. Diese Frage führt zurück auf die höhere: wie entsteht Recht?“

⁸⁹ Cf. F. C. v. SAVIGNY, Vorlesungen 1802–1842 (n. 16): „*Entstehung des Rechts*. Gewöhnlicher Grundirrtum, das Recht entstehe durch die Willkühr von Gesetzgebern, es könnte also in jedem Augenblick so oder auch anders seyn, d. h. sein Inhalt sey ganz zufällig – Beispiele – das positive Recht jedes Volks bildet sich von innen heraus, es entsteht und wächst mit dem Volk selbst, seine erste Entstehung, die Erzeugung seiner Grundideen, eben so geheimnisvoll wie der Anfang aller Völkergeschichte, und nur die Entwicklung dieses ersten Keims einer historischen Ergründung fähig.“

⁹⁰ Cf. F. C. v. SAVIGNY, Vorlesungen 1802–1842 (n. 16), p. 183: „Das Recht jedes Volks ist seiner Natur nach in steter Entwicklung und Fortbildung begriffen, ganz wie das Volk selbst in verschiedenen Zeiten durchaus nicht dasselbe ist ... Andere wichtige Folge: da es aus innerem Bedürfnis entsteht, so muss es einen inneren Zusammenhang haben, ein vollständiges Ganze bilden.“

développement et qu'il ne peut en conséquence être saisi ainsi qu'en tant que tel.»⁹¹

Que le Droit soit *dynamique constante et développement perpétuel*, en relation nécessaire avec la *totalité du peuple* comme avec la *totalité de son passé*, c'est ce que va proclamer de manière exemplaire la première phrase de *l'Histoire du Droit romain au Moyen Age*:

«Il est impossible de se faire une idée fixe et invariable du Droit d'une nation, car, semblable à son langage, il n'existe que par une suite continuelle de transformations et de changement.»⁹²

2. Qu'est-ce qui fait alors la *spécificité* de cette *dynamique propre* du Droit? C'est ce qu'expose en détail une deuxième série de textes, la série des écrits *programmatisques* comme le *Manifeste de 1814*, l'*article introductif* du premier volume de la Revue de l'Ecole du Droit historique et le compte-rendu du livre de Gönner de 1815, *Über Gesetzgebung und Rechtswissenschaft in unserer Zeit*.

Reprenons chacun de ces textes. Dans le premier, qui est bien connu, s'interrogeant sur le bien-fondé de la conception législativiste de l'origine du Droit de l'*Aufklärung*, Savigny commence par affirmer:

«C'est à l'histoire que nous demanderons tout d'abord comment le Droit s'est effectivement développé chez des peuples de noble souche.»⁹³

Et c'est pour répondre par le fameux:

«Sitôt que nous rencontrons une histoire fondée sur des documents, le Droit civil présente déjà un caractère déterminé, particulier au peuple, comme sa langue, ses moeurs, sa constitution. En fait ces phénomènes différents n'ont pas d'existence propre; ils ne sont que les forces et les formes d'activités du peuple, indissolublement unies par nature et n'apparaissant comme des particularités propres qu'à notre attention.

⁹¹ Cf. F. C. v. SAVIGNY, Vorlesungen 1802–1842 (n. 16) *ibid.*: „Entstehung der Rechtswissenschaft – ihr Character nothwendig bestimmt durch die eben beschriebene Entstehung des Rechts – sie ist ein *systematisches Ganze(s)*, weil nur dann die innere Einheit erkannt und ausgesprochen wird, welche dem Recht selbst inwohnt – sie ist *Geschichte*, weil das Recht selbst in steter Bewegung und Entwicklung existirt, folglich auch nur so begriffen werden kann.“

⁹² Cf. F. C. v. SAVIGNY, Geschichte des römischen Rechts (n. 27), Bd. 1, 1815, p. 21: „Das eigentümliche Recht eines Volkes kann so wenig als die Sprache in einen feststehenden Begriff gefasst werden, da sein eigentliches Wesen vielmehr in ununterbrochener Bildung und Entwicklung besteht“, tr. fr., p. 1.

⁹³ Cf. F. C. v. SAVIGNY, Vom Beruf (n. 21), Kap. 2, p. 8: „Wir befragen zuerst die Geschichte, wie sich bey Völkern edler Stämme das Recht wirklich entwickelt hat.“

Ce qui les relie en un tout, c'est la conscience commune du peuple, le même sentiment de nécessité interne.»⁹⁴

Et Savigny précise quant au développement du Droit:

«Les rapports organiques du Droit avec l'essence et le caractère du peuple se vérifient au cours de la marche du temps et là encore c'est à la langue qu'il faut le comparer. Comme elle, le Droit ne connaît pas de halte; il est soumis, comme toute autre manifestation de l'âme populaire, au même mouvement et à la même évolution et cette évolution est régie par la même nécessité interne. Le Droit grandit ainsi avec le peuple, il se développe avec celui-ci et finit par disparaître lorsque le peuple vient à perdre ses particularités profondes.»⁹⁵

Savigny revient encore sur le thème de la *nécessité interne* du développement du Droit de chaque peuple dans un autre texte moins connu, au coeur de son compte-rendu du livre de Gönner:

«Chaque peuple», y souligne-t-il, «dans ses différents aspects et aussi particulièrement dans son Droit civil, n'a pas une individualité purement fortuite, mais bien essentielle et nécessaire, fondée sur la totalité de son passé.»⁹⁶

Mais la formulation la plus élaborée de ses vues sur la nature proprement historique du Droit, nous la trouvons significativement dans l'article introductif du premier volume de la *Revue pour une*

⁹⁴ Cf. F. C. v. SAVIGNY, Vom Beruf (n. 21), Kap. 2, p. 8: „Wo wir zuerst urkundliche Geschichte finden, hat das bürgerliche Recht schon einen bestimmten Character, dem Volk eigenthümlich, so wie seine Sprache, Sitte, Verfassung. Ja diese Erscheinungen haben kein abgesondertes Daseyn, es sind nur einzelne Kräfte und Thätigkeiten des einen Volkes, in der Natur untrennbar verbunden, und nur unsrer Betrachtung als besondere Eigenschaften erscheinend. Was sie zu einem Ganzen verknüpft, ist die gemeinsame Überzeugung des Volkes, das gleiche Gefühl innerer Nothwendigkeit, welches allen Gedanken an zufällige und willkürliche Entstehung ausschliesst.“

⁹⁵ Cf. F. C. v. SAVIGNY, Vom Beruf (n. 21), p. 11: „Aber dieser organische Zusammenhang des Rechts mit dem Wesen und Character des Volkes bewährt sich auch im Fortgang der Zeiten und auch hierin ist es der Sprache zu vergleichen. So wie für diese gibt es auch für das Recht keinen Augenblick eines absoluten Stillstandes, es ist derselben Bewegung und Entwicklung unterworfen wie jede andere Richtung des Volkes, und auch diese Entwicklung steht unter demselben Gesetz innerer Nothwendigkeit, wie jene früheste Erscheinung. Das Recht wächst also mit dem Volke fort, bildet sich aus mit diesem, und stirbt endlich ab, so wie das Volk seine Eigenthümlichkeit verliert.“

⁹⁶ Cf. F. C. v. SAVIGNY, Recension: N. TH. GÖNNER, Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (n. 25), p. 396: „Dass jedes Volk in seinen Zuständen überhaupt und so auch besonders in seinem bürgerlichen Recht, eine nicht bloss zufällige, sondern wesentliche und nothwendige, durch seine ganze Vorzeit begründete Individualität habe.“

science juridique historique intitulé *De l'objectif de cette Revue* et daté de 1815. En 1815, présentant en effet la première livraison de l'organe de l'Ecole du Droit historique, c'est en ces termes que Savigny tente d'exposer ce qu'il tient pour la *philosophie historico-juridique* de cette Ecole:

«Selon la doctrine de l'Ecole historique, il n'est aucune existence humaine qui soit pleinement singulière et parfaitement isolée. Bien plus, ce que l'on peut considérer comme particulier est, considéré d'un autre point de vue, partie intégrante d'une totalité qui le dépasse. C'est ainsi que chaque homme individuel doit être nécessairement conçu en même temps comme membre d'une famille, d'un peuple, d'un Etat et chaque époque d'un peuple de même comme la continuation et le développement des époques passées . . .

