



**GÁBOR HAMZA**

# **LE DÉVELOPPEMENT DU DROIT PRIVÉ EUROPÉEN**

## **LE RÔLE DE LA TRADITION ROMANISTE DANS LA FORMATION DU DROIT PRIVÉ MODERNE**

Gábor HAMZA

Le développement du droit privé européen

Le rôle de la tradition romaniste dans la formation du droit privé moderne

— Table des matières —

**Préface**  
**Introduction**  
**Partie I**  
**Les origines du droit privé européen**

§ 1. Le droit romain en Europe occidentale jusqu'à la codification de Justinien

1. Les *Leges Romanae Barbarorum*
2. La *Lex Romana Wisigothorum*
3. La *Lex Romana Burgundionum*
4. L'*Edictum Theodorici*

§ 2. La codification (compilation) de Justinien

§ 3. Le droit romain et la science juridique en Europe au Moyen Âge

1. La survivance du droit romain en général
2. Le droit romain dans les territoires grecs
3. Le droit romain et la science juridique en Italie
4. Le *ius commune*

§ 4. Le droit canonique (*ius canonicum*)

**Partie II**

**La survivance du droit romain en Europe**

§ 1. La France

1. Aperçu général
2. Les Glossateurs
3. Le droit commun (*ius commune*)

§ 2. La péninsule ibérique

1. Aperçu général
2. L'Espagne
3. Le Portugal

§ 3. Les îles britanniques

1. Aperçu général
2. L'Angleterre
3. L'Écosse
4. L'Irlande

§ 4. Le Saint Empire romain, la Prusse, l'Allemagne, les Pays-Bas, les territoires héréditaires autrichiens (l'Empire autrichien), la Suisse, la Bohême et la Moravie (les Pays tchèques)

1. Le Saint Empire romain
2. Les Pays-Bas
3. La Suisse
4. Les territoires héréditaires autrichiens (l'Empire autrichien)
5. La Bohême et la Moravie (les Pays tchèques)

§ 5. L'Europe du Nord

1. Aperçu général
2. Les territoires danois
3. Suède
4. Finlande
5. L'unification du droit privé

§ 6. La Pologne et la Lituanie

1. Aperçu général
2. La Pologne
3. La Lituanie

§ 7. La Hongrie

1. Le droit romain au Moyen Âge
  - a. Aperçu général
  - b. Les lois (*decreta*) du roi Saint-Étienne

- c. L'époque de la pénétration du droit romain
- d. Le *Tripartitum* de Werbőczy
- 2. Le droit romain depuis 1514 jusqu'au XIXe siècle
- 3. La présence des institutions du droit romain
- 4. La science du droit romain (du droit privé) au XIXe siècle
- 5. Le processus de la codification du droit privé hongrois
- 6. L'enseignement du droit romain (du droit privé) en Hongrie

§ 8. Les États balkaniques et les principautés danubiennes (la Roumanie), la Bessarabie (la République moldave)

- 1. Aperçu général
- 2. La Bulgarie
- 3. La Serbie
- 4. Le Monténégro
- 5. Les principautés danubiennes (la Roumanie)
- 6. La Bessarabie (la République moldave)

§ 9. La Russie, l'Union soviétique et les pays baltes

- 1. Les traditions juridiques byzantines
- 2. La consolidation (codification) du droit
- 3. La codification du droit privé au XXe siècle
- 4. Les pays baltes

### **Partie III**

#### **La science juridique fondée sur la tradition romaniste et celle comparative des droits de l'Antiquité en Europe**

§ 1. Les Humanistes

- 1. Aperçu général
- 2. L'École Humaniste et l'Antiquité gréco-romaine
- 3. La France
- 4. L'Espagne
- 5. L'Allemagne
- 6. Les Pays-Bas

§ 2. Le développement de la science juridique en Allemagne

- 1. Aperçu général
- 2. *L'usus modernus pandectarum*
- 3. L'École du Droit naturel
- 4. L'École historique du droit (*Historische Rechtsschule*)

§ 3. L'influence de la science juridique allemande sur le plan européen

- 1. La Suisse
- 2. L'Autriche
- 3. L'Italie
- 4. La France
- 5. L'Europe du Nord
- 6. Les États balkaniques et la Roumanie
- 7. La Russie

§ 4. La science juridique basée sur l'analyse des droits de l'Antiquité et les recherches comparatives

- 1. La tendance générale de l'histoire du droit et le droit comparé
- 2. Le rapport du droit romain avec les autres droits antiques et l'orientalisme émergent
- 3. L'influence de l'élargissement de la source-base sur les recherches comparées
- 4. La tendance de la science juridique comparée et la recherche relative aux droits antiques
- 5. Le courant de l'« *antike Rechtsgeschichte* »
- 6. Les courants et tendances de la comparaison juridique antique dans la littérature des dernières décennies

§ 5. La science juridique européenne et les tendances modernes de la recherche du droit romain

1. Aperçu général
2. La recherche d'interpolations
3. La papyrologie juridique
4. D'autres tendances
5. La science du droit romain contemporaine

#### **Partie IV**

#### **L'influence du droit romain et de la tradition romaniste en dehors de l'Europe**

##### § 1. L'Amérique du Nord

1. Les États-Unis
2. Le Canada — Le Québec

##### § 2. L'Amérique Centrale et l'Amérique du Sud

1. Aperçu général
2. L'Amérique Centrale
3. L'Amérique du Sud

##### § 3. L'Afrique du Sud

##### § 4. Les pays de l'Asie

1. Aperçu général
2. Le Ceylan (Sri Lanka)
3. L'Indonésie
4. Le Japon
5. La Thaïlande
6. La Chine (La République populaire de Chine et Taïwan)
7. La Corée du Sud
8. Les Philippines

Liste des abréviations

Littérature générale

Index des noms et titres

#### **Préface**

Cet ouvrage, comme son titre l'indique, décrit le développement du droit privé européen, et en particulier le rôle joué par la tradition romaniste dans la formation du droit privé moderne. Ce livre est une variante abrégée du livre « Le développement du droit privé européen. Le rôle de la tradition romaniste dans la formation du droit privé moderne », publié en hongrois en 2002. L'ouvrage puise de plus dans le manuel d'András Földi et Gábor Hamza intitulé « Histoire et institutes du droit romain », publié en hongrois en première édition en 1996. La structure de l'ouvrage est la suivante : 1) les origines du droit privé européen ; 2) la survivance du droit romain en Europe ; 3) la science juridique fondée sur la tradition romaniste des Temps modernes en Europe ; 4) l'influence du droit romain et de la tradition romaniste en dehors de l'Europe.

Les travaux traitant de l'histoire du droit privé, que cela soit vue par des problématiques particulières ou par des présentations d'ensemble, suivent en général des modèles très différents. Certains auteurs, en présentant l'évolution de la réglementation de droit privé, s'efforcent à embrasser l'ensemble du droit, indépendamment du fait de savoir à quel groupe ou système juridique les normes étudiées appartiennent (c'est ce qu'ont tenté par exemple Koschaker, Schlosser et Wesenberg), alors que d'autres se sont concentrés sur certains systèmes ou familles juridiques prédéfinis (notamment Brauner et Wesener). De même, l'histoire externe du droit privé peut aussi être exposée par l'étude de l'histoire de ses institutions et de la science du droit privé. Dans cet ouvrage, j'ai également pris en compte – évidemment seulement dans la mesure où les limites de cette étude me l'ont permis – le droit canonique, partie organique du *ius commune*, et dont l'importance effective se retrouve pourtant chez certains auteurs reculée à l'arrière-plan – ainsi par exemple chez Koschaker.

La plupart des études s'occupant de l'histoire du droit privé se contentent de présenter l'« *historia externa* » du droit privé, en n'apportant tout au plus les exemples dogmatiques qu'en vue d'illustrer leurs propos. Il est vrai que Wieacker en particulier consacre également une place relativement importante à l'histoire de la science du droit, mais pour le moment, Coing reste le seul à avoir entrepris une présentation d'ensemble de l'histoire des institutions du droit privé.

Dans cet ouvrage, j'ai tenté d'appliquer une méthode nouvelle sous plusieurs aspects, par rapport aux modèles ci-dessus mentionnés. A ce propos, je voudrais tout d'abord souligner que dans le cadre de l'histoire du droit privé, j'ai essentiellement mis l'accent, non pas de manière exclusive, mais cependant déterminante, sur la présentation de la survivance du droit romain, ainsi que de son influence sur les systèmes juridiques postérieurs. La raison de ce choix ne se trouve pas uniquement dans le fait que la tradition juridique romaine est l'une des pierres angulaires de l'identité culturelle européenne. En effet, j' ai été guidé aussi par la considération que, dans le cadre de l'histoire universelle du droit privé, le « courant romaniste » détient, sans aucun doute, une importance particulière. Je dois ajouter que cet aspect assure tout autant, dans la présentation de notre matière, un suivi de la continuité historique de l'Antiquité à nos jours, qu'une approche de l'évolution des différents systèmes juridiques du monde à partir d'un point de vue commun. Il semble évident que l'on ne peut pas se former une image adéquate des systèmes juridiques actuels sans la connaissance du passé juridique commun. Dans l'ouvrage de René David, désormais considéré comme un classique, les traditions historiques sont ainsi fortement remises au second-plan, ce dont il résulte, de mon avis, un classement beaucoup trop accentué et artificiel des différents systèmes de droit dans différentes familles juridiques. C'est également le refus de considérer les traditions enracinées dans le droit romain qui a entraîné l'accentuation de l'autonomie de la famille juridique dite socialiste, dont le caractère artificiel en Europe est devenu évident dans les années 1950, comme le résultat de la division juridique et politique de l'Europe, scindée en deux.

Durant la rédaction de cet ouvrage, d'une part, c'est l'abondance, quasi inextricable, de la littérature spécialisée qui a posé la plus grande difficulté, puis d'autre part, l'accès, souvent difficile, à certains ouvrages ou périodiques. Certes, il peut paraître dès le départ illusoire de présenter de manière exhaustive rien qu'un seul aspect du thème global dont il est question, dans un ouvrage aux volumes finalement limités, relativement tout du moins à l'ampleur du sujet soulevé. Il reviendra au lecteur de décider dans quelles mesures j'ai réussi. Dans tous les cas, pour chaque État étudié je me suis efforcé à utiliser la bibliographie la plus moderne et authentique, bien que cela n'ait certainement pas pu être systématiquement réalisé.

J'ai présenté le droit romain, assumant une tâche fondamentale dans la création d'un droit privé européen, comme base des systèmes juridiques contemporains. Allant de l'époque byzantine jusqu'à nos jours, ce livre analyse l'influence du droit romain sur la plupart des pays européens et d'outre-mer, y compris les États-Unis d'Amérique. Sont déployés, de façon succincte, les résultats d'une longue décennie de recherche. C'est la première fois, même au niveau international, que le développement du droit privé des différents pays, toujours sur la base du droit romain, est décrit de façon concise mais en même temps bien documentée. Ce livre retrace la survivance ainsi que le développement d'un certain nombre d'institutions juridiques d'importance fondamentale, afin que le lecteur puisse y trouver une analyse de leur continuité.

Le droit romain joue en tant que « dénominateur commun » le rôle principal dans la présentation du développement du droit privé des différents États. Ce rôle est dû au phénomène de la réception du *ius Romanum* en Europe. Cette réception du droit romain a pris des formes différentes selon les cas, et son ampleur variait naturellement suivant des besoins particuliers. Dans une partie des pays, comme en Allemagne par exemple, on peut parler d'une réception globale, c'est-à-dire d'une réception *in complexu*. Dans d'autres, cette réception n'était pas tellement intense, ce qui n'a pas exclu pour autant la pénétration ou l'infiltration des différents éléments du droit romain. Le droit romain est, sur le terrain du droit privé de la plupart des pays, un instrument fondamental d'intégration – cela est vrai également pour les pays où la réception du droit romain ne s'est pas réalisée *in globo* – et joue un rôle sérieux même aujourd'hui dans la création du *ius commune Europaeum*. Un intérêt spécial est prêté au droit canonique qui a également joué, en tant que partie intégrante du *ius commune*, dans le développement du droit privé en Europe.

Comme autre innovation de mon ouvrage, je voudrais souligner le fait que je n'ai pas limité mon étude aux systèmes juridiques traditionnellement traités dans le cadre des manuels d'histoire du droit privé, mais j'ai porté mon regard également sur l'évolution juridique de certains pays, négligés, voire pas même mentionnés, par la plupart des travaux généraux sur la question. D'une part, comme nouveauté de cet ouvrage, l'histoire du droit privé des États d'Europe centrale et orientale – y compris les États baltes – a ainsi été présentée, au même titre que celle de l'Irlande par exemple. Dans ces pays, les traditions romanistes avaient aussi joué un rôle considérable. Dans quelques pays, ces traditions se présentaient à travers le droit (*ius Graeco-Romanum*) de l'Empire byzantin (Empire romain d'Orient). Le développement du droit privé hongrois est décrit par rapport aux autres pays d'une manière plus détaillée. Cela s'explique par le rayonnement tout à fait considérable du système juridique hongrois en Europe centrale. La présentation du développement du droit privé des pays de l'Europe centrale et orientale a une actualité extraordinaire, étant donné la période d'harmonisation et d'unification des droits privés en Europe. Cette actualité s'explique tout particulièrement par l'élargissement de l'Union européenne. Le *ius commune Europeum* s'enracinant dans le droit romain s'étendra dans le futur proche aussi aux pays adhérents de l'Union européenne. Ce type de présentation des différents systèmes juridiques pourra donc contribuer au rapprochement des législations nationales.

D'autre part, l'histoire de l'influence du droit romain, compris au sens large – y sont donc également inclus les influences exercées par la tradition du droit romain par l'intermédiaire, entre autres, du droit privé allemand ou français – a permis de donner une image également de l'histoire du droit privé de nombreux États des continents américain et asiatique. L'angle du droit romain, par lequel j'ai mené mon étude, lui assure donc une direction et des contours bien définis, sans jamais se perdre dans la longueur des périodes historiques évoquées, ni la multitude d'États, européens et autres, qui y sont traités.

Les innovations substantielles ne sont cependant pas limitées à la description de la continuité du droit romain. J'ai considéré, comme un de mes objectifs principaux, la description de la doctrine du droit romain dans un système moderne. L'ouvrage constitue un outil utile et de valeur pour les étudiants en droit qui souhaitent se préparer aux disciplines telles que l'histoire du droit privé et du droit comparé. Les destinataires pourraient être aussi les juristes et praticiens du droit, désireux d'avoir une idée d'emblée sur le droit romain et son influence sur le développement de notre civilisation. Finalement, il peut être offert en général à toute personne qui porte un intérêt quelconque pour l'histoire, afin d'étudier l'histoire du droit romain.

L'ouvrage est complété par une bibliographie exhaustive suivant une classification thématique, contenant plusieurs centaines de mots clefs ainsi qu'un index des matières et des noms. En plus, à la tête de la première partie qui traite des origines du droit privé européen, se trouve une bibliographie générale contenant des ouvrages de références.

Si, malgré tout, j'ai réussi à collecter des informations et connaissances difficilement accessibles et en rendre compte sous une forme claire, tout en prélevant et présentant l'essentiel d'une matière immense, alors les nombreuses années de travail consacrées à la réalisation de cet ouvrage auront déjà eu un sens. Enfin, je tiens à ajouter encore, qu'au cours de mes efforts, à côté d'objectifs théoriques, j'avais également devant les yeux des buts pratiques pour la réalisation de ce travail.

L'auteur tient à remercier M. Tamás MOLNÁR et M. István GASS de leur aide pendant les travaux préparatoires de l'ouvrage. Il tient également remercier Mlle Júlia NAGY de son aide linguistique.

Gábor HAMZA

## Introduction

1. Par la résolution du 26 mai 1989 (JOCE, 1989, C 158/400) le Parlement européen a invité les États membres à s'efforcer d'unifier leur droit privé (droit civil et droit commercial)<sup>1</sup>. Conformément à cette résolution, la Communauté européenne (CE) a mis en place une commission chargée de la réalisation du projet (ou des projets)<sup>2</sup>. En 1994, une autre résolution du Parlement européen, datant du 27 avril 1994 (JOCE, 1994, C 205/518), demande de nouveau aux États membres d'unifier, dans l'intérêt de la construction du marché intérieur, certains domaines de leur droit privé<sup>3</sup>. Cette question a été de nouveau discutée en 1999, devant le Conseil européen siégeant à Tampere. Le point 39 des conclusions adoptées à Tampere prévient la Commission européenne de la nécessité d'harmoniser les règles nationales relatives au droit privé des États membres<sup>4</sup>. En novembre 2001, une autre résolution a été adoptée par le Parlement européen dans le même but.<sup>5</sup>

C'est en 1980, précédent de près de dix ans l'avis de 1989, qu'a été formé, avec le soutien de la Communauté européenne, un groupe de travail, se dénommant lui-même *Commission on European Contract Law*, et dirigé par le professeur Ole Lando de Copenhague, qui a entrepris la mise en évidence des principes du droit contractuel européen<sup>6</sup>. L'Académie des Privatistes Européens (*Accademia dei Giusprivatisti Europei*),

<sup>1</sup> À propos des précédents, dans l'Antiquité classique, à l'unification et l'uniformisation du droit privé, voir : MAROI F., *Tendenze antiche e recenti verso l'unificazione internazionale del diritto privato*, Roma, 1933, pp. 7 et sqq., et p.15. Concernant l'importance de l'ouvrage *Peri nomón* de Théophraste, traitant pour l'essentiel aussi de l'unification juridique, voir : HAMZA G., *Jogösszehasonlítás és az antik jogrendszer (Droit comparé et les systèmes juridiques de l'Antiquité)*, Budapest, 1998, pp. 17 et sqq.

<sup>2</sup> Voir : GROßFELD B. – BILDA K., « Europäische Rechtsangleichung », *Zeitschrift für Rechtsvergleichung Internationales Privatrecht und Europarecht*, 33 (1992), p. 426.

<sup>3</sup> Voir : STAUDENMAYER D., « Perspektiven des Europäischen Vertragsrechts », *Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts* (hrsg. von SCHULZE R. – SCHULTE-NÖLKE H.), Tübingen, 2001, p. 429.

<sup>4</sup> Voir : SONNENBERGER H.J., « Privatrecht und Internationales Privatrecht im künftigen Europa : Fragen und Perspektiven », *RIW*, 48 (2002), p. 489.

<sup>5</sup> Voir : JO C 140 E du 13.6.2002. p. 538. Son prédécesseur est la communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen concernant le droit européen des contrats [COM (2001) 398]. D'une manière concise sur ce sujet voir : WEHRENS H.G., « Le Rapprochement du Droit Civil et Commercial des États Membres de L'Union Européenne », *Notarius International*, 3-4/2001.

<sup>6</sup> Voir : LANDO O., « Principles of European Contract Law », *RebelsZ*, 56 (1992), pp. 261 et sqq.

installée à Pavie<sup>7</sup>, et comprenant pour une grande part des juristes romanistes (appartiennent à ce cercle notamment Peter Stein – vice-président de l’Académie – professeur à Cambridge, Theo Mayer-Maly, professeur à Salzburg, Fritz Sturm, professeur à Lausanne, Dieter Medicus de Munich, et – jusqu’à son décès survenu en 2003 – Roger Vigneron, professeur à Liège), a été créée en octobre 1990. C’est dans le cadre de cette Académie, regroupant des civilistes et romanistes de réputation internationale, et se donnant pour tâche la création d’un droit européen commun, que fonctionne le Groupe d’étude pour le droit européen commun (GEDEC), travaillant actuellement sur la rédaction d’un code contenant le droit contractuel européen (*Code européen des contrats*)<sup>8</sup>. Ce code est fondé, d’une part, sur le quatrième livre (*Libro quarto*) réglementant les obligations du *Codice civile* italien de 1942, livre qui intègre aussi bien les traditions du *Code civil français* que du *BGB* allemand, et d’autre part, sur le *Contract Code*<sup>9</sup> élaboré dans les années 1960 et 1970 par Harvey McGregor pour l’*English Law Commission*<sup>10</sup>. Un rôle décisif a été joué, dans la mise en place de l’Académie, par le professeur de Pavie, Giuseppe Gandolfi, dont les recherches ont été également significatives dans le domaine du droit romain<sup>11</sup>.

L’unification du droit a cependant bien sûr aussi ses opposants. Peter Ulmer par exemple, professeur à Heidelberg, est clairement sceptique quant à la question de cette unification dans le cadre des États membres de la CE (UE)<sup>12</sup>. Une opinion similaire fut émise par le professeur français Jean Carbonnier (décédé en 2004), qui met en doute l’urgence, voire même la nécessité de l’unification juridique. Ces discussions pourraient presque rappeler la querelle entre Anton Friedrich Justus Thibaut et Friedrich Carl von Savigny qui a eu lieu concernant la question de la codification du droit – il est vrai cependant dans des circonstances historiques fondamentalement différentes des réalités sociales et juridiques des années 1810.<sup>13</sup>

Il n’a certes toujours pas été décidé de manière non équivoque si l’Europe avait aujourd’hui réellement besoin d’un droit unifié, mais il paraît malgré tout évident que l’unification du droit civil (droit privé) sur le terrain de la législation,<sup>14</sup> sous quelque forme – si non sur tous les terrains juridiques de manière uniforme – est inévitable. La question de la voie concrète à emprunter pour la réalisation de cette unification reste pour autant encore ouverte. Celle-ci pourrait prendre la forme d’un règlement aussi bien que d’une directive, ou pourrait même être réalisée par la voie de législations nationales concertées<sup>15</sup>. Le fait qu’en 1970 l’adoption d’un *Law of contracts* unitaire, et obligatoire tant pour l’Angleterre que pour l’Écosse, ait échoué ne contredit pas pour autant les tentatives, se présentant de manière tendancielle, visant à la réalisation de l’unité juridique<sup>16</sup>. Le rôle du droit romain, qui historiquement constitue le fondement de l’unité juridique européenne, pourrait être décisif dans ce processus, nécessitant sans aucun doute un temps long, voire le travail de plusieurs décennies<sup>17</sup>. Une circonstance à faciliter la validité du droit romain est le fait qu’au niveau européen l’autonomie de la volonté ainsi que la liberté contractuelle – entre autres – soient des principes juridiques actuellement toujours en

---

<sup>7</sup> Le premier président de l’Académie était Alberto Trabucchi. Après son décès, son successeur est devenu André Tunc, suivi après sa mort par José Luis de los Mozos.

<sup>8</sup> Concernant l’activité et les résultats obtenus par l’Académie, ainsi que le groupe d’étude, une vue d’ensemble nous est donnée par Gandolfi. GANDOLFI G., « Pour un code européen des contrats », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1992, p.707 et sqq. Voir également : GAGGERO P.G., « Il progetto di un codice europeo dei contratti : l’attività del gruppo di lavoro pavese », *Rivista di diritto civile*, 43 (1997), pp. 113-120.

<sup>9</sup> Voir : MCGREGOR H., *Contract Code drawn up on behalf of the English Law Commission*, Milano-London, 1993.

<sup>10</sup> Les discussions devant l’Académie de Pavie et le groupe d’étude ont été rendues publiques, jusqu’à présent, dans deux volumes : *Incontro di studio su il futuro codice europeo dei contratti. Pavia. 20-21 ottobre 1990, A cura di P. Stein*, Milano, 1993 ; et *Atti accademici 1992-1994, A cura di P. Stein*, Milano, 1996.

<sup>11</sup> L’*Avant-projet* du *Code Européen des Contrats* est paru sous la direction du professeur Gandolfi. Voir : *Code Européen des Contrats – Avant-projet*, dir. GANDOLFI G., Milano, 2001. Voir également : GANDOLFI G., « Der Vorentwurf eines Europäischen Vertragsgesetzbuches », *ZEuP*, 10 (2002), p. 1-4.

<sup>12</sup> Voir : ULMER P., « Vom deutschen zum europäischen Privatrecht », *JZ*, 47 (1992), pp. 1 et sqq.

<sup>13</sup> Sur l’avenir du Code dans le monde actuel voir : TALLON D., « L’avenir du Code en présence des projets d’unification européenne du droit civil », In : *1804-2004. Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir*, red. Y. LEQUETTE et L. LEVENEUR, Paris, 2004.

<sup>14</sup> La mondialisation, ou en d’autres termes la globalisation du droit constitue un défi pour l’idée même de la codification. Voir : KESSEDIJAN C., « La mondialisation du droit : défi pour la codification » ; In : *1804-2004. Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir* (red. Y. LEQUETTE et L. LEVENEUR), Paris, 2004.

<sup>15</sup> Voir : REMIEN O., « Rechtseinheit ohne Einheitsgesetze ? », *RabelsZ*, 56 (1992), p. 30, et du même auteur, « Illusion und Realität eines europäischen Privatrechts », *JZ*, 47 (1992), pp. 277 et sqq. Voir aussi : HERBER R., « Deutsche Zivilrechtskodifikation und internationale Rechtsvereinheitlichung », *Rechtsdogmatik und Rechtspolitik*, hrsg. von SCHMIDT K., Berlin, 1990, p. 269.

<sup>16</sup> Voir : TILMAN W., « Kodifikation des Privatrechts in der Gemeinschaft », In : *Für Recht und Staat, Festschrift für H. Helmrich zum 60. Geburtstag*, München, 1994, p. 441.

<sup>17</sup> KNÜTEL R., « Rechtseinheit in Europa und römisches Recht », *ZEuP*, 2 (1994), pp. 244 et sqq.

application<sup>18</sup>. Il est cependant indéniable que ces principes, ayant leurs racines dans le droit romain, se sont dans certains domaines relativisés. C'est le cas par exemple en ce qui concerne le terrain de la protection des consommateurs. En effet, à l'intérieur d'un système de droit privé donné, la protection accentuée et mieux construite de la partie faible, le consommateur d'après la définition du droit privé, oblige nécessairement à relativiser ces deux principes. Le droit communautaire induit en effet nécessairement certaines tendances menaçant la liberté contractuelle.

Le droit romain pourrait avoir, selon moi, un rôle important à remplir dans la jurisprudence européenne uniforme, du moins tendancielle, et plus précisément dans la mise en place même de cette jurisprudence. À l'époque du *ius commune*, un style de travail juridique uniforme, appelé *stilus curiae*, a été en vigueur à travers toute l'Europe, justement grâce au droit romain et à la *lingua franca* des juristes. Ce *stilus curiae* unitaire a été abandonné après que les différents systèmes juridiques soient devenus « nationaux » (*ius patrium*). La formation des juristes, qui redevient aujourd'hui de plus en plus internationale et dont le droit romain forme, pourrait former, une partie intégrante, sur le long terme pourrait aboutir à une nouvelle harmonisation de ce *stilus curiae*<sup>19</sup>.

2. Le droit romain avait une importance exceptionnelle pour la société médiévale, autant dans le secteur laïque qu'ecclésiastique. Il est à la base de l'Humanisme juridique du XVI<sup>e</sup> siècle et constitue une mine d'or pour les doctrines rationalistes du droit naturel. C'est dans l'esprit du positivisme scientifique, avant tout à travers la science pandectiste, qu'il se transforme au XIX<sup>e</sup> siècle et devient en fin de compte la matière éminente des grands codes de droit privé. Son rôle n'est pas non plus à sous-estimer au XX<sup>e</sup> siècle, l'exemple le plus significatif en est peut être le point 19 du programme politique de la NSDAP (*Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei*, Parti ouvrier allemand national-socialiste), adopté le 24 février 1920, ce qui ne se trouve que renforcé par l'interprétation d'Alfred Rosenberg, pouvant être qualifié de « *interpretatio simplex* ». La réception du droit romain, qualifié de droit étranger, individualiste, cosmopolite, matérialiste, libéral, marqué – voire stigmatisé – comme un droit ne prenant en compte que les intérêts privés, figure dans la littérature juridique de l'Allemagne des années 1930 comme une catastrophe nationale (« *nationales Unglück* ») et un événement tragique (« *Tragik* »). Il est à noter que Carl Schmitt – dans son étude intitulée « *Aufgabe und Notwendigkeit des deutschen Rechtsstandes* » (*Deutsches Recht* 6/1936/) – appelle la mise en arrière-plan du droit romain par la revendication du point 19 du programme de la NSDAP de 1920 à propos de l'introduction du « *deutsches Gemeinrecht* », directement « *verfassungsrechtliche Bestimmung ersten Ranges* » /sic! G.H./). Cependant, Carl Schmitt omet de soutenir sa vision si particulière par des arguments juridiques. Pour autant, la lecture de la littérature de l'époque en question nous laisse vraiment à penser – en rappelant les lignes ironiques de Rusztem Vámbéry à propos de la réforme législative prévue par la NSDAP – que « l'influence romaine a infecté la manière de penser puritaine des teutons vivant jadis à l'intérieur de grottes et sirotant du *meth* sur des peaux d'ours ».

Le courant de l'« *antike Rechtsgeschichte* » ignore totalement la vie « posthume » du droit romain, tant dans ses rapports politiques que juridiques. Les représentants de ce courant, marqué du nom de Leopold Wenger, ne tiennent pas compte du fait que le droit romain a exercé durant des siècles une influence décisive sur l'évolution du droit européen et de la science juridique. Dans le cas du droit romain, pouvant être considéré à juste titre comme le « *ius commune Europaeum* », les fidèles de cette tendance, dont il reste encore quelques représentants aujourd'hui, ne prennent absolument pas en compte le rôle joué par le droit romain dans l'évolution du droit européen, plus précisément dans l'évolution du droit et de la science juridique des pays européens, du fait de son « *interpretatio multiplex* ». L'opinion limitant exclusivement la possibilité de la comparaison aux droits des États et peuples se trouvant sur un même niveau socio-économique entraîne essentiellement la même conclusion. Un avantage indéniable en est cependant le bien-fondé de l'arrière-plan qu'offre une perception synoptique. D'un autre côté, cette conception limite à tel point la possibilité de la comparaison qu'il se rapproche ainsi des dernières limites de la rationalité. La frustration causée par ce point de vue se présente de manière particulièrement visible dans les travaux d'Ernst Schönbauer, qui limite la possibilité de la comparaison aux territoires bien étroits des droits des peuples antiques se trouvant sur un même niveau de civilisation ou ayant entre eux une parenté ethnique. L'opinion qui nie la possibilité de la comparaison des institutions romaines avec les systèmes juridiques modernes, dans la mesure où il s'agit pour ce premier du droit d'un État issu d'une formation socio-économique esclavagiste, se rapproche sous beaucoup d'aspects de cette conception. Les tenants de cette opinion oublient cependant le rôle important joué par la continuité dans le cercle des phénomènes juridiques.

---

<sup>18</sup> HOMMELHOFF P., « „Europarechtliche Bezüge“ im Zivilrecht, Überlegungen zur Gestaltung des akademischen Unterrichts », In : *Für Recht und Staat, Festschrift für H. Helmrich zum 60. Geburtstag*, München, 1994, p. 340.

<sup>19</sup> RANIERI F., « Der europäische Jurist, Rechtshistorisches Forschungsthema und rechtspolitische Aufgabe », *Ius Commune*, 17 (1990), pp. 10 et sqq.

Dans le dernier quart du XXe siècle, c'est le professeur berlinois Uwe Wesel qui polémique, dans son ouvrage intitulé *Aufklärungen über Recht* publié en 1981, avec une pensée admettant des structures et constructions se retrouvant dans le droit de manière périodique – Theo Mayer-Maly écrit à ce propos assez justement de la « *Wiederkehr von Rechtsfiguren* ». Le point de vue admettant l'existence de structures et constructions revenant dans le droit de manière régulière n'est naturellement pas extrémiste au point de nier l'existence de formes juridiques attachées exclusivement à des formations socio-économiques particulières – telle que la vassalité, ce qui en soi exclut l'acceptation du droit romain comme *ratio scripta* intemporelle. Pour autant, ce n'est bien sûr que le signe d'une « déformation professionnelle » si les juristes surestiment le fait que les actes juridiques, du moins un certain ensemble d'actes juridiques – l'expression de « *negotium* » vient de Johannes Althusius (1557/63-1638)<sup>20</sup> – peuvent être résolues à l'aide des mêmes constructions juridiques, indépendamment du facteur temporel. Ceci cependant ne change rien au fait que la législation et la pratique juridique de ces dernières années reviennent plus d'une fois de manière concrète aux constructions du droit romain, ainsi qu'à ses institutions – dans plusieurs pays européens, mais également dans des pays extraeuropéens.

La survie des traditions ne peut pas dispenser le chercheur de la nécessité d'analyser les différences de fond, ainsi que la fonction économique, entrant en jeu à chaque époque étudiée. Ceci est valable par exemple pour l'examen de la réglementation des monopoles et cartels, exemple qui peut sembler à première vue extrême. Ainsi la réglementation des monopoles et cartels dans le droit romain, tissée d'éléments du *ius publicum*, est de toute évidence différente du droit des cartels moderne, cependant que les relations socio-économiques se trouvant en arrière-plan de ces réglementations – indépendamment des systèmes socio-économiques en question – se rapprochent assurément sur certains points.

3. L'expression de « réception » se rattachant au droit romain, dont la signification n'est pas une quelconque « occupation-culturelle », mais bien plutôt – tout du moins en ce qui concerne l'Allemagne – est une notion équivalente à celle d'un droit devenant en quelque sorte de plus en plus scientifique (*Verwissenschaftlichung*). La réception ne peut être rattachée ni à la *Reichskammergerichtsordnung* adoptée en 1495, ni à l'ordonnance de l'empereur Lothaire III, se perdant dans les brumes des légendes. La réception du droit romain en Allemagne signifie en fait une tradition intellectuelle ayant pour fondement le droit romain, et qui ne se rattache que dans une mesure moindre à un système juridique positif donné, ou *ius positivum*. L'existence continue et non interrompue de cette réception, telle que définie ici, peut être démontrée depuis des siècles, par l'intermédiaire de juristes allemands étudiant dans les *studia generalia* de l'Italie du Nord.

Les signes d'une réception attachée au droit positif, c'est-à-dire d'un droit romain en vigueur de manière subsidiaire, se présentent cependant dès le XIe siècle. Au XIIIe siècle de plus, des éléments du droit romain peuvent être observés également dans la pratique des tribunaux ecclésiastiques, lorsque ces derniers jugent des affaires ayant une nature de droit privé, ce qui arrive de plus en plus fréquemment. D'après nous, c'est sur ce dernier terrain que se présente l'influence des Commentateurs, alors que le droit romain compris comme « littérature juridique » est introduit en Allemagne par l'intermédiaire des Glossateurs. La séparation en deux types de l'influence qu'a pu exercer le droit romain ne signifie évidemment pas la négation de l'importance de l'activité des Commentateurs, tel qu'ont pu par exemple le concevoir les fidèles de Savigny, ne considérant ces derniers que comme des Post-glossateurs. La réception cependant ne s'est nullement limitée au droit romain, mais a été étendue également à l'« accueil » du droit canonique et du droit féodal lombard. C'est ainsi que s'est développé le *ius commune = gemeines Recht*, comme une matière juridique ayant trait tout autant au droit public qu'au droit privé, s'opposant et concurrençant le *Landesrecht*. Il revient aux soi-disant praticiens d'harmoniser ce *ius commune* qui garde un caractère de droit mélangé, avec les droits particuliers locaux, ou en d'autres termes, d'adapter le *ius commune* aux circonstances locales.

La capacité à recevoir le droit romain différerait, en fonction des conditions objectives, de manière significative d'un pays européen à l'autre. Du point de vue de la réception, le niveau de la pratique juridique du pays (de la région) donné(e), ainsi que le système politique en question est décisif. Au XIIIe siècle par exemple, sur une grande partie de la péninsule ibérique, les conditions étaient telles que le droit romain a pu faire l'objet d'une réception dans l'œuvre législative composée en sept parties d'Alphonse X (le Sage), les *Siete Partidas*. En Suisse au contraire, surtout du fait de circonstances politiques particulières, la réception d'ensemble du droit romain (*receptio in globo* ou *receptio in complexu*) a été impossible. Il y a un lien très solide entre le droit romain et le droit dit impérial, *ius caesareum* ou *Kaiserrecht*. Le droit romain sert en effet de fondement idéologique à la *renovatio imperii*, qui acquiert une importance exceptionnelle sous le règne de la dynastie des *Staufer*. Le droit romain, plus précisément le *ius publicum Romanum* devient l'instrument de légitimation du « *Weltkaisertum* ». Le travail le plus représentatif, dans son titre et dans son contenu, de la tendance caméraliste est l'*Usus modernus pandectarum*, de Samuel Stryk, daté du tournant des XVIIe et XVIIIe siècles.

---

<sup>20</sup> La notion du « *negotium iuridicum* » se trouve pour la première fois chez Daniel Nettelblatt (1719-1791), élève de Christian Wolff. Nettelblatt avait contribué en grande partie à l'élaboration (conceptualisation) de la partie générale (*Allgemeiner Teil*) des codes civils en Allemagne.

Bien que la tendance des praticiens soit caractérisée, d'une part, bien trop, par l'orientation de la pratique allemande – ce qui aboutit à un éloignement des sources romaines originales – et d'autre part, par le mode d'examen casuistique, il reste que c'est tout de même avec les caméralistes allemands que l'on peut parler pour la première fois de « science pandectiste ». L'expression de « science pandectiste » attachée à cette tendance est convenable malgré le fait que la tendance elle-même – surtout à cause de sa vision particulariste de plus en plus dominante – soit incapable d'évolution. Seul le droit naturel s'épanouissant au XVIIIe siècle serait capable de procéder au développement de cette « science pandectiste » stérile, cultivée par les praticiens.

Nous devons souligner que le droit romain remplit également un rôle sérieux dans la formation des doctrines du droit naturel. Le droit naturel, non antique mais moderne, dont le processus a été très justement appelé « *Entzauberung der Welt* » par Max Weber, est inséparable de la conception de *ius naturale* du droit romain<sup>21</sup>. L'effort des docteurs du droit romain visant à faire procéder le *ius civile* du *ius naturale*, est un critère fondamental du droit naturel des XVIe et XVIIe siècles. L'influence du droit romain peut être également démontrée dans le droit naturel scolastique chrétien. Dans le cas d'Hugo Grotius, suivant la doctrine du droit naturel rationaliste, l'« *auctoritas* » du droit romain se rattache à l'« *imperium rationis* » du *ius Romanum*. Le droit romain remplit également un rôle cardinal chez Samuel Pufendorf, comptant aussi parmi les fidèles de la tendance du droit naturel sécularisé, auteur de l'influent *De iure naturae et gentium libri octo* (1672). L'alliage de la « science pandectiste » et du droit naturel ne se réalise cependant pas, ce qui peut avant tout être ramené, d'une part à la perception publiciste du droit naturel, et d'autre part à l'intérêt non pas juridique mais philosophique des professeurs de droit naturel – comme le montre l'exemple de Christian Wolff, s'occupant en premier lieu de philosophie morale et non pas de droit.

4. La contradiction fondamentale entre l'*Usus modernus pandectarum* et le droit naturel ne peut être résolue que par la pandectistique se développant dans les travaux des représentants de l'École historique juridique. La pandectistique, souhaitant créer « la philosophie du droit positif » (Franz Wieacker) est caractérisée par la vision historique, la construction sur les sources originales, justiniennes, le besoin d'établir des systèmes, l'aspiration à dégager la théorie du droit, et enfin – comme espoir de tout cela – le détachement vis-à-vis des particularismes. Le droit des pandectes du XIXe siècle, le « *heutiges römisches Recht* », est ainsi à séparer nettement de l'*Usus modernus pandectarum*, où domine l'élément particulariste.

Le droit des pandectes du XIXe siècle, appelé également « Pandectes » d'après l'œuvre *Pandekten* publiée en 1838 de Georg Friedrich Puchta, est d'après la définition du juriste allemand la théorie générale du droit privé allemand reposant sur le droit romain, dont la fonction et l'importance se trouvent dans la formation et le développement des bases du système du droit privé.

Malgré son développement sur la terre allemande, il n'est pas opportun de parler exclusivement de la pandectistique allemande, puisque cette tendance ne signifie pas seulement « la doctrine du *gemeines Recht* » (Paul Koschaker) mais gagne également une influence remarquable dès sa formation au-delà des frontières de l'Allemagne.

Il suffit ici de penser à l'influence de la pandectistique en Angleterre. Ainsi John Austin, adaptant la théorie juridique de Jeremy Bentham, suit dans son analyse des notions juridiques la pandectistique allemande. De manière caractéristique, il considère *Das Recht des Besitzes* de Savigny comme étant un chef-d'œuvre, et un travail juridique parfait. La première édition du *System des Pandektenrechts* de Thibaut, publié en 1803, a également eu une grande influence sur lui. Cette œuvre de Thibaut, éditée huit fois entre 1803 et 1834 a par ailleurs eu une très grande influence sur l'ensemble de la science juridique anglaise. L'ouvrage *Introduction to the Study of Jurisprudence* de Nathaniel Lindley, publié en 1845, est une traduction de la partie générale du travail précité de Thibaut. Nous renvoyons de plus au fait que dans l'*Ancient Law* de Sir Henry Maine, publié en 1861, il est également possible de montrer des influences pandectistes<sup>22</sup>.

5. Les membres de l'Académie de Pavie, parmi lesquels on retrouve aussi bien des spécialistes du droit romain, que du *common law* et du droit privé moderne codifié, dans leur travail visant à la codification du droit contractuel européen, se donnent pour tâche la création d'un compromis entre le droit privé continental fondé sur le droit romain et les constructions contractuelles du *common law*.

C'est un fait que de nombreuses ressemblances peuvent être démontrées entre beaucoup d'institutions et de constructions juridiques du droit romain et du droit anglais. Il est cependant également indéniable que les différences de perception apparaissant entre le droit romain et le droit anglais, ce dernier s'étant développé dans des circonstances historiques particulières, ne sont pas négligeables. C'est l'« attribut » du droit romain que d'être un droit jurisprudentiel, ledit *diritto giurisprudenziale*<sup>23</sup>, ne s'attachant pas en général aux décisions

---

<sup>21</sup> À propos de la notion romaine de *ius naturale*, voir : HAMZA G., « A természetjog értelmezésének problémái : Cicero és a *ius naturale* (Les problèmes d'interprétation du droit naturel : Cicéron et le *ius naturale*) », *JK*, 50 (1995), pp. 523-529.

<sup>22</sup> Voir : LOMBARDI L., *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1967.

<sup>23</sup> Voir : HAMZA G., « Sir Henry Maine és az összehasonlító jog (Sir Henry Maine et le droit comparé) », *Jogállam*, 1998-1999, pp. 326 et sqq.

antérieures des juges. La signification de ce qu'est un droit jurisprudentiel peut cependant être différente en fonction de l'appartenance du chercheur qui l'interprète à tel ou tel courant juridique. Selon Friedrich Carl von Savigny la spécificité notionnelle du *Juristenrecht* est la systématisation, ou plus exactement l'aspiration tendancielle à tout intégrer dans des systèmes. Cette conception apparaît de manière particulièrement visible dans son ouvrage ayant pour titre *System des heutigen römischen Rechts*. Au contraire, Rudolf von Jhering, ennemi déclaré du positivisme juridique, examine cette problématique d'un tout autre côté. Chez Jhering – et cela concerne avant tout son œuvre intitulée *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung* – le droit romain perçu comme un droit jurisprudentiel, possède une actualité dans un sens méthodologique et idéologique.

Le caractère de droit jurisprudentiel du *ius Romanum* apparaît de manière accentuée chez Koschaker, dans son ouvrage intitulé *Europa und das römische Recht*. Koschaker voit dans le droit romain un contre-idéal type efficace au positivisme juridique élevé « à des hauteurs absolues ». Il proclame, regardant le droit romain comme un *Juristenrecht*, l'opposition de ce dernier au droit anglais. Le droit anglais est en effet un *judge made law*, ce qui rend évident la différence entre ces deux droits. Le *ius Romanum* ne peut jamais être considéré – à aucun moment de son développement ou de son histoire – comme un droit des précédents. C'est ce que montre dans la littérature juridique – pour ne citer que quelques auteurs – Buckland, McNair, Schiller, Dawson, van Caenegem, Pringsheim, et Peter.

6. La qualité de droit jurisprudentiel du droit romain peut être observée et démontrée dans toutes les phases de développement de celui-ci<sup>24</sup>. Le fondement de cette affirmation est constitué – entre autres – par le fait que la continuité entre le droit et la science juridique pontificale, ainsi que la science juridique laïque, est évidente. En examinant le caractère de droit créé par le juge du *common law*, on doit tout d'abord souligner les spécificités de développement de ce droit dues à des particularités historiques et, non en dernier lieu, idéologiques. Nous pouvons renvoyer à quelques particularités du *ius consuetudinarium* anglais à propos de la règle *stare decisis*. Il faut noter aussi que dans le droit anglais (voir par exemple : leg. Henr. IX. 9.) l'interprétation des lois se fait de manière très élastique. Le juge est beaucoup moins lié par les lois, plus précisément par leurs textes, qu'il ne l'est par les décisions judiciaires antérieures. Bracton, l'auteur du *De legibus et consuetudinibus Angliae*, est en fait le premier – bien que certains signes d'une telle perception se présentent déjà chez Glanvill – à argumenter également sur le plan théorique la *vigor* obligatoire des précédents. Cela apparaît de manière accentuée dans sa sentence « (...) *Si tamen similia evenerint, per simile iudicentur, dum bona est occasio a similibus procedere ac similia.* » (*De leg. F. 1b*).

Une différence importante apparaît entre le droit romain et le droit anglais dans l'*ars distinguendi* caractérisant les jurisconsultes romains, c'est-à-dire « l'art » de pouvoir séparer dans les *responsa* l'essentiel, ce qui est important du point de vue juridique, de ce qui est insignifiant pour le droit. C'est par cet *ars distinguendi* que peut être mis en évidence le haut degré de capacité d'abstraction des *iuris periti* (*iuris consulti*) romains, que la *communis opinio* a si longtemps refusé au droit romain. Nous mentionnons ici le fait que, curieusement, Fritz Schulz lui-même parle de son aversion vis-à-vis de l'abstraction des romains.

Dans les différents *responsa* en réalité on ne fait apparaître que les éléments essentiels du point de vue juridique, contrairement à la relation, quasiment inséparable et confondue, qu'ont les *rationes decidendi* et *obiter dicta* dans les précédents (*precedents*) de la juridiction anglo-saxonne. La véritable ligne de séparation entre la façon de penser romaine et la perception anglo-saxonne est constituée par l'« *ars abstrahendi* » figurant dans les travaux des jurisconsultes fonctionnant dans les derniers siècles de l'époque préclassique du droit romain. Nous devons cependant mentionner que la doctrine de *stare decisis* était présente – bien sûr pas d'une façon expresse – dans une certaine mesure par le truchement du *ius respondendi* dans le droit romain. Cela s'explique par le fait que la force juridique des avis (*responsa*) des jurisconsultes existait – d'une manière implicite – dans le droit romain, exerçant une certaine influence sur les sentences futures à prononcer.

La question de la pertinence des précédents sur le terrain du droit romain est importante dans les questions de comparaison avec le droit anglais. Nous pouvons examiner l'importance de ces précédents tant par des sources juridiques que non juridiques. À côté des donations<sup>25</sup>, est ici d'importance exceptionnelle, voire même paradigmatique, le droit des successions. C'est dans le droit des successions, en particulier à propos de la *querela inofficiosi testamenti*, que peut être constaté le poids des sentences antérieures. Sur le terrain du droit des obligations, nous pouvons mentionner la *compensatio*, où les *responsa* antérieurs ont un poids plus important. Ce poids bien sûr s'exprime dans le cadre de la reconnaissance de la force normative de certains principes juridiques. La problématique du *ius singulare* est ensuite importante du point de vue de l'examen des précédents. Dans le cas du *ius singulare* en effet – pour un privilège par exemple – *in aliis similibus* ne peut être évidemment compris, avec une grande circonspection, que par la prise en considération des cas (*casus*) antérieurs.

<sup>24</sup> Concernant le développement de la science juridique romaine, voir : FÖLDI A. – HAMZA G., *A római jog története és institúciói (Histoire et Institutes du droit romain)*, Budapest, 2005<sup>10</sup>, pp. 84 et sqq.

<sup>25</sup> Voir : DAWSON J.P., « Gifts and Promises », *Continental and American Law Compared*, New Haven-London, 1980.

La doctrine de *stare decisis* obtient un rôle primordial dans l'évolution juridique anglaise de l'époque moderne. Naturellement, dans la procédure moderne la distinction entre *ratio decidendi* et *obiter dicta* est nette, sa mise en œuvre imposant d'ailleurs parfois un travail sérieux à celui qui applique le droit, ce que ne manquent pas de remarquer plusieurs auteurs – ainsi par exemple Montrose, Simpson, Derham, Allen, Cross et Paton. Finalement, la doctrine de *stare decisis* peut être ramenée au fait qu'à partir du Moyen Âge, l'élément le plus important du droit anglais est constitué par l'activité du juge, qui par conséquent est – justement – appelé par Dawson « l'oracle du droit ».

7. Dans le développement du droit privé européen, la convergence obtient un rôle de plus en plus important. C'est à juste titre que plusieurs auteurs, ainsi par exemple Gordley<sup>26</sup> et Paolo Gallo<sup>27</sup> dans la littérature juridique récente, parlent de la relativisation des différences entre le *common law* et le *civil law*, voire même de leur disparition dans le cadre de plusieurs institutions juridiques. Sur le terrain du droit des obligations, plusieurs institutions, constructions du droit continental (européen) font l'objet d'une réception dans le droit anglais. Il est à remarquer au niveau terminologique que certains auteurs anglais, à propos de l'*English private law*, font expressément référence au rôle des traditions juridiques romaines<sup>28</sup>.

Le droit privé des pays européens, certes dans des mesures différentes et construites sur des traditions historiques distinctes, se rattache au droit romain. Cela est de plus en plus visible à une période où sont réduites, et même disparaissent, les différences entre les « domaines juridiques » et « familles juridiques », changements souvent motivés par des volontés politiques. Les traditions culturelles et civilisations divergentes ne constituent pas non plus un barrage à l'« admission » et la réception du droit romain, il est vrai dans des mesures variables selon les cas – cela est particulièrement évident dans la partie de l'ouvrage examinant l'influence des traditions de droit privé européen dans des États extraeuropéens. Cela démontre également l'importance de la prise en considération du rôle primordial joué par le droit romain lorsque l'on procède à l'analyse transversale, comparative de l'évolution du droit privé européen.

---

<sup>26</sup> Voir : GORDLEY J., « “Common law” v. “civil law”. Una distinzione che va scomparendo ? », *In : Scritti in onore di R. Sacco*, I., Milano, 1994, pp. 559 et sqq.

<sup>27</sup> Voir : GALLO P., « La recezione dei modelli continentali nel diritto inglese delle obbligazioni », *In : Scritti in onore di R. Sacco*, I., Milano, 1994, pp. 473-494.

<sup>28</sup> Voir : *English Private Law*, I.-II., ed. by BIRKS P., Oxford, 2000.

## Partie I

### Les origines du droit privé européen

**Bibliographie :** SHERMAN Ch. P., *Roman Law in the Modern World I—III*, Boston, 1917; VINOGRADOFF P., *Roman Law in Medieval Europe*, Oxford, 1961; GENZMER E., « Die justinianische Kodifikation und die Glossatoren », In : *Atti del congresso internazionale di diritto romano in Bologna e Roma 1933*, I., Pavia, 1934—1935; ENGELMANN W., *Die Wiedergeburt der Rechtskultur in Italien durch die wissenschaftliche Lehre*, Leipzig, 1938; KANTOROWITZ E. H., *Studies in the Glossators of the Roman Law*, Cambridge, 1938; CALASSO F., *Storia e sistema delle fonti del diritto comune*, Milano, 1938; *idem* : *Medioevo del diritto*, I., Milano, 1954; MAFFEI D., *Gli inizi dell'umanesimo giuridico*, Milano, 1956; MEIJERS E. M., *Études d'histoire du droit, III: Le droit romain au Moyen-Age*, Leiden, 1959; *Bartolo da Sassoferrato. Studi e documenti per il VI centenario*, Milano, 1962; VILLEY M., *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, 1968; *Einzelne Probleme der Rechtsgeschichte und des römischen Rechts*, (red. BOTH Ö. — PÓLAY E.) Szeged, 1970; BÓNIS Gy., *A jogtudó értelmiség a középkori Nyugat- és Közép-Európában (L'intelligentsia connaissant le droit en Europe Occidentale et Centrale médiévale)*, Budapest, 1972; PUGLIESE G., « I pandettisti fra tradizione romanistica e moderna scienza del diritto », *RISG* 27 (1973); PÓLAY E., « A pandektisztika és hatása a magyar magánjog tudományára (L'École des pandectistes et son influence sur la science juridique hongroise) », *AUSz* 23 (1976); *Le droit romain et sa réception en Europe*, Warszawa, 1978; GOURON A., « Diffusion du droit de Justinien et influences canoniques jusqu'à Gratien », *IRMAE* 14 e. 1978; PIANO MORTARI V., *Gli inizi del diritto moderno in Europa*, Napoli, 1980; GUZMÁN BRITO A., *Ratio scripta*, Frankfurt a. M., 1981; ASTUTI G., *Tradizione romanistica e civiltà giuridica europea I—III*, Napoli, 1984; BELLOMO M., *L'Europa del diritto comune*, Roma, 1989; ERDŐ P., *Egyházjog (Droit ecclésiastique)*, Budapest, 1991; *Studien zum römischen Recht in Europa* (red. HAMZA G.), Budapest, 1992; STEIN P., « Donellus and the Origins of the Modern Civil Law », In : *Mélanges F. Wubbe*, Fribourg, 1993; TROJE H. E., *Humanistische Jurisprudenz : Studien zur europäischen Rechtswissenschaft unter dem Einfluss des Humanismus*, Goldbach, 1993; CASAVOLA F., « Diritto romano e diritto europeo », *Labeo* 40 (1994); BRUNDAGE J. A., *Medieval Canon Law*, London—New York, 1995; VISMARA G., *La giurisdizione civile dei vescovi (secoli I—IX)*, Milano, 1995; FANTAPPIE C., *Introduzione storica al diritto canonico*, Bologna, 1999; VALDRINI P.—DURAND J. P.—ECHAPPE O.—VERNAY J., *Droit canonique*, Paris, 1999<sup>2</sup>; LARRAINZAR C., « Las raíces canónicas de la cultura jurídica occidental », *JC* 41 (2001); SCHRÖDER J., *Recht als Wissenschaft. Geschichte der juristischen Methode vom Humanismus bis zur historischen Schule (1500—1850)*. München, 2001.

#### § 1. Le droit romain en Europe occidentale jusqu'à la codification de Justinien

**1. Les *Leges Romanae Barbarorum*.**<sup>1</sup> Après la chute de l'Empire romain d'Occident (476) — même bien avant<sup>2</sup> — s'étaient constitués sur son territoire des États barbares dont les habitants étaient

<sup>1</sup> Sur les Goths en général voir: SCARDIGLI P., *Die Goten. Sprache und Kultur*, München, 1973; STÜVEN A., *Rechtliche Ausprägungen der civitas im Ostgotenreich. Mit vergleichender Berücksichtigung des westgotischen und des burgundischen Rechts*, Frankfurt-am-Main, 1995 — Pour le Royaume des Wisigoths voir: A. GARCIA GALLO: « Nacionalidad y territorialidad del derecho », *AHDE* 1936—1941; WOHLHAUPTER E., « Das germanische Element im altspanischen Recht », *ZSS GA* 65 (1948); D'ORS A., *El Código de Eurico*, Roma-Madrid, 1960; GAUDEMET J., « Le Bréviaire d'Alaric et les Epitomes », *IRMAE* I 2 b aa β, 1965; KING P. D., *Law and Society in the Visigothic Kingdom*, Cambridge, 1972; *Visigothic Spain. New Approaches* (ed. by JAMES E.), Oxford, 1980; GARCIA MORENO L. A., *Historia de la España visigoda*, Madrid, 1998 — Pour le Royaume des Burgondes voir: PIERI G., « La loi romaine des Burgondes », *IRMAE* I 2 b aa β, 1969; BAUERGERLAND F., *Das Erbrecht der Lex Romana Burgundionum*, Berlin, 1995 — Pour le Royaume des Ostrogoths voir: VISMARA G., « Romani e Goti di fronte al diritto nel regno ostrogotico », In: *I Goti in Occidente*, Spoleto 1956 et « Edictum Theoderici », *IRMAE* I 2 b aa δ, 1967.

<sup>2</sup> Le Royaume des Burgondes s'est constitué en 413, celui des Wisigoths en 414 et celui des Vandales en 429. Plus tard ces derniers se sont détachés aussi de l'Empire romain d'une façon formelle. De plus les troupes vandales ont occupé pendant deux semaines et ont dévalisé Rome en 455. ( Alaric, en 410, avait

en partie des Germains (Goths, Burgondes *etc.*), en partie des Romains, ou plutôt leurs descendants. Dans ces royaumes, les Germains vivaient suivant leur droit coutumier sur la base de ce que l'on appelle le principe de la personnalité des lois (*personalitas*), et les (anciens) citoyens de l'Empire romain selon le droit romain. Après un certain temps, les rois barbares ont vu la nécessité de la codification des normes juridiques relatives aux ressortissants romains, et donc, pour cette raison, ils ont fait rédiger différents codes en langue latine. Ce sont ceux désignés collectivement par *Leges Romanae Barbarorum*.

Pour la population germanique, des codes spéciaux — toujours en langue latine — étaient édités, comme par exemple le *Codex Euricianus* (475) dans le Royaume des Wisigoths. Les 350 chapitres contenaient essentiellement le droit romain vulgaire. Au milieu du VIIe siècle, ce code a été remplacé par la *Lex Visigothorum Reccesvindiana* (ou *Liber iudiciorum* ou *iudicum*), qui se basait déjà sur le principe de la territorialité des lois (*territorialitas*) (et non sur celui de la personnalité [*personalitas*]), et qui concernait aussi bien les Wisigoths que les descendants des Romains.

**2. La *Lex Romana Visigothorum*.** La *Lex Romana Visigothorum* est entrée en vigueur en 506 sur ordre du roi Alaric II (484—507) et, à partir du XVIe siècle, ce code est nommé également *Breviarium Alaricianum*. Le code est élaboré à partir du *Codex Theodosianus*, des *Institutiones* de Gaius et des *Sententiarum libri* attribués au juriconsulte Paul et contient encore quelques constitutions impériales et un texte attribué à Papinien. La *Lex Romana Visigothorum* est le résumé du droit vulgaire (*Vulgarrecht*) des règles juridiques classiques et post-classiques adaptées aux besoins simplifiés de vie, qui réglaient la vie des anciens citoyens de l'Empire romain et celle de leurs descendants vivant sur le territoire du royaume wisigoth nommé tholosain (Espagne et Aquitaine).

En Aquitaine, le *Breviarium Alaricianum* demeurait toujours en vigueur après la soumission de ce territoire à l'autorité franque — pendant plus de six siècles. Cette loi remaniée au VIIIe siècle, est issue d'un travail privé, de la *Lex Romana (Raetica) Curiensis*. Elle est composée de 27 livres et a reçu son appellation de la ville suisse Chur, capitale du canton des Grisons (*Curia* sous l'Empire romain).

**3. La *Lex Romana Burgundionum*.** La *Lex Romana Burgundionum* a été mise en vigueur par le roi Gondebaud (475—516) dans le Royaume des Burgondes à la fin du Ve siècle, également valable pour les anciens citoyens de l'Empire romain et leurs descendants. Le code contient 47 titres et contrairement au *Breviarium Alaricianum*, il est rédigé d'une façon homogène sur la base des *Codex Gregorianus*, *Codex Hermogenianus* et *Codex Theodosianus*, des *Sententiarum libri* et d'une œuvre de Gaius.

Après l'occupation de la Bourgogne par les Francs en 534, la *Lex Romana Visigothorum* a fait lentement reculer le code burgonde de la pratique, mais ce code a été conservé dans certains manuscrits en tant qu'annexe de la première. Ainsi, au IXe siècle, est née l'idée erronée selon laquelle la *Lex Romana Burgundionum* était la suite du texte de Papinien ; pour cette raison, ce travail était appelé *Papien*.

**4. L'*Edictum Theodorici*.** L'*Edictum Theodorici* a été élaboré sur ordre du roi ostrogoth, Théodoric Ier le Grand (493—526) vers 500, et fut en vigueur dans la partie orientale du royaume wisigoth, surtout en Italie. Cette œuvre législative — contenant 154 chapitres — ne concernait plus seulement les anciens citoyens de l'Empire romain et leurs descendants, mais également tous les sujets du royaume. Outre l'œuvre de Gaius, la source du code est celle de la *Lex Romana Burgundionum*; son texte est homogène et il ne contient pas de citations, de même que le code burgonde.

Du fait que l'*Edictum Theodorici* ne concernait plus seulement les anciens citoyens de l'Empire romain, des auteurs réputés présumant qu'en réalité ce code a été édicté par le roi wisigoth, Théodoric II (453—466). La question fait encore l'objet de débats.

## § 2. La codification (compilation) de Justinien<sup>3</sup>

La codification du droit romain est l'œuvre de l'empereur Justinien Ier (527—565) et des deux écoles de droit de l'Empire byzantin, celle de Beyrouth et celle de Constantinople, dont les professeurs nommés *antecessores* ont étudié avec profondeur la littérature juridique de l'époque classique. La codification fut réalisée en quatre étapes, marquées par les œuvres (parties) suivantes : 1) le *Codex*

---

déjà occupé la ville (*Urbs*) pendant trois jours). Le sac d'Alaric a provoqué un vif émoi dans tout le partour méditerranéen. Voir: BASDEVANT—GAUDEMET B., « Évêques de la chrétienté et évêque de Rome du milieu du IIIe au milieu du Ve siècle », In: *Nonagesimo anno. Mélanges en hommage à J. Gaudemet*, Paris, 1999.

<sup>3</sup> Concernant le concept de codification et celui de compilation, voir dans la littérature récente: GAUDEMET J., « Codes, collections, compilations. Les leçons de l'histoire de Grégoire à Jean Chappuis », *DROITS* 24 (1996).

*Iustinianus*, 2) les *Digesta* (le *Digeste*), 3) les *Institutiones* (les *Institutes*) et 4) le *Codex Iustinianus repetitae praelectionis* (le *Code de Justinien* de deuxième rédaction). L'œuvre entreprise par Justinien fut achevée par la rédaction de la collection des 5) *Novellae* (les *Novelles*) comprenant les lois de Justinien et celles de ses successeurs, majoritairement en langue grecque.

Le premier des codes, le *Codex Iustinianus* fut rédigé par une commission dont les membres les plus illustres furent Tribonien, plus tard protagoniste de la codification, et Théophile, professeur de l'école de droit à Constantinople. Leur tâche était de rédiger un code unitaire sur la base des *Codex Gregorianus* (*Code Grégorien*), *Codex Hermogenianus* (*Code Hermogénien*) et *Codex Theodosianus* (*Code Théodosien*), c'est-à-dire de fournir une collection unifiée des ordonnances (*constitutiones* ou *edicta*) des empereurs (*lex*). Le *Codex Iustinianus*, produit des travaux de la commission, est entré en vigueur en 529, les citations faites aux codes anciens furent déclarées illicites. Cette première version du *Code de Justinien* n'a pas été conservée.

Deux années plus tard, Justinien a ordonné à la commission de Tribonien (*quaestor sacri palatii*, c'est-à-dire questeur du palais depuis 529) de recueillir (compiler) les écrits des jurisconsultes (*ius*) de la même manière. Les ordonnances (*constitutiones* ou *edicta*) de l'empereur étaient contenues dans la collection *Quinquaginta decisiones* (*Cinquante décisions*). Les compilateurs devaient tout d'abord éviter les contradictions et les répétitions (*leges geminatae*) des règles conçues par les jurisconsultes de l'époque classique. Ils pouvaient d'autre part modifier ou remanier les textes, si cela était nécessaire (*interpolationes*), ou omettre les règles désuètes. Ces travaux importants furent achevés en trois ans et le code fut mis en vigueur en 533 sous le nom *Digesta seu Pandectae*. En 533, Justinien donna mandat aux jurisconsultes Tribonien, Dorothee, professeur de l'école de droit de Beyrouth et Théophile de rédiger un manuel « officiel ». L'œuvre portant le titre *Institutiones seu Elementa* se basait sur les *Institutes* de Gaius et avait force de loi.

En 534, Justinien fit promulguer un nouveau recueil des constitutions impériales, le *Codex Iustinianus repetitae praelectionis*, rédigé par une commission de quatre membres. Des deux *Codices* de Justinien, seulement ce deuxième est conservé jusqu'à nos jours. Il contient en douze volumes les *constitutiones* à partir de l'époque de Hadrien (117—138) jusqu'à l'époque de Justinien.

Les *Novellae* contenant pour la plupart des ordonnances en langue grecque sont une collection privée composée pour la majeure partie des *constitutiones* de Justinien.

L'ensemble de ces recueils forme le *Corpus Iuris Civilis*, appelé ainsi pour le distinguer du *Corpus Iuris Canonici*. La première édition intitulée *Corpus Iuris Civilis* remonte à l'an 1583, son éditeur fut DIONYSIUS GOTHOFREDUS (DENYS GODEFROY).

### § 3. Le droit romain et la science juridique en Europe au Moyen Âge

**1. La survivance du droit romain en général.** En partant de l'effet des règles juridiques justiniennes, nous devons distinguer trois grands types de survivance au sens large, en soulignant qu'un grand nombre de variations **reste** possible entre eux : *a*) la survivance continue ou autrement dit, la survivance au sens strict du droit romain; *b*) la renaissance du droit romain sur les territoires où il était en vigueur auparavant; et enfin *c*) la réception du droit romain, c'est-à-dire son admission dans les systèmes juridiques locaux qui a eu lieu soit *α*) avec un seul acte législatif, soit *β*) par une infiltration ou pénétration continue.

La codification (compilation) justinienne n'a interrompu ni l'évolution des normes juridiques elles-mêmes, ni celle de la notion du *ius civile*, laquelle semble durer encore jusqu'à nos jours. Au Moyen Âge le *ius civile* signifiait en premier lieu le droit romain, en second lieu sa partie la plus importante, le droit privé (ainsi, par exemple le *ius civile* signifie le droit romain qui est contenu dans le *Corpus Iuris Civilis*). Mais à partir du XVIII<sup>e</sup> siècle, quand des codes modernes ont commencé à succéder au *ius commune* qui régnait antérieurement dans la plupart des pays européens, et quand, sous l'influence de la philosophie française — non pas en dernier lieu sur les bases du droit romain — la notion du *citoyen* est devenue d'une importance fondamentale, le contenu du *ius civile* s'est réduit à la signification qu'il portait déjà sous l'Empire romain : le droit civil des Temps modernes n'est plus essentiellement autre que le droit privé.

Le *Codex Maximilianeus Bavaricus civilis*, le Code civil bavarois de 1756 rédigé en allemand — qui s'appelait déjà « code de droit privé » — ne pouvait pas encore être considéré comme un code de droit civil au sens propre du terme. En face de lui, le premier vrai code civil était le *Westgalizisches Zivilgesetzbuch* pour la Galicie occidentale faisant partie de l'Empire autrichien, promulgué en 1797. Ce code, qui fut mis en vigueur la même année en Galicie orientale sous le nom *Ostgalizisches Gesetzbuch*, était le prédécesseur du Code civil général autrichien (ABGB). Il faut quand même accentuer que le premier code civil proprement dit fut le Code civil des Français ayant un rayonnement non exclusivement au niveau européen, mais également à l'échelle mondiale. En même temps, il faut noter

que ses dispositions relatives au droit de la nationalité montrent les racines plus profondes de la notion romaine du *ius civile*. Grâce à la ténacité de cette tradition, les codes modernes régissant le droit privé d'une façon complexe sont appelés presque sans exception codes civils. Bien que pendant un certain temps, en Hongrie, on ait parlé d'un code de droit privé, ce n'est pourtant qu'en 1959 qu'un code civil a été promulgué. Alors qu'on assiste à un rétrécissement des frontières du droit civil (en conséquence par exemple de la séparation des droits du travail, de la famille, des affaires, *etc.*) dans plusieurs codes civils contemporains, le droit civil reste toujours une branche importante du système juridique, ayant des bases générales semblables au droit constitutionnel et qui, certes avec un caractère subsidiaire, prévaut souvent au-delà de son propre cercle.

Contrairement à l'évolution juridique européenne, le monde anglo-saxon, — où la signification de la *civil law*, équivalant du *ius civile* au moins sur le plan terminologique, n'a pas fondamentalement changé depuis le Moyen Âge — a suivi des chemins différents. En théorie, encore de nos jours, dans les langues juridiques anglaise et américaine, la *civil law* signifie en premier lieu *a*) le droit romain de Justinien, en deuxième lieu *b*) les systèmes juridiques modernes ayant évolué sur la base du droit romain (*civil law jurisdictions*) et c'est seulement en troisième lieu *c*) qu'on le considère comme droit privé (*private law*), parce que sa notion — ou plutôt celle du droit civil au sens moderne — ne s'est pas formée au sein de la *common law*.

**2. Le droit romain sur les territoires grecs.**<sup>4</sup> Justinien n'a autorisé que la traduction grecque, mot par mot, (*κατὰ πόδα* [*kata poda*]), du résultat du travail de codification, et en outre, il a seulement permis la préparation de renvois aux endroits parallèles (*παράτιτλα* [*paratitla*]) ainsi que celle de tables des matières courtes (*indices, ἰνδικες*). Malgré l'interdiction, durant son règne, on a commencé à résumer et à commenter certaines parties de la codification. À partir du VIII<sup>e</sup> siècle, ces extraits (et commentaires : *παραγραφαί* [*paragraphai*]) apparaissaient déjà sous forme de codes officiels.

*a*) Le premier d'entre eux était *Ἐκλογή των νόμων* (*Eklogé tón nomón* 'sélection de lois') contenant 18 titres. Il fut rédigé sur la base de la codification de Justinien sur ordre de l'empereur Léon III (l'Isaurien) (717—741) et de son fils, le coempereur Constantin V, et promulgué en 741.

Trois recueils de règles juridiques à caractère privé remontent également à la même époque. Ils ne sont des « lois » que par leur appellation : *α*) *Νόμος γεωργικός* (*Nomos geôrgikos* 'code rural'), *β*) *Νόμος ναυτικός* (*Nomos nautikos* 'code maritime') et *γ*) *Νόμος στρατικός* (*Nomos stratikos* 'code de guerre').

*b*) L'empereur Basile I<sup>er</sup> (le Macédonien) (867—886) a ordonné de faire le résumé en langue grecque de la totalité de la codification justinienne ; mais, sous son règne, seule l'introduction, *Πρόχειρον* ou *Ἐγχειρίδιον* (*Procheiron* ou *Encheiridion* 'manuel') de cette œuvre a été réalisée, en 40 titres.

*c*) Les travaux ont été terminés sous Léon VI (le Sage) (886—911) qui a voulu remplacer le *corpus* justinien par l'édition de ladite « œuvre législative complexe conçue de 60 livres ». Ce code monumental, qui ne porte le nom *Βασιλικά* (*Basilika* 'lois impérales', en latin *Res regiae* ou *imperatoriae*, en français *Basiliques*) qu'à partir du XI<sup>e</sup> siècle, contient les textes des *Digesta*, *Codex*, *Institutiones* et *Novellae* sous une forme remaniée et modifiée en partie sur la base des traductions grecques précédentes, des extraits et des interprétations. À côté des *Basilika*, une édition nouvelle et corrigée du *Procheiron* a été également élaborée et a reçu le titre : *Ἐπαναγωγή του νόμου* (*Epanagôgê tou nomu* 'guide au code'). Plus tard, les juristes byzantins ont écrit des *σχόλια* (*scho lia*), 'interprétations' du texte des *Basilika*.

---

<sup>4</sup> Concernant l'Empire byzantin (Empire romain d'orient) voir: ZACHARIAE VON LINGENTHAL C. E., *Geschichte des griechisch-römischen Rechts*, Berlin, 1892<sup>3</sup>; ASHBURNER W., *The Rhodian Sea-Law. Edited from the Manuscripts*. Oxford, 1909. (réimpression: Aalen); FRESHFIELD E. H., *A Manual of Roman Law. The Ecloga published by the Emperors Leo III and Constantine V. of Isauria at Constantinople A.D. 726. Rendered into English*, Cambridge, 1926; FRESHFIELD E. H., *A Manual of Eastern Roman Law. The Procheiros Nomos*, Cambridge, 1928; SOLOVIEV A., « L'œuvre juridique de Mathieu Blastarès », *Studi Bizantini* 5 (1939); BERGER A., « Studi sui Basilici. IV: La legislazione di Giustiniano ed i Basilici », *Iura* 5 (1954); SCHELTEMA H. J., « Über die Natur der Basiliken », *TR* 23 (1955); CHLOROS A. G., « The Hexabiblos », *AJ* (Cape Town) 1958; BURGMANN L., *Ecloga. Das Gesetzbuch Leons III. und Konstantinos'V.*, Frankfurt a. M., 1983; SCHMINCK A., *Studien zu mittelbyzantinischen Rechtsbüchern*, Frankfurt a. M., 1986; TRIANTAPHYLLOPOULOS J., « Le droit romain dans le monde grec », *JJP* 21 (1991); LAIOU A. E.— SIMON D.(ed.) *Law and Society in Byzantium: 9th and 12th Centuries*, Washington D. C., 1994. — Pour la Grèce voir: ZEPOS P. J., *Greek Law*, Athens, 1944; SONTIS J. M., « Das griechische Zivilgesetzbuch im Rahmen der Privatrechtsgeschichte der Neuzeit », *ZSS RA* 78 (1961).

Aux XI—XIIe siècles, le caractère officiel et la validité exclusive des *Basilika* ont été remis en cause parce qu'à Byzance l'application des normes juridiques ne s'attachait pas forcément au maintien ou à l'abrogation officiels de leur effet (en général, les lois demeuraient en vigueur seulement pendant la vie (le règne) des empereurs qui les avaient émises).

d) Par la suite, à cause des difficultés dans l'application pratique des *Basilika*, se sont répandus surtout des extraits, des tables des matières qui en sont issus — par exemple, *Σύνοψις των Βασιλικων* (*Synopsis tōn Basilikōn* 'monture de Basilika') et *Τιπούκειτος* (*Tipukeitos* < τι που κείται [ti pou keitai] 'ce qui se trouve où') Matthaios (Mathieu) Blastarés.

Parmi ceux-ci, le dernier, l'ouvrage de Constantinos Harmenopoulos, magistrat de la ville de Thessalonique, *Ἑξάβιβλος* (*Hexabiblos* 'le Recueil des six livres') constitué de 6 livres, publié en 1345, a déjà suivi à beaucoup d'égards le plan (système) des Pandectistes et il a largement influencé non seulement l'évolution juridique grecque, mais aussi les évolutions juridiques balkaniques et celles en Russie en général.

À partir de 1835, dans la Grèce libérée de la domination ottomane, un décret a ordonné pour les relations de droit privé que les lois des empereurs byzantins fassent surtout autorité à côté du droit coutumier jusqu'à la promulgation du code civil. Les codes nés des premiers pas de la codification (le code en vigueur sur les Iles ioniennes [1841], le *Code de Samos* [1899] et le *Code de Crète* [1903]) pour lesquels le Code civil français servait de modèle, ne concernaient que certains territoires du pays. Le droit romain de Byzance (*ius Græco-Romanum*) en vigueur parallèlement à leur côté a été enfin abrogé en 1946 par le Code civil grec qui reflète en grande partie l'influence du *Bürgerliches Gesetzbuch* (*BGB*) allemand dans sa structure ainsi que dans la plupart des institutions régies par lui.

**3. Le droit romain et la science juridique en Italie.** Après la chute de l'Empire ostrogoth (553), l'empereur Justinien Ier (527—568) a étendu la validité des lois adoptées par lui à l'Italie. Ce droit était fortement lié à la conquête byzantine. Par conséquent, avec la perte d'une grande partie des conquêtes, il restait en vigueur seulement en quelques endroits (aux alentours de Ravenne, à Venise et en Italie du Sud). Après le VIe siècle, le texte du *Digeste* était introuvable non seulement sur le territoire italien, mais aussi dans toute l'Europe de l'Ouest. D'ailleurs, les conditions du Bas Moyen Âge n'ont pas permis la réception du droit justinien (c'est seulement dans le cas du droit vulgaire (*Vulgarrecht*) que nous pouvons parler d'une survivance). Il en fut ainsi jusqu'au moment où d'une part a) l'arrière-plan économique et social nécessaire à son adoption changea, et d'autre part, b) l'idée de l'Empire romain fut renouvelée d'abord par Charlemagne, puis par les rois germaniques. On a dû attendre presque cinq siècles pour la redécouverte du *Digeste* : c'est seulement vers 1050 que la copie du manuscrit est retrouvée, le *Codex Florentinus* (*Code florentin*). Ce dernier assurait déjà en pratique la possibilité d'une résurgence du droit romain de la codification de Justinien.

a) Ce processus est parti de l'Université de Bologne<sup>5</sup> (*studium generale*) où Irnerius (mort en 1140) avait déjà commencé à commenter l'œuvre législative justinienne dans les années 1080. La connaissance du droit romain dans le cadre de l'enseignement universitaire s'est répandue d'une façon continue, d'abord partout en Italie, puis dans les territoires du Sud de la France. Irnerius n'avait pas encore créé une œuvre autonome, mais il avait ajouté à l'aide de notes et de gloses<sup>6</sup> ses explications à tel ou tel article de loi (*lex*). L'École des Glossateurs de Bologne a reçu son nom de cette méthode. Plus tard, ces professeurs, les Glossateurs, ont également écrit des résumés (*summae*) et des définitions (*distinctiones*) sur l'œuvre codificatrice de Justinien et encore, préparé des collections de litiges (*casus*) et des monographies de différents thèmes. Outre ces travaux, ils ont recueilli d'une façon extrêmement précise les éléments contradictoires des sources et des autorités. À cause de leur optique anachronique, ils ont considéré le *Corpus Iuris Civilis* comme l'œuvre uniforme de Justinien, et ont voulu exclure les contradictions à tout prix.

La méthode d'enseignement des Glossateurs se fondait essentiellement sur l'apprentissage des textes par cœur outre des analyses grammaticales et juridiques, détaillées (*mos [iura docendi] Italicus*). Contrairement à cette méthode, la résolution des litiges concrets était tirée de principes généraux, d'une

---

<sup>5</sup> Il est impossible de préciser la date exacte de la fondation de l'Université de Bologne. Les débuts restent incertains. Ce qui est sûr, c'est que l'école de la ville (*studium civile*) est née en 1088. On la considère comme l'ancêtre de l'université. Irnerius (ou Wernerius, autrement Guarnerius), le grammairien savant, qui quitta Rome pour Bologne était également professeur de cette université. La fondation de l'université, au sens formel, a eu lieu probablement en 1119.

<sup>6</sup> L'origine du mot: γλῶσσα (*glōssa*) = 'langue', au sens figuré 'parole différente de la langue commune qui demande des explications', donc: 'note, glose'. Il y avait deux sortes de gloses: a) la glose écrite entre les lignes (*glossa interlinearis*) et b) la glose en marge de la page (*glossa marginalis*, l'ancêtre de la note moderne).

façon dialectique (*mos [iura docendi] Gallicus*) dans les universités des villes françaises (par exemple, Orléans et Montpellier).

Les « quatre docteurs » (*quattuor doctores*), Bulgarus (mort en 1167), Martinus Gosia (mort en 1166), Iacobus (mort en 1178) et Hugo de Porta Ravennate (mort en 1168) étaient prééminents parmi tous les Glossateurs. C'est Bulgarus qui a introduit le style dit « mosaïque » qui impliquait la collection et la réunion des mots des différentes sources. Il a également introduit plusieurs genres littéraires (*Litteraturgattungen*) nouveaux. Lui et ses successeurs ont interprété le texte de loi d'une façon stricte contrairement à Martinus qui était fidèle au principe de l'équité (*aequitas*). (Ultérieurement, l'activité de Bulgarus a prévalu sur celui de Martinus à Bologne, et l'influence de Martinus a joué surtout en France.) À côté des *quattuor doctores*, Placentinus (mort en 1192), Hugolinus, Iohannes Bassianus et Azo Portius (mort en 1230)<sup>7</sup>, comptés parmi les plus grands, possédaient une réputation considérable. Accurse (1183?—1263) résumait les gloses de ses prédécesseurs, dans la *glossa ordinaria* qui contenait environ 96 940 gloses. Grâce à son autorité, la phrase suivante est devenue un adage : « tout ce qui n'est pas accepté par la glose n'est pas accepté par le tribunal non plus » (*quidquid non agnoscit glossa, non agnoscit curia*). Parmi les contemporains d'Accurse, nous mentionnons encore le nom de son collègue et concurrent, Odofredus (mort en 1265) qui a utilisé pour la première fois le *mos [iura docendi] Italicus* d'une manière affirmée.

Aldricus, glossateur travaillant vers 1200, a contribué à la résolution des litiges nés des conflits des statuts urbains en interprétant la constitution impériale romaine commençant par les mots *Cunctos populos*. En effet, les Glossateurs ont conclu, d'après cette *constitutio*, que l'effet des statuts concernait seulement les ressortissants (*subditi*) de la ville donnée. L'importance de la question est attestée par le fait que cette partie du *Codex Iustinianus* fut systématiquement commentée pendant une longue période (par exemple, par Bartole au XIV<sup>e</sup> siècle, et par Dumoulin au XVI<sup>e</sup> siècle).

b) L'existence du Saint Empire Romain comme *imperium Romanum* a servi de base idéologique<sup>8</sup> aux Glossateurs pour considérer les lois justiniennes (*leges*) comme des normes juridiques en vigueur dans leur totalité. Mais à la suite du déclin de l'Empire, le rôle des statuts urbains et des droits féodaux territoriaux s'est agrandi, et ainsi les prétentions des tribunaux locaux ont fait naître l'École des Commentateurs (*Commentatores*) encore appelée des Post-glossateurs ou « conseillers » (*Consiliatores*).

À partir du XIII<sup>e</sup> siècle, — surtout au sein des universités de Pérouse et de Pavie — ces jurisconsultes ont assorti les gloses des Glossateurs d'explications étendues (c'est pourquoi leur travail semblait *glossare glossarum glossas* — 'gloser les gloses des gloses'), mais ils ont également poursuivi une activité de pratique et de conseil considérable. Même si la valeur scientifique de leur travail reste loin derrière celle des Glossateurs — qui sont justement considérés comme les véritables fondateurs de la science juridique européenne —, le rôle pratique des Commentateurs est néanmoins extrêmement important, car en appliquant le droit romain classique aux rapports de l'époque, ils ont créé un droit « maternel » commun, et l'ont étendu presque sur la totalité du continent européen.

L'École des Commentateurs fut préparée par Guillaume Durant (Wilhelmus Durantis) (v. 1235—1296), évêque de Mende, né dans le Midi de la France. Il est l'auteur de l'œuvre de droit procédural

---

<sup>7</sup> La première affirmation du principe de la *lex fori*, selon lequel c'est le droit du lieu du litige qui doit être pris en considération par la juridiction, vient d'Azo. Un adage du Haut Moyen Âge prouve son prestige extraordinaire: *Chi non ha Azo, non vada a palazzo* — « qui n'a pas d'Azo (c'est-à-dire sa *Summa*) ne va pas au palais » où le *syndicus* (fonctionnaire-juge de ville) compétent en droit romain tranchait les litiges.

<sup>8</sup> Le Saint Empire romain (son appellation plus ancienne: l'Empire saint de Rome) est appelé incorrectement « Saint Empire romain germanique ». Cette expression — outre le fait qu'elle n'a aucun fondement dans les sources — donne l'impression d'une construction étatique composée de deux parties principales: d'une partie germanique et d'une partie romaine (comp. la Monarchie austro-hongroise), alors qu'en réalité l'Empire incarnait quatre couronnes: a) l'Empire romain (de Charlemagne) et au sein duquel les royaumes b) germanique, c) italien et d) de Bourgogne (ou d'Arles). L'appellation officielle fut tout d'abord (*Romanorum ou Romanum imperium*, puis, à partir du XII<sup>e</sup> siècle *sacrum imperium*, ensuite quand on a utilisé les deux adjectifs qualificatifs ensemble, *Sacrum Romanum Imperium* (rapp. *Sancta Romana Ecclesia*). Cette forme est également gardée par certaines expressions de langue nationale: *Heiliges Römisches Reich, Sacro Impero Romano, Saint Empire (Romain), Holy Roman Empire, Sacro Romano Imperio, Священная Римская Империя (Sviachennaia Rimskaia Imperiia)*. La désignation *Heiliges Römisches Reich deutscher Nation (Saint Empire romain germanique ou Saint Empire romain de la nation allemande)* est apparue seulement dans les Temps modernes, mais elle n'a jamais été officiellement reconnue.

(*Speculum iudiciale*)<sup>9</sup> la plus importante de toute la science juridique médiévale. La glose était fortement attaquée par Cinus (Cino da Pistoia, 1270—1336) de Pérouse, le fondateur de l'École des Commentateurs, à cause de ses conclusions fausses et de ses simplifications déformantes. Le disciple de Cinus, Bartolus de Saxoferrato (1313/14—1357), qui peut être considéré comme le fondateur des droits commercial et international privé, a été le plus important et fameux commentateur.<sup>10</sup> Il se place encore sous l'autorité de la Glose qui ne sera, plus tard, dépassée que par la sienne : ses œuvres avaient force de loi (*vigor legis*) de plusieurs points de vue et son nom était tellement lié à la science juridique que la formulation suivante est devenue adage : *nemo (bonus) iurista, nisi Bartolista* — « personne n'est (bon) juriste s'il n'est pas disciple de Bartole ». Fut aussi Bartoliste l'autre important commentateur, Baldus de Ubaldis (1327—1400) pour lequel l'opinion des jurisconsultes (de leur majorité fut-il annexé à précision) devait avoir une force obligatoire dans la pratique judiciaire. Paul de Castro (mort en 1441) et Iason de Mayno (1435—1519) furent les prédécesseurs italiens de la tendance dite « *usus modernus* » qui a adapté le droit romain aux besoins de la société de l'époque. Cette tendance a été plus tard répandue, surtout en Allemagne.

Aux temps modernes, la science juridique italienne n'avait pas une grande influence sur l'évolution de la science juridique européenne. Au XIXe siècle, la codification du droit civil basée sur les traditions romaines a été aussi réalisée sur la terre italienne. Après 1804, sur la plus grande partie du territoire de l'Italie, le Code civil français a été introduit *ratione imperii* (par la conquête). Bien que plusieurs États l'aient abrogé, il était utilisé comme modèle *imperio rationis* (par la force de la raison) dans les codes civils du Duché de Parme, Plaisance et Guastalla de 1820 (*Codice parmense per gli Stati di Parma Piacenza e Guastalla*), piémontais de 1838 (*Codice Albertino*) et modénais de 1851 (*Codice Civile per gli Stati Estensi*).

Il faut mentionner que le *Codice parmense per gli Stati di Parma Piacenza e Guastalla* est le premier code civil dont les rédacteurs ont suivi le concept moniste, tenu compte du fait que le code contient dans le titre sur sociétés (*Delle società*) aussi les sociétés commerciales. Le *Codice civile per gli Stati Estensi* comprend aussi le droit commercial dans son dernier (quatrième) livre. Ces deux codes civils de l'Italie préunitaire sont à considérer comme les premières réalisations d'un « code unique<sup>11</sup> », précédant ainsi le Code civil du Québec de 1866. L'influence du Code civil français est remarquable dans le texte du Code civil de l'Italie unifiée (*Codice civile*), promulgué en 1865, dont le système (plan) suit celui des *Institutes*.

En 1942, le nouveau *Codice civile* a ouvert une nouvelle période dans l'histoire des codes civils en rompant avec le système du code précédent qui suivait le modèle français. Il contenait également le droit commercial. Le nouveau code civil italien ne comporte aucune partie générale (*Allgemeiner Teil*), ce fait est accepté dans la science du droit civil italien sous l'influence de l'École allemande des pandectistes.

**4. Le *ius commune*.**<sup>12</sup> Dans l'œuvre des Commentateurs, le droit de Justinien est mélangé avec le droit féodal lombard<sup>13</sup> et des éléments de droit canonique. Ce droit mélangé, qui a reçu l'appellation de

<sup>9</sup> Voir: NÖRR K. W., « À propos du *Speculum iudiciale* de Guillaume Durand », In: *Guillaume Durand. Évêque de Mende (v. 1230—1296). Canoniste, liturgiste et homme politique*, Actes de la Table Ronde du C. N. R. S. Textes réunis par PIERRE-MARIE G., Paris, 1992. Le *Speculum iuris* (le « miroir du droit ») était un genre juridique très pratiqué au Moyen Âge. Voir: LE BRAS G., *Prolégomènes, à l'histoire du droit et des institutions de l'Église en Occident I*, Paris, 1955.

<sup>10</sup> C'est Bartole qui définit la propriété de la manière suivante: « *dominium est de re corporali perfecte disponendi nisi lex prohibeat* ». Cette formule célèbre se retrouve aussi dans le texte de l'art. 544 du Code civil français (« La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements. ») ainsi que dans celui de l'art. 436 du *Codice civile* italien de 1865 (« *La proprietà è il diritto di godere e di disporre delle cose nella maniera più assoluta, purchè non se ne faccia un uso vietato dalle leggi o dai regolamenti* »).

<sup>11</sup> Le terme « code unique » signifie que le droit civil et celui commercial sont réglementés dans le corps d'un seul code. Cependant, il faut souligner que ce terme n'est pas nécessairement identique avec la réalisation du « concept moniste » : il y a des pays ayant un code civil et un code de commerce distinct à la fois, néanmoins le concept moniste est suivi. Le concept moniste peut se manifester dans la réglementation uniforme des contrats ne faisant aucune distinction selon les parties contractantes (celles commerciantes – non commerciantes). Le concept moniste peut donc avoir plusieurs significations.

<sup>12</sup> Voir: STEIN P., « A Seventeenth-Century English View of the European *ius commune* », In: *Excerptiones iuris: Studies in Honor of A. Gouron*, Berkeley, 2000.

<sup>13</sup> En Italie du Nord, à côté du droit romain glosé, le droit lombard a également reçu un rôle important. Celui-ci a été érigé en système par le consul milanais, *Obertus de Orto*, vers 1150. En 1250, le Glossateur

droit commun (de façon archaïque : vulgaire), en langue latine : *ius commune* (en italien : *diritto comune*), a été répandu dans la quasi totalité du territoire de l'Europe.

L'interprétation de la notion médiévale du *ius commune* n'est pas uniforme dans la doctrine. En général, on le comprend comme le droit commun européen formé par le travail des Commentateurs, mais selon d'autres avis, le *ius commune* est né dès les XIII<sup>e</sup>—XIII<sup>e</sup> siècles sous l'influence des Glossateurs. L'objet du *ius commune* est également discuté, par exemple, F. Wieacker ne comprend pas dans sa définition le droit féodal lombard et les droits urbains statutaires. F. Calasso et H. Coing signalent de la façon la plus claire la cause du problème. Selon leur constatation, au Moyen Âge, le *ius commune* signifiait à l'origine le droit romain, considéré comme norme universelle, contre le droit local des statuts urbains. Puis — surtout dès l'époque des Commentateurs —, outre le droit romain, on y comprenait parfois également les autres normes observées dans la localité ou dans le pays donné. C'est la naissance de la notion de droit commun régional ou territorial. Au sein du *ius commune*, le rôle du droit canonique, soumis à l'influence du droit romain, est également considérable. La science juridique allemande parle expressément du *römisch-kanonisches ius commune* (« *ius commune* romano-canonique »).

Selon Coing, le *ius commune* est devenu un terme tellement équivoque que la découverte de ses différentes significations n'est possible que par un examen détaillé par pays et par époque. Ainsi, par exemple, en Espagne au XVI<sup>e</sup> siècle, la question de savoir si c'est le droit romain ou le droit canonique qui devait être considéré comme *ius commune* a été discutée. En France, aux XVII<sup>e</sup>—XVIII<sup>e</sup> siècles, le droit commun de la France est né de l'unification des droits coutumiers, de la législation plus récente, de la jurisprudence et du droit romain en vigueur en général sur les territoires du Midi.

En Allemagne, le *gemeines Recht* (« droit commun de l'Empire ») reçu officiellement en 1495 par la *Reichskammergerichtsordnung* (Ordonnance instituant la Cour de Chambre Impériale) était synonyme de *ius commune*.<sup>14</sup> Il existe une interprétation de la notion du *ius commune* simplifiée, mais répandue et acceptable jusqu'à un certain degré, d'après laquelle le *ius commune* n'est autre que la survivance du droit romain comme un droit commun à l'Europe médiévale et à celle du début des Temps modernes — et en son sein les pays ayant des systèmes juridiques particularistes — qui à partir du milieu du XVIII<sup>e</sup> siècle, mais surtout au cours du XIX<sup>e</sup> siècle, cède sa place d'une façon progressive aux codes civils des états-nations et aux autres codes ou règles juridiques.

#### § 4. Le droit canonique (*ius canonicum*)<sup>15</sup>

C'est le droit canonique<sup>16</sup> qui, à côté du droit romain, avait la plus grande influence sur la vie juridique de l'Europe médiévale. Le droit coutumier régissant la vie de l'Église ancestrale, le « droit populaire des Chrétiens », qui se réalisait surtout dans la pratique de la juridiction épiscopale, a pris corps dans différents recueils (*collectiones*) qui virent le jour dès les II<sup>e</sup>—III<sup>e</sup> siècles. Les règles de discipline de l'Église y figurant, nommées canons du mot *κανών* (*kanón*) 'règle, mesure, norme', ils ont également régi certaines relations juridiques des personnes privées (par exemple, mariage, adoption, relations commerciales entre chrétiens, *etc.*) à côté des relations internes de l'Église. Au début, les règles juridiques des canons trouvaient leurs origines dans le droit judaïque, mais plus tard, elles ont également incorporé des éléments du droit romain. À l'époque de l'Église impériale (IV<sup>e</sup>—VII<sup>e</sup> siècles), les décisions des conciles œcuméniques et locaux (*synodi* ou *concilia*) ont repris le rôle de source principale. À côté de ces décisions, des dispositions épiscopales étaient parues comme sources

---

Hugolinus a refait ce travail qui fut ainsi incorporé au volume V du *Corpus Iuris Civilis* sous le titre *Decima collatio novellarum*.

<sup>14</sup> À cet égard, on peut se référer au brocard de Matthäus Wesenbeck (1531–1586) qui soulignait la primauté du *ius commune* (« *qui habet regulam iuris communis pro se, habet intentionem fundatam* »). L'expression « *fundata intentio* » se réfère à la primauté du *ius commune*.

<sup>15</sup> VETULANI A., « Gratien et le droit romain », *RHD* 45 (1946—1947); LE BRAS G., « Le droit romain au service de la domination pontificale », *RHD* 47 (1949); STICKLER A. M., « *Historia iuris canonici latini* », In: *Institutiones academicae I, Historia fontium*, Torino, 1950; LE ROY Y., « Les conciles gaulois et le Décret de Gratien », *RHD* 59 (1981); WEIGAND R., « Romanisierungstendenzen im frühen kanonischen Recht », *ZSS KA* 69 (1983); LANDAU P., « Neue Forschungen zu vorgratianischen Kanonensammlungen und den Quellen des gratianischen Dekrets », *IC* 11 (1984); VERNAY J., *Le droit dans l'Église catholique. Initiation au droit canonique*, Paris, 1995.

<sup>16</sup> Le *ius canonicum* a été une notion courante dès le haut Moyen Âge, et, pour les canonistes classiques, elle a signifié le *corpus* des lois de l'Église. Les canonistes ont employé aussi bien l'expression *ius ecclesiasticum*. Mais au XVI<sup>e</sup> siècle, l'adjectif « *ecclesiasticum* » a pris nouveau sens: *corpus* des lois civiles qui ont concerné l'Église.

juridiques locales, puis à partir de la fin du IV<sup>e</sup> siècle, les (*litterae* ou *epistulae*) *decretales* des papes — avec un contenu et une force juridiques — sont devenues fréquentes. L'influence du droit romain sur ces règles juridiques est perceptible tant sur le fond que sur la forme.

a) Dans les premiers siècles du Moyen Âge, les canons conciliaires et les *decretales* pontificales étaient diffusés par plusieurs recueils (privés), souvent faux. La matière du droit canonique fut résumée, pour la première fois, avec les méthodes scolastiques par le contemporain des quatre docteurs, Gratien, qui vivait à Bologne, vers 1140, dans son œuvre intitulée *Concordia discordantium canonum*, plus tard généralement connue sous le nom *Decretum Gratiani*. La recherche scientifique du droit canonique commençait avec cette œuvre. Les Commentateurs du *Decretum*, les Décretistes (leurs représentants éminents : le disciple de Gratien, Paucapalea, Rolandus, Rufinus et Huguccio de Pise) ont écrit des explications autonomes, *summae* à l'œuvre de Gratien, qui était glosée pareillement au droit romain. (La forme finale de la *glossa ordinaria* a été développée par *Bartholomaeus Brixianensis*.)

b) À l'apogée du Moyen Âge florissant les *decretales* ont constitué les sources les plus importantes du droit canonique qui se liaient au *Decretum Gratiani* d'une façon complémentaire. Après que cinq recueils en soient nés au début du XIII<sup>e</sup>, reçus aussi dans l'enseignement supérieur par l'École bolognaise (ce sont les *Quinque compilationes antiquae*), le pape Grégoire IX en 1234 a édité la version universelle et unique (*Liber extra*, son abréviation : X.) synthétisée par (Saint) Raymond (S. Raymundus de Pennaforte, 1175—1275). En 1298, le *Liber extra* était complété par le *Liber Sextus* de Boniface VIII (son abréviation : VI.). Des notes et des explications aux *decretales*, puis à ces recueils étaient écrites par les décrétalistes (les *glossae ordinariae* étaient préparées aux *Liber extra* et *Liber Sextus* aussi). La *Summa aurea*, le travail de Henricus de Segusio était l'œuvre la plus importante de l'École des Décretalistes de l'époque.

c) Le pape Clément V fit faire une collection des *decretales* du concile œcuménique tenu à Vienne en 1311 et de ses propres *constitutiones*, qu'il a envoyées en 1313 aux Universités de Paris et d'Orléans. Après son décès, le pape Jean XXII la fit publier à nouveau en 1317. Les cinq livres des *Clementinae* (*Clémentines*) ont été glosés par Johannes Andreae, dit aussi « *tuba iuris* » qui a enseigné à Bologne entre 1320 et 1348, et le cardinal Zabarella. Ce recueil forme la quatrième partie du *Corpus Iuris Civilis*. À la fin du XV<sup>e</sup> siècle y furent ajoutées deux collections d'*Extravagantes*. L'une est dite *Extravagantes* du pape Jean XXII (*Extravagantes Iohannis XXII*, abrégé : *Extravag. Iohann. XXII*). Ce recueil comprend vingt *decretales* de Jean XXII, divisées en quatorze titres. La collection avait été arrêtée en 1325, probablement par les ordres du pape lui-même. L'autre recueil (abrégé : *Extravag. comm.*) comprend des constitutions de plusieurs papes depuis Urbain IV en 1261 jusqu'à Sixte IV en 1483. Les *extravagantes communes* reçurent leur forme définitive de Chappuis, dans une édition publiée à Paris de 1499 à 1503. Il faut souligner que les deux dernières collections étaient des recueils privés.

C'est ainsi qu'à la fin du Moyen Âge, le résumé de la matière du droit canonique — qui a reçu le nom *Corpus Iuris Canonici* d'après le modèle du *Corpus Iuris Civilis* — prenait corps et s'accroissait lentement en une unité de six œuvres. Cette œuvre législative contient le *Decretum Gratiani*, le *Liber extra*, les *Clementinae* et les deux collections d'*Extravagantes*. Son texte officiel est publié par le pape Grégoire XIII, en 1582.

Quant aux sources du droit canonique postérieures à l'achèvement du *Corpus Iuris Canonici*, ou qui n'y sont pas entrées, il faut chercher les constitutions pour des papes dans les Collections des Bulles pontificales, et, pour les décrets des conciles dans les publications spéciales ou d'ensemble qui leur sont consacrées. Les documents les plus importants sont les canons et décrets du Concile de Trente (1545—1563).

La réception du droit romain par l'Église a débuté à partir du IX<sup>e</sup> siècle en Italie et, à partir de la fin du XI<sup>e</sup> siècle en France. Dès la plus haute Antiquité, l'Église a déjà proclamé l'importance du droit romain pour les Chrétiens — surtout les cléricaux — vivants sur le territoire des royaumes barbares (ceci est exprimé par le principe juridique : *Ecclesia vivit lege Romana* — « l'Église vit selon le droit romain »), mais l'adoption formelle des normes juridiques codifiées par Justinien s'est produite seulement après la renaissance de ces dernières.

Le rôle subsidiaire des *leges* (lois [laïques], donc le droit romain) dans le droit canonique était déjà reconnu par Gratien (D. 10, p.c. 6; C. 15, q. 3, p.c. 4), et plusieurs déclarations pontificales aux XII<sup>e</sup> et XIII<sup>e</sup> siècles exerçaient une influence dans cette direction. D'ailleurs, le travail des canonistes a été lié sur plusieurs points à celui des juristes laïques qui utilisaient le *ius civile*, alors que, dès ce temps-là, les questions concernant le droit laïque ont eu un rôle considérable devant les tribunaux ecclésiastiques. En grande partie, le mérite des canonistes consiste en l'élaboration des notions de la *bona fides*, de l'*aequitas*, de l'*iustum pretium*, du *nudum pactum* et de la théorie des personnes morales, puis, du système moderne des preuves se basant sur les notions et les institutions connues dans le droit romain. À cette époque, le droit canonique a été considéré comme une des branches de l'ordre juridique, existant à côté du *ius civile*. L'expression *doctor in utroque iure* (ou *doctor utriusque iuris*) — utilisée

jusqu'au XXe siècle, l'expression « dans les deux droits » annonçant déjà la dualité des sciences juridique et politique — et l'adage *legista sine canonibus parum valet, canonista sine legibus nihil* — « le légiste (spécialiste du droit romain) ne vaut pas beaucoup sans la connaissance des canons, le canoniste (spécialiste du droit canonique) ne vaut rien sans la connaissance des lois » — le prouvent bien.

Le travail de résumé officiel suivant les principes modernes du droit canonique en vigueur au tournant des XIXe et XXe siècles a été ordonné par le pape (Saint) Pie X en 1904, à la demande des évêques et après plusieurs essais scientifiques allant dans ce sens. La codification qui suivait fondamentalement le système (plan) des *Institutes* du droit romain a été dirigée par Pietro Gasparri (1852—1934) (plus tard cardinal secrétaire d'État). Jusztinián Serédi (1884—1945), moine bénédictin, éminent canoniste hongrois et cardinal archevêque primat de Hongrie par la suite, a pris une part considérable dans les travaux, ou plutôt dans l'édition des textes de sources. Le *Code du droit canonique* (*Codex iuris canonici*) ainsi élaboré a été publié par le pape Benoît XV en 1917. Dans la terminologie et dans le plan (système) se reflète fortement l'influence du droit romain.<sup>17</sup>

Les travaux de modernisation du droit canonique et de révision complète du code ont été projetés pour la première fois par le pape Jean XXIII et ils ont commencé après le IIe Concile du Vatican, en 1965. Le nouveau *Codex iuris canonici* dont la structure en sept livres constitue une rupture avec le système (plan) des *Institutes*, a été mis en vigueur par le pape Jean Paul II, en 1983. C'est également Jean Paul II qui a fait publier un code en 1990 sous le titre *Codex canonum ecclesiarum orientalium* pour les Chrétiens de l'Est liés à Rome.<sup>18</sup>

## Partie II

### La survivance du droit romain en Europe

#### § 1. La France<sup>19</sup>

**1. Aperçu général.** Au Moyen Âge, le pays des Francs occidentaux s'était scindé en deux territoires juridiques. a) Au Sud, sur le territoire des anciens royaumes des Wisigoths et des Burgondes jusqu'au XIIe siècle, le droit vulgaire du *Breviaire d'Alaric* (*Breviarium Alaricianum*) survivait d'abord formellement, puis par son contenu, assurant ainsi une certaine unité juridique à cette région qui était appelée en conséquence *pays de droit écrit*. L'influence du droit romain prévalait donc sur les territoires de Gascogne, du Roussillon, de Navarre et de Béarn, de Guyenne, de Saintonge, du Limousin, de Lyon, du Languedoc et de Provence, ainsi que sur une grande partie de la Bourgogne. Bien que la Savoie n'appartint pas au royaume français, elle était également un *pays de droit écrit*. b) Au contraire, sur la partie nord du pays, une grande masse (environ 360) de droits coutumiers féodaux germaniques, appelés *coutumes*, étaient en vigueur. Ces régions ont ainsi porté le nom de *pays de droit coutumier*.

<sup>17</sup> GAUDEMET J., « Influences romaines sur la codification canonique latine », *Index* 22 (1994).

<sup>18</sup> METZ R., « La seconde tentative de codifier le droit des Églises orientales catholiques au XXe siècle. Latinisation ou identité orientale? », *L'Année Canonique* 23 (1979); *Idem*: « Le nouveau Code des canons des Églises orientales », *Revue de droit canonique* 42 (1992); ROHBAN L., « Codification du droit canonique oriental », *Apollinaris* 65 (1992).

<sup>19</sup> BONNECASE J., *L'École de l'Exégèse en droit civil*, Paris, 1924<sup>2</sup>; GAUDEMET E., *L'interprétation du Code civil en France depuis 1804*, Bale - Paris, 1935 (réimpression: 2003); OURLIAC P. — MALAFOSSE J., *Histoire du droit privé* I—III, Paris, 1957—1969; PETOT P., « Le droit commun selon les coutumiers », *RHD* 38 (1960); PIANO-MORTARI V., *Diritto romano e diritto nazionale in Francia nel secolo XVI*, Milano, 1962; GAUDEMET J., « Observations générales sur l'influence du droit romain en France », *Romanitas* 1965; CARLIN M.-L. *La pénétration du droit romain dans les actes de la pratique provençale*, Paris, 1967; ARNAUD A.-J., *Les origines doctrinales du Code Civil français*, Paris, 1969; GOURON A., « La science juridique française aux XIe et XIIe siècles » *IRMAE* I 4 d, 1978.; LÉVY J.-PH., « La pénétration du droit romain dans le droit français de l'ancien régime (esquisse générale) », In: *Nonagesimo anno. Mélanges en hommage à J. Gaudemet*, Paris, 1999.

Au sein des *coutumes* nous distinguons, d'une part  $\alpha$ ) celles dont la force s'étendait sur le territoire de la totalité d'une province (*coutumes générales*), d'autre part  $\beta$ ) celles qui s'appliquaient seulement à une partie de la province (*coutumes locales*). En outre,  $\gamma$ ) les recueils — d'origine romaine — résumant le droit local des villes du Midi de la France étaient également appelés *coutumiers*.

**2. Les Glossateurs.** De l'Italie, les disciples des Glossateurs ont importé la connaissance et le respect du droit de Justinien qui exerçait une influence dans le domaine du droit écrit de même que dans celui des droits coutumiers. Certains juristes français de la deuxième moitié du XIII<sup>e</sup> siècle peuvent déjà être considérés comme les prédécesseurs des Commentateurs italiens. Iacobus de Ravanis (Jacques de Révigny, mort en 1296) et Petrus de Bellapertica (Pierre de Belleperche, 1250—1308) se distinguent parmi eux. Selon la tradition, les cours de ce dernier étaient suivis même par Cinus (Cino da Pistoia).

**3. Le droit commun (*ius commune*).** Le *ius commune* français (*droit commun*) — de caractère supplétif au début — est né du droit justinien, après une longue période d'évolution grâce à l'action du pouvoir royal, de la jurisprudence et de la doctrine. L'évolution juridique ultérieure fut couronnée par le Code civil des Français (1804) — basé sur le droit commun français et le droit romain.

## § 2. La péninsule Ibérique<sup>20</sup>

**1. Aperçu général.** Après la chute du Royaume des Wisigoths (714), une grande partie de la péninsule ibérique est devenue un protectorat arabe. Cet événement a interrompu l'utilisation officielle du droit romain pour un certain temps. Il n'est donc possible de parler de survivance du droit romain que sur les territoires des royaumes chrétiens.

**2. L'Espagne.** Dans les États nés sur le territoire de l'Espagne actuelle, le *Breviarium Alaricianum* et le *Liber iudiciorum* constituaient le fondement de la tradition du droit romain. Le droit romain et le droit canonique — comme *ius commune* — prévalaient d'une façon auxiliaire à côté des statuts locaux (*fueros, customs*) ; mais à partir du XIII<sup>e</sup> siècle, on peut déjà constater la romanisation du droit coutumier écrit et non-écrit.<sup>21</sup> En Catalogne, les recueils de droit coutumier de plusieurs villes (Barcelone, Gérone, Tortose) se basaient essentiellement sur le droit romain. Les lois de Jacques I<sup>er</sup>, roi d'Aragon (1213—1276), du fait qu'elles ordonnaient l'utilisation de la « raison naturelle » en cas de manque de coutumes convenables (*usatges*), ont rendu possible le triomphe du droit romain dans la pratique judiciaire. La réception formelle est arrivée seulement en 1409 sur les territoires de Castille et du León, où le code en sept parties d'Alphonse X (le Sage) (1252—1284), les *Siete Partidas*, témoignent également de l'influence remarquable du droit romain. L'*Ordenamiento de Alcalá* (1348) a explicitement ordonné l'utilisation subsidiaire des lois romaines. Les recueils de droit coutumier, le *Fuero General* en Navarre et les *Furs de València* à Valence, témoignent d'une connaissance approfondie du droit romain.

Dans le royaume espagnol, les recueils de lois officiels visant à consolider le droit en vigueur (*Nueva Recopilación*, 1567; *Novísima Recopilación*, 1805) contenaient également des notions de droit romain. Au début du XIX<sup>e</sup> siècle, plusieurs règles juridiques ont également voulu éliminer le particularisme qui régnait dans le droit privé espagnol. En 1851, le projet du code civil était élaboré par F. Garcia Goyena (1783—1855) et prenait en considération le *Code Général des Etats prussiens*

<sup>20</sup> Pour l'Espagne voir: GARCÍA GALLO A., « El 'Libro de las leyes' de Alfonso el Sabio del Espéculo a las Partidas », *AHDE* 21—22 (1951—1952); RIUS J. M., *La Recepción del Derecho Romano en la Península Ibérica durante la Edad Media*, Montpellier, 1967; GIBERT R., *Historia General del Derecho Español*, Granada, 1968; FUENTESECA P., « La recepción de la idea imperial en la Edad Media Española y sus raíces romanas », In: *Studi Sassaresi* VIII, Serie III, 1980 - 1981; GARCIA Y GARCIA A., *Derecho Común en España. Los Juristas y sus obras*, Murcia, 1991; BARÓ PAZOS J., *La codificación del derecho civil en España (1808—1889)*, Santander, 1992. — Concernant le Portugal voir: ESPINOSA GOMES DE SILVA N. J., *História do direito português. I: Fontes de direito*, Lisboa, 1985.

<sup>21</sup> Pendant longtemps, les historiens du droit espagnol ne partageaient pas le même avis sur le rôle du droit germanique (*heimisches deutsches Recht*) et du droit romain: les éléments du premier ou ceux du deuxième jouaient-ils le rôle le plus fondamental dans l'évolution juridique de la péninsule? De nos jours, c'est la conception soulignant le rôle du droit romain qui prédomine. Déjà au XVII<sup>e</sup> siècle, ARTHUR DUCK (1580—1648) signalait en examinant la diffusion européenne du droit romain, qu'en Espagne le droit romain — qui est en même temps le droit du Saint Empire romain — est l'objet de la réception sur la base des *iustitia* et *ratio*. Voir encore SANCHEZ-ARCILLA BERNAL J., « A római jogi tradíció továbbélése és a közönséges jog (ius commune) recepciója Spanyolországban, [La survivance de la tradition du droit romain et la réception du droit commun (ius commune) en Espagne », *Tanulmányok a római jog és továbbélése köréből (Études relatives au domaine du droit romain et à sa survivance)*, I., Budapest, 1987—1988.

(*Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten*) et l'*ABGB* autrichien à côté du Code civil français. Le Code civil espagnol toujours en vigueur en partie (*Código civil*, 1889), rédigé principalement par M. Alonso Martínez (1827—1891), se base sur le système (plan) des *Institutes* et reflète l'influence du Code civil français. Cependant, même aujourd'hui, le *Código civil* ne représente pas la source juridique principale pour l'ensemble du pays, car sur certains territoires (en Catalogne, en Galicie, dans les Îles Baléares, en Aragon, en Navarre et au Pays Basque) il n'est utilisé que d'une façon subsidiaire, surtout dans les domaines du droit matrimonial, du droit successoral et du droit des biens. Par contre, le droit (privé) local (*derecho foral*) se base directement sur le droit romain. Le classement du *derecho foral* dans des recueils officiels se fait avec une intensité remarquable. Ce processus a été rendu possible par l'autonomie régionale effectuée en Espagne après la promulgation de la constitution de 1978.

**3. Le Portugal.** Au Portugal, les coutumes (*costumes*) et certains statuts urbains contenaient également beaucoup d'éléments de droit romain. De plus, la traduction portugaise du *Codex Euricianus* et celle des *Siete Partidas* étaient également en vigueur. Mais malgré ces faits, contrairement à l'Espagne, la réception formelle du droit romain ne s'est pas produite. Néanmoins, les *Ordenações Afonsinas* (1446—1447), résumant les différentes sources du droit portugais, montrent l'influence importante du droit romain. Selon les *Ordenações Afonsinas*, en cas de doute, les tribunaux étaient obligés de prendre en considération la *Glossa ordinaria* d'Accurse et les œuvres de Bartole.

La *Lei da Boa Razão*, adoptée en 1769, ne considérait le droit romain que comme un droit subsidiaire et seulement si ses normes n'étaient pas contradictoires avec la *boa razão*, signifiant essentiellement le droit naturel. Certains représentants du mouvement de codification — se renforçant au début du XIX<sup>e</sup> siècle — insistaient sur la suppression des traditions juridiques précédentes.

En 1858, A. L. de Seabra (1798—1895), suivant la conception de l'École du droit naturel, a publié le projet du Code civil *portuguais* de 1867 qui est entré en vigueur en 1868, après plusieurs modifications. Le *Código civil* portugais a pris essentiellement l'*Allgemeines Landrecht* prussien, le Code civil français et l'*ABGB* autrichien comme modèles. L'article 16 du code considère le droit naturel comme une source juridique complémentaire (subsidiaire), qui équivaut en réalité à la *bona fides* du droit romain.

La forte influence de la science juridique allemande et celle du *BGB* sont sensibles dans le nouveau Code civil portugais promulgué en 1966, après trois décennies de préparation (par exemple, dans la réglementation des actes juridiques qui trouve ses racines dans l'École des pandectistes).

### § 3. Les Îles britanniques<sup>22</sup>

**1. Aperçu général.** Alors que l'évolution juridique continentale s'était caractérisée par l'influence variable du droit romain, dans les îles britanniques le système juridique, né de la synthèse du droit saxon et du droit franco-normand, gardait ses formalités féodales. Et, même plus tard, il n'a pas reçu le droit romain malgré l'évolution économique et sociale du pays. La *common law* (il faut éviter la confusion avec son équivalent linguistique : *ius commune*) signifie principalement le droit né de la

---

<sup>22</sup> Pour l'Angleterre voir: SCRUTTON T. E., *The Influence of the Roman Law on the Law of the England*, Cambridge, 1885; VINOGRADOFF P., « The Roman Elements in Bracton's Treatise », *Yale Law Journal* 32 (1923); VAN CAENEGEM R. C., « L'histoire du droit et la chronologie. Réflexions sur la formation du « Common Law » et la procédure romano-canonique », In: *Études d'histoire de droit canonique dédiées à G. Le Bras*, Paris, 1965; PETER H., « Actio und writ », Tübingen, 1957; *Römisches Recht und englisches Recht*, Wiesbaden, 1969; BARTON J. L., « Roman Law in England », *IRMAE* V 13 a, 1971; LEVACK B. P., *The Civil Lawyers in England 1603—1641. A Political Study*, Oxford, 1973; STEIN P., « Roman Law, Common Law, Civil Law », *TLR* 66 (1992); *idem*: « The Vacarian School », *Journal of Legal History* 13 (1992); WINKLER F., « Roman Law in Anglo-Saxon England », *Journal of Legal History* 13 (1992); TÓTH Á., « Vacarius, az angliai glosszár (Vacarius, le glossateur d'Angleterre) », *JK* 48 (1993); ZIMMERMANN R., « Der europäische Charakter des englischen Rechts », *ZEuP* 1 (1993); STEIN P., « The Future of Roman Law in Britain that is Part of Europe », *RIDA* 41 suppl. (1994); EVANS-JONES R., « Roman Law in Britain », In: *Quaestiones Iuris*. Festschrift für J. G. Wolf zum 70. Geburtstag, Berlin, 2000. — Pour l'Écosse voir: CAMPBELL A. H., « Diritto scozzese e diritto romano, Bartolo da Sassoferrato », *Studi e documenti per il VI centenario*, I, Milano, 1962; STEIN P., « Roman Law in Scotland », *IRMAE* V 13 b, 1968; DAVID H., *Introduction à l'étude du droit écossais*, Paris, 1972. — Pour l'Irlande voir: BYRNE R.— MCCUTCHEON J. P., *The Irish Legal System*, Butterworth 1989; OSBOROUGH W. N., « Roman Law in Ireland I—III », *IJ* 25 (1990) — 27 (1992).

pratique des cours royales anglaises.<sup>23</sup> Nous devons le distinguer du droit créé par la législation parlementaire (*statute law*) d'une part, et du droit équitable (*equity*) naissant de la pratique de la cour du lord-chancelier (*Court of Chancery*) d'autre part.

La comparaison des institutions du droit romain avec celles de la *common law* anglaise est facilitée par leur ressemblance à maints égards. L'action (en latin : *actio* — en anglais : *writ*, et en écossais : *brieve* ou *breve*) joue un rôle central dans les deux droits. Les traits communs sont les suivants : la casuistique, l'absence de l'aspect abstrait et du formalisme qui se manifeste dans le refus de certaines institutions (par exemple, la représentation directe [*agency*]). Il est de plus possible de mettre en parallèle le rôle joué par les édits prétoriens (*edicta praetorum*) et l'*equity* dans l'évolution juridique, ou encore de mettre en évidence les ressemblances entre les *Inns of Court*, écoles pour la formation d'avocats anglais (*Gray's Inn, Inner Temple, Lincoln's Inn, Middle Temple*) — qui se fondent sur la pratique judiciaire et n'ont pas d'organisation universitaire — et les *scholae* de la Rome antique.

**2. L'Angleterre.** En Angleterre, Vacarius (environ 1120—1198) — d'origine lombarde, formé à l'Université de Bologne, auteur du *Liber pauperum* — fut le premier à faire connaître la *common law* à un large public. L'œuvre célèbre de Sir Ranulff de Glanvill (décédé en 1190), le *Tractatus de legibus et consuetudinibus regni Angliae, qui Glanvillia vocatur* (rédigée entre 1187 et 1189), qui a influencé l'évolution juridique anglaise pendant des siècles, montre également l'influence du droit romain<sup>24</sup>. Henricus de Bracton (1220—1268), de son côté, a essayé de systématiser l'ensemble des normes juridiques en formation dans son ouvrage intitulé *De legibus et consuetudinibus Angliae* (environ 1250) en utilisant des notions plus évoluées du droit romain. L'introduction du livre reflète l'influence des Glossateurs. Ces œuvres d'autorité (*books of authority*) de Glanvill et de Bracton assuraient une certaine connaissance du droit romain en Angleterre en raison de leur caractère de sources juridiques.

Bien que le droit romain n'ait pas été reçu formellement<sup>25</sup>, il exerçait une influence sur la juridiction de la chancellerie, pratiquée par une personne de l'Église jusqu'à 1529, et donc sur l'évolution de l'*equity*, par l'intermédiaire du droit canonique. De plus, certaines institutions juridiques romaines ont accédé à un rôle important dans le droit commercial et dans le droit maritime. Comme le droit strict des tribunaux de *common law* n'était pas convenable pour trancher de tels litiges, les tribunaux commerciaux utilisaient la *lex mercatoria* (*law merchant*) se fondant sur le droit romain. Les *Courts of Admiralty* quant à eux, créées par le roi, utilisaient surtout le droit romain (*civil law*). Sous le règne de Henri VIII (1509—1547) est apparue la possibilité de la réception du droit romain soutenue par le roi, et pour cette raison, le droit romain appelé *civil law* a obtenu une « chaire royale » (*regius professorship*) à l'Université d'Oxford et à l'Université de Cambridge.

Grâce à la formation universitaire des juristes, l'esprit humaniste est également apparu dans la science juridique anglaise au cours du XVI<sup>e</sup> siècle. Arthur Duck (1580—1649) est un représentant éminent de l'Humanisme dont l'œuvre posthume fameuse, *De usu et autoritate iuris civilis Romanorum in dominiis principum Christianorum libri II* (Leyde 1654)<sup>26</sup> peut être considérée comme la première exposition historique du *ius commune* européen. Il faut mentionner l'œuvre doctrinale de John Cowell (1554—1611), qui a essayé d'établir un pont entre la *civil law* et la *common law* en présentant le droit anglais dans le système (plan) des *Institutes* de Justinien dans son ouvrage intitulé *Institutiones iuris Anglicani ad methodum et seriem Institutionum imperialium compositae et digestae*.

Le premier grand juriste de la *common law* des Temps modernes, Sir Matthew Hale (1609—1676) a également recouru au droit romain dans son travail de systématisation du droit du pays. Son œuvre intitulée *An Analysis of the Laws*, publiée en 1705, suivant quelque peu le système (plan) des *Institutes*, sert de base à Sir William Blackstone (1723—1780), premier professeur du droit anglais qui a, à plusieurs reprises, créé des catégories fondées sur le droit romain dans son œuvre *Commentaries on the Laws of England* (1765—1769), ainsi que dans son œuvre précédente, *An Analysis of the Laws of England* (1756). La présentation du droit anglais en système institutionnel persistait dans la première

---

<sup>23</sup> Nous appliquons le mot *common law* dans le genre masculin en tenant compte du fait que cette expression se réfère au droit (*law*) en dépassant le sens strict de la loi (*statute*).

<sup>24</sup> La *Leis Willelme*, issue des premières décennies du XIII<sup>e</sup> siècle, dont l'effet n'est guère comparable à celui de l'œuvre de Glanvill, contient également des éléments du droit romain. En Angleterre, selon les sources du XIII<sup>e</sup> siècle, la doctrine développée par les Glossateurs servait de base à l'enseignement du droit romain, à côté des *Institutiones* justiniennes.

<sup>25</sup> Les causes en sont la formation de juristes indépendamment des universités, dans les *Inns of Court*, d'une part, parce que le système des tribunaux centralisé est né déjà assez tôt dans le pays insulaire et, d'autre part le fait que ses magistrats ne peuvent connaître le droit romain que d'une façon indirecte, par l'œuvre de Bracton.

<sup>26</sup> *De l'usage et de l'autorité du droit civil dans les États des princes chrétiens* (trad. française), Paris, 1699.

moitié du XXe siècle avec le remaniement en 1841 de l'œuvre principale de Blackstone (*New Commentaries on the Laws of England*, sa dernière édition : 1938).

La première chaire de science juridique historique et comparative a été créée à Oxford au XIXe siècle, où le *regius professor* du droit romain de Cambridge, Sir Henry Sumner Maine (1822—1888) fut invité. Maine, l'auteur du fameux ouvrage *Ancient Law (Its Connection with the Early History of Society, and Its Relation to Modern Ideas)* (1861) a considéré les institutions du droit romain comme fondamentalement importantes pour l'analyse comparative du droit anglais. Son mérite principal est d'avoir préparé, en tant que représentant de la science juridique historique (*historical jurisprudence*), un fondement historique pour la science juridique des concepts (*Begriffsjurisprudenz*)<sup>27</sup>.

**3. L'Écosse.** En Écosse, les éléments du droit romain ou *ius commune* sont déjà apparus par le biais des œuvres des Commentateurs, en particulier de Bartole et de Balde, comme en témoignent les textes de droit romain du recueil privé intitulé *Regiam maiestatem* (environ 1255), la plus ancienne source juridique écrite. On peut l'expliquer par le fait que le droit écossais, moins strict par rapport à la *common law*, s'adaptait plus facilement aux conditions nouvelles (à cause de cette souplesse, le développement de l'*equity* n'était pas nécessaire.) L'absence de la codification et l'insuffisance du système du « précédent » ont abouti à la réception du droit romain par les juristes et au fait qu'au XVIe siècle les œuvres des auteurs de manuels de droit (*institutional writers*) acquéraient le caractère de sources juridiques.

L'œuvre du magistrat-président, Lord (First Viscount) Stair (James Dalrymple) (1619—1695), intitulée *Institutions of the Law of Scotland* (1681) a exercé une influence fondamentale sur la naissance du droit écossais moderne. Parmi les sources de cette œuvre, le droit romain a exercé un rôle éminent (encore de nos jours, on peut continuer à se référer, devant les tribunaux, aux œuvres des *institutional writers*). Nous ne pouvons parler de l'abandon du droit romain qu'à partir de la fin du XVIIIe siècle, bien qu'après l'unification avec l'Angleterre (1707) on voit déjà l'influence du *common law* sur le droit écossais. Cette tendance a été encore renforcée au XIXe siècle, surtout par le biais de la Chambre des lords (*House of Lords*), utilisant le droit anglais, cette dernière étant actuellement le forum d'appel de la cour suprême écossaise (*Court of Session*) pour les litiges de droit privé. Par l'adhésion du Royaume-Uni aux Communautés européennes en 1973, le rôle du droit écossais autonome a largement augmenté en tant que moyen de médiation entre les traditions de *common law* anglo-saxon et de *civil law* continental.

Aujourd'hui, le système juridique de l'Écosse porte à la fois les caractéristiques de la *civil law* et celles de la *common law*, il fait ainsi partie des « *mixed jurisdictions* » (systèmes juridiques mixtes).

**4. L'Irlande.** Sur le territoire de l'Irlande, la *common law* était déjà en vigueur avant l'union avec l'Angleterre (1800) à cause de la conquête britannique et le rôle de la cour suprême de la *House of Lords* était reconnu par la *statute law*. Le droit de l'État irlandais ayant reconquis sa souveraineté s'éloigne progressivement du droit anglais. Le droit romain n'y exerçait une influence que dans la mesure où il a eu un impact sur l'évolution de la *common law*.

#### § 4. Le Saint Empire romain,<sup>28</sup> la Prusse, l'Allemagne, les Pays-Bas, les territoires héréditaires autrichiens (l'Empire autrichien), la Suisse, la Bohême et la Moravie (les Pays tchèques)

<sup>27</sup> L'œuvre de Maine a exercé une influence remarquable sur la pensée juridique britannique et continentale (Voir : HAMZA G., « Sir Henry Maine et le droit comparé », *Ann. Univ. Budap. De Rol. Eötvös Nom. Sectio Juridica* 32 (1991); *idem*: « Maine és a XIX. század európai jogtudománya (Maine et la science juridique européenne du XIXe siècle) », *Jogtörténeti előadások*, II., (Conférences d'histoire du droit, II.), Budapest, 1990. Nous devons également mentionner qu'aux XIXe et XXe siècles, les tribunaux anglais se réfèrent souvent aux notions du droit romain qui ne sont, pas même formellement, des sources juridiques subsidiaires. Par exemple, en 1923, le *House of Lords* a ainsi rendu un jugement (*Cantiere San Rocco v. Clyde Ship Building and Engineering Co.* [1924] A. C. 226) sur la base de la conception romaine de la *condictio causa data causa non secuta*.

<sup>28</sup> En général voir: WESENBERG G., « Die Privatrechtsgesetzgebung des Heiligen Römischen Reiches von den "Authenticae" bis zum jüngsten Reichsabschied und das römische Recht », In: *Studi P. Koschaker*, I., Milano, 1954; TRUSEN W., « Römisches und partikuläres Recht in der Rezeptionszeit », In: *Rechtswahrung und Rechtsentwicklung. Festschrift für H. Lange zum 70. Geburtstag*, München, 1970. — Pour l'Allemagne voir: KRAUSE H., *Kaiserrecht und Rezeption*, Heidelberg 1952; TRUSEN W., *Anfänge des gelehrten Rechts in Deutschland. Ein Beitrag zur Geschichte der Frührezeption*, Wiesbaden, 1962; COING H., « Römisches Recht in Deutschland », *IRMAE* V 6, 1964. — Pour les Pays-Bas voir: HERMESDORF P., « Römisches Recht in Niederlanden », *IRMAE* V 5 a, 1968; VAN CAENEGEM R. C., « Le droit romain en Belgique », *IRMAE* V 5 b, 1966; ANKUM J. A., « Principles of Roman Law Absorbed

**1. Le Saint Empire romain.** La résurgence du droit romain en Europe était largement favorisée par l'esprit impérial des souverains francs de l'Est, car ils considéraient, par l'intermédiaire de Charlemagne, leurs propres États comme la continuation naturelle de l'Empire romain d'Occident. L'idée de la rénovation de l'Empire romain (*renovatio imperii*) est apparue dès la fin du Xe siècle, mais elle ne pouvait rencontrer de succès durables qu'à partir du règne de l'empereur Frédéric Ier (Barberousse) (1152—1190). À cette période, comme nous l'avons vu, la nouvelle science juridique (celle du droit romain) — qui trouvait évidemment son protecteur le plus important dans le pouvoir impérial — était déjà née. C'est justement pour cela que c'est sur le territoire du Saint Empire Romain que l'influence du droit romain fut la plus forte entre 962 et 1806.

Au cours du Moyen Âge, le territoire du *Sacrum Romanum Imperium* se disloqua d'une façon progressive. L'Italie centrale et l'Italie du Nord s'en sont détachées en premier. En 1648, la Suisse et les Pays-Bas se sont formellement séparés (*de iure*). Au cours du XIXe siècle, les orientations prussienne et autrichienne s'isolèrent d'abord au sein de l'Empire, puis plus tard, après la dissolution du Saint Empire romain en 1806, se trouvèrent en dehors de celui-ci. Finalement, sous la domination de la Prusse, le IIe Empire germanique est né en 1871.

Compte tenu du fait que l'influence du droit romain pendant le Moyen Âge s'étendait sur la totalité du territoire du Saint Empire romain, nous devons également traiter ici, outre l'Allemagne, des influences juridiques qui touchaient les Pays-Bas, la Suisse, l'Autriche et les Pays tchèques (la Bohême, la Moravie et une partie de la Silésie).

Au début, le droit justinien pénétrait progressivement dans l'Allemagne du Moyen Âge, puis au XVe siècle une réception *in complexu* a eu lieu, par un acte législatif (*Reichskammergerichtsordnung*). Les éléments du droit romain sont déjà perceptibles dans les sources juridiques allemandes des XIIe et XIIIe siècles. Les causes ne se trouvent pas seulement dans le fait que le *Breviarium Alaricianum* était enseigné dans les écoles monastiques allemandes, mais aussi que la lutte de l'Empire et de l'Église se déroulait en partie également sur le plan juridique. Ainsi, la réception recouvrait également le droit public romain (*ius publicum Romanum*) qui jouait un grand rôle dans les conflits. De plus, il existait une tendance scientifique dans la vie intellectuelle de l'Allemagne qui se cristallisait dans la vie juridique par l'utilisation du « droit savant » justinien importé par les disciples des Glossateurs. À partir du XIIIe siècle, le droit romain prévalait également dans la jurisprudence des tribunaux ecclésiastiques, mais les différentes provinces n'ont commencé à l'introduire comme un droit supplétif à côté des droits urbains et provinciaux qu'à partir de la deuxième moitié du XVe siècle.<sup>29</sup>

Ce processus a été couronné à la diète impériale de Worms en 1495 par l'adoption de l'ordonnance du tribunal de la chambre impériale (*Reichskammergerichtsordnung*), remplissant le rôle de tribunal impérial en dernière instance, qui a ordonné l'utilisation subsidiaire du droit impérial (*Kaisserrecht* ou encore *ius Cæsareum*) et du droit commun (*gemeines Recht*, ou encore *ius commune*) — ce dernier signifiant le droit romain — pour le cas où ni le droit urbain (*Stadtrecht*), ni le droit local (*Lokalrecht*) ne contiendraient une réglementation, dans un procès devant le *Reichskammergericht*.

Puisque les magistrats du *Reichskammergericht* ne connaissaient souvent que le droit justinien glosé, et compte tenu du fait qu'ils connaissaient beaucoup moins le droit coutumier féodal du pays — qui en général, à cause de son caractère vassalique, ne donnait pas de solution aux litiges nécessitant l'utilisation des règles de droit privé plus évoluées —, le droit justinien glosé était en général utilisé comme une source primaire et non pas seulement secondaire dans la jurisprudence du tribunal.

---

in the New Dutch Civil Code », *Casopis pro právní vedu a praxi* (Brno) 2 (1994). — Pour la Suisse voir: HAGEMANN H. R., « Basler Stadtrecht im Spätmittelalter », *ZSS GA* 78 (1961); WALLISER P., *Römischrechtliche Einflüsse im Gebiet des heutigen Kantons Solothurn vor 1500*, Basel, 1965 — Pour l'Autriche voir: SWOBODA E., *Das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch im Lichte der Lehren Kants*, Graz, 1926; BALTL H., « Einflüsse des römischen Rechts in Österreich », *IRMAE V* 7, 1962; KOSCHEMBAHR-LYSKOWSKI J., « Zur Stellung des römischen Rechts im ABGB », In: *Festschrift für Jahrhundertfeier des ABGB*, I., Wien, 1911; STEINWENTER A., « Der Einfluss des römischen Rechts auf die Kodifikation des bürgerlichen Rechts », In: *Studi P. Koschaker*, I., Milano, 1954. — Pour les Pays tchèques voir: Von BOLLA S., « Hergang der Rezeption in den böhmischen Ländern », In: *Studi P. Koschaker*, I., Milano, 1954; BOHÁČEK M., « Einflüsse des römischen Rechts in Böhmen und Mähren », *IRMAE V* 11, 1975; SELTENREICH R., « Das römische Recht in Böhmen », *ZSS GA* 110 (1993).

<sup>29</sup> Selon la prétendue légende de Lothar (Lothaire) remontant au XVIe siècle, l'empereur Lothaire III (1125—1137) a déjà expressément reçu le droit romain dans un édit publié en 1137. H. CONRING (1606—1681) a démontré la fausseté de cette légende dans son œuvre intitulée *De origine iuris Germanici* parue en 1643.

La réception de 1495 englobait les sources juridiques suivantes : *α*) le *Corpus Iuris Civilis* de Justinien complété par la *Glossa ordinaria* (Grande Glose) d'Accurse; *β*) la traduction latine des *Novelles (Authenticum)*; *γ*) les lois des empereurs romains Frédéric Ier et Frédéric II (*Authenticae Fridericianae*); ainsi que *δ*) le code contenant quelques lois des autres souverains du Saint Empire romain et le droit vassalique (féodal) longobard (*Libri feudorum*).

Du point de vue formel, le droit romain ainsi reçu restait en vigueur jusqu'à la promulgation des codes des Temps modernes, notamment : *α*) le *Codex Maximilianeus Bavaricus civilis* en Bavière (1756), *β*) l'*Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten* en Prusse (1794), *γ*) le Code civil saxon en Saxe (*Bürgerliches Gesetzbuch für das Königreich Sachsen*, 1863). Le droit romain fut entièrement remplacé dans le territoire de l'Empire germanique avec l'entrée en vigueur du Code civil allemand (*Bürgerliches Gesetzbuch [BGB]*) le 1er janvier 1900. Pour autant, la science du droit romain des Temps modernes a cependant joué un rôle dominant dans la conceptualisation et rédaction de ces codes.

Ultérieurement, nous présenterons le développement de cette science juridique allemande du droit privé, dont les racines remontent au droit romain.

**2. Les Pays-Bas.**<sup>30</sup> Dans la science juridique médiévale des Pays-Bas, seul le droit romain prévalait d'une façon plus générale à côté du droit féodal et du droit canonique. La réception du *ius commune* à partir de la moitié du XVe siècle, puis la fondation des universités de Louvain et de Leiden (1425 et 1575) ont contribué à l'accroissement du rôle du droit romain. Cette évolution fut achevée avec la naissance du droit romano-hollandais au XVIIe siècle. Ce droit était en vigueur dans les provinces septentrionales détachées du Saint Empire romain.

Aux Pays-Bas, la codification du droit civil a commencé relativement tôt à cause de la forte influence française. Sur le territoire de la Belgique actuelle, en 1804, le code civil — que l'on peut considérer comme la version belge du Code civil français — a été adopté pendant la domination française. Ce code, après plusieurs modifications, est toujours en vigueur.

En Hollande, le Code civil en vigueur a été remplacé par un code civil national (*Burgerlijk Wetboek*) en 1838. Dans ses fondements, ce code suit le modèle français, mais il règle le droit des biens dans deux livres.

En 1947, c'est E. M. Meijers (1880—1954), professeur de droit romain à Leiden, qui a reçu mandat pour la révision du code civil de 1838. Avant sa mort, il a publié le projet de seulement 4 des 9 livres prévus.

Le nouveau code (*Nieuw Burgerlijk Wetboek*), qui comprend également le droit commercial est un « code unique » dont les rédacteurs suivent le concept moniste. Ce code reflète l'influence de l'École des pandectistes dans sa structure et dans certaines de ses institutions (par exemple, les actes juridiques, *Rechtsgeschäfte*). Contrairement au *BGB* allemand, il ne contient pas de partie générale (*Allgemeiner Teil*), mais des règles communes au droit des biens et au droit des obligations, placées dans des livres autonomes. Le Nouveau Code civil hollandais (*Nieuwe Burgerlijk Wetboek*) — entrant en vigueur progressivement — retient plusieurs principes et règles du droit romain. Sous beaucoup de rapports il est devenu ainsi plus proche de ce dernier que son prédécesseur inspiré par le Code civil français.

**3. La Suisse.** Sur la majeure partie du territoire de la Suisse, malgré le morcellement juridique, le droit romain n'était pas reçu. Ses règles ne prévalaient ainsi dans la pratique que lorsque le droit coutumier local ne réglait guère ou d'une façon qui n'était plus satisfaisante, le cas d'espèce.<sup>31</sup> Le droit romain dans sa totalité, avec un caractère subsidiaire, n'était utilisé qu'à Bâle, à Schaffhausen, dans le canton de Tessin et dans l'archevêché de Sitten. La faculté de droit de l'université de Bâle, fondée en 1459, a joué un rôle fondamental dans la diffusion de la connaissance du droit romain. Ses rapports basés sur le droit romain ont influencé la vie juridique de la plupart des cantons.

Au XVIe siècle, les rapports de Bonifacius Amerbach (1495—1562) et ceux de son fils, Basilius Amerbach (1533—1591) suivis dans l'ensemble du territoire de la Suisse possédaient une importance exceptionnelle. Au début du XIXe siècle, le droit civil était codifié dans la plupart des cantons. Alors que *a*) les cantons appartenant au groupe de Genève (Genève, Vaud, Neuchâtel, Ticino, Wallis/Valais, Fribourg) ont pris le Code civil français comme modèle de codification, *b*) les cantons du groupe de Berne (Berne, Luzern, Solothurn et Argovie) ont suivi l'*ABGB* autrichien, et *c*) dans les codes civils des cantons formant le groupe de Zurich (Zurich, Schaffhausen, Turgovie, Nidwalden, Zug, Glarus, les

---

<sup>30</sup> VAN CAENEGEM R. C., « Reflexions on the Place of the Low Countries in European Legal History », In: *Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart. Festschrift für H. Coing zum 70. Geburtstag I*, München, 1982; GODDING Ph., *Le droit privé dans les Pays-Bas méridionaux du XIIIe au XVIIIe siècle*, Bruxelles, 1987.

<sup>31</sup> Voir PETER H., « Vom Einfluß der deutschen Zivilrechtswissenschaft auf die Schweiz », In: *Festschrift K.S. Bader*, Köln - Wien, 1965.

Grisons) c'est l'influence du droit romain, par le biais de l'École historique allemande, qui est la plus remarquable.<sup>32</sup>

La loi sur le droit des obligations (*Schweizerisches Obligationenrecht [OR]*, 1881) en vigueur dans tous les cantons de la Confédération suisse, qui englobe également le droit commercial, contient des éléments de droit romain issus tant du Code civil français d'une part, que de l'École des pandectistes d'autre part. La science juridique et la jurisprudence allemandes ont joué par la suite un rôle remarquable dans l'interprétation de l'*OR*. Le texte du code civil suisse (*Schweizerisches Zivilgesetzbuch [ZGB]*, 1907) est marqué par la conciliation rationnelle des différentes traditions de droit civil (Code civil français, *ABGB* autrichien et *BGB* allemand).

**4. Les territoires héréditaires autrichiens (l'Empire autrichien)**<sup>33</sup>. Les notions de droit romain étaient également présentes dans le propos des livres formulaires (*Formularbücher*) et des livres juridiques des provinces héréditaires autrichiennes, mais elles possédaient seulement un rôle auxiliaire dans la pratique judiciaire. Les tribunaux des villes (par exemple Vienne) se référaient au droit romain justinien directement ou par l'intermédiaire des œuvres des Commentateurs dans des litiges portant sur les successions et sur les biens matrimoniaux.

C'est à partir de la deuxième moitié du XVI<sup>e</sup> siècle que les auteurs des études analysant les questions de droit privé du point de vue de la pratique — parmi lesquels se distingue Bernhard Walther (1516—1584) — ont mélangé le droit coutumier local avec le droit romain. Ainsi, avaient-ils la possibilité de rapprocher les différents droits coutumiers des provinces à l'aide du droit romain, qui pour cette raison a constitué — à côté du droit naturel (*ius naturale*) — l'un des fondements de la codification du droit privé servant l'unification juridique au tournant du XVIII<sup>e</sup>—XIX<sup>e</sup> siècle.

Le Code civil général autrichien (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch [ABGB]*, 1811) — dont l'élaboration fut marquée par la participation déterminante de Karl Anton von Martini (1726—1800) et de Franz von Zeiller (1751—1828), auteur de l'ouvrage *Das natürliche Privatrecht (Droit privé naturel)* (Wien 1802 ; 3e éd. Wien 1819), qui fut inspiré des idées de l'École du droit naturel — se fonde sur le système (plan) des *Institutes* dans sa structure, mais une partie considérable de son contenu trouve également ses racines dans le droit romain. À partir de la deuxième moitié du XIX<sup>e</sup> siècle, sous l'emprise de l'École allemande des pandectistes, l'*ABGB* devenait un code reflétant aussi l'influence du droit romain.

**5. La Bohême et la Moravie (les Pays tchèques)**.<sup>34</sup> Sur le territoire de la Bohême et de la Moravie (et dans la partie du Sud de la Silésie), l'utilisation de certaines institutions du droit romain était déjà réclamée par les souverains de la dynastie des Premysl. Le code du droit minier (*Ius Regale Montanarum*), contenant également des éléments de droit romain, est apparu sous le règne du roi Venceslas II (1278—1305).<sup>35</sup> C'est également de cette époque que provient le recueil privé d'un auteur italien intitulé *Constitutiones iuris metalli* qui résumait pour la première fois en Europe le droit procédural imprégné du droit romain et du droit canonique.

Le droit coutumier urbain (*ius municipale*) de Bohême et de Moravie assurait un terrain favorable à la réception du droit romain. Le *Brünner Schöffebuch* provenant du XIV<sup>e</sup> siècle le prouve bien. Il contient les jugements rendus par les magistrats de la ville de Brünn (Brno). Au XVI<sup>e</sup> siècle, l'Humanisme aidait de plus en plus l'expansion du droit romain. Il jouait un rôle dominant dans les procès devant la cour d'appel de Prague instituée en 1548, et d'une façon parallèle, il prévalait également dans les droits urbains. Par contre, sa réception était entravée par la résistance du droit local, puis par les adhérents de l'École du droit naturel à partir du XVIII<sup>e</sup> siècle.

## § 5. L'Europe du Nord<sup>36</sup>

<sup>32</sup> Les éléments du droit romain n'ont pénétré que quelques domaines de la pratique juridique, par exemple le droit des donations et le droit de vente. Voir BECK A., « Römischvulgarrechtliche Elemente in schweizerischen Schenkungs- und Kaufurkunden des frühen Mittelalters », In: *Festschrift K.S. Bader*, Köln - Graz, 1965.

<sup>33</sup> Concernant l'histoire de l'empire des Habsbourg, voir: BERENGER J., *Histoire de l'empire des Habsbourg 1273 - 1918*, Paris, 1990.

<sup>34</sup> Le territoire de la République tchèque comprend aujourd'hui du point de vue historique la Bohême, la Moravie et une partie de la Silésie.

<sup>35</sup> Sur le *Ius Regale Montanarum* et son rôle joué dans le processus de la réception du droit romain en Europe centrale à l'époque du Bas Moyen Âge voir: PFEIFER G. Ch., *Ius Regale Montanarum. Ein Beitrag zur spätmittelalterlichen Rezeptionsgeschichte des römischen Rechts in Mitteleuropa*, Ebelsbach, 2002.

<sup>36</sup> En général voir: SUNDBERG J., « Civil Law, Common Law and the Scandinavians », *SSL* 13 (1969); FENDER O., « L'influence du droit romain dans la Scandinavie médiévale », *IRMAE* V 14, 1981. — Pour la

**1. Aperçu général.** Il est utile de distinguer les pays de l'Europe du Nord des autres pays du continent européen, qui se séparent de la *common law*, comme de la famille juridique romano-germanique, en deux groupes du point de vue des traditions de droit romain : les territoires juridiques a) danois-norvégien et b) suédois-finnois. En Europe du Nord, le droit romain n'était pas considéré comme *ius commune*, une réception semblable à celle de l'Allemagne n'a donc pas eu lieu.

**2. Danemark.** Sur les territoires danois (au Danemark et en Islande), l'influence du droit romain est seulement démontrable dans le texte de la loi du Jütland (*Jyske lov*, 1241) datant de l'époque du roi Valdemar II (1202—1241), dont le préambule emprunte des notions juridiques générales surtout au *Decretum Gratiani*. Le commentaire du XVe siècle au *Jyske lov* prenant la forme d'une glose, présente les différences entre le droit local et le droit romain. Ce dernier était enseigné à l'Université de Copenhague dès sa fondation (1479), mais son influence dans les jugements rendus par les tribunaux n'est observable que dans le domaine du droit des obligations.

Le code (*Danske lov*) du roi danois Christian V (1670—1699) a été promulgué en 1683. Une partie considérable de ses dispositions sont toujours en vigueur. Le *Danske lov* suit le système (plan) des *Institutes* de Justinien dans sa structure, mais dans son contenu, il ne reflète l'influence du droit romain que dans quelques institutions juridiques. Néanmoins, cette œuvre législative ne peut pas encore être considérée comme un code au sens moderne. En revanche, la loi relative aux contrats promulguée en 1917 au Danemark s'écarte tout autant des traditions de la *common law* que de celles du droit romain. Mais elle a largement influencé la législation des autres pays scandinaves portant sur le même objet.

**3. Norvège.** Le code (*Danske lov*) du roi danois Christian V (1670—1699) de 1683 fut mis en vigueur sous le nom *Norske lov* quatre ans plus tard en Norvège — qui a fait partie du royaume danois à partir de 1380 jusqu'en 1814. La même année, le pays est devenu partie (conservant une large autonomie) de la Suède.<sup>37</sup> Néanmoins, le *Norske lov* est resté en vigueur, de même qu'après 1905, l'année de l'indépendance du pays. Les dispositions du *Norske lov* sont encore aujourd'hui en grande partie en vigueur en Norvège.

**4. Suède.** En Suède, au milieu du XVe siècle, c'est le roi Magnus II (1319—1364) qui a éliminé le morcellement juridique. Les codes du Moyen Âge préparés par la suite ne faisaient pas référence aux règles du droit romain, et n'étaient plus capables de régler le droit à un niveau convenable dans la mesure où ils ont systématisé les droits urbain et rural d'une façon autonome, l'un séparé de l'autre.

Le chapitre (*balk*, en français : poutre) V (*Handels Balk*), qui règle le droit commercial, du *Code général suédois* (*Sveriges Rikes Lag*) de 1734, livre entré en vigueur en 1736, après une préparation de presque 50 ans, se base sur la « vieille » science des pandectes allemande ; mais l'influence du droit romain est très faible dans les parties du code traitant du droit privé. Bien qu'en Suède le droit romain n'ait pas été reçu formellement, il résulte des procès-verbaux des débats (*codices rationum*) du conseil de la cour royale suédoise (*Svea Hovrätt*) créée en 1614, que les magistrats de cette institution, à caractère de cour suprême, utilisaient surtout le droit romain au lieu de la Loi sur le droit urbain et de la Loi sur le droit rural déjà dépassées. La pensée de ces magistrats était fondamentalement influencée par la science juridique des pandectes romano-hollandaise.

**5. Finlande.** En Finlande, où le *Code général suédois* (*Sveriges Rikes Lag*) était également en vigueur, l'apparition des notions du droit romain est due à l'académie de Turku (Åbo) fondée en 1640 et au « droit romain comparé » qui y était enseigné. Le professeur de l'académie, Michale Olai Wexionius (Gyldenstålpe) proposait déjà la réception du droit romain à la fin du XVIIe siècle. La conception du professeur M. Calenius (1738—1817) était également marquée par le style de réflexion de l'École des pandectistes qui régnait à Turku dès le XIXe siècle. Le premier manuel de droit romain écrit pour les Finnois, suivant le système (plan) des *Institutes*, est l'œuvre de K. E. Ekelund qui a enseigné les droits romain et russe. Il a reçu un autre mandat pour le remaniement du droit finnois suivant le système

---

Suède voir: JÄGERSKIÖLD S., « Roman Influence on Swedish Case Law in the 17th Century », *SSL* 11 (1967). — Pour la Finlande voir: BLOMSTEDT Y., « From Elected Magnates to State-Appointed Professionals: Aspects of the History of the Finnish Judiciary », *SSL* 13 (1969); KLAMI H. T., « A római jog recepciójának kérdése Finnországban (La question de la réception du droit romain en Finlande) », *JK* 38 (1983).

<sup>37</sup> La Norvège fut détachée du Danemark à la suite du Traité de paix conclu à Kiel le 14 janvier 1814 entre, d'une part le Danemark – la Norvège, et d'autre part la Suède. La Norvège devint pour la durée de quelques mois un État indépendant. Le pays se dota d'une constitution le 17 mai 1814, qui est encore en grande partie en vigueur. Voir sur ce sujet: CASTBERG F., « Histoire de l'interprétation d'une disposition constitutionnelle », In: *Problèmes de droit des gens. Mélanges offerts à H. Rolin*, Paris, 1964.

juridique suédois sur la base du droit russe consolidé dans le *Svod Zakonov Rossijskoj Imperii* (*Recueil de Lois*).

**6. L'unification du droit privé.** L'infiltration mentionnée ci-dessus du droit romain, du droit des pandectes et de la science des pandectes romano-hollandaise sur les territoires juridiques danois-norvégien et suédois-finnois, a largement facilité les efforts séculaires des États d'Europe du Nord pour l'unification du droit privé y compris du droit commercial (des contrats commerciaux).

En 1899, J. Lessing (1847—1923) a formulé l'exigence de la création d'un code de droit privé en vigueur dans tous les États de l'Europe du Nord. Conformément à l'accord conclu à Helsinki en 1962, les législateurs du Danemark, de l'Islande, de la Norvège, de la Suède et de la Finlande coopèrent pour atteindre l'harmonisation la plus grande possible, et parfois l'unification dans le domaine du droit privé.

## § 6. La Pologne et la Lituanie<sup>38</sup>

**1. Aperçu général.** Bien que les territoires habités par les Slaves occidentaux (Polonais, Polabes, Sorabes, Tchèques et Slovaques) n'appartenaient pas à la partie occidentale de l'Empire romain, et, à l'exception de la Tchéquie (puis de la Silésie et de Lausitz), ne s'incorporaient pas non plus au Saint Empire romain, ils ont quand même subi, en raison de l'emprise allemande, plus l'influence du droit romain que, par exemple, l'Angleterre, jadis province (*provincia*) romaine.

**2. La Pologne.** Dès le XIIe siècle, le droit romain était implanté en Pologne par les étudiants polonais qui faisaient leurs études dans les universités italiennes. Les statuts du roi Casimir III (le Grand) (1333—1370) reflètent déjà, à côté du droit coutumier féodal, l'influence du droit romain qui a prévalu plus tard sous beaucoup de rapports dans le droit matrimonial et dans le droit successoral. Dans les villes, commençant à se développer à partir de la deuxième moitié du XVe siècle, les tribunaux se sont référés de plus en plus souvent au droit des Glossateurs, qui est par contre rarement apparu dans la jurisprudence des tribunaux seigneuriaux utilisant le droit coutumier local (*ius terrestre*). En effet les États polonais considéraient le droit romain comme le droit du Saint Empire romain (germanique) [*ius Caesareum*, *Kaiserrecht*] et croyaient que la réception de celui-ci aurait abouti à ce que leur royaume devienne un fief allemand. Ainsi, en Pologne — comme en Hongrie — le droit romain se répandait seulement par infiltration.

Le projet de code (1776) du chancelier A. Zamoyski (1716—1792) fait partie des travaux de codification du droit polonais, commencés en 1768. Ce travail montre l'influence du droit romain dans sa structure et dans plusieurs de ses institutions. La Pologne avait des romanistes éminents : F. Zoll sr. (1831—1917), professeur de l'Université de Cracovie et son successeur, S. Wróblewski (1868—1938), dit « le Papinien polonais », qui était maître de R. Taubenschlag.

L'article 69 du *Statut constitutionnel* du Duché de Varsovie du 19 juillet 1807 — qui fut créé par Napoléon en 1807, en vertu du Traité de Tilsit — stipulait que « le *Code Napoléon* formera la loi civile du Duché de Varsovie ». Le texte du *Code Napoléon* fut traduit en hâte en polonais et promulgué le 1er mai 1808. La variante polonaise du *Code Napoléon* continuait à rester en vigueur, tacitement, après la création du Royaume de Pologne (dominé par l'Empire russe), établi en 1815 par le Congrès de Vienne. Il faut noter deux modifications importantes dans le texte du Code. En 1818, le XVIII le troisième livre du *Code Napoléon* fut remplacé par une nouvelle hypothécaire dénommée « *Loi sur l'établissement de la propriété des biens immobiliers, sur les privilèges et les hypothèques* ». Sept ans plus tard, en 1825, le législateur polonais (le *Sejm*, la Diète) a entamé le premier pas pour préparer un nouveau Code civil du Royaume de Pologne en promulguant le premier livre du nouveau Code civil. Ce premier livre remplaça le livre I et le titre V du troisième livre du *Code Napoléon*.<sup>39</sup>

<sup>38</sup> Pour la Pologne voir: TAUBENSCHLAG R., « La storia della recezione del diritto romano in Polonia alla fine del secolo XVI », In: *Studi P. Koschaker*, II., Milano, 1954; *idem*: « Einflüsse des Römischen Rechts in Polen », *IRMAE* V 8, 1962; URUSZCZAK W., « Essai de codification du droit polonais dans la première moitié du XVIe siècle », *RHD* 59 (1981); PAULI L., « Le droit des villes dans l'ancienne Pologne et son rapport du droit romain », In: *Mestske pravo v 16—18. století v Evrope*, Praha 1982; KUTRZEBA S., « Il diritto romano in Polonia fino alla fine del secolo decimo ottavo », In: *Scritti A. Guarino*, Napoli, 1984; WOŁODKIEWICZ W., « Il diritto romano nella cultura giuridica polacca », In: *Scritti A. Guarino*, Napoli, 1984 — Pour la Lituanie voir: BLAESE H., « Einflüsse des römischen Rechts in den baltischen Gebieten », *IRMAE* V 9, 1962.

<sup>39</sup> En ce qui concerne les modifications du *Code Napoléon* dans la Royaume de Pologne, voir SÓJKA-ZIELIŃSKA K., « La réception du Code Napoléon en Pologne », In: *Rapports polonais présentés eu huitième congrès international du droit comparé*, Varsovie, 1970. *Idem*: « Les influences françaises sur l'enseignement du droit et la science juridique polonaise de l'époque des partages à l'entre-deux-guerres

En Pologne, les juristes de XIXe siècle savaient bien que le *Code Napoléon* a été influencé par le droit romain. Ce dernier était pour ces juristes une preuve vivante de l'actualité et de l'importance du droit romain.

Le droit romain était copieusement cité pendant les travaux de codification menés dans le Royaume de Pologne autonome (1815—1830). Après l'insurrection antirusse de 1830, une des raisons de l'aversion des pouvoirs russes envers le *Code Napoléon* était justement ses liens avec le droit romain.

Pour les juristes polonais du XIXe siècle, le droit romain était lié d'une manière intégrale au *Code Napoléon* ; on le citait fréquemment et copieusement dans les manuels de droit civil et dans la littérature juridique. Mais le droit romain n'était pas utilisé dans les jugements des tribunaux, on peut donc croire, que le droit romain dans le monde judiciaire du Royaume de Pologne du XIXe siècle avait plus une fonction d'ornement, servait de preuve d'érudition, de la science et de la culture juridique, que d'effectif et réel instrument juridique de l'interprétation du *Code Napoléon*.

Les juristes polonais du XIXe siècle connaissaient le droit romain, ils avaient pour ce droit une grande estime mais n'en trouvaient pas d'utilisation pratique. Mais la tradition de la grandeur et de l'importance du droit romain s'est affermie au XIXe siècle grâce au *Code Napoléon* et a survécu en Pologne jusqu'à nos jours.

**3. La Lituanie.** Entre la Lituanie et la Pologne il y avait eu une union personnelle depuis 1386, puis une union réelle à partir de 1569 (*Union de Lublin*). La structure, et, en moindre partie, le propos des statuts lituaniens adoptés au XVIe siècle (1529, 1566 et 1588) reflètent l'influence du droit romain. Le troisième *Statut lituanien* (1588) est le plus important d'entre eux. Il a statué sur l'effet subsidiaire du droit romain comme « droit chrétien » (*ius Christianum*). Ce fait constitue la réception formelle — comparable à celle de l'Allemagne — du droit romain dans le Grand Duché Lituanien.

Dès le début du XVIIIe siècle, les autres territoires baltiques, puis la Lituanie avec une grande partie du territoire de la Pologne, à la suite des trois partages de l'État polono-lituanien (1772, 1793 et 1795), sont devenus des protectorats russes, leur évolution juridique sera donc traitée plus tard.

## § 7. La Hongrie

**1. Le droit romain au Moyen Âge.**<sup>40</sup> Bien que la Hongrie eût des relations politiques avec l'Empire byzantin à l'époque de la fondation de l'État, la pénétration du droit romano-byzantin en Hongrie a été empêchée par le fait que le roi (Saint) Étienne Ier (1000—1038) et son pays avaient adopté la chrétienté occidentale (latine). Seule l'influence de la codification justinienne, surtout celle du *Codex* et de quelques *Novelles*, peut être démontrée dans les lois (les deux *decreta*) de Saint Étienne, mais là aussi seulement de manière indirecte.<sup>41</sup>

La partie transdanubienne de la Hongrie fut sous le règne romain pendant presque quatre siècles. Ces provinces (*Pannonia prima*, *Pannonia secunda*, *Savia* et *Valeria*) appartenaient à la partie

---

(1808 - 1939) », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique* 15 (1994) et LEWASZKIEWICZ-PETRYKOWSKA B., « Le Code Napoléon et son héritage en Pologne », In: *Le Code Napoléon, un ancêtre vénéré? Mélanges offerts à J. Vanderlinden*, Bruxelles, 2004.