S'il en est ainsi, chaque époque ne se crée pas pour elle et en toute liberté son univers propre, mais elle ne le fait qu'en relation indissoluble avec la totalité du passé. Chaque époque doit donc reconnaître ce qui s'impose à elle et qui est à la fois nécessaire et libre. Nécessaire dans la mesure où cela ne dépend pas de l'arbitraire du présent; libre parce que cela ne procède pas d'un arbitraire extérieur, mais au contraire de la nature la plus haute du peuple qui est une totalité toujours en devenir et qui ne cesse de se développer. De ce peuple au sens le plus haut, l'époque actuelle est aussi une partie intégrante. L'histoire n'est dès lors plus seulement un simple recueil d'exemples, mais la seule voie qui mène à la véritable connaissance de notre propre situation.»⁹⁷

⁹⁷ Cf. F. C. v. SAVIGNY, *Über den Zweck* (n. 21), pp. 3 s.: „Nach der Lehre der Andern giebt es kein vollkommen einzelnes und abgeordnetes menschliches Daseyn: vielmehr, was als einzeln angesehen werden kann, ist, von einer anderen Seite betrachtet, Glied eines höheren Ganzen. So ist jeder einzelne Mensch nothwendig zugleich zu denken als Glied einer Familie, eines Volkes, eines Staates: jedes Zeitalter eines Volkes als die Fortsetzung und Entwicklung aller vergangenen Zeiten; und eine andere als diese Ansicht ist eben deshalb einseitig, und, wenn sie sich allein geltend machen will, falsch und verderblich. Ist aber dieses, so bringt nicht jedes Zeitalter für sich und willkürlich seine Welt hervor, sondern es thut dieses in unauflöslicher Gemeinschaft mit der ganzen Vergangenheit. Dann also muss jedes Zeitalter etwas Gegebenes anerkennen, welches jedoch nothwendig und frey zugleich ist; nothwendig, in so fern es nicht von der besondern Willkühr der Gegenwart abhängig ist: frey, weil es eben so wenig von irgend einer fremden besondern Willkühr (wie der Befehl des Herrn an seinen Slaven) ausgegangen ist, sondern vielmehr hervorgebracht von der höheren Natur des Volkes als eines stets werdenden, sich entwickelnden Ganzen. Von diesem höheren Volke ist ja auch das gegenwärtige Zeitalter ein Glied, welches in jenem und mit jenem Ganzen will und handelt, so dass, was von jenem Ganzen gegeben ist, auch von diesem Gliede frey hervorgebracht genannt werden darf. Die Geschichte ist dann nicht mehr blos Beyspielsammlung, sondern der einzige Weg zur wahren Erkenntniss unsers eigenen Zustandes.“

Tirant alors les conclusions qui s'imposent quant à la conception du Droit qui découle de cette philosophie de l'histoire, Savigny affirme comme la doctrine de l'École:

«L'École historique admet que la matière du Droit est déterminée par la totalité du passé de la Nation et non de manière arbitraire. Il en résulte que le Droit ne saurait être fortuitement comme cela ou autrement. Bien au contraire, il procède du plus intime de la Nation elle-même et de son histoire. Aussi l'activité intellectuelle de chaque siècle doit-elle être axée sur la mise au jour de cette matière du Droit qui procède de la nécessité interne de chaque Nation.»⁹⁸

3. Dans un troisième ordre de textes enfin, Savigny tentera de préciser sa *conception* de l'évolution du Droit en recourant à des métaphores plus précises que celle de *totalité organique* de la vie du peuple. C'est ce qui ressort, d'une part, de son étude de 1816 sur les *Voix pour et contre de nouvelles codifications* et, d'autre part, du premier livre du premier volume de son *Système du Droit romain actuel* de 1840.

Dans le premier texte mentionné de 1816, Savigny réfute ceux qui lui reprochent de prêter au Droit «une nature immuable, immobile» en leur répondant catégoriquement:

«Nous n'avons jamais affirmé en fait l'immutabilité du Droit.»⁹⁹

Et il illustre ainsi sa conception:

«Le corps humain aussi n'est pas immuable, mais il croît et ne cesse de se développer. Et c'est ainsi que je considère le Droit de chaque peuple comme un membre du corps de ce peuple, mais non comme un habit, arbitrairement coupé et qu'on peut aussi arbitrairement enlever et échanger contre un autre.»¹⁰⁰

Dans le premier volume du *Système* de 1840, c'est cependant en un autre sens que Savigny cherche à affiner sa formulation de la *nature*

⁹⁸ Cf. F. C. v. SAVIGNY, *Über den Zweck* (n. 21), p. 6: „Die geschichtliche Schule nimmt an, der Stoff des Rechts sey durch die gesammte Vergangenheit der Nation gegeben, doch nicht durch Willkühr, so dass es zufällig dieser oder ein anderer sey könnte, sondern aus dem innersten Wesen der Nation selbst und ihrer Geschichte hervorgegangen.“

⁹⁹ Cf. F. C. v. SAVIGNY, *Stimmen* (n. 26), pp. 3 s.: „Alleyn Unbeweglichkeit des Rechts ist in der That niemals behauptet worden.“

¹⁰⁰ Cf. F. C. v. SAVIGNY, *Stimmen* (n. 26), p. 4: „Auch der menschliche Leib ist nicht unveränderlich, sondern wächst und entwickelt sich. Und so betrachte ich das Recht jedes Volkes, wie ein Glied an dem Leibe desselben, nur nicht wie ein Kleid, das willkührlich gemacht worden ist, und ebenso willkührlich abgelegt und gegen ein anderes vertauscht werden kann.“

historique du Droit. Après avoir réaffirmé sa doctrine de l'origine populaire du Droit et son analogie avec le langage,¹⁰¹ il précise ainsi au paragraphe 7:

«En exposant cette origine du Droit positif, je n'ai pas tenu compte du temps au sein duquel la vie des peuples se développe. Or, on voit au premier coup d'oeil que le temps, par son action, ajoute à la force du Droit. Une idée de Droit reçue chez un peuple s'enracine chaque jour davantage; elle se développe par l'application; et la conscience du Droit, qui d'abord n'existait qu'en germe, prend une forme déterminée. Mais le temps modifie aussi le Droit. En effet, on peut comparer la vie des peuples et chacun de ses éléments constitutifs, à la vie humaine, qui jamais n'est stationnaire, et offre une succession continue de développements organiques. De même, les langues et le Droit n'existent que par une suite de transformations non interrompues, et ces transformations procèdent du même principe que son origine, soumises à la même nécessité, également indépendantes du hasard et des volontés individuelles. Mais ces développements continus suivent une marche régulière et obéissent à un enchaînement de circonstances invariables, dont chacune tient par un lien spécial aux diverses manifestations de l'esprit du peuple au sein duquel le Droit prend naissance. C'est surtout pendant l'enfance des peuples que cet élément agit avec le plus de force et de liberté; car alors le lien qui unit la nation est plus étroit, plus généralement senti, et la diversité des développements individuels n'obscurcit pas la conscience de ce sentiment.»¹⁰²

Que retenir alors de ces textes? Eh! bien, trois sortes de considérations relativement aux éléments constitutifs de la conception savignienne de la nature historique du Droit.