<sup>40</sup> VÉCSEY T., *A római jog története hazánkban és befolyása a magyar jogra. Kézirat (L'histoire du droit romain dans notre pays et son influence sur le droit hongrois. Manuscrit)*, Budapest, 1877—1878; PÁZMÁNY Z., *Il diritto romano in Ungheria*, Pozsony 1913; Zajtay I., *Introduction à l'étude du droit hongrois (La formation historique du droit civil)*, Paris, 1953; *idem*: « Sur le rôle du droit romain dans l'évolution du droit hongrois », In: *Studi P. Koschaker*, II., Milano, 1954, BÓNIS Gy., « Einflüsse des römischen Rechts in Ungarn », *IRMAE* V 10, 1964; *idem*: *A jogtudó értelmiség a Mohács előtti Magyarországon (Les intellectuels connaissant le droit en Hongrie avant Mohács)*, Budapest, 1971; *idem*: *Középkori jogunk elemei (Les éléments de notre droit médiéval)*, Budapest, 1972; ZLINSZKY J., « Ein Versuch der Rezeption des römischen Rechts in Ungarn », In: *Festgabe A. Herdlitzka*, München - Salzburg, 1972; KAPITÁNY I., « Römisch-rechtliche Terminologie in der ungarischen Historiographie des 12—14 Jh », *AAntHung* 23 (1975); SZABÓ B., « Die Rezeption des römischen Rechts bei den Siebenbürger Sachsen », *PUM* IX, 1994. Sur le rôle du droit romain rempli dans l'État hongrois au Moyen Âge voir GERICS J., *A korai rendiség Európában és Magyarországon (L'État corporatif précoce en Europe et en Hongrie)*, Budapest, 1987.

<sup>41</sup> Voir HAMZA G., « Szent István törvényei és Európa (Les lois de Saint Étienne et l'Europe) », *Saint Étienne et l'Europe*, Budapest, 2001; *idem*: « Szent István törvényei és a iustinianusi jog (Les lois de Saint Étienne et le droit justinien) », *JK* 51 (1996); JÁNOSI M., *Törvényalkotás Magyarországon a korai Árpád-korban (La législation en Hongrie sous les premiers rois Arpadiens)*, Szeged, 1996.

occidentale de l'Empire. La romanisation s'étendait également dans le domaine du droit, comme en témoignent plusieurs sources épigraphiques.<sup>42</sup>

#### a. Aperçu général

La question de l'influence du droit romain sur le droit hongrois médiéval est rendu particulièrement intéressante par le fait que la réception du droit romain ne s'est jamais réalisée en Hongrie, contrairement par exemple à l'Allemagne, au sens formel du terme.<sup>43</sup> Néanmoins, une certaine influence des éléments du droit romain a quand même pu se réaliser sur le territoire de la Hongrie médiévale. Sur les parties du territoire hongrois qui ont appartenu comme *provinciae* /*Pannonia* et *Dacia*/ à l'*Imperium Romanum*, des souvenirs de l'époque romaine ont été conservés, et subsistaient même sans doute au moment où les Hongrois conquérants y sont arrivés.<sup>44</sup> D'autre part, la vie juridique hongroise est déjà entrée en relation à travers l'Église, au XIe siècle, avec le droit romain, et ses rapports avec celui-ci n'ont été que renforcés quand les étudiants hongrois ont commencé à fréquenter les universités étrangères. La connaissance du droit romain fut alors d'abord assurée par les clercs formés en droit canonique.

C'est un fait bien connu que depuis le XIe siècle le *ius Romanum* était l'une des plus importantes disciplines de l'enseignement juridique à l'Université de Bologne. Les étudiants, arrivés à Bologne afin d'y poursuivre des études juridiques et parmi lesquels se trouvaient déjà aussi des Hongrois à partir du XIIIe siècle, ont nécessairement pris connaissance au cours de leurs études du droit romain (le *ius Romanum publicum* aussi bien que le *ius Romanum privatum*). Le mode d'enseignement juridique de Bologne a été emprunté même par les autres universités italiennes où au cours des temps un nombre de plus en plus grand d'étudiants hongrois ont poursuivi des études. La « *cupida legum iuventus* » hongroise a continué à fréquenter les universités étrangères — en premier lieu celles de Bologne, de Padoue, de Prague, de Vienne et de Cracovie — même après que le roi Louis le Grand (1342—1382) de la dynastie des Anjou, ait fondé la première université en Hongrie à Pécs (*Civitas Quinqueecclesiensis* en latin) en 1367. Il convient de noter qu'un *studium generale* existait à Veszprém déjà dès la seconde moitié du XIIIe siècle avec, probablement aussi, un enseignement du droit savant (le droit canonique et le droit romain)..

#### b. Les lois (*decreta*) du roi Saint Étienne<sup>45</sup>

---

<sup>42</sup> Voir VISKY K., « A római magánjog nyomai a magyar földön talált római kori feliratos emlékeken (Les traces du droit privé romain sur les mémoires épigraphiques de l'époque romaine trouvés sur la terre hongroise) », *JT V*, 1983.

<sup>43</sup> Sur le droit public hongrois en français voir: D'ESZLARY Ch., *Histoire des institutions publiques hongroises*, Paris, 1958 - 1963.

<sup>44</sup> Sur la formation de l'État hongrois dans un contexte européen voir: GYÖRFFY Gy., « Formation d'États au IXe siècle suivant les 'Gesta Hungarorum' du notaire Anonymus », *Nouvelles Études Historiques*, I., Budapest, 1965 ; *idem*: *Autour de l'État des semi-nomades: le cas de la Hongrie*, Budapest, 1975 ; *idem*: *A magyarok elődeiről és a honfoglalásról (Sur les prédécesseurs des Hongrois et la conquête)*, Budapest, 1986.

<sup>45</sup> Voir la littérature abondante: ZÁVODSZKY L., *A Szent István, Szent László és Kálmán korabeli törvények és zsinati határozatok forrásai [Függelék: A törvények szövege] (Les sources des lois de l'époque de Saint Étienne, Saint Lasdislas et Coloman et des décisions de synode [Appendix: Le texte des lois])*, Budapest, 1904; BALOGH J., « Szent István «Intelmei»-nek forrásai (Les sources des « Instructions » de Saint Étienne) », In: *Emlékkönyv Szent István halálának kilencszázadik évfordulóján* (red. SERÉDI J.) (réimpression), Budapest, 1988; BASSANELLI SOMMARIVA G., « L'Imperatore unico creatore ed interprete delle leggi e l'autonomia del giudice nel diritto giustiniano », In: *Pubblicazioni del Seminario Giuridico della Università di Bologna*, XCVI, Milano, 1983; BÓNIS Gy., « Szent István törvényeinek önállósága (L'indépendance des lois de Saint Étienne) », *Századok*, 1938; BRACKMANN A., « Zur Entstehung des ungarischen Staates », *Abhandlungen der Preussischen Akademie der Wissenschaften*, Jahrgang 1940, *Philosophisch-historische Klasse* Nr. 8 Berlin, 1940; CSANK B., « Sviluppo storico dell'ordinamento processuale ungherese », *Studi e documenti italo-ungheresi della R. Accademia d'Ungheria a Roma* IV, *Annuario* 1940 1 Roma, 1942; CSÓKA L. J., « Az első magyar törvénykönyv keletkezéstörténete » (L'histoire de la genèse du premier code hongrois), *Jogtörténeti tanulmányok* III, Budapest, 1974; DEER J., *La formazione del regno d'Ungheria*, Budapest, 1943; FUENTESECA P., « La recepción de la idea imperial en la Edad Media Española y sus raíces romanas », In: *Studi Sarsaresi* VIII Serie III 1980 - 1981; GYÖRFFY Gy., *István király és műve (Le roi Étienne et son œuvre)*, 3e édition, Budapest, 2000 ; HAMZA G., « Les lois de

La fondation de l'État hongrois<sup>46</sup> et la déposition de ses bases juridiques sont en rapport étroit avec les courants politiques de l'époque. Le souverain, *Defensor fidei*, soumet dans les affaires ecclésiastiques le pouvoir impérial au pouvoir ecclésiastique. Comme y renvoie Brackmann dans la littérature historique allemande, la politique du *Heiliges Römisches Reich (deutscher Nation)* concerne la réalisation de l'idée de l'apostolat laïque. Selon l'idée de Saint Agustin formulée dans son ouvrage *Civitas Dei*, le souverain est obligé de réaliser le *regnum Dei*. Au sens de la conception augustinienne, *imperator servus Jesu Christi, servus Apostolorum*. Une telle dignité est obtenue dans cette qualité par la volonté de Dieu (*secundum voluntatem Dei*). Le souverain, soit *rex*, soit *imperator*, doit être *pius, iustus* et *pacificus*.

La mise en relief de l'unité du *sacerdotium (hierosyne)* et de l'*imperium (basileia)* sert quasi de base juridique à la couronne. À l'archevêque de Constantinople, Epiphanius, Justinien considère le *sacerdotium* et l'*imperium* pour les hommes comme dérivant de la grâce divine dont la source est identique dans ce sens.

Pour l'*imperator*, l'obtention de la dignité de *sacerdos* n'est plus souhaitable («*Maxima quidem in hominibus sunt dona dei a superna collata clementia sacerdotium et imperium, illud quidem divinis ministrans, hoc aucteur humanis praesidens ac diligentiam exhibens; ex uno eodemque principio utraque procedentia humanam exornant vitam. Ideoque nihil sic erit studiosum imperatoribus, sicut sacerdotum honestas, cum urique et pro illis ipsi semper deo supplicent (...)*»). Dans la dernière partie de la *Novelle VI* de 535, l'*imperator* prescrit le respect et l'ordre de respecter les dispositions de l'Église («*Hoc autem futurum esse credimus, si sacrarum regularum observatio custodiat, quam iuste laudati et adorandi inspecto res et ministri dei verbi tradiderunt apostoli, et sancti patres et custodierunt et explanaverunt.*»).

En procédant dans l'esprit de cette *novella*, si l'on regarde la base juridique de la fondation de l'État, notre premier roi considère comme sa tâche le développement de l'organisation ecclésiastique. Sous ce rapport, les paroles bien connues de l'évêque de Merseburg, Thietmar, selon lesquelles le roi Étienne «*imperatoris gratia et hortatu (...)* hoc in Regno suimet episcopales cathedras faciens coronam et benedictionem accepit » (1012—1016 environ) doivent être comprises de manière à ce que le souverain réalise en effet *in abstracto* le *praeceptum* rédigé par Justinien avec la fondation des évêchés et tout cela concerne aussi l'acceptation de la *corona* et de la *benedictio*.

On pourrait encore mentionner de la même année, c'est-à-dire de 535, la *Novelle VIII* de Justinien dont le destinataire est Johannes qui est *praefectus praetorio, exconsul et patricius*. L'*imperator* s'efforce de réaliser dans cette *Novelle* avec des moyens juridiques («*Ut magistratus sine*

---

Saint Étienne et l'Europe », *Saint Étienne et l'Europe*, Budapest, 2001; HORVÁTH J., *Árpádkori latinnyelvű irodalmunk stílusproblémái (Les problèmes de style de notre littérature latine à l'époque arpádienne)*, Budapest, 1954; JÁNOSI M., « A Szent István törvényeit tartalmazó kódexek (Les codes contenant les lois de Saint Étienne) », *Magyar Könyvszemle*, Budapest, 1978; KIRÁLY J., *Fejezetek Szt. István törvényhozása köréből (Chapitres du domaine de la législation de Saint Étienne)*, Budapest, 1928; LUTTOR F., « Santo Stefano e Roma », In: *Studi e documenti halo-ungheresi delta R. Accademia d'Ungheria di Roma II*, Annuario 1937, Roma, 1938; MADZSAR I., « Szent István törvényei és a lex Bajuvariorum (Les lois de Saint Étienne et la lex Bajuvariorum) », *Történeti Szemle*, 1921; *idem*: « Szent István törvényei és a Cod. Vindob. 751 (Les lois de Saint Étienne et le Cod. Vindob. 751) », *Századok* 1938; RODE B., « Formen des Eigentums bei den Franken im 5./6. Jahrhundert und der Übergang von gentilpolitischen Normen zu Rechtsnormen, Dargestellt anhand der Lex Salica », In: *Eigentum. Beiträge zu seiner Entwicklung in politischen Gesellschaften*, Weimar, 1987; SAWICKI J. V., « Zur Textkritik und Entstehungsgeschichte der Gesetze König Stefans des Heiligen », *Ungarische Jahrbücher*, 1929; SERÉDI J., *Szent István törvényei a római joggal és az egykorú kánonjoggal összehasonlítva (Les lois de Saint Étienne par comparaison au droit romain et au droit canonique contemporain)*, (réimpression) Vigilia, 1988; SOLOVIEV A. V., « Der Einfluss des Byzantinischen Rechts auf die Völker Osteuropas », *ZSS RA*, 76 (1959); URUSZCZAK W., « L'Évolution de l'État et de la législation en Hongrie et en Pologne médiévale », In: *Renaissance du pouvoir législatif et genèse de l'État, Publications de la Société d'Histoire du Droit et des Institutions des Anciens Pays de Droit Écrit*, (red. GOURON A. – RIGAUDIÈRE A.), Montpellier, 1988; WALDAPFEL E., « Szent István első törvénykönyve és a nyugati törvényhozás (Le premier code de lois de Saint Étienne et la législation occidentale) », *Jahrbuch des Graf Klebelsberg Kuno Instituts für ungarische Geschichtsforschung in Wien*, Jahrgang V, Budapest, 1935; WEBER S., « Zur frühfeudalen Eigentumsentwicklung anhand der Leges Barbarorum », In: *Eigentum. Beiträge zu seiner Entwicklung in politischen Gesellschaften*, Weimar, 1987.

<sup>46</sup> Sur l'État de Saint Étienne voir dans la littérature récente: ENGEL P., *Szent István birodalma, a középkori Magyarország története (L'empire de saint Étienne, histoire médiévale de la Hongrie)*, Budapest, 2001.

*ulla donatione fiant* » ou « *Ut iudices sine quoquo suffragio fiant* ») ou plus précisément avec l'*edictum* y joint — dont les destinataires sont les archevêques et les patriarches — le *droit de contrôle* des personnes ecclésiastiques dans les domaines de l'administration de l'État et de la juridiction. (« *Eritis autem et in hoc custodes vos, et inhibentes quae praetor haec aguntur, et insinuantes, ut neque lateat aliquid horum quae delinquantur neque latendo sit inpunitum, sed omnis aequitas atque iustitia nostris subiectis floreat.* »)

L'*edictum* joint à la *Novelle VIII* est appelé à réaliser la *symphonia*, c'est-à-dire l'harmonie (*symphonia*) du pouvoir séculier et du pouvoir ecclésiastique comme la *Novelle VI* que nous venons de citer. Une autre question est évidemment le fait qu'en Russie (il est vrai, quelques 1100 ans plus tard, au XVIII<sup>e</sup> siècle) pour le patriarche Nikon (alors déjà évêque), c'est justement la *Novelle VIII* — plus précisément l'*edictum* y joint — qui donne la base juridique pour séparer le patriarcat du pouvoir séculier.

Saint Étienne est un souverain absolu dans le sens le plus strict du mot car il dispose comme *quasi sacerdos* dans la sphère ecclésiastique et dans la sphère séculière à la fois. En même temps, il ne peut pas être considéré comme *basileus autocrator* au sens *byzantin* de ce terme technique. Il suit quand même en réalité cette idée, même s'il ne s'agit pas d'une prise de position consciente. L'idée du « *rex imperator in regno suo* » n'obtiendra un sens idéologique et juridique seulement *après* sa mort.

Son signe extérieur est la Sainte Couronne (*Sacra Corona*), ayant obtenu le sens du « *diadema regalis dignitatis* » qui symbolise le pouvoir central, c'est-à-dire royal.

Saint Étienne aspire à la réalisation d'une sorte de « *consensus omnium* », prouvée par la mise en place du *consilium regis* (*regalis senatus, regale concilium, commune concilium, nostrorum primatum conventus*) et on aurait évidemment tort de le considérer — sur la base de ce que les *praelati, magnates (seniores domini)* et *nobiles (servientes regales)* y sont également représentés — comme une Diète. Le *consilium regis*, remplissant plutôt un rôle consultatif ressemble sous un certain aspect au corps développé à l'époque de Charlemagne ou sous le règne d'Edouard le confesseur, corps remplissant cette même fonction. À la différence du paradigme de l'Europe occidentale, contrairement à l'Angleterre, où nous pensons aux *earles* — ou à la France — ici les *comites* sont pris en considération, le roi de la Hongrie se réserve le droit de nommer les principaux représentants de la hiérarchie d'État.

Saint Étienne — en se servant de la terminologie grecque — n'est pas un *basileus autocrator*, ce qui nous explique peut-être qu'il ne prétend pas formellement au titre du *basileus ton Rhomaion*, à l'opposé par exemple du tsar bulgare, Siméon, ayant vécu un siècle plus tôt. On ne rencontre pas le *titulus ho ek theou arkhon* non plus, ce qui serait également le signe de l'acception du paradigme byzantin, ou en tout cas, il pourrait être interprété comme tel. Ici intervient évidemment le fait que — contrairement à son prédécesseur bulgare — on ne trouve pas parmi ses objectifs l'*adquisitio totius imperii Constantinopolitani*. Par conséquent, il n'a pas pour but de gouverner dans son pays selon les « coutumes romaines », d'après les lois romaines (*kata ten diaitian Rhomaion*), comme le fait par exemple le souverain de la Serbie, au milieu du XI<sup>e</sup> siècle (selon le témoignage du chroniqueur Nikephoros Gregoras).

Saint Étienne ne suit pas servilement dans ses lois — du moins dans celles qui nous sont restées — les traditions de l'empire de Charlemagne mais il en tient compte sans doute : il s'efforce beaucoup plutôt à réaliser — du point de vue juridique, le *praeceptum* si clairement formulé dans *De institutione morum ad Emericum ducem* : « *Quis Grecus regeret Latinos Grecis moribus, aut quis Latines regeret Grecos Latinis moribus? Nulles* ». (cap.8.)

Sur la base des deux décrets de Saint Étienne qui nous sont restés, on peut également constater que le souverain s'est considéré comme tâche la création d'un système juridique homogène. Bien qu'il ait vu sans doute clairement que sous l'aspect juridique, le bassin carpatique — pensons ici aux traditions byzantines apparaissant fermement sur plusieurs territoires transdanubiens et du Midi, ce qui avaient sans doute des conséquences — ne présente pas un aspect homogène lors de son règne — mais tout de même, et même si cela ne se formule pas sciemment pour lui — pour éviter le particularisme juridique, il sollicite la création d'un système juridique homogène. Ainsi, on ne trouve pas en Hongrie ce que l'on trouve en France ou par exemple en Serbie au XI<sup>e</sup> siècle, c'est à dire dans une partie du territoire le *pays de droit coutumier*, alors que dans l'autre partie, le *pays de droit écrit*, le droit écrit s'applique, ce qui est l'arrière-fond et la base juridique du démembrement féodal.

Les lois de Saint Étienne embrassent dans leur essence les domaines des droits ecclésiastique et laïque, ce qui n'est évidemment pas une caractéristique hongroise mais un phénomène général dans l'Europe de son époque. On se demande à quelles sources le législateur a puisé — notamment en ce qui concerne d'ailleurs le *De institutione morum ad Emericum ducem* que l'on peut considérer comme l'introduction du premier *Decretum* dont l'auteur est l'archevêque Astric-Anastaze.

À cet égard, nous devons mentionner avant tout les différentes décisions prises par les conciles parmi lesquelles se distinguent les décrets des synodes d'Arles de 813 et de Mainz (Mayence en français) en 847. Uniquement à titre d'exemple, nous voudrions indiquer que la première partie de *De*

*institutione morum ad Emericum ducem* intitulée «*De observanda catholica fide* » montre une concordance presque littérale avec le *Decretum* «*De fide catholica*» adopté au concile d'Arles. La situation est analogue avec la deuxième partie du *Decretum I* intitulé «*De statu rerum ecclesiasticarum* » qui s'accorde avec le *decretum* du concile de Mainz de 847 intitulé «*De statu rerum ecclesiasticarum* ». Néanmoins, nous pourrions mentionner de la même manière la partie du *Decretum I* «*De potestate episcoporum super res ecclesiasticas et eorumque convenientis cum laicis* » qui s'accorde dans son titre et dans son contenu avec le premier *decretum* du concile de Mainz.

Les sources des lois sont encore les *capitula* de l'État franc, étant dans leur majorité écrasante les soi-disant *concilium mixtum*, c'est-à-dire les conciles tenus avec la participation des personnes ecclésiastiques et laïques.

Et enfin, ce n'est pas en dernier lieu que les decrets s'appuient pas sur la *lex Baiuvariorum* — je voudrais mentionner ici que cette loi provenant avec une grande probabilité du XIe siècle, constituée également la source de la *Rousskaya Pravda* signifiant au moins en partie l'incorporation au système de droit de la Russie de Kiev, la *lex Salica* et parmi les *leges Romanae Barbarorum*, la *lex Romana Visigothorum* et la *lex Romana Burgundionum* et en outre, la *lex Ribuaria*. Les lois y mentionnées signifient décisivement la base des éléments des lois de Saint Étienne relatifs aux laïques. Cette influence peut être démontrée dans les cas suivants.

Le chapitre XIV du *Decretum I* (*De evagatione gladii*) est l'emprunt presque littéral de la *lex Romana Burgundionum* et de l'*Edictum Rothari*. La partie sur l'enlèvement d'une jeune fille (*de raptu puellarum*) — le chapitre 27 du *Decretum I* — est l'emprunt d'une partie de la *lex Baiuvariorum* ayant un objet semblable. Le contenu.

Les lois de Saint Étienne sont spécifiques parce que l'influence des différentes sources juridiques de l'Empire byzantin ne peut pas y être démontrée, du moins sous une forme directe. Cette circonstance est d'autant plus digne d'être mentionnée car la civilisation et la culture byzantines ont leurs traces sur le territoire de l'État de Saint Étienne. À cet égard, il suffit peut être de mentionner que les apôtres des slaves, Saint Cyrille et Saint Méthode, poursuivent selon toute probabilité sur le territoire du bassin carpatique un travail de civilisation disposant aussi de relevance juridique.

C'est Méthode qui traduit en slave la «*Synagoge* » de Johannes Scholasticos contenant 50 titres. Mais on peut mentionner le *Zakon soudni liudem* («*loi pour juger le peuple laïque*») rédigé sur le territoire de la dite «*Grande Moravie* » qui est vraisemblablement l'œuvre de Cyrille et de Méthode, pour la composition de laquelle les auteurs se sont appuyés en grande mesure sur l'*Ekloge ton nomon* provenant de l'empereur byzantin, Léon III.

L'influence du droit romano-byzantin n'a pas de traces et de documents concrets — sur la base des lois de Saint Étienne — en Hongrie. À la différence des pays de la péninsule balkanique et sous plusieurs aspects du premier État russe, l'influence de l'*Ekloge ton nomon* du VIIIe siècle, du soi-disant *Nomos Georgicos Slave* rédigé probablement au tournant du VIIIe et du IXe siècles, du *Procheiron* provenant de la dernière décennie du IXe siècle, de l'*Epanagoge* signifiant l'élaboration de celui-ci, ou des *Basilika* provenant des premières décennies du Xe siècle, et des *novellae* émises successivement, ne se voit pas dans les lois de Saint Étienne. La même chose est valable pour les décisions des nombreux conciles tenus sur le territoire de la «*Deuxième Rome* » (Byzance).

Néanmoins, l'ignorance des sources du droit romano-byzantin, extrêmement variées et évoluant sur une échelle bien large, n'est pas la conséquence d'une considération d'«*Aktualpolitik* » de la part de Saint Étienne. Cela est prouvé par le fait qu'après 1018, alors que les rapports de Byzance et de la Hongrie sont également très étroits dans les domaines militaire et politique, aucune sorte de *réception* du droit romano-byzantin n'a lieu. Selon toute probabilité, nous pensons ici au *Decretum II* rédigé successivement. Il n'y a pas le moindre signe, sur le plan juridique, de ce que Saint Étienne aurait hésité entre Rome et Byzance. Dans ce contexte, il n'est pas sans intérêt de nous référer au comportement du souverain bulgare, Boris, motivé par des considérations et par des intérêts très particuliers de politique extérieure.

Le souverain bulgare s'est adressé quelque 150 ans avant le règne de Saint Étienne au pape (Saint) Nicolas Ier (on ne connaît que la réponse du pape «*Responsa papae Nicolai I ad consulta Bulgarorum*») pour lui envoyer — pour le pays — des lois romaines (le pape envoie par l'intermédiaire de son légat les «*venerandae leges Romanorum*»), sur la base desquelles le nouveau souverain chrétien de Bulgarie entend gouverner dans le futur. Cependant, quatre ans plus tard, le souverain bulgare rompt avec Rome et soumet son pays en matière ecclésiastique au patriarche de Byzance avec toutes les conséquences provenant nécessairement de cette subordination ecclésiastique. D'ailleurs, l'entrelacement très étroit de l'Église et de l'État revêt, comme on peut le documenter d'ailleurs, une autre forme juridique dans l'État de Saint Étienne — pensons par exemple à l'anonymat de la *chrysobulla* comme source juridique — qu'à Byzance ou dans les États balkaniques et dans les États de l'Europe orientale subissant l'influence de Byzance.

Les *decreta* de Saint Étienne n'embrassent évidemment pas la totalité des rapports de la vie soumis à la réglementation. Les *decreta*, Saint Étienne réglemente décisivement les terrains des sphères ecclésiastiques et laïques qui sont jugés *les plus importants* par lui. Les sanctions reçoivent dans ses lois un rôle distingué; ce qui est un phénomène se présentant à la fois dans les moitiés orientale et occidentale de l'Europe pendant la période indiquée. Ici, nous indiquons que la domination des dispositions pénales caractérise le *Zakon soudni lioudem* des années 880, sans parler de la majorité écrasante des importantes sources du droit romano-byzantin.

Néanmoins, la spécificité des lois de Saint Étienne résulte du fait que son système de sanctions — en le mesurant en conformité avec l'époque — est généralement modéré, et de cette façon, il reflète fidèlement dans le domaine du droit la prétention du *pius, iustus et pacificus rex*. Pensons donc par exemple au fait que le chapitre 6 du *Decretum II* ne frappe de peine capitale que le *servus* voleur récidiviste pour la troisième fois, alors que selon la *lex Romana Burgundionum* le *servus* voleur est puni de mort même lors de la première commission. L'évêque de Merseburg, Thietmar, que nous venons de mentionner, indique qu'à l'époque du prince polonais, Boleslav le Courageux (992—1025), contemporain de Saint Étienne, ceux qui ont rompu le jeûne ont été punis de l'arrachage des dents. Pourtant, au sens du *Decretum I*, la sanction ne comprend dans ce cas qu'une réclusion d'une semaine et le jeûne (L10.11.). La confrontation des *decreta* de Saint Étienne est très instructive avec la variante brève de la *Rousskaya Pravda* provenant des années 1030. La loi datant de l'époque de Jaroslav le Sage contient une sanction plus sévère dans sphère des délits contre la propriété, mais dans la sphère des infractions relatives à la lésion — comme par exemple dans le cas où on dégainé son sabre — inflige une sanction moins sévère.

On peut résumer l'importance décisive des lois de Saint Étienne par le fait qu'en procédant de façon conséquente, le souverain, en puisant naturellement dans les sources des systèmes de droit des États les plus développés de l'époque donnée et dans les tendances idéologiques dominantes de l'époque, jette les bases sûres de l'État hongrois. Ainsi se réalise le principe « *Ubi civitas, ibi ius* », notamment par le fait qu'en déposant les bases de la *civitas*, le souverain, doué d'un esprit de large vue et de culture européens, tient compte de l'exigence de l'universalisme du droit tout en prenant en considération la nécessité du maintien des traditions nationales. Le caractère européen des lois de Saint Étienne, sachant unifier de façon organique l'universalisme du *ius* avec les traditions de la *consuetudo*, a contribué en grande mesure à l'intégration de notre pays à l'Europe et par conséquent, cela reste une valeur importante pour notre époque moderne aussi.

### c. L'époque de la pénétration du droit romain

On ne trouve guère aux XIe, XIIe et XIIIe siècles de traces concrètes de l'influence du droit romain sur le droit hongrois. À l'occasion de la promulgation des lois (*leges, decreta*) de Saint Étienne, premier roi hongrois (1000—1038), les lois (*constitutiones, edicta*) des empereurs romains pouvaient servir de modèles. Quelques dispositions des *Institutiones morum ad Emericum ducem* nous permettent de faire de telles conclusions, mais dans les deux *decreta regis* ainsi que dans d'autres sources, on trouve plutôt les termes techniques latins du droit romain, figurant sans doute plutôt dans un sens altéré et défiguré.

En Hongrie aussi, l'influence directe du droit romain ne commence à se présenter qu'à l'époque des Glossateurs. À partir du XIIIe siècle, nous avons déjà des données sur le fait que des hongrois étudient à l'Université de Bologne, au sein de laquelle une « nation hongroise » (*natio Hungarica*) a part s'est formée (environ 80 étudiants hongrois écoutaient les Glossateurs jusqu'en 1301).

D'autres ont étudié le droit canonique à Paris et ont ainsi acquis certaines connaissances de droit romain. Il est également démontré que des étudiants hongrois apprenaient le droit dans d'autres universités (par exemple, à celles de Padoue, d'Oxford et de Cambridge), mais ils étaient peu nombreux. La fréquentation des universités italiennes par les hongrois continuait encore à l'époque des Anjou (1308—1387) et à partir de 1367 fonctionnait déjà la première université hongroise à Pécs où le droit romain était aussi probablement enseigné.<sup>47</sup>

---

<sup>47</sup> En résumé, à la *peregrinatio academica* hongroise dans les facultés de droit des universités européennes voir: SZABÓ B., *Előtanulmány a magyarországi joghallgatók külföldi egyetemeken a XVI—XVII. században készített disputatióinak (dissertatióinak) elemzéséhez (Étude préliminaire à l'analyse des disputations (dissertations) préparées par les étudiants hongrois en droit dans les universités étrangères au XVI<sup>e</sup>—XVII<sup>e</sup> siècles)* (=PUM VIII 5), Miskolc, 1993. Sur les débuts de l'enseignement supérieur national voir: CSIZMADIA A., *A pécsi egyetem a középkorban (L'Université de Pécs au Moyen Âge (1367—))*, Budapest, 1965.

En conséquence, les recueils de formules de János Uzsai (recteur de l'Université de Bologne en 1340) et de Bertalan Tapolczai, nés à cette époque, reflètent une certaine influence du droit romain. Dans ses aspects terminologiques, la pratique documentaire nationale montre aussi l'influence du droit romain et certaines parties textuelles des chroniques de l'époque Árpádienne et de celle des Anjou — surtout la *Gesta Hungarorum* de Simon Kézai (fin du XIII<sup>e</sup> siècle) — témoignent également de la connaissance du droit romain. Cette influence est beaucoup moins démontrable dans le domaine du *ius scriptum*, c'est-à-dire dans celui des lois royales, qu'on appelait *decreta*. Cependant, en même temps, certains signes renvoient à la mise en œuvre de certains principes du droit public romain : ainsi par exemple, le renvoi à la *plenitudo potestatis*, qui servait comme fondement juridique à la prédominance du pouvoir royal à l'époque des Anjou comme plus tard à celles de Zsigmond (Sigismond) (1387—1437) ou de Mátyás (Matthias Corvinus) (1458—1490).<sup>48</sup>

À partir du XV<sup>e</sup> siècle, seuls les plus aisés (les membres dotés de la couche moyenne ecclésiastique connaissant le droit) étudiaient en Italie. Les moins riches écoutaient le droit canonique à Cracovie et à Vienne, et faisaient ainsi connaissance avec le droit romain. Selon la tradition, le roi Mátyás (Matthias Corvinus) lui-même se serait intéressé à l'idée de réception du droit romain dans le pays.

Le roi Mátyás a tenté de codifier le droit du pays avec la loi VI de 1486 (*Decretum Maius*) qui reprenait des formules de la *constitutio Imperatoriam maiestatem* dans sa partie introductive, mais également beaucoup d'éléments de droit romain dans sa totalité, surtout du point de vue terminologique. Juan Luís Vives (1492—1540), l'humaniste espagnol réputé de Valencia, pensait qu'originellement le roi hongrois avait voulu renouveler le droit national par la réception du droit romain, mais vu les difficultés liées à cela, il a abandonné son projet. Cette opinion, considérée encore digne de foi par Imre Kelemen au début du XIX<sup>e</sup> siècle, a été réfutée par Ignác Frank à cause du manque de sources fiables. Mais en même temps, il est incontestable que la tentative du roi Mátyás pour renforcer le pouvoir royal — surtout pendant la dernière décennie de son règne — trouvait son fondement théorique dans le droit romain.

Quelques-uns des livres juridiques hongrois urbains du Moyen Âge contiennent également des termes techniques et des institutions du droit romain, surtout les livres juridiques (*Rechtsbücher*) de Buda et de Pozsony (Presbourg en français, Pressburg en allemand, Posonium en latin, Bratislava aujourd'hui en Slovaquie), rédigés en langue allemande, datant du XV<sup>e</sup> siècle.

Cependant, la situation change à partir du XIV<sup>e</sup> siècle quand, grâce aux études poursuivies par les étudiants hongrois dans les universités étrangères, l'influence du droit romain se fait sentir de plus en plus dans la prise des diverses règles et dans la formation de certaines institutions juridiques. Cette influence subsiste au cours de tout le Moyen Âge et on peut l'indiquer dans certains passages du *Tripartitum opus iuris consuetudinarii inclyti regni Hungariae*, le fameux recueil de coutumes ayant vigueur de loi (1514) d'István Werbőczy (ca. 1458—1541) qui, bien qu'il n'ait jamais été promulgué, fut largement utilisé par les tribunaux pendant les siècles suivants.

Les recherches effectuées dans le domaine de l'histoire du droit ont permis de constater que plusieurs notions et institutions connues dans le droit romain étaient entrées, bien qu'avec des différences et des changements, dans le droit hongrois des personnes et de la famille. À cet égard, on peut se référer à quelques exemples concernant le domaine du droit des personnes, du droit réel, du droit des obligations et du droit des successions.

Nous mentionnons que la dénomination du serf dans les diverses sources hongroises est *colonus* à partir de la fin — à peu près — du XV<sup>e</sup> siècle. Ce fait aurait pu permettre que les conditions personnelles des serfs (*iobagiones*) soient rendues semblables aux conditions liées au *colonus* romain. Le modèle romain était sans doute la base de la règle entravant les fiançailles entre les adolescents dans le *ius canonicum* en Hongrie. Le fait que les fiançailles n'ont été permises qu'après l'accomplissement de la septième année, indique qu'à cet égard on a voulu s'adapter à la règle de droit relative au commencement de la capacité à agir. Quant aux biens disponibles des femmes, la *praesumptio Muciana* connue dans le droit romain a prévalu dans le droit des biens matrimoniaux, selon laquelle tous les biens de la femme dont la provenance d'autrui n'est pas prouvée doivent être considérés comme provenant du *maritus*.

On peut d'autre part trouver une ressemblance à l'égard de la *pubertas* qui est la quatorzième année pour les garçons et la douzième année pour les filles. À l'égard de la *legitima aetas*, la vingt-cinquième année reflète également l'influence du droit romain. Cependant, bien que l'on retrouve certains termes techniques connus du droit romain dans les sources — ainsi par exemple *agnati* et

---

<sup>48</sup> Sur les aspects juridique de l'État féodal hongrois voir: BÓNIS Gy., *Hűbériség és rendiség a középkori magyar jogban (Féodalité et Ordres dans le droit hongrois médiéval)* [avec un résumé détaillé en français], Kolozsvár, 1947.

*cognati*, destinés à l'indication des rapports de parenté — leur sens diffère de celui dans lequel ils sont utilisés par le droit romain.

#### d. Le *Tripartitum* de Werbőczy

L'œuvre d'István Werbőczy (ca. 1458—1541), protonotaire du Grand-Justicier, le *Tripartitum opus iuris consuetudinarii inclyti regni Hungariae*, recueillant le droit coutumier féodal hongrois en latin, qui était à l'époque la langue officielle du pays (*lingua patria*), fait témoignage aussi de l'influence du droit romain dans plusieurs aspects. Ce recueil, destiné à être un *decretum* général et global recueillant le droit coutumier du pays pour la première fois, a été adopté par la Diète de 1514 et approuvé par le roi ; mais puisqu'il n'a pas été sanctionné et publié, formellement, il n'est pas devenu loi. Le *Tripartitum* de Werbőczy a tout de même obtenu formellement force de loi (*vigor legis*) dans la Grande Principauté de Transylvanie en 1691 sur la base du *Diploma Leopoldinum*.

L'ouvrage de Werbőczy qui peut être considéré comme un livre coutumier est le recueil du droit coutumier féodal — donc corporatiste — de l'époque ainsi que des *decreta* royaux. Elle est marquée par l'emploi de termes du droit romain (mais les extraits identiques aux textes justiniens ne servaient plutôt qu'à accentuer l'autorité de l'œuvre). La relation entre le *Tripartitum* et le droit romain saute surtout aux yeux dans les points suivants.<sup>49</sup>

La répartition du *Tripartitum* (*de personis, de rebus, de actionibus*) suit la tradition du droit romain, mais ne correspond en réalité au système (plan) des *Institutes* qu'en théorie. (Werbőczy lui-même admet qu'il n'a guère essayé de forcer les institutions du droit coutumier hongrois féodal à entrer dans une sorte de « lit de Prokrustes » du système *personae — res — actiones*.)

Les notions générales (*ius naturale, ius publicum, ius privatum, ius civile, ius gentium*) et les principes du droit (par exemple, *ius est ars boni et aequi*) connus du droit romain n'étaient repris par Werbőczy que formellement, et s'ils forment la plus grande partie du texte du *Prologus*, ils ne s'intègrent pas dans les règles concrètes du *Tripartitum* présentant le *ius consuetudinarium* hongrois.

Le *Tripartitum* reflète également une influence du droit romain dans la terminologie juridique, qui n'est cependant pas toujours utilisée au sens original, et par la reprise de certaines institutions du droit romain privé (par exemple, la répartition triple de la tutelle en tutelle testamentaire, légale et judiciaire; certaines règles relatives au droit de la succession testamentaire, le pouvoir paternel, etc.).

Les questions suivantes sont toujours discutées : où Werbőczy a-t-il appris le droit romain et d'où viennent les propos juridiques romains qui sont perceptibles dans le *Tripartitum* ? On peut supposer que la source était le manuel de droit romain et de droit canonique du maître Raymundus<sup>50</sup> qui vécut à Naples au XIIIe siècle. Le livre a été éventuellement importé en Hongrie (et en Pologne, où il a été pris parmi les statuts du pays) au cours des campagnes du roi Louis Ier le Grand (1342—1382) à Naples. Le manuel dit *Summa legum Raymundi* qui contenait le droit coutumier des villes de l'Italie du Sud et les lois pénales des Anjou, a été admis dans le livre juridique de plusieurs villes libres royales de la Hongrie du Nord (par exemple, Bártfa, Eperjes, aujourd'hui en Slovaquie), mais un manuscrit de Cracovie, ainsi que de Wiener Neustadt (en Autriche) sont également connus. Selon les recherches les plus récentes, la source de Werbőczy concernant le droit romain devait probablement être le manuscrit de Cracovie. Il est donc possible d'en déduire que Werbőczy avait fait éventuellement des études à l'Université de Cracovie.

À cet égard, il faut souligner que la Hongrie n'avait pas de constitution écrite du caractère d'une charte jusqu'en 1949. Parmi les règles de droit concernant l'organisation de l'État d'avant le développement bourgeois, figuraient la *Bulle d'or*<sup>51</sup> promulguée en 1222 et sa rénovation datant de

<sup>49</sup> Voir FÖLDI A., « A római személyi és családi jog hatása a Tripartitumra (L'influence du droit romain des personnes et de la famille sur le Tripartitum) », *JK* 48 (1993); *idem*: « Werbőczy és a római jog (Werbőczy et le droit romain) », In: *Degré A. Emlékkönyv*, Budapest, 1995; HAMZA G., « Werbőczy Hármaskönyvének jogforrási jellege (Le caractère de source du droit du Tripartitum) », *JK* 48 (1993); *idem*: « A Tripartitum mint jogforrás (Le Tripartitum comme source de droit) », In: *Degré A. Emlékkönyv*, Budapest, 1995.

<sup>50</sup> Il existe des incertitudes dans la littérature spécialisée sur la personne de l'auteur car le nom Raymundus n'est indiqué que par le manuscrit de Cracovie remontant à 1506; voir GÁL A., *Die "Summa legum brevis, levis et utilis" des sog. Doktor Raymundus von Wiener Neustadt*, Weimar, 1926; BÓNIS GY., « Der Zusammenhang der "Summa Legum" mit dem "Tripartitum" », *Studia Slavica Hungarica* XI, Budapest, 1965.

<sup>51</sup> Sur l'influence internationale, c'est-à-dire sur le rayonnement de la *Bulle d'or* voir: DIVÉKY A., *Az Aranybulla és a jeruzsálemi királyság alkotmánya (La Bulle d'or et la constitution du Royaume de*

1231, le recueil de droit coutumier, le *Tripartitum opus iuris conseutudinarii inclyti regni Hungariae* d'István Werbőczy rédigé en 1514 et les lois I, II et III de 1723, ou autrement dit la « *Pragmatica Sanctio* ». La *Bulle d'or* avait déterminé au sens négatif les attributions et droits des organismes les plus importants de l'État féodal hongrois. Elle avait fixé la protection des droits des francs-servants et des vassaux, et sa grande importance se manifesta par le fait que plus tard, la petite noblesse s'y référa au cours de ses luttes menées contre la haute noblesse. Le *Tripartitum* de Werbőczy, qui, bien qu'il ne reçut pas force de loi au sens formel, devint néanmoins l'ouvrage juridique le plus estimé et le plus fréquemment cité par la petite noblesse. Cet ouvrage, d'un côté, constata l'égalité au sein de la noblesse et fixa ses privilèges d'un autre côté, il détermina les compétences du roi, ainsi que l'attachement à la glèbe des serfs. La dite « *Pragmatica Sanctio* » avait aussi étendu la succession à la branche féminine de la dynastie des Habsbourg, et par conséquent, elle rattacha encore davantage le sort de la Hongrie à cette dynastie.

Ces sources de l'établissement constitutionnel du pays servirent comme base idéologique aux penseurs et aux mouvements conservateurs.

**2. Le droit romain depuis 1514 jusqu'au XIXe siècle**<sup>52</sup>. Le développement économique de la Hongrie à l'époque de la rédaction du *Tripartitum* se réduisait surtout aux villes, mais des données témoignent de ce que les échanges de marchandises commençaient à se ranimer dans les domaines nobles. Ces changements ont probablement suggéré à Imre Pápóczi, chanoine, la rédaction du « livre de formules » (*Formularium Posoniense*) de Presbourg dans les années trente du XVIe siècle. Ce recueil, destiné à être aussi un manuel, avait vocation à régler l'organisation juridique des relations économiques qui se redéveloppaient à l'époque, notamment en raison de ses formules d'achat qui portent un caractère de droit romain et des notes délayées qui y sont ajoutées. En outre, l'influence du droit romain peut être également constatée dans les lois adoptées au cours de la première moitié du siècle.<sup>53</sup>

Le *Tripartitum* (dans lequel Werbőczy a utilisé le droit romain plutôt dans sa forme que dans son contenu) a largement contribué au durcissement du droit et de la science juridique nationale notamment par le fait que, pendant trois siècles, il était devenu la « Bible de la noblesse » pour son droit privé national. Bien que les « Humanistes » hongrois aient fait une tentative de la réception, au moins partielle, du *Corpus Iuris Civilis* au XVIe siècle, le mur du droit coutumier résistait à leur « enfoncement ».

Iohannes Honterus (János Honterus, 1498—1549) a publié en 1539 à Brassó (Kronstadt, aujourd'hui Brasov en Transylvanie,<sup>54</sup> en Roumanie) son recueil didactique intitulé *Sententiae ex libris Pandectarum iuris civilis* visant à la présentation des notions du droit romain pour un public plus large. Dans l'introduction de son livre, il souligne les avantages du droit romain par rapport aux droits coutumiers urbains dont le contenu est souvent incertain. L'œuvre de Honterus, intitulée *Compendium iuris civilis in usum civitatum ac sedium Saxonicarum* (1544) servira plus tard de base aux statuts des villes saxonnes de Transylvanie qui resteront en vigueur pendant presque trois siècles sur Királyföld (*fundus regius* en latin, *Königsboden* en allemand, « Terre royale »), à partir de 1583. La première édition du *Corpus iuris Hungarici* (1581) s'attache au nom de Iohannes Sambucus (János Zsámboki, 1531—1584). Dans cette édition (comme annexe du *Tripartitum*), sous le titre *Regulae iuris antiqui*, Zsámboki a repris les principes du droit se trouvant dans le dernier titre du dernier livre du *Digeste* (50, 17 — *De diversis regulis iuris antiqui*), qui ont ainsi été adoptés d'une façon formelle dans le système juridique national. L'œuvre de Decius Barovius (János Baranyai Decsi, 1560—1601), le *Syntagma institutionum iuris imperialis sive Iustiniani et Hungarici* (1593) présente les institutions de *ius patrium* dans le système des *Institutiones* justiniennes.<sup>55</sup>

---

Jérusalem), Budapest, 1932; *idem*: *Az Aranybulla hatása a lengyel jogra (L'influence de la Bulle d'or sur le droit polonais)*, Budapest, 1942.

<sup>52</sup> DEGRÉ A., « Elemente des römischen Rechts im Vermögensrecht der ungarischen Leibeigenen », In: *Einzelne Probleme der Rechtsgeschichte und des römischen Rechts*, Szeged, 1970; KLEIN K. K., *Der Humanist und Reformator Johannes Honter*, Sibiu 1935; SZABÓ B., « Johannes Honterus », *Magyar jogtudósok I, (Jurisconsultes hongrois)* (red. HAMZA G.) Budapest, 1999.

<sup>53</sup> Par exemple, dans le cas de la loi XLIII de 1542 relative à la détermination de la paternité l'influence du *SC Plancianum* remontant à l'époque de l'empereur Vespasianus; voir VÉCSEY T., *Századok* 42 (1909), (en hongrois).

<sup>54</sup> Sur l'histoire de la Transylvanie voir: MAKKAI L., *Histoire de Transylvanie*, Budapest - Paris, 1946; *Histoire de la Transylvanie* (sous la direction KÖPECZI B.), Budapest, 1992.

<sup>55</sup> En Transylvanie, les Sicules (*siculi* en latin) avaient vécu selon leur propre droit. Voir sur ce sujet l'ouvrage de Nathalie Kálnoky: KÁLNOKY N., *Les constitutions et privilèges de la noble nation sicule*.

Aux XVIIe—XVIIIe siècles, le droit romain a fait surtout l'objet de l'enseignement supérieur, et a ainsi été enseigné et étudié par les professeurs de l'université de Nagyszombat (Tyrnavia en latin, Tyrnau en allemand, aujourd'hui Trnava, en Slovaquie) fondée en 1635. En outre, il est toujours possible de démontrer l'influence du droit romain dans les œuvres scientifiques traitant du droit national.

L'œuvre de János Szegedy (1699—1760), le *Tripartitum iuris Hungarici tyrocinium* (1734) compare les institutions du droit hongrois avec celles du droit romain. Imre Kelemen (1744—1819), spécialiste éminent de droit privé se reporte également au droit romain, surtout dans son travail intitulé *Institutiones iuris Hungarici privati* (1814).

### 3. La présence des institutions du droit romain

Dans la littérature juridique hongroise, on rencontre parfois des conclusions que l'on ne peut pas accepter sans réserve. Premièrement, nous pouvons relever la question de la survivance du *senatusconsultum Macedonianum* dans le droit hongrois médiéval.

On doute de ce que la norme du droit hongrois médiéval, selon laquelle l'adolescent peut retirer après avoir atteint la *maior aetas* les déclarations qu'il a faites au domaine des *negotia*, peut être mise en rapport avec le *senatusconsultum Macedonianum*. Ce *senatusconsultum* approuvé pendant le règne de Vespasien /69—79/ ne se réfère pas à vrai dire aux *minores* mais aux *filiifamilias* qui se trouvaient sous *patria potestas*, et pour cette raison ne pouvaient pas disposer de leurs biens. Le *senatusconsultum Macedonianum* énonce que l'on ne peut pas intenter d'*actio* contre les fils de famille, même après la mort de leurs pères, sur la base des *negotia* à l'égard desquels ils ont contracté des obligations, c'est à dire que l'on ne peut pas intenter des procès contre eux quand ils ont déjà procuré le droit de disposition sur les biens. Ainsi, si le *filiusfamilias* contracte un emprunt durant la vie de son père sous l'obligation de le rembourser, on ne peut pas exiger le remboursement du *mutuum* même après qu'il soit sorti de la *patria potestas* avec la mort du père.

Dans le *senatusconsultum Macedonianum*, il ne s'agit pas de *minor*, le *filiusfamilias* pouvait être de *maior aetas* et dans le cas concret dont le *senatusconsultum* parle, il l'était de toute évidence. Il ne s'agit pas non plus du fait que le *filiusfamilias* pourrait retirer sa déclaration faite durant la vie de son père. Il ne s'agit pas de la possibilité garantie au débiteur, mais – à l'inverse— justement — de l'exclusion de la réalisation par voie contentieuse du droit dû au créancier. Les deux règles se réfèrent donc à des cas où les faits sont tout à fait différents, par conséquent leur mise en rapport ne tient guère.

Dans le domaine du droit des obligations, on pourrait mentionner le cas de la *permutatio* : la transaction a été dissoute à cause de la différence se présentant entre les valeurs des immeubles parce que la valeur de l'un des objets échangés était inférieure à la moitié de la valeur de l'autre, c'est à dire l'une des parties a subi un préjudice (*ultra dimidium iusti pretii, sic!* G.H.). Les chartes de l'époque arpádienne (1000—1301) en donnent l'exemple. Le rétablissement du préjudice (*damnum*), provenant de la différence de valeurs, c'est à dire l'équilibre de ce *negotium*, a été postérieurement effectué par la donation de la part du propriétaire de l'immeuble de moindre valeur d'un autre immeuble, que l'immeuble échangé par lui, ou par le paiement du montant adéquat afin d'éliminer cette différence de valeur.

Mais la *laesio enormis*, probablement formée au temps du règne de Dioclétien (284—305), n'a pu servir de base à la dénonciation du contrat qu'en cas de vente, mais pas au cas où le contrat était un échange de marchandises. Cela a pu être en rapport avec le fait que la *emptio-venditio* en droit romain était un contrat consensuel, alors que la *permutatio* était un contrat réel. La différence subsistait à cet égard dans le droit hongrois médiéval aussi.

Il n'est guère douteux que la *laesio enormis* connue par les chartes hongroises de l'époque arpádienne remonte au droit justinien. Cela est valable bien que la donnée indiquée dans la charte hongroise y relative remonte à la première moitié du XIIIe siècle, et c'était sans doute l'École des pandectistes allemande qui a étendu à la *permutatio* la *laesio enormis*. Pour cette raison, le fait que la *laesio enormis* prévalait aussi dans la sphère de l'échange, montre moins l'influence du droit romain.

En ce qui concerne du reste la notion de la *laesio enormis* (le préjudice au-dessus de la moitié), on ne réussit pas à trouver un *terminus technicus* dans les sources du droit romain. Les notions *nec dimidia pars veri pretii, minus dimidia iusti pretii* servent à faire sentir dans les sources la *laesio enormis*. La même expression est employée dans son commentaire par Bartolus aussi. Par conséquent, il est naturel que l'on ne trouve pas la notion de *laesio enormis* dans les chartes médiévales antérieures. Il est à noter d'ailleurs que ce *terminus technicus* n'est pas d'origine romaine, il est né plus tard.

Dans la doctrine juridique hongroise est accepté l'avis selon lequel l'institution connue dans le droit médiéval hongrois sous le nom de *quarta puellaris* a pris son origine dans la *quarta Falcidia* du droit romain. On doit tenir compte du fait que dans le droit hongrois nobiliaire, l'essentiel de la *quarta puellaris* consistait en ce que, faute de descendants mâles, le testateur pouvait librement disposer de sa propriété à l'exception de la *quarta*, au domaine de laquelle les filles étaient susceptibles de devenir les héritières testamentaires.

La *lex Falcidia*, datant de l'époque du deuxième triumvirat a limité la charge de l'héritage par *legata* de façon à ce que l'héritier testamentaire reçoive un quart de l'héritage sans *legata*. Au premier siècle de l'époque impériale, sous le règne de Vespasien le *senatusconsultum Pegasianum* a étendu la *lex Falcidia* aux *fideicommissa* en permettant à l'héritier testamentaire de garder le quart (*quarta Pegasiana*) des legs. Auparavant, au temps de Néron, le *senatusconsultum Trebellianum* disposait qu'après la remise du legs, tout droit d'intenter action relatif au legs revient au *fideicommissarius*, et que toutes les demandes formulées à l'encontre du legs sont délivrées contre le *fideicommissarius* au cas d'un *universale fideicommissum*, quand le *fideicommissarius* est devenu réellement *universalis successor*, alors que l'héritier a conservé uniquement le nom d'héritier */inane nomen hereditatis/*. À l'époque justinienne, la délivrance de l'héritage devait avoir lieu dans chaque cas selon le *senatusconsultum Trebellianum*, mais l'héritier a pu retenir le quart; ce qui s'appellera beaucoup plus tard, au cours du Moyen Âge et dans l'École des pandectistes, *quarta Trebelliana*. La *quarta Falcidia* est déjà entrée au *Digeste* avec comme contenu que l'héritier devait recevoir le quart du legs au-dessus des *legata* et des *fideicommissa*, exempt de toute autre charge.

D'ailleurs, la *debita portio* n'était pas entièrement inconnue chez les Romains. Le testament a pu être attaqué au bout de cinq ans — c'est la *querela inofficiosi testamenti* — par celui qui aurait dû hériter, étant le seul parent proche, selon les règles de la succession légitime, mais que le testateur a omis. Ces personnes étaient les suivantes : l'enfant, le parent, le frère (la sœur), le demi-frère (la demi-sœur), la femme en parenté agnate. L'établissement de la part revenant aux personnes omises était confié aux juges et, auparavant, ce procédé était soumis au *centumvirale iudicium*, aboli au cours du II<sup>e</sup> siècle après J.-C. Conformément au droit romain, il ne fallait pas délivrer à la personne omise la *quarta* si l'héritier a reçu, faute de chargement testamentaire, la *debita portio*. Mais il est possible que la *quarta Falcidia* ait servi de modèle dans la formulation de ce concept, cependant les deux institutions n'ont pas été qualifiées d'identiques.

Il est donc évident que la *quarta Falcidia* et la *debita portio* — si l'on peut employer la dénomination de celle-ci à l'égard du droit romain — se sont séparées l'une de l'autre selon le droit classique et selon le droit justinien. Ce qui s'appelait *quarta Falcidia* au Moyen Âge signifiait tout autre chose que la *quarta Falcidia* romaine. La *quarta Falcidia* médiévale était l'institution du droit commun (*ius commune*) qui avait différé dans son contenu de l'institution juridique originale et signifiait effectivement la *debita portio*.

Mais tandis que la *quarta puellaris* du droit hongrois avait pour but de faire participer les filles à l'héritage paternel, la *quarta Falcidia* romaine originale a protégé l'héritier testamentaire, en lui assurant le quart du legs à lui attribué par le testament — même en cas de son surchargement des *legata*. La ressemblance entre les deux institutions, s'exprime donc sans doute par la mesure, le quart, ce qui ne suffit pas pour parvenir à la conclusion que le quart attribué aux filles s'est formé sous l'influence du droit romain et surtout sous celle de la *quarta Falcidia*.

À titre de conclusion, de ces très brèves considérations on peut constater que la réception du droit romain dans la Hongrie médiévale ne s'est réalisée ni *in complexu*, ni au sens formel. Celle-ci ne s'est présentée du moins que sous la forme de la réception de certaines règles et formules. L'influence du droit romain s'est montrée surtout dans la terminologie du droit hongrois, et éventuellement dans la réception — dans la plupart des cas avec des changements — de certaines règles (*regulae*) ou institutions particulières, mais — il faut l'accentuer — cette influence s'est réalisée pour la plupart sous une forme indirecte.

Il faut souligner le fait que les recherches tâchant de découvrir les influences du droit romain qui peuvent être démontrées au cours du développement historique du droit hongrois, ne peuvent pas être considérées comme closes. Sur la base des recherches qui se sont réalisées jusqu'à présent, nous pouvons constater qu'il est possible de démontrer de nombreuses influences du droit romain dans le droit hongrois médiéval malgré l'absence évidente de la réception formelle du *ius Romanum*. Il est évident que l'on doit nécessairement procéder à ces conclusions avec des précautions adéquates. Cela se réfère également à l'analyse de toutes les époques de l'histoire du droit hongrois médiéval. L'étude approfondie et détaillée de la survivance des éléments du droit romain doit être différenciée. Cette exigence signifie en forme concrète que l'on doit tenir compte du fait que la grande majorité des institutions et constructions du droit romain a subi beaucoup de modifications et de changements permanents pendant son histoire de médiévale.

Il est un fait incontestable que la Hongrie était toujours ouverte à l'infiltration des éléments du droit romain. Mais cet héritage du droit romain n'était pas un héritage de caractère uniforme. L'héritage romain s'est divisé en diverses parties. Cette division était due à la renaissance des études juridiques dans laquelle le droit romain a joué sans nul doute le rôle le plus important. Au processus du développement de la doctrine se basant sur le droit romain, le *ius Romanum* a subi nécessairement des modifications qui se reflétaient dans le phénomène complexe de la survivance de ce droit dans le droit médiéval hongrois.

En dernière analyse on ne saurait parler pour la Hongrie d'une « réception », comparable à celle qui se produisit en Allemagne, et cela pour des raisons techniques et politiques. Le droit hongrois, dès le XVI<sup>e</sup> siècle, était moins divers que les droits locaux allemands (*Particularrechte*) et le besoin se faisait moins sentir d'un *ius commune*. D'autre part, et plus encore qu'en France, la défiance politique à l'égard du Saint Empire romain germanique incitait à quelque prudence envers le droit romain.

**4. La science du droit romain (du droit privé) au XIX<sup>e</sup> siècle<sup>56</sup>.** Le premier changement important dans la vie juridique hongroise, lié à l'influence de l'École historique du droit de Savigny, peut être constaté, pour la première fois, chez Ignác Frank (1788—1850), premier grand juriste du droit privé du XIX<sup>e</sup> siècle qui, bien qu'il fut ouvertement contre la codification, peut être considéré — selon les termes de László Szalay (1813—1864), spécialiste de la question de la codification — comme le « pionnier d'une nouvelle ère ». Dans son œuvre intitulée *Specimen elaborandarum institutionum iuris civilis Hungarici*, publiée en 1823, Frank utilise des notions de droit romain dans l'exposé des relations relatives à la propriété de la terre. Ces notions apparaissent souvent aussi dans ses autres œuvres traitant du droit national. Gusztáv Wenzel (1818—1891), disciple de Ignác Frank, fut également un fidèle adepte de l'École historique et ainsi dans ses œuvres aussi il est souvent possible de trouver des renvois au droit romain.

À partir de la deuxième moitié du XIX<sup>e</sup> siècle, l'École des pandectistes, surtout d'ailleurs le courant de la recherche des intérêts (*Interessenjurisprudenz*) dont le précurseur le plus éminent était Jhering, a exercé une influence de plus en plus grande sur la science juridique hongroise et la jurisprudence, surtout à travers l'œuvre du « juriste de droit privé universel », Gusztáv Szászy-Schwarz (1858—1920). En raison du fait que les spécialistes du droit romain et du droit privé en Hongrie étaient quasiment tous des disciples des Pandectistes allemands, Szászy-Schwarz et Mihály Biermann (1848—1889), enseignant d'abord à l'académie de droit de Győr, puis à celle de Nagyszeben (Hermannstadt, aujourd'hui Sibiu en Transylvanie, en Roumanie), suivaient l'enseignement de Jhering, et Elemér Balogh (1881—1953), qui a acquis des mérites éminents dans le droit comparé, suivait le cours de Heinrich Dernburg à Berlin. Ils ont contribué, par leur travail doctrinal, à l'adoption de nombreux éléments conceptualisés par les représentants de l'École allemande des pandectistes dans la science juridique hongroise.

**5. Le processus de la codification du droit privé hongrois.<sup>57</sup>** La préparation de la codification du *ius privatum* national a été mise en œuvre par la loi XVIII de 1791 qui avait donné mandat à la commission juridique pour l'élaboration d'un projet de loi de droit privé (*Proiectum nonnullarum utilium civilium legum*).<sup>58</sup> Ce travail fut achevé en deux ans, mais le projet, imprimé seulement en 1826,

---

<sup>56</sup> PÓLAY E., « A pandektisztika és hatása a magyar magánjogtudományra (L'École des pandectistes et son influence sur la science du droit privé hongrois) », *AUSz* 23, 6 (1976). — Sur Ignác Frank voir VILLÁNYI FÜRST L., *Jogi professzorok emlékezete (La mémoire des professeurs de droit)*, Budapest, 1935; sur Gusztáv Wenzel voir: BALÁZS T., *AnnUB* 31 (1990); sur Gusztáv Szászy-Schwarz voir: HAMZA G., sur Elemér Balogh voir HAMZA G., *JK* 35 (1980).

<sup>57</sup> DELL'ADAMI R., *Az anyagi magánjog codificatiója. I.: A nemzeti eredet problémája (La codification du droit privé matériel. I.: La problématique de l'origine nationale)*, Budapest, 1877 et *Magánjogi codificatióink és régi jogunk (Notre codification de droit privé et notre droit ancien)*, Budapest, 1885; MESZLÉNY A., *Magánjogpolitikai tanulmányok, különös tekintettel a magyar általános polgári törvénykönyv tervezetére (Études de politique de droit privé, surtout en prenant en considération le projet du code civil général hongrois)*, Budapest, 1901; SZÁSZY-SCHWARZ G., *A magánjogi törvénykönyvről. Tanulmányok és bírálatok (Sur le code du droit privé. Études et critiques)*, Budapest, 1909; MÁDL F., « Kodifikation des ungarischen Privat- und Handelsrechts im Zeitalter des Dualismus », In: *Die Entwicklung des Zivilrechts in Europa*, (red. CSIZMADIA A.— KOVÁCS K.) Budapest, 1970; CSIZMADIA A., « Ungarische zivilrechtliche Kodifikationsbestrebungen im Reformzeitalter », *Rechtsgeschichtliche Abhandlungen* VI, Budapest, 1974.

<sup>58</sup> Il y avait une ressemblance remarquable concernant le rapport entre les traditions nationales et la pensée progressiste dans le domaine du droit public et celui du droit privé. Les penseurs progressistes hongrois s'efforcèrent à l'âge des Lumières et du redressement national à réaliser la constitutionnalité moderne. C'est pendant les années 1790 que plusieurs projets de constitutions virent le jour. Bien que

ne reflète l'influence du droit romain ni dans sa structure, ni dans son contenu, et ne peut pas non plus être appelé projet de code en raison de son caractère. Évidemment, la réception du Code civil français considérée comme idéale par László Szalay (1813—1864) était exclue, et les événements politiques ont empêché la deuxième tentative de codification également prescrite d'ailleurs par la loi XV de 1848.<sup>59</sup>

À partir de 1853, en Hongrie et en Transylvanie, l'ABGB est entré en vigueur.<sup>60</sup> Il a donc fallu attendre le Compromis austro-hongrois de 1867 pour recommencer les travaux de codification. Le projet de la partie générale (*Allgemeiner Teil*) du *Code de droit privé général* (1871) a été élaboré par Pál Hoffmann (1830—1907), professeur de droit romain à Pest (Budapest). Elle suit les parties correspondantes du Code civil saxon (*Bürgerliches Gesetzbuch für das Königtum Sachsen*) de 1863, reflétant surtout l'influence de Puchta. Ce code peut être considéré comme une mise en articles de la littérature de l'École des pandectistes. Le projet relatif au droit des successions (1882) élaboré par István Teleszky (1836—1899) se fondait dans sa structure et dans son orientation aussi sur le Code civil saxon, qui faisait lui-même attention surtout au droit saxon « particulariste » dans ses institutions de droit successoral. Le projet du droit des obligations (1882) préparé par István Apáthy (1829—1889) influencé par le *Projet dit « de Dresde »* (*Dresdner Entwurf*) de 1866 préparant le futur BGB allemand, suit pour les actes juridiques (*Rechtsgeschäfte*) la théorie de la volonté (*Willentheorie*), liée sans doute au nom de Savigny — conformément à la proposition de Hoffmann. La même chose peut être dite à propos du projet d'Elek Györy (1841—1902) remontant à 1880 et concernant la partie générale (*Allgemeiner Teil*). L'influence de l'École des pandectistes est plus faible dans le projet partiel d'Endre Halmossy sur le droit des biens (1882), et dans celui de Benő Zsögöd (*alias* Béni Grossschmid, 1852—1938) contenant les droits de la famille, des personnes et des biens.

L'idée de la préparation d'un code de droit privé unifié devient prédominante à partir de 1895. L'un de ses représentants les plus célèbres était Gusztáv Szászy-Schwarz. Le projet de 1900 dont la structure et le contenu témoignent de l'influence du BGB allemand, rompt avec la pratique de la codification partielle. Il est constitué de quatre parties (droits des personnes et de la famille, droit des obligations, droit des biens et droit des successions) sans partie générale (*Allgemeiner Teil*), ce rôle étant rempli par les premiers titres du droit des obligations. Ce projet suit déjà la théorie de la déclaration (*Erklärungstheorie*) dans le domaine des actes juridiques.

Le BGB a exercé une influence plus forte sur le projet suivant du code de droit privé, celui de 1913<sup>61</sup>, qui était moins étendu, bien qu'il ne contînt pas non plus de partie générale (*Allgemeiner Teil*). Le *Projet de Code civil* (*Magánjogi törvényjavaslat — Mtj.*) de 1928, considéré par les tribunaux comme *ratio scripta*, reflétait une forte influence du ZGB et du OR suisses. Béla Szászy (1865—1931), surnommé le « *Eugen Huber hongrois* », a joué un rôle éminent dans la rédaction du texte de ce projet.<sup>62</sup> Sous le ministre de la justice Tibor Zsitvay (1884—1969), une loi spéciale fut promulguée en 1931 pour régler la procédure de discussion de ce projet dans les deux chambres de l'Assemblée nationale. À cause de la crise économique mondiale cependant, ainsi que d'une crise politique, cette discussion prévue par la loi XXII de 1931 n'eut jamais lieu. L'adoption du *Projet de Code civil* aurait morcelé l'unité juridique dans le domaine du droit privé dans le bassin des Carpates, c'est-à-dire dans le territoire de la « Hongrie historique ». Il faut tenir compte du fait que dans la plupart des territoires de la « Hongrie historique »,

---

l'ouvrage de József Hajnóczy intitulé « *Ratio proponendarum in comitiis Hungariae legum* » de 1790 ne fut pas au sens strict du terme un projet de constitution, elle passa en revue toutes les questions du droit public de l'époque, mures pour être incluses à une constitution et y élabora ses propositions. La « *Proposition pour la Hongrie d'une constitution déterminée* » de 1793 d'Ignác Martinovics était déjà un véritable projet de constitution rédigé en 143 articles. Ce projet prit en considération, d'une part, le développement constitutionnel français, mais, de l'autre part, considéra aussi la situation et la culture politique de l'époque de la Hongrie. Ce projet passa en fait en revue les questions de constitutionnalité les plus importantes.

<sup>59</sup> Sur les rapports entre les sources du droit et le *Code civil* en Hongrie, voir ZAJTAY I., « Hongrie », In: *Travaux de la Semaine internationale de droit. L'influence du code civil dans le monde*, Paris, 1954. Le même auteur analyse aussi la question de l'interprétation judiciaire en Hongrie à la lumière du *Code civil* (voir: ZAJTAY I., *ibidem*).

<sup>60</sup> Le ABGB fut mis hors vigueur en grande partie par les *Règles Judiciaires Provisoires*, établies en 1861.

<sup>61</sup> La base du projet de 1913 était le *deuxième projet de Code civil*. Le projet de 1913 fut soumis au Parlement hongrois sous forme de projet de gouvernement. Ce projet a fait l'objet de discussions au sein du Comité parlementaire, dont le texte légèrement modifié fut rendu public en 1915. La discussion générale de ce projet fut empêchée par les événements de la Première guerre mondiale.

<sup>62</sup> Voir sur ce projet: SZLADITS CH., « Le projet de Code civil hongrois », *Acta Juris Hungarici* 1 (1932).

même après le Traité de paix de Trianon en 1920, l'ancien système du droit privé hongrois est resté en vigueur (par exemple dans la partie slovaque de la Tchécoslovaquie et dans le Bachka faisant partie de la Yougoslavie).

Même si le *Projet* ne fut jamais promulgué, les tribunaux l'avaient appliqué. De plus, il faut mentionner que le texte de la loi sur les hypothèques (loi XXXV de 1927) faisait originellement partie du *Projet*. Une des caractéristiques du projet était que ses rédacteurs, dans certains domaines, avaient conservés les traditions juridiques pluriséculaires hongrois. Le *Projet* avait protégé les intérêts de la veuve, sous les formes du régime de la communauté et de l'usufruit légal de l'épouse survivante. On a aussi maintenu l'institution ancestrale du droit de retour (selon la maxime « *paterna paternis, materna maternis* »), toujours dans le domaine du droit des successions. À côté de ce *Projet*, une autre source du droit était la coutume. La loi relative au pouvoir judiciaire porte témoignage de cette caractéristique en précisant que « les juges devront procéder et prononcer conformément à la loi et à la *coutume légale*<sup>63</sup> » (§ 19 de la loi IV de 1869).

Il est très instructif de regarder brièvement l'influence de l'École allemande des pandectistes sur la responsabilité objective. Le projet de 1900, suivant le *BGB* — mais ne se fondant pas sur sa traduction servile — a réglementé la responsabilité d'après son caractère délictuel. Le § 1846 du projet de 1913 suivant le premier projet du *BGB* (1887) a déjà cédé du terrain à la théorie de la réparation objective du préjudice. Le § 1737 du *Projet* du Code Civil de 1928 (en hongrois *Magánjogi törvényjavaslat — Mtj*) réglementant la responsabilité à caractère équitable (*Billigkeitshaftung*), suit essentiellement le deuxième projet (*Zweiter Entwurf*) du *BGB* — de manière indirecte — lorsqu'il permet que la théorie objective de la responsabilité réparatrice prévale subsidiairement. Le § 1737 adopte le principe général de la réparation équitable en cas de dommage causé involontairement.

En caractérisant le *Projet de 1928*, il faut souligner son caractère progressiste et moderne. De ce point de vue, on peut rappeler la responsabilité élargie pour le préjudice moral (§ 1114), qui témoigne de l'influence de la jurisprudence franco-suisse. Les rédacteurs de ce *Projet* avait aussi adopté l'idée, puisant dans la jurisprudence allemande, selon laquelle certaines circonstances économiques pourraient rendre impossible l'exécution du contrat (§ 1150, la théorie dite de l'« imprévision »).

Le premier Code civil hongrois ne date que de l'an 1959 et fut mis en vigueur le 1<sup>er</sup> mai 1960 (loi IV de 1959).

**6. L'enseignement du droit romain (du droit privé) en Hongrie.**<sup>64</sup> Les étudiants hongrois dont les maîtres étaient les glossateurs ont fait connaissance avec la Codification justinienne, ainsi qu'avec les interprétations que ces glossateurs ont liées à cette Codification ou Compilation, et ont rapporté avec eux ces connaissances dans leur pays. C'est pour cela que dans la pratique documentaire hongroise, au cours des dernières décennies du XIII<sup>e</sup> siècle se trouvent tant de tournures d'origine du droit romain.

À une époque plus tardive, au cours du XIV<sup>e</sup> siècle, le droit romain, que les étudiants hongrois avaient étudié à Bologne et dans les autres villes italiennes, n'était point le droit justinien. Les commentateurs (postglossateurs) leur ont permis d'étudier le droit créé par eux dont le droit romain n'était qu'un élément, même s'il était sans doute l'élément le plus important.

Au cours des siècles suivants, l'enseignement du droit romain à l'étranger était aux mains des adhérents de l'École Humaniste. Ceux-ci ont enseigné aux étudiants hongrois poursuivant leurs études dans les universités italiennes, allemandes, françaises ou dans d'autres universités les éléments du droit romain. La méthode de l'enseignement de l'École Humaniste n'était certainement pas celle des glossateurs ou des commentateurs (postglossateurs).

Par conséquent, quand on s'occupe de l'influence que le droit romain a exercé sur le droit hongrois médiéval, on ne doit pas perdre de vue tout cela. Dans le domaine de ces recherches, on ne doit pas penser qu'au droit que la Codification (Compilation) de Justinien renferme, par lequel on entend plutôt ce « *corpus iuris* » que les glossateurs, puis les commentateurs (postglossateurs) et les humanistes

---

<sup>63</sup> Dans le système juridique hongrois, il existait divers degrés de coutume. On distinguait la coutume légale, la coutume provenant de la pratique des autorités gouvernementales, la coutume provenant de la pratique des corps autonomes et la coutume judiciaire. La coutume légale émanait tout d'abord des actes de la législation. Pour en donner deux exemples: le *Tripartitum* de Werbőczy et les *Règles Judiciaires Provisoires* de 1861, tous les deux dépourvus des formalités strictes de la législation. Voir MOÓR J., « Les diverses sources du droit, leur équilibre, et leur hiérarchie dans le système juridique hongrois », *Acta Juris Hungarici* 1 (1932).

<sup>64</sup> MÓRA M., « Über den Unterricht des römischen Rechts in Ungarn in den letzten hundert Jahren », *RIDA* 11 (1964); PÓLAY E., *A római jog oktatása a két világháború között Magyarországon (1920–1944)* (*L'enseignement du droit romain en Hongrie entre les deux Guerres mondiales (1920–1944)*), Szeged, 1972; HAMZA G., « A római jog oktatásának és művelésének történetéhez egyetemünkön (Contribution à l'histoire de l'enseignement et de la science du droit romain à notre université) », *AUB* 26 (1984).

ont enseigné comme droit romain, en s'appuyant sur le droit justinien. On doit juger autrement les influences qui ont prévalu aux premiers siècles de l'époque moderne et plus tard à la suite des recherches de l'École des pandectistes allemande et puis celles de la *Interpolationenkritik* développée au début du XXe siècle, dans l'évolution du droit hongrois. À ce propos, la pénétration des éléments du droit romain dans le droit hongrois est déjà tellement métastatique qu'il semble un peu difficile de savoir si l'influence romaine subsiste dans un sens plus étroit.

En Hongrie, le droit romain fait sans cesse l'objet d'un enseignement depuis la fondation, en 1667, de la faculté de droit de l'Université de Nagyszombat (Tyrnavia, Trnava, aujourd'hui en Slovaquie). Le premier professeur de droit romain de l'université était Ádám Takács (Textor). Les premiers travaux scientifiques subsistants (1691—1695) viennent d'Ernő Frigyes Someting. Entre 1733 et 1749, János József Rendek, l'auteur du plus ancien manuel de droit romain (1734) en Hongrie a déployé un travail doctrinal considérable.

L'enseignement universitaire à Nagyszombat (après 1777 à Buda, puis enfin à Pest [Budapest]) a pendant longtemps été basé sur les commentaires des *Institutiones* et du *Digeste* rédigés par des auteurs étrangers. Le premier manuel en langue hongroise, *Római magánjog (Droit romain privé)*, dont l'auteur est János Henfner (1798—1856) professeur à l'Université de Pest, fut publié en 1855—1856.

C'est Pál Hoffmann (1830—1907), fidèle de Savigny, qui a enseigné le droit romain au niveau européen au cours de la deuxième moitié du XIXe siècle comme « droit de modèle, qui pourrait constituer la base du droit codifié ». À cette époque, l'enseignement du droit romain se divisait en deux parties : les cours des *Institutes* qui contenaient l'histoire et un petit résumé du droit romain, et les cours des pandectes, synonyme au début du droit des pandectes allemand. Alajos Bozóky (1824—1919), professeur de l'Académie de droit à Nagyvárad (Oradea aujourd'hui en Transylvanie, en Roumanie), a écrit son manuel des *Institutes* et des *Pandectes* conformément à l'enseignement habituel du droit romain au XIXe siècle. Une partie des autres spécialistes du droit romain — comme les fidèles de Savigny : Pál Hoffmann, professeur à Budapest et Lajos Farkas (1842—1921), professeur à Kolozsvár (Cluj, aujourd'hui en Transylvanie, en Roumanie) — a mis l'accent sur l'histoire du droit, tandis que les autres ont présenté le droit romain suivant la science pandectiste moderne (mais ils n'enseignaient plus le droit des pandectes allemand), comme les fidèles de Jhering, Gusztáv Szászy-Schwarz, professeur à Budapest et Mór Kiss (1857—1945), professeur à Kolozsvár, qui ont ainsi définitivement rapproché la matière de la codification justinienne de la pratique judiciaire. Tamás Vécsey (1839—1912), professeur de l'Université de Budapest se situait entre ces deux tendances. L'étude des sources par les étudiants était facilitée par la grande œuvre — malheureusement inachevée — de Károly Helle (1870—1920), professeur également à Budapest, sur les sources du droit romain<sup>65</sup>.

Après la Première Guerre mondiale, la dualité des cours portant sur les *Institutes* et sur les *Pandectes* n'a pas survécu, et l'on n'enseignait plus que les *Institutes* du droit romain. De la même façon, la division en deux parties de la science juridique romaine était également éliminée. À partir de ce moment, la dogmatique du droit romain a été enseignée par Géza Marton (1880—1957) avec une approche historique. Il était un spécialiste reconnu dans toute l'Europe du domaine de la responsabilité du droit civil, son manuel servant de base à l'enseignement du droit romain dans presque toutes les universités et académies de droit en Hongrie, pendant environ quatre décennies.

Le grand maître hongrois de la critique d'interpolation était Kálmán Személyi (1884—1946), professeur à Szeged et à Kolozsvár. Avant la Seconde Guerre mondiale, les professeurs du droit romain étaient : Albert Kiss (1873—1937), Nándor Óriás (1886—1992), Zoltán Pázmány (1869—1948), Márton Szentmiklósi (Kajuch) (1862—1932) et Zoltán Sztehlo (1889—1975). Pázmány et Sztehlo s'occupaient également de la papyrologie juridique, comme Géza Kiss (1882—1970), professeur de droit romain à Nagyvárad (Oradea, aujourd'hui en Roumanie) dans les années précédant la Première Guerre mondiale, puis à Debrecen, et András Bertalan Schwarz (1886—1953) enseignant dans les universités de Zurich, de Fribourg (Freiburg im Breisgau) et puis d'Istanbul après la Première Guerre mondiale.<sup>66</sup>

Nous mentionnons enfin Károly Visky (1908—1984), Róbert Brósz (1915—1994), Elemér Pólay (1915—1988) et György Diószdi (1934—1973) parmi les spécialistes hongrois les plus réputés du droit romain après la Seconde Guerre mondiale.<sup>67</sup>

<sup>65</sup> Sur Pál Hoffmann et Tamás Vécsey voir HAMZA G., *JK* 35 (1980) et 40 (1985).

<sup>66</sup> Sur Géza Marton voir le volume: *Tanítványok Marton Gézáról (Des disciples sur Géza Marton)* (red. HAMZA G.), Budapest, 1981; sur Nándor Óriás voir GÁTOS Gy., *JK* 47 (1992); sur András Bertalan Schwarz voir HAMZA G., *JK* 34 (1979).

<sup>67</sup> Sur Károly Visky voir HAMZA G., *JK* 39 (1984); sur Róbert Brósz voir le volume: *Flosculi professori R. Brósz oblati*, (red. FÖLDI A.) Budapest, 1990 et HAMZA G., *JK* 49 (1994); sur Elemér Pólay et György Diószdi voir HAMZA G., *AnnUB* 32 (1991) et *JK* 39 (1984).