¹⁰¹ Cf. F. C. v. SAVIGNY, System (n. 28), Bd. 1, Buch I, Kap. II, § 7, pp. 13–15: tr. fr., pp. 14s.

¹⁰² Cf. F. C. v. SAVIGNY, System (n. 28), pp. 16s.: „Bey dieser Annahme von der Entstehung des positiven Rechts wurde zunächst noch abgesehen von dem in der Zeit fortgehenden Leben der Völker. Betrachten wir nun auch dessen Einwirkung auf das Recht, so werden wir ihm vor Allem eine befestigende Kraft zuerkennen müssen: je länger die Rechtsüberzeugungen in dem Volk leben, desto tiefer werden sie in ihm wurzeln. Ferner wird sich das Recht durch die Übung entfalten, und was ursprünglich blos im Keim vorhanden war, wird durch die Anwendung in bestimmter Gestalt zum Bewusstsein kommen. Aber auch Veränderung des Rechts wird auf diesem Wege erzeugt werden. Denn wie in dem Leben des einzelnen Menschen kein Augenblick eines vollkommenen Stillstandes wahrgenommen wird, sondern stete organische Entwicklung, so verhält es sich auch in dem Leben der Völker, und in jedem einzelnen Element, woraus dieses Gesammtleben besteht. So finden wir in der Sprache stete Fortbildung und Entwicklung, und auf gleiche Weise in dem Recht. Und auch diese Fortbildung steht unter demselben Gesetz der Erzeugung aus innerer Kraft und Nothwendigkeit, unabhängig von Zufall und individueller Willkühr, wie die ursprüngliche Entstehung. Allein das Volk erfährt in diesem natürlichen Entwicklungsprozess nicht bloss eine Veränderung überhaupt, sondern auch in einer bestimmten, regel

a) Les *premières* tiennent à la *dynamique propre* du Droit dans la pensée de Savigny. Loin de tout immobilisme, voire de toute canonisation de l'ordre établi comme héritage intangible et immuable des siècles passés, comme le laissera entendre la critique de Marx sur le «knout chargé d'histoire», Savigny ne cesse de réaffirmer avec force, de 1812 à 1840, «que le Droit lui-même est en perpétuel mouvement et développement»,¹⁰³ «qu'il n'existe que par une suite continue de transformations et de changements»,¹⁰⁴ «qu'à l'instar du corps humain il ne cesse de croître et de se développer»,¹⁰⁵ «qu'il n'existe que par une suite de transformations ininterrompues», ces «transformations procédant du même principe que son origine», et que «ces développements continus suivent une marche régulière et obéissent à un enchaînement de circonstances invariable».¹⁰⁶

Quant au *rythme propre* au développement du Droit dans la conception savignienne de la *nature historique* du Droit, force est bien de constater l'insistance de Savigny sur les *forces silencieuses* à l'oeuvre dans le développement du Droit, sur les éléments de *continuité* et de «*naturelle évolution*»,¹⁰⁷ sur la «*marche régulière*» de ces développements continus du Droit.¹⁰⁸

mässigen Folge der Zustände, und unter diesen Zuständen hat ein jeder sein eigenthümliches Verhältniss zu der besonderen Äusserung des Volksgeistes, wodurch das Recht erzeugt wird. Am freyesten und kräftigsten erscheint diese in der Jugendzeit der Völker, in welcher der Nationalzusammenhang noch inniger, das Bewusstseyn desselben allgemeiner verbreitet, und weniger durch Verschiedenheit der individuellen Ausbildung verdeckt ist“; tr. fr., pp. 16 s.

¹⁰³ Cf. F. C. v. SAVIGNY, Vorlesungen 1802–1842 (n. 16), Einleitung zu den Pandekten 1812, p. 183: „Entstehung der Rechtswissenschaft – (...) sie ist *Geschichte*, weil das Recht selbst in steter Bewegung und Entwicklung existirt.“

¹⁰⁴ Cf. F. C. v. SAVIGNY, Geschichte des römischen Rechts (n. 27), Bd. 1, p. 21: „da sein eigentliches Wesen vielmehr in ununterbrochener Bildung und Entwicklung besteht“; tr. fr., p. 1.

¹⁰⁵ Cf. F. C. v. SAVIGNY, Stimmen (n. 26), p. 4: „auch der menschliche Leib ist nicht unveränderlich, sondern wächst und entwickelt sich. Und so betrachte ich das Recht jedes Volkes wie ein Glied an dem Leibe desselben“.

¹⁰⁶ Cf. F. C. v. SAVIGNY, System (n. 28), pp. 16 s., cit. supra, n. 102.

¹⁰⁷ Cf. F. C. v. SAVIGNY, Vom Beruf (n. 21), pp. 13 s.: „Dass (alles Recht) ... überall also durch innere, still wirkende Kräfte (entsteht)“ et „Zuerst ist dabey eine ganz ungestörte einheimische Entwicklung vorausgesetzt worden.“

¹⁰⁸ Cf. F. C. v. SAVIGNY, System (n. 28), p. 17: „So finden wir in der Sprache stete Fortbildung und Entwicklung, und auf gleiche Weise im Recht. Und auch diese Fortbildung steht unter demselben Gesetz der Erzeugung aus innerer Kraft und Nothwendigkeit“; tr. fr., pp. 16 s.

On conclura donc à la *lenteur* et à la *continuité* de la conception savignienne du *rythme* du développement du Droit,¹⁰⁹ qui s'apparente davantage au *tempo* caractéristique des processus organiques qu'à celui des créations de l'esprit ou des oeuvres de l'imagination.

C'est ce qu'a fort bien formulé un des lecteurs les plus avisés de Savigny au début de ce siècle, Ernst Landsberg, dans sa monumentale troisième section de la *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft* de Rudolf Stintzing:

«Savigny était, comme admirateur de l'âme populaire, de type exclusivement Neptunien et non Vulcanien. A celui qui, comme Savigny, témoigne d'une pareille intelligence pour le processus de transformation progressive fait justement habituellement défaut l'intelligence du processus opposé du bouleversement brutal; il lui manque précisément l'intelligence de la nécessité de l'alternance et de la complémentarité de ces deux processus dans la vie de la nature et de l'histoire. Savigny, ne reconnaît le *Volksgeist* que dans son imperceptible activité alluvionnaire; son activité révolutionnaire lui demeure étrangère et lointaine.»¹¹⁰

b) A la faveur de ces métaphores nous touchons au *deuxième* ordre de considérations qu'appellent les textes relatifs aux éléments constitutifs de la *nature historique* du Droit dans la conception savignienne. Ces considérations tiennent aux *métaphores privilégiées* et aux *expressions caractéristiques* dont use Savigny dans sa représentation de l'*évolution du Droit* comme aux *catégories conceptuelles* dont elles relèvent.

Ces métaphores, ces images-clefs, ces expressions caractéristiques – quelles sont-elles? Il nous paraît qu'il faut distinguer à cet égard celles qui ont trait, d'une part, au *sujet* même de l'évolution du Droit et celles qui se rapportent à la *nature* du processus de cette évolution, d'autre part.