## § 8. Les États balkaniques et les principautés danubiennes (la Roumanie), la Bessarabie (la République moldave)<sup>68</sup>

**1. Aperçu général<sup>69</sup>.** Le droit romain a été transmis par l'Empire byzantin et son système juridique. Sur le territoire de la Bulgarie, de la Serbie et de la Roumanie actuelles, l'*Eklogê tôn nomôn* et le *Nomos geōrgikos* exerçaient également une grande influence sur l'évolution juridique, ainsi qu'à partir du XIV<sup>e</sup> siècle, l'*Hexabiblos* et le *nomocanon* (recueil de règles juridiques ecclésiastiques et laïques) du moine grec Matthaios (Mathieu) Blastarès, *Σύνταγμα τῶν θεῶν καὶ ἱερῶν κανονῶν* ('recueil des lois divines et saintes') dit aussi *Σύνταγμα κατὰ στοιχείων* (*Syntagma kata stoicheion*, 'recueil en ordre alphabétique') réparti en 24 chapitres et rédigé en 1335, qui contient les lois les plus importantes du *Procheïron* et des *Basilika* regroupées par ordre alphabétique.<sup>70</sup>

L'accueil des codes byzantins dans les États balkaniques a été facilité par leur caractère général : d'une part, ils ne séparent pas le fond des droits procéduraux et les règles régissant la structure juridictionnelle, et d'autre part, ils règlent communément le droit privé avec les droits fiscal, pénal et canonique.

Les systèmes juridiques des États des Balkans étaient caractérisés par la pluralité. Trois « droits » étaient en application à la fois : le droit impérial, c'est-à-dire le droit romano-byzantin, le droit canonique et le droit coutumier, voire local. Une autre particularité était — particulièrement dans l'Empire byzantin — que les cours appliquaient souvent à la fois le droit séculier et le droit canonique.

---

<sup>68</sup> En général sur les pays balcaniques: ANDRÉEV M., « Le droit romain et l'Eclogue slave (Quelques considérations sur les écarts de l'Eclogue slave du droit romain) », In: *Bartolo da Sassoferrato. Studi e documenti per il VI centenario* I. Milano, 1962; SOLOVIEV A. V., « Der Einfluss des Byzantinischen Rechts auf die Völker Osteuropas », *ZSS RA* 76 (1959); PANTZAPOULOS N. J., *Church and Law in the Balkan Peninsula during the Ottoman Rule*, Thessaloniki, 1967; *Le droit romano-byzantin dans le Sud-Est européen. (Volume collectif.) Etudes balkaniques* 10 (2003); TSOURKA-PAPASTATHI D., « Les institutions du droit privé: Mécanismes d'équilibre entre systèmes des droits concourants et concurrents. », In: *Dossiers byzantins 2: Byzantina-Metabyzantina: La périphérie dans le temps et l'espace. XXe Congrès international des études byzantines, Paris, 19—25 août 2001*, Paris, 2003. — Sur Bulgarie voir: GANEFF V., « Le droit byzantin et l'ancien droit d'obligation bulgare », In: *Studi in memoria A. Albertoni* III, Padova, 1938; PAPASTATHIS Ch. K., « Zur Verbreitung der „Hexabiblos“ des Harmenopulos im slawischen Raum », *Balkan Studies* 17 (1976) Thessaloniki; TCHOLOV R., « Le droit romain en Bulgarie médiévale: diffusion, pénétration, confusion ou interaction? », In: *Roma Costantinopoli Mosca* I, Napoli, 1983; TAPKOVA-ZAIMOVA V., *Les idées de Rome et de la Seconde Rome chez les Bulgares*, *ibidem*. — Sur la Serbie voir: ZOCCO-ROSSA A., « Influssi di diritto romano su una legislazione slavo-serba », In: *Mélanges G. Cornil*, II, Gand — Paris, 1926; PÉRITCH J., « L'influence du droit germanique sur le droit privé des peuples yougoslaves », In: *Recueil E. Lambert* II, Paris, 1938; BLAGOJEVIC B.T., « L'influence du Code civil sur l'établissement du Code civil serbe », *RIDC* 6 (1954); SZALMA J., « Geltung und Bedeutung der Kodifikationen Österreichs, Serbiens und Montenegros im ehemaligen Jugoslawien », *ZNR* 16 (1994). — Sur la Roumanie voir: CARRA J.-L., *Histoire de la Moldavie et de la Valachie*, Jassy, 1777; ALEXANDRESCO D., *Droit ancien et moderne de la Roumanie. Étude de législation comparée*, Paris—Bucarest, 1889; IORGA N., *La survivance byzantine dans les pays roumains*, Bucarest 1913; NICOLAU M. G., « Les dispositions d'origine romano-byzantine dans le code civil roumain », In: *Mélanges P. Fournier*, Paris, 1929; CONSTANTINESCU L. J., « Roumanie », In: *Travaux de la Semaine internationale de droit. L'influence du code civil dans le monde*, Paris, 1954; VENIAMIN M. V., « Roumanie », *ibidem*; ZEPOS P. J., « L'influence du droit byzantin sur la législation roumaine de la période des princes phanariotes », In: *Studi in memoria di P. Koschaker*, I, Milano, 1954; ZEPOS P. J., « Byzantine Law in the Danubien Countries », *Balkan Studies* 7 (1966) Thessaloniki; CRONT G., « La réception du droit romano-byzantin dans les Pays Roumains », *Nouvelles Études d'Histoire* IV, Bucarest, 1970; CISMARESCU M., *Einführung in das rumänische Recht*. Darmstadt, 1981; GIONEVA V., « Le Code Calimache », In: *Velké kodifikace*, I, Praha, 1989; ZLATESCU V. D.— MOROIANU ZLATESCU I., « Le droit roumain dans le grand système romano-germanique », *RIDC* 43 (1991). LEMNY S., *Jean-Louis Carra (1742—1793). Parcours d'un révolutionnaire*, Paris, 2000; CORBEA-HOISIE A., *La Bucovine. Éléments d'histoire politique et culturelle*, Paris, 2004.

<sup>69</sup> Sur l'histoire des pays des Balkans, voir: CASTELLAN G., *Histoire des Balkans, XIV<sup>e</sup>—XX<sup>e</sup> siècles.*, Paris, 1991.

<sup>70</sup> Sur le *Syntagma* de Blastarès voir SOLOVIEV A., « L'œuvre juridique de Mathieu Blastarès », *Studi Bizantini* 5 (1939).

La réforme judiciaire de 1329, unifiant les cours séculières avec celles ecclésiastiques, a encore renforcé ce type d'application des deux droits.

**2. La Bulgarie.** En Bulgarie, pendant le premier Empire bulgare (681—1018), bien qu'en 864 le pape Nicolas I (858—867) ait envoyé des lois romaines (*leges Romanorum*)<sup>71</sup> pour le peuple converti à la religion chrétienne (*Responsa Nicolai papae I ad consulta Bulgarorum*)<sup>71</sup>, le droit bulgare subissait essentiellement l'influence du droit romano-byzantin. D'une part, l'*Eklogé* — par sa traduction en ancien bulgare — était la source du recueil de lois le plus ancien, *Закон судний людем* (*Zakon soudnii loudiem* 'loi pour juger le peuple laïque') du IX<sup>e</sup> siècle, d'autre part, le *nomocanon* de Ioannes Scholastikos, le *Συναγωγή* (*Synagógé* 'recueil') exerçait une influence fondamentale. Sous le deuxième Empire bulgare (1185—1396), la version bulgare du *Syntagma* était surtout utilisée à côté des droits coutumiers.

C'est à l'occasion de son couronnement (913) que l'empereur Simeon Ier (893—927) a également pris le titre de tsar — évoquant l'idée d'Empire — comme co-souverain de l'Empire byzantin. Les tsars bulgares ultérieurs se croyaient héritiers directs de Byzance (et héritiers indirects de Rome), ils ont donc appelé la capitale du pays, Trnovo, « nouvelle Rome ». Sous l'occupation ottomane de près de quatre cent ans, l'Église orthodoxe, jouissant d'une large autonomie, a utilisé le *Syntagma* et l'*Hexabiblos*. Le code *Medgellê* entré en vigueur en 1867 sur le territoire de la Bulgarie actuelle, a voulu coordonner le droit islamique avec les principes des droits européens (surtout avec ceux du Code civil français et du *Code de commerce* français), ne se basant pas directement sur le droit romain. Après l'obtention de l'indépendance, ce sont essentiellement le *Codice civile* italien de 1865, et dans une moindre mesure le *Código civil* espagnol qui ont servi de modèles aux lois de 1892 (relatives au droit des obligations) et de 1904 (relative au droit des biens) — codifiant ainsi certaines parties du droit privé bulgare. Les lois plus récentes adoptées en 1950—1951 représentent encore la tradition juridique romaine transmise par les deux codes mentionnés ci-dessus dans les domaines du droit des obligations et du droit des biens.

**3. La Serbie.** Le droit romano-byzantin a toujours été fortement présent sur le territoire de la Serbie devenue autonome vers 1180. L'indépendance de l'État serbe s'affirma avec la dynastie des Niémanides (1170—1371), fondée par Stéphane Niemanja. Son fils, Sava créa une Église orthodoxe serbe autonome qui fut l'appui de l'État. L'État serbe s'étendit vers le sud et atteignit son apogée sous le tsar Étienne Douchan (1331—1355) qui créa le patriarcat serbe. Les influences romaines en Serbie apparaissaient surtout dans le domaine du droit public, mais les *nomocanons* serbes contenaient également le *Procheiron*, concernant principalement le droit privé. Les deux premières parties du code publié en 1349 par Étienne Douchan (*Dušanov Zakonik*) sont formées par le *Syntagma* de Matthaios (Mathieu) Blastarès et le résumé du *Nomos geórgikos* en langue serbe. Une grande partie des règles du *Zakonik*, dont les dispositions pénales se basent également sur le *Procheiron*, est restée en vigueur même après la conquête ottomane (1459).

L'importance des traditions de droit public est montrée par le fait que les souverains serbes utilisaient déjà le titre d'empereur (plus précisément le titre de *samodržac* équivalant du *αυτοκράτορ* [*autokratôr* 'empereur'] byzantin) au début du XIII<sup>e</sup> siècle. Pourtant en 1346, Étienne Douchan s'est fait couronner « empereur de toute la Serbie et de toute la Grèce ».

En 1829 déjà, G. Zachariades a été mandaté pour la codification du droit privé serbe, mais son projet n'a pas obtenu force de loi. Enfin en 1844, le Code civil serbe, suivant le système (plan) des *Institutes* était promulgué. Ce code était surtout le travail de J. Hadžic (1799—1869) et de V. Lazarević, et prenait aussi bien l'*ABGB* que le Code civil français comme modèles. Ce sont ces travaux de révision qui ont mené au projet de code civil de 1914, reflétant l'influence de l'École des pandectistes dans son esprit, et celle du *BGB* et du *ZGB* dans sa partie sur le droit des biens. Publiés en 1935, les « fondements » du nouveau code civil, destiné à entrer en vigueur dans tout le royaume yougoslave, puis la loi fédérale yougoslave relative au droit des obligations adoptée en 1978, suivent essentiellement les traditions de la codification occidentale, enracinées dans le droit romain.

**4. Le Monténégro.** Nous trouvons souvent des règles correspondant au droit romain dans le *Code général des biens* pour la principauté de Monténégro (*Opšti imovinski zakonik za Knjaževinu Crnu Goru*) (1888), dit aussi Code civil du Monténégro, qui comprend essentiellement le droit coutumier slave méridionale archaïque, et dont les règles juridiques (*regulae iuris*), situées à la fin du code, sont le plus souvent d'origine romaine. Le rédacteur de ce code était B. Bogišić (1834—1908), juriste et sociologue éminent, président de l'Institut International de Sociologie à partir de 1902. Le code, qui est resté en vigueur — même après la perte de l'indépendance du Monténégro, devenu royaume à partir de 1910, en 1918 — jusqu'en 1946, fut préparé en grande partie à Paris.

**5. Les principautés danubiennes (la Roumanie).** Dans les principautés danubiennes, devenues de vrais États aux XIII—XIV<sup>e</sup> siècles, l'influence du droit romano-byzantin (*ius Graeco-Romanum*) ne

<sup>71</sup> Voir: DUJČEV I., « Responsa di papa Niccolò I di Bulgari neoconvertiti », *Aevum* 47 (1968).

se manifesta que tardivement. Après l'expulsion des Tartares, la Valachie est devenue un fief du roi hongrois, et la Moldavie du roi polonais, puis de l'Empire Ottoman à partir des XVe—XVIe siècles. Le *Nomokanon* de Manuël Malaxas (1561—1563), version augmentée et développée (déjà groupée thématiquement) du *Syntagma kata stoicheion* (*Recueil de lois alphabétique*) de Blastarès, était une source juridique estimée dans les deux principautés.

Les souverains roumains (voïvodes ou hospodars) ont également exprimé leurs prétentions de monarque : le voïvode de Moldavie, inspiré du modèle byzantin (par le truchement bulgare), se désignait déjà en 1337 par l'équivalent du mot slave *αυτοκράτωρ*. Au XVIIe siècle, les travaux suivants montrent l'influence du droit romano-byzantin : la première partie du code du souverain moldave, Vazil Lupu, qui contient en grande partie des règles pénales, (*Carte românească de învățătură de la pravilele împărătești*, 1646), englobe le *Syntagma* et le *Nomos geórgikos*; puis le *nomocanon* du voïvode de Valachie, Matej Bazarab (*Indreptarea legei*, 1652) qui règle le droit privé, ainsi que le droit pénal et le droit agraire.

Au début du XVIIIe siècle, lorsque l'Empire ottoman, véritable survivant irréfutable du Moyen Âge, adoptera une attitude défensive face aux nouveaux Empires du Nord du Danube, à savoir l'Empire russe et l'Empire des Habsbourg, il ne portera aucune atteinte à l'autonomie, ni à la souveraineté des principautés danubiennes. Les deux principautés roumaines, tout en n'ayant pas droit à des princes autochtones — la Moldavie à partir de 1711 et la Valachie à partir de 1716 — seront toujours dirigées par des chrétiens, le plus souvent par des Grecs issus des familles de Constantinople, notamment du quartier « Phanar » (les princes pharaniotes), bien vus par le gouvernement de l'empereur ottoman.

Au XVIIIe siècle, le projet de code complexe *Νομικον πρόχειρον* (*Nomikon procheiron*) à côté des textes des *Basilika*, de l'*Hexabiblos* et du *Syntagma*, emprunte directement aux *Institutiones* de Justinien et du *Codex Iustinianus*. Le rédacteur de ce projet, M. Photeinopulos, dit aussi le « Bartole de Valachie », n'a pas encore pris en considération l'évolution de la science juridique européenne. Mais au début du XIXe siècle, en Moldavie, le code civil du prince Scarlat Kallimachos de 1817 (Κώδιξ πολιτικός [*Kódix politikos*] ou *Codex Callimachos*) montre déjà l'influence de l'*ABGB* autrichien à côté des *Basilika*. En revanche, le *code de Caragea*, prince de Valachie, en 1818 (*Νομοθεσία* [*Nomothesia*] ou *Cod Caragea*) n'est autre que la version réduite des *Basilika* selon le système de l'*Hexabiblos*.

Le Code civil roumain promulgué en 1865, reprenant le système (plan) des *Institutes*, était influencé par le Code civil français, le projet de Giuseppe Pisanelli du *Codice civile* italien de 1865, et la loi belge relative aux sûretés et à l'hypothèque (1851). Mais le Code civil roumain emprunte également aux anciens codes (*Codex Callimachos* et *Code Caragea*) et pour plusieurs institutions juridiques, ses rédacteurs ont directement utilisé le droit romain comme source. En 1940, le projet du nouveau code civil roumain reflète l'influence de l'École allemande des pandectistes et celle du *BGB* allemand. Mais ce projet n'est jamais entré en vigueur. Il faut noter que le Code civil roumain de 1865 n'a pas été mis hors de vigueur — formellement — à l'époque dite socialiste.

A l'heure actuelle, en Roumanie on prépare un nouveau code civil.

**6. La Bessarabie.** En Bessarabie, intégrée à l'Empire russe en 1812, les règles de l'*Hexabiblos* continuaient à rester en vigueur. C'est pourquoi le droit romano-byzantin était directement utilisé jusqu'en 1928, année de l'entrée en vigueur du Code civil roumain de 1865.

Le territoire de la Bessarabie, dont une grande partie se trouve en République moldave, faisait partie de la Roumanie à l'époque de l'entre deux guerres, ainsi qu'entre 1941 et 1945.

## § 9. La Russie, l'Union soviétique et les pays baltes

**1. Les traditions juridiques byzantines.** Le droit romain a pénétré sur la terre russe par le biais des relations commerciales menées avec Byzance d'une part, et par le truchement de l'Église orthodoxe d'autre part. Sur le territoire du Grand Duché de Kiev, les éléments du droit romano-byzantin étaient connus surtout par le *Zakon soudnii lioudiem*. Outre le *Synagoge*, l'œuvre de grande notoriété de Ióhannés Scholastikos, aucun autre travail de droit romano-byzantin n'a été traduit. Le *nomocanon* de Phótios, contenant le *Procheiron* et aussi l'*Eklogé*, a été publié à l'époque du morcellement dû à l'invasion des Tartares, en 1272, lors du synode convoqué à Vladimir. La traduction russe du *Nomos geórgikos* est parue au début du XIVe siècle. Mais il est probable que ces sources juridiques byzantines n'aient été utilisées que par l'Église orthodoxe.

Dans les rapports internationaux, le titre de tsar russe a été utilisé pour la première fois en 1473 par Ivan III (1462—1505), après son mariage avec Sophia Palaiologia, nièce de Constantin XI, dernier empereur byzantin. Le plus important représentant de l'idéologie considérant Moscou comme l'héritier de Byzance, était le moine Filofej (Philotheos) de Pskov, vivant au début du XVIe siècle. À partir de la *Novelle VI* de Justinien, il a élaboré la théorie de l'unité (συμφωνία [*symphônia*] ou священная сугубица [*sviachtchennaia sougoubitsa*]) du pouvoir ecclésiastique (*sacerdotium* ou

*ἱεροσυνή* [*hierosynē*]) et du pouvoir laïque (*imperium* ou *βασίλεια* [*basileia*]) qui signifiait en même temps la sujétion de l'Église au souverain (césaro-papisme). Maximilien Ier (1493—1519) empereur du Saint Empire romain, reconnaissait déjà le titre de tsar lors du règne de Basile III (1505—1533), mais le patriarche byzantin a imposé une condition : le couronnement d'Ivan IV le Terrible (1533—1584) selon le rite byzantin (1547).<sup>72</sup>

Moscou, capitale où le métropolite russe a été élu pour la première fois en 1448, est devenu centre administratif ecclésiastique autonome (autocéphale) en 1589, après la signature de la *Charte constitutionnelle* adoptée au synode de l'époque par le patriarche byzantin (qui, cinquième patriarchatus orthodoxe, ne fut reconnu *de iure* qu'en 1593). Désormais, Moscou — après Byzance, la « Nouvelle Rome », donc l'héritier de l'Empire romain — se considérait comme « Troisième Rome », bien que les États européens et la papauté n'aient pas reconnu la légitimité de la transmission de l'héritage byzantin à la Russie (*translatio imperii*). Cependant, cette idée avait une grande importance dans le domaine du droit public et de la politique russes jusqu'en 1917.

Le droit romano-byzantin exerçait encore son influence sur le territoire du tsar ainsi formé. Par exemple, Ivan IV avait déjà ordonné la traduction russe du *Codex Iustinianus*. Le code de 1649 d'Aleksij Mihajlović (1649—1676), le *Соборное Уложение* (*Sobornoe Oulogénie*), comprenait également le droit romano-byzantin, outre les textes des Pères de l'Église et les édits du tsar (*oukase*), dans la mesure où son rédacteur, Nikita Odolevsky, a été chargé de choisir les meilleures lois de droit privé des empereurs byzantins pour réviser les lois du pays. Les propos du code se nourrissaient essentiellement du droit coutumier russe et du *Troisième statut lituanien* de 1588. L'influence du droit romano-byzantin y est peu perceptible, sauf dans le domaine du droit pénal.

**2. La consolidation (codification) du droit.** À partir de la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle<sup>73</sup>, plusieurs jurisconsultes (par exemple, G. A. von Rosenkamppff [1764—1832], M. M. Spéransky [1772—1839] et Mihály Balugyánszky (Michail Balugiansky) [1769—1847], professeur à l'académie de droit de Nagyvárad [Oradea] à l'époque en Hongrie, aujourd'hui en Roumanie) ont reçu des mandats pour réaliser la consolidation du droit privé russe. Mais les projets n'ont pas obtenu l'approbation des souverains. Ces travaux ont cependant abouti à la rédaction du *Свод Законов* (*Svod Zakonov* 'recueil de lois') en 15 volumes, remaniement systématique des édits précédents, en 1832.<sup>74</sup> Dans ses règles de droit privé (volume X, partie I.), plusieurs institutions juridiques étaient réglementées selon le Code civil français et les notions de Pothier. On voit également l'influence de la science juridique allemande dans le domaine des droits réels. En revanche, l'influence byzantine se réduit au droit matrimonial et au droit de la famille.

En 1882, le tsar Alexandre III (1881—1894) a nommé une commission de codification qui a publié un projet de code civil russe (*Гражданское Уложение* [*Grajdanskoie Oulojénie*]) en 1899, puis en 1903. Ce projet reflète en grande partie l'influence du *BGB* allemand. Sa structure (dispositions générales, droit de la famille, droits réels, droit des successions et droit des obligations) se base sur le système (plan) des *Pandectes*, et la partie relative au droit des obligations — élaborée selon le modèle suisse — comporte également une part importante consacrée au droit commercial. L'adoption d'un code civil proprement dit n'était pas possible à cause de la situation politique. Par conséquent, l'idée d'une codification partielle est devenue prédominante. Le projet de code (*Cinquième Livre — Pjataja Kniga*) sur le droit des obligations de 1913, par l'intermédiaire du *BGB* allemand et du *Code suisse des obligations*, reprend des institutions d'origine romaine inconnues antérieurement en Russie (par exemple l'enrichissement sans cause et la gestion d'affaires pour autrui sans mandat).

**3. La codification du droit privé au XX<sup>e</sup> siècle.** L'influence de l'École des pandectistes se reflète également dans le Code civil soviéto-russe rédigé par A. G. Gojkbarg (1883—1962) en 1922, qui est pour l'essentiel une version très abrégée des projets du Code civil tsariste, mais la même chose peut être dite des *Principes Généraux de la Législation du Droit civil* adoptés en Union Soviétique en 1961 au niveau fédéral, de même qu'en ce qui concerne les codes des républiques de l'Union, élaborés selon les *Principes* mentionnés ci-dessus. Ainsi, le Code civil *de la Fédération russe* de 1964 se rapproche du système (plan) des *Pandectes* non seulement dans sa structure, mais aussi dans la plupart de ses

<sup>72</sup> GOEZ W., *Translatio imperii. Ein Beitrag zur Geschichte des Geschichtsdenkens und der politischen Theorien im Mittelalter und in der frühen Neuzeit*, Tübingen, 1958.

<sup>73</sup> Sur le développement du système juridique russe au XVIII<sup>e</sup> siècle dans un contexte européen, voir dans la littérature récente: OMEL'CHENKO O. A., « The System of State and Law in Eighteenth-Century Russia and the Political Culture of Europe: Some Historical Interactions », *The Slavonic and East European Review* 80 (2002).

<sup>74</sup> Le *Svod Zakonov* était bien connu à l'étranger, notamment en France. Sur ce sujet voir GILARDEAU E., « Le svod Zakonov vu de France », *RHD* 81 (2003); BERNARD G., « Dire et codifier le droit selon Michel Spéransky (1772—1839) », *RFHIP* 19 (2004).

institutions et de ses principes juridiques, également influencés par le droit romain. Sur le territoire de la Fédération russe, après la promulgation des *Principes Généraux de la Législation du Droit civil* en mai 1991, les règles du Code civil de 1964 ont été abrogées, conformément à l'économie de marché.

Le nouveau code civil de la République Fédérale Russe, entré en vigueur en plusieurs parties successives à partir de 1995, porte déjà la marque du Nouveau Code civil hollandais à côté de celle du *BGB* allemand. Le Premier Livre du code comporte la partie générale (*Allgemeiner Teil*), mis en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1995. Le Deuxième Livre, qui est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> mars 1996, comprend les contrats spéciaux et les règles relatives à la responsabilité délictuelle. Le Troisième Livre du code contient le droit successoral et le droit international privé. Ce livre fut mis en vigueur le 1<sup>er</sup> mars 2002. Pareillement au nouveau *Burgerlijk Wetboek* hollandais, le Code civil russe est encore inachevé. La réglementation relative à la propriété intellectuelle n'est pas encore promulguée.

**4. Les pays baltes.** Au XIXe siècle, sur le territoire des trois pays baltes appartenant à l'Empire russe, l'influence de l'École allemande des pandectistes est reflétée par le *Code de droit privé de Livonie, d'Estonie et de Courlande* (*Liv-, Est-, und Curländisches Privatrecht*), qui prévalurent longtemps, même après la Première Guerre mondiale en Lituanie, Lettonie et Estonie. (Le *Svod Zakonov* n'était pas en vigueur sur certains territoires de l'empire du tsar, par exemple, en Pologne, en Finlande, en Bessarabie, et dans la région baltique.) Ce code d'un volume non négligeable (4600 §§), modifié plusieurs fois pendant la domination russe, est l'œuvre du pandectiste éminent, F. G. von Bunge (1802—1897). Il comprend les parties suivantes : droit de la famille, droits réels, droit des successions et droit des obligations, mais diffère du système (plan) des *Pandectes* en ce sens qu'il ne comporte pas de dispositions générales, c'est-à-dire, de partie générale (*Allgemeiner Teil*).

Sur le territoire de la Lettonie et de l'Estonie actuelles, la réception du droit romain dans son contenu a été réalisée par l'intermédiaire des colons (surtout Saxons) qui utilisaient le droit urbain (*ius municipale*) d'origine allemande. Entre les deux Guerres mondiales, l'École des pandectistes a exercé une influence, limitée, sur le Code civil de Lettonie, promulgué en 1937 et entré en vigueur en 1938.

Il est digne d'être mentionné que le Code civil, ainsi que la *Constitution de 1922* de la Lettonie ont été mis en vigueur, avec quelques modifications, en 1991, après le retour à l'indépendance du pays.

### Partie III

#### La science juridique fondée sur la tradition romaniste et celle comparative des droits de l'Antiquité en Europe

##### § 1. Les Humanistes

**1. Aperçu général.** Au XVIe siècle, sous l'influence de l'Humanisme et de la Renaissance, les représentants d'un courant expressément scientifique, la « science juridique élégante », commençaient à s'occuper des propos du droit justinien. Bien que les Glossateurs aient déjà abordé la codification de Justinien avec une exigence scientifique remarquable par rapport à leur époque, nous devons apprécier leur courant du point de vue du développement du droit vivant plutôt que de son mérite scientifique. Par contre, les Humanistes abordaient les sources — y compris les documents en langue grecque (*Novellae*) ignorés par les Glossateurs et les Commentateurs — non seulement avec une formation juridique, mais également historique et linguistique extrêmement riche. Ils ont été les premiers à avoir exprimé l'idée selon laquelle la codification justinienne n'est pas une œuvre législative homogène, mais une collection de règles juridiques rédigées à des époques différentes. La caractéristique de leur méthode est également le raisonnement rationnel et la victoire sur le principe d'autorité. C'est pourquoi ils ont ignoré les gloses et ont fait à leur place une critique historique et linguistique des textes juridiques originaux.

Le français Guilhelmus Budæus (G. Budé, 1467—1540) était le prédécesseur de l'École Humaniste, et le milanais Andreas Alciatus (A. Alciato, 1492—1550) était son initiateur, lequel peut être considéré comme l'un des professeurs les plus réputés de l'Université de Bourges.

##### 2. L'École Humaniste et l'Antiquité gréco-romaine

L'intérêt pour l'Antiquité remplit un rôle sous une forme particulièrement importante chez les représentants de l'École Humaniste. Cela ne signifie évidemment pas que l'Antiquité gréco-romaine aurait été entièrement ignorée — dans la sphère de la confrontation de plusieurs droits — durant les siècles antérieurs. Il suffit de penser ici à la *Collatio legum Mosaicarum et Romanarum* nommée *Lex Dei* au Moyen Âge qui — en tant que recueil créé probablement au tournant du Ve siècle après J.-C. —

constitue un exemple bien connu de la comparaison de droits au service de buts par excellence *pratiques* — son rôle est donc *paradigmatique*<sup>75</sup>.

Les titre et auteur véritables du recueil renfermant la matière du droit hébreu et du droit romain sont inconnus.<sup>76</sup> Cela explique que Boucaud appelle le but de la *Collatio* directement « mystique ».<sup>77</sup>

Même dans les ouvrages des Glossateurs et des Commentateurs, ou en d'autres termes Postglossateurs ou Bartolistes, on peut souvent rencontrer — surtout en fonction de buts pratiques — une confrontation des diverses constructions et concepts du droit romain de *Justinien*, du droit germanique et du droit canonique. Sans vouloir faire une analyse profonde, nous indiquons seulement qu'au XIII<sup>e</sup> siècle, Ferretti — de Ravenne — confronte le droit lombard avec le droit romain.<sup>78</sup> Même les représentants de la science juridique européenne du Moyen Âge ont joué leur rôle dans le domaine de la comparaison des droits — notamment dans la sphère des recherches comparatives reposant sur le droit romain.

Une autre question est le fait que, faute de méthode adéquate — il suffit d'indiquer ici que les différents droits sont examinés *sans* rapport de temps et d'espace — leurs analyses ne répondent guère aux critères élémentaires élaborés plusieurs siècles plus tard dans le domaine du droit comparé.

Ce manque de fondement méthodologique explique que les Glossateurs et les Commentateurs unifient sur un certain niveau élémentaire, l'étude « historique » et « comparative ». Cette interpénétration est indiquée avec justesse par Baratta : « *E altrettanto ovvio che senza tener conto della vigenza a meno di tale ordinamento in (...) determinati paesi ed epoche si può giungere ad affermare che glossatori e post-glossatori attuarono una 'felice' combinazione dello studio 'storico' e 'comparato' ».*<sup>79</sup>

C'est dans les ouvrages des juristes appartenant à l'École Humaniste que l'on peut rencontrer pour la première fois l'exigence de l'analyse du rapport entre le droit romain et les droits de la Méditerranée antique. C'est aux XVI<sup>e</sup> et XVII<sup>e</sup> siècles, à l'époque de la Renaissance, que s'intensifie dans toute l'Europe l'intérêt pour l'Antiquité, pour les œuvres des auteurs antiques. On trouve cet intérêt, à l'échelle européenne, le plus tôt en Italie, ce sur quoi Burckhardt attire l'attention<sup>80</sup> sous une forme très expressive. En effet, les signes de l'intérêt porté à l'Antiquité grecque se trouvent déjà à l'époque de Boccace et de Pétrarque. Boccace fut le premier à traduire en langue italienne les épopées d'Homère.

L'intérêt pour la culture grecque s'accompagne vite de l'attirance vers l'orientaliste. La reconnaissance de l'importance des littératures et des sciences arabes et hébreuses est illustrée en Italie par l'œuvre de Gianozzo Mannetti (Florence) ou par l'œuvre du néo-platonicien Pico della Mirandola, opérant aussi à Florence.<sup>81</sup> L'intérêt porté à l'Antiquité classique, dont le représentant le plus important, Pétrarque, « découvre » d'ailleurs Cicéron pour son époque,<sup>82</sup> se complète par l'exigence de la reconnaissance entière de l'« *orbis terrarum* », constituant le fondement d'un tel intérêt des savants — et — des juristes aussi. On peut ramener à l'influence de Pétrarque le fait que les juristes réputés du XVI<sup>e</sup> siècle, Alciatus, Cuiacius, Hotomannus — et on pourrait y classer même Dionysios Gothofredus — prêtent une si grande attention à l'analyse des œuvres de Cicéron.<sup>83</sup>

Selon la constatation de Volterra<sup>84</sup>, les recherches qui ne se bornent pas seulement au terrain du droit romain, jouent également un rôle de plus en plus grand au temps de la Renaissance dans le domaine de la science du droit civil. La confrontation des droits connus de l'Antiquité, ainsi que du droit hébreu toujours en vigueur, passe au premier plan avec le droit romain. Au XVI<sup>e</sup> et surtout au XVII<sup>e</sup>

---

<sup>75</sup> Voir DIÓSDI Gy., « A jogösszehasonlító módszer alkalmazásának hasznáról az ősi római kutatásokban, (Sur l'utilité et les dangers de l'application de la méthode comparative dans les recherches concernant le droit romain archaïque.) », *Acta Facultatis Politico-Juridicae Universitatis de Rolando Eötvös nominatae*, X (1969), p. 134; HOHENLOHE C., *Vergleichende Rechtslehre*, p. 8.

<sup>76</sup> GUARINO, *Guida allo studio*, pp. 146 à 148.

<sup>77</sup> BOUCAUD Ch., « Les perspectives historiques et philosophiques du droit comparé », In : *Recueil Lambert*, I., Paris, 1938, p. 302.

<sup>78</sup> Voir SCHNITZER A.F., *Vergleichende Rechtslehre*, I., Basel, 1961, p. 136.

<sup>79</sup> BARATTA G., *Corso di diritto privato-comparato. Parte generale*, Napoli, 1953, p. 17.

<sup>80</sup> Cf. BURCKHARDT J., *Die Kultur der Renaissance in Italien*, Hrsg. Von HEINEMANN L., Berlin, 1928. Voir spécialement le 3<sup>e</sup> chapitre de ce livre (« *Die Wiedererweckung des Altertums* »).

<sup>81</sup> Voir BURCKHARDT J., *Die Kultur der Renaissance...*, p. 196 et sqq.

<sup>82</sup> Voir KLINGER F., *Römische Geisteswelt*, München, 1965, p. 684 et sqq. et CLASSEN C.J., « Cicerostudien in der Romania im 15. und 16. Jahrhundert », In : *Cicero, ein Mensch seiner Zeit*, Hrsg. Von RADKE G., Berlin, 1968, p. 198 et sq.

<sup>83</sup> Voir COSTA I., *Cicerone giureconsulto*, I., Bologna, 1927, p. 4.

<sup>84</sup> Voir VOLTERRA E., *Diritto romano e diritti orientali*, Bologna, 1937, p. 3.

siècles, paraissent de nombreuses œuvres où les auteurs s'efforcent d'examiner les diverses institutions du droit hébreu et de les caractériser dans leurs traits principaux.<sup>85</sup>

Une partie considérable des romanistes ne limitent pas leurs recherches, au cours de ces siècles, à la seule analyse de la matière du *Corpus Iuris Civilis* et du droit canonique, mais, tenant compte souvent à la fois des sources de droit romain et d'autres que le de droit romain, ils élargissent extraordinairement leurs recherches par rapport à l'époque antérieure.<sup>86</sup> On trouve déjà au XVI<sup>e</sup> siècle le phénomène général des humaniste-philologues s'intéressant à l'Antiquité — et notamment à l'Antiquité tardive — comme Lorenzo Valla et Angelo Poliziano — qui acquièrent la connaissance de la langue grecque et appliquent les méthodes philologiques au *Corpus Iuris Civilis*.<sup>87</sup> Cet aspect se présente sous une forme particulièrement suggestive chez Alciatus dont provient la proposition relative à la connexion organique du droit et des « *bonae litterae* ». <sup>88</sup>

La recherche scientifique du droit romain constitue évidemment une partie de la Renaissance.<sup>89</sup> Le droit devient encore plus une partie organique de la Renaissance grâce à l'élargissement en grande mesure du terrain des recherches juridiques. Cet élargissement découle fondamentalement de l'apparition de l'aspect comparé. Mais la condition préalable en est la méthode de l'induction de Francis Bacon, et le fait que les enquêtes scientifiques — pas seulement parmi les spécialistes du droit — conçoivent la Méditerranée comme une sorte d'unité.<sup>90</sup> Quant à cette dernière condition, il suffit de mentionner l'ouvrage de Melanchton, *Oratio de legibus*, qui touche en substance la thématique de la *receptio* : Melanchton suppose que les athéniens ont emprunté le droit égyptien alors que les romains se sont inspirés du droit hellénique.<sup>91</sup>

Un coup d'oeil sur un terrain plus large caractérisant les adhérents de l'École Humaniste explique comment François Hotman est arrivé à la critique du droit romain de Justinien dès la deuxième moitié du XVI<sup>e</sup> siècle. Hotman, comme Leibniz un siècle plus tard,<sup>92</sup> souhaitant la codification, apprécie beaucoup le droit romain dans sa forme justinienne.<sup>93</sup> Dans son ouvrage *Antitribonianus sive dissertatio de studio legum*, publié en 1574, il est « *nationalpolitisch engagierter Kritiker des justinianischen Rechts* » (Wieacker).<sup>94</sup> Le savant juriste, déménageant de Bourges à Paris, écrit ce projet original<sup>95</sup> sous l'inspiration de conversations poursuivies avec le chancelier Michel de L'Hôpital. Le pamphlet de Hotman *l'Antitribonian* est une importante étude de droit politique qui traite des études juridiques et de la réforme des lois en vigueur.

La proposition d'Hotman se réfère en substance à ce que le droit romain, allié au droit coutumier local, pourrait signifier le début de la codification nationale, ce qui indique également que pour lui le droit romain garde toute son importance<sup>96</sup>, même postérieurement à la codification. Le penseur « spontané » Hotman<sup>97</sup>, adversaire du mouvement du *mos (iura docendi) italicus*, s'efforce au fond de découvrir le droit romain classique et les études de Cicéron lui servent pour cela de modèle.<sup>98</sup> Hotman semble voir en effet deux droits romains : d'une part le droit romain classique à découvrir par

<sup>85</sup> Voir l'énumération de ces ouvrages dans: VOLTERRA G., *Diritto romano...*, p. 4 et sq, p. 1.

<sup>86</sup> Voir VOLTERRA G., *Diritto romano...*, p. 6.

<sup>87</sup> Voir SAVIGNY C.F., *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*, VI., Berlin, 1831, p. 374 et sqq. Nous mentionnons ici que Lopenzo Valla est l'auteur d'une dissertation historique, dans laquelle est détruite la légende de la « donation constantinienne ». C'est Hutten qui a publié en 1517 cette dissertation. Cf. GRAVIER M., *Luther et l'opinion publique*, Paris, 1942.

<sup>88</sup> Voir VOGT H., *Franciscus Duarenus*, Köln, 1971, p. 38., p. 3. Cf. encore HÜBNER H., « Jurisprudenz im Zeitalter des Humanismus », In : *Festschrift Larenz K.*, München, 1973, p. 44 et sqq.

<sup>89</sup> Voir COING H., « Gemeines Recht und Gemeinschaftsrecht in Europa », In : *Festschrift Hallstein W.*, Frankfurt am Main, 1966, p. 116.

<sup>90</sup> Voir SCHNITZER A.F., *Vergleichende Rechtslehre*, p. 9.

<sup>91</sup> Voir SCHNITZER A.F., *Vergleichende Rechtslehre*, p. 9.

<sup>92</sup> Voir STURM F., « Das römische Recht in der Sicht von Gottfried Wilhelm Leibniz », *Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart*, Tübingen, 1968, p. 13.

<sup>93</sup> Voir VOGEL W., *Franz Hotmann und die Privatrechtswissenschaft seiner Zeit*, Diss, Freiburg i Br., 1960, p. 32.

<sup>94</sup> Voir WIEACKER F., *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*<sup>2</sup>, Göttingen, 1967, p. 167.

<sup>95</sup> Voir VOGEL, *Franz Hotmann...*, pp. 11 et 114.

<sup>96</sup> De diverse opinion est Dumoulin accentuant l'importance exclusive des coutumes locales pour la codification. Voir HUG W., « The history of comparative law », *Harvard Law Review*, 45 (1931/32), p. 116.

<sup>97</sup> Voir HÜBNER H., « Jurisprudenz ... », p. 48.

<sup>98</sup> En ce qui concerne le rapport entre Hotman et Cicéron voir VOGEL, *Franz Hotmann...*, pp. 30 sqq et 70 et sqq.

une analyse approfondie, d'autre part le droit de Justinien caractérisé par son « *inconstantia et invarieta* ». C'est donc au sein du terrain du droit romain que l'éminent jurisconsulte accomplit son rôle. C'est justement cette comparaison juridique « interne » qui invite le représentant du *mos gallicus* à soumettre à la critique le droit en vigueur.<sup>99</sup> Ses ouvrages — parmi lesquels *l'Antitribonian* — exerceront une grande influence, même quelques décennies plus tard, sur les spécialistes de la *iurisprudentia*.

Hotman appuie sa critique relative au droit romain justinien par la référence aux concepts archaïques de celui-ci. Comme sa critique se réfère de manière explicite à la forme du droit romain exprimée dans le *Corpus Iuris Civilis*, l'appréciation de Riccobono semble excessif selon lequel Hotman « ...condamne toute la direction de l'enseignement et la substance même du droit romain (*sic!* G. H.) pour ce motif que ce droit, étant tout imprégné de notions et de doctrines archaïques serait tout à fait étranger au monde contemporain. »<sup>100</sup>

**3. La France.**<sup>101</sup> Les trois représentants les plus éminents de l'École Humaniste française (*mos [iura docendi] Gallicus*) étaient Franciscus Duarenus (1509—1559), le disciple de Alciatus, Iacobus Cuiacius (J. Cujas, 1522—1590), professeur — en outre — à Bourges, et Hugo Donellus (H. Doneau, 1527—1591) qui a enseigné à Bourges comme disciple de Duarenus, puis à Leyde et à Altdorf. Parmi les œuvres de Cujas (*Opera omnia I—X*, Parisii 1658), sont surtout importantes les explications de textes qui reposent sur l'analyse des sources. Pour Doneau, ses commentaires (*Commentarii iuris civilis I—V*, Francofurti 1595—1597) lui ont valu une renommée très importante. Le début de la recherche d'interpolations est lié au nom d'Antonius Faber (A. Favre, 1557—1624), humaniste savoyard, dont l'œuvre ne fut évaluée par la science du droit romain conformément à son importance qu'à partir du XIXe siècle. D'autres représentants éminents de ce courant sont encore Dionysius Gothofredus (D. Godefroy, 1549—1622) et son fils, Iacobus Gothofredus (J. Godefroy, 1587—1652). Le premier a publié le *Corpus Iuris Civilis* et le *Hexabiblos* de Harmenopoulos, le second le *Codex Theodosianus*.

Parmi les Humanistes, il faut mentionner aussi Connanus (François Connan) (1508—1551)<sup>102</sup> qui fit ses études à Orléans et à Bourges. À Orléans, il était élève de Petrus Stella (P. de l'Étoile), partisan de l'École de Bartole. Dans son ouvrage *Commentariorum iuris civilis libri X*, publié après sa mort à partir de l'an 1553, il essaya de donner une nouvelle structure, plutôt artificielle, du système juridique de son pays, en synthétisant les éléments du droit romain, du droit canonique et du droit coutumier.<sup>103</sup>

Si l'école française n'avait avancé que sur les traces de l'œuvre théorique de Cujas, elle aurait à peine joué un rôle dans la propagation nationale du droit justinien. À l'origine, Doneau était bartoliste, et de plus un juriste praticien, il a donc pu beaucoup mieux développer le rapprochement du droit coutumier (*ius consuetudinarium*) vers le droit écrit (*ius scriptum*), lequel était quasiment synonyme de droit romain. Pour la même raison, nous devons mentionner Carolus Molinæus (Charles Dumoulin ou Du Moulin, 1500—1566) qui, dans ses commentaires écrits sur la *Coutume de Paris* (*In consuetudines Parisienses commentarii*, 1539), a considéré le droit romain comme *ius commune* devant s'appliquer obligatoirement, bien que la France n'ait pas fait partie du Saint Empire romain. En revanche, dans la deuxième version de ses commentaires, publiée en 1558, il considère le droit romain uniquement comme *ratio scripta*,<sup>104</sup> utilisable seulement au cas où il n'existe pas un droit coutumier voisin

<sup>99</sup> Voir VOGEL, *Franz Hotmann...*, p. 110.

<sup>100</sup> Voir RICCOBONO S., « Le droit romain dans les œuvres de ses interprètes », *Recueil Lambert*, I., Paris, 1938, p. 240.

<sup>101</sup> GORLA G., « Atteggiamenti di Domat verso la giusprudenza e la dottina », In: *Studi in onore di G. Scaduto* vol. V., Padova, 1970; TARELLO G., « Sistemazione e ideologie nelle „Lois civiles” di Jean Domat », *Materiali per una storia della cultura giuridica* II., Milano, 1972; PORTALIS J.-E.-M., *Discours et rapports sur le Code civil précédés de L'Essai sur l'utilité de la Codification de Frédéric Portalis*, Paris, 1844 (réimpression: Caen, 1989).

<sup>102</sup> Voir BERGFELD Ch., *Franciscus Connanus (1508—1551), ein Systematiker des römischen Rechts*, Frankfurt-am-Main, 1968; PIANO MORTARI V., « La sistematica come ideale umanistica dell'opera di Francisco Connano », In: *La storia del diritto nel quadro delle scienze storiche, Atti del primo Congresso Internazionale della Società Italiana di Storia del Diritto*, Firenze, 1966.

<sup>103</sup> L'importance des *Commentarii Iuris Civilis* de Connan est bien montrée par le fait que Hotman les avait complétés avec ses *additiones* en 1557.

<sup>104</sup> L'avis selon lequel le droit romain est considéré comme *ratio scripta*, droit d'une autorité supranationale, a été formulé encore par les Commentateurs (Butrigarius [1274—1348] et Baldus) au cours de l'explication d'une partie (7, 45) du *Codex* (*ratio naturalis non circumscribitur loco, quum ipsa cum humano genere nata est [sic!] a principio*). Selon cet avis, le droit romain comme la « raison commune » de toute l'humanité gagne un rôle dans la pratique juridique, même là où il n'est pas considéré comme droit positif à cause d'une

applicable ou *consuetudo* prévalant d'une façon générale capable, de remplacer les *coutumes* locales incomplètes ou de contenu indéterminable. Dans son ouvrage, *Discours sur la concorde et l'union des coutumes de France*, il a lancé l'idée d'une unification du droit coutumier. Antoine Loysel ou Loyseau (1536—1617), avocat parisien, a été le premier à résumer — dans un ordre méthodique — l'ancien droit coutumier de la France dans son ouvrage intitulé *Institutes coutumières* (publié à Paris, en 1608), fruit de quarante années de recherche.<sup>105</sup>

Pour cette raison, Jean Domat (1625—1696), l'auteur des *Les loix civiles dans leur ordre naturel* (1694), a également prêté une force normative au droit romain, en s'opposant ainsi aux efforts royaux qui ne voulaient pas uniformiser le système juridique français sur la base du droit romain. Domat, pour la première fois dans son traité, a séparé le droit des successions du droit de la propriété : jusqu'à lui, la succession était traitée comme un titre (*titulus* ou *causa*) d'acquisition de la propriété. Par conséquent, nous pouvons à juste raison considérer Domat comme le précurseur à la fois du système moderne des *Institutes* et de celui des *Pandectes* à la fois.<sup>106</sup>

**4. L'Espagne.** En Espagne, au cours des XVI<sup>e</sup>—XVII<sup>e</sup> siècles, le droit public, fondé sur le droit romain et dont la pratique se concentrait à l'Université de Salamanque, était en plein épanouissement. Nous rencontrons des notions de droit romain par exemple dans les travaux de Francisco de Vitoria (1483—1546) qui ont lancé les fondements du droit international (public) moderne. L'influence des Humanistes qui avaient dégagé leur activité en France s'est déjà étendue sur le territoire de l'Espagne. Parmi les Humanistes espagnols nous devons mentionner en premier lieu Diego Covarruvias y Leyva (1512—1577), évêque de Ségovie, dit le « Bartole espagnol », et Antonius Augustinus (A. Augustin, 1516—1586), archevêque de Tarragone, disciple d'Alciatus.

**5. L'Allemagne.** En Allemagne, l'École Humaniste était représentée par Udalricus Zasius (U. Zasy, 1461—1535), à la fois juriste praticien, historien du droit et législateur. Son contemporain, Gregorius Haloander (G. Meltzer, 1501—1531) fut le premier à publier le *Digeste* dans l'édition de Nuremberg du *Corpus Iuris Civilis* de 1529—1531, d'après le manuscrit de Florence (*Codex Florentinus*).

#### **6. Pays-Bas.**<sup>107</sup>

a) Sur le territoire de la Belgique actuelle (dans les provinces méridionales des Pays-Bas), au XVI<sup>e</sup> siècle le courant du *mos [iura docendi] Gallicus* était représenté par Gabriel Mudæus (Van der Muyden, 1500—1560), enseignant à l'Université de Louvain, et Curtius Brugensis (Jacques de Corte) qui a publié la traduction latine de l'ouvrage *Paraphrasis Institutionum* de Theophilus. Parmi les disciples de Mudæus, H. Giphanius (van Giffen, 1534—1609) est le plus important. Au XVII<sup>e</sup> siècle, les praticiens éminents du droit romain étaient Goudelin, Zoes et D. Tulden. À partir du milieu du XVII<sup>e</sup> siècle, le courant de la science juridique élégante (« *Elegante Jurisprudenz* ») hollandaise devenait importante dans les provinces méridionales des Pays-Bas.

b) En Hollande, dans les provinces septentrionales des Pays-Bas, l'École Humaniste s'épanouissait tout au long des XVII<sup>e</sup>—XVIII<sup>e</sup> siècles. Ce fut sa deuxième période de prospérité. Les représentants de la science juridique élégante hollandaise sont Arnoldus Vinnius (Vinnen, 1588—1657), Anton Schulting (1659—1734), Paulus Voetus (Voet, 1619—1667) et son fils, Iohannes Voetus (1647—1714), Cornelis van Bynkershoek (1673—1743), Gerhardt Noodt (1647—1725), dit le « Cujas hollandais », et Ulrich Huber (1636—1694). Nous devons encore mentionner le nom de Hugo Grotius (1583—1645), un des fondateurs du droit international moderne dont une œuvre d'importance fondamentale du point de vue du développement juridique hollandais (*Inleidinge tot de Hollandse rechtsgeleerdheid*, 1631) s'inspire beaucoup des *Institutiones* justiniennes.

Les Humanistes hollandais ont exercé une grande influence sur l'évolution juridique des Pays-Bas et sur la science juridique européenne, car leur œuvre impliquait l'adaptation du droit romain aux

---

raison politique, par exemple. Par contre JEAN BODIN (1530—1596), dans son œuvre principale de 1576 (*Les six livres de la république*) considère le droit romain non comme un droit positif en vigueur en France ou sur les territoires proches (Savoie, Italie, Espagne), mais seulement comme une *ratio scripta* (raison écrite), car selon lui n'est droit positif que ce qui est sanctionné par le souverain.

<sup>105</sup> LOYSEL A., *Institutes coutumières d'Antoine Loysel ou manuel de plusieurs et diverses règles, sentences et proverbes, tant anciens que modernes du droit coutumier et plus ordinaire de la France avec les notes d'Eusèbe de Laurière. Nouvelle édition, revue corrigée et augmentée par M. Dupin et E. Laboulaye*, Paris, I—II, 1846.

<sup>106</sup> VOELTZEL R. F., *Jean Domat*, Paris, 1936; GUIZZI V., « Il diritto comune in Francia nel XVII secolo. I giuristi alla ricerca di un sistema unitario », *TR* (1969); RENOUX-ZAGAME M.-F., « Domat le salut et le droit », *RHFD* (1989).

<sup>107</sup> DEKKERS R., *Het humanisme en de rechtswetenschap in de Nederlanden*, Antwerpen, 1938.

conditions et besoins de la vie sociale et économique modernes (la Science romano-hollandaise des pandectes).

## § 2. Le développement de la science juridique en Allemagne

**1. Aperçu général.** Aux Temps modernes en Allemagne, la science juridique s'est épanouie sous la double marque du caractère scientifique commençant avec les Humanistes et de l'application dans la pratique judiciaire du droit romain, avant de devenir progressivement un élément déterminant dans les autres pays du continent européen. Ce développement organique s'est déroulé pendant des siècles en deux grandes phases principales, avec la participation de plusieurs courants de la science juridique. Nous allons traiter A) des représentants de l'*usus modernus pandectarum* B) de l'École du droit naturel, puis nous allons présenter avec plus de détails C) l'École des pandectistes issue en grande partie de la première.

**2. L'*usus modernus pandectarum*.** À partir du XVI<sup>e</sup> siècle, dans les provinces allemandes du Saint Empire Romain un courant pratique s'est formé qui prépare le droit romain des Commentateurs pour les tribunaux. Il a été appelé « droit des pandectes » d'après le *Digeste* ou les *Pandectae* de Justinien. C'était « l'usage actuel des *Pandectes* » (*usus modernus Pandectarum*) dont l'appellation a été introduite par l'ouvrage de Samuel Stryk (1640—1710), intitulé *Specimen usus moderni Pandectarum*, paru en 1690—1712. Son œuvre a été continuée par son élève et successeur à l'Université de Halle, Justus Henning Böhmer (1674—1749) dans son livre *Usus modernus Strykianus* (1733). Son travail intitulé *Introductio in ius Digestorum*, qui était considéré comme le meilleur manuel de l'*Usus modernus Pandectarum*, a connu 14 éditions jusqu'à 1791.

Bien que le courant des juristes-praticiens allemands n'ait pas été très scientifique, il a quand même le mérite de fonder le « droit des pandectes ». Les représentants les plus importants de ce courant sont M. Wesenbeck (1531—1586), J. Mynsinger (décédé en 1588), J. Harpprecht (1560—1639), Benedikt Carpzow (1595—1666), Johannes Brunnemann (1608—1672), David Mevius (1609—1670), Adam Georg Struve (1619—1692), Johannes Schilter (1632—1705), l'auteur de l'ouvrage *Exercitationes ad 50 libros Pandectarum* (1675—1683), dans lequel il présente les institutions du droit privé allemand suivant la structure des *Pandectes*, et également le disciple de Stryk et son successeur à la chaire de Halle, Johann Gottlieb Heineke (Heineccius, 1681—1741), Augustin Leyser (1683—1752), Esaias Freiherr von Pufendorf (1707—1785), L. Böhmer (1715—1797), J. A. Hellfeldt (1717—1782), L. Höpfner (1743—1796), C. Ch. Hofacker (1749—1793), Ph. Weis (1766—1808), professeur de Savigny à l'Université de Marburg et Ch. Glück (1755—1831).

**3. L'École du droit naturel.** Les représentants les plus éminents de l'École du droit naturel étaient Christian Thomasius (1655—1728) et Christian Wolff (1679—1754).

Christian Thomasius s'était efforcé d'harmoniser les institutions de droit romain avec le droit naturel. Dans son ouvrage *Notae ad singulos institutionum et pandectarum titulos* publié en 1713, il avait énoncé la possibilité de l'application des institutions du *Corpus Iuris Civilis* dans la pratique des tribunaux allemands (prussiens).

Sous l'influence de Christian Wolff, le droit romain était enseigné comme droit naturel (*Naturrecht*) dans la plupart des universités des pays allemands au XVIII<sup>e</sup> siècle. L'*usus modernus Pandectarum* constituait également la base du *Projekt des Corporis iuris Fridericiani* élaboré par Samuel von Cocceji (1679—1755) en Prusse concernant le droit des personnes et le droit des biens. Il est entré en vigueur en 1749—1751 sur certains territoires du royaume en Prusse (*Königtum in Preussen*).

### *La comparaison juridique et l'École du droit naturel*

La conception fondamentale de l'École du droit naturel — dont l'essentiel est qu'il existe un *ius commune* indépendant du *ius positivum* — implique *in se* l'intérêt pour les recherches comparatives. Les représentants de ce mouvement des XVI<sup>e</sup> et XVII<sup>e</sup> siècles croient repérer les traces de ce droit commun — dans la sphère de l'*origo*, dans les textes de l'*Ancien* et du *Nouveau Testament*.

On peut rencontrer la comparaison, *au sens du droit naturel*, du droit de Justinien avec l'*Ancien* et le *Nouveau Testament* pour la première fois chez Raguellus. Ce dernier, comme il le souligne déjà dans la préface de son ouvrage *Leges politicae ex Sacrae iuris prudentiae fontibus collectae ad formam Iustinianei codicis ex libris Veteris et Novi Testamenti digestae* (Francfort, 1577), se charge de

l'explication des matières à contenu juridique de *l'Ancien* et du *Nouveau Testament* et de leur comparaison avec le *ius civile*, lequel est, à son avis, entièrement identique avec le droit de Justinien.<sup>108</sup>

Chez les Anglais, c'est Selden qui, dans plusieurs de ses ouvrages, s'occupe amplement du droit hébreu : *De successsionibus in bona defunctorum ad leges Ebraeorum* (publié en 1631), *De successione in Pontificatum Ebraeorum* (publié en 1636), *De iure naturali et gentium juxta disciplinam Ebraeorum* (paru en 1640), *Uxor Ebraica seu de Nuptiis et divortiis veterum Ebraeorum libri tres* (publié en 1646) et *De Synedriis veterum Ebraeorum* (publié de manière continue de 1650 jusqu'à 1653).<sup>109</sup> Selon les auteurs anglais en général, Selden est considéré comme le fondateur des recherches de l'histoire juridique en droit comparé.<sup>110</sup> En ce qui le concerne, il est à remarquer que dans deux de ses ouvrages (*De diis Syriis*, 1617, et *Eutychii Aegyptii patriarchae orthodoxorum Alexandrini ecclesiae suae origines*, 1642), en plus du droit hébreu, il prend aussi en considération les droits orientaux.

Cependant, le fait que les recherches comparatives s'étendent à une sphère de plus en plus grande des droits méditerranéens, impliquant en outre pour plusieurs dans leur domaine d'intérêt des droits positifs, ne signifie pas nécessairement la contestation du rôle de *ius commune Europaeum* du droit romain, ni même sa remise en cause.

Ceci n'est pas contredit par le fait que Hermann Conring, dans son ouvrage publié en 1643, intitulé *Commentarius historicus de origine iuris Germanici* — en démontrant la survivance de quelques institutions du droit allemand — agite la question de la légitimité de la réception du droit romain en Allemagne.<sup>111</sup> Dans son essence — semblablement à Beyer — Conring remet en question la supériorité du droit romain sur la base de la comparaison avec les *Landrechte* de vigueur particulariste, et sa pratique ressemble donc beaucoup à celle de Hotman, avec la différence qu'il ne s'interroge pas sur la question de la codification.<sup>112</sup>

On ne doit pas perdre de vue que ces critiques, épousant nécessairement le niveau scientifique de leur époque, ne se présentent pas de façon tendancieuse, mais sont de caractère complètement exceptionnel. Par exemple Arthur Duck, dans son ouvrage publié en 1652 (*De Usu et Autoritate Juris Civilis Romanorum in Dominiis Principum Christianorum Libri duo*) légitime sans réserves le droit romain en éditant une sorte d'ensemble de l'histoire de la réception.<sup>113</sup>

Pour Gottfried Wilhelm Leibniz le droit romain ne perd pas sa portée<sup>114</sup> — en dépit du projet du *Corpus Iuris Reconcinatum* — bien qu'il en reconnaisse, le cas échéant, les imperfections. À son avis, d'une part le *Corpus Iuris* renferme aussi des thèses qui ne sont pas inconditionnellement avantageuses pour les États de son époque, d'autre part quelques règles du droit de Justinien ne s'accordent pas au droit naturel.<sup>115</sup> Leibniz reconnaît cependant l'importance des recherches comparatives.

Chez Leibniz, *le caractère justifié* de l'analyse comparative se manifeste dans deux relations. D'une part, il reconnaît le rôle de la pluralité des droits antiques. Un passage de *Nova methodus discendae docendaeque iurisprudentiae* fait allusion à ceci : « *Habemus leges Mosaicas in sacra scriptura, quarum cum Romanis comparationem paulo post Justinianum Graeculis aliquis instituit, hodie verum diligentiorum ea in re operam Zepperus navavit. Legum Aegyptiarum, Persicarum, Scythiarum exstant reliquae apud Herodotum, in fragmentis Ctesiae et Diodore Siculo, Graecorum institua diligentissime persecutus est Pausanias, et nostri aevi velut alter Pausanias Meursius. Jura*

<sup>108</sup> En ce qui concerne l'évaluation de cette œuvre de Raguellus publiée en plusieurs éditions voir VOLTERRA E., *Diritto romano e diritti orientali*, Bologna, 1937, p. et sq.

<sup>109</sup> Sur le jugement de valeur de l'activité de Selden, voir HUG W., « The history... », p. 119 et sq. et SCHNITZER A.F., *Vergleichende Rechtslehre*, p. 9.

<sup>110</sup> Voir HAZELTINE F., « Selden as Legal Historian », *Harvard Law Review*, *passim* et HUG W., « The history... », p. 119 et sq.

<sup>111</sup> En ce qui concerne l'importance de l'activité de Conring, voir WIEACKER F., *Privatrechtsgeschichte*<sup>2</sup>, p. 206.

<sup>112</sup> Voir LAMBERT E., « Conception générale et définition de la science du droit comparé, sa méthode, son histoire : le droit comparé et l'enseignement du droit », In : *Congrès International de droit comparé. Procès-Verbaux des Scéances et Documents*, I., Paris, 1905, p. 38. Sur l'activité littéraire de Hotman, voir VOGEL W., *Franz Hotmann...*, *passim*.

<sup>113</sup> Il n'est que trop certain que Duck ne connaît pas l'ouvrage de Conring, paru quelques années plus tôt, traitant un thème semblable. Voir HORN N., « Römisches Recht als gemeineuropäisches Recht bei Arthur Duck », In : *Studien zur Europäischen Rechtsgeschicht*, hrsg. Von Wilhelm W., Frankfurt am Main, 1972, p. 171.

<sup>114</sup> Voir STURM F., « Das römische Recht in der Sicht von Gottfried Wilhelm Leibniz », In : *Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart*, Tübingen, 1968, p. 13

<sup>115</sup> Voir STURM, « Das römische Recht... », p. 14 et sq.

*Romanorum satis cognosci ex variis eorum monumentis possunt, de quo mox.* »<sup>116</sup> D'autre part, le plan du « *Theatrum legale* » présuppose en soi-même aussi la récapitulation de plusieurs droits positifs ou bien, au moins, la comparaison du droit romain avec les concepts du *ius naturale*.

Dans les ouvrages de Leibniz, le droit romain maintient encore son caractère de *ratio scripta*. Cela provient aussi du caractère d'*emanatio rationis* du droit romain, dont l'étude ne présume pas une épreuve comparative, à quoi fait référence si lucidement une phrase de la citation suivante : « *Jura Romanorum satis cognosci ex variis eorum monumentis possunt...* »

Chez Grotius — et spécialement dans ses ouvrages intitulés *Florum sparsio ad ius Iustinianum* et *De iure belli ac pacis* — on rencontre fréquemment la comparaison du droit romain avec des droits étrangers. La même observation vaut — bien que dans une mesure moindre — pour Samuel Pufendorf aussi, qui dans son ouvrage *De iure naturae et gentium*, fait allusion à des phénomènes juridiques parallèles. Chez les représentants les plus impressionnants de l'École du droit naturel, on peut retrouver les traces de la comparaison indépendamment du point de savoir s'ils font leurs recherches de manière empirique — comme Grotius —, ou bien plutôt en se servant de la déduction.<sup>117</sup> Grotius profite dans un domaine assez étendu de la possibilité de s'en référer dans ses analyses au droit des peuples les plus divers. Une recherche de ce type ne se fait pas seulement incidemment, « *obiter* » — comme Naber<sup>118</sup> en fait judicieusement mention — mais les institutions semblables et dissemblables des différents droits y gagnent un « *verus thesaurus* ».

Cependant, chez Grotius la comparaison ne joue que le rôle d'*instrument*. La comparaison des institutions des droits différents ne sert en effet qu'à la légitimation de la théorie du droit naturel.<sup>119</sup> En outre, l'éclipse complète des postulats de la vérité historique caractérise encore la méthode du droit naturel. Ce n'est qu'incidemment que nous remarquons que la vérité historique joue déjà un rôle considérable chez les représentants de la nouvelle tendance du droit naturel.<sup>120</sup>

L'aspect non-historique des adhérents du droit naturel est bien illustré par la thèse de Grotius et de Pufendorf, selon laquelle le fondement de la succession légitime est la volonté présumée, ou bien plus précisément présumable du testateur (*De iure belli ac pacis* II.7.3. et *De iure naturae et gentium* IV.11.1.). Il se déduit raisonnablement de la thèse ramenant le fondement de la succession légitime à la volonté des défunts que l'on suppose qu'en ce qui concerne son développement, la succession testamentaire jouit de la priorité vis-à-vis de la succession légitime.

Selon les jusnaturalistes — et cela se rapporte à presque tous les représentants de cette tendance, — semblablement aux adhérents de l'École Humaniste — la *fonction* de l'analyse comparative n'est pas mise au point. Ce à quoi est ramené la comparaison de certaines institutions de droit romain avec d'autres droits antiques, c'est exclusivement une dite question de dérivation, dont la valeur est discutable.

La formulation typique — *expressis verbis* — de cet aspect est de Heineccius dans son ouvrage intitulé *De utilitate litterarum orientalium in iurisprudencia*.<sup>121</sup> Il est à remarquer que Heineccius accord une grande attention, même dans son ouvrage d'enseignement — entre autres —, à la philosophie grecque. Cela se manifeste surtout dans la citation fréquente de l'écrit *Éthique à Nicomaque* d'Aristote.

Dans les recherches dépassant l'horizon du droit romain, la recherche des analogies n'est dans la plupart des cas que d'une importance secondaire, et ne joue un rôle qu'exceptionnellement. En général, il ne s'agit pas d'autre chose que de constater les ressemblances entre les institutions respectives, sans en analyser le motif de façon plus détaillée. Dans certains cas, on tient compte de « l'assimilation » se réalisant par les renvois. Un bon exemple peut être pour cette méthode d'approximation le traité de Heineccius intitulé *De utilitate litterarum orientalium in iurisprudencia*, — dans lequel l'auteur dit que les éléments du droit hébreu deviennent partie intégrante du droit romain par intervention grecque.<sup>122</sup>

<sup>116</sup> LEIBNIZ, *Nova methodus discendae docendaeque iurisprudenciae.*, In: *Leibnitii Opera omnia*, vol. IV. éd. Dutens, Genève, 1668, p. 191.

<sup>117</sup> L'activité de Grotius et de Pufendorf illustre fort bien la différence entre la méthode d'approximation empirique et la méthode « *a posteriori* ». Voir STEIN, *Legal Evolution. The story of an Idea*, Cambridge, 1980 p. 4 et sq.

<sup>118</sup> Voir NABER, « Hugo Grotius, iuris Romani et iurisprudenciae comparatricis cultor », In : *Acta Academiae universalis iurisprudenciae comparativae*, I., Paris, 1928, p. 51.

<sup>119</sup> Voir HUG W., « The history... », p. 120

<sup>120</sup> Voir p.e. les ouvrages de Kaufmann. KAUFMANN, *Naturrecht und Geschichtlichkeit*, Göttingen, 1957, et lui-même: *Die ontologische Bedeutung des Rechts*, Darmstadt, 1965.

<sup>121</sup> Sur l'importance de cet ouvrage de Heineccius voir VOLTERRA, *Diritto romano...*, p. 20 et sqq.

<sup>122</sup> Voir VOLTERRA E., *Diritto romano...*, p. 20.

La tendance comparative suivant plus particulièrement des objectifs pratiques, destiné à la solution de problèmes concrets et mettant en vedette la recherche d'analogies, remonte à l'époque du droit naturel tardif. Les représentants les plus renommés de cette tendance, qui ne suivent en réalité qu'une seule sorte de recherche, sont Johann Stephan Pütter et August Friedrich Schott. Étant donné que jusqu'à présent on n'a point accordé assez d'attention à l'activité des jurisconsultes du point de vue de la comparaison des droits, il paraît nécessaire de jeter un coup d'oeil un peu plus approfondi sur leur carrière et sur leur activité en littérature juridique. À cette occasion, nous devons faire aussi entrer en ligne de compte ceux des jurisconsultes — le rôle de Schilter et de Beyer est éminent sous ce rapport — dont l'activité scientifique, suivant une direction spécifique, établit les fondements d'une tendance se développant à l'époque du droit naturel tardif avec une avance de plusieurs décennies.

En ce qui concerne la vie et les étapes principales de l'activité de professeur de Johann Stephan Pütter (1725—1807), son autobiographie de deux volumes contient des informations (*Selbstbiographie zur dankbaren Jubelfeier seiner 50 jährigen Professorstelle zu Göttingen*, I—II. vols. Göttingen, 1798).<sup>123</sup> Pütter est l'élève de Heineccius à Halle et, quelques années plus tard, le professeur à Göttingen de Gustav Hugo, puis son collègue. À partir de l'automne de l'an 1747, pour commencer, Pütter donne des cours à Göttingen en qualité de professeur chargé de cours.<sup>124</sup> L'atmosphère régnant alors à l'Université de Göttingen — la ville fait partie du Royaume de Hanovre, en union personnelle avec l'Angleterre — se montre plus propice, à l'échelle de l'Allemagne, à la diffusion d'idées nouvelles.<sup>125</sup>

Sur le plan méthodologique, Pütter peut être considéré à côté de Gustav Hugo, comme un précurseur de l'École historique.<sup>126</sup> À côté de l'argumentation<sup>127</sup> faite sur la base du droit coutumier et de la dite « *Natur der Sache* », le jurisconsulte accepte la raison d'être de la perspective historique et comparative évoquée.<sup>128</sup> Pütter, surtout germaniste, traite en premier lieu, dans le deuxième volume de son ouvrage, publié en 1779 et intitulé : *Beyträge zum Teutschen Staats- und Fürstenrecht*, de l'ensemble des problèmes concernant le principe de la source du droit. C'est dans cet ouvrage que l'auteur rédige le postulat de l'application du droit sur la base de l'aspect « comparatif ». Évidemment, selon lui le fondement théorique des recherches basées sur la comparaison de plusieurs droits ou de plusieurs systèmes juridiques est que, et en cela il suit les traces de ses prédécesseurs, le *ius commune allemand* ou en d'autres termes le *ius commune* de l'Allemagne est considéré comme ayant une raison d'être autonome, de valeur et de poids conformes au droit romain reçu, c'est-à-dire admis.

Déjà au commencement de sa carrière scientifique, dans sa leçon inaugurale tenue en 1748, Pütter fait la critique de la coutume, c'est-à-dire de la pratique des jurisconsultes à mélanger les règles du droit romain avec celles du droit allemand.<sup>129</sup> L'« *Usus iuris Romano-Germanicus* », caractéristique de l'alliage indifférencié du droit romain classique et justinien avec les règles du droit du Moyen Âge, est étranger à Pütter. Dans son ouvrage *Neuer Versuch einer Juristischen Encyclopädie und Methodologie*, publié en 1769,<sup>130</sup> ouvrage reflétant un changement de perspective dans son programme, il montre la nécessité de l'exposition du droit romain *pur*. Cela signifie que l'on doit exposer le droit romain « purifié » des éléments superposés du droit allemand et du droit canonique. À l'intérieur du droit romain, on doit également isoler le droit archaïque — que l'on doit insérer dans un système autonome — du droit de Justinien. Ce programme exposé et rédigé dans une forme très lumineuse comprend l'exigence de la comparaison.

<sup>123</sup> En ce qui concerne l'autobiographie de Pütter voir EBEL W., *Der Göttinger Professor Johann Stephan Pütter aus Iserlohn*, Göttingen, 1725, pp. 7—52.

<sup>124</sup> Voir PÜTTER, *Selbstbiographie*, I., p. 40 et 42.

<sup>125</sup> Au sujet de la critique de l'activité scientifique de Pütter, voir EBEL W., *Der Göttinger Professor...*, p. 59—120, MARX H., *Die juristische Methode der Rechtsfindung aus der Natur der Sache bei den Göttinger Germanisten Johann Stephan Pütter und Justus Friedrich Runde. Diss.*, Göttingen, 1967. LANDSBERG E.—STINTZING R., *Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft*, 3. Abt. 2. Hbd. (Text II.), München, 1910, p. 335.

<sup>126</sup> Voir STEIN P., *Legal Evolution. The story of an Idea*, Cambridge, 1980, p. 53.

<sup>127</sup> Voir FIKENTSCHER W., *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*, III., Tübingen, 1975-1977, p. 52 et sqq. et WIEACKER F., *Privatrechtsgeschichte*<sup>2</sup>, p. 335 n. 21.

<sup>128</sup> En ce qui concerne les racines historiques de l'argumentation faite sur la base de la « *Natur der Sache* », voir MARX F., *Die juristische Methode...*, *passim*.

<sup>129</sup> En caractérisant la méthode de Gustav Hugo, Wieacker écrit, que selon le jurisconsulte: « *Was in Zukunft zu geschehen habe, solle man lieber aus geschichtlicher und vergleichender Betrachtung ableiten* ». Voir WIEACKER F., *Privatrechtsgeschichte*<sup>2</sup>, p. 380.

<sup>130</sup> Il s'agit de l'ouvrage : *Programma de necessaria in academiis tractanda rei iudicariae imperiae scientiae*, Göttingen, 1748. Cité par EBEL W., *Der Göttinger Professor...*, p. 62.

Pour Pütter le droit romain est le « *ius peregrinum* » que l'on doit absolument mettre face à face avec le « *ius patrium* ». <sup>131</sup> Pütter prête une attention spéciale à la question de savoir s'il existe, outre le droit romain, un autre droit privé allemand « commun ». <sup>132</sup> Selon son avis, originairement il existait un droit coutumier général, valide pour toute l'Allemagne, qui, en cas d'absence de réception du droit romain, pourrait constituer le *ius commune*. Ainsi — et Ebel s'y réfère — <sup>133</sup> Pütter, le premier, cherche la voie d'un « *deutsches Privatrecht* », dont la construction n'est — vu le particularisme — qu'un « *opus desperatum* ». Le fait que dans la reconstruction, d'ailleurs bien problématique, du droit privé allemand les règles du droit romain ne peuvent pas entrer en ligne de compte, n'exclut pas la possibilité de la comparaison.

C'est maintenant que l'on doit faire allusion à ce que l'idée de l'isolement du droit romain reçu et du droit allemand autonome « *ius commune* », considérés comme équivalents, a été formulée pour la première fois par Johann Schilter. Schilter (1632—1705), dont l'activité sonne le glas de l'*Usus modernus Pandectarum* finissant, est d'avis, dès la deuxième moitié du XVIIe siècle, qu'il existe en Allemagne deux droits communs indépendants l'un de l'autre. <sup>134</sup>

Il faut retenir, du point de vue de la séparation du droit romain et du droit allemand, deux de ses ouvrages: *Praxis juris Romani in foro Germanico* (Jena, 1675) et *Institutiones juris ex principiis juris naturae, gentium et civilis, tum Romani tum Germanici, ad usum fori hodierni accommodatae* (Leipzig, 1685), ce dernier étant un ouvrage d'enseignement. C'est le mérite de Schilter, à la différence de « l'*Usus modernus* », que de traiter des institutions du droit romain et du droit allemand de façon directe, les unes à côté des autres, et c'est lui également qui s'occupe le premier d'un système autonome des institutions du droit allemand. En outre, il tâche d'en signaler les antécédents historiques, les racines aussi — comme par exemple dans le cas de la *lex Salica*. De cette façon, il peut étayer la thèse selon laquelle le droit allemand privé dispose d'une raison d'être autonome.

La conception de Schilter a très vite trouvé des imitateurs, parmi lesquels on doit mettre en relief les noms de Samuel Stryk et de Christian Thomasius. Son élève, Christian Thomasius, est le premier qui, déjà très probablement avant 1705, dispense un cours à Halle sur le *ius commune* allemand, sous le titre *Institutiones juris Germanici*. <sup>135</sup> Après lui, c'est son élève Georg Beyer (1665—1714) qui donnera des conférences sur un thème analogue à partir de 1707 à Wittenberg, et dont la substance sera publiée après sa mort par J. M. Griebner, en 1718, sous le titre *Delineatio juris Germanici ad fundamenta sua revocata*. <sup>136</sup>

Après Georg Beyer — pour ne pas parler de l'activité de Heineccius — c'est Pütter qui se charge de l'élaboration en descendant — selon les possibilités — dans les détails du *ius commune* allemand, considéré comme autonome. D'après sa conception, la réception de droit étranger en Allemagne repose sur une sorte d'erreur, car à cette époque ce n'était pas absolument nécessaire. Il tient cependant compte du fait de la réception, et sous ce rapport, il ne désire pas « proscrire » le droit romain de l'Allemagne. Il attire catégoriquement l'attention sur le fait que le « droit ancestral » allemand n'a pas cessé d'exister du fait de la réception du droit romain. En conséquence, on doit effectivement compter avec son existence. Il est digne d'être mentionné, que son contemporain Friedrich Runde est, dans son essence, du même avis. <sup>137</sup> Naturellement, c'est une autre question que de savoir que le « droit ancestral » allemand, le « *gemeines Recht* » — si on le compare avec le droit romain — ne signifie pas encore un droit réduit en système. Il n'est que le cadre, le résumé des règles ayant trait aux différentes institutions.

L'autre représentant de la tendance comparative, August Friedrich Schott est au fond — comme il le souligne dans la préface de son ouvrage intitulé : *Entwurf einer juristischen Encyclopädie und Methodologie zum Gebrauch akademischer Vorlesungen* <sup>138</sup> — le successeur de Pütter.

<sup>131</sup> Cet ouvrage de Pütter est paru en 1757 pour la première fois. L'édition de 1769 est la variante remaniée, augmentée de la première édition. Voir EBEL W., *Der Göttinger Professor...*, p. 61.

<sup>132</sup> Cette mise en regard dans l'ouvrage de PÜTTER, *Elementa iuris Germanici privati hodierni in usum auditorum*, et l'ouvrage déjà cité: *Neuer Versuch einer Juristischen Encyclopädie und Methodologie* est concordante.

<sup>133</sup> Voir l'ouvrage de PÜTTER, *Beyträge zur Erläuterung etc. des Deutschen Staats- und Fürstenrechts*, Theil II, Göttingen, 1779, pp. 68 et sqq.

<sup>134</sup> Voir EBEL W., *Der Göttinger Professor...*, p. 88.

<sup>135</sup> Voir EBEL W., *Der Göttinger Professor...*, p. 86., LANDSBERG E.— STINTZING R., *Geschichte...*, (Text I.), p. 54. et WIEACKER F., *Privatrechtsgeschichte*<sup>2</sup>, p. 208.

<sup>136</sup> Voir LANDSBERG E.— STINTZING R., *Geschichte...*,(Text I.), pp. 90 et 137 et LANDSBERG E.— STINTZING R., *Geschichte...* (Noten), p. 55.

<sup>137</sup> Voir LANDSBERG E.— STINTZING R., *Geschichte...*,(Text I.) pp. 137 et sqq.

<sup>138</sup> Voir MARX H., *Die juristische Methode...*, p. 57.

L'appréciation de l'œuvre de Schott est, à notre avis, beaucoup trop sommaire, et même parfois ouvertement partielle.<sup>139</sup> Un indice de cette évaluation négative est que dans aucune édition de la *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* — et cela vaut aussi pour l'édition en langue italienne (*Storia del diritto privato moderno. Con particolare riguardo alla Germania*. I—II. vols., Milano, 1980) — Wieacker ne fait mention du nom de Schott. Selon notre opinion, son influence ne se limite pas à la rédaction de la *Unparteiische Kritik* publiée à Leipzig entre 1769 et 1790. Outre le fait qu'il connaisse excellemment le droit saxon (*ius Saxonicum*),<sup>140</sup> dans son ouvrage *Entwurf einer juristischen Encyclopädie (...)*, il traite aussi de façon approfondie des questions méthodologiques.