D'une part, en effet, en décrivant la *dynamique du Droit*, pour en spécifier le *sujet*, Savigny recourt à trois formules-types. Selon la première de ces formules, le Droit n'est qu'*une des formes d'activité du peuple*,¹¹¹ il a pour *sujet* le *peuple*, «*vivant dans la conscience*

¹⁰⁹ Voir à ce propos F. ZWILGMAYER, Die Rechtslehre Savignys. Eine rechtsphilosophische und geistesgeschichtliche Untersuchung, Leipzig 1929, p. 32.

¹¹⁰ Cf. (R. STINTZING) – E. LANDSBERG, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, Bd. 3/2, Munich/Berlin 1910, p. 243.

¹¹¹ Cf. F. C. V. SAVIGNY, Vom Beruf (n. 21), Kap. 2, p. 8: „Wo wir zuerst urkundliche Geschichte finden, hat das bürgerliche Recht schon einen bestimmten Charakter, dem

populaire»,¹¹² il n'est qu'une des manifestations du «*Volksgeist*», de l'esprit du peuple.¹¹³

Selon une deuxième formule, véritable métaphore lourde de signification, sur laquelle ironisera lourdement Edouard Gans,¹¹⁴ «le droit de chaque peuple est un membre du corps de ce peuple (*ein Glied an dem Leibe desselben*)».¹¹⁵ Cette formule sert à rejeter toute forme d'immobilisme qui résulterait de son organicisme. «Le corps humain aussi», souligne Savigny dans son étude critique de 1816, «n'est pas immuable, mais il ne cesse de croître et de se développer. C'est ainsi que je considère le Droit de chaque peuple comme un membre du corps de ce peuple.»¹¹⁶

Selon une dernière image révélatrice, le Droit est comme la vie humaine individuelle, avec sa jeunesse, sa maturité et sa vieillesse, c'est-à-dire son incessant processus organique. C'est ce que laisse entendre d'abord le *Manifeste* de 1814 de manière allusive en parlant de la «jeunesse du Droit des peuples», de ses «temps de décadence», de sa «croissance» et de sa «mort»,¹¹⁷ mais c'est surtout ce qu'affirme de façon très claire le *Système* de 1840:

«De même que dans la vie de l'homme individuel on n'observe aucun instant de repos total, mais un développement organique incessant, ainsi en va-t-il dans la vie des peuples, et de chacune de leurs composantes particulières, comme la langue et comme le Droit, dans lesquelles nous trouvons une croissance et un développement incessant.»¹¹⁸

Volke eigentümlich, so wie seine Sprache, Sitte, Verfassung. Ja diese Erscheinungen haben kein abgesondertes Daseyn, es sind nur einzelne Kräfte und Tätigkeiten des einen Volkes in der Natur untrennbar verbunden.“

¹¹² Cf. F. C. v. SAVIGNY, *Vom Beruf* (n. 21), Kap. 4, p. 30: „Das Recht nämlich hat kein Daseyn für sich, sein Wesen vielmehr ist das Wesen der Menschen selbst, von einer besonderen Seite angesehen“, et F. C. v. SAVIGNY, *System* (n. 28), § 7, p. 14: „In dem gemeinsamen Bewusstsein des Volkes lebt das positive Recht“; tr. fr., p. 14.

¹¹³ Cf. F. C. v. SAVIGNY, *System* (n. 28), § 9, p. 24: „Das Recht hat sein Daseyn in dem gemeinsamen Volksgeist“, tr. fr., p. 23.

¹¹⁴ Cf. E. GANS, *Das Erbrecht* (n. 10), Vorrede, p. XV.

¹¹⁵ Cf. F. C. v. SAVIGNY, *Stimmen* (n. 26), p. 4: „...wie ein Glied an dem Leibe desselben...“

¹¹⁶ Cf. F. C. v. SAVIGNY, *Stimmen* (n. 26), p. 4: „Auch der menschliche Leib ist nicht unveränderlich, sondern wächst und entwickelt sich unaufhörlich; und so betrachte ich das Recht jedes Volkes, wie ein Glied an dem Leibe desselben.“

¹¹⁷ Cf. F. C. v. SAVIGNY, *Vom Beruf* (n. 21), Kap. 2, p. 9: „Diese Jugendzeit der Völker“; Kap. 3, p. 25: „Bey jugendlichen Völkern“, et p. 26: „in sinkenden Zeiten“; Kap. 2, p. 11: „Das Recht wächst also mit dem Volke fort, bildet sich aus mit diesem und stirbt endlich ab, so wie das Volk seine Eigenthümlichkeit verliert“.

¹¹⁸ Cf. F. C. v. SAVIGNY, *System* (n. 28), § 7, pp. 16 s.: „Denn wie in dem Leben des einzelnen Menschen kein Augenblick eines vollkommenen Stillstandes wahrgenom“

Le *sujet* du développement du Droit ainsi conçu comme le *peuple* et comme la *conscience* ou l'*esprit du peuple*, voire comme un *membre du peuple*, Savigny privilégie de façon caractéristique des catégories *organiques* relevant plus de la philosophie de la nature que de la philosophie de l'esprit. Il s'agit en particulier des catégories herdériennes de *totalité organique* – le peuple comme «*Naturganze*», le Droit comme «*Glied an dem Leibe desselben*»¹¹⁹ – et d'*individualité* – le Droit comme manifestation de la vie de chaque peuple, comme vie humaine individuelle, et jamais comme expression de l'humanité tout entière dans son universalité.¹²⁰

Maintenant comment Savigny se représente-il alors, d'autre part, la *nature* spécifique de cette évolution du Droit? A la lecture attentive des textes cités nous retrouvons d'autres catégories également de type *organiciste*. Ainsi Savigny rend-il compte de la spécificité de l'évolution du Droit en se représentant le Droit en *perpétuel mouvement et développement*,¹²¹ en incessante *croissance et développement* conformément à un *processus naturel*.¹²² Savigny conçoit ensuite ce développement du Droit sous une *forme continue*,¹²³ «le Droit n'existant que par une suite continue de transformations et de changements»,¹²⁴ et se conservant continuellement par la tradition, elle-

men wird, sondern stete organische Entwicklung, so verhält es sich auch in dem Leben der Völker, und in jedem einzelnen Element, woraus dieses Gesammtleben besteht. So finden wir in der Sprache stete Fortbildung und Entwicklung, und auf gleiche Weise in dem Recht. Und auch diese Fortbildung steht unter demselben Gesetz der Erzeugung aus innerer Kraft und Nothwendigkeit“; tr. fr., pp. 16 s., traduction que nous avons quelque peu modifiée pour plus de fidélité au texte allemand.

¹¹⁹ Cf. F. C. v. SAVIGNY, *System* (n. 28), § 8, p. 19: “In diesem Naturganzen ist der Sitz der Rechtserzeugung“ et § 10, p. 30, à propos du peuple (Volk) comme „das Naturganze, in welchem wirklich der Staat entsteht und fortwährend sein Daseyn führt“; tr. fr., pp. 18 s. et p. 29, et F. C. v. SAVIGNY, *Stimmen* (n. 28), p. 4.

¹²⁰ Cf. F. C. v. SAVIGNY, *Über den Zweck* (n. 21), p. 6: „der Stoff des Rechts sey durch die gesammte Vergangenheit der Nation gegeben (...) aus dem innersten Wesen der Nation selbst und ihrer Geschichte hervorgegangen.“

¹²¹ Cf. F. C. v. SAVIGNY, *Vorlesungen 1802–1842* (n. 16), *Einleitung zu den Pandekten 1812*, p. 183: „das Recht jedes Volks ist seiner Natur nach in steter Entwicklung und Fortbildung begriffen.“

¹²² Cf. F. C. v. SAVIGNY, *System* (n. 28), § 7, p. 17: „So finden wir in der Sprache stete Fortbildung und Entwicklung, und auf gleiche Weise in dem Recht“; tr. fr., p. 16 s.

¹²³ Cf. F. C. v. SAVIGNY, *Vorlesungen 1802–1842* (n. 16), *Methodologie 1809*, p. 139: „*Historische Ansicht* – der Inhalt der Gesetzgebung als ein successives Ganze(s) betrachtet, nach dem Gesetz der historischen Entwicklung.“

¹²⁴ Cf. F. C. v. Savigny, *Geschichte des römischen Rechts* (n. 27), Bd. 1, p. 21: „da sein eigentliches Wesen vielmehr in ununterbrochener Bildung und Entwicklung besteht“; tr. fr., p. 1.

même fondée, non sur le soudain changement des générations, mais sur leur insensible succession.¹²⁵ C'est également, enfin, dans la ligne herdérienne que Savigny met en relief la *nécessité interne* au processus de développement de l'évolution du Droit. Le développement du droit de chaque peuple ne se conçoit pour lui qu'en fonction d'une «*nécessité interne*» selon la formule du Cours de 1809.¹²⁶ «L'Ecole historique admet», selon l'article du premier volume de la Revue de 1815, «que la matière du Droit est déterminée par la totalité du passé de la Nation, non de manière arbitraire, mais à partir du plus intime de la Nation elle-même et de son histoire en vertu d'une nécessité interne»,¹²⁷ le développement du Droit étant soumis comme toute autre expression de l'âme populaire à la même loi créatrice «en vertu d'une force et d'une nécessité interne indépendante du hasard et de l'arbitraire individuel comme sa genèse elle-même».¹²⁸

Voilà pour les *métaphores* et pour les *expressions-clefs* dont use Savigny dans sa représentation de l'évolution du Droit. Si nous nous attachons de plus près à ces métaphores comme à ces expressions caractéristiques, auxquelles Savigny recourt si souvent quant à la spécificité de l'évolution du Droit, force nous sera également de constater chez Savigny la prédominance des catégories *organiques* relevant autant de la philosophie de la nature que de la philosophie de l'esprit. Il s'agira, en particulier, quant à la représentation de la spécificité de l'évolution du Droit, des catégories herdériennes de développement (*Entwicklung*), de continuité (*Fortgang, Fortsetzung*) et de nécessité interne (*innere Nothwendigkeit*),¹²⁹ comme peut-être

¹²⁵ Cf. F. C. v. SAVIGNY, System, (n. 28), § 8, p. 20: „Diese stete Erhaltung des Rechts wird bewirkt durch die Tradition und diese ist bedingt und begründet durch den nicht plötzlichen, sondern ganz allmählichen Wechsel der Generationen“; tr. fr., p. 20.

¹²⁶ Cf. F. C. v. SAVIGNY, Vorlesungen 1802–1842 (n. 16), Einleitung zu den Pandekten 1812, p. 182: „Das positive Recht jedes Volks bildet sich von innen heraus.“

¹²⁷ Cf. F. C. v. SAVIGNY, Vom Beruf (n. 21), Kap. 2, p. 11: „(Das Recht) es ist derselben Bewegung und Entwicklung unterworfen, wie jede andere Richtung des Volkes und auch diese Entwicklung steht unter demselben Gesetz innerer Nothwendigkeit“, ainsi que F. C. v. SAVIGNY, Über den Zweck (n. 21), p. 6: „Die geschichtliche Schule nimmt an, der Stoff des Rechts sey durch die gesammte Vergangenheit der Nation gegeben, doch nicht durch Willkühr (...), sondern aus dem innersten Wesen der Nation selbst und ihrer Geschichte hervorgegangen.“

¹²⁸ Cf. F. C. v. SAVIGNY, System (n. 28), § 7, p. 17: „Und auch diese Fortbildung (des Rechts) steht unter demselben Gesetz der Erzeugung aus innerer Kraft und Nothwendigkeit (...) wie die ursprüngliche Entstehung“; tr. fr., p. 17.

¹²⁹ A propos de ces catégories herdériennes, voir notamment TH. WÜRSTENBERGER, Johann Gottfried Herder und die Rechtsgeschichte, in: Juristenzeitung, n° 5/6, 1957, pp. 137–141, ainsi que les introductions de M. ROUCHÉ à HERDER, Auch eine Philosophie

aussi, mais cela est sujet à controverse, des catégories schellingiennes de l'unité de la nature et de l'esprit¹³⁰ – le peuple tout à la fois comme «*natürliche Einheit*» et comme «*Träger des positiven Rechts*» et de la corrélation entre *nécessité* et *liberté* – chaque époque devant reconnaître «le donné comme nécessaire et libre» et l'Etat comme organisme naturel résultant de la nécessité et de la liberté, tant il est vrai que chez Schelling «l'histoire achevée serait une nature idéale et l'Etat l'organisme extérieur d'une harmonie de la nécessité et de la liberté, atteinte dans la liberté».¹³¹

c) En évoquant ces catégories organiques caractéristiques de la représentation savignienne de l'évolution du Droit, nous touchons au *troisième* ordre de considérations que méritent nos textes et ces considérations ont trait à la conception de l'histoire, ou, pour reprendre les termes du regretté Franz Wieacker, «à la si difficile question du sens propre de l'«histoire» chez Savigny, conception conservatrice de l'existence, sens et élégance traditionaliste ou plutôt métaphysique historique transcendante».¹³² Sans faire nôtres les termes de la problématique formulée par Wieacker, nous devons bien, en effet, au vu de la prédominance des catégories *organiques* dans la représentation savignienne du *sujet* comme de l'*évolution* du Droit, nous interroger sérieusement sur sa conception de l'*histoire*, partant sur l'*historicité* de sa conception du Droit, sur la *nature* proprement *historique* de sa vision du Droit et de son évolution.

A constater à cet égard la prédilection marquée de Savigny pour les catégories organiques de *totalité naturelle* et d'*individualité* quant au *sujet* de l'évolution du Droit et de *développement*, de *continuité*, de *nécessité interne* quant au *mouvement* même du Droit, force est de se demander, en effet, si sa pensée historique n'est pas en vérité une

der Geschichte zur Bildung der Menschheit (1774), éd. et tr. fr., Paris 1964, et HERDER, Ideen zur Philosophie der Geschichte der Menschheit (1784–1791), éd. et tr. fr., Paris 1962.

¹³⁰ Dans ce sens, voir (R. STINTZING) – E. LANDSBERG, Geschichte (n. 110), pp. 214–216.

¹³¹ Cf. SCHELLING, Vorlesungen über die Methode des akademischen Studiums, Jena 1802, éd. H. GLOCKNER, Stuttgart 1954, 10. Vorlesung, pp. 129 s: „Die vollendete Welt der Geschichte wäre demnach selbst eine ideale Natur, der Staat, als der äussere Organismus einer in der Freiheit selbst erreichten Harmonie der Nothwendigkeit und der Freiheit.“

¹³² Cf. F. WIEACKER, F. C. von Savigny, in: Gründer und Bewahrer, Göttingue 1959, p. 137.

«pensée de développement organique»,¹³³ si elle ne relève pas en définitive de l'ordre de la *nature*, correspondant ainsi, comme nous l'avons évoqué, à la notion d'*histoire naturelle* du Droit.