Schott reprend Pütter sur ce point ; il souligne l'existence du *ius commune* allemand en le considérant comme indépendant du droit romain. Entre autres, cela est prouvé par le fait qu'au cours de l'analyse des institutions juridiques particulières, il rappelle *expressis verbis* les spécificités qui existent dans certaines régions de l'Allemagne, notamment en Saxe, vu le manque de réception du droit romain. En exposant la *patria potestas* il indique par exemple que sa forme connue dans le droit romain n'entre pas en jeu dans le cadre du *ius Saxonicum*.<sup>141</sup> Il répartit le droit privé — en examinant ses domaines respectifs — en deux parties : selon son avis, d'une part c'est le « *ius Germanicum privatum universale* », et d'autre part le droit romain.<sup>142</sup> En examinant le *ius Germanicum privatum universale*, il allègue que ce droit doit être nettement détaché « du droit étranger institué auprès des tribunaux allemands ». <sup>143</sup> En traitant du droit romain, il affirme que ce n'est pas seulement le droit en vigueur pour les tribunaux allemands, mais en même temps un droit vivant dans la plupart des pays européens.<sup>144</sup> L'accent mis sur l'isolement des deux droits en vigueur en Allemagne, lequel, en théorie, projette en lui-même la possibilité de recherches comparatives, se complète par la mention de l'importance du « droit de Moïse », inséré dans *l'Ancien Testament*, et constituant une part du « *Göttliches Positivrecht* ». <sup>145</sup> Le caractère de droit positif du « droit de Moïse » est étayé d'une part par sa prépondérance dans les attaches des juifs entre eux, et d'autre part — surtout vu les « lois conjugales de Moïse » — par sa prédominance dans les milieux chrétiens.

Outre la référence aux lois de Moïse considérées comme du droit positif, et la séparation du *ius commune* allemand du droit romain, il est pour ainsi dire obligatoire de mentionner que les réminiscences possibles des droits européens, contemporains ou plus anciens, ont pu avoir un effet sur le développement de la science juridique allemande.<sup>146</sup> D'après Schott cet effet ne peut pas être formulé de manière générale, mais l'influence des « droits italien, anglais, néerlandais, suédois et danois » ne peut être décelée qu'isolément, dans le domaine des institutions juridiques respectives, donc de façon concrète et sous une forme concrète.

L'analyse des méthodes de comparaison des droits qui se manifestent dans les ouvrages des représentants du Droit naturel est importante en premier lieu sur le plan de l'histoire des sciences. Le Droit naturel est le premier qui porte un intérêt très sérieux — on pourrait même dire un intérêt s'appuyant sur un fondement *théorique* — à la comparaison des droits. Cette détermination devient particulièrement claire si nous confrontons cet intérêt pour la comparaison des droits des adeptes du courant du Droit naturel avec celui des représentants de l'École Humaniste. Dans les ouvrages de ces derniers, on peut bien trouver une sorte de comparaison appliquée sans méthode spéciale.<sup>147</sup> Cependant, cette comparaison se réduit pour ainsi dire exclusivement à l'exploration du rapport entre le droit romain

---

<sup>139</sup> Voir SCHOTT, *Entwurf einer juristischen Encyclopädie und Methodologie zum Gebrauch akademischer Vorlesungen*, Hrsg. von REES J., Fr. 6. verm. u. verb. Ausg. Leipzig, 1974, p. 7. C'est ici que nous faisons mention du fait que la première édition de l'ouvrage date de l'an 1772.

<sup>140</sup> Voir LANDSBERG E.— STINTZING R., *Geschichte...*, (Text), p. 481 et sqq. La preuve en est son œuvre *Institutiones iuris Saxonici electoralis privati* que Schott a publié pour la première fois en 1772. Par la suite nous nous référerons à l'édition de 1795 de l'ouvrage *Institutiones...*, 3 éd., Haubold, Chr. C. Lipsiae 1795.

<sup>141</sup> Voir SCHOTT, *Institutiones...*, p. 151.

<sup>142</sup> Voir SCHOTT, *Entwurf...*, p. 15.

<sup>143</sup> Voir SCHOTT, *Entwurf...*, p. 79.

<sup>144</sup> Voir SCHOTT, *Entwurf...*, p. 63.

<sup>145</sup> Voir SCHOTT, *Entwurf...*, p. 25.

<sup>146</sup> Voir SCHOTT, *Entwurf...*, p. 204.

<sup>147</sup> De la littérature plus récente récapitulativement voir HAMZA G., *Jogösszehasonlítás és az Antik jogrendszer* (*Comparaison de droits et les systèmes juridiques de l'Antiquité*), Budapest, 1998, p. 19 et sqq.

et « le droit antique méditerranéen ». La raison de cette comparaison est l'intérêt pour l'Antiquité, pour les ouvrages des auteurs antiques, qui se manifeste avec force à l'époque de la Renaissance.<sup>148</sup>

À notre avis, l'aversion pour le Droit naturel de l'École historique, solidement ancrée dans la science juridique de l'Europe du XIXe siècle est également la cause de ce que, jusqu'à présent, la connexion démontrable et observable sur plusieurs points du Droit naturel avec le droit comparé n'ait pas été convenablement accentuée.<sup>149</sup>

**4. L'École historique du droit<sup>150</sup> (École des pandectistes).** Dans l'Allemagne du XIXe siècle, la science de l'Antiquité classique (y compris l'histoire du droit romain) et la science juridique (au sein de celle-ci surtout le *heutiges römisches Recht* (« droit romain contemporain » ou « droit romain d'aujourd'hui ») qui était encore en vigueur à l'époque) s'élevaient à un niveau jamais vu jusqu'ici dans l'histoire mondiale. Le développement de la science de l'Antiquité classique a atteint son point culminant dans l'œuvre de Theodor Mommsen (1817—1903) qui peut être sans doute considéré comme l'historien de l'Antiquité romaine et en même temps le plus grand spécialiste du droit romain de tous les temps.

La science juridique allemande, en grande partie par le biais de l'*usus modernus Pandectarum* des juristes-praticiens allemands, a exercé une très grande influence sur la science juridique de beaucoup de pays européens et extra-européens. Cette œuvre est devenue le fondement de l'École des pandectistes, un courant scientifique atteignant rapidement son apogée et gagnant une importance considérable dans la première moitié du XIXe siècle.

a) Essentiellement, ce courant commence avec l'École historique du droit de la fin du XVIIIe siècle. Son fondateur, Gustav Hugo (1764—1844), professeur à l'Université de Göttingen, a publié, pour la première fois en 1790, son manuel d'histoire du droit (*Lehrbuch der Geschichte des römischen Rechts bis auf Justinian*) qui eut une importance pionnière. Georg Arnold Heise (1778—1851), professeur de Heidelberg, appartient à la première génération des Pandectistes. Le système (plan) des pandectes moderne a été rédigé pour la première fois dans son ouvrage d'importance fondamentale (*Grundriß eines Systems des gemeinen Zivilrechts*) publié en 1807. Entre autres, la distinction des deux groupes principaux de personnes morales est liée au nom de Heise.

b) L'École historique du droit n'a acquis une autorité réelle qu'avec Friedrich Carl von Savigny (1779—1861), devenu plus tard professeur à l'Université de Marburg, puis à celle de Berlin et plus tard ministre de la Législation en Prusse de 1842 à 1848. D'une façon conséquente, Savigny est retourné aux sources du droit romain. Il a également fait des recherches sur l'histoire des institutions politiques romaines [*äußere Geschichte* selon l'expression de Gottfried Wilhelm Leibniz (1646—1716)] et l'histoire des institutions du droit privé au cours de son travail qui présentait un niveau plus élevé que celui de ses prédécesseurs. Encore de nos jours, son œuvre de huit volumes intitulée *System des heutigen römischen Rechts* (Berlin 1840—1849) est d'une importance fondamentale. Entre autres, elle a jeté les bases de la théorie de la relation juridique (*Theorie des Rechtsverhältnisses*) et celles du droit international privé moderne.

Anton Friedrich Justus Thibaut (1772—1840), professeur à Heidelberg, est également classé parmi les Pandectistes par de nombreuses personnes, mais son travail — quant à son aspect et sa méthode — montre une différence remarquable par rapport cette École des pandectistes dominée par

---

<sup>148</sup> Voir BURCKHARDT J., *Die Kultur der Renaissance in Italien, passim*. Dans le troisième chapitre du livre (« *Die Wiederentdeckung des Altertums* ») Burckhardt s'occupe du phénomène de l'accroissement d'intérêt pour les œuvres des auteurs antiques.

<sup>149</sup> Dans la littérature plus récente Zweigert et Kötz se contentent de la vérification du fait qu'à l'époque du Droit naturel Bacon et Leibniz « *propagent* » de façon accentuée la comparaison juridique. Pour les premiers représentants de l'époque du « *aufgeklärtes Naturrecht* »: Wolf et Nettelbladt, la comparaison de droits est sans intérêt, car le Droit naturel est un « *Geistesgebäude* » devant être charpenté de façon spéculative et aprioristique. En même temps Zweigert et Kötz émettent la nécessité d'un tel examen qui pourrait mettre à jour le fait que ces systèmes aprioristiques étaient quand même les « fruits » d'une « *verhohlene Rechtsvergleichung* » (« *...immerhin bleibe zu untersuchen, inwieweit ihre* (donc des représentants de Droit naturel, G. H.) *vermeintlich (sic! G. H.) aprioristischen Systeme vielleicht doch Frucht einer 'verhohlenen Rechtsvergleichung' waren* ».) Voir ZWEIGERT, *Einführung in die Rechtsvergleichung...*, I<sup>2</sup>, pp. 55 et sqq.

<sup>150</sup> LABOULAYE E., *Essai sur la vie et les doctrines de Frédéric Charles de Savigny*, Paris, 1842; BÜRGE A., « Neue Quellen zur Begegnung der deutschen und französischen Rechtswissenschaft im 19. Jahrhundert », *ZSS GA* 110/1993; STURMEL Ph., « L'école historique française du droit a-t-elle existé? », *Rechtsgeschichte* 1 (2002).

Savigny<sup>151</sup>. Eduard Gans (1798—1839) quant à lui, professeur à Berlin, n'appartenait pas à l'École historique du droit, voire en était un opposant farouche en tant qu'adepte de Hegel. Il peut être considéré comme un adversaire de Savigny. Gans a écrit des œuvres de grande importance dans le domaine du droit de la propriété et, entre autres, dans celui du droit des successions.

c) Parmi les premiers représentants de l'École historique du droit émerge encore l'œuvre de Georg Friedrich Puchta (1798—1846), professeur à Leipzig, puis à Berlin, chez qui les aspects historique et dogmatique se présentaient en même temps. Puchta a pris en charge une grande partie de la création de la science juridique des concepts (*Begriffsjurisprudenz*), dite aussi science juridique des constructions (*Konstruktionsjurisprudenz*), florissante par la suite, et c'est encore lui qui a élaboré le système dit *Begriffspyramide* (signifiant l'édification des notions juridiques sur la base d'un ordre strict et logique).

d) Chez les autres adeptes de Savigny, les mouvements historique et dogmatique se sont déjà séparés. *α*) la tendance d'histoire du droit était représentée par A. F. Rudorff (1803—1873), Eduard Huschke (1801—1886) et Karl Georg Bruns (1816—1880), alors que *β*) la science juridique des concepts (*Begriffsjurisprudenz*) s'épanouissait dans l'œuvre d'Alois von Brinz (1820—1887), Heinrich Dernburg (1829—1907) et Bernhard Windscheid (1817—1892). Windscheid, dont le manuel de pandectes (*Lehrbuch des Pandektenrechts*) monumental est toujours considéré comme l'œuvre de base de la science du droit privé, a aussi joué un grand rôle dans l'élaboration du premier projet (*Erster Entwurf*), celui de 1887, du BGB allemand.

e) L'activité de Rudolf von Jhering (1818—1892), professeur à Giessen, à Vienne, puis à Göttingen, a signifié une nouvelle tendance dans l'École des pandectistes. Jhering, en partant des bases de l'École historique du droit, mais en s'opposant à la perspective historique partielle de l'École, a pris comme point de départ de ses analyses les rapports internes des institutions juridiques, l'intérêt défendu par les droits et l'objectif de la réglementation juridique. Ainsi, dans plusieurs cas (par exemple, concernant la théorie de la possession [*Besitztheorie*]) a-t-il dévoilé les conceptions originales des Romains beaucoup mieux que n'importe qui. Jhering a joué un rôle très important dans l'élaboration de la science du droit privé moderne comme précurseur de la science juridique des intérêts (*Interessenjurisprudenz*) créée par Philipp Heck (1858—1943), professeur à Tübingen, fondateur de la *Tübinger Schule der Interessenjurisprudenz*. Il avait aussi critiqué les excès de la méthode de la science juridique des notions.<sup>152</sup>

f) Les noms de certains Pandectistes allemands sont, au moins en raison de leurs manuels, restés à la postérité : G. Hufeland (1760—1817), J. F. L. Göschen (1778—1837), E. Schrader (1779—1860), A. Schweppe (1783—1829), F. Mackeldey (1784—1834), Ch. F. Mühlenbruch (1785—1843), J. N. von Wening-Ingenheim (1790—1831), K. E. F. Rosshirt (1793—1873), J. A. von Seuffert (1794—1857), C. J. G. S. von Wächter (1797—1880), F. L. Keller (1799—1860), Eduard Böcking (1802—1870), Karl Ludwig von Arndts (1803—1878), K. F. F. Sintenis (1804—1868), J. F. Kierulff (1806—1894), K. A. von Vangerow (1808—1870), Emmanuel I. Bekker (1827—1915), F. Regelsberger (1831—1911) et Julius Baron (1834—1898).

L'évolution de la science pandectiste a été interrompue par l'entrée en vigueur du *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) de l'Empire allemand, le premier janvier 1900, le droit des pandectes ayant cessé d'être en vigueur. La rédaction du code, fondé sur le système (plan) des pandectes, a été l'œuvre principale de la science juridique allemande. Ce code — comme nous l'avons déjà vu — a exercé, directement et indirectement, une grande influence sur l'évolution du droit privé des pays du continent européen et sur celui de nombreux États extra-européens.

Que l'École historique soit en général l'ennemie déclarée de toute comparaison des droits, cela résulte en premier lieu de son représentant le plus influent : Friedrich Carl von Savigny.

La cause de cette hostilité apparaissant *comme attitude générale* chez les représentants de l'École historique : c'est l'absolutisation du droit romain, qui reçoit une sorte de sens du

<sup>151</sup> Nous devons signaler ici la grande querelle entre Savigny et Thibaut. Ce dernier, dans son ouvrage intitulé *Über die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland* (*De la nécessité d'un droit civil général pour l'Allemagne*), publié en 1814, est entré en lice pour la nécessité de la codification. La même année, SAVIGNY a refusé de façon décisive l'idée de la codification dans sa riposte célèbre, *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (*De la vocation de notre temps pour la législation et la science juridique*), parce que selon son avis, celle-là empêchait l'évolution organique du droit. Voir PESCHKA V., « Thibaut és Savigny vitája (La querelle entre Thibaut et Savigny) », *ÁJ* 17 (1974); voir encore HAMZA G.—SAJÓ A., « Savigny a jogtudomány fejlődésének kereszttűjén (Savigny au carrefour de l'évolution de la science juridique) », *ÁJ* 23 (1980).

<sup>152</sup> Voir: WOLF M., *Philipp Heck als Zivilrechtsdogmatiker. Studien zur dogmatischen Umsetzung seiner Methodenlehre*, Ebelsbach, 1996.

« *Kryptonaturrecht* ». C'est à cela que l'on peut ramener de manière décisive le fait que dans la conception de Savigny, le « *ius Germanicum privatum universale* », qui ne peut d'ailleurs être reconstitué qu'avec de très grandes difficultés, ne peut pas être considéré comme l'égal du droit romain jouant le rôle du « *ius commune Europaeum* ». <sup>153</sup> Les représentants de l'École historique remplacent le Droit naturel, jugé « vaincu », par le « culte » du droit romain. La conséquence extrême en est que Savigny conteste simultanément la possibilité — et ajoutons la nécessité — de la comparaison « verticale » et « horizontale ».

La conception de Savigny signifie une nouveauté non seulement par rapport aux efforts pratiques de droit comparé de Pütter ou de Schott. Cet avis signifie une rupture avec la conception de Gustav Hugo lui-même, en établissant comme condition de la création du *ius naturale* la confrontation de plusieurs systèmes de droits positifs. <sup>154</sup>

Parmi les sources de la théorie de Gustav Hugo relative à la création du « nouveau droit naturel », la philosophie de Kant joue un grand rôle comme moyen de destruction de « l'ancien droit naturel ». De l'avis de Landsberg, la nouveauté de l'enseignement de Hugo est qu'il désire bâtir le « nouveau droit naturel » en procédant d'une manière inductive et non déductive — et cela par la confrontation de tous les droits positifs. <sup>155</sup>

L'absolutisation du droit romain — qui prend le sens d'une sorte de « *Kryptonaturrecht* » — entraîne déjà en elle-même la diminution du poids du droit comparé. Au début du XXe siècle Giorgio Del Vecchio formule sous une forme très suggestive l'opposition de l'École historique à la comparaison des droits. De l'avis du philosophe du droit italien, les représentants de cette École sont convaincus que le « culte » du droit romain remplace le droit naturel vaincu et dépassé. <sup>156</sup> L'aversion de Savigny à l'égard de la comparaison conduit à des conséquences extrêmes. <sup>157</sup> Cette animosité a pour effet que le grand jurisconsulte allemand remet au deuxième plan les recherches historiques dogmatiques en prétextant l'ignorance des comparaisons dites verticales et horizontales.

Le refoulement total de la comparaison est caractérisé par le fait que celle-ci ne joue aucun rôle même dans les recherches du droit romain. Nous pensons ici, en ce qui concerne la question de la continuité du droit romain au Moyen Âge et à l'époque moderne, au manque de confrontation avec le droit romain post-classique. Cette mentalité profondément « inconciliable » de Savigny s'explique en grande mesure par le fait que les recherches comparées fonctionnent à un niveau scientifique relativement bas pendant la deuxième moitié du XVIIIe siècle et encore pendant les premières décennies du XIXe siècle. L'accentuation extrême de l'importance du droit romain sert de manière décisive de motif à l'ignorance complète de tels examens. Savigny estime en effet — à la différence, sous plusieurs aspects, de Gustav Hugo, lequel ne réussit pas à se libérer des entraves du droit naturel — que l'on peut résoudre l'augmentation de la *iurisprudentia* à un niveau élevé exclusivement avec des recherches concentrées sur le droit romain. Évidemment, on ne peut pas perdre de vue la circonstance que, pour lui, le droit romain ne signifie pas uniquement un droit positif, mais que le droit renferme plutôt la notion d'une sorte de *tradition*.

La prise de la position négative à l'égard de la comparaison de l'École historique effarouche les romanistes qui redoutent à s'occuper, à côté du droit romain, d'un autre droit antique. L'influence presque illimitée de l'École historique se caractérise par exemple par le fait que, malgré la découverte au XIXe siècle des deux manuscrits de la *Collatio legum Mosaicarum et Romanarum*, la littérature secondaire en connexion avec la *Collatio* — à l'opposé de la littérature du XVIIIe siècle — ignore fondamentalement le rapport entre le droit romain et le droit hébreu, et se limite à s'occuper exclusivement de la personne de l'auteur de la *Lex Dei*, ainsi que des circonstances de la genèse de l'œuvre. <sup>158</sup>

Même Ludwig Mitteis, s'occupant des droits de la Méditerranée antique, méconnaît à la fin du XIXe siècle un quelconque lien entre la réglementation relative à la succession légitime figurant dans la *Collatio* et les règles correspondantes du droit hébreu. <sup>159</sup> Les représentants de l'École historique limitent en général leurs recherches exclusivement aux sources du droit romain et du droit germanique.

<sup>153</sup> Voir WIEACKER, « *Friedrich Carl von Savigny* », p. 36.

<sup>154</sup> Voir KOSCHAKER, *Europa und das römische Recht*, p. 254 et WOLF: *Grosse Rechtsdenker...*, p. 484.

<sup>155</sup> Voir LANDSBERG — STINTZING, *Geschichte...*, (Text II.), p. 40 et sqq.

<sup>156</sup> Voir DEL VECCHIO, *Die Idee einer vergleichenden universalen Rechtswissenschaft*, (Le titre original de cet ouvrage: *Sull' Idea di una Scienza del Diritto Universale*), Berlin—Leipzig, 1914, p. 6.

<sup>157</sup> Cf. HAMZA — SAJÓ, « *Savigny...* », p. 105.

<sup>158</sup> Voir VOLTERRA, *Diritto romano...*, pp. 24 et sq.

<sup>159</sup> Voir MITTEIS, *Reichsrecht und Volksrecht...*, p. 354.

L'isolement de l'École historique par rapport aux recherches comparées signifie une rupture dans le développement de la jurisprudence européenne, parce que les « prédécesseurs » de l'École historique, d'un côté la tendance du Droit naturel à laquelle cette École prend le dit « *systematischer Trieb* », et de l'autre l'École Humaniste à laquelle l'École historique de Savigny emprunte la critique des sources,<sup>160</sup> étaient sans doute « ouverts » aux recherches comparées.<sup>161</sup>

### § 3. L'influence de la science juridique allemande sur le plan européen

Dans les derniers siècles des Temps modernes, c'est la science juridique allemande qui — d'une façon différente, mais d'une manière déterminante — a marqué de son empreinte l'œuvre des praticiens du droit civil européen.

**1. La Suisse<sup>162</sup>.** En Suisse, J. C. Bluntschli (1808—1881), spécialiste du droit romain, historien du droit et expert de droit constitutionnel, a été le plus célèbre pandectiste. C'est à lui que revient la préparation du Code civil du canton de Zurich (*Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich*) (1853—1855), sous l'influence de son maître, F. L. Keller (1799—1860), représentant suisse le plus éminent de l'École historique du droit, sous l'influence directe de Savigny. Mais le système (plan) des pandectes peut aussi être perçu dans son œuvre intitulée *Deutsches Privatrecht* (1853—1854). J. J. Bachofen (1815—1887), professeur à Bâle, appartient à la tendance historique de la recherche du droit romain. Le *Code suisse des obligations (OR)* de 1881 dont le rédacteur, Munzinger (1830—1873) était partisan du concept moniste, se fonde également en grande partie sur des traditions de droit romain.

Sa révision complexe a eu lieu après l'élaboration du *ZGB* (en 1911, puis en 1936) par Eugen Huber (1849—1923). Le *BGB* allemand et son interprétation, s'enracinant dans les traditions de l'École des pandectistes, ont aussi exercé une grande influence sur l'évolution du droit civil suisse. Philipp Lotmar (1850—1922), professeur de droit romain à Berne, a terminé le manuel des pandectes de Brinz et, en raison de la grande influence de son œuvre fondatrice sur les contrats de travail, il peut être considéré comme l'un des fondateurs du droit du travail moderne. Andreas von Tuhr (1864—1925), professeur de droit à Bâle, à Strasbourg et à Zurich, est l'auteur du dernier manuel des pandectes d'importance remarquable qui présente le droit des obligations suisse ; mais il a également écrit une œuvre traitant de la partie générale (*Allgemeiner Teil*) du *BGB* allemand.

**2. L'Autriche.** En Autriche, les représentants les plus importants de l'École des pandectistes sont Joseph Unger (1828—1913) et Viktor Hasenöhr (1834—1903). C'est surtout le mérite d'Unger que la science du droit privé autrichien se soit de nouveau sur droit romain en utilisant les résultats de l'École historique du droit allemande. Cependant, l'influence de l'École historique du droit en Autriche était limitée par le fait que dans l'*ABGB* en vigueur à partir de 1812, prévalaient encore les concepts et les constructions juridiques du droit naturel.

**3. L'Italie<sup>163</sup>.** En Italie, certains romanistes étaient des fidèles de l'École des pandectistes : Filippo Serafini (1831—1897), qui a traduit et complété le manuel de pandectes de Arndts, Vittorio Scialoja (1856—1933), qui a fait le même travail pour l'œuvre intitulée *System des heutigen römischen Rechts* de Savigny, Carlo Fadda (1853—1931) et Paolo Emilio Bensa (1858—1928) qui ont traduit et complété le manuel des pandectes (*Lehrbuch des Pandektenrechts*) de Windscheid. Parmi les autres spécialistes du droit romain, Gino Segré (1864—1942), réalisant un travail étendu dans le domaine du droit civil, peut être classé dans le camp des adeptes de l'École des pandectistes. Nous mentionnons ici — bien qu'ils ne puissent pas être appelés pandectistes — Pietro Bonfante (1864—1932) et Salvatore Riccobono (1864—1958), deux représentants éminents de la science italienne du droit romain des Temps modernes.

<sup>160</sup> L'opinion selon laquelle Savigny s'était refusé à l'« *Interpolationenkritik* » ne correspond pas à la réalité. Voir WESENBERG, « Savigny... », pp. 439 et sqq. Cf. encore VOLTERRA, *Pretese derivazioni...*, pp. 265—266.

<sup>161</sup> Voir SCHWARZ, « Pandektenwissenschaft... », pp. 100 et sq.

<sup>162</sup> Sur l'influence du *Code civil français* voir: CAVIN P., « Suisse », In: *Travaux de la Semaine internationale de droit. L'influence du code civil dans le monde*, Paris, 1954; DU PASQUIER C., « Suisse », *ibidem*; SIMONIUS A., « : Suisse », *ibidem*; CABANIS A. et D., « Code Napoléon et Code civil vouldois de 1819, Adaptation et progrès », *Mélanges H. Marti*, Toulouse, 1975; POUDRET J. FR., « Les limites de l'influence du Code Napoléon sur les codifications romands du XIXe siècle », *RHD* 69 (1991).

<sup>163</sup> GHISALBERTI C., *La codificazione del diritto in Italia 1865—1942*, Roma—Bari, 1985; ALPA G., « La cultura delle regole », *Storia del diritto civile italiano*, Roma—Bari, 2000.

**4. La France.**<sup>164</sup> En France, Robert-Joseph Pothier (1699—1772)<sup>165</sup>, professeur à Orléans, était l'auteur d'un commentaire des pandectes important. Avant qu'il ait publié sa monographie dans laquelle il a ouvert, dans une certaine mesure, la voie vers la préparation du Code civil (*Traité des obligations*, Paris 1761)<sup>166</sup>, il avait décrit le droit romain comme un système juridique rationnel et comme droit naturel dans son œuvre intitulée *Pandectae Iustinianee in novum ordinem digestae*, publiée entre 1748 et 1752. Il était aussi spécialiste du droit coutumier. Dans ce contexte, on peut mentionner son ouvrage, titré *Commentaires de la coutume d'Orléans*, publié en 1740. En 1760, il a retravaillé ce commentaire dans lequel il comparait les règles coutumières à celles du droit romain. L'œuvre de Pothier s'insère dans la tradition juridique fondée par Connanus (François Connan) et suivie par Domat.<sup>167</sup>

Dès la première moitié du XVIIIe siècle, la nécessité de l'unification du droit privé en France émergeait. De ce fait porte témoignage par exemple l'ouvrage de Charondas (Louis le Caron), publié en 1637, *Pandectes du droit français*, dont l'auteur entame une lutte contre le particularisme juridique. Sur le plan de la compilation des rapports juridiques commerciaux, il faut mentionner l'*Ordonnance du commerce* (1673) et l'*Ordonnance de la marine* (1681). Concernant les efforts pour compiler le droit civil, l'*Ordonnance civile* de 1667 joue un rôle éminent. Le premier à tenter de rédiger en un seul système le droit privé en vigueur en France est François Bourjon (?—1751). Bourjon présente dans son ouvrage *Le Droit commun de la France et la coutume de Paris réduits en principes*, paru en 1747, à la fois le droit romain et le droit coutumier en vigueur à l'époque. Cet ouvrage influencera également la structure du Code civil des Français.<sup>168</sup> Dans ce contexte, on peut mentionner l'œuvre de Conchylius (Guy Coquille) (1523—1603) qui rédigeait les coutumes dans un ordre systématique unifié déjà au XVIe siècle.

Dans la tentative d'unification du droit civil de la France s'insèrent les trois ordonnances de droit privé (*Ordonnance sur les donations — 1731; Ordonnance sur les testaments — 1735 ; Ordonnance sur les substitutions fidéicommissaires — 1747*) du chancelier Henri-François D'Aguesseau (1668—1751) sous Louis XV. Dans ces ordonnances, D'Aguesseau a essayé de réaliser une codification ainsi qu'une unification du droit privé, en harmonisant le droit romain et le droit coutumier.<sup>169</sup> Nombre de dispositions de ces trois ordonnances ont inspiré les rédacteurs du Code civil des Français.

L'*Ordonnance sur les donations* a unifié le droit de tout le royaume. Il faut mentionner que le droit romain a dominé la matière où les influences coutumières ont été insignifiantes. Des ordonnances antérieures étaient déjà intervenues pour les libéralités aux établissements de main-morte dont la législation royale voulait éviter l'afflux. Cette ordonnance a supprimé une catégorie connue en droit romain, les donations à cause de mort. L'*Ordonnance sur les testaments* n'a pas réalisé une unification complète. Elle a maintenu le régime coutumier et le régime méridional. Cette ordonnance a unifié le droit dans chacune de ces deux régions. L'*Ordonnance sur les substitutions fidéicommissaires* a établi le même droit dans tout le royaume. Le chancelier D'Aguesseau aurait voulu supprimer les substitutions fidéicommissaires, mais il les a laissés cependant subsister en renforçant les restrictions qu'avaient déjà apportées les ordonnances d'Orléans et de Moulins à la fin du XVIe siècle.

Après la victoire de la Révolution française, est devenu absolument nécessaire l'unification du droit du pays. Jean Régis de Cambacérès (1753—1824) jouait un rôle fondamental dans la préparation de l'unification du droit civil, ayant été l'auteur des trois projets du Code civil. Le plus important était celui de l'an 1796. Avant même la mise en vigueur du Code civil, à l'époque du *droit intermédiaire*, a

<sup>164</sup> SAVATIER R., *L'art de faire les lois. Bonaparte et le Code civil*, Paris, 1927; DE KOSCHEMBAHR-LYSKOWSKI M. I., « Le Code civil et la coutume. Revision de la notion de coutume », *Études de droit civil à la mémoire de H. Capitant*, Paris, 1938; ASSIER-ANDRIEU L., *Une France coutumière. Enquête sur les „usages locaux” et leur codification (XIXe—XXe siècles)*, Paris, 1990; HALPERIN J.-L., *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris, 1996.

<sup>165</sup> Voir MONTMORENCY J. E. G., « Robert Joseph Pothier and French Law », *Great Jurists of the World* (Ed. by Sir J. Macdonell and E. Manson), Boston, 1914 (réimpression: New Jersey, 1997); GROSSI P., « Un paradiso per Pothier (R.-J. Pothier e la proprietà moderna) », *QF* 14 (1985).

<sup>166</sup> Les autres *Traité*s de Pothier traitent d'autres sujets comme le contrat de rente, le louage, la vente, les contrats de société, les contrats maritimes, les contrats de bienfaisance, le contrat de mariage. Les ouvrages de Pothier ont été très souvent référés devant les tribunaux (dans la jurisprudence) et dans la doctrine hors de la France, en particulier en Angleterre.

<sup>167</sup> GAUTIER P.-Y., « Jean Domat: l'un de ces messieurs de Port-Royal », *RTDC* 91 (1992).

<sup>168</sup> MARTINAGE-BARANGER R., *Bourjon et le Code civil*, Lille, 1971.

<sup>169</sup> REGNAULT H., *Les ordonnances civiles du chancelier Daguesseau. Les testaments et l'Ordonnance de 1735*, Paris, 1965.; GAUTIER P.-Y., « Le discours de la méthode du Chancelier Daguesseau », *RTDC* 93 (1994).

eu lieu la refonte partielle du droit, surtout dans le domaine de la majorité, de l'hypothèque et de nombreuses institutions du droit de la famille.<sup>170</sup>

Parmi les quatre auteurs (dits aussi « Pères ») du Code civil<sup>171</sup>, deux (Jean-Étienne-Marie de Portalis [1745—1807] et Jacques de Maleville [1741—1824]) étaient des experts des pays de *droit écrit*, les deux autres (Félix-Julien-Jean Bigot de Préameneu [1747—1825]<sup>172</sup> et François Denis Tronchet [1729—1806]) étant spécialistes du *droit coutumier*. Portalis jouait le rôle principal dans les travaux préparatoires du Code civil.<sup>173</sup>

La structure du Code civil suit le système (plan) des *Institutes* de Justinien. Dans la première partie, intitulée *Titre préliminaire*, il s'agit de la publication, des effets et de l'application des lois en général.<sup>174</sup> Le premier livre traite du droit des personnes, mais il faut noter qu'il ne contient aucune disposition sur les personnes morales.<sup>175</sup> Le deuxième livre porte le nom *Des biens, et des différentes modifications de la propriété*. Ce livre contient des règles concernant les biens (en latin *res*), la propriété et les droits réels.<sup>176</sup> Le troisième livre (*Des différentes manières dont on acquiert la propriété*) régit les différents modes d'acquisition de la propriété.<sup>177</sup> La succession est considérée comme un mode d'acquisition de la propriété (en latin *modus* ou *titulus acquirendi*). Le dernier livre du Code civil contient ainsi à la fois le droit des obligations et le droit successoral.

Au XIX<sup>e</sup> siècle, Charles Marie Toullier (1752—1835), professeur à Rennes, a écrit un commentaire du Code civil d'importance fondamentale (*Le droit civil français, suivant l'ordre du Code I—XI*, Paris 1819—1823). C'est Alexandre Duranton (1783—1866) qui fit le commentaire complet, en 22 volumes, publié entre 1825 et 1837. Le *Cours de Code Napoléon*, paru entre 1844 et 1879, de Jean-Charles-Florent Demolombe (1804—1887)<sup>178</sup> est un commentaire du Code civil article par article resté inachevé. Le *Cours* de Demolombe s'arrête à l'article 1386 du Code civil. Le but du *Cours de Code Napoléon* était d'expliquer le Code civil « comme loi applicable et obligatoire » en tenant compte de la « jurisprudence » (« éclairer les textes par les faits, les principes de la jurisprudence »). Demolombe fonda en 1851 la *Revue critique de la jurisprudence*.

En général, on peut constater que le Code civil a fait souvent l'objet d'une réinterprétation par le truchement d'une part de la jurisprudence, c'est-à-dire par les arrêts des tribunaux, y compris la jurisprudence de la Cour de cassation, et d'autre part de la doctrine.<sup>179</sup>

---

<sup>170</sup> VIALLES P., *L'archichancelier Cambacérés (1753—1824) d'après des documents inédits*, Paris, 1908; THIRY J., *Cambacérés, archichancelier de l'Empire*, Paris, 1934; PAPILLARD F., *Cambacérés*, Paris, 1961; PINAUD P.-F., *Cambacérés*, Paris, 1996.

<sup>171</sup> Le Code civil des Français a porté le nom « Code Napoléon » officiellement entre 1804 et 1815, et 1852—1870. Napoléon a activement participé aux travaux préparatoires du Code. Sur ce sujet voir: THEEWEN E. M., *Napoléons Anteil am Code civil*, Berlin, 1991.

<sup>172</sup> KERVILLER R., « La Bretagne à l'Académie française: Bigot de Préameneu », *Revue de Bretagne*, 1904; PEPIN J., « Bigot de Préameneu, jurisconsulte (1747—1825) », *Bulletin de la Société d'Archéologie de Bretagne*, 1986.

<sup>173</sup> Les œuvres complètes de Portalis ont été publiées par FENET P. A. dans le *Recueil complet de travaux préparatoires du Code civil* en 15 volumes (Paris, 1827—1828) et par LOCRIÉ J.-G. (1758—1840) dans les premiers 16 volumes de *La Législation civile, commerciale et criminelle de la France, ou Commentaire et complément des Codes français* (Paris, 1827). Sur Portalis voir: LAVOLLÉE R., *Portalis, sa vie et ses œuvres*, Paris, 1869; WILHELM W., « Portalis et Savigny. Aspects de la restauration », In: *Ius commune, Sondernhefte 17, Aspekte europäischer Rechtsgeschichte*, Frankfurt am Main, 1982; LEDUC E., *Une grande figure de l'histoire napoléonienne. Portalis, 1746—1807*, Paris, 1990; LONG M.—MONIER J.-C., *Portalis. L'esprit de justice*, Paris, 1997; CHARTIER J.-L.-A., *Portalis, père du Code civil*, Paris, 2004; D'ONORIO J.-B., « Portalis, une vie pour le droit », In: *Portalis le Juste* (dir. D'ONORIO J.-B.), Aix-en-Provence, 2004; *idem: Portalis. L'esprit des siècles*, Paris, 2005.

<sup>174</sup> L'article 3 du Code civil est encore aujourd'hui le fondement du droit international privé en France. Sur l'importance de cet article voir: BATIFFOL H., « Le droit international privé français est-il fidèle à la loi nationale? », *Hommage d'une génération de juristes au Président Basdevant*, Paris, 1960.

<sup>175</sup> SICARD G., « L'utilisation du droit romain par les rédacteurs du Code Civil: Le droit de la famille », In: *Excerptiones iuris: Studies in Honor of A. Gouron*, Berkeley, 2000.

<sup>176</sup> RENOUX-ZAGAME M. F., *Origines théologiques du concept moderne de propriété*, Genève, 1987.

<sup>177</sup> ARNAUD A.-J., *Essai d'analyse structurale du Code civil français*, Paris, 1973.

<sup>178</sup> JAMIN CH., « Julien Bonnacase et Ch. Demolombe », *RTDC* 91 (1992); MUSSET J., « Un célèbre jurisconsulte caennais du XIX<sup>e</sup> siècle Demolombe », *RTDC* 94 (1995).

<sup>179</sup> Voir sur ce sujet: CANIVET G., « La Cour de cassation et la doctrine. Effets d'optique », In: *Mélanges offerts à J.-L. Aubert*, Paris, 2005.

La science du droit privé française<sup>180</sup> fut fortement influencée par ladite École de l'Exégèse. Parmi les représentants les plus éminents de ce courant, on trouve des professeurs d'université (par exemple Delvincourt (1762—1831), Jean-Joseph Bugnet (1794—1866), Claude Denis Auguste Valette (1805—1878) *etc.*), aussi bien que des juges comme R. T. Troplong (1795—1869) et Pont, et des avocats (par exemple Marcadé). Le premier ayant critiqué cette tendance a été François Oudot qui s'efforça dans son ouvrage *Premiers essais de philosophie du droit et de l'enseignement méthodique des lois françaises*, publié en 1846, d'éloigner l'application pratique du Code civil de l'interprétation philosophique et exégétique. La première tentative pour réformer le Code civil date de l'an 1866 où une commission de réforme fut établie. Il faut mentionner Emile Acollas (1825—1891), auteur de l'ouvrage *Nécessité de refondre l'ensemble de nos Codes et notamment le Code Napoléon, au point de vue de l'idée démocratique*, qui a voulu faire la refonte du Code civil surtout dans le domaine du droit des biens et du droit de la famille.<sup>181</sup>

L'influence de l'École historique du droit se faisait sentir après le tournant du XIXe—XXe siècle. Le premier juriste français à être influencé par l'École historique du droit allemande fut Edouard René Lefebvre de Laboulaye (1811—1883). Le représentant le plus réputé de cette tendance était Raymond Saleilles (1855—1912), auteur de plusieurs ouvrages sur le Code civil *allemand* (*BGB*).<sup>182</sup> Au XXe siècle, le courant de l'École de l'Exégèse fut mis à l'écart de plus en plus par ladite École scientifique.

Son influence remarquable transparaît clairement dans plusieurs codes civils européens, dont les plus importants sont les suivants : le Code civil belge [1804]<sup>183</sup>, le Code civil hollandais [*Burgerlijk Wetboek*, 1838], le Code civil roumain [*Codul civil*, 1864], le Code civil italien [*Codice civile*, 1865 et 1942]<sup>184</sup>, le Code civil espagnol [*Código Civil*, 1889]. Le Code civil fut pris également en considération par les rédacteurs des codes civil d'autres pays, surtout en Grèce<sup>185</sup> et au Portugal.<sup>186</sup>

En Allemagne, dans les territoires de la rive gauche du Rhin fut maintenu en vigueur le Code civil *français* jusqu'au 1er janvier 1900. En Bade, une variante badoise du Code civil fut appliquée jusqu'à la même date.<sup>187</sup>

Les rédacteurs des différents codes extra-européens (surtout ceux d'Amérique centrale et d'Amérique du Sud) furent également influencés par le Code civil.

Le Code civil français, aussi bien que le *Code de commerce*, furent pris en considération au cours de la Réforme (*Tanzimat*) du système juridique de l'Empire ottoman au XIXe siècle.<sup>188</sup> Le Code civil avait influencé très fortement la codification du droit civil de nombreux pays en Afrique (par exemple en Tunisie, au Maroc, en Algérie, au Guinée et au Sénégal). Le Code civil égyptien de l'an 1948, lui

---

<sup>180</sup> Sur le rapport entre la science juridique française et le *Code civil*, voir: DUBOUCHET P., *La pensée juridique avant et après le Code civil*, Paris, 1998<sup>4</sup>.

<sup>181</sup> La critique d'Accollas ressemble dans plusieurs aspects à la critique farouche de Menger concernant le Premier Projet (*Erster Entwurf*) du *Code civil allemand*.

<sup>182</sup> BÜRGE A., « Das französische Privatrecht im 19. Jahrhundert », In: *Zwischen Tradition und Pandektenwissenschaft, Liberalismus und Etatismus*, Frankfurt a. M., 1995<sup>2</sup>; GAUDEMET J., « Les écoles historiques du droit en France et en Allemagne au XIXe siècle », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique* 19 (1998); RANIERI F., « Le droit civil français et la culture juridique française dans la doctrine allemande d'aujourd'hui: un éloignement définitif ? », *DROITS* 32 (2000).

<sup>183</sup> DE HARVEN P., « Belgique », In: *Travaux de la Semaine internationale de droit. L'influence du code civil dans le monde*, Paris, 1954; LAGASSE A., « Belgique », *ibidem*; LIMPENS J., « Belgique », *ibidem*; WARLOMONT R., « Belgique », *ibidem*.

<sup>184</sup> BERRI M., « Italie », In: *Travaux de la Semaine internationale de droit. L'influence du code civil dans le monde*, Paris, 1954.

<sup>185</sup> BOURNIAS A., « Grèce », In: *Travaux de la Semaine internationale de droit. L'influence du code civil dans le monde*, Paris, 1954; FRAGISTAS Ch., « Grèce », *ibidem*; MICHAELIDES-NOUARIOS G., « Grèce », *ibidem*.

<sup>186</sup> DE MAGALHAES B., « Portugal », In: *Travaux de la Semaine internationale de droit. L'influence du code civil dans le monde*, Paris, 1954.

<sup>187</sup> BOEHMER G., « Allemagne », In: *Travaux de la Semaine internationale de droit. L'influence du code civil dans le monde*, Paris, 1954; METZGER E., « Allemagne », *ibidem*. Dans la littérature la plus récente, voir: SCHUBERT W., « Le Code civil (Code Napoléon) en Allemagne au 19<sup>e</sup> siècle », In: *Le Code Napoléon, un ancêtre vénéré? Mélanges offerts à J. Vanderlinden*, Bruxelles, 2004.

<sup>188</sup> KEMAL ELBIR I., « Turquie », In: *Travaux de la Semaine internationale de droit. L'influence du code civil dans le monde*, Paris, 1954.

aussi, suivait en grande partie le *Code civil français*.<sup>189</sup> Au Proche Orient, le Code civil français influença considérablement la codification du droit civil. C'était le cas par exemple au Liban et en Syrie.<sup>190</sup> En Extrême-Orient, le Code civil français fut suivi comme modèle de la codification du droit civil également. À titre d'exemple, on pourrait mentionner le Japon, le Laos, le Cambodge et le Vietnam.<sup>191</sup>

**5. L'Europe du Nord**<sup>192</sup>. L'influence de la science juridique allemande a produit également des effets en Europe du Nord. Sous l'influence de l'École historique du droit, la science juridique danoise s'est fondée sur de nouvelles bases par l'activité de A. S. Orsted (1778—1860), qui pensait combler les lacunes du droit national par l'étude du droit étranger (soit celui des pandectes). L'influence de Savigny est fortement présente dans les œuvres de F. C. Bornemann et de A. W. Sheel, qui a importé le système (plan) des pandectes au Danemark. À partir des tous derniers moments de la fin du XIXe siècle, les représentants des sciences juridiques danoise et norvégienne ont été profondément influencés par les doctrines de Jhering, mais il est vrai que c'était un amalgame avec l'influence d'autres tendances. La science juridique suédoise est également fortement marquée par le courant de « recherche des intérêts » (*Interessenjurisprudenz*).

En Finlande, l'influence de l'École des pandectistes avait déjà prévalu dès les débuts, et la science du droit des concepts (*Begriffsjurisprudenz*) de l'École historique du droit exerçait encore une forte influence au cours du XXe siècle.

**6. Les États balkaniques et la Roumanie.** On peut aussi démontrer l'influence de l'École allemande des pandectistes sur la science juridique des États balkaniques. Cette constatation est prouvée en Bulgarie par les spécialistes du droit romain et du droit civil formés aux universités allemandes (P. Dančov, J. Fadenhecht et S. Angelov), les romanistes serbes (R. Lešnjanin, Gliša-Giga Garšić, D. Arandlejović) et les spécialistes roumains du droit romain et de l'histoire du droit (parmi lesquels émerge S. G. Longinescu).

**7. La Russie.** Sur le territoire de la Russie, l'École des pandectistes exerce encore son influence dans les années vingt car à partir du XIXe siècle un certain nombre de jeunes juristes russes ont suivi les cours de Thibaut, de Savigny et de Puchta dans diverses universités allemandes (notamment à Heidelberg, à Berlin et à Leipzig).<sup>193</sup>

De plus, à partir de 1887, presque pendant une décennie, un séminaire impérial russe de droit romain (*Zaristisches Russisches Seminar [Institut] für Römisches Recht*) fonctionnait auprès de la faculté de droit de l'Université de Berlin, sous la direction de Heinrich Dernburg (1829—1907)<sup>194</sup>, Ernst Eck (1838—1901) et Alfred Pernice (1841—1901), et dont les étudiants sont devenus plus tard professeurs en Russie : D. D. Grimm, A. S. Krivcov, E. V. Passek et I. A. Pokrovskij pour le droit romain, A. M. Guljajev pour le droit civil, L. Petražický pour la philosophie du droit et W. von Seeler pour le droit civil et le droit romain.<sup>195</sup> Les traducteurs russes des manuels de pandectes allemands étaient recrutés également parmi les élèves des pandectistes allemands.

Les représentants russes de l'École des pandectistes ont conçu le droit romain comme une introduction au droit privé et P. E. Sokolovsky (Paul von Sokolowski) a souligné le rôle éminent du droit romain du point de vue de la modernisation du droit russe. Parmi les œuvres des romanistes russes émergent l'ouvrage d'histoire du droit romain de Pokrovskij (1913)<sup>196</sup> et celui concernant le droit privé romain de V. Hvostov (1906) qui suivent, tous les deux, la science juridique allemande. Le courant de

---

<sup>189</sup> CHAGAVAT H., « Égypte », In: *Travaux de la Semaine internationale de droit. L'influence du code civil dans le monde*, Paris, 1954; CHEHATA C., « Égypte », *ibidem*.

<sup>190</sup> CHEVALIER J., « Liban et Syrie », In: *Travaux de la Semaine internationale de droit. L'influence du code civil dans le monde*, Paris, 1954; MOUSSERON J. M., « La réception au Proche-Orient du droit français des obligations », *RIDC* 20 (1968).

<sup>191</sup> Sur l'expansion du *Code civil* en général, voir: LIMPENS J., « Territorial Expansion of the Code », *The Code Napoléon and the Common-Law World*, New York, 1956 (réimpressions: 1975, 1977).

<sup>192</sup> *Danish and Norwegian Law. A General Survey*, ed. by the Danish Committee on Comparative Law, Copenhagen, 1963; *The Finnish Legal System*, ed. by UOTILA J., Helsinki, 1985<sup>2</sup>; LÍNDAL S., « Law and Legislation in the Icelandic Commonwealth », *SSL* 37 (1993); HELLNER J., « Specific Performance in Swedish Contract Law », *SSL* 38 (1999).

<sup>193</sup> WORTMAN R. S., *The Development of a Russian Legal Consciousness*, Chicago—London, 1976.

<sup>194</sup> Sur Dernburg voir SÜSS W., *Heinrich Dernburg — Ein SpätPandektist im Kaiserreich*, München, 1991.

<sup>195</sup> AVENARIUS M., « Das russische Seminar für römisches Recht in Berlin (1887—1896) », *ZEuP* 6 (1998).

<sup>196</sup> AVENARIUS M., *Rezeption des römischen Rechts in Rußland. Dmitrij Mejer, Nikolaj Djuvernua und Iosif Pokrovskij*, Göttingen, 2004.

« recherche des intérêts » (*Interessenjurisprudenz*) a été développé par S. A. Muromcev (1850—1910), connu aussi comme le fondateur de la sociologie du droit russe.

#### § 4. La science juridique basée sur les droits de l'Antiquité et les recherches comparatives

##### 1. La tendance générale de l'histoire du droit et le droit comparé

4.1. Durant les premières décennies du XIXe siècle, on peut retrouver l'influence de l'aspect historique au-delà des ouvrages des successeurs de l'École historique. Dans son essai « *Über die Philosophie und Empirie in ihrem Verhältnis zur positiven Rechtswissenschaft* »<sup>197</sup> publié en 1804, Anselm Feuerbach cherche à créer l'harmonie entre l'expérience et la théorie, entre le droit positif et le droit naturel.<sup>198</sup> Dans son traité, il fait expressément allusion à la nécessité du rapprochement historique. Feuerbach soumet à une critique sérieuse ceux qui ne prêtent pas attention à la manière dont le droit se forme et se développe. En s'occupant des racines et des antécédents de la législation de son époque, il relève le passé millénaire, ce qui est le signe de l'aspect historique. La base de l'aspect historique exprimé dans cet ouvrage — comme Wieacker y fait allusion<sup>199</sup> — peut être ramenée de toute évidence à la reconnaissance du fait que le droit naturel, ouvertement dépourvu d'historicisme, est loin d'être capable de jeter les fondements philosophiques de la science juridique moderne.

Néanmoins Anselm Feuerbach s'éloigne vite de cet aspect où le fait que l'éminent juriste subisse l'influence de l'*Universaljurisprudenz*<sup>200</sup> conçue par Leibniz, joue un rôle important. La diminution du rôle de l'historicisme peut être ramenée chez lui à l'antipathie vis-à-vis de l'emprunt et du perfectionnement de l'idée propagée surtout par Gustav Hugo<sup>201</sup>, et vis-à-vis des solutions juridiques discutables considérées comme légitimes dans son esprit. Il est digne d'être mentionné que l'histoire générale du droit, la dite *Universalrechtsgeschichte*, reposant sur la comparaison des droits positifs en vigueur, renferme nécessairement la relégation en arrière-plan des recherches relatives aux détails de l'histoire d'un système juridique donné. Le renforcement de la tendance à l'histoire générale du droit peut être bien suivi dans les ouvrages de Feuerbach. Le juriste allemand devient de plus en plus adepte de la tendance confrontant les différentes institutions des droits en vigueur. Il faut mentionner qu'un temps relativement long s'écoulera jusqu'à ce que le rapprochement ethnologique de l'histoire générale du droit soit entièrement rejeté à l'arrière-plan dans ses œuvres. Dans ses « recommandations », formulées dans la *Vorrede zu der Schrift des Bamberger Stadtgerichtsassessors Nepomuk Horst, über die Beweislast im Zivilprozess*,<sup>202</sup> le kantien Feuerbach, s'efforçant de synthétiser originellement les tendances historique et pratique, rompt spectaculairement avec le mode de réflexion historique. La déclaration selon laquelle « *Ce qui relève de l'histoire, a déjà cessé d'exister.* »<sup>203</sup> constitue une pensée lourde de conséquences graves. Néanmoins, il faut ajouter que ce traité de Feuerbach — étant donné sa nature d'écrit politique — ne reflète pas fidèlement les conceptions et la vraie intention de l'auteur.<sup>204</sup>

C'est sous le signe de la conception de l'histoire générale du droit qu'est né son ouvrage posthume intitulé : *Idee und Notwendigkeit einer Universaljurisprudenz*,<sup>205</sup> mis sous presse et publié par son fils, Ludwig Feuerbach. Dans cet ouvrage, le jurisconsulte traite des questions de comparaison. En examinant et en appréciant Anselm Feuerbach ainsi que l'ensemble de son œuvre, on n'exagère pas quand on le considère, d'après Radbruch, comme le « précurseur du droit comparé ».

Dans l'analyse des rapports entre l'histoire générale du droit et le droit comparé, il serait opportun de mentionner que parmi les jurisconsultes appartenant à l'École historique et qui le déclarent

<sup>197</sup> Voir FEUERBACH A., *Kleine Schriften*, Nürnberg, 1833.

<sup>198</sup> Voir MANIGK, *Savigny*, pp. 30 et sq.

<sup>199</sup> Voir WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte*<sup>2</sup>, p. 369.

<sup>200</sup> Voir RHEINSTEIN, *Einführung*, p. 42.

<sup>201</sup> Voir KOSCHAKER, *Europa und das römische Recht*, p. 254.

<sup>202</sup> Cet ouvrage a été publié pour la première fois en 1816 (Bamberg—Leipzig). Cette réédition — en ce qui concerne sa forme originale — était publiée sous la forme d'un article, sous le titre. « *Einige Worte über die historische Rechtsgelehrsamkeit und einheimische deutsche Gesetzgebung* », Bamberg—Leipzig, 1816. Cf. Thibaut und Savigny. *Ihre programmatische Schriften. Einleitung von H. Hattenhauer*, München, 1973.

<sup>203</sup> Voir FEUERBACH, « *Einige Worte* », In: *Feuerbach: Kleine Schriften*, p. 143.

<sup>204</sup> Voir MANIGK, *Savigny*, p. 31.

<sup>205</sup> Voir ANSELM, *Von Feuerbachs Biographischer Nachlass*,. Nürnberg, 1953. II. Bd. pp. 378 et sqq.

ouvertement, il y en a qui ne suivent pas servilement l'avis de Savigny qui ignore la comparaison. L'ouvrage de Karl Theodor Pütter (1803—1875)<sup>206</sup> mérite une attention spéciale à cet égard.

Karl Theodor Pütter — à la différence d'Anselm Feuerbach — n'est pas kantien, mais au contraire hegelien. Cette qualité se présente sous sa forme la plus propre dans ses études traitant du droit international.<sup>207</sup> L'aspect historique joue un rôle sérieux même dans ses ouvrages. Cela est prouvé le plus visiblement par la construction<sup>208</sup> reposant — outre la vue d'ensemble des doctrines de l'Islam — sur les règles de plusieurs systèmes juridiques du droit international médiéval. Son intérêt pour la comparaison des droits peut être bien illustré par son ouvrage étudiant la notion de propriété en droit allemand, publié en 1831. Dans son livre *Der Inbegriff der Rechtswissenschaft oder Juristische Encyclopedie und Methodologie* (Berlin, 1826), constituant le couronnement de son activité scientifique, les doctrines hégéliennes s'entrelacent avec l'aspect historique. La définition du droit et de l'État, ainsi que la représentation du sens de leur développement indiquent l'influence hégélienne.

Le développement, à partir « d'*Urrecht* » et du « *Naturstaat* » à travers « *menschliches Recht* » jusqu'au « *Christliches Recht* » et au « *freier Staat* », est un condensé de doctrines hégéliennes. La représentation dans ce système du développement du droit et de l'État contient, de façon encyclopédique, les principaux traits caractéristiques des États et des droits de l'Orient antique, ainsi que les particularités du système de droit et d'État des États européens modernes. La forme concrète de l'élaboration porte en effet les signes essentiels du mode de représentation typique de l'histoire générale du droit. Mais Karl Theodor Pütter écrit, au cours de l'exposition des droits positifs et des États, dans l'esprit de l'enseignement de l'École historique. Le fait qu'il soit à cet égard un des adeptes de l'École savignienne ne l'empêche pas de suivre dans toute son œuvre la conception de l'*Universalrechtsgeschichte*.

Dans la préface de son livre, Pütter formule lui-même la substance de sa théorie. L'aspect historique ne suffit pas encore en lui-même lors de l'examen du droit. Dans le domaine des recherches encyclopédiques ou, en d'autres termes, dans le domaine des recherches ayant des exigences scientifiques, l'examen du droit doit être « parfait », c'est-à-dire qu'il doit embrasser toutes les phases et toutes les formes du développement du droit.<sup>209</sup>

En suivant les traces d'Anselm Feuerbach — il se réfère une fois expressément à lui<sup>210</sup> — Pütter croit à la nécessité de l'analyse du droit de tous les peuples. À son avis, le bien-fondé de ce type d'analyse est motivé par le fait que ni le droit romain — et surtout en ce qui concerne son époque archaïque — ni le droit allemand — cela se réfère à la phase où celui-ci a atteint un certain degré de perfection — ne sont susceptibles de présenter « le développement parfait » du droit.<sup>211</sup> À cet égard, on ne peut représenter « le développement parfait » du droit que sur la base de l'histoire mondiale générale. A vrai dire, Pütter reconnaît que les sources, les documents sur la base desquels on pourrait reconstruire les droits des différents « *Urstaaten* » font défaut. Néanmoins, il y a des moyens — ainsi surtout des ouvrages descriptifs dérivant des chercheurs des coutumes, des moeurs des soi-disant peuples primitifs — que l'on pourrait utiliser pour la reconnaissance des droits « antiques ».

Karl Theodor Pütter tente déjà de mettre en place une sorte de typologie. Il fait la distinction entre les dites « *morgenländische Naturstaaten* » et « *abendländische Freistaaten* ». <sup>212</sup> À son avis, la « *Weltrechtsgeschichte* » est nécessairement générale. Par conséquent — comme le prétendait Anselm Feuerbach — aucun droit ne bénéficie d'un rôle privilégié. De cette façon, ni le droit romain, ni un autre système juridique ne devient une sorte de « *tertium comparationis* ».

La philosophie hégélienne est surtout susceptible de constituer la base de l'analyse comparée de l'ensemble de plusieurs droits (systèmes juridiques) ou de certaines institutions de ceux-ci. De ce point de vue, il n'est pas fortuit que l'hégélien Eduard Gans — que certains, comme par exemple Mitchell Franklin<sup>213</sup>, considèrent comme le fondateur du droit comparé allemand — passe en revue les règles de plusieurs systèmes juridiques qui sont relatives au droit des successions, dans son monumental ouvrage intitulé *Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwicklung* (Berlin, 1822—1835). C'est Unger qui attire l'attention sur ce que l'*Erbrecht* de Gans est quasiment l'unique exemple d'adoption des doctrines

---

<sup>206</sup> Concernant la vie et l'œuvre scientifique de Karl Theodor Pütter voir Landsberg—Stintzing: *Geschichte* (Text II.), pp. 648 et sqq.

<sup>207</sup> Voir LANDSBERG—STINTZING, *Geschichte* (Text II.), p. 649.

<sup>208</sup> Voir LANDSBERG—STINTZING, *Geschichte* (Text II.), p. 649.

<sup>209</sup> Voir PÜTTER, *Der Inbegriff*, p. IX et sq.

<sup>210</sup> Voir PÜTTER, *Der Inbegriff*, p. XII et sq.

<sup>211</sup> Voir PÜTTER, *Der Inbegriff*, p. X et sq.

<sup>212</sup> Voir PÜTTER, *Der Inbegriff*, p. XIII.

<sup>213</sup> Voir FRANKLIN, *The influence of Savigny and Gans*, p. 145.

hégéliennes.<sup>214</sup> On peut en dire de même, croyons-nous, sur le plan de l'histoire des institutions. Dans la préface écrite au premier tome de son ouvrage il avoue lui-même que les doctrines hégéliennes ont exercé une grande influence, voire étaient directement décisives, sur son développement spirituel.<sup>215</sup> À titre d'illustration, nous tirons quelques lignes du texte indiquant l'influence hégélienne : « (...) namentlich ist mir seit dem Erscheinen der Rechtsphilosophie zuerst ein heller Tag geworden, wo ich mir nur eines dunklen Heruntappens bewusst war ». Une autre question est que Hegel écrit de façon sceptique des analyses comparées, au cours de l'examen du développement de sa connaissance relative à la liberté, dans son ouvrage tardif intitulé *Vorlesungen über die Philosophie der Weltgeschichte*. Ainsi, il trouve que la confrontation des métaphysiques chinoise, indienne, grecque et de la métaphysique moderne n'est pas fondée à cause des différences essentielles, résidant fondamentalement dans leur développement.<sup>216</sup>

Le sous-titre de l'*Erbrecht, Eine Abhandlung der Universalrechtsgeschichte*, constitue en lui-même un bon point d'orientation pour le classement de l'ouvrage à tendance littéraire juridique. La citation provenant de Thibaut, professeur de Gans, figurant comme devise, aide à connaître l'avis de l'auteur :

« Das ist nicht die wahre, belebende Rechtsgeschichte, welche mit gefesseltem Blick auf der Geschichte eines Volkes ruht, aus dieser alle Kleinigkeiten engherzig herauspflückt, und mit ihrer Mikrologie der Dissertation eines grossen Praktikers über das et cetera gleicht. Wie man den europäischen Reisenden, welche ihren Geist kräftig berührt und ihr Innerstes umgekehrt wissen wollte, den Rat geben sollte, nur ausserhalb Europa ihr heil zu versuchen; so sollten auch unsere Rechtsgeschichten, um wahrhaft pragmatisch zu werden, gross und kräftig die Gesetzgebungen allen andern alten und neuen Völker umfassen. Zehn geistvolle Vorlesungen über die Rechtsverfassung der Perser und Chinesen würden in unsern Studenten mehr wahren juristischen Sinn wecken, als hundert über die jämmerlichen Pfutschereien (sic! G.H.), denen die Intestaterabfloges von Augustus bis Justinianus unterlag. »<sup>217</sup> Soulignant la nécessité de la législation, Thibaut renvoie dans cette œuvre polémique — cela explique le ton agressif — à l'exigence de la comparaison du droit de tous les peuples. L'utilisation de cette citation comme devise prend alors chez Gans la signification d'une ligne directrice.

Dans son œuvre conçue sur le thème de « l'*Universalrechtsgeschichte* », Gans passe en revue les règles des droits de succession indien, chinois, hébreu (« *Mosaisch-Talmudisches Erbrecht* »), islamique, dits droits de succession orientaux, attique, romain, médiéval, de l'Église, romans (italien, espagnol, portugais), français, anglais, scandinaves (islandais, norvégien, danois, suédois) et enfin les règles du droit de succession écossais. Dans sa préface, au premier volume, écrite avec l'intention de légitimer son analyse comparée, Gans indique que l'on ne peut pas faire la distinction entre les droits des divers peuples sur la base d'une soi-disant *virtuosité juridique*.<sup>218</sup> Il en découle directement que l'histoire du droit des soi-disant « *Virtuosenvölker* » ne peut pas précéder en importance l'histoire du droit des peuples dits non virtuoses. Il nie également qu'une « *unbedingte Rechtsvirtuosität* » caractérise le peuple romain.<sup>219</sup>

En revanche, Gans admet que les Romains ont atteint le niveau le plus élevé dans le domaine du droit abstrait. Il se réfère surtout à la doctrine sur la propriété et les contrats.

Selon Gans, si l'histoire du droit ne veut pas se borner seulement à la constatation des abstractions, en examinant dans sa totalité le développement du droit, elle devient nécessairement une *Universalrechtsgeschichte*. Dans l'interprétation de Gans, *Universalrechtsgeschichte* signifie qu'aucun peuple ni aucune période du développement du droit ne sont exclusivement importants.<sup>220</sup> Par cette interprétation, Gans ne limite pas l'histoire au passé, mais il l'étend à l'examen du présent aussi.<sup>221</sup> Pour Gans, la comparaison ne signifie pas le nivellement du droit des divers peuples. Le nivellement aboutirait à la négation des traits particuliers des divers droits et masquerait leur « identité ». <sup>222</sup> Gans —

<sup>214</sup> Voir FRANKLIN, *The influence of Savigny and Gans*, p. 145.

<sup>215</sup> Voir GANS, *Erbrecht*, I., p. XXXIX.

<sup>216</sup> Voir HEGEL G. W. F., *Vorlesungen über die Philosophie der Weltgeschichte*. Bd.1.: *Die Vernunft in der Geschichte*, Hrsg. von HOFMEISTER J., 1970. p. 174 et sqq. Cf. encore BICHLER, *Die theoretische Einschätzung*, pp. 4-5.

<sup>217</sup> Voir THIBAUT A. F. J., *Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland. Civilistische Abhandlungen*, 1814. p. 404.

<sup>218</sup> Voir GANS, *Erbrecht* I., p. XXIII.

<sup>219</sup> Voir GANS, *Erbrecht* I., p. XXIV.

<sup>220</sup> Voir GANS, *Erbrecht* I., p. XXXI.

<sup>221</sup> Concernant l'idéologie historique de Gans voir CONSTANTINESCO, *Einführung*, p. 103.

<sup>222</sup> Voir GANS, *Erbrecht* I., p. XXXIV.

bien que pour lui, à la différence de l'École historique, le droit romain ne soit pas un « *Kryptonaturrecht* » — accorde une importance apparente au droit romain. Il choisit le droit romain comme son soi-disant *Standpunkt*, du fait que ce droit est le droit de Rome<sup>223</sup> constituant le « centre » de toute l'histoire. Ainsi, Gans souligne le rôle prééminent du droit romain, pas seulement par référence à la tradition. Il indique en effet que Rome influence décisivement — surtout au moyen de l'*imperium* — le développement de l'histoire européenne, ce qui motive l'étude approfondie<sup>224</sup> des règles du droit romain aussi. Il n'est donc pas exagéré de prétendre que Gans livre un assaut surtout — à la différence par exemple d'un Thibaut — à la « *mikrologische Altertumsforschung* », ce qui ne signifie pas encore le « détronement » complet du droit romain.

L'aspect de l'*Erbrecht* de Gans est continué dans le premier ouvrage, d'Unger *Die Ehe in ihrer welthistorischen Entwicklung*, écrit dans sa jeunesse (Wien, 1850). Bien qu'il soit vrai que Gans ne sut pas créer une École,<sup>225</sup> son œuvre put exercer des influences, même une décennie après sa mort. Dans son ouvrage traitant de l'histoire de l'institution du mariage, ne se trouve aucune trace d'un quelconque aspect de l'École historique. Nous tenons à le relever parce qu'Unger entrera plus tard en contact sur plusieurs points avec les doctrines de l'École historique.

Le traité analysant le mariage « dans son évolution d'histoire mondiale » est la réaction d'un auteur qui, au cours de ses études, a vu uniquement les articles du Code civil autrichien (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* de 1811), c'est-à-dire les règles d'un certain droit positif.<sup>226</sup>

Peu après la parution de cet ouvrage, sous l'influence de l'ouvrage monumental de Savigny (*System des heutigen römischen Rechts*), il s'éloigne de la comparaison et, dans ses traités ultérieurs, on ne rencontre plus d'analyse comparée.<sup>227</sup> Ci-dessous, nous passerons brièvement en revue les traits essentiels de sa théorie se reflétant dans le livre portant sur le mariage.

Dans sa préface Unger indique qu'il entend suivre avec attention, dans la sphère de son analyse, les idées d'Hegel (la philosophie de l'histoire).<sup>228</sup> Il trouve insuffisant que l'*Erbrecht* de Gans constitue presque l'unique exemple d'observation des doctrines hégéliennes lors de l'analyse des diverses institutions du droit. En analysant l'ouvrage de Gans, il constate que l'*Erbrecht* repose en fait sur l'idée de « l'*Universal-Rechtsgeschichte* » et qu'elle n'est qu'une contribution secondaire à la philosophie de l'histoire. À la différence de Gans, Unger ne passe en revue que les caractéristiques des divers peuples et des diverses époques, en se concentrant sur l'institution du mariage. En s'appuyant sur la thèse « *caeca sine historia jurisprudentia* » de Balduin, le juriste autrichien souligne, lors de la recherche des diverses institutions juridiques<sup>229</sup>, l'importance de l'analyse historique (« génétique »). Unger met en relief ensuite le fait qu'il exclut de ses examens les soi-disant peuples ne disposant pas d'histoire.

La découverte de siècles entiers difficilement reconstituables, lourds de luttes tribales parmi quelques peuples orientaux, constitue une tâche irraisonnable et en même temps impossible. « *Wir schneiden deshalb diese Völker als nicht geschichtliche aus, begnügen uns mit dieser Gesamtschilderung der ehelichen Zustände und gehen zu denjenigen Völkern des Orients über, welche sich zu weltgeschichtlichen herausgebildet haben* ». <sup>230</sup>

La limitation aux peuples ayant joué un rôle « d'histoire mondiale » implique qu'Unger entend analyser uniquement le droit matrimonial de peuples d'États déterminés. Parmi les paradigmes, il faut relever l'importance du droit romain, bien qu'il ne soit pas exclusif — il suffit de se référer à la conception de l'*Universalrechtsgeschichte*. À la différence de Gans, pour Unger, la réglementation du droit romain ne signifie plus un « *Standpunkt* ». Le fait qu'Unger soumette à l'examen le mariage en suivant l'ordre chronologique — c'est-à-dire n'analysant pas par priorité le droit romain — en témoigne. L'Antiquité gréco-romaine est traitée sur un pied d'égalité avec les droits dits orientaux (les droits de la Chine, de l'Inde, de la Perse, de l'Égypte et de la Judée).

En examinant le rapport entre la tendance à l'histoire générale du droit et le droit comparé on peut conclure que le rôle et la place des droits antiques — y compris en premier lieu du droit romain — sont tout à fait autres chez les représentants de ces deux tendances. L'un des pôles est représenté par Anselm Feuerbach qui sous l'influence de l'*Universaljurisprudenz*, considère comme inutile l'examen

<sup>223</sup> Voir GANS, *Erbrecht I.*, p. XXXV.

<sup>224</sup> Gans s'occupe de façon détaillée de l'importance éminente du droit romain dans l'introduction intitulée « *Römische Geschichte und Römisches Recht* » de son ouvrage. (GANS, *Erbrecht I.*, p. 1 et sqq.)

<sup>225</sup> Voir PÓLAY E., *Ursprung*, p. 59.

<sup>226</sup> Voir LANDSBERG—STINTZING, *Geschichte (Text II.)*, p. 917-918.

<sup>227</sup> Voir CONSTANTINESCO, *Einführung*, p. 125.

<sup>228</sup> Voir UNGER, *Die Ehe*, pp. V-VI.

<sup>229</sup> Voir UNGER, *Die Ehe*, p. 1 et sqq.

<sup>230</sup> Voir UNGER, *Die Ehe*, p. 13.

des droits que l'on peut qualifier uniquement de phénomènes historiques. Ainsi pour lui, le droit attique et le droit romain « propre » ne jouent pas de rôle. À l'autre pôle se trouve l'œuvre de Gans. Pour lui le droit romain et les droits en général qui n'ont qu'une valeur historique — ainsi par exemple le droit attique — constituent encore des objets pour une analyse approfondie. De plus, le droit romain — dans ce cas en matière de droit des successions — joue aussi un rôle de « guide ». Dans les ouvrages de Karl Theodor Pütter et d'Unger l'épithète « neutre » est la plus pertinente quant à leur avis sur la prise en considération des droits antiques. L'exigence de la confrontation des droits de tous les peuples — même sans l'accentuer particulièrement — implique aussi l'étude du droit hellénique antique et du droit romain.

Dans les œuvres des représentants de la tendance de « l'histoire générale du droit » la comparaison s'étend à une très large sphère. De l'avis de la majorité des jurisconsultes appartenant à cette tendance — si l'on considère l'œuvre entière d'Anselm Feuerbach — la comparaison englobe tant les droits qui ne sont plus en vigueur que les systèmes juridiques en vigueur. Évidemment, la confrontation des droits de tous les peuples ne peut être réalisée qu'au prix de grandes difficultés. Ainsi chez Unger, au moins en ce qui concerne les droits en vigueur, les droits de tous les peuples ne sont pas soumis à l'analyse.

Mais Gans lui-même, travaillant pourtant sur une matière extrêmement riche, est dans l'impossibilité d'examiner les droits de tous les peuples. Cette tendance a donc pour caractéristique générale un classement reposant sur une appréciation de *nature subjective* des droits examinés. Cette position exprimée sous une forme particulièrement visible dans l'ouvrage polémique de Thibaut est la cause du fait que le droit romain ne peut pas remplir dans les recherches le rôle de « *tertium comparationis* » — évidemment en guise de réaction à la conception de l'École historique considérant le droit romain comme *prototype*.

## 2. Le rapport du droit romain avec les autres droits antiques et l'orientalisme émergent

### *Comparaison juridique reposant sur des rapports ethniques*

En passant en revue l'œuvre des principaux représentants de la tendance de l'histoire générale du droit nous avons indiqué que la position de l'École historique, opposée à la comparaison juridique, ne deviendra pas la *communis opinio* de la jurisprudence européenne. Anselm Feuerbach, Thibaut, Karl Theodor Pütter, Gans et Unger — parmi lesquels certains se proclament ouvertement successeurs de Savigny — ainsi que Pütter et, dans les années suivant la publication de *Die Ehe in ihrer welthistorischen Entwicklung*, Unger — proclament la nécessité des recherches comparées. L'École historique ne réussit pas à rendre dominante sa position, même dans la question relative à la comparaison des droits « modernes ». Cela est prouvé par l'existence de la *Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes*, fondée en 1829, dont les 26 volumes parus jusqu'en 1853 — traitant en premier lieu du droit pénal, ainsi que de la criminologie — sont riches et contiennent une matière appartenant à la sphère du droit comparé.<sup>231</sup>

La *Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes* permit aux juristes allemands de connaître le droit étranger et joua dans ce sens en premier lieu un rôle d'information. À notre avis, la parution de la *Kritische Zeitschrift* fut une sorte de déclaration de guerre « ouverte » à l'École historique, guerre dont l'âpreté est tout au plus adoucie par le fait que la revue n'embrasse pas primordialement la sphère du droit privé. La position de l'École historique, opposée à la comparaison, explique la phrase de Karl Salomo Zachariae, essayant de justifier la fondation de la revue que nous citons ci-dessous :

« Wenn nun aus dieser Übersicht des jetzt unter den europäischen Völkern bestehenden literarischen Verkehrs und des dermaligen Rechtszustandes der europäischen Staaten der Schluss gezogen werden darf, dass das, was in irgend einem europäischen Staate für die Gesetzgebung oder für die Rechtswissenschaft geschehe, auch die Übrigen europäischen Staaten und Völker mehr oder weniger interessiere, so bedarf wohl der Plan der vorliegenden Zeitschrift, der Versuch, dem deutschen Publikum die Bekanntschaft mit den Rechten und den rechtswissenschaftlichen Schriften des Auslandes zu erleichtern, nicht erst einer Entschuldigung. »<sup>232</sup>

La limitation de l'École historique au droit romain et au droit allemand médiéval ne se manifeste pas seulement dans la sphère de recherche des droits antiques. Ainsi, on peut rencontrer des efforts de droit comparé dans le livre de Bunsen publié en 1813 et qui s'occupe du rapport entre les lois de Manu et le droit romain. Bunsen est le premier qui, dans son traité intitulé *De Iure hereditario Atheniensium*

<sup>231</sup> Voir CONSTANTINESCO, *Einführung*, p. 113.

<sup>232</sup> Voir *Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes*, 1 (1829) p. 25.

(Göttingen, 1813), examine les rapports entre le droit romain et les autres droits indo-européens. Il constate que l'ordre du droit des successions chez les indiens, les athéniens et les romains est le même : « *sic igitur hoc ex omnibus perspicuum eandem fuisse apud Indos, Athenienses Romanosque iuris hereditari rationem.* »<sup>233</sup>

Le camp des chercheurs des rapports entre le droit romain et le droit des peuples indo-européens est déjà assez considérable vers le milieu du XIXe siècle.<sup>234</sup> L'apparition de cet intérêt, réel ou seulement supposé, peut être expliquée par la reprise des recherches orientalistes philologiques et historiques. Sur cette reprise influe — entre autres — le concours mis sur pied en 1824 par l'Académie des Sciences de Berlin et incitant à dresser systématiquement la carte du droit judiciaire attique.<sup>235</sup> Les bases idéologiques du droit comparé reposant sur le rapport ethnique — de même qu'en ce qui concerne la plupart des représentants de la tendance de l'histoire générale du droit — remontent à la philosophie hégélienne mais également à celle de Fichte. Comme nous l'avions déjà indiqué en analysant l'*Erbrecht* de Gans, Hegel analyse minutieusement dans son traité *Vorlesungen über die Philosophie der Weltgeschichte* la voie, le processus du progrès de l'humanité.

Les œuvres linguistiques et d'histoire des langues comparées de Bopp et Jacob Grimm, s'appuyant en grande mesure sur les derniers résultats de la linguistique comparée, jouent un rôle sérieux dans le domaine de la philologie allemande.<sup>236</sup> À l'intérieur de la dite tendance philologique apparaît à partir de sa naissance la tendance aryenne ou, en d'autres termes, la tendance indo-européenne, qui souligne l'importance de l'ethnie commune, tendance qui peut être rattachée pour sa naissance au nom de Bunsen. Ici nous n'entendons parler que des aspects philosophiques généraux de la « théorie aryenne ».

Nous devons souligner que les recherches orientalistes ne mènent pas nécessairement au développement d'une sorte de « théorie aryenne » dans le domaine de l'analyse juridique. Comme exemple on peut se référer à l'ouvrage de l'excellent spécialiste des droits cunéiformes, Oppert, *De Iure Indorum criminali*, publié en 1847 à Berlin, qui ne comporte aucune trace de la création d'hypothèses anti-scientifiques et de recherches forcées d'analogies avec le droit romain.<sup>237</sup> Ainsi, l'orientaliste allemand est plus celui qui en porte le nom que le véritable créateur de la « théorie aryenne », à la valeur scientifique douteuse — Volterra rattache en fait à la parution du livre d'Oppert ci-dessus mentionné la nouvelle tendance<sup>238</sup> — et se présentant comme le résultat des recherches orientalistes. À cet égard, nous devons rappeler le livre de Karl Theodor Pütter, publié en 1846, c'est-à-dire un an avant la parution du livre d'Oppert, et où il y a de nombreuses références au droit indien. Cette tendance « aryenne », ou en d'autres termes la tendance de l'histoire générale du droit à accentuer excessivement le rôle de l'ethnie commune, représente en réalité une déviation de celle-ci.

La théorie « aryenne » ou, autrement exprimée, « indo-européenne », gagne du terrain même dans la sphère des recherches relatives directement aux diverses institutions du droit romain. Ce gain de terrain est excellemment illustré par l'ouvrage de Rossbach intitulé *Untersuchungen über die römische Ehe* (Stuttgart, 1853). Dans la partie de « droit comparé » du livre l'auteur soumet à l'analyse les droits indien, grec et germanique en examinant les différents modes de conclusion du mariage.

Dans la première partie de son ouvrage Rossbach souligne déjà que la *manus* caractérise partout la situation des femmes des peuples indo-européens. Comme il écrit : « *Die hausherrliche Gewalt und mit ihr die Manus ist so alt wie die erste indogermanische Familie* ».<sup>239</sup>

Selon l'opinion de Rossbach, la conclusion du mariage repose essentiellement sur les mêmes bases dans ces différents droits. Et bien que, comme il l'écrit, il n'y ait pas de données historiques dignes de foi à ce propos, et que tout cela ne soit qu'une hypothèse (*sic!* G.H.), l'affirmation repose tout de même sur des analogies indubitables.<sup>240</sup> Le savant allemand explique la possibilité ou plus précisément la raison d'être de la comparaison par la parenté des peuples indo-européens et par le maintien de liens étroits, ce que renforce encore la supposition du « *derselbe Entwicklungsgang* ».<sup>241</sup>

<sup>233</sup> Cité par Bucci. Voir BUCCI, *La pretesa unità*, p. 348 et sqq.