Mais poser la question, c'est y répondre, quand on serre de près les textes, que ce soit à propos du *sujet* même de l'évolution du droit ou à propos du *processus* de cette évolution. Du *Vom Beruf* de 1814 et des *articles programmatiques* de la Revue de l'École historique de 1815–1816 au *Système du Droit romain* de 1840, c'est comme un *leitmotiv* que se présente d'abord l'affirmation selon laquelle c'est la *totalité naturelle* (*Naturganze*), l'*unité naturelle* (*natürliche Einheit*),¹³⁴ voire le *corps du peuple*¹³⁵ qui est le *sujet* du développement du Droit. Pareillement, des *écrits programmatiques* de 1814–1816 au *Système du Droit romain* de 1840, c'est comme un autre *leitmotiv* que s'orchestre le thème de la *croissance organique* du Droit – soit comme la vie de l'homme,¹³⁶ soit comme un corps qui croît et ne cesse de se développer¹³⁷ –, de sa *symbiose organique* avec l'essence et le caractère du peuple à travers la continuité des temps,¹³⁸ de son *développement* enfin selon «la même loi créatrice en vertu d'une force et d'une nécessité interne».¹³⁹

A suivre ces textes, il faut bien convenir, quant à la conception que se fait Savigny de l'*histoire* et de la *nature historique* du Droit, que l'*histoire* n'est en définitive dans sa pensée, selon la pénétrante formule de Böckenförde, que «l'espace de développement d'une évolution naturelle, qui s'accomplit de façon organique à partir d'un principe immanent».¹⁴⁰ Le sujet de l'*histoire* du Droit s'y trouve réduit, en effet, à une *totalité naturelle* conçue sur le modèle des *organismes naturels* comme le corps humain, et le processus de son évolution y est pensé sur le mode du *développement organique des*

¹³³ Cf. E. BÖCKENFÖRDE, *Historische Rechtsschule* (n. 18), p. 16.

¹³⁴ Voir les citations correspondantes de F. C. v. SAVIGNY, *Vom Beruf* (n. 21), p. 8 et 11, de l'article de F. C. v. SAVIGNY, *Über den Zweck* (n. 21), pp. 3 s., ainsi que de F. C. v. SAVIGNY, *System* (n. 28), p. 30, supra, n. 94 s., 97 et 119.

¹³⁵ Voir la citation de F. C. v. SAVIGNY, *Stimmen* (n. 26), p. 4, supra, n. 100.

¹³⁶ Cf. la citation de F. C. v. SAVIGNY, *System* (n. 28), § 7, pp. 16 s., tr. fr., pp. 16 s., supra, n. 118.

¹³⁷ Cf. la citation de F. C. v. SAVIGNY, *Stimmen* (n. 26), p. 4, supra, n. 100.

¹³⁸ Cf. la citation de F. C. v. SAVIGNY, *Vom Beruf* (n. 21), p. 111, supra, n. 95.

¹³⁹ Cf. la citation de F. C. v. SAVIGNY, *System* (n. 28), § 7, pp. 16 s., supra, n. 102.

¹⁴⁰ Cf. E. BÖCKENFÖRDE, *Historische Rechtsschule* (n. 18), p. 16: „Die Geschichte ... wird zum Entfaltungsraum einer Natur-Entwicklung reduziert, die sich aus einem immanenten Prinzip organisch vollzieht“.

réalités de la nature, qui ont toutes nécessairement leur genèse, leur croissance, leur maturité, leur vieillesse et leur mort.

La conclusion qui s'impose, c'est que la conception savignienne de l'*histoire*, partant celle de la *nature historique* du Droit, procède d'une *philosophie de la nature* plus que d'une *philosophie de l'esprit*, et ceci quelque soit l'influence du romantisme et de l'idéalisme allemand sur Savigny, dans la droite ligne herdérienne de la mise au jour des *lois naturelles* de l'histoire et du développement de l'humanité, qui réalisent le plan de Dieu sur le genre humain comme dans l'ordre de la nature.¹⁴¹

Conclusion

Il vaut la peine de s'interroger en guise de conclusion sur les *raisons* et sur les *conséquences* de cette conception singulière de l'*histoire* et de la *nature historique* du Droit. Quant aux *raisons* de la conception savignienne de l'*histoire* et de la *nature historique* du Droit, elles me paraissent de trois ordres: *philosophique*, *politique* et *scientifique*.

Raisons d'ordre *philosophique* d'abord. Savigny, il faut le rappeler, n'est pas un *philosophe*; il ne mène pas une réflexion approfondie sur la nature du Droit ou sur l'histoire, encore moins sur l'historicité du droit. Selon la judicieuse formule de Kantorowicz, «il n'avait pas une philosophie, mais c'est une philosophie que le dominait».¹⁴² Savigny se borne dès alors à reprendre et à utiliser les thèmes et les concepts dominants, ceux de la philosophie herdérienne de l'histoire, ceux du romantisme ou ceux de l'idéalisme allemand.

Raisons d'ordre *politique* ensuite. Reprenant et utilisant les thèmes et les concepts ambiants, Savigny mène au premier chef, dès ses écrits programmatiques, un combat de *politique juridique*, la défense et l'illustration de la supériorité de la science juridique organique sur la codification rationaliste et volontariste. Dans ce combat, son cheval de bataille c'est le *développement organique du droit* à partir de la totalité naturelle du peuple et de ses interprètes qualifiés, les juristes savants,¹⁴³ dans un retournement de l'argument de l'histoire contre l'utilisation qu'en faisaient les tenants des Lumières et de l'idéologie

¹⁴¹ Cf. E. BÖCKENFÖRDE, *Historische Rechtsschule* (n. 18), p. 17.

¹⁴² Cf. H. U. KANTOROWICZ, *Volksgeist* (n. 5), p. 317: „Nicht er besass eine Philosophie, sondern eine Philosophie besass ihn.“

¹⁴³ Voir dans ce sens J. Q. WHITMAN, *The Legacy of Roman Law in the German Romantic Era – Historical Vision and Legal Change*, Princeton 1990, en particulier

de la Révolution française. *L'histoire*, conçue comme «*Naturgeschichte*» et centrée, comme chez Herder, sur l'*individualité* des peuples et sur la *continuité* de leur développement sur un mode organique, devient ainsi son *cheval de Troie* contre les idéologues du progrès, sans qu'il songe à s'interroger davantage sur ses implications philosophiques.

Enfin, raisons d'ordre *scientifique*. Savigny n'est pas seulement *politiquement* défiant à l'égard d'une conception de l'histoire procédant d'une philosophie de l'esprit ou de la liberté; il est *scientifiquement* hostile à toute forme d'*histoire universelle*, comme celle que postule une philosophie de l'histoire de type hégélien, et singulièrement à toute espèce d'*histoire universelle du Droit*.

S'en prenant explicitement à l'idée d'une «*Universalrechtsgeschichte*», d'une *histoire du droit universelle* postulée par Anselm Feuerbach¹⁴⁴ et réalisée pour le Droit des successions par Edouard Gans,¹⁴⁵ il dénonce le fameux propos de Thibaut selon lequel «dix leçons sur le Droit des Perses ou des Chinois éveilleront bien plus le sens juridique des étudiants qu'une centaine de cours sur les lamentables bousillages auxquels a donné lieu la succession ab intestat d'Auguste à Justinien» chez tous les «faiseurs de micrologie». ¹⁴⁶ N'envisageant pour seule «histoire universelle» que «l'histoire du Salut» – «le christianisme», écrit-il à sa fille Bettina, est «la clef de l'histoire universelle» (*Schlüssel zur Weltgeschichte*), ¹⁴⁷ et encore ne conçoit-il celle-ci qu'à la façon d'un «*allgemein unsichtbarer Entwicklungsprozess*» ¹⁴⁸ – Savigny avancera ainsi deux ordres d'arguments à

ch. IV: Imperial Tradition and the New Professoriate after 1814, pp. 92 ss., notamment pp. 99–112.