<sup>234</sup> Voir BUCCI, *La pretesa unità*, p. 349 et p. 29.

<sup>235</sup> Comme résultat de ce concours étaient publiés les ouvrages suivants: *Der attische Prozess und die Klagen bei den Attikern.*, I—II., Darmstadt, 1824-1825. Cf. BISCARDI, *Profilo*, p. 7 et sq.

<sup>236</sup> Voir SCHNITZER, *Vergleichende Rechtslehre*, p. 13 et sq.

<sup>237</sup> Gilson écrit à juste titre: « ... M. Oppert joint la plus scrupuleuse conscience... ». Voir GILSON, *L'Étude du droit romain*, p. 28.

<sup>238</sup> Voir VOLTERRA, *Diritto romano*, p. 27.

<sup>239</sup> Voir ROSSBACH, *Untersuchungen*, p. 37.

<sup>240</sup> Voir ROSSBACH, *Untersuchungen*, p. 192.

<sup>241</sup> Voir ROSSBACH, *Untersuchungen*, p. 198.

La fonction du droit romain est différente dans l'*Ancient Law* de Sir Henry Sumner Maine.<sup>242</sup> De cet échange de rôles ou de fonctions il résulte — si on le confronte avec le livre de Rossbach — que pour Maine le droit romain est l'un des « *ancients laws* ».

Maine, qui a commencé sa carrière comme romaniste, a une haute estime pour le droit romain, ou plus précisément pour la *jurisprudence romaine*. Cela est prouvé même par le texte cité ci-dessous extrait de sa première étude, *Roman Law and Legal Education* : « *We are driven to admit that the Roman Jurisprudence may be all that its least cautious encomiasts have ventured to pronounce it, and that the language of conventional panegyric may even fall short of the unvarnished truth.* »<sup>243</sup> L'importance du droit romain réside fondamentalement en ce que, ayant atteint le plus haut degré du développement, il sert d'orientation à tous les droits modernes.<sup>244</sup>

Dans son ouvrage, Maine — inspiré surtout par les résultats de la linguistique comparée épanouie à cette époque — limite l'examen comparé à la sphère des peuples indo-européens ou autrement dits aryens. Il fait des recherches presque uniquement sur la base des sources écrites, en limitant ses examens au droit romain et en moindre mesure au droit anglais, en se référant selon les cas au droit grec ou au droit indien.<sup>245</sup> Dans le domaine de l'examen des soi-disants *Ancient Codes*, la Loi des XII Tables, La Loi de Solon et les Lois de Manu sont dans l'ensemble décrites avec la même importance. Le fait que le droit romain soit — à l'opposé par exemple du droit indien — le produit d'une société dite typiquement progressiste (« *typical progressive society* »<sup>246</sup>) ne change pas cette identité d'importance.

Pendant les deux dernières décennies du XIXe siècle, on voit se formuler l'exigence de la reconstruction de « l'*Urrecht* » indo-européen. L'auteur de la *Graeco-italische Rechtsgeschichte*, Leist, qui traite dans cet ouvrage des diverses institutions des droits antiques *les uns à côté des autres*, ce qui relègue à l'arrière-plan la comparaison juridique, la mise en lumière des traits parallèles et la reconnaissance des différences, se charge de reconstruire le « *ius gentium* » et le « *ius civile* » aryens. (*Alt-arisches Ius gentium*, I—II. 1889 et *Alt-arisches Ius civile*, I—II., 1892). La volonté de souligner la communauté ethnique indo-européenne explique pourquoi Leist ne s'occupe pas — en empruntant sans aucune critique la méthode de la linguistique comparée — des institutions des peuples sémites, hamites et autres. Comme le titre des ouvrages l'indique, Leist se sert, au cours de la reconstruction de l'ancien droit aryen, de la terminologie du droit romain.

L'expansion de la théorie de Leist concernant la recherche des racines du droit romain dans le droit des peuples aryens explique le fait que même Jhering, faisant des études comparées au cours des dernières années de sa vie, suit essentiellement cette tendance dans son traité posthume : *Vorgeschichte der Indoeuropäer*.<sup>247</sup> Nous voudrions souligner que nous ne saurions avoir pour tâche la mise en lumière minutieuse des rapports entre Jhering et le droit comparé.<sup>248</sup> Dans ce domaine nous nous contentons de constater que Jhering, en critiquant la tendance dogmatique de la science du droit romain, souligne une sorte de caractère instrumental de ce droit, ce qui signifie, selon la formulation de Wilhelm, que le droit est cherché par Jhering dans le droit romain.<sup>249</sup> C'est de cette façon que Jhering devient le précurseur de l'École appelée « comparaison juridique fonctionnelle » dont les fondateurs au XXe siècle seront Rabel et Lambert.<sup>250</sup>

Jhering reconnaît d'ailleurs clairement la particularité de la manière de voir des romains qui peut être exprimée pour le mieux par leur « *Alles, was Rom ist, erwirbt und leistet, verdankt es sich selbst und seiner Kraft; alles wird gemacht und organisiert, in allem ist Planmässigkeit, Absicht, Berechnung... Nichts wird von aussen entlehnt mit Ausnahme des Völkerrechts; Staat, Recht, Religion, alles produziert Rom aus sich heraus.* »<sup>251</sup> Ce détachement caractéristique des romains explique peut-être que cet ouvrage de Jhering donne à plusieurs égards de l'importance à la comparaison juridique.

<sup>242</sup> Le titre complet de cet ouvrage: *Ancient Law: Its Connection with the Early History of Society and its Relations to Modern Ideas* (London, 1861.)

<sup>243</sup> Voir *Roman Law and Legal Education*,. Cambridge Essays,. London, 1856,. p. 29.

<sup>244</sup> Voir STEIN, *Legal Evolution*, p. 86 et sq.

<sup>245</sup> Son séjour en Inde constitue la source de sa connaissance du droit indien. Voir STEIN, *Legal Evolution*, p. 92.

<sup>246</sup> Voir MAINE, *Ancient Law*, p. 13. et sq.

<sup>247</sup> JHERING R., *Vorgeschichte der Indoeuropäer*. Aus dem Nachlass hrsg. von V. Ehrenberg,. Leipzig, 1894.

<sup>248</sup> Zweigert s'occupe d'une façon détaillée du rapport entre Jhering et la méthode comparative. Voir ZWEIFERT, *Jherings Bedeutung*, p. 238 et sqq.

<sup>249</sup> Voir WILHELM, *Das Recht*, p. 230 et sqq.

<sup>250</sup> Voir RHEINSTEIN, *Einführung*, p. 44.

<sup>251</sup> Voir JHERING, *Geist I.*, p. 93.

L'aspect critique de Jhering, relatif au droit positif, s'entrelace avec l'attitude historique qui caractérise dans une si large mesure ses ouvrages. Le changement indispensable du droit positif — dont la base est chez Jhering le « *Zweckdenken* »<sup>252</sup> suppose l'analyse du droit sur des bases historiques. L'analyse du caractère historique — ou selon Bierling, l'observation du soi-disant *Kausalitätsgedanke* — joue un rôle décisif<sup>253</sup>, s'étendant à la fois aux influences intérieures et extérieures. Dans la sphère des influences extérieures — au sujet du développement du droit — on procédera à l'analyse du droit des peuples et des États qui ont pu exercer une influence sur le développement du droit en question. Chez Jhering, la conception de la « spontanéité intérieure » est remplacée par celle de la « causalité extérieure ».<sup>254</sup> L'examen des impulsions extérieures amène Jhering à analyser, lors de la rédaction de l'histoire du droit (« *Entwicklungsgeschichte des römischen Rechts* »), le droit de « l'*arisches Muttervolk* ».<sup>255</sup>

L'épine dorsale de la *Vorgeschichte der Indoeuropäer* est constituée par l'analyse du droit, des habitudes de la « communauté originaire indo-européenne » (Gaudemet).<sup>256</sup> La mesure de l'accentuation des traditions aryennes peut être caractérisée par le fait que Jhering ne tient compte des traditions juridiques des peuples sémites (Babyloniens, Phéniciens, Carthaginois) que dans la mesure où celles-ci ont été transmises aux romains par l'intermédiaire de peuples aryens.

Les imperfections de l'ouvrage ne résultent pas en dernier lieu du fait que Jhering ne réussit pas à le terminer. Sur ces imperfections Ehrenberg attire l'attention<sup>257</sup> dans la préface de l'ouvrage posthume édité par lui. Il indique que la révélation précise du droit du « peuple-mère aryen » constitue une tâche impossible puisque ce droit ne s'inscrivait pas encore dans les cadres d'un État.<sup>258</sup>

Pour Jhering, le droit romain joue un rôle décisif même dans le domaine de la comparaison reposant sur des bases ethniques. Cela est montré par le fait que l'examen du droit archaïque des peuples indo-européen devient nécessaire du seul fait que Jhering souhaite écrire l'histoire du développement du droit romain. En effet, la *Vorgeschichte der Indoeuropäer* — comme nous l'avons déjà indiqué ci-dessus — est faite sous une forme conçue pour devenir la partie introductive d'une étude destinée à représenter l'histoire du développement du droit romain.<sup>259</sup> La théorie aryenne dans l'ouvrage de Jhering — comme base de la comparaison — constitue un moyen servant à inventorier l'histoire du droit romain.

La tendance aryenne, dont la base est avant tout philologique, survit et exerce son influence effective également au cours du XXe siècle. L'accentuation du passé indo-européen commun permet à Amaduni, spécialiste du droit arménien, de faire la comparaison entre l'État arménien et l'État romain de l'époque du *regnum*.

En partant du passé indo-européen commun où le commencement de la linguistique est manifeste, Amaduni fait le parallèle entre l'État arménien organisé sur la base archaïque clanique et l'État romain de l'époque de la monarchie. À son avis, l'ethnie indo-européenne commune constitue le fondement des diverses institutions parallèles du droit romain et du droit arménien. Comme il écrit : « *Fra il diritto romano et quello armeno vi fu certo un fondo comune, di provenienza etnica comune indo-europea (...). Un fondo comune tra due diritti fu l'identità etnica* ». <sup>260</sup>

L'accentuation de l'ethnie commune constitue une base d'analyse, et cela pas uniquement dans l'examen des institutions semblables de plusieurs droits. L'ethnie commune joue un rôle très considérable, même dans le domaine de la recherche des institutions du droit romain. Dans l'Allemagne des années 1930, l'accentuation de l'ethnie commune dans les recherches sur le droit romain acquiert un contenu directement politique. Pour écarter l'accusation de l'individualisme énoncée à propos du droit romain, Schönbauer en accentue d'autant plus fortement la dite *Gemeinschaftsbezogenheit*.<sup>261</sup> Ensuite, il

<sup>252</sup> Voir FIKENTSCHER, *Methoden des Rechts*, III., p. 277. Cf. encore: WIEACKER, *Jhering und der „Darwinismus“*, p. 77 et sqq.

<sup>253</sup> Voir BIERLING, *Juristische Prinzipienlehre V.*, p. 35. n. 26.

<sup>254</sup> Voir BIERLING, *Juristische Prinzipienlehre V.*, p. 36. et sqq.

<sup>255</sup> Voir la préface de Ehrenburg à l'ouvrage *Vorgeschichte der Indoeuropäer* de JHERING, *Vorgeschichte*, p. I.

<sup>256</sup> Voir GAUDEMET J., *Organisme et évolution*, p. 141.

<sup>257</sup> Concernant l'évaluation de cet ouvrage de Jhering cf. encore BUCCI, *La pretesa unità*, p. 351. n. 30.

<sup>258</sup> Voir JHERING, *Vorgeschichte*, p. IX.

<sup>259</sup> Selon Fikentscher l'ouvrage *Vorgeschichte der Indoeuropäer* appartient au domaine de l'anthropologie juridique ou — peut être — à la sphère de la sociologie historique. Voir FIKENTSCHER, *Methoden des Rechts*, III., p. 250.

<sup>260</sup> Voir AMADUNI, *Influsso*, pp. 244 et 257.

<sup>261</sup> Voir SCHÖNBAUER, *Zur Erklärung*, p. 181 et sqq., *idem: Untersuchungen*, p. 264 et sqq., *idem: Studien*, p. 345 et sqq. et *idem: Zur Frage*, p. 195 et sqq.

s'efforce de rapprocher le droit romain du droit germanique dont les qualités « positives » offrent une protection adéquate pour le droit le plus développé du monde antique. Le moyen de ce rapprochement est la référence à la « *indogermanische Blutsverwandschaft* ». <sup>262</sup>

Dans son rapport, Schönbauer cherche à prouver que l'intérêt de la communauté jouit nécessairement d'une priorité chez les Romains — au moins jusqu'à l'époque du Principat — face à l'intérêt individuel. En outre, les communautés romaines sont les soi-disant *Führungsgemeinschaften*, qui impliquent déjà en elles-mêmes une sorte de garantie de la prise en considération de l'intérêt de la communauté. La défense du droit romain face au nouveau système politique qui le considère comme un droit « cosmopolite » — c'est ici que nous renvoyons au point 19 du programme du parti nazi de 1920 qui sera encore analysé plus tard dans la sphère de l'« *antike Rechtsgeschichte* » — motive considérablement la référence aux arguments reposant sur « l'*indogermanische Blutsverwandschaft* ». Des arguments de nature semblable se trouvent — à vrai dire sans la mention de l'ethnie commune — même dans l'étude de Kaser intitulée *Römisches Recht als Gemeinschaftsordnung*, publiée en 1939. <sup>263</sup> Il faut mentionner encore que les arguments de Schönbauer ne sont pas reconnus par les germanistes (ni par Schwerin), qui continuent à se référer à la différence majeure entre le droit germanique et le droit romain. <sup>264</sup>

C'est donc sur la base de l'ethnie que la théorie réunit les droits de certains peuples parents ou estimés parents. D'autre part, cette théorie aryenne, motivée politiquement, « se développe » jusqu'à nier la possibilité d'une comparaison entre les droits de peuple sans rapport ethnique les uns avec les autres. C'est sur cette base que Schönbauer rejette la comparaison entre le droit germanique et le droit romain. <sup>265</sup> La conception de Schönbauer est vivement critiquée par Koschaker selon lequel on ne doit pas attribuer à la race une importance particulière dans la sphère des recherches en histoire du droit. <sup>266</sup> Dans l'examen des droits antiques le soi-disant *Kulturkreis*, qui n'est pas en premier lieu de racine ethnique, ne fournit aucune explication sur le cautionnement, connu dans les droits germaniques, slave, grec et babylonien — écrit Koschaker. Dans les recherches sur l'histoire concrète des institutions, l'observation du rapport ethnique se présente évidemment aussi sans racisme politiquement motivé. Ainsi, par exemple, dans son étude analysant la notion de la culpabilité et du préjudice dans l'Antiquité, Condanari-Michler parle du « *arisches Prinzip der Verschuldenshaftung* » et de « *semitische Erfolgshaftung* ». <sup>267</sup>

C'est ici que nous mentionnons que Bernhöft a reconnu dès les années 1880, dans ses études sur l'histoire du droit de famille, la valeur fortement relative du rapport ethnique. <sup>268</sup> En reconnaissant l'importance du rapport reposant sur la base non ethnique, il écrit : « *Basken und Magyaren stehen uns in ihren Sitten und ihrem Recht viel näher als die indogermanisch sprechenden Inder* ». <sup>269</sup>

La théorie du droit indo-européen commun exerce son influence, pendant la deuxième moitié du XXe siècle, surtout dans le domaine des recherches du droit romain archaïque. Les représentants de cette théorie identifient les institutions du droit romain, que l'on ne peut pas reconstituer aujourd'hui, aux institutions connues sur la base des sources originaires du droit de chacun des peuples indo-européens. Raymond Bloch est d'avis que, lors de la reconstruction des diverses institutions de l'ancien droit romain, l'analyse comparée des droits des peuples indo-européens est indispensable. Bloch tient non seulement pour opportun mais, expressément, pour nécessaire l'examen comparé. Il s'exprime ainsi : « les problèmes qui se posent, divers dans le monde du plus ancien droit romain doivent (...) être envisagés en comparaison avec ce qui se passe à la haute époque, chez les peuples indo-européens. » <sup>270</sup>

Quant au fond, l'une des variantes de la conception de la soi-disante *communauté de sort* (*Schicksalsgemeinschaft*) est la théorie de l'unité italo-celtique, « laquelle limite à un territoire plus étroit, notamment à la sphère des peuples vivant sur la péninsule italienne, le droit d'origine commune. » La théorie de « l'unité italo-celtique », marquée par le nom d'Antoine Meillet, <sup>271</sup> est la

<sup>262</sup> Schönbauer formule cette pensée au *Deutscher Rechtshistorikertag* qui s'est tenu en l'an 1936. Voir CONRAD H.—DULCKEIT G., *Bericht über den 5. Deutschen Rechtshistorikertag in Tübingen vom 12-15. October 1936*, p. 539 et sqq. *ZSS (Rom. Abt.)* 57(1937).

<sup>263</sup> KASER M., *Römisches Recht als Gemeinschaftsordnung*. Münster, 1939. Concernant l'évaluation de cet ouvrage voir STOLLEIS, *Gemeinwohlformeln*, pp. 35—37.

<sup>264</sup> Cf. STOLLEIS, *Gemeinwohlformeln*, p. 35.

<sup>265</sup> SCHÖNBAUER, *Zur Frage des Liegenschaftserwerbs*, p. et sqq.

<sup>266</sup> Voir KOSCHAKER, *Was vermag die vergleichende Rechtswissenschaft*, p. 147.

<sup>267</sup> CONDANARI-MICHLER, *Über Schuld und Schaden*, p. 28 et sq.

<sup>268</sup> Voir BERNHÖFT, *Zur Geschichte des europäischen Familienrechts I*, pp. 160—221.

<sup>269</sup> BERNHÖFT, *Zur Geschichte I*, p. 19.

<sup>270</sup> BLOCH, *Réflexions*, p. 233.

<sup>271</sup> Voir BLOCH, *Réflexions*, p. 234.

version nuancée et plus fine de la conception primaire d'un droit indo-européen commun se présentant au sein de l'unité indo-européenne, car elle souligne la nécessité de la stratification, du groupement conformément au territoire.

La conception d'un droit « préhistorique » se présentant sous la forme d'un droit indo-européen commun — dans ce cas abstraction faite de son contenu éventuellement politiquement rétrograde (cf. Schönbauer) — est erronée parce qu'elle suppose nécessairement un progrès historique homogène.

Volterra estime que la supposition d'un soi-disant droit préhistorique est de valeur relative. En outre, il considère que cette supposition est directement nuisible du point de vue de la reconstruction des diverses institutions du droit romain, puisque cette hypothèse est bâtie sur le sol mouvant du développement uniformisé de l'histoire du droit de tous les peuples de l'Antiquité.<sup>272</sup>

En laissant de côté les voies de développement historique différant entièrement les unes des autres, Dumézil compare la *confarreatio* et l'*usus* connus chez les Romains avec les divers rites de mariage habituels en Inde et croit découvrir une identité entre les institutions des deux droits se développant sur une même base tout en différant l'une de l'autre.<sup>273</sup> Le représentant de la théorie affirmant l'identité des formes de la célébration du mariage dans les deux droits est Devoto, mais il « révèle » uniquement les parallèles de la *confarreatio* et de la *coemptio* dans le droit indien, et sa théorie est du reste loin d'être homogène.<sup>274</sup>

Les ouvrages inspirés par la comparaison juridique, fondés sur le rapport ethnique jugent différemment le poids du droit romain. Il est vrai que dans les études de Bunsen et d'Oppert le déplacement du centre de gravité découle du caractère du thème traité alors que le droit romain ne remplit quasiment qu'un rôle de *tertium comparationis*.

En revanche, dans l'ouvrage de Rossbach, examinant le mariage romain, l'analyse reposant sur le droit romain est complétée, élargie, par un coup d'œil sur le droit des peuples aryens. Maine suit aussi avec une attention particulière le droit romain et ainsi, les institutions du droit romain sont confrontées de manière décisive avec l'analyse de l'*Ancient Law*. La circonstance que Maine suive avec attention les thèses et les traditions des droits grec et indien n'y change rien. Le rôle de l'hypothèse est encore relativement minime chez lui. L'analyse des droits antiques restant en dehors du droit romain joue chez Jhering de manière presque déclarée une fonction-outil. On peut constater qu'au XIX<sup>e</sup> siècle le droit romain maintient son importance centrale dans cette tendance de la recherche. Par conséquent, on ne peut dans l'ensemble qu'observer l'élargissement considérable du terrain de l'analyse. C'est vraiment une réaction aux aspects de l'École historique - restant réfractaire à la comparaison — qui s'affirme selon les tendances.

La tendance ethnique, reposant sur les résultats de la linguistique comparée, survit. Dans des circonstances historiques spéciales cette tendance de la recherche gagne encore un contenu politique — illustré en premier lieu par les ouvrages de Schönbauer — motivée en partie par l'effort de *légitimation*, ou en d'autres termes, de défense du droit romain. La théorie aryenne à contenu politique conduit en dernier lieu à un rétrécissement considérable du terrain des analyses comparées — bien qu'elle mette en relief le rôle éminent du droit romain — car elle exclut les droits des peuples non aryens de la sphère des analyses possibles.

Dans le domaine des recherches relatives au droit romain archaïque, y compris dans les dernières décennies (voir les ouvrages de Devoto, Dumézil, Bloch et Meillet), on retrouve cette théorie mais parfois dans une forme restreinte au seul territoire de l'Italie. « L'Unité italo-celtique » n'est qu'une variante de la tendance ethnique — quant à l'*origo*, cette conception est aussi de nature philologique.

### 3. L'influence de l'élargissement de la source-base sur les recherches comparées

L'émergence de la linguistique comparée constitue, pendant la première moitié du XIX<sup>e</sup> siècle, la base essentielle de l'examen comparé dans les recherches analysant les droits antiques. Outre les stimulants issus des autres sciences (les résultats de l'historiographie sont toujours pris en considération) les papyrus découverts dans la deuxième moitié du XIX<sup>e</sup> siècle et publiés en série donnent une impulsion aux chercheurs, analysant sur une base comparée le droit romain et les autres droits. La parution des papyrus en grande masse — comme l'indique Rabel<sup>275</sup> — signifie la même chose pour les chercheurs des droits antiques que la découverte des manuscrits pour les humanistes de la Renaissance. Grâce à l'analyse des papyrus, un résultat surprenant surgit sous deux aspects. On apprend d'une part,

<sup>272</sup> VOLTERRA, *Istituzioni*, p. 330.

<sup>273</sup> DUMEZIL, *La religion*, p. 585 et sq.

<sup>274</sup> DEVOTO, *Origini indoeuropee*, p. 323.

<sup>275</sup> RABEL, *On Comparative Research*, p. 868.

que les divers schémas de l'antique droit hellénique — la *koïnè* juridique — et ses principes sont plus près de la pensée juridique germanique que du droit romain classique. D'autre part, on peut se rendre compte, sous une forme plus claire, des rapports juridiques étroits entre le contenu des papyrus démotiques égyptiens et de celui des papyrus grecs, ce qui est fondamentalement lié au « style » de délivrance analogue des documents.<sup>276</sup> À côté de la révélation de la matière-papyrus — la découverte des sources cunéiformes ne doit pas être ignorée — la mise au premier plan de l'aspect historique joue aussi un rôle important.

Kaser observe que l'aspect historique généralement adopté aujourd'hui dans les recherches de droit romain — abstraction faite des germes se présentant chez les représentants de l'École Humaniste — n'apparaît que pendant la deuxième moitié du XIXe siècle.<sup>277</sup>

L'aspect historique, supposant un élargissement inédit de la base-source, demande l'application de nouvelles méthodes. L'exigence de l'analyse comparée des droits antiques surgit comme une prétention théorique. Il devient de plus en plus évident que l'examen reposant sur la simple juxtaposition, les unes à côté des autres, d'institutions de plusieurs droits ne signifie pas encore un réel examen comparé. Cela signifie que, par exemple, le traitement parallèle des diverses institutions de droit romain et de droit grec antique ne peut pas être identifié encore en lui-même à la comparaison juridique.

Bekker voit déjà pertinemment à la fin du siècle dernier que la condition fondamentale de la comparaison juridique est ce qu'il appelle « *gemeinsame verbindende Betrachtung* », dont le critère est constitué par le but dans lequel les institutions des divers droits — et cela vaut aussi pour les droits antiques — sont confrontées les unes avec les autres.<sup>278</sup>

La base-source s'élargissant dans plusieurs domaines à la fois — ce qui élargit dans la même mesure l'horizon de la recherche sur les droits antiques — aboutit à la mise au premier plan de l'aspect historique. Néanmoins, à cause de l'absence de cette « *gemeinsame verbindende Betrachtung* », cet élargissement ne mène pas nécessairement à la victoire générale de la comparaison, comparaison qui ne se borne pas seulement à la constatation des ressemblances formelles et des parallélismes. Cela nous oblige à signaler que les ouvrages à analyser ultérieurement seront considérés dans leur majorité comme des ouvrages comparés seulement au sens formel.

Le manuscrit intitulé « *Livre syro-romain* », découvert par Land et publié pour la première fois en 1862, donne une impulsion décisive aux spécialistes cherchant l'origine orientale des diverses institutions du droit romain.<sup>279</sup> L'origine du *Livre syro-romain* dérivant d'auteurs inconnus peut être ramenée avec toute probabilité au Ve siècle après J.-C.<sup>280</sup>

Cet ouvrage est traduit plus tard en langues syrienne, arménienne et géorgienne, ce qui prouve que l'œuvre est généralement connue. La première traduction du *Livre syro-romain* en allemand et son commentaire constituent le mérite du juriste Bruns et de l'orientaliste Sachau.<sup>281</sup> Il n'y a pas de *communis opinio* sur la question de savoir dans quel type de source juridique le *Livre syro-romain* peut être classé. Taubenschlag et Hermesdorf parlent directement d'une codification, alors que Bossowski et Maridakis appellent *code* le *Livre syro-romain*, et enfin, Mitteis nomme cet ouvrage simplement « *Rechtsspiegel* » d'après le *Sachsenspiegel*. Il y a une divergence aussi sur le point de savoir quel droit est reflété par le *Livre syro-romain*. C'est l'influence hellénique que relèvent Ferrini, Karst, Mitteis et Rabel, alors que T.H. Müller accentue l'influence des droits cunéiformes et du droit hébreu.<sup>282</sup>

En passant en revue la littérature extrêmement riche relative au *Livre syro-romain* Selb se réfère à juste titre à l'exemple du « caméléon ».<sup>283</sup> C'est suivant les buts que poursuivent les divers auteurs dans leurs recherches qu'ils considèrent le *Livre syro-romain* comme un recueil renfermant du droit syrien, ou comme un code contenant en premier lieu du droit hellénique, ou éventuellement comme une source de droit fixant le droit « commun » des peuples de la Méditerranée antique. Une source de polémique est encore la question de savoir si le *Livre syro-romain* renferme les diverses règles

---

<sup>276</sup> Cf. RABEL, *On Comparative Research*, p. 868 et sqq. Concernant l'importance du document dans le droit de l'Égypte hellénistique et dans la pratique des *poleis* grecques voir WOLFF, *Das Recht der griechischen Papyri Ägyptens*, pp. 3-7.

<sup>277</sup> Voir KASER, *The Science of Roman Law Today*, p. 3.

<sup>278</sup> Voir BEKKER, *Aus den Grenzmarken*, p. 90.

<sup>279</sup> Voir KOSCHAKER, *L'histoire du droit*, p. 276 et sq., LAND, *Andecdota Syriaca*, p. 1 et sqq. et VOLTERRA, *Diritto romano*, p. 35.

<sup>280</sup> Voir NALLINO, *Sul libro Siro-romano*, p. 222.

<sup>281</sup> BRUNS G.K.—SACHAU E., *Syrisch-römisches Rechtsbuch aus dem fünften Jahrhundert*, Leipzig, 1880.

<sup>282</sup> Voir SELB, *Le livre syro-romain*, p. 330 et sq.

<sup>283</sup> Voir SELB, *Le livre syro-romain*, p. 331.

du « *Reichsrecht* » ou bien s'il contient les règles du « *Volksrecht* ». <sup>284</sup> Nallino, Volterra et Selb ont le mérite de démontrer <sup>285</sup> contre la supposition considérée comme dominante antérieurement par Mitteis, <sup>286</sup> que le *Livre syro-romain* fixe en premier lieu les règles du « *Reichsrecht* ». Selb est le premier à souligner dans son ouvrage — cette fois à l'opposé de Nallino et de Volterra — que le *Livre syro-romain* rend publique non seulement quelques règles du *ius civile* et des constitutions impériales d'un point de vue « didactique », mais qu'il suit des yeux tout l'ordre juridique romain, y compris également le *ius honorarium*. <sup>287</sup>

La découverte et l'étude scientifique du *Livre syro-romain* favorisent largement les recherches relatives aux rapports entre le droit romain et les droits antiques (orientaux), et l'analyse de leurs effets réciproques. <sup>288</sup> L'élan des recherches comparées est accéléré par la découverte en 1884 du « code » contenant le droit de Gortyn, dont l'interprétation se fait au moyen de la comparaison avec l'utilisation de façon analogue des institutions de droits romain, germanique, slave, *etc.* <sup>289</sup> Cette animation, positivement appréciable en elle-même, porte en elle la genèse de théories reposant sur des hypothèses certes courageuses, mais anti-scientifiques.

Parmi les représentants de ces théories reposant sur des fictions de la fin du siècle dernier, une place éminente est occupée par quelques orientalistes français qui considèrent le droit romain comme une sorte d'amalgame des règles des droits antiques. Selon le célèbre égyptologue du tournant du siècle, Revillout, le *ius civile* est d'origine babylonienne <sup>290</sup>, tandis que le *ius gentium* se développe à son avis plutôt sur le « point d'intersection » des droits chaldéen, phénicien et égyptien. <sup>291</sup> Revillout croit découvrir en fait dans le développement du droit romain la chaîne d'« emprunts » successifs. Selon son avis : « (...) l'histoire du droit romain n'est plus que l'histoire d'emprunts successifs (...) » <sup>292</sup> Le fait que l'égyptologue attire l'attention sur les ressemblances formelles des diverses institutions des droits antiques — ainsi par exemple dans le cas de la *sponsio* et du serment que l'on peut retrouver dans le droit égyptien — ne poserait encore pas de problèmes. <sup>293</sup> Mais la difficulté surgit quand Revillout pose, dans presque tous les cas, la question de l'origine.

La conception de Revillout, fidèle de manière conséquente d'ailleurs à elle-même, rappelle la conjecture de « l'École diffusionniste » créée en Angleterre au XIXe siècle. Les représentants de cette école considèrent toutes les cultures comme d'origine égyptienne ou plus justement babylonienne. <sup>294</sup>

Un autre important orientaliste français de la fin du XIXe siècle, Lapouge partage, sur beaucoup de points, les vues de Revillout. Selon Lapouge, qui souligne l'influence du droit assyrien sur le développement du droit romain, le *praetor* applique à Rome le droit des *peregrini* ce qui a pour conséquence de tramer d'éléments du droit des *peregrini* le droit romain, qui renferme ainsi les composantes essentielles des droits orientaux.

Le caractère forcé de la conjecture de Lapouge est indiqué par le fait que cette thèse repose sur une base de sources très modeste. L'analyse d'un seul tableau écrit en caractères cunéiformes lui permet de parvenir à cette conclusion dans son étude intitulée *Le dossier de Bunanitim*. <sup>295</sup>

---

<sup>284</sup> Voir SELB, *Zur Bedeutung*, p. 5 et sqq.

<sup>285</sup> Voir dans la littérature SELB, *Zur Bedeutung*, p. 5 et sqq.

<sup>286</sup> Voir MITTEIS, *Reichsrecht und Volksrecht*, p. 210 et sqq.

<sup>287</sup> Voir NÖRR, *W. Selb: Zur Bedeutung des Syrisch-Römischen Rechtsbuches* (rec.), p. 505. Selon Guarino le *Livre Syro-Romain* n'avait pas contenu le *ius honorarium*. Voir GUARINO, *Guida allo studio*, p. 149.

<sup>288</sup> Volterra donne la caractéristique suivante du *Livre Syro-Romain*: « (...) il Libro fu considerato come un e sempio del connubio fra il diritto romano e diritti orientali. » Voir ZITELMANN, *Aufgaben*, p. 12.

<sup>289</sup> Voir VOLTERRA, *Diritto romano*, p. 37.

<sup>290</sup> Selon Revillout: « À l'Égypte, les Quirites empruntèrent d'abord leur droit civil primitif; (...) Babylone leur droit prétorien et commercial. » Voir REVILLOUT, *La Créance*, p. 2.

<sup>291</sup> Voir REVILLOUT, *Les obligations*, p. 1 sqq.

<sup>292</sup> Voir REVILLOUT, *Les obligations*, p. 79. Les autres ouvrages de Revillout ayant une importance pour la comparaison juridique sont les suivants: *Les rapports historiques et légaux des Égyptiens et des Quirites jusqu'aux emprunts faits par la loi des XII tables au Code d'Amasis*, Paris, 1902, *Précis du droit égyptien comparé aux autres droits de l'Antiquité*, I., Paris, 1903. Et *Les origines égyptiennes du droit civil romain*, Paris, 1912.

<sup>293</sup> Voir REVILLOUT, *Précis du droit...*, p. 1184. *idem*: *Les origines égyptiennes...*, p. 4 et *idem*: p. 63 et sq. Cf. encore: SEIDL, *Sponsio*, p. 168 et sqq.

<sup>294</sup> Voir HAIDER, *Vergleichende Völkerkunde*, p. 185.

<sup>295</sup> Concernant l'évaluation de l'œuvre de Lapouge Voir MITTEIS, *Reichsrecht und Volksrecht*, p. 13. n. 1. et VOLTERRA, *Diritto romano*, p. 45 et sq.

Le caractère « amalgame » du droit romain est appuyé selon Lapouge par le fait qu'une partie considérable des jurisconsultes provient d'une ethnie étrangère (par exemple : Papinianus, Paulus, Ulpianus, *etc.*). C'est à juste titre que Mitteis rapproche l'œuvre de Lapouge de celle de Revillout en remarquant de façon ironique pour caractériser les « résultats » scientifiques de Lapouge : « *auch E. Revillout hat auf diesem Gebiet Erhebliches geleistet* ». <sup>296</sup> Il serait évidemment erroné de considérer des idées finalement aussi « fantaisistes » comme caractéristiques du droit comparé — bien qu'il y ait d'autres chercheurs qui considèrent que l'ensemble du droit romain ou du moins certains de ses principes sont le *derivatum* d'un droit étranger. Ainsi, Casatti souligne le caractère étrusque du droit romain. <sup>297</sup> Dans la littérature française, on voit se renforcer la tendance qui considère sceptiquement la formulation des hypothèses reposant sur une comparaison « sans bords ». Dans son ouvrage édité plusieurs fois, *Le mariage civil et le divorce dans l'Antiquité et dans les principales législations modernes de l'Europe* <sup>298</sup>, Glasson allie l'aspect historique avec l'analyse comparée. Il concède une autonomie pertinente aux différents droits antiques sans accentuer leurs emprunts.

L'œuvre de Glasson est digne d'être mentionnée puisqu'on n'y trouve aucune trace de la théorie aryenne supposant la parenté ethnique. Elle explique la ressemblance éventuelle avec l'accord juridique historique. L'œuvre de Glasson — comme Constantinesco l'indique — a une importance considérable même pour le droit comparé moderne, ce que la typologie, reposant sur un critère objectif, explique en premier lieu. <sup>299</sup>

Gilson suit essentiellement Glasson en mettant en relief le caractère autonome du droit romain. <sup>300</sup> Tout en accentuant à maintes reprises le caractère international du droit romain, Gilson renvoie à « l'association organique » au moyen de laquelle le droit romain, autochtone dans son ensemble, ne subit pas de changement essentiel.

Ce sont quelques phrases de sa prise de partie introductive, dans son ouvrage intitulé *L'étude du droit romain comparé aux autres droits de l'Antiquité*, qui peuvent rendre au mieux la substance de la conception de Gilson : « Né en Italie — (sc. le droit romain, G.H.) —, il s'est étendu sur d'autres pays qui, tous, avaient subi et conservé l'empreinte profonde de législations anciennes et d'idées traditionnelles. Au contact de ces idées juridiques étrangères dont la persistance est aujourd'hui nettement établie, il a renouvelé sa substance. Mais, comme les organismes, il s'est assimilé ces éléments étrangers. Ceux-ci l'ont, au contraire, vivifié et rajeuni. » <sup>301</sup>

On ne trouve aucune trace de la prise de position extrême relative à la question du *derivatum* dans les ouvrages de Lambert et d'Appleton. En examinant la « vie ultérieure » des diverses formes créées dans le droit romain, Lambert ne considère pas, du point de vue de « l'histoire comparée » le droit romain comme « l'amalgame » des droits antiques. <sup>302</sup> Le même propos soulignant le caractère autonome du droit romain se trouve dans le traité d'Appleton, lequel aussi reconnaît l'authenticité de la Loi des XII Tables dans son ouvrage s'occupant en premier lieu du testament. <sup>303</sup>

Dans la littérature allemande de la fin du XIXe siècle — nous voudrions souligner que cette constatation se réfère encore à la période précédant la connaissance du *Codex Hammurabi* — l'élargissement de la matière-source ne conduit pas à la naissance de théories anti-scientifiques telles que celles marquées dans l'orientaliste française des noms de Revillout et de Lapouge.

Dans son ouvrage, que l'on peut considérer jusqu'à nos jours comme fondamental : *Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des römischen Kaiserreichs* (1891), Mitteis compare les *Volksrechte* helléniques avec « le droit impérial », et attribue un rôle important à l'influence grecque dans la formation et dans le développement du droit romain postclassique.

Mitteis motive la nécessité de l'examen des *Volksrechte* en disant que cela permet de déceler l'influence des idées helléniques exercées sur le droit romain. Dans l'introduction de son livre, il écrit : « *Ist die Erkenntnis des fortdauernden Volksrechts schon an und für sich lehrreich, so ist es doch ein höheres Ziel, die befruchtende Rückwirkung des römischen Recht zu verfolgen. Hier vollzieht sich ein w*

<sup>296</sup> Voir MITTEIS, *Reichsrecht und Volksrecht*, p. 13. n. 1.

<sup>297</sup> Voir CASATTI C., *Fortis Etruria*. Nouvelle éd. I.- *Origines étrusques du droit romain*, Paris, 1888, pp. 35 et sqq et 49 et sqq. II.- *Éléments du droit étrusque. Extrait de l'ouvrage du ius antiquum. Vegoia. Droit papirien. Lex Regiae. Lex XII tabularum. Gai Institutionum commentarii*, Paris, 1895

<sup>298</sup> Cet ouvrage a été publié pour la deuxième fois en 1880.

<sup>299</sup> Voir CONSTANTINESCO, *Einführung*, p. 126.

<sup>300</sup> Voir GILSON, *L'étude du droit romain*.

<sup>301</sup> Voir GILSON, *L'étude du droit romain*, p. 10 et sq.

<sup>302</sup> Voir LAMBERT, *La tradition romaine concernant la succession des formes du testament devant l'histoire comparée*, Lyon, 1900.

<sup>303</sup> Voir APPLETON, *Le testament romain. La méthode du droit comparé et l'authenticité des XII Tables*, Paris, 1902.

*eltgeschichtlicher Prozess*; (relevé par G.H.) *der griechische Rechtsgedanke verbindet sich mit dem römischen, und beide treten gemeinsam den Weg in die Zukunft an.* »<sup>304</sup>

L'élément fondamental de la conception de Mitteis est que les droits antiques sont équivalents au droit romain. En même temps — à l'opposé par exemple de Revillout et de Lapouge — en utilisant la comparaison de Koschaker, Mitteis ne « détrône » pas le droit romain, mais élève les droits antiques à sa hauteur.<sup>305</sup> Bien que Mitteis s'intéresse en premier lieu à la situation réelle du droit romain dans les provinces orientales de l'*imperium*, pendant la période postérieure à la *Constitutio Antoniniana*, mais en dépassant quand même la sphère des recherches romanistiques traditionnelles, il mettra en marche la tendance de l'« *antike Rechtsgeschichte* » qui sera analysée plus tard en détail.

Dans la première partie de la troisième édition, *Universalgeschichte des Handelsrechtes* (1891) de son ouvrage *Handbuch des Handelsrechts*, Goldschmidt critique ouvertement ce qu'il appelle la « *dogmatische Isolierungsmethode* » qui considère le droit codifié en vigueur comme un tout achevé en utilisant la matière historique disponible exclusivement pour le « *Statistisches Interpretationsmittel* ». <sup>306</sup> Bien que Goldschmidt se délimite à la « *vergleichende Jurisprudenz* », <sup>307</sup> privée selon lui d'aspect historique, son œuvre constitue essentiellement — et cela concerne surtout les spécialistes des droits antiques — une analyse de caractère comparé. L'auteur met en relief l'unité économique de la Méditerranée antique,<sup>308</sup> ce qui motive l'analyse des institutions des droits égyptien, babylonien, assyrien, grec, y compris surtout l'analyse des institutions du droit attique, du « droit commercial », <sup>309</sup> et enfin du droit romain sur la base de la méthode historique « génétique ».

Goldschmidt, élève de Mittermayer, affirme que parmi les droits, le droit romain est le seul droit dont la « *feste Rechtsgestaltung* » soit caractéristique.<sup>310</sup> Il soumet Revillout à une critique sévère par la citation du livre de ce dernier — *Les obligations en droit égyptien* — parce qu'il ne reconnaît pas la création juridique comme procédant du *genius* romain (« *Rechtsschöpfung* »).<sup>311</sup>

Revillout ne nie pas cependant que si les germes des diverses institutions appartenant à la sphère du droit « commercial » apparaissent déjà dans les droits babylonien, égyptien, phénicien et hellénique, ces transactions ne revêtent de forme juridique pertinente que dans le droit romain.<sup>312</sup> Pour Goldschmidt, le fait de l'emprunt aux droits étrangers antiques — ce qui signifie une sorte de réception — ne diminue en aucune façon la valeur de la réglementation juridique romaine. D'ailleurs, l'établissement de la mesure de l'emprunt se heurte à des difficultés parce que les institutions des droits antiques, en dehors du droit romain, ne peuvent point être reconstruites ou ne peuvent l'être que très difficilement. Il renvoie directement au domaine « des rêves et des fables » l'hypothèse se rattachant aux noms de Revillout et de Lapouge et selon laquelle le droit romain aurait « reçu » aux Ier, IIe et IIIe siècles, par l'entremise des Phéniciens, des éléments phéniciens, babyloniens et égyptiens.<sup>313</sup>

Il est nécessaire de mentionner que Goldschmidt ne nie pas l'assimilation « des éléments de la culture hellénistique » qui survient sans conteste à la suite de l'expansion territoriale.<sup>314</sup> Il est donc loin de « détrôner » le droit romain, mais il en souligne l'importance éminente de manière très conséquente. Le savant compte parmi les créateurs du droit commercial moderne, ayant fondé la *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht*. Il sollicite des analyses comparées et proclame la priorité du droit romain dans la sphère des droits antiques de la Méditerranée.

La stèle découverte en 1901 à Susa contenant le *Codex Hammurabi* donne une nouvelle impulsion aux recherches comparées.<sup>315</sup> Il n'est pas invraisemblable que Mommsen, qui ne poursuit pas jusque là de recherches comparées, ait été inspiré par ce nouvel et important élargissement des sources pour s'occuper à son tour de la question du droit comparé.

<sup>304</sup> Voir MITTEIS, *Reichsrecht und Volksrecht*, p. 8 et sq.

<sup>305</sup> Voir KOSCHAKER, *L'histoire du droit*, p. 274.

<sup>306</sup> Voir GOLDSCHMIDT, *Universalgeschichte des Handelsrecht*, p. 41.

<sup>307</sup> Voir GOLDSCHMIDT, *Universalgeschichte des Handelsrechts*, p. 16.

<sup>308</sup> L'*Imperium Romanum* est caractérisé, selon son avis, par un « système économique mondial ». Voir GOLDSCHMIDT, *Universalgeschichte des Handelsrechts*, p. 43 et sqq.

<sup>309</sup> Concernant le problème du « droit commercial antique » voir HAMZA, *Jogösszehasonlítás (Comparaison de droits)*, pp. 196 et sqq.

<sup>310</sup> Voir GOLDSCHMIDT, *Universalgeschichte des Handelsrechts*, p. 38.

<sup>311</sup> Voir GOLDSCHMIDT, *Universalgeschichte des Handelsrechts*, p. 38. n. 72.

<sup>312</sup> Voir GOLDSCHMIDT, *Universalgeschichte des Handelsrechts*, p. 38.

<sup>313</sup> Voir GOLDSCHMIDT, *Universalgeschichte des Handelsrechts*, p. 52.

<sup>314</sup> Voir GOLDSCHMIDT, *Universalgeschichte des Handelsrechts*, p. 63.

<sup>315</sup> Pour littérature concernant le *Codex Hammurabi* voir VOLTERRA, *Diritto romano*, pp. 47-49.

Dans son ouvrage posthume, *Zum Ältesten Strafrecht der Kulturvölker*, dont la préface a été écrite par Karl Binding, Mommsen s'occupe des problèmes de la comparaison juridique sous la forme de questions posées aux philologues orientalistes contemporains dont Ignac Goldziher.<sup>316</sup>

Chez Mommsen ce changement d'attitude en faveur de la comparaison juridique peut être clairement ramené à l'accroissement de la base-source, qui ne renvoie plus sans équivoque la recherche du droit archaïque, eu égard à la matière, comme appartenant au monde des légendes<sup>317</sup>. La découverte favorisant l'élargissement de l'horizon de l'histoire du droit antique conduit à la genèse de nouvelles hypothèses audacieuses.<sup>318</sup> Dans son œuvre,<sup>319</sup> publiée en 1903, le chef de file de la tendance du pan-babylonisme,<sup>320</sup> Müller, en reprenant la conception du droit méditerranéen commun, estime découvrir des institutions, des constructions juridiques parallèles dans le *Codex Hammurabi*, dans les Lois de Moïse et dans la Loi des XII Tables. En ce qui concerne l'explication des analogies, il la cherche dans l'archétype commun des trois « recueils juridiques ».<sup>321</sup> De nombreux auteurs s'occupent dans leurs ouvrages publiés pendant la période suivant immédiatement la découverte de la stèle, du rapport entre le *Codex Hammurabi* et les Lois de Moïse. Les monographies de Cook<sup>322</sup>, Grimme<sup>323</sup>, Jeremias<sup>324</sup>, Oettli<sup>325</sup> et de Davies<sup>326</sup> analysent abondamment les corrélations entre les deux sources de droit — en les appréciant de manière diverse.

On reconnaît généralement les rapports étroits entre le *Codex Hammurabi* et les Lois de Moïse. Quant aux corrélations entre le *Codex Hammurabi* et la Loi des XII Tables, la situation est toute différente. La théorie de Müller est repoussée, dans le camp des romanistes, par les plus ardents opposants de sa conception, Zocco-Rosa<sup>327</sup> et Bonfante.<sup>328</sup> Ils la trouvent dénuée de fondement et vide de sens.

Les objections de Zocco-Rosa et Bonfante s'appuient surtout sur le fait que les traits parallèles entre le *Codex Hammurabi* et la Loi des XII Tables ne sont pour la plupart que formels et de caractère sommaire. Les deux romanistes relèvent en effet le manque d'une base de comparaison relative au contenu réel.

La découverte du *Codex Hammurabi* semble quasiment créer une nouvelle perspective pour les droits antiques. Il en est caractéristique que la question du *derivatum* soit de nouveau au centre des recherches — comme par exemple l'hypothèse d'un nouvel archétype commun. L'atmosphère « euphorique » des années suivant la découverte conduit quasi nécessairement à ce que les recherches en droit romain « traditionnel » soient reléguées à l'arrière-plan et remplissent plutôt le rôle d'un « guide de comparaison ». Les particularités ethniques jouent de nouveau un rôle considérable, du fait de la confrontation « obligatoire » du *Codex Hammurabi* avec les Lois de Moïse.

La découverte du *Livre syro-romain*, du *Codex Hammurabi*, ainsi que l'émergence en grande masse des papyrus et des écrits cunéiformes entraîne l'analyse comparée des droits de l'Antiquité. Dans la sphère des recherches à large spectre, l'importance du droit romain — c'est la première réaction — est reléguée à l'arrière-plan. Ce changement de rôles est bien illustré par l'activité de quelques représentants de l'orientaliste française (en premier lieu par celle de Revillout et de Lapouge).

---

<sup>316</sup> Cet ouvrage ayant été publié en 1905 se montre selon Bierling « *universalhistorische (rechtsvergleichende) Tendenz* ». Voir BIERLING, *Juristische Prinzipienlehre*, p. 34. n. 25.

<sup>317</sup> Binding souligne dans sa préface que Mommsen, à l'origine, trouvait la reconstitution du droit romain archaïque sur la base de la comparaison avec les autres droits antiques impossible. Voir MOMMSEN, *Zum ältesten Strafrecht*, p. VI.

<sup>318</sup> Le haut niveau des règles du *Codex Hammurabi* était un fait étonnant pour les orientalistes. Voir VOLTERRA, *Diritto romano*, p. 48 et sq.

<sup>319</sup> MÜLLER, *Die Gesetze Hammurabis und ihr Verhältnis zur mosaischen Gesetzgebung sowie zu den XII Tafeln*, Wien, 1903.

<sup>320</sup> Volterra nomme la tendance représentée par Müller « panbabylonisme ». Voir VOLTERRA, *Pretese derivazioni*, p. 266.

<sup>321</sup> Voir MÜLLER, *Die Gesetze*, pp. 175-188. et 193 et sq. et 209—221. Cf. encore: DIOSDI, *A jogösszehasonlító módszerek (Les méthodes comparatives)* p. 135 et VOLTERRA, *Diritto romano*, p. 51.

<sup>322</sup> Voir COOK S.A., *The Laws of Moses and the Code of Hammurabi*. London, 1903.

<sup>323</sup> GRIMME H., *Das Gesetz Hammurabis und Moses. Eine Skizze*, Köln, 1903.

<sup>324</sup> Voir JEREMIAS J., *Moses und Hammurabi*, Leipzig, 1903.

<sup>325</sup> Voir OETTLI S., *Das Gesetz und die Thora Israels*, Leipzig, 1903.

<sup>326</sup> Voir DAVIES W.W., *The Codes of Hammurabi and Moses*, New York, 1905.

<sup>327</sup> Voir ZOCCO-ROSA, *Di alcuni raffronti*, p. 349 et sqq.

<sup>328</sup> Voir BONFANTE, *Il codice*, p. 119 et sqq.

Le droit romain, même s'il perd de son importance, maintient son caractère autonome dans les œuvres de Glasson, Gilson, Lambert et Appleton. Il ne s'agit pas d'une tendance homogène dans la littérature allemande. Tandis que Mitteis est d'avis que le droit romain et le développement autochtone de celui-ci sont équivalents autres droits de l'Antiquité (tout en ne niant pas les influences étrangères et une sorte de processus d'assimilation), Goldschmidt souligne sans équivoque la suprématie du droit romain. La découverte du *Codex Hammurabi*, qui n'influe pas seulement de façon favorable sur les recherches comparées, comprend en outre d'une part, le germe de la relégation du droit romain à l'arrière-plan, et d'autre part, le germe de la construction de théories brumeuses.

#### 4. La tendance de la science juridique comparée et la recherche relative aux droits antiques

##### *L'émergence de la science juridique comparée*

Les représentants de la science juridique comparée — ceux de la « *vergleichende Rechtswissenschaft* » sur le territoire allemand — sont Cohn, Bernhöft et Kohler imprimant une direction au programme de grande envergure de la *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft* fondée en 1878. Au cours de l'analyse du rapport de la science juridique comparée, émergeant avec une force presque élémentaire, et des droits antiques, se pose une importante question terminologique. Le rapport entre la science juridique comparée, essayant de synthétiser à un niveau déterminé les recherches comparées, et l'histoire du droit s'occupant de l'analyse comparée — l'histoire du droit comparé — est problématique. Avant de donner la réponse à ce problème, nous devons indiquer que le gain de terrain de la science juridique comparée pendant la deuxième moitié du XIXe siècle, précisément au détriment de l'histoire du droit, est de plus en plus évident. Ce gain de terrain est bien illustré par le fait que la réception du droit romain en Allemagne, qui est un thème par excellence historique, c'est-à-dire un thème relevant de la sphère de l'histoire de droit, devient le terrain de recherches se rattachant au domaine de la comparaison juridique, c'est-à-dire au terrain de la science juridique comparée.<sup>329</sup>

Il est particulièrement intéressant de mentionner ce fait car cette « annexion de territoire » s'effectue encore dans une période où la question complexe de l'interaction (réception, assimilation, ...etc) des divers droits, des divers systèmes juridiques, n'est sur le plan théorique nullement élucidée — ainsi que Gaudemet l'a encore justement souligné.<sup>330</sup>

Cette circonstance explique aussi qu'il ne serait pas bon de tirer une « ligne de démarcation » rigide entre la comparaison juridique et l'histoire du droit en fonction de l'époque étudiée.<sup>331</sup> On pourrait donc observer qu'il ne s'agit pas d'une sorte de monopolisation de la comparaison ou du tour d'horizon historique.<sup>332</sup> Pourtant la science juridique comparée se frayant un chemin de force élémentaire s'efforce — au moins temporairement — à s'appropriier presque absolument la perspective historique. Un exemple de cette « acquisition de territoire » est que l'influence du droit hellénique sur le droit romain — comme terrain de recherche — est mise en place dans l'orbite de la comparaison juridique.<sup>333</sup>

Les représentants compétents de la science juridique comparée en épanouissement sont loin de partager une position unique dans la question de l'historicisme. Tandis que Kohler est d'avis que la réception, ou l'assimilation — ces thèmes ayant appartenu auparavant par excellence à la sphère de la recherche comparée — appartiennent bien au terrain de la jurisprudence comparée<sup>334</sup>, Lambert cerne beaucoup plus étroitement l'horizon de cette même jurisprudence.

Le savant français trouve nécessaire que le droit « commun législatif » soit séparé de l'histoire du droit comparé et que, lors de l'analyse concernant cette dernière catégorie, il n'y ait pas de limites de temps et de territoire.<sup>335</sup> Puis Lambert considère qu'au sein de la science juridique comparée, il faut nettement séparer la tendance dogmatique<sup>336</sup> de la tendance ethnologique historique — il s'agit pour l'essentiel de la classification provenant de Bernhöft, légèrement modifiée. Cette conception « dualiste » permet en fait à Lambert de doubler la science juridique comparée, au sein de laquelle il dote « d'autonomie » l'histoire comparée du droit. Même Yntema<sup>337</sup> voit — suivant la trace de Bufnoir —

<sup>329</sup> Voir BEKKER, *Aus den Grenzmarken*, pp. 78 et 84 et sq.

<sup>330</sup> Voir GAUDEMET, *Les modalités de réception*, p. 411 et sqq.

<sup>331</sup> Voir SCHNITZER, *Vergleichende Rechtslehre*, p. 22.

<sup>332</sup> Voir MEILLI, *Institutionen*, p. 1 et sq.

<sup>333</sup> Voir BEKKER, *Aus den Grenzmarken*, p. 84 et sq.

<sup>334</sup> Voir KOHLER, *Über die Methode*, p. 24.

<sup>335</sup> Voir LAMBERT, *La fonction*, p. 919.

<sup>336</sup> Voir LAMBERT, *Définition*, p. 32 et sq.

<sup>337</sup> Voir YNTEMA, *Roman Law*, p. 175 et sq.

une différence relative entre la « législation comparée » et l'histoire du droit. Cette conception devenue générale est prouvée par le fait que même Rabel, en considérant la comparaison d'histoire juridique comme une partie de la comparaison juridique, reconnaît au fond le caractère autonome de l'histoire comparée de droit.<sup>338</sup>

De cette analyse de la littérature scientifique, il résulte qu'il ne peut pas s'agir — et cela se rapporte surtout à la deuxième moitié XIXe siècle — de la séparation de la science juridique comparée et de l'histoire comparée du droit. Car l'élargissement énorme du terrain des analyses comparées a lieu à une époque (pendant les dernières décennies du XIXe siècle) où il ne peut s'agir tout au plus que de la création de la forme de l'histoire générale du droit, reposant sur des recherches plus développées, et pas d'une science juridique comparée ayant un caractère autonome et complet.<sup>339</sup> Il en résulte qu'une césure ne serait pas opportune entre la science juridique comparée et l'histoire comparée du droit. Par conséquent, nous ne traiterons pas dans la suite les deux catégories séparément l'une de l'autre.

Il semble superficiel que l'émergence de la science juridique comparée, qui d'ailleurs doit son existence justement au triomphe de l'aspect historique, relègue à l'arrière-plan l'histoire du droit (l'histoire comparée du droit). On ne peut les séparer aussi rigideusement que par la théorie de Bastian intitulée « *Elementar- und Völkergedanke* », théorie évolutionniste partant de l'égalité des gens : l'histoire du droit se bornerait à l'examen de ce qui « est arrivé une fois » tandis que la comparaison juridique supposerait un développement sur la base des « lois naturelles ».

C'est l'effort d'unifier, de « synchroniser » les recherches comparées construites sur différentes bases théoriques, philosophiques et idéologiques, et se nourrissant de plusieurs sources, qui se présente le plus tôt chez les représentants de la science juridique comparée. La prétention concernant la transformation de la « *vergleichende Rechtswissenschaft* » en une discipline autonome pose *eo ipso* la question d'une sorte « d'absorption » de l'histoire comparée du droit. Et comme nous l'avons vu ci-dessus, les représentants de la jurisprudence comparée ignorent, simultanément à la naissance de la « nouvelle » discipline, l'histoire comparée du droit.

Les « fondateurs » de la science juridique comparée, en Allemagne surtout Bernhöft et Kohler, considèrent comme « *Geburtsstunde* »<sup>340</sup> de la jurisprudence comparée la parution de l'ouvrage de Bachofen intitulé *Das Mutterrecht. Eine Untersuchung über die Gynaiokratie der alten Welt nach ihrer religiösen und rechtlichen Natur* (Stuttgart, 1861). Dans le livre de Bachofen, il est à noter que le droit romain perd son importance centrale. C'est un trait particulier parce que le droit romain constitue<sup>341</sup> encore fondamentalement l'axe de l'ouvrage de Roszbach *Untersuchungen über die römische Ehe* (Stuttgart, 1853) par exemple, analysé ci-dessus et paru quelques années plus tôt.

Le motif de la relégation du droit romain à l'arrière-plan est surtout la recherche par Bachofen des éléments archaïques dans le droit romain.<sup>342</sup> Il en résulte qu'à l'opposé de Savigny, le *ius commune Europaeum* se met conformément au bon sens à l'arrière-plan. Cette relégation à l'arrière-plan est particulière parce que l'auteur du *Mutterrecht* borne ses recherches exclusivement aux sources du monde gréco-romain, contrairement à celles de l'auteur de l'*Ancient Law*, publié la même année. Dans ce sens le *Mutterrecht* n'est pas une création typique de la science juridique comparée. Voilà encore une particularité de cet ouvrage de l'auteur suisse : la conception de l'histoire générale du droit ne s'exprime pas sans contradictions. Le français Giraud-Teulon<sup>343</sup> et l'anglais McLennan<sup>344</sup> franchissent dans leurs analyses comparées les bornes de l'Antiquité classique et s'occupent du monde entier. Dans leurs œuvres, ils prêtent attention aussi à l'analyse des droits des peuples dits primitifs, tout en omettant les problèmes graves découlant des difficultés de la reconstruction.

Mentionnons ici que le monde gréco-romain remplit aussi un rôle important chez le premier grand ethnologue de l'ère moderne, J.F. Lafitau (1670—1740). Dans la partie introductive de son

---

<sup>338</sup> Voir RABEL, *Aufgabe und Notwendigkeit*, p. 86 et sq.

<sup>339</sup> Voir HORVÁTH, *Vergleichende Rechtsgeschichte*, p. 226 et sq.

<sup>340</sup> Voir KOHLER, *Nachruf an J.J. Bachofen*, p. 148.

<sup>341</sup> Il est à noter ici que l'analyse de la structure de la famille aura une importance primordiale pour les recherches comparatives. Voir SCHNITZER, *Vergleichende Rechtslehre*, p. 16.

<sup>342</sup> Voir ENGEL-JANOSI, *The Intellectual Background of Savigny*, p. 55 et sq.

<sup>343</sup> Voir GIRAUD-TEULON, *Les origines de la famille. Questions sur les antécédents des sociétés patriarcales.*, Genève-Paris, 1874.

<sup>344</sup> Voir le volume comprenant plusieurs articles: DE MCLENNON, *Studies in Ancient History, comprising a reprint of Primitive Marriage and inquiry into the origin of the form of capture in marriage ceremonies.* London, 1876. Concernant l'évaluation de l'œuvre de McLennan voir STEIN, *Legal Evolution*, p. 82-86

ouvrage examinant le droit, les coutumes des Indiens iroquois, *Moeurs des Premiers Temps* (tome I. Paris, 1724), il indique que l'étude des œuvres des auteurs antiques lui fut également utile.<sup>345</sup>

À partir de la parution des ouvrages de Post,<sup>346</sup> au sein de la tendance de l'histoire générale du droit, qui s'allie à cette époque de plus en plus à la science juridique comparée, deux ailes se séparent l'une de l'autre. L'une des ailes est celle choisissant comme tâche la recherche des droits antiques. L'autre, revendiquant l'exigence des sciences naturelles — « *Die Naturwissenschaft des sozialen Lebens ist die Ethnologie* » écrit Post<sup>347</sup> — pourrait s'intituler « ethnologique » (Post) ou plutôt de manière plus adéquate « tendance des recherches ethnologiques » (« *ethnologische Rechtsforschung* »). Cette science juridique ethnologique — en utilisant cette expression en ce qui suit — se différencie vite. Ses représentants parmi lesquels Bastian,<sup>348</sup> Fritz Ratzel<sup>349</sup> qui est d'ailleurs le maître de Frobenius et, pendant l'époque précédente, Bernhöft — sont d'avis que la recherche du droit des peuples dits « non culturels »<sup>350</sup> est inopportune, et par conséquent, ne relève pas du terrain de la science juridique ethnologique.

Autre problème : le fondateur de la *Zeitschrift für Ethnologie*, Bastian, élabore une conception de l'histoire mondiale ethnologique, englobant tout les peuples. Il constate la présence d'une sorte de tendance dans la sphère des soi-disant *Naturvölker* qui les rattache aux peuples disposant de la culture la plus développée. Bastian ne suit pas en fait les thèses de l'histoire mondiale ethnologique, mais il applique les dits *Primärgedanken* dans ses recherches.<sup>351</sup>

L'autre tendance dont le poids et l'importance ne fait que s'accroître et à laquelle appartient aussi Kohler lui-même, ne trouve pas justifié que les recherches ethnologiques se bornent exclusivement à l'analyse des droits des peuples dits historiques « *Geschichtsvölker* ».<sup>352</sup>

Cette conception de la science juridique ethnologique est bien caractérisée par le fait qu'elle met fortement en doute la raison d'être de la méthode dite historique. Un bon exemple de cette manière de voir est l'un des ouvrages de Post, *Bausteine für eine allgemeine Rechtswissenschaft auf vergleichend ethnologischer Basis*, où la base exclusive de comparaison des divers droits est la vraisemblance présumée ou la ressemblance réelle. Les corrélations historiques — justement à cause de la concentration au présent — restent ignorées. Pour justifier cela on pourrait invoquer comme argument la circonstance que dans la sphère des peuples soi-disant primitifs — faute de documents concrets — les diverses étapes du développement historique ne peuvent pas être reconstruites. On peut expliquer par cette absence de données pertinentes que Post respecte exclusivement les lois du développement général<sup>353</sup> et ne s'occupe pas des détails. Du point de vue méthodologique, on doit approuver Kohler qui indique que, faute de documents, on ne peut reconstruire sous aucune forme les peuples « les plus

---

<sup>345</sup> Concernant l'évaluation de l'œuvre de Lafitau voir HAIDER, *Vergleichende Völkerkunde*, p. 171 et sq.

<sup>346</sup> Voir les ouvrages suivants de POST, *Der Ursprung des Rechts. Prolegomena zu einer allgemeinen vergleichenden Rechtswissenschaft, Bausteine für eine allgemeine Rechtswissenschaft auf vergleichend-ethnologischer Basis*, I-II. Et *Die Grundlagen des Rechts und die Grundzüge seiner Entwicklungsgeschichte. Leitgedanken für den Aufbau einer allgemeinen Rechtswissenschaft auf soziologischer Basis*.

<sup>347</sup> Voir POST, *Bausteine*, p. 13.

<sup>348</sup> Voir les ouvrages suivants de BASTIAN, *Der Mensch in der Geschichte. I-III.; Beiträge zur Ethnologie; Der Völkergedanke im Aufbau einer Wissenschaft vom Menschen und seine Begründung auf ethnologische Sammlungen, Die Vorgeschichte der Ethnologie; Allgemeine Grundzüge der Ethnologie. Prolegomena zur Begründung einer Naturwissenschaftlichen Psychologie auf dem Material des Völkergedankens; Zur Lehre von der geographischen Provinz et Ethnischer Elementargedanke in der Lehre vom Menschen*.

<sup>349</sup> Voir RATZEL, *Völkerkunde; Die afrikanischen Bögen et Der Ursprung und das Wandern der Völker geographisch betrachtet*.

<sup>350</sup> Dans la littérature on trouve des autres *termini technici* aussi. Gilissen p.e. écrit des « droits des peuples sans écriture ». Cf. GILISSEN, *Introduction historique*, p. 33.

<sup>351</sup> Cf. HAIDER, *Vergleichende Völkerkunde*, p. 174 et sq.

<sup>352</sup> Parmi les ouvrages les plus importantes de l'ethnologie juridique sont à mentionner les suivantes: BROWN A.R.R., *Structure and Function in Primitive Society*, London, 1952, HOEBEL E.A., *The Law of primitive man*, Cambridge (USA), 1954, DIAMOND A.S., *Primitive Law, past and present*, London, 1971. Et POSPISIL L., *Anthropology of Law*, New York, 1974. On pourrait mentionner encore les ouvrages de Claude Lévi-Strauss (*Les structurales*, I-II. Paris, 1966-1973.).

<sup>353</sup> Le livre *Die Grundlagen des Rechts und die Grundzüge seiner Entwicklungsgeschichte* de Post est caractérisé spécialement par cette vue. Cf. encore KOHLER, *Post: Die Grundlagen des Rechts*, (rec.) 460 et sq.

primitifs », plus précisément leurs coutumes, leur vie juridique.<sup>354</sup> Les soi-disant *Naturvölker* avaient déjà atteint un certain niveau, comme l'attestent certaines sources. Il en résulte par conséquent que leurs droits peuvent être plus ou moins bien saisis. De la sorte, il est injustifié de présenter uniquement des rapports généraux.

Le fait que l'expression « *Naturvölker* » soit une notion neutre, acceptée aussi dans la littérature ethnographique moderne et ne renfermant pas d'éléments de valeur, vaut la peine d'être mentionné.<sup>355</sup> Max Weber juge la catégorie du « *Naturvolk* » de manière nuancée. Il met en fait en rapport la culture juridique primitive — comme l'un des types du développement juridique — avec la notion du peuple naturel. Néanmoins, il appelle la culture juridique (« *Kulturrecht* ») développée déjà « archaïque ». L'avis de Post concernant la recherche du droit des « *Naturvölker* » est au fond exact, et cela devient surtout évident si l'on considère que certains historiens de la culture — comme par exemple Jacob Burckhardt<sup>356</sup> — excluent de la sphère de la « *Geschichte im höheren Sinne* » les dits « *Naturvölker* », comme des peuples qui n'appartiennent pas à l'Europe occidentale (tels les Chinois et les Japonais).

Dans les ouvrages de Kohler, le « *Kulturrecht* » a un rôle dominant et signifie un droit correspondant aux buts du développement culturel et en rapport avec celui-ci.<sup>357</sup> Cette notion est sous plusieurs aspects analogue aux catégories du *ius naturale* des spécialistes du Droit naturel, puisqu'elle suppose un système juridique « superétatique » (« *Überstaatliche Rechtsordnung* »)<sup>358</sup> qui n'est pas en fait en vigueur. Cette conception du « Droit naturel » de Kohler n'est pas modifiée par la circonstance que ce « droit culturel » ne signifie pas « une sorte de droit éternel » mais plutôt un « recueil de postulat juridiques conformes à la sphère culturelle d'une époque déterminée et à un peuple donné ».

La conception de Kohler est bien représentée par la citation suivante : « *Je mehr wir in dem Studium der Menschheit hinaufreichen, um so klarer wird es uns, dass die ganze Menschheit trotz nationaler Eigenheiten nicht nur von gleichartigen Trieben geleitet, sondern speziell im Recht und in der Entwicklung der Volksreinrichtungen und Volksgebräuche von gleichartigen Bildungskräften beherrscht wird.* »<sup>359</sup> On peut déduire de la notion du *Kulturrecht* de Kohler la possibilité d'une séparation de l'histoire comparée du droit et de la science juridique comparée. Si le droit d'un peuple donné comprend en effet plusieurs niveaux culturels, la révélation de ces niveaux culturels appartient déjà nécessairement au domaine de l'histoire du droit. Conformément à cela, le terrain de la science juridique englobe d'une part l'analyse des droits des peuples asiatiques et de l'autre celle des droits des peuples non « civilisés » de l'Europe et de l'Amérique. Au domaine de la science juridique comparée appartient en outre la confrontation des institutions des droits en vigueur dans les « États culturels » modernes (« *Kulturstaaten* »). En ce qui concerne la substance de ce type de comparaison, elle est analogue à celle de la « législation comparée », comme en France.

Nous sommes tenus de souligner dans ce contexte que la « systématisation » de l'objet de la science juridique comparée dans la forme développée ci-dessus est en contradiction manifeste avec son point de départ. La science juridique comparée — du moins en ce qui concerne la conception de la majorité de ses représentants — intervient avec la prétention d'atteindre le niveau de « civilisation », de procéder à la recherche du droit permettant originellement à tous les peuples de procéder à l'analyse scientifique. Il y a bien sûr certaines bornes, plus précisément des conditions dans lesquelles peut s'effectuer l'analyse comparée. Bernhöft par exemple, dans son étude introductive, *Über den Zweck und Mittel der vergleichenden Rechtswissenschaft*,<sup>360</sup> donnant une orientation à la *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, s'occupe de façon concrète des conditions constituant le cadre des recherches comparées. Selon Bernhöft la science juridique comparée a pour tâche d'étudier comment les peuples d'origine commune — au niveau ethnique — élaborent de telles catégories, apparaissant simultanément dans plusieurs droits, puis de quelle manière un droit emprunte des institutions à un autre droit, comment il les transforme, et enfin comment des tendances communes se présentent dans les droits des divers peuples.<sup>361</sup>

La science juridique comparée recherche l'idée juridique (« *Rechtsidee* ») dans les différents droits, dans les différents systèmes juridiques. Cette idée juridique ne peut pas être révélée sur la base

<sup>354</sup> Voir KOHLER, *Wenger: Allgemeine Rechtsgeschichte*, (rec.) p. 378.

<sup>355</sup> Voir HAIDER, *Vergleichende Völkerkunde*, p. 171. Haider accentue que les « *Naturvölker* » — au niveau très bas — disposait de la culture.

<sup>356</sup> Voir BURCKHARDT, *Historische Fragmente*, 1957. p. 2. (Aus dem Nachlass). Cité par BICHLER, *Die theoretische Einschätzung*, p. 18.

<sup>357</sup> Cf. ADAM, *In memoriam Josef Kohler*, p. 10 et sq.

<sup>358</sup> Cf. ADAM, *In memoriam Josef Kohler*, p. 10 et sq.

<sup>359</sup> Voir KOHLER, *Über die Methode*, p. 19.

<sup>360</sup> *ZfVr* 1(1878), p. 1 et sq.

<sup>361</sup> Voir BERNHÖFT, *Über den Zweck*, p. 36 et sq.

d'un examen se bornant à la sphère du *ius commune* allemand et du droit romain. Si l'analyse ne se borne qu'à ces deux droits, il ne peut pas être question d'une comparaison juridique<sup>362</sup>. Bernhöft parle directement d'une « unilatéralité rigide » (« *starre Einseitigkeit* ») dans le cas où les objets des institutions de ces deux droits sont ceux de l'examen comparé.<sup>363</sup> L'analyse centrée exclusivement sur ces deux droits est en outre rendue difficile, puisque les institutions du *ius commune* et du droit romain s'entrelacent très souvent presque inséparablement, les unes dans les autres.

La consolidation de la science juridique comparée au moyen de la philosophie juridique constitue le mérite considérable de Dahn qui, encore très jeune, analyse dans une « conférence d'essai », *Über das Verhältnis der Rechtsphilosophie zur Philosophie und zur Rechtswissenschaft* (1857), les rapports de la philosophie et de la science juridique.<sup>364</sup> Dans son étude *Vom Wesen und Werden des Rechts (Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft 2 (1879))* s'occupant de façon intense de la philosophie juridique, il jette non seulement la base *théorique* de la science juridique comparée, mais il crée en outre le contact entre l'École historique et la science juridique comparée.

Le mérite impérissable de l'École historique est la lutte conséquente contre les constructions aprioristiques et artificielles.<sup>365</sup> À cet égard, le rôle de l'École historique peut être comparé à celui des sciences naturelles expérimentales. La possibilité de la création de constructions artificielles s'étiole après Savigny de la même façon que les sciences naturelles expérimentales ont relégué la philosophie naturelle au second plan.<sup>366</sup> En soulignant l'importance de la méthode historique (« *historische Methode* »), il écrit que l'histoire comparée du droit, qu'il considère dans sa substance comme une notion équivalente à la science juridique comparée, « est la prémisse indispensable de toutes les philosophies du droit » (« *unerlässliche Voraussetzung aller Rechtsphilosophie* »).<sup>367</sup>

La notion de l'histoire comparée du droit, bien qu'elle remplace chez lui la catégorie de la science juridique comparée, est en effet un terme technique analogue à l'histoire générale du droit. Dahn souligne en effet que les droits de *tous les peuples* doivent être examinés.<sup>368</sup> Néanmoins, il ne souligne que les droits appartenant à « certaines sphères culturelles ».

### ***La science juridique comparée et la recherche relative aux droits antiques***

En examinant la science juridique comparée et les questions relatives à la recherche des droits antiques, nous devons partir avant tout de la notion de science juridique comparée que nous avons déjà délimitée ci-dessus. L'histoire générale du droit que nous avons déjà examinée et qui postule l'analyse du droit de tous les peuples, réduit au minimum le rôle du droit romain — comme base possible de la comparaison. Dans la détermination du poids du droit romain, la science juridique comparée est proche sous plusieurs aspects de l'histoire générale de droit.

Il est relativement prématuré de reconnaître que le terrain de la science juridique comparée (de l'histoire de droit) est plus petit que celui de l'histoire générale du droit puisque cette tendance ne s'assigne pas comme tâche l'analyse du droit de tous les peuples.<sup>369</sup> Nous en voulons pour preuve que ni les représentants de la tendance de l'histoire générale du droit, ni ceux de l'aile de l'histoire comparée du droit ne se chargent d'élaborer l'archéologie de ces droits avec des exigences monographiques dans la sphère des droits antiques. L'ouvrage de Sittl, *Die Gebärden der Griechen und Römer* (1891), ne traite que des questions de la symbolique juridique.

Selon les représentants de la science juridique comparée, le droit romain ne remplit plus le rôle de *ius commune Europaeum*, qui découle des particularités de la science juridique comparée. Lors des premières tentatives de la création de « l'*Universaljurisprudenz* » — notamment chez Anselm Feuerbach et chez Thibaut — la concentration sur les problèmes du *présent* est mise au premier plan. Cette orientation nous donne l'explication des recherches ethnologiques, mais en découle également la tendance à la « législation comparée » qui gagne du terrain en France. Bernhöft lui-même, qui s'oppose d'ailleurs à la comparaison en se bornant à l'analogie ethnique,<sup>370</sup> souligne de manière expresse que la

<sup>362</sup> Voir BERNHÖFT, *Über den Zweck*, p. 1 et sq.

<sup>363</sup> Voir BERNHÖFT, *Über den Zweck*, p. 1.

<sup>364</sup> Concernant la vie et l'œuvre scientifique de Dahn cf. WOHLHAUPTER, *Dichterjuristen III.*, p. 285 et sqq.

<sup>365</sup> Voir DAHN, *Vom Wesen*, p. 5 et sq.

<sup>366</sup> Voir DAHN, *Vom Wesen*, p. 6.

<sup>367</sup> Voir DAHN, *Vom Wesen*, p. 8.

<sup>368</sup> Voir DAHN, *Vom Wesen*, p. 9.

<sup>369</sup> Voir SCHMIDT, *Die Bedeutung*, p. 351 et sqq.

<sup>370</sup> Voir BERNHÖFT, *Zur Geschichte I.*, p. 1 et sqq. et *Zur Geschichte II.*, p. 161 et sqq.

science juridique se considère comme ayant pour tâche<sup>371</sup> l'analyse comparée des systèmes juridiques *modernes* (en tenant compte il est vrai de l'aspect historique). Un indice de cette concentration sur le présent est que l'objet de la jurisprudence comparée est la confrontation des droits, des systèmes juridiques<sup>372</sup> opérant au sein d'un pays donné, à l'intérieur d'un État.

L'intérêt pour l'histoire des représentants de la science juridique comparée résulte de la reconnaissance du fait que les divers droits, les divers systèmes juridiques, ne se changent que *très lentement*, compte tenu de leur substance. Il en résulte que les recherches comparées doivent suivre avec attention, selon les possibilités, les aspects historiques. Cette particularité explique que l'histoire comparée du droit — en se plaçant au sein du droit comparé — se voit attribuer un rôle si important. On ne doit évidemment pas perdre de vue que l'accentuation de la continuité sur des bases si souvent hégéliennes peut se faire aussi à plusieurs égards, avec des « pièges » théoriques. L'interprétation de la continuité comme « immutabilité » peut conduire au « présentisme », alors que sa réalisation peut mener à l'acceptation des idées bien connues de Spengler et de Toynbee. La conception de « longue durée » de Braudel peut être une hypothèse de travail utile dans la sphère des recherches comparées — ce qui impose simultanément, sous une forme visible, l'application de la méthode historique — mais elle est du coup rétrograde en ce qui concerne la discontinuité nécessaire.

L'entrelacement étroit de la science juridique comparée avec la méthode historique conduit à ce qu'il soit impossible de la séparer encore de l'histoire générale du droit — qui dispose encore des signes de l'histoire générale de droit. À cet égard, il est digne de mentionner les vues de Bierling qui, dans son ouvrage monumental de cinq tomes *Juristische Disziplinglehre*, s'occupe minutieusement des rapports de la jurisprudence comparée et de l'histoire comparée du droit. De l'avis de Bierling, il n'y a pas de science juridique comparée autonome, mais il n'en résulte pas encore la négation du caractère scientifique des analyses comparées.<sup>373</sup> Selon lui, la comparaison juridique ne constitue pas une branche autonome<sup>374</sup> au sein de la science juridique. C'est uniquement la cause dite « extérieure » qui rend opportun que les recherches comparées — cette fonction est remplie par la *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft* — disposent<sup>375</sup> d'un « point de recul ». À son avis la « *vergleichende Rechtswissenschaft* » est l'outil de l'histoire du droit d'une part (*sic!* G.H.), alors que d'autre part elle est l'outil de la politique juridique. En premier lieu, c'est l'histoire du droit qui constitue l'une des branches autonomes de la science juridique — pourvu qu'elle ne soit pas uniquement au service des buts pratiques — avec laquelle la comparaison juridique s'entrelace.<sup>376</sup> Même au sein de l'histoire du droit, l'histoire générale du droit est le domaine qui implique l'examen comparé. Pour lui, l'histoire générale du droit n'est autre qu'une « *vergleichende Rechtsgeschichte* ». Il soumet Meili à une critique sévère, parce que celui-ci est pour l'autonomie de la science juridique comparée. Selon lui, celle-ci n'est qu'une table des matières, elle n'est pas une science.<sup>377</sup> L'histoire générale du droit, interprétée comme histoire comparée du droit, a pour tâche la révélation de la pensée du développement (« *Entwicklungsgedanke* ») et des traits parallèles dans les divers droits.<sup>378</sup> Mais la révélation des particularités parallèles ne démontre pas encore l'hypothèse selon laquelle les droits de tous les peuples ont essentiellement des signes communs. C'est ce qui explique que Bierling soumette à une critique sévère la tentative de Post visant à séparer « l'*ethnologische Jurisprudenz* » de l'histoire du droit.<sup>379</sup>

Dans les recherches sur la science juridique comparée, le droit romain ne dispose pas d'une importance paradigmatique. Cependant, la diminution de son rôle ne doit pas être exagérée. Il serait erroné de négliger le fait que le droit romain, comme nous l'avons vu ci-dessus, joue un rôle déterminant — comme base de comparaison — même chez les représentants de la tendance ethnologique.<sup>380</sup>

Il est remarquable — et par conséquent digne d'une attention particulière — que le droit romain attire l'attention exclusivement sur la confrontation de certaines institutions juridiques. La fonction

<sup>371</sup> Voir BERNHÖFT, *Über die Grundlagen*, p. 254 et sq.

<sup>372</sup> Voir BERNHÖFT, *Über die Grundlagen*, p. 254 et sq.

<sup>373</sup> Voir BIERLING, *Juristische Prinzipienlehre* V., pp. 11 et 85 et sq.

<sup>374</sup> Selon Bierling appartient au domaine de la jurisprudence cinq terrains, à distinguer: « *juristische Prinzipienlehre* », « *Rechtsgeschichte* », « *Darstellung des geltenden Rechts* », « *Rechtsphilosophie* » et « *Rechtspolitik* ». Voir BIERLING, *Juristische Prinzipienlehre*, p. 3.

<sup>375</sup> Voir BIERLING, *Juristische Prinzipienlehre* V., p. 11. n. 9.

<sup>376</sup> Voir BIERLING, *Juristische Prinzipienlehre* V., p. 29.

<sup>377</sup> Voir BIERLING, *Juristische Prinzipienlehre* V., p. 11. n. 10.

<sup>378</sup> Voir BIERLING, *Juristische Prinzipienlehre* V., p. 30 et sqq.

<sup>379</sup> Voir BIERLING, *Juristische Prinzipienlehre* V., p. 32 et sq. n. 24.

<sup>380</sup> Maine p. ex. fait la comparaison des institutions du droit celtique avec celles du droit romain. Voir MAINE, *Lectures on the Early History of Institutions*, London, 1374.

d'« étalon de mesure » n'est remplie que de façon minimale : lorsqu'il s'agit de la comparaison de l'ensemble des systèmes juridiques, le droit romain n'est pas pris en considération. S'il est question de l'analyse comparée du droit d'un groupe ethnique, la question de la recherche des parallèles avec le droit romain n'est pas abordée.

Dans les ouvrages des représentants de la science juridique comparée, le droit romain attire l'attention dans le domaine des recherches partielles. Par exemple, Bernhöft, dans son livre *Staat und Recht der römischen Königszeit im Verhältnis zu verwandten Rechten* (Stuttgart, 1882), assure au droit romain un poids quasi central. Dans l'importance accordée au droit romain cet ouvrage ne diffère presque en rien par exemple du livre de Rossbach<sup>381</sup>, que nous avons déjà analysé ci-dessus. Bernhöft établit dans son livre un parallèle entre les thèses indo-européennes pertinentes et les diverses formes de la constitution romaine. Ainsi, son ouvrage allie la comparaison avec l'aspect historique. À la suite de l'analyse comparée, l'auteur formule des conclusions générales. Il observe par exemple que le royaume éternel des peuples indo-européens se transforme régulièrement en une monarchie reposant sur des élections où la noblesse parvient à jouer le rôle dominant.

Dans ses autres ouvrages, Bernhöft prend aussi comme mesure le droit romain.<sup>382</sup> Ainsi la conception qui se présente dans son livre n'est pas seulement un phénomène individuel. Sa prise de position a une importance de principe dans l'observation qui constitue par excellence la base de comparaison, comme par exemple lors de la révélation du droit archaïque qui peut être particulièrement difficile à reconstruire.<sup>383</sup> D'autre part, il ne manque pas de mentionner que le droit romain, vu sa terminologie spéciale, et son système de notions — peut accomplir un rôle dans d'autres circonstances, comme par exemple lors de l'analyse du droit indien, tout au moins dans le domaine de l'accentuation des différences.<sup>384</sup>

Mais la prise de position de Bernhöft, considérant le droit romain comme une base de comparaison adéquate, n'est pas conséquente quant à la mesure des valeurs comparées. La confrontation du droit de Gortyne avec le droit de Justinien conduit par exemple à la conclusion surprenante que celui-ci était plus développé — eu égard au droit de famille — que le droit de Justinien.<sup>385</sup> La référence au droit romain enferme dans ce cas concret une appréciation *négative*. Mais même ainsi, le rôle qui est reconnu dans le domaine des analyses comparées au droit romain — comme « base de comparaison » (*Vergleichsbasis*) — est indubitable. Ce rôle du droit romain a toujours un caractère objectif et ne reflète pas l'avis du chercheur quant à la question de savoir s'il tient l'analyse des diverses institutions et la réglementation connue dans le droit romain pour idéale ou non.

Kohler considère comme nécessaire l'utilisation du droit romain comme base de comparaison, parce que celui-ci est tissé d'éléments étrangers — en premier lieu d'éléments grecs, mais aussi dans une partie notable de droits orientaux.<sup>386</sup> Il n'est pas du reste le dernier à voir la « grandeur » du droit romain dans le fait que celui-ci devienne — à cause de ses particularités de droit judiciaire — un « *Weltrecht* », grâce à l'élaboration des « chemins détournés », les *Schleichwege* (comme par exemple les fictions).<sup>387</sup>

La théorie situant le droit romain « au point d'intersection » des autres droits n'est pas de date récente, mais elle joue un rôle sérieux de légitimation au cours des années précédentes. Bernhöft ne manque pas de souligner en effet que même les romains empruntent certaines institutions et constructions juridiques aux droits d'autres peuples — ici le droit hellénique est pris en considération en premier lieu.<sup>388</sup>, et c'est aussi la base réelle de la réception du droit romain. L'utilisation objective du droit romain chez les chercheurs appartenant à la tendance de la science juridique comparée est

---

<sup>381</sup> Voir ROSSBACH, *Untersuchungen über die römische Ehe*, Stuttgart, 1853.

<sup>382</sup> Voir BERNHÖFT, *Die Verbuchung der dinglichen Rechte an Grundstücken im griechischen Rechte*. I., p. 142 et sqq. et II., p. 145 et sqq.

<sup>383</sup> Voir BERNHÖFT, *Über die Grundlagen*, p. 327.

<sup>384</sup> Voir BERNHÖFT, *Über die Grundlagen*, p. 267. Il est naturellement possible qu'on ne prenne pas en considération les constructions du droit romain. C'est le cas p. ex. dans l'ouvrage de Bernhöft *Verwandschaftsnamen und Eheformen der nordamerikanischen Volksstämme*. Voir BERNHÖFT: *Verwandschaftsnamen und Eheformen*, p. 3. et sqq.

<sup>385</sup> Bernhöft affirme que « (...) das Familienrecht von Gortyn schon vor den 12 Tafeln einen moderneren Charakter trägt, als das justinianische Recht. » Voir BERNHÖFT, *Das Gesetz von Gortyn*, p. 283.

<sup>386</sup> Voir KOHLER, *Rechtsgeschichte und Weltanschauung*, p. 321 et sqq.

<sup>387</sup> Voir KOHLER, *Über die Methode*, p. 23.

<sup>388</sup> Voir BERNHÖFT, *Über den Zweck*, p. 28 et sqq.

déterminée, en dernier ressort, par le fait qu'il est facile de connaître sa matière érigée en système. C'est donc — citant Kohler — un « *verwerthetes Material* ». <sup>389</sup>

Sur la base de ce que nous avons développé ci-dessus, il est évident que le droit romain revêt déjà une grande importance dans les recherches des représentants de la science juridique comparée, pendant la période d'épanouissement de ce courant. Il est vrai que ce rôle se borne presque exclusivement au domaine de l'analyse des diverses institutions juridiques, des diverses constructions juridiques. Dans les cas où il s'agit d'une comparaison générale, le rôle est beaucoup moins important, et certains même ne prennent point du tout en considération le droit romain. Cela détermine objectivement — et notamment très défavorablement — le niveau de ces recherches qui ignorent le droit romain. Kohler lui-même critique Post parce que celui-ci prête dans son livre une attention exclusive aux tendances générales du développement et néglige les recherches partielles. <sup>390</sup> Cet aspect universel et par conséquent général domine d'ailleurs également dans les autres ouvrages de Post. <sup>391</sup> Ce n'est qu'en dernier lieu que la sous-estimation de l'importance du droit romain explique le fait que les œuvres de Bastian soient caractérisées par une sorte « d'embarras de richesse », c'est-à-dire par une conception unitaire provenant de plusieurs lieux, se ramifiant, construite sur la base de documentations foisonnantes et forcées. <sup>392</sup>

Il faut séparer la simple considération du droit romain et son utilisation comme « base de comparaison » du cas où il remplit simultanément une fonction « d'étalon de mesure ». Le rôle du droit romain comme échelle de valeurs est pris en considération dans une sphère déjà beaucoup plus étroite. La cause en est que la mesure des valeurs ne devient importante que pour les institutions juridiques qui ont atteint un niveau déterminé, suffisamment élevé. C'est par excellence le cas dans le domaine du droit des obligations, dont beaucoup d'institutions présupposent un niveau élevé.

L'importance du droit romain est encore plus grande dans les recherches comparées sur le plan de la terminologie. À cet égard, il est opportun de se référer à Karl Friedrich qui indique que la plus grande incertitude se retrouve dans le domaine de la terminologie chez les représentants de la science juridique comparée. <sup>393</sup> Il n'est pas fortuit que Bernhöft lui-même — comme nous l'avons déjà indiqué à plusieurs reprises — utilise la terminologie du droit romain lors de l'analyse des institutions des droits antiques. La terminologie du droit romain est, dans bien des cas, tout simplement indispensable lors des recherches sur les droits antiques et — ajoutons encore — des droits modernes. Dans son étude *Die Bedeutung des altgriechischen Rechts für die vergleichende Rechtswissenschaft*, <sup>394</sup> analysant le rapport du droit grec antique et de la science juridique comparée, Hitzig indique *expressis verbis* que le droit hellénique ignore la norme de droit abstraite. Cette constatation permet par elle-même de juger du rôle fondamental du droit romain dans la sphère des recherches comparées du droit.

La prise en considération de la terminologie et du système des institutions du droit romain est tellement indispensable dans beaucoup de cas pour les examens comparés, que la possibilité de cette analyse n'est pas assurée sans elle. La justesse de cette constatation est bien illustrée par le fait que dans un ouvrage de Post, *Über die Aufgaben einer allgemeinen Rechtswissenschaft* (Oldenburg, 1882), qui résume les résultats des analyses appartenant au terrain de la science juridique comparée, la sphère du commerce n'est point mentionnée parmi les phénomènes parallèles (« *Parallelerscheinungen* »). Et ce n'est pas l'œuvre du pur hasard. Post appartient en effet à ceux qui ne suivent point, ou tout au plus rarement, avec attention les parallèles du droit romain. Dans un domaine postulant un droit des obligations développé, comme dans le droit commercial, il est très difficile d'atteindre des résultats quelconques sans la terminologie du droit romain. Le problème fondamental pour les représentants de la science juridique comparée, dont la majorité n'adopte pas l'opinion de l'aile extrême, c'est-à-dire peut-être celle du courant marqué par le nom de Post, réside en ce que le droit romain n'est plus pour eux un droit quelconque, mais le droit équivalent au droit naturel.

Qu'il nous soit permis de renvoyer à cet égard à Ludwig Mitteis qui, dans son ouvrage déjà analysé, œuvre pionnière du point de vue méthodologique, le *Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des römischen Kaiserreichs*, assure même dans le meilleur cas pour le droit romain le rôle du « *primus inter pares* ». Le triomphe de « l'*aprioristischer Panromanismus* » — d'après

<sup>389</sup> Voir KOHLER, *Rechtsgeschichte und Weltanschauung*, p. 321.

<sup>390</sup> Voir KOHLER, *Post: Die Grundlagen des Rechts* (rec.), p. 460 et sq.

<sup>391</sup> Voir dans cette relation l'ouvrage: *Der Ursprung des Rechts. Prolegomena zu einer allgemeinen vergleichenden Rechtswissenschaft* de Post.

<sup>392</sup> Concernant l'évaluation de l'œuvre scientifique de Bastian, voir KOHLER, *Bastian: Der Völkergedanke* (rec.), pp. 277-279.

<sup>393</sup> Voir FRIEDRICH, *Einzeluntersuchungen*, p. 189.

<sup>394</sup> *ZfVr* 19 (1906), p. 1 et sqq.

l'expression de Wenger<sup>395</sup> — ne signifie pas encore que le monde des notions du droit romain aurait été mis au second plan, ni que ce droit aurait complètement disparu.

Les recherches de droit comparé — et cela vaut aussi pour les celles appartenant à la sphère de la science juridique comparée — supposent l'utilisation d'une terminologie juridique développée dans laquelle on doit tenir compte à tout prix du droit romain. La condition indispensable à des recherches efficaces en droit comparé est — au moins lors de l'examen d'institutions juridiques déterminées — l'utilisation du système de notions du droit romain comme « boussole ».

L'autre axe des rapports entre la science juridique comparée et le droit romain réside dans la méthode de recherche. Celle-ci caractérise les représentants de la science juridique comparée dans l'examen des diverses institutions du droit romain. Ce n'est qu'au moyen du caractère paradigmatique que nous renvoyons à certaines institutions où cette méthode de rapprochement reçoit un rôle en conduisant à un travail de recherche, c'est-à-dire un travail ne se bornant pas seulement à la constatation des hypothèses.

Sur la question de l'origine de la liberté des dispositions testamentaires longtemps discutée, en prenant position, dans son étude publiée au début du XXe siècle et intitulée *Die Entwicklung der Testierfreiheit im römischen Recht*,<sup>396</sup> Erdmann parvient à la conclusion, grâce à l'analyse comparée, que l'ordre de la succession légitime est originairement l'unique principe valable à Rome et que la liberté de la disposition testamentaire est seulement le produit d'une époque postérieure. Schulz utilise aussi les possibilités offertes par la comparaison lors de l'examen de la responsabilité pour *custodia*. Dans son étude intitulée *Rechtsvergleichende Forschungen über die Zufallshaftung in Vertragsverhältnissen*,<sup>397</sup> Schulz trouve également d'utilité générale l'analyse comparée scientifique, et ne voit rien à objecter, du point de vue méthodologique, à la manière de voir de la science juridique comparée. Il rappelle que l'interprétation des textes interpolés des *Pandectes* est aussi « brumeuse » que les diverses régions de la science juridique comparée.

Bien que ce type d'approche « *a contrario* » de la raison d'être de la méthode comparée semble singulier, il est tout de même plausible. L'analyse comparée peut intervenir même si les recherches de droit romain ne se bornent pas seulement à une époque donnée — surtout à l'époque du droit de Justinien — mais à toutes les périodes de ce droit. L'étude de Huschke, *Avitum et patritum und der ager vectigalis*<sup>398</sup> est l'illustration de « l'élargissement de l'horizon » des chercheurs en droit romain ; c'est le résultat de la comparaison. Pour prouver que l'institution du « *Zinsgut* » du droit allemand n'est pas étrangère au droit romain, Huschke ne limite pas ses recherches seulement à l'époque du droit de Justinien, mais étend son analyse même au droit classique et au droit post-classique. La vue d'ensemble des exemples évoqués prouve que l'activité des représentants de la science juridique comparée joue aussi un rôle sérieux en vue de révéler le « profil complet » du droit romain.

Dans les œuvres des représentants de la science juridique comparée « ayant triomphé » dans la deuxième moitié du XIXe siècle, le droit romain perd sa priorité — si on le compare par exemple à la tendance de l'École historique. Mais la diminution de « l'*auctoritas* » du droit romain est fort relative. Le rôle de *tertium comparationis* du droit romain prend fin au plus haut point chez les représentants de la science juridique ethnologique, laquelle peut être considérée comme le successeur de la tendance de l'histoire générale du droit. Aussi ne peut-on pas attribuer au hasard le fait que les ouvrages représentant les « vibrations ultérieures » de l'histoire générale du droit (ils se présentent le cas échéant, bien que de plus en plus rarement) sont ceux qui n'attribuent pas d'importance particulière au système de notions ni aux institutions du droit romain, ainsi par exemple dans la littérature française l'étude de Vincent Doucet-Bon *Le mariage dans les civilisations anciennes*.<sup>399</sup> Chez les représentants de la science juridique comparée, le système des institutions et des notions du droit romain, dépassant largement le niveau des autres droits antiques, occupe généralement une position considérable. Néanmoins, dans les examens d'institutions concrètes d'histoire dogmatique — ce qui vaut surtout dans le domaine du droit des obligations — le droit romain conserve non seulement son importance terminologique mais aussi sa fonction de mesure de valeurs. On ne néglige pas en outre — en abordant en général le rapport des droits antiques et de la science juridique comparée — le droit grec antique.

## 5. Le courant de l'« *antike Rechtsgeschichte* »

<sup>395</sup> Voir WENGER, *Die rechtshistorische Papyrusforschung*, p. 26.

<sup>396</sup> *ZfVr* 22(1909), p. 1 et sqq.

<sup>397</sup> *ZfVr* 25(1911), p. 463.

<sup>398</sup> *ZfVr* 1(1878), p. 160 et sqq.

<sup>399</sup> Paris, 1975. Cf. encore BUCCI, *Ricerche intorno ad alcune forme di matrimonio*, p. 12.

Les antécédents directs du courant de l'« *antike Rechtsgeschichte* », rattachés surtout au nom de Leopold Wenger remontent aux efforts qui ont pour but de soustraire le droit romain à la « *splendid isolation* ». On y prend en considération en premier lieu l'ouvrage de Mitteis analysé plus tôt. La percée du courant orthodoxe dans les recherches romanistiques, par les représentants de ce courant, se présente de manière continue et conséquente. La dénomination d'« *antike Rechtsgeschichte* » est due au titre du discours<sup>400</sup> prononcé à Vienne par Wenger le 26 octobre 1904. En soulignant la primauté du droit romain, Wenger, qui restera d'ailleurs fidèle même quelques décennies plus tard à sa conception,<sup>401</sup> suppose, en examinant parallèlement le droit romain et les autres droits antiques, que le développement des droits antiques de la Méditerranée repose sur des racines communes et sur des rapports mutuels, et montrent dans leurs tendances générales beaucoup de traits communs.

La théorie de Wenger, reposant originellement sur une base purement historique, ne peut pas être classée dans la tendance de la science juridique comparée. Ce n'est que beaucoup plus tard qu'il commencera à rapprocher la notion de l'« *antike Rechtsgeschichte* » des recherches comparées.<sup>402</sup>

À cet égard, il faut mentionner la partie consacrée aux droits grec et romain dans l'*Allgemeine Rechtsgeschichte* de Wenger, publiée dans la série *Die Kultur der Gegenwart* (Berlin, 1914). On ne peut trouver presque aucun indice dans cette partie de l'ouvrage selon lequel Wenger procéderait à cette analyse en prenant pour base la méthode comparée.

Originellement, Wenger — en suivant surtout la trace de Bastian (tout en s'abstenant de l'analyse des droits des peuples « primitifs » que l'on ne peut reconstruire que sous une forme hypothétique) — proclame, en affirmant « l'égalité » de tous les droits antiques, le programme de l'« *antike Rechtsgeschichte* ». Volterra indique pertinemment que le courant de l'« *antike Rechtsgeschichte* » inclut, au moment de sa naissance le programme de « l'histoire générale du droit », c'est-à-dire celui de la conception de l'« *Universaljurisprudenz* » appliquée à l'Antiquité, relative à l'examen des droits antiques. Ce courant ne formulera sa prétention à procéder aux recherches comparées des droits antiques que quelques décennies plus tard.<sup>403</sup> Ce programme remplit une fonction culturelle politique en Allemagne après la prise de pouvoir (*Machtergreifung*) nazie, ce qui permet de sauver le droit romain comme discipline universitaire, sous une forme déguisée, le droit romain étant stigmatisé alors comme étranger au peuple allemand, comme l'individualiste, comme « cosmopolite » et finalement exilé par des considérations politiques des universités du « Troisième Reich ».<sup>404</sup>

Le § 19 du programme du parti nazi, adopté le 24 février 1920, prononce l'anathème contre le droit romain (« *Wir fordern Ersatz für das der materialistischen Weltordnung dienende römische Recht durch ein deutsches Gemeinrecht* ») et demande son remplacement par le « *Gemeinrecht* » allemand. Alfred Rosenberg donnant l'interprétation de ce point du programme, la formule ainsi : « *Dieses seelenlos und unvölkisch (sic! G.H.) fortgebildete Erzeugnis des späten syrisch-römischen Zersetzungsprozesses hat den ungeheuerlichsten Volksbeutungen noch den Titel des Rechts verliehen. Das Interesse des einzelnen wurde zum Götzen erhoben und ihm alle Möglichkeiten der Verteidigung zur Sicherstellung seiner sogenannten "Rechte" gewährleistet. Ob die Rechte der Allgemeinheit dadurch gefährdet waren, war gleichgültig.* »<sup>405</sup> Le droit romain tenant compte des intérêts « matérialistes », « libéraux », et exclusivement « des intérêts privés », n'a pas sa place dans l'enseignement universitaire. La réception du droit romain figure aussi comme « *Unglück* » et « *Tragik* » dans la littérature juridique nazie des années '30.<sup>406</sup>

Il résulte que la seule option restante pour l'« *antike Rechtsgeschichte* » est de se concentrer sur l'Antiquité, ainsi Wenger et ses successeurs ne confrontent en général que les institutions des droits antiques. Wenger n'est pas le partisan de la comparaison « sans bords », illimitée dans le temps, puisqu'elle ne peut conduire qu'à la constatation de parallélismes généralement « sensationnels » privés de toute valeur scientifique.

Wenger soumet par exemple à une critique sévère le livre de Fehr, *Hammurabi und das salische Recht* (1910), contenant une comparaison du *Codex Hammurabi* avec le droit des Francs saliens. Dans

<sup>400</sup> WENGER, *Römische und antike Rechtsgeschichte*, Graz, 1905.

<sup>401</sup> Voir WENGER, *Wesen und Ziele*, p. 463 et sqq. et *idem: Der heutige Stand*, pp. 1 et sqq. et 104 et sqq.

<sup>402</sup> Voir VOLTERRA, *Les rapports*, p. 137.

<sup>403</sup> Voir VOLTERRA, *Les rapports*, p. 137 et sqq.

<sup>404</sup> Cfr. KOSCHAKER, *Die Krise des römischen Rechts*, p. 46 et *idem: Europa und das römische Recht*, p. 211 et VOLTERRA, *Les rapports*, p. 135. De la littérature plus récente voir encore STOLLEIS, *Gemeinwohlformeln*, p. 30 et sqq.

<sup>405</sup> Cf. STOLLEIS, *Gemeinwohlformeln*, p. 30 et sq.

<sup>406</sup> Ce sont les expressions dont fait usage Hans Mayer concernant la réception du droit romain en Allemagne. Cf. STOLLEIS, *Gemeinwohlformeln*, p. 31.

son compte rendu sur l'ouvrage de Koschaker, publié deux années plus tard et analysant le droit babylonien sur la base des droits germaniques, *Rechtsvergleichende Studien zur Gesetzgebung Hammurabis* (1912), Wenger approuve — de façon inconséquente — le choix « *tertium comparationis* » des droits germaniques<sup>407</sup> (le compte rendu a été publié dans le numéro de 1918 de la *Münchener kritische Vierteljahresschrift*). Cette hésitation semble appuyer la constatation de Giuffrè selon laquelle les représentants de l'« *antike Rechtsgeschichte* » ne sont pas enfermés dans des limites chronologiques.<sup>408</sup> Les possibilités de comparaison se rétrécissent d'avantage — même dans la sphère des droits antiques — chez Schönbauer qui est proche — du moins au départ — de la tendance de l'« *antike Rechtsgeschichte* ». Schönbauer restreint en effet les possibilités de comparaisons aux droits des peuples antiques qui se trouvent au même niveau, qui sont en parenté ethnique.<sup>409</sup>

La théorie de De Zulueta, succédant au programme de Wenger, constitue une réaction au rétrécissement résultant de l'exclusion de la comparaison avec les droits modernes d'une part, et avec les divers droits antiques d'autre part. Cette théorie, remontant à l'année 1929, croit à la nécessité<sup>410</sup> de la confrontation des droits antiques avec les droits modernes. Quant à la substance de la conception de De Zulueta, elle rappelle la théorie de Rabel qui préconisait la nécessité<sup>411</sup> de la comparaison des droits-systèmes juridiques les plus différents — antiques et modernes. De Zulueta précède ainsi Wenger qui reconnaît plus tard — mais non pas au cours de l'exposition du programme de l'« *antike Rechtsgeschichte* » — sous une forme explicite, que les recherches en histoire de droit n'ont de caractère comparé que si elles tiennent aussi compte du droit moderne.<sup>412</sup>

Le courant de l'« *antike Rechtsgeschichte* », tout en portant encore en elle, plus ou moins, certains aspects de la tendance de l'histoire générale du droit, tout en étant plus proche de la science juridique comparée différenciée, implique la relégation à l'arrière-plan des traditions européennes dogmatiques du droit romain. Son substrat historique est la pensée — comme Biscardi l'indique<sup>413</sup> — de ce que l'analyse du droit antique doit être unitaire sans centre de gravité. La diminution du rôle du droit romain est illustrée par la conception de Vinogradoff. D'après celle-ci, au sein de la sphère de la *civil law* — qui représente en effet la troisième phase du développement juridique typisé après le droit totemistique et le droit national, l'analyse du droit grec est de la même importance que l'analyse du droit romain. Chez lui, le droit hellénique est même directement le paradigme puisque le droit romain — après que la *polis*-Rome soit devenue *imperium*, perd le caractère de « *civil law* ». <sup>414</sup>

C'est à juste titre que Koschaker voit dans le courant de l'« *antike Rechtsgeschichte* » une sorte de tendance néo-humaniste qui, semblable à son prédécesseur, l'École Humaniste, insère tous les droits reconstruits du monde antique — sans égard aux différences de niveau — dans la sphère de ses recherches.<sup>415</sup> Pour San Nicolò, le trait le plus caractéristique de l'« *antike Rechtsgeschichte* » est que, sur la base de ce courant, l'histoire du droit romain cesse d'être la dogmatique pandectiste du droit romain privé.<sup>416</sup> Le caractère indiscutablement positif de ce courant « égalisateur » est qu'il relègue au second plan la théorie indo-européenne anti-scientifique — seul Schönbauer qui est proche de l'« *antike Rechtsgeschichte* » constitue une exception — et la tendance orientaliste bâtie sur de pures hypothèses (comme le font Revillout et Lapouge). Ce courant impose avec évidence, même aux romanistes, de révéler et d'analyser le rapport multiple du droit romain et des autres droits antiques qui acceptent *a priori* avec doute la possibilité de l'étude de plusieurs droits antiques, en raison des excès évidents des tendances mentionnées.

Mais le gain de terrain de l'« *antike Rechtsgeschichte* » est loin d'entraîner la disparition des théories reposant pour la plupart sur de pures hypothèses. Carusi, dont les ouvrages méritent d'être analysés du point de vue de la théorie générale de la comparaison juridique — nous pensons ici en

<sup>407</sup> Voir KOSCHAKER, *L'histoire du droit*, p. 275. n. 4.

<sup>408</sup> Voir GIUFFRÈ, *Il „diritto pubblico”*, p. 28.

<sup>409</sup> Voir WENGER L., *Tidsskrift for Retsvidenskap*, 1936, p. 199. Cf. KOSCHAKER, *L'histoire du droit*, p. 275. n. 3.

<sup>410</sup> Voir DE ZULUETA, *L'histoire du droit de l'antiquité*, p. 791.

Concernant l'évaluation des idées de De Zulueta cf. encore DE KOSCHEMBAHR-LYSKOWSKI, *Le rôle du droit romain*, p. 257.

<sup>411</sup> Cf. KOSCHAKER, *L'histoire du droit*, p. 276.

<sup>412</sup> Voir WENGER, *Rechtsvergleichung*, p. 1.

<sup>413</sup> Voir BISCARDI, *Profilo*, p. 6.

<sup>414</sup> Voir VINOGRADOFF, *Outlines II.*, p. 2.

<sup>415</sup> Voir KOSCHAKER, *Europa und das römische Recht*, p. 300. Cf. encore: WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte*<sup>2</sup>, p. 421. n. 26.

<sup>416</sup> Voir SAN NICOLÒ, *Römische und antike Rechtsgeschichte*. Rektoratsrede. Prag. 1931. p. 1 et sqq.

premier lieu à son étude<sup>417</sup> intitulée : *Il problema del diritto comparato, sotto l'aspetto scientifico, legislativo et coloniale* (Roma, 1917) — rapproche essentiellement de l'analyse comparée les questions des droits antiques. Pour lui — comme Constantinesco l'indique<sup>418</sup> — la comparaison juridique est égale au fond à une sorte d'histoire comparée du droit qui équivaut, à son avis, à la science juridique elle-même. Constantinesco soumet à la critique cet avis conforme à plusieurs égards à la théorie de Bierling, parce que pour lui Carusi place sur une base extrêmement étroite la comparaison juridique.<sup>419</sup>

L'avis de Carusi ne trouve pas d'adeptes. De Francisci par exemple, dans son étude *La scienza del diritto comparato secondo recenti dottrine*<sup>420</sup>, rejette *a limine* la doctrine de Carusi pour le motif décisif que De Francisci dénie le caractère de science autonome à la science juridique comparée, considérant que la comparaison reste une simple méthode. Cependant, comme on peut le déduire de l'un de ses ouvrages publié déjà auparavant, *I presupposti teoretici e il metodo della storia giuridica*<sup>421</sup>, De Francisci ne nie pas l'existence même de l'histoire comparée du droit.

Concernant la question de la comparaison des droits antiques de la Méditerranée, Carusi est partisan du courant de l'« *antike Rechtsgeschichte* ». Bien que Carusi ne soit pas partisan de la thèse du conglomérat des règles du droit romain et des autres droits, composé par Revillout ou plus justement par Lapouge, ce qui est explicitement prouvé par le fait qu'il trouve généralement minime l'influence du droit grec et des droits de l'Asie Antérieure sur le droit romain<sup>422</sup> — il pose tout de même fréquemment dans ses études des hypothèses que l'on peut ramener à l'emprunt, sans remise en cause aucune, des résultats de la linguistique. Une telle hypothèse est — d'après les termes pertinents de Volterra — le « pan-sémitisme »<sup>423</sup>. Selon l'hypothèse de Carusi, l'origine des droits hébreux, babyloniens et égyptiens remonte, par analogie à l'ancienne langue sémitique, à un ancien droit sémitique commun. La base de cette théorie est constituée par l'existence d'institutions parallèles<sup>424</sup> que l'on peut trouver dans ces droits. Par cette théorie, Carusi s'approche de plus en plus de Müller, puisque leur point de départ « méthodologique » est dans son essence commun. Les ouvrages de Carusi servent de fondement à la constatation selon laquelle l'« *antike Rechtsgeschichte* » peut tracer le cadre de théories de la comparaison « sans rives », se perdant dans les régions brumeuses des temps anciens.

C'est pourquoi il ne faut pas attendre longtemps pour que Mitteis soumette à une critique sérieuse, dans son étude *Antike Rechtsgeschichte und romanistisches Rechtsstudium*,<sup>425</sup> le courant de l'« *antike Rechtsgeschichte* ». Selon la conception de Mitteis la supposition d'une histoire *unitaire* du droit antique serait au moins aussi erronée qu'une science qui compterait avec l'existence d'un seul et unique système stellaire. Il ne met pas évidemment en doute qu'il y ait certaines institutions parallèles dans les divers droits antiques, mais il serait erroné, à son avis, de les généraliser, de les absolutiser. Il trouve particulièrement dangereux de tenter de s'appuyer sur des hypothèses infondées pour montrer la provenance de l'ensemble d'un droit antique unique ou le passage d'institutions d'un droit antique à l'autre (question du *derivatum*). C'est à propos des théories relatives à des époques pauvres en documents de l'ancien droit — nous rappelons ici le pansémitisme de Carusi — que Mitteis attire l'attention sur les dangers de l'absolutisation des parallèles, reposant surtout sur des indices.

En réagissant à la critique de Mitteis, Wenger souligne que l'« *antike Rechtsgeschichte* » n'a pas pour but primaire la réponse multiple et trop incertaine à la question du *derivatum* — c'est ici qu'il se démarque de Carusi —, mais la révélation des éléments constituant une partie de la matière juridique des constitutions impériales.<sup>426</sup>

Koschaker appelle, à propos du programme formulé par Wenger, le courant de l'« *antike Rechtsgeschichte* » « *ein echter Spross der geschichtlichen Orientierung des neuesten, namentlich der deutschen Romanistik* » qui relègue en pratique le droit romain fortement à l'arrière-plan,<sup>427</sup> malgré la conception reconnaissant en théorie sa primauté.

<sup>417</sup> Concernant cette étude de Carusi Cf. CONSTANTINESCO, *Einführung*, p. 175.

<sup>418</sup> Voir CARUSI, *Il problema*, p. 38. Cf. encore CONSTANTINESCO, *Einführung*, p. 175.

<sup>419</sup> Voir CONSTANTINESCO, *Einführung*, p. 176.

<sup>420</sup> Cfr. encore CONSTANTINESCO, *Einführung*, pp. 177-179.

<sup>421</sup> Cette étude était publiée dans la *Rivista italiana di sociologia* (n. XX).

<sup>422</sup> Voir CARUSI, *I rapporti tra diritto romano e dei diritti grecoorientali e il testamento scientifico di Ludwig Mitteis et idem: Sui rapporti tra il diritto romano e l'Oriente*.

<sup>423</sup> Voir VOLTERRA, *Diritto romano*, p. 63.

<sup>424</sup> Voir CARUSI, *Gli studi dei diritti orientali mediterranei di fronte alla scienza del diritto ed alla politica coloniale*, p. 579. et *idem: Su tre papiri giuridici arabi*, p. 29.

<sup>425</sup> Voir VOLTERRA, *Diritto romano*, p. 67 et sqq., KOSCHAKER, *Die Krise*, p. 43. n. 5. et WENGER, *Der heutige Stand*, p. 3. et sq.

<sup>426</sup> Voir WENGER, *Wesen und Ziele*, p. 465 et sqq.

<sup>427</sup> Voir KOSCHAKER, *Die Krise*, p. 45.

Il semble vraisemblable que le programme formulé par Wenger se transforme tout d'abord sous l'influence de la critique de Mitteis, en un courant soulignant le besoin de comparaison des droits antiques. Wenger est d'accord avec Mitteis pour reconnaître que l'« *antike Rechtsgeschichte* » doit acquérir un sens de droit comparé.<sup>428</sup>

Wenger ne reconnaît pas un droit antique unique. Il formule sa conviction ainsi : « *Ein antikes Recht (relevé par G.H.) im Sinne eines international gültigen Rechts hat es ebensowenig gegeben, wie etwa eine antike Sprache. Gerade die antiken Rechte sind von Haus aus grundsätzlich national gerade so wie die Religionen der Heidnischen Staatenwelt. Wohl hat es internationale Vereinbarungen innerhalb der Mittelmeerstaaten gegeben; wohl hat es gemeinsame Rechtsbräuche gegeben, aber sie bedeuteten nur faktisch gemeins (relevé par G.H.) Recht* »<sup>429</sup>. Le *ius gentium* connu chez les Romains ne constitue pas non plus le document d'un droit antique unique. Nous citons encore une fois Wenger : « *Wohl kennen die Römer ein international gedachtes ius gentium und bilden es aus, aber wie sich die anderen Völker und Staaten zu diesem von römischen Standpunkt aus erprobten ius gentium verhielten, wissen wir kaum und werden es kaum ja ergründen können.* »<sup>430</sup>

L'« *antike Rechtsgeschichte* » n'est pas un courant reposant sur une conception unique. L'« *antike Rechtsgeschichte* », marquée du nom de Wenger, signifie dans le sens le plus large la partie de la « *Kulturgeschichte des Altertums* » destinée au droit et à l'État.<sup>431</sup> Ce courant, neutre à l'origine du point de vue politique, devient en Allemagne à partir des années '30 « la bouée de sauvetage » du droit romain. Il est vrai que l'accomplissement de cette mission a impliqué — nous pensons ici à Schönbauer — des concessions faites à la théorie indo-européo-aryenne. Ces concessions s'opposent diamétralement aux particularités caractérisant l'époque initiale de l'« *antike Rechtsgeschichte* ». Le courant fondé par Wenger supposait originairement — notamment par l'accentuation de l'universalité — la réduction à zéro de l'importance de l'ethnie.

Cela n'a pas changé de façon décisive, même par le fait que certains chercheurs — ainsi Carusi — aient formulé des hypothèses en tenant compte des traits ethniques et en se référant aux résultats de la linguistique comparée. L'aspect comparé joue un rôle de plus en plus important chez les représentants de ce courant, ce qui est une circonstance influant dans la direction de l'accroissement de l'importance du droit romain, accomplissant le rôle du *tertium comparationis*. L'accentuation de la primauté du droit romain crée le pont — cela est formulé sous une forme univoque dans l'étude de De Zulueta — entre l'« *antike Rechtsgeschichte* », impliquant la comparaison juridique et la comparaison des institutions des droits modernes. Dans ce sens, il n'est pas exagéré d'affirmer que l'« *antike Rechtsgeschichte* » intervenant à l'origine avec l'exigence de l'analyse de tous les droits antiques, en assignant à son programme l'examen universel des droits antiques de la Méditerranée,<sup>432</sup> se transforme en un courant accentuant la primauté du droit romain et analysant les droits antiques sur la base de la méthode comparatiste.<sup>433</sup>

## **6. Les courants et tendances de la comparaison juridique antique dans la littérature des dernières décennies**

Dans cette partie de notre étude nous ne nous chargeons pas d'analyser chaque ouvrage dans lequel l'Antiquité gréco-romaine joue un rôle juridique. Cette fois nous survolerons plutôt ces œuvres vastes, nées au cours des trente ou quarante dernières années, dont les auteurs passent en revue surtout les droits antiques.

Le courant de l'« *antike Rechtsgeschichte* » de Wenger, utilisant la méthode comparatiste, est appréciable donc comme une sorte de « comparaison juridique antique », est celle qui continue à exercer une influence, même pendant la période suivant la deuxième guerre mondiale, sur les auteurs. Ces derniers confrontent les droits de l'antique Rome, de l'Orient méditerranéen et de l'Hellade dans leur ensemble, ou par leurs seules institutions, sélectionnées sur la base de différents points de vue, conformément à des analogies véridiques ou à des analogies présumées. Les œuvres, que l'on peut réunir sous le terme collectif d'« histoire des droits de l'Antiquité », peuvent être classées à vrai dire en deux tendances. La séparation des deux tendances rappelle fortement en effet les orientations se présentant au sein de l'« *antike Rechtsgeschichte* ».

<sup>428</sup> Voir WENGER, *Der heutige Stand*, p. 4.

<sup>429</sup> Voir WENGER, *Der heutige Stand*, p. 4.

<sup>430</sup> Voir WENGER, *Der heutige Stand*, p. 4.

<sup>431</sup> Voir WENGER, *Der heutige Stand*, p. 5.

<sup>432</sup> En ce qui concerne l'interprétation de la Méditerranée voir WENGER, *Der heutige Stand*, p. 6. et sq.

<sup>433</sup> Voir VOLTERRA, *Les rapports*, p. 137.

L'une des ailes se donne pour tâche l'analyse de *tous* les droits antiques de la Méditerranée. On peut y classer les manuels d'Ellul<sup>434</sup>, de Monier — Cardascia — Imbert<sup>435</sup>, de Gaudemet<sup>436</sup> et de Gilissen.<sup>437</sup> Les représentants de l'autre aile examinent les droits antiques en prenant en considération la primauté accentuée du droit romain. L'œuvre de Seidl<sup>438</sup> appartient par exemple à cette sphère. L'orientation des auteurs des œuvres nées dans les pays de l'Europe de l'Est, en tenant compte des droits antiques aussi, Taubenschlag<sup>439</sup>, Korányi<sup>440</sup> et Turaček<sup>441</sup> est plus proche, par l'aspect méthodologique, de la tendance mentionnée en premier lieu, nécessitant l'analyse universelle.

Les représentants des deux tendances sont en pratique d'accord — malgré la différence méthodologique — pour reconnaître que le droit romain peut être considéré comme le droit le plus développé et que sa place est par conséquent éminente. Comme le droit romain joue le rôle de prototype, ce droit est le « guide de comparaison » ou en d'autres termes le « *tertium comparationis* ». Comme l'écrit pertinemment Volterra, la notion de l'histoire des droits de l'Antiquité pourrait être remplacée par le terme technique de « droit comparé de l'Antiquité ».<sup>442</sup>

Ce rôle éminent attribué au droit romain peut être ramené au fait que l'histoire comparée des droits antiques est en substance une comparaison *dogmatique* aussi.<sup>443</sup> La comparaison dogmatique suppose — même si elle se borne au terrain des droits antiques — un étalon, c'est-à-dire un système juridique qui influence décisivement le développement juridique européen, en constituant ainsi le *ius commune Europaeum*. C'est le droit romain qui constitue ce rôle-étalon étant le seul droit antique dont tout le système est connu, et où la possibilité de reconstruire précisément la science du droit (*iurisprudentia*) s'est également développée. Dans ce sens, le droit romain n'est pas relégué à l'arrière-plan, même si certains chercheurs affichent l'exigence d'une connaissance plus approfondie des institutions des autres droits antiques. Il n'est pas fortuit que Fuenteseca souligne dans son étude : *Un treintenio de derecho romano en España; reflexiones y perspectivas*<sup>444</sup>, la nécessité de l'étude approfondie du droit hellénique, en prenant en considération que l'histoire du droit européen commence par l'Hellade antique. Il la formule ainsi : « *Finalmente, no conviene olvidar que algunos de los grandes temas jurídicos tienen ya su planteamiento en Grecia; así la problemática de la ley (nomos) y de la justicia de Estado-ciudad (polis).* »<sup>445</sup>

Ce n'est pas la conception considérant le droit romain comme une sorte de *droit naturel moderne* qui inspire, au cours des dernières décennies, les auteurs qui considèrent comme ayant pour tâche l'examen global des droits antiques. Il s'agit bien plutôt du fait que le droit romain, signifiant une sorte de tradition spirituelle — on ne prend donc pas en considération le caractère de droit positif du droit romain, jadis en vigueur — constitue la base de la comparaison. Cette importance du droit romain dans l'exercice de la comparaison est bien illustré par ces lignes de Yntema qui indiquent la substance de son rôle particulier; « *The law of Rome is not the law, but a law the value of which to legal science depends upon the extent of its continuity, the variety of the experience, and its correspondent historical or international influence.* »<sup>446</sup>

## § 5. La science juridique européenne et les tendances modernes de la recherche du droit romain

**1. Aperçu général.** La science moderne du droit romain a été caractérisée par une réorientation après l'entrée en vigueur des grands codes civils, mais surtout après celle du *BGB* allemand, et les

<sup>434</sup> Voir ELLUL J., *Histoire des institutions de l'Antiquité*, Paris, 1955.

<sup>435</sup> Voir MONIER—CARDASCIA—IMBERT, *Histoire des institutions et des faits sociaux*, Paris, 1955.

<sup>436</sup> Voir GAUDEMET J., *Institutions de l'Antiquité*, Paris, 1967.

<sup>437</sup> Voir GILISSEN, *Introduction historique au droit. Esquisse d'une histoire universelle du droit*, Bruxelles, 1979.

<sup>438</sup> Voir SEIDL, *Römische Rechtsgeschichte*, Hannover, 1949.

<sup>439</sup> Voir TAUBENSCHLAG, *Rzysmskie prawo prywatne na tle praw antycznych. (Droit privé romain)*, Warszawa, 1955.

<sup>440</sup> Voir KORANYI, *Powszechna historia państwa i prawa (Histoire générale de l'État et du droit)*, I., Warszawa, 1961.

<sup>441</sup> Voir TURECEK a kolektiv, *Světové dějiny státu a práva v starověku*, Praha, 1963.

<sup>442</sup> Voir VOLTERRA, *Les rapports*, p. 137.

<sup>443</sup> Cf. GENZMER, *Zum Verhältnis*, p. 342 et sq.

<sup>444</sup> In: *Estudios Jurídicos en homenaje al Suarez*, Madrid, 1978, p. 137 et sqq.

<sup>445</sup> Voir FUENTESECA, *Un treintenio*, p. 145.

<sup>446</sup> Voir YNTEMA, *Roman Law*, p. 176.

recherches se sont nécessairement éloignées de la pratique du droit civil codifié succédant au *ius commune*. En conséquence, l'aspect historique — qui peut être ramené aux Humanistes — acquerrait une influence de plus en plus grande. Ce fait se manifeste plutôt à travers l'épanouissement des recherches à caractère philologique, surtout celui des recherches dites d'interpolations (*Interpolationenforschung*), la prospérité des recherches de l'histoire du droit englobant la totalité de la Méditerranée antique, l'analyse approfondie de l'influence de la philosophie grecque et du Christianisme, l'utilisation plus importante des éléments de l'histoire économique, de la linguistique, de l'archéologie, *etc.* En raison de ces faits, la science du droit romain reculait relativement; il a même été formulé une prétention — prévalant encore également de nos jours — qui veut « nettoyer » d'une façon conséquente la matière antique, classique du droit romain de tous les éléments médiévaux et de ceux que les Temps modernes y ont rajoutés par la suite, parce que ces derniers ont été déclarés non-historiques.

Parallèlement à ces changements, le centre international de la recherche du droit romain a regagné l'Italie après une migration qui a duré cinq siècles — après avoir fait un tour en France, aux Pays-Bas, puis en Allemagne. Mais parce que la science allemande du droit romain n'a pas encore cessé d'exercer une influence éminente, nous pouvons toujours trouver des romanistes allemands parmi les plus grands spécialistes du droit romain des six dernières décennies. L'aspect actuel de la science du droit romain est principalement déterminé par les œuvres des professeurs Wolfgang Kunkel (1902—1981) de Heidelberg, puis de Munich, Max Kaser (1906—1997) de Munster, de Hambourg, puis de Salzbourg et Franz Wieacker (1908—1994) de Göttingen.

Ainsi, nous allons présenter les tendances de recherches principales du droit romain et ses représentants les plus importants.

**2. La recherche d'interpolations.** Ce courant remonte aux Humanistes — surtout à A. Faber —, mais n'a acquis une plus grande importance qu'à partir de la deuxième moitié du XIXe siècle en Allemagne avec les œuvres d'Otto Lenel (1849—1935), Otto Gradenwitz (1859—1935), Gerhard Beseler (1878—1947) et Fritz Pringsheim (1882—1967) et en Italie avec les œuvres d'Ilario Alibrandi (1823—1894), Silvio Perozzi (1857—1931), Siro Solazzi (1875—1957) et Emilio Albertario (1885—1948). Cette tendance scientifique a largement contribué au déclin de l'École des pandectistes en Europe prenant en considération uniquement la codification justinienne.

Dans la première moitié du XXe siècle, la recherche d'interpolations a été elle-même excessive (« chasse aux interpolations » *Interpolationenjagd*). À partir de la deuxième moitié du XIXe siècle, les romanistes ne veulent plus seulement constater les extraits classiques dans le texte de certains codes, mais essaient également de classer dans le temps et dans l'espace ses stratifications ultérieures (des textes pré-classiques, classiques, post-classiques). Les représentants éminents de cette recherche dite « stratification textuelle » (*Textstufenforschung*) étaient Fritz Schulz (1879—1957) et Franz Wieacker.

Aujourd'hui, les spécialistes du droit romain sont extrêmement prudents dans l'appréciation des soupçons d'interpolation. W. Kunkel, à partir des années cinquante du XXe siècle, et M. Kaser à partir des années soixante, ont émis leurs réserves, et par la suite même F. Wieacker a révisé sa théorie, présentée dans son célèbre livre intitulé *Textstufen der römischen Juristen*. Selon l'opinion dominant à l'heure actuelle, les juristes post-classiques et les compilateurs de Justinien ont beaucoup moins modifié les textes que les spécialistes ne le supposaient auparavant et les modifications qui ont été démontrées ne sont pas vraiment des changements de texte mais plutôt des suppressions, des abréviations, des concentrations. Conformément au point de vue actuel, il n'est permis de déduire une interpolation d'une façon univoque qu'avec des analyses profondes et multiples (grammaticale, stylistique, matérielle, *etc.*) et uniquement s'il est impossible autrement d'expliquer les contradictions du texte dans chaque cas d'espèce.

**3. La papyrologie juridique.** La papyrologie juridique tisse un lien étroit avec cette tendance de la recherche. Elle dévoile, par l'analyse des papyrus, la vie juridique quotidienne des provinces romaines et spécialement celle de l'Égypte, en retrouvant quelquefois les sources fondamentales — supposées perdues jusqu'ici — du droit romain (par exemple, nous ne connaissons le contenu de la *constitutio Antoniniana* de l'an 212 après J.-C. uniquement d'un papyrus fragmenté conservé en Allemagne [*Pap. Giss.* 40]). La papyrologie juridique a pris un élan surtout au début du XXe siècle, après que Ludwig Mitteis (1859—1921), professeur allemand, ait démontré l'importance des droits populaires locaux (*Volksrechte*) prévalant dans l'Empire romain. (D'ailleurs, Mitteis a obtenu des résultats exceptionnels dans toutes les branches de la recherche du droit romain.) Parmi les spécialistes de la papyrologie nous mentionnons encore Raphael Taubenschlag (1881—1958), professeur à Varsovie et Vincenzo Arangio-Ruiz (1884—1964), professeur à Rome. Dans la génération suivante, émergent surtout l'œuvre de Hans Julius Wolff (1902—1983) et celle d'Erwin Seidl (1905—1987).

**4. D'autres tendances.**

a) La recherche du droit vulgaire (*Vulgarrecht*) qui est d'une importance particulière du point de vue de la survivance du droit romain dans la partie occidentale de l'Empire romain, est liée avant tout au nom d'Ernst Levy (1881—1968), romaniste allemand.

b) L'influence de la philosophie grecque et des idées chrétiennes sur l'évolution du droit romain fait l'objet de recherches importantes à partir du début du XXe siècle. Les représentants les plus connus de cette dernière tendance étaient Biondo Biondi (1888—1966), professeur milanais, Gian Gualberto Archi (1909—1997) de l'Université de Florence et Gabrio Lombardi (1913—1994), professeur à l'Université de Latran, et Jean Gaudemet (1908—2001), professeur à l'Université de Paris.

c) L'histoire du droit comparé fondée sur les droits de l'Antiquité commence à s'épanouir au tournant du XXe siècle<sup>447</sup>. Cette tendance scientifique spécialisée compare les systèmes juridiques du Proche-Orient antique et de la terre grecque avec le droit romain, il peut donc aussi en tirer des conséquences sur l'évolution de ce dernier. L'initiative de la tendance était lancée par Leopold Wenger (1874—1953), professeur à Vienne et à Munich, l'un des premiers spécialistes éminents de la papyrologie juridique et dont les représentants les plus importants étaient Paul Koschaker (1878—1951) et Mariano San Nicolò (1887—1955). Nous mentionnons ici le nom d'Ernst Rabel (1874—1955), professeur à Berlin, puis à Ann Arbor (aux Etats-Unis), dont l'œuvre scientifique, aux visées très larges, a produit des résultats éminents non seulement dans le domaine des droits antiques (grec et romain) mais également dans celui du droit privé international moderne.<sup>448</sup>

**5. La science contemporaine du droit romain.** Nous ne pouvons parler du rôle prédominant d'aucun mouvement, l'évolution ayant déjà dépassé depuis longtemps la dualité traditionnelle des méthodes historique et dogmatique. Une certaine approche dite « néo-dogmatique » caractérise l'œuvre d'Emilio Betti (1890—1968), le fondateur de la science moderne de l'herméneutique juridique. La tendance historique est représentée essentiellement par Alberto Burdese, professeur de l'Université de Padoue, Antonio Guarino, professeur de l'Université de Naples, Mario Talamanca, professeur de l'Université de Rome et par Alvaro d'Ors (1910—2003), professeur de l'Université de Pampelune qui émergea surtout dans les recherches épigraphiques.

Nous devons souligner parmi les représentants des mouvements les plus récents de l'École comparative juridique les noms de Giovanni Pugliese (1914—1995), professeur italien, de David Daube (1909—1999), professeur américain, de Robert Feenstra, professeur hollandais, de Peter Stein, professeur anglais et de Reinhard Zimmermann, professeur allemand. Dieter Nörr, professeur de l'Université de Munich, est le chercheur éminent des éléments d'histoire spirituelle de l'évolution juridique romaine dans toute la Méditerranée. Les professeurs italiens, Francesco de Martino (1907—2002) et Feliciano Serrao consacrent une attention particulière aux points de vue de l'histoire économique, mais avec des centres d'intérêts différents. Helmut Coing (1912—2000), professeur de l'Université de Francfort-sur-le-Main et fondateur de l'Institut Max Planck pour l'Histoire du Droit européen (*Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte*), était un spécialiste éminent de la survivance du droit romain. Jean Gaudemet et Jean Imbert (1919—1999), tous deux professeurs à l'Université de Paris étaient des spécialistes réputés du droit romain, du droit canonique et de la survivance des droits savants.

## Partie IV

### L'influence du droit romain et de la tradition romaniste en dehors de l'Europe

#### § 1. L'Amérique du Nord

<sup>447</sup> Sur le rôle du comparatisme juridique et sur certaines de ses questions voir HAMZA G., *JK* 31 (1976), *ÁJ* 24 (1981), *AUB* 25 (1983), *JK* 40 (1985) et *Index* 16 (1988), et surtout *Comparative Law and Antiquity*, Budapest, 1991.

<sup>448</sup> Sur Ernst Rabel et son œuvre voir dans la littérature récente: COESTER-WALTJEN D., « Ernst Rabel — Ein Leben für die Rechtsvergleichung », In: *Grosse jüdische Gelehrte an der Münchener Juristischen Fakultät*, Ebelsbach, 2001.

**1. Les États-Unis.**<sup>449</sup> L'influence du droit romain sur l'évolution juridique des États-Unis est peu connue. Dans ce bref résumé nous devons examiner d'une part A) l'infiltration du droit romain par l'intermédiaire des droits anglais, espagnol et français, et d'autre part B) l'examen des rapports entre la science juridique américaine et le droit romain nécessiterait un approfondissement.

A) À l'origine, le *système juridique* et la *pratique juridictionnelle* des colonies américaines de la couronne britannique se basaient sur la *common law* anglaise qui en revanche empruntait beaucoup d'éléments au droit romain — surtout dans la jurisprudence des tribunaux ecclésiastiques (*ecclesiastical courts*), concernant le mariage, le divorce, les dispositions testamentaires et le droit commercial (*law merchant*).

a) La présence du droit romain est extrêmement bien documentée dans le cas de la Virginie, colonie la plus importante à l'époque. L'auteur de la *Déclaration d'indépendance* (1776), Thomas Jefferson, plus tard président des États-Unis, connaissait bien le droit romain et se référait à ses notions dans l'exercice de sa profession d'avocat. Le premier professeur de droit de l'État de Virginie, George Wythe (décédé en 1806)<sup>450</sup> et Edmund Pendleton, juge notoire de l'époque, considéraient le droit romain comme le fondement de la formation des juristes et se référaient souvent à ses règles (maximes) dans leurs sentences. L'influence directe de la *Novelle CXVIII* de Justinien de l'an 543 peut être constatée dans le statut de l'État de Virginie, promulgué en 1785, relatif à la succession *ab intestat* (*Virginia Succession Act*), rédigé par Jefferson lui-même. Les références aux notions du droit romain ont joué un rôle dans le mouvement d'indépendance par rapport au Royaume-Uni, mouvement qui se manifestait également dans le système juridique. Ainsi, les arrêts de la Cour suprême fédérale (*Supreme Court*), rendus dans les premières décennies du XIXe siècle, se fondent-ils souvent sur le droit romain, de même que les références fréquentes faites par Joseph Story et ses collègues juges.

b) L'État de Louisiane, d'abord une colonie espagnole, puis française, faisant partie des États-Unis à partir de 1803, a adopté et mis en vigueur son premier code civil (*Louisiana Civil Code*, officiellement appelé *A Digest of the Civil Laws in force in the territory of Orleans*) en 1808. La plupart des articles ainsi que la base de la structure du code, en langue française, mais également traduit en anglais, résultent du projet de 1800 et du texte définitif (1804) du Code civil français. Ses rédacteurs (parmi lesquels nous devons souligner le rôle éminent de Edward Livingston) ont aussi pris en considération le droit espagnol, mais dans une moindre mesure.

Les rédacteurs du deuxième code en langues anglaise et française, entré en vigueur en 1825, outre le Code civil français, s'inspiraient des travaux de Domat, Pothier et Toullier et directement du *Digeste* de Justinien.

Le troisième code civil, le *Louisiana (Revised) Civil Code* promulgué en 1870 — malgré ses modifications législatives commencées en 1979 — se base encore sur les traditions du droit romain transmises par le Code civil français, bien qu'aujourd'hui, en ce qui concerne la révision de certaines institutions (par exemple, la représentation contractuelle [*agency*]), l'influence de la *common law* soit perceptible.

Aujourd'hui, le système juridique de la Louisiane porte à la fois les caractéristiques du *civil law* et de la *common law* ; ainsi, fait-il partie des « *mixed jurisdictions* » (systèmes juridiques mixtes).

c) Dans les états du sud et de l'ouest des États-Unis (Texas, Nouveau-Mexique, Arizona, Californie, Utah, Nevada et certaines parties [au sud] du Colorado), le droit romain — par la médiation espagnole — était un droit vivant jusqu'au milieu du XIXe siècle environ. Au Texas, à côté de la

<sup>449</sup> DAINOW J., « Louisiane », In: *Travaux de la Semaine internationale de droit. L'influence du code civil dans le monde*, Paris, 1954; HUBERT L. D., « Louisiane », *ibidem*; MORROW C. J., « Louisiane », *ibidem*; TUCKER J. H. JR., « The Code and The Common Law in Louisiana », *The Code Napoléon and the Common Law World*, New York, 1956; STEIN P., « The Attraction of the Civil Law in Post-Revolutionary America », *Virginia Law Review* 52 (1965); YIANNPOULOS A. N., (ed.), *Civil Law in the Modern World*, Baton Rouge 1965; BATIZA R., « Sources of the Field Civil Code: The Civil Law Influences on a Common Law Code », *TLR* 60 (1986); RIESENFELD S., « The Influence of German Legal Theory on American Law. The Heritage of Savigny and His Disciples », *AJCL* 37 (1989); HELMHOLZ R. H., « Use of the Civil Law in Post-Revolutionary American Jurisprudence », *TLR* 66 (1992); VETTER B. K., « Louisiana: the United States' Unique Connection to Roman Law », *Louisiana Law Review* 39 (1993); HERMAN SH., « Schicksal und Zukunft der Kodifikationsidee in Amerika », *Amerikanische Rechtskultur und europäisches Privatrecht*, Tübingen, 1994; ZEKOLL J., « Common Law and Civil Law im Privatrecht von Louisiana », *ZfVglR Wiss* 93 (1994).

<sup>450</sup> Parmi les disciples de G. Wythe, qui a enseigné aussi le droit romain, nous trouvons des personnes comme Th. JEFFERSON et L. MONROE. Le droit romain pour Wythe signifiait le modèle rationnel du droit, et il considérait la codification justinienne comme un prototype à la systématisation du droit des précédents (*law of precedents*) des États-Unis.

*common law* appliquée officiellement à partir de 1840, le droit de l'eau espagnol et mexicain, inspiré du droit romain, et le droit minier étaient en vigueur jusqu'en 1866. La *common law* a été appliquée en 1849 en Californie et en 1876 au Nouveau-Mexique.

B) Au départ, le droit romain exerçait son influence sur la science juridique américaine du XIXe siècle par l'intermédiaire de la doctrine juridique anglaise, puis par celle de l'École allemande des pandectistes. Par la suite, nous allons examiner trois périodes de l'histoire de la science juridique américaine : celles a) des commentaires, b) de la codification et c) de la consolidation.

a) Au XIXe siècle, beaucoup de gens proposaient une codification du droit privé sur la base du droit romain. De ce point de vue, l'influence de Jeremy Bentham (1748—1832) était considérable. En Angleterre, il était à la tête de la tendance favorable à la codification. Les codes, qui manquaient aux États-Unis tant au niveau fédéral qu'au niveau des États membres de la Fédération, étaient remplacés, dans une certaine mesure, par les commentaires-résumés, considérés par certaines personnes comme des « mini-codifications ». Ils avaient pour modèle l'œuvre principale de William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*.

Les commentaires de Joseph Story (1779—1854), père de « l'*equity* américaine », ayant écrit sur les différentes institutions suivant le modèle des *Commentaries on the Laws of England* de Blackstone, ont une importance remarquable.<sup>451</sup> Dans ses œuvres, Story a toujours porté une grande attention aux institutions du droit romain (*civil law*) tenant compte de son rationalisme remarquable. Dans ses commentaires, qui présentent les institutions d'une façon systématique, tel un manuel, il se réfère souvent au *Corpus Iuris Civilis* et aux œuvres des romanistes éminents du continent européen. Story a formulé des réserves contre la codification, étant plutôt partisan d'une codification modérée (consolidation) selon la méthode de Justinien. Les commentaires de James Kent (1763—1847), portant sur le droit américain (*Commentaries on American Law I—IV*, 1826—1830), ont une importance considérable et possèdent une autorité proche de celle des codes, comportant beaucoup de références au droit romain. Kent les a destinés à être un « Blackstone national ».

b) Aux États-Unis, la tendance favorable à la codification, dont un représentant connu est William Sampson (1764—1836), a pris de l'ampleur dans les années 1820. Les chefs du mouvement de réforme juridique américain (*Law Reform Movement*) ont violemment attaqué le système des précédents et la doctrine de *stare decisis* (s'attacher aux décisions antérieures de la valeur d'un *case precedent*), qui « garrottent » le juge. Le Code civil français devait être pour eux le modèle. Le droit romain — comme Hugh Swinton Legaré (1797—1843) le souligne — est effectivement apte, par sa systématique, à servir la codification du droit en tant que base, contrairement à la *common law* « incohérente ». Cet avis était partagé par David Hoffman (1784—1854), premier professeur de droit de l'Université de Maryland en 1816.

Le représentant le plus notoire du mouvement de codification (*Codification movement*) est David Dudley Field (1805—1894) qui a considéré l'œuvre législative de Justinien comme « une création éminente de l'esprit humain » (« *a great achievement of human genius* »). En 1846, à l'assemblée constitutionnelle de l'État de New York, Field a proposé la préparation d'un code civil général. Le but — selon lui — est le même qu'à l'époque de la codification justinienne : il faut systématiser le droit en vigueur et éliminer ses imperfections. Le projet en quatre livres visant la codification de la *common law* (*restatement*) est basé sur le système (plan) des *Institutes* de Gaius dans sa structure, mais est également influencé par le Code civil français et le *Louisiana Civil Code*. En outre, plusieurs de ses articles et de ses 34 règles juridiques montrent sans doute une influence du *Digeste* de Justinien. L'État de New York n'a pas adopté le code de Field<sup>452</sup> ; néanmoins, son influence était considérable sur d'autres territoires des États-Unis : Californie, Georgia, Montana, Dakota du Sud, Dakota du Nord et l'État d'Idaho, ces derniers ayant fait entrer en vigueur, par la suite, ses dispositions relatives aux contrats.

Mais les codes de certains États, comme le code de la Californie (1872), les codes de droit privé de Georgia (Géorgie) (1860), de l'Idaho (1887), du Montana, du Dakota du Sud et du Nord (1865), outre les parties concernant les contrats, reflètent également une influence du droit romain dans leur structure et leur terminologie. L'État de la Californie a adopté le *Civil code*, basé surtout sur le projet de Field, en 1872, toujours en vigueur mais avec plusieurs modifications. Les travaux de révision du code sont dirigés par la *California Law Revision Commission*, établie en 1953. La structure du code, composé

---

<sup>451</sup> Story a été l'auteur des *Commentaries on the Law of Bailments* (1832), des *Commentaries on the Law of Agency* (1839) et des *Commentaries on the Law of Partnership* (1841). Son œuvre la plus célèbre est *Commentaries on the Conflict of Laws* (1834) relative au droit international privé, où il se réfère souvent aux œuvres des anciens juristes européens (Humanistes, adhérents de l'École du droit naturel, etc).

<sup>452</sup> Les adversaires du code (surtout JAMES COOLIDGE CARTER) le critiquait parce qu'ils ne l'ont pas trouvé capable de résumer le droit d'une façon systématique. La querelle ressemble par beaucoup d'aspects à celle de SAVIGNY et THIBAUT.

de quatre parties (droit des personnes, droit de propriété, droit des obligations, dispositions générales), reflète l'influence du droit romain, mais ceci est vrai également pour la plupart des maximes juridiques et des règles figurant dans la partie IV du code.

La compilation du droit était soutenue par Oliver Wendell Holmes (1841—1935), professeur à l'Université de Harvard, juge de la *Supreme Court* qui connaissait parfaitement le droit romain. K. A. von Vangerow, représentant éminent de l'École allemande des pandectistes, et l'anglais Sir H. S. Maine, influencèrent fortement Holmes. Celui-ci — contrairement aux représentants de l'École historique —, a rejeté les pièges de l'historicisme antique et de la science juridique des concepts (*Begriffsjurisprudenz*). L'édition révisée des commentaires de Kent est signée par lui (*Commentaries on American Law*, 1873). Le mérite de Friedrich Kessler, qui avait une connaissance approfondie des notions de l'École allemande des pandectistes, consiste dans l'implantation de la théorie de la *culpa in contrahendo*, élaborée par Jhering, basée sur des sources du droit romain, dans le texte du *Restatement of Contracts* visant à unifier le droit des contrats (*law of contracts*), dans les années trente et quarante du XX<sup>e</sup> siècle.<sup>453</sup>

c) Le droit des précédents ne disposant d'aucune structure, souvent rempli de contradictions, a rendu nécessaire une sorte d'unification, de consolidation du système juridique. Les représentants du mouvement de la réforme juridique (*Law Reform Movement*), qui était loin d'être homogène, ont entrepris cette tâche. Concernant la consolidation du droit, le travail le plus important est le *Code Commercial Unifié* (*Uniform Commercial Code, UCC*) publié en 1952, puis modifié à plusieurs reprises, qui a uniformisé au niveau fédéral le droit commercial. Par rapport au *Restatement* qui a systématisé le droit — surtout des précédents — relatif à certaines institutions, l'*UCC* constituait un grand progrès. Karl N. Llewellyn (1893—1962), représentant éminent de la tendance du *legal realism*, excellent connaisseur du droit et de la science juridique allemands, a joué un rôle très important dans l'élaboration de l'*UCC* comme *Chief Reporter*. Dans plusieurs articles de l'*UCC*, rédigé par Llewellyn, la théorie de la condition (*Voraussetzungslehre*) de Windscheid — grand pandectiste allemand —, ayant ses racines dans le droit romain, renaît, mais l'influence de Jhering est aussi présente dans ce recueil de droit commercial utilisant la technique de codification européenne.<sup>454</sup>

**2. Le Canada — Le Québec**<sup>455</sup>. En 1763, la France a cédé la province du Québec à la Grande-Bretagne, mais on continuait à y appliquer le droit en vigueur antérieurement. Pour les trois premiers livres du Code civil de la province de Québec (son nom officiel originaire : *Civil Code of Law Canada*) entré en vigueur en 1866, le Code civil français servait de modèle. Le livre IV du code, traitant du droit commercial, mérite une attention particulière car c'est la première fois, en dehors de l'Europe, que le droit civil et le droit commercial se trouvent dans le même code. Par rapport aux rédacteurs du Code civil français, les rédacteurs du code s'appuyaient de manière plus importante sur les travaux de Pothier et sur la *Coutume de Paris*, qui peut être considérée comme droit en vigueur au Québec, même si la tradition de la *common law* a également marquée le code.

Après un travail d'environ quatre décennies, en 1994 le nouveau Code civil (Code civil du Québec) est entré en vigueur. Il est divisé en dix livres, englobant du droit des personnes, de la famille, des successions, des biens et des obligations, jusqu'aux priorités et hypothèques, à la prescription, à la publicité des droits et au droit international privé. Le *Code civil du Québec* garde en grande partie les traditions continentales européennes basées sur le droit romain, mais contient en même temps beaucoup d'éléments empruntés à la *common law*. Par exemple, la réglementation du *trust* (*la fiducie*) relève en grande partie de la *common law*. Ainsi, le système juridique québécois fait partie des « *mixed jurisdictions* » (systèmes juridiques mixtes).

## § 2. L'Amérique centrale et l'Amérique du Sud

<sup>453</sup> Sur l'influence de la doctrine juridique allemande, voir HOEFLICH M. H., « German Jurists and American Lawyers », *ZNR* 21 (1999).

<sup>454</sup> Sur l'influence de la science juridique allemande aux États-Unis voir RIESENFELD S., « The Impact of German Legal Ideas and Institutions on Legal Thought and Institutions in the United States », In: *The Reception of Continental Ideas in the Common Law World 1820—1920* (ed. By M. Reimann), Berlin, 1993.

<sup>455</sup> BAUDOIN L., « Province de Québec », In: *Travaux de la Semaine internationale de droit. L'influence du code civil dans le monde*, Paris, 1954; CARRIGNAN P. – MAYRAND A., « Province de Québec », *ibidem*; DE LA DURANTAYE L.-J., « Province de Québec », *ibidem*; CASTEL J.-G., *Civil Law System of the Province of Quebec*, Toronto 1962; BRIERLY J. E. C., « Quebec's Civil Law Codification », *McGill Law Journal* 14 (1968); CREPEAU P. A., « La Réforme du Code civil de Québec », *RIDC* 31 (1979).

**1. Aperçu général.**<sup>456</sup> Les pays de l'Amérique centrale et de l'Amérique du Sud, dont la plupart étaient des colonies de l'Espagne, du Portugal, de la France et des Pays-Bas ont également gardé les traditions du droit romain. Même aux colonies du Royaume-Uni, surtout en Guyane britannique (*British Guayana*) les traditions du droit romain avaient survécu. En Amérique latine, le droit romain formait la base de la théorie du droit (la doctrine) et l'essence même de la formation des juristes à l'université. Il faut en plus souligner qu'au processus de la codification du droit civil, le Code civil français a joué un rôle déterminant.

**2. L'Amérique centrale.** Le code civil de Haïti adopté en 1825 est au fond une version du Code civil français. Les codes civils du Mexique (1871, 1884, 1928) reflètent une influence directe du droit romain moindre. Les auteurs du Code civil du Pérou de 1936 portèrent une attention particulière aux codifications argentine et brésilienne, et aussi aux *BGB* allemand et *ZGB* suisse. Le *Code de droit civil du Venezuela*, adopté en 1942, se base essentiellement sur le Code civil français, mais reprend en même temps des dispositions des codes civils suisse de 1907, mexicain de 1928 et italien de 1942.

**3. L'Amérique du Sud.** Le Code civil de Bolivie de 1845 est au fond une version en langue espagnole du Code civil français. Le premier code civil de la Bolivie (1830) était le code de droit privé le plus ancien de l'Amérique du Sud. Lui aussi a fondamentalement suivi le Code civil français, mais il a également pris en considération la législation coloniale espagnole — surtout dans le droit des successions —, où le droit romain jouait un rôle remarquable. L'influence du code bolivien est perceptible dans le Code civil péruvien de 1851 et dans le Code de droit privé de Costa Rica — en Amérique centrale — promulgué en 1841.

Au fond, le Code civil *chilien* de 1855 suit également le modèle du Code civil français. Au cours de sa rédaction, Andrés Bello (1781—1865), qui fut aussi spécialiste du droit romain, prenait en considération la science juridique espagnole suivant les traditions du droit romain, ainsi que les théories de l'École allemande des pandectistes — surtout celles de Savigny —, mais cependant sous plusieurs aspects il a produit une œuvre originale. Ce code qui se différencie du Code civil français dans sa structure et ne contient pas de dispositions générales, a été adopté par l'Équateur en 1860, le Venezuela en 1871, la Colombie en 1887, puis dans les autres pays d'Amérique latine — comme le Nicaragua, le Honduras et le Salvador.

Le modèle du Code civil argentin de 1871 est également le Code civil français (son auteur est Dalmacio Vélez Sársfield (1800—1875), romaniste et civiliste réputé), mais les travaux de Pothier, la science juridique espagnole et le code chilien mentionné ci-dessus l'influençaient également. Le code argentin a été repris par le Paraguay en 1877, et a été remplacé par un nouveau code civil en 1985, qui reflète en partie les traditions de l'École allemande des pandectistes. Le Code civil du Paraguay suit le concept moniste et par conséquent est un code unique renfermant aussi le droit commercial.

Les codes civils adoptés au cours du XXe siècle étaient encore influencés — outre les codes et modèles mentionnés ci-dessus — par le Code civil portugais de 1867, celui de l'Espagne de 1889 et le *BGB*, entré en vigueur en 1900. On voit l'influence du droit romain également dans le Code civil brésilien, préparé pendant soixante ans et entré en vigueur en 1917, reprenant le plan (système) du *BGB* allemand. Il se basait sur le projet préparé par Augusto Teixeira de Freitas (1816—1883) (*Esboço*, 1860—65) et le projet (*Projecto de Código Civil*) de Clóvis Bevilacqua (1859—1944) s'appuyant sur les

---

<sup>456</sup> CORDEIRO ALVAREZ E., « Amérique latine », In: *Travaux de la Semaine internationale de droit. L'influence du code civil dans le monde*, Paris, 1954; DASSEN J. J., « Argentine », *ibidem*; DURAN M., « Bolivie », *ibidem*; DE GALINDEZ J., « République Dominicaine », *ibidem*; MACEDO P., « Mexique », *ibidem*; SARAVIA J. M., « Argentine », *ibidem*; TRIGUEROS E., « Mexique », *ibidem*; VIDAL M. G., « Mexique », *ibidem*; VALLADÃO H., *Der Einfluss des deutschen Rechts auf das brasilianische Zivilgesetzbuch (1857—1922)*, Rio de Janeiro, 1973; BRAVO LIRA B., « Judicatura e institucional en Chile (1776—1876) », *REJ* (1976); VISO R., « Del derecho romano al Código de Don Andrés Bello », In: *Sodalitas. Scritti in onore A. Guarino*, VI., Napoli, 1984.; CATALANO P., « A ma is élő római jog: a világ nagy jogrendszeri és a latin-amerikai jog, (Le droit romain vivant encore de nos jours: les grands systèmes juridiques du monde et le droit de l'Amérique latine) », *Tanulmányok a római jog és továbbélése köréből (Études des thèmes du droit romain et de sa survivance)* (red. HAMZA G.), Budapest, 1987—1988; HAMZA G., « A magánjog kodifikálása Brazíliában (La codification du droit privé au Brésil) », *AUB* 29 (1987); MEIRA S., « Direito romano e direito novo do Brasil. Existe um direito civil brasileiro? », In: *Estudios A. d'Ors II*, Pamplona, 1987; SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL J., *Las ordenanzas de las audiencias de Indias (1511—1821)*, Madrid, 1992; KNÜTEL R., « Einflüsse des Louisiana Civil Code in Lateinamerika », *Index* 25 (1997); TAU ANZOÁTEGUI V., « El poder de la costumbre », In: *Estudios sobre el Derecho Consuetudinario en América hispana hasta la Emancipación*, Buenos Aires, 2001.

traditions de l'École allemande des pandectistes. Pour la rédaction du nouveau Code civil péruvien de 1984, le *Codice civile* italien de 1942 servait de modèle principal.

### § 3. L'Afrique du Sud<sup>457</sup>

Les débuts de la réception du droit romain en Afrique du Sud remontent à 1652, date de la fondation de la colonie hollandaise de la Province du Cap. La pratique juridictionnelle du tribunal (*Raad van Justitie*) fonctionnant au Cap depuis 1656, se basait sur le *droit romano-hollandais* (en africains : *Romeins-Hollandse reg*, en anglais : *Roman-Dutch Law*)<sup>458</sup> qui se détachait lentement du droit de la patrie mère à partir de la fin du XVIIIe siècle. Ce processus était renforcé par la conquête britannique et dès ses débuts (1795 ou 1806) la *common law* prévalait aussi, d'une façon continue, à côté du droit romano-hollandais, surtout dans le domaine du droit public. Dans les dernières décennies, le droit privé sud-africain — à côté du rôle prépondérant du droit romano-hollandais — se caractérise par la symbiose des deux systèmes juridiques. Jusqu'ici, il résistait avec succès aux efforts de codification, sauf dans le domaine de la réglementation législative de certaines institutions juridiques. Aujourd'hui, le droit romano-hollandais (moderne) est en vigueur dans la République sud-africaine, en Namibie, au Zimbabwe, au Swaziland, au Botswana et au Lesotho.

La matière du droit romano-hollandais contient d'une part *a*) le droit romain, d'autre part *b*) les droits coutumiers hollandais, et ceux des autres pays néerlandais et germaniques, *c*) des lois de la province de la Hollande et celles d'autres provinces néerlandaises (surtout zélandaise) et *d*) des éléments du droit canonique, mais il y a encore d'autres sources (subsidiaries), comme *e*) des arrêts de tribunaux et *f*) les œuvres d'un certain nombre d'éminents juristes hollandais (Grotius, S. Van Leeuwen, U. Huber, P. Voet, J. Voet, C. van Bynkershoek, J. van der Linden, etc.).

Aujourd'hui, le système juridique de l'Afrique du Sud comprend à la fois des éléments de *civil law* et de *common law*, il fait ainsi partie des « *mixed jurisdictions* » (systèmes juridiques mixtes).

### § 4. Les pays de l'Asie

**1. Aperçu général.** À l'aube des Temps modernes, une partie des pays de l'Asie<sup>459</sup> était autonome, mais en retard par rapport aux systèmes juridiques européens, ces droits s'y infiltraient

---

<sup>457</sup> KASER M., « Das römische Recht in Südafrika », *ZSS RA* 81 (1964); VAN WARMELO P., « Le droit romain en Afrique du Sud », *Index* 3 (1972); REDGMENT J., *Introduction to the Legal System of Zimbabwe*, Salisbury, 1981<sup>2</sup>; FÖLDI A., « A római jog Dél-Afrikában, (Le droit romain en Afrique du Sud) », *Jogtörténeti Szemle* 3 (1990); ZIMMERMANN R., *Das römisch-holländische Recht im Südafrika*, Darmstadt 1983. Pour le droit romano-hollandais en général voir le volume: *Das römisch-holländische Recht. Fortschritte des Zivilrechts in 17. und 18. Jahrhundert*, Berlin, 1992.

<sup>458</sup> Le terme vient de SIMON VAN LEEUWEN (1625—1682) qui d'abord l'utilisait en latin, dans le sous-titre du *Paratitla iuris novissimi* (1652), mais plus tard, dans son œuvre célèbre intitulée *Het Roomsche-Hollandsche recht*, parue en 1664 à Leiden, l'utilisait déjà en hollandais. Aujourd'hui, sous le « droit romano-hollandais » nous comprenons le droit romain utilisé en Hollande aux XVIIe—XVIIIe siècles.