¹⁴⁴ Cf. F. C. v. SAVIGNY, *Stimmen* (n. 26), p. 5, où Savigny s'en prend aux idées développées par P. F. A. v. FEUERBACH en préface à UTERHOLZNER, *Juristische Abhandlungen*, Munich 1810, pp. XII–XVII.

¹⁴⁵ Cf. E. GANS, *Das Erbrecht* (n. 10).

¹⁴⁶ Cf. A. F. J. THIBAUT, *Über die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland*, 2e éd. Heidelberg, 1814, p. 433.

¹⁴⁷ Cf. la lettre adressée par Savigny à sa fille Bettina pour la Noël 1820, véritable profession de foi chrétienne, A. ERLER, *Zwei unbekannte Briefe Savignys an seine Tochter Bettina*, in: *Jahrbuch des Freien Deutschen Hochstiftes*, 1981, p. 351: „In diesem ersten oder allgemeinen Theil des Christentums ist also ein Schlüssel zur Weltgeschichte enthalten.“

¹⁴⁸ Cf. la lettre de Savigny à J. N. Ringseis du 28 février 1834, in: O. PFÜLF, *Savigny und die Dinge in Bayern*, in: *Stimmen aus Maria-Laach, Katholische Blätter*, Bd. 67, 1904, p. 201: „Vieles und vielleicht das meiste von dem, was Sie bekämpfen, erscheint uns leicht als menschliche Tat und Willkür, da es doch bloss Stück eines allgemeinen

l'encontre de toute entreprise d'*histoire universelle du Droit*: des arguments d'ordre *méthodologique* et des arguments d'ordre *culturel*. D'ordre *méthodologique*, c'est qu'à son sens, s'il convient bien qu'on ne saurait assez mépriser toute espèce de *micrologie*,¹⁴⁹ il considère comme fondamental pour l'histoire la *rigueur* et l'*exactitude* des connaissances:

«En tout premier lieu, il n'y a pas de confusion plus pernicieuse que celle de la micrologie avec la connaissance spécifique des détails. Tout homme sensé doit faire peu de cas de la micrologie, mais une exacte et rigoureuse connaissance des détails est d'autant plus indispensable en toute histoire, qu'elle constitue au contraire la seule chose qui puisse garantir à l'histoire sa valeur. Une histoire du Droit qui ne procède pas de cette recherche approfondie du détail ne peut rien donner d'autre, fût-ce sous le couvert de vastes et solides conceptions, qu'un ensemble de généralités et de platitudes sur des faits à moitié vrais, et je tiens une pareille manière de procéder pour tellement creuse et stérile, que je lui préfère à côté une connaissance empirique toute brute. Or, il faut bien songer que pour les Droits de la plupart des peuples et des époques, tout matériel historique utilisable fait défaut».¹⁵⁰

C'en est assez du point de vue *méthologique* pour rendre vaine et illusoire toute *histoire universelle du Droit*, voire toute histoire du Droit de l'humanité.

D'un autre côté, sur un plan *culturel*, conformément à son sens de la *continuité organique* avec la totalité du passé de chaque peuple, Savigny ne tient pas les Droits de tous les peuples du monde pour également intéressants, mais il ne prend en considération que ceux qui font partie intégrante de notre culture ou de notre civilisation occidentale:

«Il faut enfin protester spécialement», insiste Savigny en 1816, «contre l'impartialité avec laquelle on dépeint l'histoire du Droit de tous les

unsichtbaren Entwicklungsprozesses ist, dessen bewusste Organe die Einzelnen sind.“

¹⁴⁹ Cf. F. C. v. SAVIGNY, *Stimmen* (n. 26), p. 5.

¹⁵⁰ Cf. F. C. v. SAVIGNY, *Stimmen* (n. 26), p. 5: „Mikrologie nämlich muss jeder vernünftige Mensch gering schätzen, aber genaue und strenge Detailkenntniss ist in aller Geschichte so wenig entbehrlich, dass sie vielmehr das einzige ist, was der Geschichte ihren Werth sichern kann. Eine Rechtsgeschichte, die nicht auf dieser gründlichen Erforschung des Einzelnen beruht, kann unter dem Namen grosser und kräftiger Ansichten nichts anderes geben, als ein allgemeines und flaches Rasonnement über halb wahre Thatsachen, und ein solches Verfahren halte ich für so leer und fruchtlos, dass ich daneben einer ganz rohen Empirie den Vorzug einräume.“

peuples comme également intéressante et riche d'enseignement. Abstraction faite de ce qu'ici justement, comme en d'autres domaines, le talent de certains peuples établit une différence qui n'est pas négligeable, il y a une autre différence tout à fait décisive. C'est qu'ici aussi tout dépend en effet de la question fondamentale de savoir, si, comme je le crois, le Droit qui est né avec une nation comme aussi, celui qui, étranger à l'origine, s'est incorporé à elle à travers les siècles, si un tel Droit est devenu une partie de leur propre être, ou si, selon la doctrine opposée, chaque instant peut demander quel Droit sera en vigueur l'instant après, de telle sorte que dans cette perspective, les codes de toutes les époques et de tous les peuples doivent être étalés devant nous selon n'importe quel choix, en toute indifférence. De mon point de vue, on devrait attribuer une importance très inégale à l'histoire du Droit des différents peuples. Le plus important, en effet, est et demeure l'histoire des Droits qui nous sont apparentés, c'est-à-dire des Droits germaniques, du Droit romain et du Droit canonique.»¹⁵¹

Les conséquences d'une telle conception de l'histoire et de l'histoire du Droit du Fondateur de la «*geschichtliche Rechtswissenschaft*», de la science juridique historique, seront doubles et comme inscrites par avance dans la *Juristische Methodologie* du jeune professeur de Marbourg. D'une part, en tant qu'elle privilégie le développement naturel de ce qui est devenu partie intégrante du corps du peuple allemand – le Droit romain depuis la Réception –, la conception savignienne de l'histoire du Droit va conduire la science juridique historique à un *positivisme des sources* totalement coupé de l'histoire contemporaine et valoriser la «*historische Bearbeitung*», le traitement *historique* dans l'acception classique de la «*Historie*», mais du même coup dans une perspective totalement *anhistorique*.¹⁵² Mais, d'autre

¹⁵¹ Cf. F. C. v. SAVIGNY, *Stimmen* (n. 26), pp. 6 s.: „Endlich muss ich besonders gegen die Unparteilichkeit protestiren, womit die Rechtsgeschichte aller Völker als ungefähr gleich interessant und lehrreich dargestellt wird. Abgesehen davon, dass hier eben so wie in andern Dingen die Virtuosität mancher Völker einen nicht geringen Unterschied macht, (...) davon abgesehen, ist ein anderer Unterschied ganz entscheidend. Auch hierin kommt nämlich alles auf die Grundfrage an, ob (wie ich glaube) das Recht, welches mit einer Nation geboren ist, und eben so das ursprünglich fremde, was aber viele Jahrhunderte in ihr gelebt hat, ein Stück ihres eigenen Wesens geworden ist, oder ob (nach der Lehre der Gegner) jeder Augenblick fragen kann und darf, welches Recht im nächsten Augenblick gelten solle, so dass bey dieser Ueberlegung die Gesetzbücher aller Zeiten und Völker zu gleichmässiger, beliebiger Auswahl vor uns ausgebreitet liegen sollen. Von meinem Standpunct aus würde demnach der Rechtsgeschichte verschiedener Völker eine sehr ungleiche Wichtigkeit zugeschrieben werden müssen. Das wichtigste nämlich ist und bleibt die Geschichte der uns angehörigen Rechte, d. h. der Germanischen Rechte, des Römischen und des Canonischen Rechts.“

¹⁵² Cf. H. KIEFNER, *Der junge Savigny* (n. 61), p. 45: „Sie (diese Art der Quellenbe-

part, en tant qu'elle s'attachera à dégager de la diversité historique, d'un côté, le *principe vital* à partir duquel tout s'explique,¹⁵³ d'un autre côté, la *cohérence interne* entre les différentes parties du Droit, et surtout, selon l'expression de Puchta, le *système de concepts* qui lui est inhérent,¹⁵⁴ la conception savignienne de la science historique du droit aboutira au *constructivisme juridique* de la *Begriffsjurisprudenz*, usant de la généalogie des concepts à partir de la promotion de la science juridique organique au rang de *source du Droit*.¹⁵⁵

Positivismisme des sources, qui amènera un Marx à dénoncer en 1842 l'étude des sources comme le «sésame ouvre-toi» de l'École historique;¹⁵⁶ *Begriffsjurisprudenz*, qui déterminera un Rudolf Sohm à soutenir en 1880 le paradoxe selon lequel «l'École historique a contribué à faciliter la rupture avec l'histoire»¹⁵⁷ – ces deux ultimes conséquences de la conception savignienne de l'histoire et de l'histoire du Droit se trouvaient en fait déjà préfigurées dans les notes du *Cours de Méthodologie juridique* de Marbourg de 1802–1803. Traitant de la «*historische Behandlung*» du Droit, Savigny y soulignait alors déjà sous «*historische Verbindung*»: «La tâche la plus importante de cette partie du traitement historique, c'est l'étude des sources.»¹⁵⁸ Abor-

handlung) ist ungeschichtlich nach unserem Verständnis, aber nicht unhistorisch in jenem älteren Sprachgebrauch.“

¹⁵³ Cf. Recension, N. TH. GÖNNER, Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (n. 25), p. 395: „Nach der Methode, die ich für die rechte halte, wird in dem Mannichfaltigen, welches die Geschichte darbietet, die höhere Einheit aufgesucht, das Lebensprinzip, woraus diese einzelnen Erscheinungen zu erklären sind, und so das materiell gegebene immer mehr vergeistigt.“

¹⁵⁴ Cf. G. F. PUCHTA, *Cursus der Institutionen*, Bd. 1, (Berlin 1841), 7e éd., Leipzig 1871, p. 33: „Es ist nun die Aufgabe der Wissenschaft, die Rechtssätze in ihrem systematischen Zusammenhang, als einander bedingende und von einander abstammende, zu erkennen, um die Genealogie der einzelnen bis zu ihrem Prinzip hinauf verfolgen, und ebenso von den Prinzipien bis zu ihren äussersten Sprossen herabsteigen zu können.“

¹⁵⁵ Cf. F. C. V. SAVIGNY, *System* (n. 28), § 14, p. 46: „Indessen entsteht durch die dem Stoff gegebene wissenschaftliche Form, welche seine inwohnende Einheit zu enthüllen und zu vollenden strebt, ein neues organisches Leben, welches bildend auf den Stoff selbst zurück wirkt, so dass auch aus der Wissenschaft als solcher eine neue Art der Rechtserzeugung unaufhaltsam hervorgeht“; tr. fr., p. 44.

¹⁵⁶ Cf. K. MARX, *Das philosophische Manifest der historischen Rechtsschule*, in: *Ges. Schriften von K. Marx und F. Engels, 1841 bis 1850*, Bd. 1, Stuttgart 1902, p. 268: „Die historische Schule hat das Quellenstudium zu ihrem Schiboleth gemacht“.

¹⁵⁷ Cf. R. SOHM, *Fränkisches Recht und römisches Recht – Prolegomena zur deutschen Rechtsgeschichte*, in: *Zeitschrift für Rechtsgeschichte, Germ. Abt.*, Bd. 1 (1880), p. 80: „Die geschichtliche Schule hat den Bruch mit der Geschichte fördern helfen.“

¹⁵⁸ Cf. F. C. V. SAVIGNY, *Vorlesungen 1802–1842* (n. 16), p. 97: „Höchste Aufgabe dieses Theils der historischen Behandlung: Quellenkunde.“

dant par ailleurs l'approche *systematique*, Savigny relevait alors aussi déjà, à propos des erreurs de définition des concepts:

«Remèdes à cet égard: la fidélité génétique dans la construction des concepts. Recherche de leur généalogie dans les lois-mêmes (*Nachforschungen nach ihrer Genealogie in den Gesetzen selbst*).»¹⁵⁹

On savait le Fondateur de l'École du Droit historique planificateur de toute son oeuvre dès 1810.¹⁶⁰ Telle qu'il l'a réalisée, cette oeuvre représente en tout cas un bel exemple d'achèvement d'un processus de développement tout à la fois *organique* et *systematique*.

¹⁵⁹ Cf. F. C. v. SAVIGNY, Vorlesungen 1802–1842 (n. 16), p. 101: „Hilfsmittel dagegen? genetische Treue in der Construction der Begriffe. Nachforschen nach ihrer Genealogie in den Gesetzen selbst.“

¹⁶⁰ Cf. Lettre de Savigny à Bang du 13 avril 1810, in: STOLL, Friedrich Carl von Savigny (n. 19), p. 415 s.

Recht zwischen Natur
und Geschichte

Le droit entre nature et histoire

Deutsch-französisches Symposium
vom 24. bis 26. November 1994 an der
Universität Cergy-Pontoise

Herausgegeben von François Kervégan
und Heinz Mohnhaupt



Vittorio Klostermann Frankfurt am Main
1997

IUS COMMUNE

Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts
für Europäische Rechtsgeschichte
Frankfurt am Main

SONDERHEFTE

Studien zur
Europäischen Rechtsgeschichte

100



Vittorio Klostermann Frankfurt am Main

1997

Gefördert von der Deutschen Forschungsgemeinschaft und
dem Centre National de la Recherche Scientifique

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Studien zur europäischen Rechtsgeschichte : Ius commune,
Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts für Europäische
Rechtsgeschichte, Frankfurt am Main, Sonderhefte. – Frankfurt
am Main : Klostermann.

Früher Schriftenreihe

Reihe Studien zur europäischen Rechtsgeschichte zu: Ius commune
NE: Ius commune / Sonderhefte

100. Recht zwischen Natur und Geschichte. – 1997

Recht zwischen Natur und Geschichte : deutsch-französisches
Symposium vom 24. bis 26. November 1994 an der Universität
Cergy-Pontoise – Le droit entre nature et histoire / hrsg. von
François Kervégan und Heinz Mohnhaupt. – Frankfurt am
Main : Klostermann, 1997

(Studien zur europäischen Rechtsgeschichte ; 100)

ISBN 3-465-02898-8

NE: Kervégan, François [Hrsg.]; Le droit entre nature et histoire

© Vittorio Klostermann GmbH Frankfurt am Main 1997

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere die des Nachdrucks und der Übersetzung.
Ohne Genehmigung des Verlages ist es nicht gestattet, dieses Werk oder Teile in einem
photomechanischen oder sonstigen Reproduktionsverfahren oder unter Verwendung
elektronischer Systeme zu verarbeiten, zu vervielfältigen und zu verbreiten.

Druck: Weihert-Druck GmbH, Darmstadt

Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier  (ISO 9001)

Printed in Germany