<sup>459</sup> Sur le Ceylan (Sri Lanka) voir: VAN DEN HORST M. H.-J., *The Roman-Dutch Law in Sri Lanka*, Amsterdam, 1985. — Sur l'Indonésie voir: BALL J., *Indonesian Legal History 1602—1848*, Sydney 1982; GAUTAMA S., *Essays in Indonesian Law*, Bandung 1993. — Sur le Japon voir: HOZUMI N., « Il nuovo codice civile giapponese quale materiale per lo studio del diritto comparato », *RDC* 2 (1910); MUTO T., « La recezione e gli studi di diritto romano in Giappone », *Archivio Giuridico* 111 (1934); *idem*: « Il diritto romano e il diritto giapponese », In: *Atti Congresso internazionale diritto romano*, Bologna, II. Roma, 1935; ARAI M., « A Japán Polgári Törvénykönyv létrejöttének története (L'histoire de la naissance du Code civil japonais) », *JK* 34 (1979); HAYASHI N., « Derecho Romano en el Japón », *Iura* 34 (1983); KAMIYA N., « Aspetti e problemi della storia giuridica in Giappone: la ricezione del diritto cinese e del sistema romanista », *Index* 20 (1992). — Sur la Chine voir: BEHREND S. O., « Zur Lage des römischen Rechts im heutigen China », *Index* 14 (1986); MANTHE U., « Bürgerliches Recht und Bürgerliches Gesetzbuch in der Volksrepublik China », *Jahrbuch für Ostrecht* 28 (1987); MI JIAN, « Diritto cinese e diritto romano », *Index* 19 (1979); JIANG PING, « Il risorgere dello spirito del diritto romano in Cina », *Index* 24 (1996); LIHONG ZHANG, « The Codification of Civil Law in China: History, Current Situation and Prospective », *Studium Iuris* 2004. — Sur la Corée voir: HYEONG-KYU LEE, « Die Rezeption des europäischen Zivilrechts in Ostasien », *ZfVglRW* 86 (1987); CHO KYU-CHANG, « Koreanisches Zivilrecht und deutsches bürgerliches Recht », *Zur Rezeption des deutschen Rechts in Korea*, Baden-Baden, 1992. — Sur les Pays Indonésie,

progressivement, cependant qu'une autre partie était sous domination coloniale (parfois sous protectorat) hollandaise, portugaise, britannique, allemande, espagnole, américaine, française et japonaise, où le droit propre des états colonisateurs prévalait progressivement à côté des droits coutumiers locaux. Dans ce qui suit, nous parlerons des quelques pays les plus importants où l'influence du droit romain est même indirectement mais perceptible.

**2. Le Ceylan (Sri Lanka).** À l'origine, sur l'île du Ceylan (aujourd'hui Sri Lanka), c'est le droit romano-hollandais, qui a toujours gardé son autonomie sous la domination britannique, qui était en vigueur bien que dans la pratique juridique le droit des précédents (*law of precedents*) anglais ait rempli un rôle important. Dans les dernières décennies, le rôle du droit romano-hollandais s'est renforcé. Cela vient en partie du fait qu'aujourd'hui la plupart des juristes du Sri Lanka n'étudient plus dans les universités du Royaume-Uni. Actuellement, le droit romano-hollandais prévaut apparemment dans le domaine du droit des biens, et à l'opposé, le droit anglais (*case law*) est une source juridique subsidiaire utilisée surtout en droit commercial.

**3. L'Indonésie.** En Indonésie — donc sur le territoire de l'ancienne Inde orientale hollandaise — l'influence du droit romano-hollandais prévalait également, le Code civil et le Code de commerce indonésiens rédigés en 1847 pouvant être essentiellement considérés comme des versions locales du Code civil et du Code de commerce hollandais de 1838. Ce Code civil indonésien, qui n'a longtemps régi que les relations juridiques des Européens, est en grande partie toujours en vigueur.

**4. Le Japon.** Au Japon, à la suite de la restauration de Meiji (1868), a eu lieu la réforme du système juridique. Gustave Emile Boissonade de Fontarabie (1825—1910), professeur français ayant enseigné le droit au Japon à partir de 1873, a décrit le droit romain comme la base du Code civil français et présentait l'histoire du droit comparé surtout à partir du droit romain. Le premier Code civil japonais (Code Boissonade) dont le fondement était essentiellement le Code civil français et dans une mesure moindre le Codice civile italien de 1865 — sauf dans le domaine du droit des personnes et du droit des successions — a été publié en 1890. Mais, trois ans plus tard, un nouveau comité a été constitué pour élaborer un nouveau code plus attentif aux traditions juridiques japonaises.

Le comité a pris pour modèle le premier projet du *BGB* (*Erster Entwurf*), élaboré essentiellement par Windscheid (1887), c'est pourquoi le deuxième code civil japonais, entré en vigueur en 1898, suivait le système (plan) des pandectes, basé sur le droit romain. Les institutions, réglées dans les parties des dispositions générales, du droit réel et du droit des obligations s'enracinaient essentiellement dans le droit romain ou l'École allemande des pandectistes. On ne voit de différences par rapport aux traditions juridiques romaines que dans les parties sur le droit de la famille et le droit des successions. Il faut ajouter que le Projet de code civil pour l'Empire du Japon, accompagné d'un commentaire de Boissonade, qui fut réédité en 1890/1891, joue même encore aujourd'hui, plus qu'un rôle historique dans le domaine de l'interprétation du Code civil japonais.

**5. La Thaïlande.** Le Code civil et le Code de commerce de Thaïlande publiés en 1925 montrent également la forte influence du *BGB* allemand, mais ses rédacteurs prirent en compte des codes étrangers : le Code civil français, le Code de commerce français, le Code civil et Code de commerce japonais (1899), l'*OR* suisse, ainsi que le *ZGB* suisse. Plus tard, le code thaïlandais exercera une influence sur le code civil chinois.

**6. La Chine (La République populaire de Chine et Taïwan).** En Chine, le code civil a été préparé essentiellement sur la base du *BGB* allemand. Ce code, régissant également le droit commercial, est entré en vigueur progressivement entre 1929 et 1931. Il est toujours en vigueur dans la République chinoise (sur l'île de Taïwan). Depuis, la jurisprudence et la science juridique s'appuyaient — sur le continent, seulement jusqu'à la proclamation de la République populaire de Chine (1949) — sur l'École allemande des pandectistes, basée sur les traditions du droit romain.

La réception chinoise de la *common law* a été indirectement empêchée par Roscoe Pound (1870—1964), professeur à l'Université de Harvard et partisan éminent de la *sociological jurisprudence*, car il a attiré l'attention sur le maintien des traditions du droit romain. Avant 1949, le droit romain (en chinois *luoma fa*) jouait un rôle important dans la science chinoise du droit privé.

À partir de 1976, on constate un intérêt accru pour l'enseignement et la recherche scientifique du droit romain. Dans les Principes généraux du droit civil de la République Populaire de Chine, publiés en 1986 et entrés en vigueur en 1987, se reflète déjà le retour aux traditions du droit romain.

**7. La Corée du Sud.** Le Code civil de la Corée du Sud, entré en vigueur en 1960, suit le système (plan) des pandectes dans sa structure, comme le Code civil japonais, qui était en vigueur à la suite d'un traité d'annexion imposé par le Japon à la Corée le 22 août 1910,<sup>460</sup> ayant suivi le traité de

---

Thaïlande et Les Philippines conjointement voir: HOOKER M. B., *A Concise Legal History of South-East Asia*, Oxford, 1978.

<sup>460</sup> Le traité d'annexion de l'an 1910 a mis fin au règne de la dynastie de Chosŏn (1392-1910).

protection datant du mois novembre 1905, jusqu'à l'adoption du premier Code civil coréen en 1912. L'École allemande des pandectistes a fortement influencé la formation du droit civil coréen même avant 1960, l'année de la promulgation du Code civil coréen.

**8. Les Philippines**<sup>461</sup>. Aux Philippines étaient appliquées, après la conquête espagnole (1521), les différentes compilations espagnoles (*Breviarium Alaricianum*, *Siete Partidas*, *Ordenamiento de Alcalá*, etc.) fortement influencées par le droit romain ainsi que la *Nueva Recopilación* de 1567 qui constituait une sorte de codification du droit espagnol. Sur le territoire des Philippines étaient également en vigueur la *Recopilación de las Leyes de las Indias* promulguée en 1680 et la *Novísima Recopilación* de 1805, remplacée en 1889 par le *Código civil* espagnol.

Le *Civil Code*, promulgué en 1949, même s'il comprend un nombre d'institutions connues dans le droit anglo-américain, porte encore les caractéristiques du Code civil espagnol. Il mérite d'être mentionné que dans le livre IV du *Civil Code* régissant les obligations et les contrats, on retrouve l'influence du *fideicommissum* du droit romain concernant les règles relatives au *trust* (fiducie).

## *Liste des abréviations*

### I. Revues

<i>AcP</i>	<i>Archiv für die civilistische Praxis</i> , Heidelberg, (1. série : 1820 sqq.), nouvelle série : Heidelberg, 1868 sqq.; Tübingen et Leipzig, 1878 sqq.; Tübingen, 1923 sqq.
<i>AHDE</i>	<i>Anuario de Historia del Derecho Español</i> , Madrid, 1924 sqq.
<i>AJ</i>	<i>Acta Juridica</i> , Cape Town, 1985 sqq.
<i>ÁJ</i>	<i>Állam-és Jogtudomány</i> , Budapest, 1958 sqq.
<i>AJCL</i>	<i>The American Journal of Comparative Law</i> , Ann Arbor, 1952 sqq.
<i>AnnUB (AUB)</i>	<i>Acta Facultatis Politico-Iuridicae Universitatis Scientiarum Budapestinensis de Rolando Eötvös nominatae</i> , Budapest, 1959 sqq.
<i>AUSz</i>	<i>Acta Universitatis Szegediensis de Attila József nominatae. Acta Iuridica et Politica</i> , Szeged, 1955 sqq.
<i>BIDR</i>	<i>Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano</i> <<Vittorio Scialoja>> (I. série : Roma, 1888—1933, 3. série) Milano, 1959 sqq.
<i>BMCL</i>	<i>Bulletin of Medieval Canon Law</i> , Roma, 1971 sqq.
<i>DROITS</i>	<i>Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridique</i> , Paris, 1985 sqq.
<i>Glossae</i>	<i>Glossae. Revista de Historia de Derecho Europeo</i> , Murcia, 1988 sqq.
<i>IJ</i>	<i>The Irish Jurist</i> , Dublin, 1935 sqq.
<i>Index</i>	<i>Index. Quaderni camerti di studi romanistici — International Survey of Roman Law</i> , Camerino, 1970 sqq.
<i>IRMAE</i>	<i>Ius Romanum Medii Aevi</i> , Milano (Mediolani), 1961 sqq.
<i>Iura</i>	<i>Iura. Rivista internazionale di diritto romano e antico</i> , Catania, 1950 sqq.
<i>JC</i>	<i>Ius Canonicum</i> , Pamplona, 1961 sqq.
<i>JJP</i>	<i>Journal of Juristic Papirology</i> , Warszawa, 1946 sqq.
<i>JK</i>	<i>Jogtudományi Közlöny</i> , Budapest, (1866 sqq.) série nouvelle : 1946 sqq.
<i>JLH</i>	<i>Journal of Legal History</i> , London, 1980 sqq.
<i>JZ</i>	<i>Juristen Zeitung</i> , Tübingen, 1945 sqq.
<i>Labeo</i>	<i>Labeo. Rassegna di diritto romano</i> , Napoli, 1955 sqq.
<i>LHR</i>	<i>Law and History Review</i> , Ithaca, 1983 sqq.
<i>MIÖG</i>	<i>Mitteilungen des Instituts für österreichische Rechtsgeschichte</i> , Innsbruck, 1888—1944, Wien—Köln—Graz, 1948 sqq.

<sup>461</sup> CUNNINGHAM Ch. H., *The Audencia in the Spanish Colonies as Illustrated by the Audencia of Manila (1583—1800)*, Berkeley 1919 (réimpression: New York, 1971); MURO ROMERO F., « Las Ordenanzas de 1596 para la Audiencia de Filipinas », *Anuario de Estudios Americanos* 30 (1973).

<i>MJ</i>	<i>Magyar Jog</i> , Budapest, 1954 sqq.
<i>OIR</i>	<i>Orbis Iuris Romani, Journal of Ancient Law Studies</i> , Brno—Bratislava (après 2000 Brno—Trnava) 1995 sqq.
<i>OR</i>	<i>Osteuropa Recht. Gegenwartsfragen aus den Rechten des Ostens</i> , Berlin, 1954 sqq.
<i>PUM</i>	<i>Publicationes Universitatis Miskolciensis. Series Iuridica et Politica</i> , Miskolc, 1985 sqq.
<i>QF</i>	<i>Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno</i> , Milano, 1972 sqq.
<i>RDC</i>	<i>Rivista di Diritto civile</i> , Roma, 1909 sqq.
<i>Rechtsgeschichte</i>	<i>Rechtsgeschichte</i> , Frankfurt am Main, 2002 sqq.
<i>REJ</i>	<i>Revista de Estudios Jurídicos</i> , Valparaíso, 1970 sqq.
<i>RFHIP</i>	<i>Revue Française d'Histoire des Idées Politiques</i> , 1985 sqq.
<i>RHD</i>	<i>Revue historique de droit français et étranger</i> , Paris, (1. série : 1855—1877), 4. série : 1922 sqq.
<i>RHDI</i>	<i>Revue Hellénique de Droit International</i> , Athènes, 1948 sqq.
<i>RHFD</i>	<i>Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique</i> , Paris, 1987, sqq. (anciennement <i>Annales</i> jusqu'en 1986)
<i>RIDA</i>	<i>Revue internationale des droits de l'antiquité</i> , Bruxelles, (1. série : 1948 sqq), 3. série : 1954 sqq.
<i>RIDC</i>	<i>Revue internationale de droit comparé</i> , Paris, 1949 sqq.
<i>RTDC</i>	<i>Revue trimestrielle de droit civil</i> , Paris, 1902 sqq.
<i>RISG</i>	<i>Rivista italiana per le scienze giuridiche</i> , Roma, (1. série : 1886 sqq), 3. série : 1946 sqq.
<i>RIW</i>	<i>Recht der Internationalen Wirtschaft</i> , Heidelberg, 1954 sqq.
<i>RJ</i>	<i>Rechtshistorisches Journal</i> , Frankfurt am Main, 1982 sqq.
<i>ROW</i>	<i>Recht in Ost und West</i> . (anciennement : <i>Zeitschrift für Rechtsvergleichung und interzonale Rechtsprobleme</i> , à partir 1971 <i>Zeitschrift für Rechtsvergleichung und innerdeutsche Rechtsprobleme</i> , à partir 1992 <i>Zeitschrift für Ostrecht und Rechtsvergleichung</i> ), <i>Zeitschrift für Ostrecht und Rechtsvergleichung</i> Berlin, 1957—1998.
<i>RSDI</i>	<i>Rivista di storia del diritto italiano</i> , Roma, 1928 sqq.
<i>RTDPC</i>	<i>Rivista trimestrale di diritto e procedura civile</i> , Roma, 1947 sqq.
<i>SALJ</i>	<i>The South African Law Journal</i> , Cape Town, 1901 sqq. (originalement : <i>The Cape Town Law Journal</i> , Cape Town, 1884 sqq.)
<i>SDHI</i>	<i>Studia et Documenta Historiae et Iuris</i> , Roma, 1935 sqq.
<i>SG</i>	<i>Studia Gratiana</i> , Roma, 1953 sqq.
<i>SJH</i>	<i>Scandinavian Journal of History</i> , Stockholm, 1975 sqq.
<i>SSL</i>	<i>Scandinavian Studies in Law</i> , Stockholm, 1957 sqq.
<i>TLR</i>	<i>Tulane Law Review</i> , New Orleans, 1926 sqq.
<i>TR</i>	<i>Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis. Revue d'histoire du Droit. The Legal History Review</i> , Haarlem—Dordrecht—Antwerpen, 1918 sqq.
<i>WiRO</i>	<i>Wirtschaft und Recht in Osteuropa</i> , München, 1992 sqq.
<i>ZEuP</i>	<i>Zeitschrift für Europäisches Privatrecht</i> , München, 1993 sqq.
<i>ZNR</i>	<i>Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte</i> , Wien, 1979 sqq.
<i>ZSS RA</i>	<i>Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung</i> , Weimar, 1880 sqq.
<i>ZSS GA</i>	<i>Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Germanistische Abteilung</i> , Weimar, 1880 sqq.
<i>ZSS KA</i>	<i>Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Kanonistische Abteilung</i> , Weimar, 1910 sqq.
<i>ZfvglRW</i>	<i>Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft</i> , Stuttgart, 1878—1942 et 1953 sqq.

## II. Editions des sources et séries

<i>ANRW</i>	<i>Aufstieg und Niedergang der römischen Welt. Geschichte und Kultur Roms im Spiegel der neueren Forschung</i> , hrsg. von H. Temporini — W. Haase, Berlin — New York, 1972 sqq.
<i>IC</i>	<i>Ius Commune. Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts für Europäische Rechtsgeschichte</i> , Frankfurt am Main, 1967 sqq.
<i>PubInst</i>	<i>Publicationes Instituti Iuris Romani Budapestinensis</i> , Budapest, 1970 sqq.
<i>JT</i>	<i>Jogtörténeti Tanulmányok</i> , Budapest, 1966 sqq.

## III. Autres abréviations

<i>ABGB</i>	<i>Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (Code civil général autrichien)</i> , promulgué : 1811; mis en vigueur : 1812)
<i>BGB</i>	<i>Bürgerliches Gesetzbuch (Code civil allemand)</i> , promulgué : 1896; mis en vigueur : 1900)
<i>Csjt.</i>	Loi No. 4 de 1952 sur le mariage, la famille et la tutelle (modifiée en 1974, 1986, 1990, 1995, 1997 et 2002)
<i>Mtj.</i>	<i>Magyarország Magánjogi törvénykönyvének javaslatja [Projet du Code civil hongrois]</i> (1928)
<i>OR</i>	<i>Schweizerisches Obligationenrecht (Code suisse des obligations)</i> , promulgué : 1881; mis en vigueur : 1883; révisé : 1911, qui est entré en vigueur en 1912)
<i>Ptk.</i>	<i>Polgári Törvénykönyv</i> (1959 : IV. tv.) [ <i>Code civil hongrois</i> , loi No. 4 de 1959] (modifiée en 1977, 1991, 1993, 1996 et 2002)
<i>UCC</i>	<i>Uniform Commercial Code</i> , mis en vigueur : 1952
<i>ZGB</i>	<i>Schweizerisches Zivilgesetzbuch (Code civil suisse)</i> , promulgué : 1907; mis en vigueur : 1912)

## Bibliographie générale

### 1. Droit comparé (historique) et ethnologie juridique

- ADAM L., « In memoriam Josef Kohler », *ZfvR* 38 (1920).
- AGOSTINI E., *Droit comparé*, Paris, 1988.
- AMADUNI G., « Influsso del diritto romano giustiniano sul diritto armeno e quantità di tal influsso », In : *Acta Congressus Iuridici Internationalis*, II., Roma, 1935.
- ANCEL M., « Les grandes étapes de la recherche comparative au XX<sup>e</sup> siècle », In : *Studi A. Torrente*, Milano, 1968.
- ARMINJON P.—NOLDE B. — WOLFF M., *Traité de droit comparé*, I—III., Paris, 1950—1951.
- ASCARELLI T., « La funzione del diritto comparato e il nostro sistema di diritto privato », In : *Annali del Seminario giuridico dell'Università di Catania* III., Catania, 1949.
- ASCHERI M., *Introduzione storica al diritto moderno e contemporaneo. Lezioni e documenti*, Torino, 2003.
- AYITER F., « Das Rezeptionsproblem im Zeichen der kulturhistorischen Perspektive „Europa und das römische Recht“ und unter besonderer Berücksichtigung der Rezeption westeuropäischer

- Gesetzbücher in der modernen Türkei », In : L'Europa e il diritto romano, Studi in memoria di P. Koschaker, II., Milano, 1954.
- BARATTA G., *Corso di diritto privato-comparato. Parte generale*, Napoli, 1953.
- BARTON J.H.— GIBBS J.L.— MERRYMAN J.H., *Law in Radically Different Cultures*, St. Paul (Minnesota), 1982.
- BASTIAN A., *Die Vorgeschichte der Ethnologie*, Berlin, 1884.
- BASTIAN F., *Der Mensch in der Geschichte*, I—III., Leipzig, 1860.
- BASTIAN F., *Allgemeine Grundzüge der Ethnologie. Prolegomena zur Begründung einer Naturwissenschaftlichen Psychologie auf dem Material des Völkergedankens.*, Berlin, 1886.
- BASTIAN F., *Beiträge zur Ethnologie*, Berlin, 1871.
- BASTIAN F., *Der Völkergedanke im Aufbau einer Wissenschaft von Menschen und seine Begründung auf ethnologische Sammlungen*, Berlin, 1881.
- BASTIAN F., *Ethnischer Elementargedanke in der Lehre von Menschen*, Berlin, 1895.
- BASTIAN F., *Zur Lehre von der geographischen Provinz*, Berlin, 1886.
- BEKKER E.I., « Aus den Grenzmarken der geschichtlichen Rechtswissenschaft », *ZSS (Rom. Abt.)* 6 (1885).
- BERMAN H.J.— REID CH. J., JR., « Roman Law in Europe and the Ius Commune. A Historical Overview with Emphasis on the New Legal Science of the Sixteenth Century », In : *Scintillæ iuris. Studi in memoria di G. Gorla II.*, Milano, 1994.
- BERMAN H.J., *Diritto e rivoluzione*, Bologna, 1998.
- BERMAN H.J., *La science des droits comparés*, Paris, 1983.
- BERMAN H.J., *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*, London, 1983.
- BERNHÖFT F., « Das Gesetz von Gortyn », *ZfvR* 6(1886).
- BERNHÖFT F., « Die Verbuchung der dinglichen Rechte an Grundstücken im griechischen Rechte », I., *ZfvR* 21 (1908) et II., *ZfvR* 26 (1912).
- BERNHÖFT F., « Über den Zweck und Mittel der vergleichenden Rechtswissenschaft », *ZfvR* 1(1878).
- BERNHÖFT F., « Über die Grundlagen der Rechtsentwicklung bei den indogermanischen Völkern », *ZfvR* 2(1879)
- BERNHÖFT F., « Verwandtschaftsnamen und Eheformen der nordamerikanischen Volksstämme. Ein Beitrag zur Vorgeschichte der Ehe », In : *Festschrift Windscheid*, Rostock, 1888, (Neudruck Aalen, 1979).
- BERNHÖFT F., « Zur Geschichte des europäischen Familienrechts, I., Stand der Frage », *ZfvR* 8 (1889).
- BERNHÖFT F., « Zur Geschichte des europäischen Familienrechts, II., Askese und hetarismus », *ZfvR* 8 (1889).
- BICHLER R., « Die theoretische Einschätzung des Vergleichens in der Geschichtswissenschaft », In : *Vergleichende Geschichtswissenschaft*, Hrsg. von F. HAMPEL und I. WEILER. Darmstadt, 1968.
- BIERLING E.R., *Juristische Prinzipienlehre*, V. Tübingen, 1917. (Neudruck der im Verlag J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) erschienenen Auflage von 1894—1917, Scientia Aalen, 1961.
- BISCARDI A., *Profilo di diritto greco antico. Lezioni raccolte a cura dell'assistente L. Lepri*, Università di Siena, 1961<sup>2</sup>.
- BLANC-JOUVAN X., « Les différentes tendances et conceptions du droit comparé dans les pays romanistes », *Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungaricae* 13 (1971).
- BLOCH R., « Réflexions sur le plus ancien droit romain », In : *Studi G. Grosso*, I., Torino, 1968.
- BOGDAN M., *Comparative Law*, Stockholm, 1994.
- BOGDAN M., *Komparativ rättskunskap*, Stockholm, 1993.
- BONFANTE P., « Il codice di Hammurabi e le XII Tavole », In : *Mélanges Cornil I.*, Gand, 1926.
- BOUCAUD CH., « Les perspectives historiques et philosophiques du droit comparé », In : *Recueil d'études en l'honneur d'E. Lambert*, I., Paris, 1938
- BOURGEOIS G., *Inleiding tot de rechtsvergeleking*, Deurne, 2001.
- BRANDI K., *Die Renaissance in Florenz und Rom*, 4e éd., Leipzig, 1913.
- BROWN A.R.R., *Structure and Function in Primitive Societ*, London, 1952.
- BRUCKHARDT J., *Die Kultur der Renaissance in Italien*, Hrsg. von HEINEMANN L., Berlin, 1928.
- BUCCI O., « La pretesa unità religiosa e giuridica dei popoli cosidetti indoeuropei a proposito di una recente pubblicazione », *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, 13 (1969).
- BUCCI O., « Recherche interno al concetto giuridico di „popolo” in diritto persiano antico », *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, 12 (1968).
- BUCKLAND W.W.— MCNAIR A.D., *Roman and Common Law. A Comparative Outline*, (rev. by F.H. Lawson) Cambridge, 1965<sup>2</sup>.

- CARUSI E., « Gli studi dei diritto orientali mediterranei di fronte alla scienza des diritto ed alla politica coloniale », In : *Atti della Società italiana per il Progresso delle Scienze*, VIII., Riunione, 1916, Roma, 1916.
- CARUSI E., « I rapporti tra diritto romano e i diritti greco-orientali e il testamento scientifico di Ludwig Mitteis », In : *Studi Salandra*, Napoli, 1923.
- CARUSI E., « Il problema del diritto comparato, sotto l'aspetto scientifico, legislativo e coloniale », In : *Atti della Società italiana per il Progresso delle Scienze*, IX. Riunione, Roma, 1917.
- CARUSI E., « Su tre papiri giuridici arabi », In : *Studi Simoncelli*, Pavia, 1913.
- CASTALDO A., *Introduction historique au droit*, Paris, 1999.
- CASTÁN TOBEÑAS J., *Los sistemas jurídicos contemporáneos del mundo occidental*, Madrid, 1957<sup>2</sup>.
- CASTÁN TOBEÑAS J., *Reflexiones sobre el derecho comparado y el método comparativo*, Madrid, 1957.
- CHIAZZESE L., « Diritto romano e civiltà moderna », *BIDR* 10—11 (1948).
- CLASSEN C.J., « Cicerostudien in der Romania im 15. und 16. Jahrhundert. », In : *Cicero, ein Mensch seiner Zeit*, Hrsg. von RADKE G., Berlin, 1968.
- COING H., « Die europäische Privatrechtsgeschichte der neueren Zeit. » *Ius Commune* 1 (1967).
- COING H., « Gemeines Recht und Gemeinschaftsrecht in Europa » In : *Festschrift Hallstein*, W. Frankfurt am Main, 1966.
- CONDANARI-MICHLER S., « Über Schuld un Schaden in der Antike. », In : *Scritti Ferrini*, III., Milano, 1948.
- CONSTANTINESCO L.-J., *Ein führung in die Rechtsvergleichung*, I—II., Köln—Berlin—Bonn—München, 1971—1973
- CONSTANTINESCO L.-J., *Traité de droit comparé*, I—III, Paris, 1972—1983.
- CORNIL G., « La complexité des sources du droit comparé », In : *Introduction à l'étude du droit comparé. Recueil d'études en l'honneur d'E. Lambert* II., Paris, 1938.
- COSTA E., *Cicerone giureconsulto*, I., Bologna, 1927.
- DAHNS F., « Vom Wessen und Werden des Rechts. » *ZfVr* 2(1879).
- DAVID R.—JAUFFRET-SPINOSI C., *Les grands systèmes de droit contemporains*, Paris, 2002<sup>11</sup>.
- DAVID R., *Traité élémentaire de droit civil comparé*, Paris, 1955.
- DAVID R., *Traité élémentaire de droit civil comparé. Introduction à l'étude des droits étrangers et à la méthode comparative*, Paris, 1950.
- DAVID V.—BRIERLEY J.E.C., *Major Legal Systems in the World Today. An Introduction to the Comparative Study of Law*, 1985<sup>3</sup>. (réimpression : London, 1996).
- DE CRUZ P., *Comparative Law in a Changing World*, London, 1999<sup>2</sup>.
- DE FRANCISCI P., « La scienza del diritto comparato secondo recenti dottrine », In : *Rivista internazionale di filosofia del diritto* 1 (1921).
- DE KOSCHEMBAHR—LYSKOWSKI I., « Le rôle du droit romain pour le droit comparé. », In : *Recueil Lambert*, I., Paris, 1938.
- DE SOLA CAÑ IZARES F., *Inicación al derecho comparado*, Barcelona, 1954.
- DE ZULUETA F., « L'histoire du droit de l'antiquité », In : *Mélanges Fournier*, Paris, 1929.
- DEKKERS R., *Le droit privé des peuples*, Bruxelles, 1953.
- DERRETT J.D.M. (red.): *An Introduction to the Legal Systems*, London, 1968.
- DEVOTO G., *Origini indoeuropee*, Firenze, 1962.
- DIAMOND A.S., *Primitive Law, Past and Present*, London, 1971.
- DIÓSDI GY., « A jogösszehasonlító módszer alkalmazásának hasznáról és veszélyeiről az ősi római kutatásokban. (Sur l'utilité et les dangers de l'application de la méthode comparative dans les recherches concernant le droit romain archaïque.) », *Acta Facultatis Politico-Juridicae Universitatis de Rolando Eötvös nominatae*, X (1969).
- DÖLLE H., « Rechtsdogmatik und Rechtsvergleichung », *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 34 (1970).
- DÖLLE H., *Utilité et méthodes du droit comparé*, Neuchâtel, 1971.
- DOUCET-BON V., *Le mariage dans les civilisations anciennes*, Paris, 1975.
- DUMEZIL G., *La religion romaine archaïque, suivi d'un appendix sur la religion des Etrusques*, Paris, 1966.
- DURAND B.—CHENE C.—LECA A., *Introduction historique au droit*, Paris, 2004.
- EBEL W., *Der Göttinger Professor Johann Stephan Pütter aus Iserlohn*, Göttingen, 1725.
- EBERT K., *Rechtsvergleichung. Einführung in die Grundlagen*, Bern, 1978.
- ELLUL J., *Histoire des institutions. I., Institutions grecques, romaines, byzantines, franques*, 2e éd., Paris, 1958.
- ENGEL-JANOSI F., « The Intellectual Background of Savigny ». *The Jurist*, 5 (1947).
- EÖRSI GY., *Comparative Civil (Private) Law*, Budapest, 1979.

- EÖRSI GY., *Összehasonlító polgári jog (Droit civil comparé)*, Budapest, 1975.
- FIKENTSCHER W., *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*, I—V. Tübingen, 1975—1977.
- FRANKLIN M., «The Influence of Savigny and Gans on the Development of the Legal and Constitutional Theory of Christian Roselius.», In : *Festschrift Rabel*, I., Tübingen, 1954.
- FRIEDRICH K., «*Einzeluntersuchungen zur vergleichenden Rechtswissenschaft.*», *ZfVR* 10 (1892).
- FROMONT M., *Les grands systèmes des droits contemporains*, Paris, 1987.
- FUENTESECA P., «Un treintenio de derecho romano en España : Reflexiones y perspectivas.» In : *Estudios Jurídicos en homenaje al A. Suarez*, Madrid, 1978.
- GALGANO F.(a cura di), *Atlante di diritto privato comparato*, Bologna, 1992.
- GALLO P., *Grandi sistemi giuridici I—III*, Torino, 1997—1998.
- GAMBARO A. — SACCO R., *Sistemi giuridici comparati*, Torino, 1996.
- GANS E., *Erbrecht in Weltgeschichtlicher Entwicklung*, I—IV., Berlin, 1824—1835.
- GAUDEMET J., «Les modalités de réception du droit à la lumière de l'histoire comparative.» In : *Le nuove frontiere del diritto e il problema dell'unificazione*, I., In : *Atti del Congresso internazionale organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università de Bari*, Milano, 1979.
- GAUDEMET J., «Organisme et évolution dans la conception de l'histoire du droit chez Jhering.» In : *Jherings Erbe. Göttinger Symposium zur 150. Wiederkehr des Geburtstages von Rudolf von Jhering*, Göttingen, 1970.
- GAUDEMET J., *Institutions de l'Antiquité*, Paris, 1967.
- GENZMER E., «Zum Verhältnis vom Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung», *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 41 (1955).
- GENZMER E., *Zum Verhältnnis von Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung.* *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 41 (1954/55).
- GILISSEN J., *Introduction historique au droit. Esquisse d'une histoire universelle du droit. Les sources du droit depuis le XIIIe siècle. Eléments d'une histoire du droit privé*, Bruxelles, 1979.
- GILSON J., *L'étude du droit romain comparé aux autres droits de l'Antiquité*, Paris—Strasbourg, 1899.
- GIRAUD-TEULON P., *Les origines de la famille. Questions sur les antécédents des sociétés patriarcales.*, Genève—Paris, 1874.
- GIUFFRÈ V., *Il „diritto pubblico” nell'esperienza romana*, Napoli, 1977.
- GLENDON M.A.— GORDON M.W. — CAROZZA P.G., *Comparative Legal Traditions*, St. Paul (Minnesota), 1999<sup>2</sup>.
- GLENDON M.A.— GORDON M.W.— OSAKWE C., *Comparative Legal Traditions*, St. Paul (Minnesota), 1994<sup>2</sup>.
- GLENN H.P., *Legal Traditions of the World*, Oxford, 2000.
- GOLGSCHMIDT L., *Handbuch des Handelsrechts*, 3e éd., I., Geschichtlich-literarische Einleitung und die Grundlehren. I. Abt.: Universalgeschichte des Handelsrechts, Stuttgart, 1891.
- GORLA G. — MOCCIA L., «Profili di una storia del diritto comparato in Italia e nel mondo «comunicante», *Rivista di diritto civile*, 1987.
- GORLÉ F. — BOURGEOIS G. — BOCKEN H.— REYNTJENS F., *Rechtsvergelijking*, Brussel, 1991.
- GRISOLI A., *Corso di diritto privato comparato*, Milano, 1962.
- GUARINO A., *Guide allo studio delle fonti giuridiche romane*, II., Napoli, 1958.
- GUTTERIDGE H.G., *Comparative Law. An Introduction to the Comparative Method of Legal Study and Research*, Cambridge, 1949<sup>2</sup>.
- GUTZWILLER M., «Rechtsvergleichung in kontinentaler Sicht», In : *Schweizerische Beiträge zum 4. internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung*, Zürich, 1954.
- HAIDER P., «Vergleichende Völkerkunde.» In : *Vergleichende Geschichtswissenschaft*, Hrsg. von HAMPL F. und WEILER I., Darmstadt, 1978.
- HAMZA G. — SAJÓ A., «Savigny a jogtudomány fejlődésének keresztútján. (Savigny au carrefour de l'évolution de la science juridique.)», *Állam- és Jogtudomány*, 23 (1980).
- HAMZA G., «Az összehasonlító jogtudomány kibontakozásának újtjai Európában (Les différentes tendances du développement de la science juridique comparative en Europe)», *ÁJ* 38 (1996—1997).
- HAMZA G., *Comparative Law and Antiquity*, Budapest, 1991.
- HAMZA G., *Jogösszehasonlítás és az antik jogrendszer (Droit comparé et les systèmes juridiques de l'Antiquité)*, Budapest, 1998.
- HAZELTINE F., «Selden as Legal Historian.» *Harvard Law Review*, 24 (1910).
- HIRSCH E.E., *Rezeption als sozialer Prozeß: Erläutert am Beispiel der Türkei*, Berlin, 1981.
- HOEBEL E.A., *The Law of Primitive Man*, Cambridge (USA), 1964.
- HOHENLOHE C., *Einfluss des Christentums and das Corpus iuris civilis*, Wien, 1937.
- HOOKE M.B., *Legal Pluralism. An Introduction to Colonial and Neo-colonial Laws*, Oxford, 1975.

- HORN N., « Römische Recht als gemeineuropaisches Recht bei Arthur Duck. », In : *Studien zur Europäischen Rechtsgeschichte*, Hrsg. von WILHELM W., Frankfurt am Main, 1972.
- HORN N., *Einführung in die Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie*, Heidelberg, 1996.
- HORVÁTH P., *Vergleichende Rechtsgeschichte. Wissenschaftsgeschichte und Methodik*, Budapest, 1979.
- HÜBNER H., « Jurisprudenz im Zeitalter des Humanismus », In : *Festschrift Larenz K.*, München, 1973.
- HUG W., « The History of Comparative Law », *Harvard Law Review* 45 (1937).
- HUG W., « The history of Comparative Law. », *Harvard Law Review*, 45 (1931/32), In : *Rechtsvergleichung*, Hrsg. von ZWEIGERT K. und II.—PUTTFARKEN H.-J., Darmstadt, 1978.
- HUMBERT M., *Institutions politiques et sociales de l'Antiquité*, 7<sup>e</sup> éd., Paris, 1999.
- JACOBY S., *Allgemeine Rechtsgrundsätze : Begriffsentwicklung und Funktion in dem europäischen Rechts*, Berlin, 1997.
- JHERING R., *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Leipzig, 1852—1865.
- JHERING R., *Vorgeschichte der Indoeuropäer*. Aus dem Nachlass Hrsg. von V EHRENBERG, Leipzig, 1894.
- KASER M., « The Science of Roman Law Today. », In : *Roman Law Today: Two Lectures*, Pretoria, 1965.
- KLINGER F., *Römische Geisteswelt*, 5e éd., München, 1965.
- KOHLER J., « Leopold Wenger : Allgemeine Rechtsgeschichte. », (rec.) *ZfvR* 20 (1923).
- KOHLER J., « Nachruf an J.J. Bachofen. », *ZfvR* 8(1899).
- KOHLER J., « Post. Die Grundlagen des Rechts und die Grundzüge seiner Entwicklungsgeschichte », 1884 (rec.), *ZfvR* 7 (1887).
- KOHLER J., « Rechtsgeschichte und Weltanschauung. », *ZfvR* 5(1884).
- KOHLER J., « Über die Methode der Rechtsvergleichung ». In : *Zeitschrift für das Privat- und Öffentliches Recht der Gegenwart*, 28 (1901), In : *Rechtsvergleichung*, Hrsg. von ZWEIGERT K. und PUTTFARKEN H.-J., Darmstadt, 1978.
- KOHLER J., *Bastian* : « Der Völkergedanke im Aufbau einer Wissenschaft vom Menschen und seine Begründung auf ethnologische Sammlungen », Berlin, 1881 (rec.), *ZfvR* 4.(1883).
- KOKKINI-INTRIDOU D., ET ALII, *Een inleiding tot het rechtsvergelijkende onderzoek*, Deventer, 1988.
- KORANYI K., *Powszechna historia państwa i prawa*, I., Warszawa, 1961.
- KOSCHAKER P., « L'histoire du droit et le droit comparé surtout en Allemagne. », In : *Recueil Lambert*, I., Paris, 1938
- KOSCHAKER P., « Was vermag die vergleichende Rechtswissenschaft zur Indogermanenfrage beizusteuern? », In : *Festschrift Hirt*, I., Heidelberg, 1936
- KOSCHAKER P., *Die Krise des römischen Rechts und die romanistische Rechtswissenschaft*, München—Berlin, 1938
- KOSCHAKER P., *Europa und das römische Recht*, 2e éd., München—Berlin, 1953.
- LAMBERT E., « Conception générale et définition de la science du droit comparé, sa méthode, son histoire : le droit comparé et l'enseignement du droit. », In : *Congrès International de droit comparé. Procès-Verbaux des Séances et Documents*, I., Paris, 1905, In : *Rechtsvergleichung*, Hrsg. von ZWEIGERT K. und PUTTFARKEN H.-J., Darmstadt, 1978.
- LAMBERT E., *La fonction du Droit Civil Comparé*, Paris, 1903.
- LAND J.P.N., *Anecdota Syriaca. Lugduni Batavorum*, 1862.
- LANDSBERG E. — STINTZIG R., *Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft*, 3. Abt. 1. Hbd. (Text I.), München, 1890.
- LANDSBERG E. — STINTZIG R., *Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft*, 3. Abt. 2. Hbd. (Noten), München, 1910.
- LECA A., *La genèse du droit. Essai d'introduction historique au droit*, Aix—en—Provence, 1998.
- LEGEAIS R., *Grands systèmes de droit contemporains. Approche comparative*, Paris, 2004.
- LERMINIER E., *Cours d'histoire des législations comparées*, Paris, 1836.
- LOSANO M.G., *I grandi sistemi giuridici. Introduzione ai diritti europei ed extraeuropei*, Bari, 2000.
- LOSANO M.G., *I grandi sistemi giuridici*, Torino, 1978.
- LUIG K., « Die Anfänge der Wissenschaft vom deutschen Privatrecht. », *Ius Commune*, 1 (1967).
- LUPOI M., *The Origins of the European Legal Order*, Cambridge, 2000.
- MAILLET I., *Institutions politiques et sociales de l'Antiquité*, 2e éd., Paris, 1971.
- MALMSTRÖM A., « The System of Legal Systems. Note on a Problem of Classification in Comparative Law », *Scandinavian Studies* 13 (1969).
- MANIGK A., *Savigny und der Modernismus im Recht*, Berlin, 1914.
- MARTINEZ PAZ E., *Introducción al estudio del derecho civil comparado*, Cordoba, 1934.

- MARX H., *Die juristische Methode der Rechtsfindung aus der Natur der Sache bei den Göttinger Germanisten Johann Stephan Pütter und Justus Friedrich Runde. Diss.*, Göttingen, 1967.
- MEILI F., *Institutionen der vergleichenden Rechtswissenschaft*, Stuttgart, 1888.
- MERRYMAN J., *The Civil Law Tradition : An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*, New York, 1985<sup>2</sup>.
- MICHAELIDES –NOUAROS G., *Les systèmes juridiques des peuples européens*, Athènes, 1958.
- MITTEIS L., *Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des römischen Kaiserreiches*, Leipzig, 1891.
- Mixed Jurisdictions Worldwide. The Third Legal Family*. Ed. by PALMER V.V., Cambridge, 2001.
- MOMMSEN T., *Zum ältesten Strafrecht der Kulturvölker Fragen zur Rechtsvergleichung. Mit einem Vorwort von K. Binding.*, Leipzig, 1905.
- MONIER R. — CARDASCIA G. — IMBERT J., *Histoire des institutions des faits sociaux*, Paris, 1955.
- NABER H., « Hugo Grotius, iuris Romani et iurisprudentiae comparatricis cultor. » In : *Acta Academiae universalis iurisprudentiae comparativae*, I., Paris, 1928.
- NALLINO C.A., « Sul libro Siro-romano e sul presunto diritto siriano », In : *Studi Bonfante*, I., Milano, 1930.
- NÖRR D., *W. Selb: Zum Bedeutung des Syrisch-Römischen Rechtsbuches*, München, 1964 , (rec.) TR 36 (1968)
- OURLIAC P. — GAZZANIGA J.-L., *Histoire du droit privé français de l'An mil au Code civil*, Paris, 1985.
- PAPACHRISTOS A.C., *La réception des droits privés étrangers comme phénomène de sociologie juridique*, Paris, 1975.
- PESCATORE P., *Introduction à la science du droit*, Luxembourg, 1960.
- PIZZORUSSO A., *Sistemi giuridici comparati*, Milano, 1998<sup>2</sup>.
- PÓLAY E., « Ursprung, Entwicklung und Untergang der Pandektistik. », *Acta Universitatis Szegediensis de Attila József nominatae. Acta Juridica et politica.*, tom. XXVIII. fasc. 10., Szeged, 1981.
- POLAY E., « A pandektisztika és hatása a magyar magánjog tudományára. (La Pandectistique et son influence sur la science juridique hongroise) », *Acta Universitatis Szegediensis de Attila József nominatae. Acta Juridica et politica.*, tom. XXIII. fasc. 6., Szeged, 1976.
- PORTALE G.B., *Lezioni di diritto privato comparato*, Torino, 2001.
- POSCH W., *Grundzüge fremder Privatrechtssysteme. Ein Studienbuch*, Wien—Köln—Graz, 1995.
- POSPISIL L., *Anthropology of Law*, New-York, 1974.
- POST A.H., *Bausteine für eine allgemeine Rechtswissenschaft auf vergleichend-ethnologischer Basis*, I.—II., Oldenburg, 1880.
- POST A.H., *Der Ursprung des Rechts. Prolegomena zu einer allgemeinen vergleichenden Rechtswissenschaft*, Oldenburg, 1876.
- POST A.H., *Die Anfänge des Staats-und Rechtslebens. Bin Beitrag zu einer allgemeinen Staats-und Rechtsgeschichte*, Oldenburg, 1878.
- POST A.H., *Die Grundlagen des Rechts und die Grundzüge seiner Entwicklungsgeschichte. Leitgedanken für den Aufbau einer allgemeiner Rechtswissenschaft auf soziologischer Basis*, Oldenburg, 1884.
- POST A.H., *Über die Aufgaben einer allgemeinen Rechtswissenschaft*, Oldenburg, 1882.
- POUND R., « Some Thoughts about Comparative Law », In : *Festschrift für E. Rabel* I., Tübingen, 1954.
- POUND R., « The Revival of Comparative Law », *TLR* 5 (1930).
- QUIGLEY J., « Socialist Law and Civil Law Tradition », *AJCL* 37 (1989).
- RABBI K. KAHANA KUGAN, *Three Great Systems of Jurisprudence, Roman, English and Jewish Law Compared*, London, 1955.
- RABEL E., « On Comparative Research in Legal History and Modern Law. », *Bulletin of the Polich Institute of Arts and Sciences*, 2 (1944)
- RABEL E., *Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung*, München, 1925.
- RADBRUCH G., « Anselme Feuerbach, précurseur du droit comparé », In : *Recueil Lambert*, I., Paris, 1938
- RAINER J.M., *Europäisches Privatrecht. Die Rechtsvergleichung*, Frankfurt am Main u. a., 2002.
- RATZEL F., *Der Ursprung und das Mandern der Völker geographisch betrachtet*, Berlin, 1898.
- RATZEL F., *Die afrikanischen B"gen*, Berlin, 1891.
- RATZEL F., *Völkerkunde*, I.—II., Berlin, 1885—1888.
- REVILLOUT E., *La créance et le droit commercial dans l'Antiquité*, Paris, 1897.
- REVILLOUT E., *Les obligations en droit égyptien comparé aux autres droits de l'antiquité*, Paris, 1886.
- REVILLOUT E., *Les origines égyptiennes du droit civil romain*, Paris, 1912.
- REVILLOUT E., *Précis du droit égyptien comparé aux autres droit de l'Antiquité*, I.—II., Paris, 1903.
- RHEINSTEIN M., *Einführung in die Rechtsvergleichung*, München, 1974.

- RHEINSTEIN M., *Einführung in die Rechtsvergleichung*, München, 1987<sup>2</sup>.
- RICCOBONO S., « Le droit romain dans les oeuvres de ses interprètes », In : *Recueil Lambert*, I., Paris, 1938.
- RIESENFIELD S.A.—PAKTER W.J., *Comparative Law Casebook*, New York, 2001.
- RIGAUDIÈRE A., *Introduction historique à l'étude du droit et des institutions*, Paris, 2003<sup>2</sup>
- RODIÈRE R., *Introduction au droit comparé*, Paris, 1979.
- ROGUIN E., *Traité de droit civil comparé* I—VII, Paris—Lausanne, 1904—1914.
- ROSSBACH A., *Untersuchungen über die römische Ehe*, Stuttgart, 1853.
- ROTONDI M., *Studii di diritto comparato e teoria generale*, Padua, 1972.
- SACCO R., *Einführung in die Rechtsvergleichung*, Baden—Baden, 2001.
- SACCO R., *Introduzione al diritto comparato*, Torino (rist.) 1990.
- SACCO R., *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 1980.
- SALEILLES R., « Conception et objet de la science du droit comparé », In : *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1890.
- SAN NICOLÒ M., *Römische und antike Rechtsgeschichte. Rektoratsrede*, Prag, 1931.
- SARFATTI M., *Introduzione allo studio del diritto comparato*, 1933.
- SAUSER-HALL G., *Fonction et méthode du droit comparé*, Genève, 1913.
- SAUVEPLANNE J.G., *Rechtssteelsels in vogelvlucht. Een inleiding tot de privaatrechtsvergelijking*, Deventer, 1975.
- SAVIGNY C.F., *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*, VI., Berlin, 1831.
- SCHLESINGER R.B.,—BAADE H.W.—HERZOG P.E.—WISE E.M., *Comparative Law*, New York, 1950, 1998<sup>6</sup>.
- SCHMIDT M., « Die Bedeutung der vergleichenden Rechtswissenschaft für die Ethnologie. », *ZfVR* 37 (1920).
- SCHNITZER A., *Vergleichende Rechtslehre*, Basel, 1961.
- SCHÖNBAUER E., « Studien zum Personalitätsprinzip im antiken Rechte », *ZSS (Rom. Abt.)* 49 (1929).
- SCHÖNBAUER E., « Untersuchungen zum römischen Staats- und Wirtschaftsrecht. », *ZSS (Rom. Abt.)* 47 (1926)
- SCHÖNBAUER E., « Zur Erklärung der lex metalli Vipascensis. », *ZSS (Rom. Abt.)* 46 (1926).
- SCHÖNBAUER E., « Zur Frage des Liegenschaftsewerbs im Altertum. », In : *Atti del IV Congresso Internazionale di Papirologia*, Milano, 1936.
- SCHWARZ A.B., « La réception et l'assimilation des droits étrangers », *Recueil Lambert*, I—II, Paris, 1938<sup>1</sup>.
- SCHWARZ A.B., « Pandektenwissenschaft und heutiges romanistisches Studium. », In : *Rechtsgeschichte und Gegenwart*, Hrsg. von H. THIEME und F. WIEACKER, Karlsruhe, 1960.
- SCHWENZER I.—MÜLLER-CHEN M., *Rechtsvergleichung. Fälle und Materialien*, Tübingen, 1996.
- SEIDL E., « „Sponsio“ und „stipulatio“ in Vergleich mit der ägyptischen Rechtsentwicklung. », In : *Scritti Ferrini*, IV., Milano, 1949.
- SEIDL E., *Römische Rechtsgeschichte*, Hannover, 1949.
- SELB W., « Le livre syro-romain et l'idée d'un coutumier de droit séculier orientalo-chrétien. », In : *L'oriente cristiano nella storia della civiltà*, Roma, 1964.
- SELB W., *Zur Bedeutung des Syrisch-Römischen Rechtsbuches*, München, 1964.
- STEIN P., *Legal Evolution. The story of an Idea*, Cambridge, 1980.
- STOLLEIS M., *Gemeinwohlformeln in nationalsozialistischen Recht*, München, 1973.
- STURM F., « Das römische Recht in der Sicht von Gottfried Wilhelm Leibniz. », In : *Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart*, Tübingen, 1968.
- TAUBENSCHLAG R., *Rzyskie prawo prywatne na tle praw antycznych*, Warszawa, 1955.
- TRIPICCIÓN A., *La comparazione giuridica*, Padova, 1961.
- TUREČEK J., *Světové dějiny státu a práva v starověku*, Praha, 1963.
- TYHOMIROV J.A., *Kursz szravnyityelnovo pravovegyenyija*, Moskva, 1996.
- VALLINDAS P., *Introduction to Comparative Law*, Saloniki, 1952.
- VAN CAENEGEM R.C., *Introduction historique au droit privé*, Bruxelles, 1988.
- VAN DER HELM A.J.—MEYER V.M., *Comparer en Droit. Essai Méthodologique*, Strasbourg, 1991.
- VAN ZYL D.H., *Beginsels van Regsvergelyking*, Durban, 1981.
- VANDERLINDEN J., *Comparer les droits*, Bruxelles, 1995.
- VEGTING W.G., *Domaine public et res extra commercium. Étude historique du droit romain, français et néerlandais*, Alphen aan den Rijn, 1952.
- VINOGRADOFF P., *Outlines of Misterieal Jurisprudence*, I.—II., London, 1920—1932.
- VOGEL W., *Franz Hotman und die Privatrechtswissenschaft seiner Zeit. Diss.*, Freiburg i. Br., 1960.
- VOGT H., *Franciscus Duarenus*, Köln, 1971.

- VOLTERRA E., « Les rapports entre le Droit romain et les Droits de l'Orient. », *RIDA* 3(1955).
- VOLTERRA E., « Pretese derivazioni del diritto romano privato da diritti stranieri ». (*Conférence. Compte-rendu de e. Papa*), *Labeo* 9(1963).
- VOLTERRA E., *Diritto Romano e diritti orientali*, Bologna, 1937.
- VOLTERRA E., *Istituzioni di diritto romano*, Roma, 1961.
- WATSON A., *Legal Transplants. An Approach to Comparative Law*, Athens (Georgia), 1993<sup>2</sup>.
- WATSON A., *Roman Law and Comparative Law*, Athens (Georgia), 1991.
- WENGER L., « Die rechtshistorische Papyrusforschung. Ergebnisse und Aufgaben. », In : *Archiv für Kulturgeschichte* 19., Leipzig, 1928.
- WENGER L., « Rechtsvergleichung, Rechtsgeschichte und bürgerliches Recht. », In : *Festschrift Maurović*, Beograd, 1934.
- WENGER L., « Wesen und Ziele der antiken Rechtsgeschichte. », In : *Studi Bonfante*, II., Milano, 1930.
- WENGER L., *Der heutige Stand der römischen Rechtswissenschaft. Erreichtes und Erstrebtes*, München, 1927.
- WESENBERG G., « Savigny als Interpolationenforscher. », *ZSS (Rom. Abt.)* 82 (1952).
- WIEACKER F., « Friedrich Carl von Savigny. », *ZSS (Rom. Abt.)* 85(1955).
- WIEACKER F., « Jhering und der „Darwinismus“. » In : *Festschrift Larenz*, München, 1973.
- WIEACKER F., *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2e éd., Göttingen, 1967.
- WILHELM W., « Das Recht im römischen Recht. », In : *Jherings Erbe, Göttinger Symposium zur 150. Wiederkehr des Geburtstages von Rudolf von Jhering*, Göttingen, 1970.
- WISE E.M., « The Transplant of Legal Patterns », *AJCL* 38 (1990).
- WOHLHAUPTER E., *Dichterjuristen*, III. Hrsg. von H. G. SEIFERT, Tübingen, 1957.
- WOLF E., *Grosse Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte*, 4e éd., Tübingen, 1963.
- WOLFF H.J., « Das Recht der griechischen Papyri ägyptens in der Zeit der Ptolemaier und des Prinzipats. », II., *Organisation und Kontrolle des Privaten Rechtsverkehrs*, München, 1978.
- YNTEMA H.E., « Roman Law as the Basis of Comparative Law. », In : *Law : A Century of Progress 1835—1935*, 2e éd., New-York, 1937, In : *Rechtsvergleichung*, Hrsg. von K. ZWIEGERT und H.-J. PUTTFARKEN, Darmstadt, 1978.
- ZAJTAY I., *Beiträge zur Rechtsvergleichung*, Tübingen, 1976.
- ZIMMERMANN R., *Roman and Comparative Law : The European Perspective*, *Legal History* 16 (1995).
- ZITELMANN E., « Aufgaben und Bedeutung der Rechtsvergleichung. », In : *Rechtsvergleichung*, Hrsg. von ZWIEGERT K. und PUTTFARKEN H.-J., Darmstadt, 1978.
- ZOCCO-ROSSA A., « Di alcuni raffronti tra il Codice leggi di Hammurabi e le leges XII Tabularum. », In : *Annuario dell'Istituto di Storia del Diritto Romano*, Catania, 1915.
- ZWIEGERT K.—KÖTZ H., *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrecht.*, I., Grundlagen. 2e éd., Tübingen, 1984.
- ZWIEGERT K.—KÖTZ H., *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*, Tübingen, 1996<sup>3</sup>.
- ZWIEGERT K.—KÖTZ H., *Introduction to Comparative Law*, Tübingen, 1992.
- ZWIEGERT K., « Jherings Bedeutung für die Entwicklung der rechtsvergleichenden Methode. », In : *Jherings Erbe. Göttinger Symposium zur 150. Wiederkehr des Geburtstages von Rudolf von Jhering.*, Göttingen, 1970.

## 2. Histoire du droit (privé) européen

- ANNERS E., *Der Europeiske retts historie*, Oslo, 1993<sup>5</sup>.
- BART J., *Histoire du droit privé de la chute de l'Empire romain au XIX<sup>e</sup> siècle*, Paris, 1998.
- BERMAN H.J., *Law and Revolution. The Formation of Western Legal Tradition*, Cambridge (Massachusetts) — London, 1983.
- BERMAN H.J., *Recht und Revolution. Die Bildung der westlichen Rechtstradition*, (übers. von H. Vetter), Frankfurt a. M., 1991<sup>2</sup>.
- CARVALE M., *Ordinamenti giuridici dell' Europa medievale*, Bologna, 1994.
- CARBASSE J.-M., *Introduction historique au droit*, Paris, 1998.
- CAVANNA A., *Storia del diritto moderno in Europa*, Napoli, 1982.
- COING H., (hrsg.): *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, I—III., München, 1973—1988.
- COING H., *Epochen der Rechtsgeschichte in Deutschland*, München, 1971<sup>2</sup>.
- COING H., *Europäisches Privatrecht*, I. 1500—1800. München, 1985., II. 1800—1914. München, 1989.
- DAVID R.—GRASSMANN G., *Einführung in die großen Rechtssysteme der Gegenwart*, München, 1989<sup>2</sup>.

- DAVID R.—JAUFFRET-SPINOSI C., *Les grands systèmes de droit contemporains*, Paris, 2002<sup>11</sup>.  
 Droit romain Jus civile et droit français sous la direction de J. Krynen », *Études d'histoire du droit et des idées politiques* 3 (1999) Toulouse, 1999.
- ELLUL J., *Histoire des institutions*, I—V, 1982<sup>8</sup>.
- GAUDEMET J., *Les naissances du droit. Le temps, le pouvoir et la science au service du droit*, Paris, 2001<sup>3</sup>.
- GIARO T., « Europäische Privatrechtsgeschichte : Werkzeug der Rechtsvereinheitlichung und Produkt der Kategorienvermischung », *IC* 21 (1994).
- GMÜR R., *Rechtswirkungsdenken in der Privatrechtsgeschichte*, Bern, 1981.
- HATTENHAUER H., *Europäische Rechtsgeschichte*, Heidelberg, 2004<sup>4</sup>.
- HESPANHA A.M., *Introdução à história do direito europeu*, Bologna, 1999.
- HESPANHA A.M., *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*, Lisboa, 1999.
- KECSKÉS L., *A polgári jog fejlődése a kontinentális Európa nagy jogrendszereiben. Történeti vázlat (Le développement du droit civil dans les grands systèmes juridiques en Europe continentale. Esquisse historique)*, Budapest—Pécs, 2004.
- KELLY J.M., *Short History of Western Legal Theory*, Oxford, 1992.
- KÖBLER G., *Lexikon der europäischen Rechtsgeschichte*, München, 1997.
- LAUFS A., *Rechtswirkungen in Deutschland*, Berlin—New York, 1996<sup>5</sup>.
- LOSANO M.G., *I grandi sistemi giuridici*, Torino, 1978.
- LUPOI M., *On the Origins of the European Legal Order*, Cambridge, 2000.
- MERRYMAN J.H., *The Civil Law Tradition. An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*, Cambridge, 1985<sup>2</sup>.
- PIANO MORTARI V., *Gli inizi del diritto moderno in Europa*, Napoli, 1980.
- RAJEVIC SZ. I., *Grasdanskoie pravo boursuasno-kapitalistyiceskovo mira v ievo istoriseskom razvitii 1789—1926*, Moskva — Leningrad, 1929.
- RAVA T., *Introduzione al diritto della civiltà europea*, Padova, 1982.
- ROBINSON O.F.—FERGUS T.D.—GORDON W.M., *European Legal History. Sources and Institutions*, London — Dublin — Edinburgh, 1994<sup>2</sup>.
- RUSZOLY J., *Európai jogtörténet ( Histoire du droit en Europe)*, Szeged, 2001.
- SCHLOSSER H., *Grundzüge der neueren Privatrechtsgeschichte*, Heidelberg, 2001<sup>9</sup>.
- SEAGLE W., *The Quest of Law*, New York, 1941.
- SEAGLE W., *Weltgeschichte des Rechts*, 1967<sup>3</sup>.
- SEAGLE W., *Weltgeschichte des Rechts. Eine Einführung in die Probleme und Erscheinungsformen des Rechts*, München—Berlin, 1958<sup>2</sup>.
- SMITH M., *A General View of European Legal History*, New York, 1927.
- SMITH M., *The Development of European Law*, New York, 1928.
- STÜHLER H.-U., « Die Diskussion um die Erneuerung der Rechtswissenschaft von 1780—1815. », Berlin, 1998.
- STÜHLER H.-U., *Die Diskussion um die Erneuerung der Rechtswissenschaft von 1780—1815*, Berlin, 1978.
- THIEME H., *Ideengeschichte und Rechtsgeschichte*, Köln, u. a., 1986.
- VAN CAENEGEM R.C., *An Historical Introduction to Private Law*, Cambridge, 1992.
- VAN CAENEGEM R.C., *Introduction historique au droit privé*, Bruxelles, 1988.
- VARANO V.—BARSOTTI V., *La tradizione giuridica occidentale*, Torino, 2004<sup>2</sup>.
- WESENBERG G.—WESENER G., *Neuere deutsche Rechtsgeschichte im Rahmen der europäischen Rechtsentwicklung*, Wien — Köln — Graz, 1985<sup>4</sup>.
- WIEACKER F., « Der gegenwärtige Stand der Disziplin der neueren Privatrechtsgeschichte », In : *Eranion G.S. Maridakis*, Athenai, 1963.
- WIEACKER F., *A History of Private Law in Europe. With Particular Reference to Germany*. (Transl. by T. Weir). Oxford, 1995.
- WIEACKER F., *História do direito privado moderno* (Tradução de A.M. Botelho Hespanha), Lisboa, 1967.
- WIEACKER F., *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter*, Göttingen, unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Rechtsentwicklung. 1967<sup>2</sup>. (réimpression : 2001)
- WIEACKER F., *Storia del diritto privato moderno con particolare riguardo alla Germania*, (trad. di U. Santarelli e S.A. Fusco), Milano, 1980.
- WOLF A., *Gesetzgebung in Europa 1000 — 1500.*, München, 1996<sup>2</sup>.

### 3. Histoire de la science juridique européenne

- « Die Bedeutung der Wörter », In : *Studien zur europäischen Rechtsgeschichte. Festschrift für St. Gagnér zum 70. Geburtstag*, München, 1991.
- ARNAUD A.J., *Pour une pensée juridique européenne*, Paris, 1991.
- BART J., *Histoire du droit privé de la chute de l'Empire romain au XIX<sup>e</sup> siècle*, Paris, 1998.
- CANNATA C.A.—GAMBARO A., *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea. II: Dal medioevo contemporanea*, Torino, 1989<sup>4</sup>.
- CAVANNA A., *Storia del diritto moderno in Europa, I.*, Milano, 1979.
- DEL VECCHIO A., *Di Irnerio e della sua scuola*, Pisa, 1869.
- FRIED J., *Die Entstehung des Juristenstandes im 12. Jahrhundert*, Köln, 1974.
- HAZELTINE H.D., « The Renaissance and the Laws of Europe », In : *Cambridge Legal Essays Written in Honour of and Presented to Doctor Bond, Professor Buckland and Professor Kenny*, Cambridge, 1926.
- HÜBNER H., « Gemeines Recht und Jurisprudenz im Zeitalter des Humanismus », In : *Festschrift für K. Larenz*, München, 1973.
- KELLY J.M., *Short History of Western Legal Theory*, 1992.
- PADOA SCHIOPPA A., *Italia ed Europa nella storia del diritto*, Bologna, 2003.
- RADDING CH.M., *The Origins of Medieval Jurisprudence, Pavia and Bologna 850—1150*, New Haven—London, 1988.
- VAN CAENEGEM R.C., *Judges, Legislators and Professors. Chapters in European Legal History*, Cambridge, 1992.
- VILLEY M., *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, 1968.
- WIEACKER F., « Foundations of European Legal Culture », *American Journal of Comparative Law* 38. (1990).
- WIEACKER F., « The Importance of Roman Law for Western Civilization and Western Legal Thought », *Boston College International & Comparative Law Review* 4, 1981.
- WOLF E., *Große Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte*, Tübingen, 1963<sup>4</sup>.

#### 4. Survie du droit romain (en général)

- AGOSTINI E., *Direito comparado*, Porto, 1992.
- ASTUTI G., *Tradizione romanistica e civiltà giuridica europea, I—III.*, Napoli, 1984.
- AVENARIUS M., *Rezeption des römischen Rechts in Rußland. Dmitrij Mejer, Nikolaj Djuvernua und Iosif Pokrovskij*, Göttingen, 2004.
- BERETTA ANGUISO P., *L'Europa e il suo diritto, I: Premessa romana*, Firenze, 1967.
- BERNAL B.—DE JESÚS LEDESMA J., *Historia del derecho romano y de los derechos neorromanistas (De los orígenes de la alta edad media)*, Mexico, 1992<sup>5</sup>.
- BESTA E., « Fonti : Legislazione e scienza giuridica dalla caduta dell' impero romano al secolo decimoquinto », In : *Storia del diritto italiano, dir. da P. del Giudice, I 1*, Milano, 1923. (réimpression : Frankfurt a. M.—Firenze, 1969).
- BESTA E., *L'opera d' Irnerio, I*, Torino, 1896.
- BROGGINI G., *Le droit romain et son influence actuelle*, In : *Vers un droit privé européen commun?* (red. B. SCHMIDLIN), 1994.
- BRYNESTON W.E., « Roman Law and Legislation in the Middle Ages », *Speculum* 41 (1966).
- BUCKLAND W.W.—MCNAIR A.D., *Roman and Common Law. A Comparison in Outline*, Cambridge, 1953<sup>2</sup>. (second edition, revised by F. H. LAWSON, Cambridge, 1965<sup>2</sup>).
- CONRAT M., *Geschichte der Quellen und Literatur des römischen Rechts im früheren Mittelalter*, Leipzig, 1891.
- DE VERGOTTINI G., *Studi sulla legislazione imperiale di Federico in Italia, Le leggi del 1220*, Milano, 1952.
- Einzelne Probleme der Rechtsgeschichte und des römischen Rechts. Referate der Internationalen Arbeitskonferenz für Rechtsgeschichte und Römisches Recht, Szeged, 18—20. September 1969* (hrsg. von Ö. BOTH und E. PÓLAY), Szeged, 1970.
- ELSENER F., *Studien zur Rezeption des gelehrten Rechts*, Sigmaringen, 1989.
- ENGELMANN W., *Die Wiedergeburt der Rechtskultur in Italien durch die wissenschaftliche Lehre*, Leipzig, 1938.
- FITTING H., *Die Anfänge der Rechtschule zu Bologna*, Berlin, 1888.
- FLACH J., *Études critiques sur l'histoire du droit romain au Moyen-Âge*, Paris, 1890. (réimpression : Hildesheim—Zürich—New York, 1985).

- FÖLDI A.—HAMZA G., *A római jog története és institúciói (Histoire et institutions du droit romain)*, Budapest, 2004<sup>9</sup>.
- FRANKLIN O., *Beiträge zur Geschichte der Rezeption des römischen Rechts in Deutschland*, Hannover, 1863.
- GARCÍA Y GARCÍA A., *En el entorno del derecho común*, Madrid, 1999.
- GENZMER E., «Das römische Recht als Mitgestalter gemeineuropäischer Kultur», In : *Gegenwartsprobleme des internationalen Rechts und der Rechtsphilosophie. Festschrift für R. Laun zu seinem 70. Geburtstag*, Hamburg, 1953.
- GIARO T., «Geltung und Fortgeltung des römischen Juristenrechts», *ZSS RA* 111 (1994).
- HORN N., «Die juristische Literatur der Kommentatorenzeit», *IC* 2 (1969).
- JOLOWICZ H.J., *Roman Foundation of Modern Law*, Oxford, 1957.
- KOSCHAKER P., *Europa und das römische Recht*, München—Berlin, 1966<sup>4</sup>.
- KOSCHAKER P., *L'Europa e il diritto romano* (traduzione italiana di A. Biscardi), Firenze, 1962.
- KRAUSE H., *Kaiserrecht und Rezeption*, Heidelberg, 1952.
- KUNKEL W., «Das römische Recht am Vorabend der Rezeption», In : *L'Europa e il Diritto Romano, Studi in memoria di P. Koschaker*, I., Milano, 1954.
- KUNKEL W., *Das Wesen der Rezeption des Römischen Rechts*, Heidelberger Jahrbücher, 1957.
- Le droit romain et le monde contemporain. Mélanges à la mémoire de H. Kupiszewski* (red. W. WOŁODKIEWICZ), Varsovie, 1996.
- Le droit romain et sa réception en Europe. Les actes du colloque organisé par la Faculté de droit et Administration de l'Université de Varsovie, en collaboration avec l'Accademia Nazionale del Lincei le 8—10 octobre 1973* (éd. par H. KUPISZEWSKI et W. WOŁODKIEWICZ), Varsovie, 1978.
- LEICHT P.S., *Il diritto privato preirneriano*, Bologna, 1933.
- MATTEI U.—MONATERI P.G., *Introduzione breve al diritto comparato*, Padova, 1997.
- MEIJERS E.M., *Études d'histoire du droit. III: Le droit romain au Moyen-Âge*, Leiden, 1959.
- MODDERMAN W., *De receptie van het Romeinsche regt*, Groningen, 1874.
- MODDERMAN W., *Die Rezeption des römischen Rechts*, (übers. Mit Zusätzen hrsg. von K. SCHULZ), Jena, 1875.
- MUTHER TH., *Zur Geschichte der Rechtswissenschaft und der Universitäten in Deutschland*, Jena, 1876. (réimpression : Amsterdam, 1961).
- PAPACHRISTOS A.C., *La réception des droits privés étrangers comme un phénomène de sociologie juridique*, Paris, 1975.
- PICKER E., «Zum Gegenwartswert des römischen Rechts», In : *Das antike Rom in Europa. Vortragsreihe der Universität Regensburg*, Regensburg, 1986.
- RHEINSTEIN M., «Types of Reception», *Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul* 5 (1956).
- SACCO R., *Einleitung in die Rechtsvergleichung*, Baden—Baden, 2001.
- SAVIGNY FR.C.V., *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter I—VII.*, Heidelberg, 1834—51<sup>2</sup>.
- SCHMIDT C.A., *Die Rezeption des römischen Rechts in Deutschland*, Berlin, 1868.
- SHERMAN C.P., *Roman Law in the Modern World*, I—III, Boston, 1917.
- SOLIDORO MARUOTTI L., *La tradizione romanistica nel diritto europeo. I — Dal crollo dell'Impero romano d'Occidente alla formazione dello ius commune. Lezioni*, Torino, 2001.
- STEIN P., «The Character and Influence of the Roman Civil Law», In : *Historical Essays*, London — Ronceverte, 1988.
- STEIN P., *Le droit romain et l'Europe. Essai d'interprétation historique* (édité et préfacé par J.-Ph. DUNAND et A. KELLER), Genève—Zurich—Bâle, 2004<sup>2</sup>.
- STEIN P., *Roman Law in European History*, Cambridge, 1999.
- STEIN P.G., *Römisches Recht und Europa. Die Geschichte einer Rechtskultur*, Frankfurt a. M., 1996.
- STINTZING R., *Geschichte der populären Literatur des römisch-kanonischen Rechts in Deutschland am Ende des fünfzehnten und im Anfang des sechszehnten Jahrhunderts.*, Leipzig, 1867.
- Studien zum römischen Recht in Europa* (red. G. HAMZA), Budapest, 1992.
- TAMM D., *Roman Law and European Legal History*, Copenhagen, 1997.
- THIEME H., *Das Naturrecht und die europäische Privatrechtsgeschichte*, Basel, 1954<sup>2</sup>.
- TRUSEN W., *Anfänge des gelehrten Rechts in Deutschland. Ein Beitrag zur Geschichte der Frührezeption*, Wiesbaden, 1962.
- VINOGRADOFF P., *Diritto romano nell'Europa medievale.* (Seconda edizione curata da F. DE ZULUETA, tradotta da S. RICCOBONO), Milano, 1950.
- VINOGRADOFF P., *Roman Law in Medieval Europe.* Oxford, 1961<sup>3</sup>.
- VON BELOW G., *Die Ursachen der Rezeption des römischen Rechts in Deutschland.* München, 1905. (réimpression : Aalen, 1964).
- WATSON A., *The Making of the Civil Law*, Cambridge, 1981.

ZIMMERMANN R., *The Law of Obligations — Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town — München, 1993. (Wetton — Johannesburg 1990.).

## 5. Histoire du droit médiéval

- ASCHERI M., *I diritti del medioevo italiano, Secoli XI—XV.*, Roma, 2000.  
*Bartolo da Sassoferrato. Studi e documenti per il VI centenario*, I—II. Milano, 1962.  
BELLOMO M., *L'Europa del diritto comune*, Roma, 1994<sup>7</sup>.  
BÓNIS GY., *A jogtudó értelmiség a középkori Nyugat- és Közép-Európában (L'intelligentsia ayant expertise juridique en Europe occidentale et centrale)*, Budapest, 1972.  
CALASSO F., *Introduzione al diritto comune*, Milano, 1951.  
CALASSO F., *La legislazione statutaria dell' Italia meridionale*, Roma, 1929. (réimpression : Roma, 1970.).  
CALASSO F., *Medioevo del diritto I. Le fonti*, Milano, 1954.  
CAMPITELLI A., *Europeenses. Presupposti storici e geni del diritto comune*, Bari, 1990.  
CORTESE E., *Il rinascimento giuridico medievale*, Roma, 1996<sup>2</sup>.  
CORTESE E., *Le grandi linee della storia giuridica medievale*, Roma, 2000.  
DANIEL A., *Gemeines Recht Eine systematische Einordnung der Rechtsfigur und ihrer Funktion sowie die Bestimmung der inhaltlichen Probleme aus der Sicht des 18. Jahrhunderts*, Berlin, 2003.  
ENGELMANN W., *Die Wiedergeburt der Rechtskultur in Italien durch die wissenschaftliche Lehre*, Leipzig, 1938.  
ERMINI G., *Corso di diritto comune*, Milano, 1989<sup>3</sup>.  
FITTING H., *Juristische Schriften des frühen Mittelalters*, Halle a. S., 1876 (réimpression : Aalen 1965).  
GARCÍA Y GARCÍA A., *Derecho comun en Espana: los juristas y sus obras*, Murcia, 1991.  
GENZMER E., «Das römische Recht als Mitgestalter gemeineuropäischer Kultur», In : *Gegenwartsprobleme des internationalen Rechts und der Rechtsphilosophie, Festschrift für R. Laun zu seinem 70. Geburtstag*, Hamburg, 1953.  
GENZMER E., «Die justinianische Kodifikation und die Glossatoren», In : *Atti del congresso internazionale di diritto romano in Bologna e Roma 1933*, Pavia, 1934—1935  
GROSSI P., *L'ordine giuridico medievale*, Roma—Bari, 1996<sup>2</sup>.  
KANTOROWICZ H.U., *Studies in the Glossators of the Roman Law*, Cambridge, 1938.  
KÖBLER G., *Das Recht im frühen Mittelalter*, Köln, u. a., 1971.  
LANGE H., *Die Anfänge der modernen Rechtswissenschaft. Bologna und das frühe Mittelalter* (Akademie der Wissenschaften und der Literatur, Abhandlungen der Geistes- und Sozialwissenschaften Klasse 1993, 9), Stuttgart, 1993.  
MAITLAND F.W., *Roman Canon Law in England*, London, 1898.  
MOR C.G., *Scritti di storia giuridica altomedievale*, Pisa, 1977.  
PACE G., «Garnerius, Theutonicus. Nuove fonti su Iernerio e i quattro dottori», *RIDC* 2 (1991).  
PADOA-SCHIOPPA A., *Il diritto nella storia d'Europa, Il medioevo*, I, Padova, 1995.  
PARADISI B., *Studi sul medio evo giuridico*, Roma, 1987.  
PATTETA F., *Studi sulle fonti giuridiche medievali*, Torino, 1967.  
POST G., *Studies in Medieval Legal Thought*, 1964.  
PRODI P., *Una storia della giustizia. Dal pluralismo dei fori al moderno dualismo tra coscienza e diritto*, Bologna, 2000.  
SCHRAGE E.J.H., *Utrumque ius. Eine Einführung in das Studium der Quellen des mittelalterlichen gelehrten Rechts*, Berlin, 1992.  
VAN CAENEGEM R.C., *Judges, Legislators and Professors: Chapters in European Legal History*, Cambridge, 1987.  
WOLF A., *Gesetzgebung in Europa 1000—1500*, München, 1996<sup>2</sup>.

## 6. Science juridique humaniste

- BUONAMICI F., *Il Poliziano della letteratura nel diritto giureconsulto*, Pisa, 1863. (réimpression : Milano, 1987.).  
COING H., «Bartolus und der usus modernus Pandectarum in Deutschland», In : *Bartolo da Sassoferrato. Studi e documenti per il VI centenario*, I. Milano, 1962.  
GIRARD P.F., «Les préliminaires de la Renaissance du droit romain», *RHDE* 4 (1922).  
GUZMÁN BRITO A., *Ratio scripta*, Frankfurt a. M., 1981.  
HAZELTINE H.D., *The Renaissance and the Laws of Europe*, Cambridge, 1926.

- HÜBNER H., « Jurisprudenz als Wissenschaft im Zeitalter des Humanismus », In : *Festschrift für K. Larenz zum 90. Geburtstag*, München, 1993.
- KISCH G., *Bartolus und Basel*, Basel, 1960.
- KISCH G., *Erasmus und die Jurisprudenz seiner Zeit*, Basel, 1960.
- KISCH G., *Humanismus und Jurisprudenz*, Basel, 1955.
- KISCH G., *Zasius und Reuchlin*, Konstanz, 1961.
- MAFFEI D., *Gli inizi dell' umanesimo giuridico*, Milano, 1956.
- MONHEIT M. L., « Guillaume Budé, Andrea Alciato, Pierre de l'Estoile : Renaissance Interpreters of Roman Law », *Journal of the History of Ideas* 58 (1997).
- STEIN P., « Donellus and the Origins of the Modern Civil Law », In : *Mélanges F. Wubbe*, Fribourg, 1993.
- STINTZING R., *Ulrich Zasius*, Basel, 1857. (Réimpression : Darmstadt, 1961.).
- THIEME H., « Die beiden Amerbach », In : *L'Europa e il Diritto Romano. Studi in memoria di P. Koschaker*, I., Milano, 1954.
- THIEME H., *Zasius und Basel*, 79. Jahreshft des Geschichtsvereins Schauinsland, 1961.
- THIEME H., *Zasius und Freiburg. Aus der Geschichte der Rechts- und Staatswissenschaften zu Freiburg i. Br.*, 1957.
- THOMAS P., « A Theoretical Foundation for Juridical Humanism », *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte* 16 (1994).
- TROJE H.E., *Graeca leguntur. Die Aneignung des byzantinischen Rechts und die Entstehung eines humanistischen Corpus iuris civilis in der Jurisprudenz des 16. Jahrhunderts*, Köln—Wien, 1971.
- TROJE H.E., *Humanistische Jurisprudenz. Studien zur europäischen Rechtswissenschaft unter dem Einfluß des Humanismus*, Goldbach, 1993.
- VAN DEN BERGH G.C.J.J., « Geschichtsbewußtsein im 17. Jahrhundert: Die Verdunkelung der rechtshistorischen Leistungen der Eleganten Schule durch die Historische Schule », In : *Akten des 26. Deutschen Rechtshistorikertages* (hrsg. v. D. SIMON), Frankfurt a. M., 1987.
- VAN DEN BERGH G.C.J.J., *The Life and Work of Gerard Noodt (1647—1725). Dutch Legal Scholarship between Humanism and Enlightenment*, Oxford, 1988.
- VAN DER BERGH G.C.J.J., « Die Holländische Schule und die Historische Schule: Weiteres zur Geschichte eines Mißverständnisses », In : *Die rechtswissenschaftlichen Beziehungen zwischen den Niederlanden und Deutschland in historischer Sicht* (hrsg. von R. FEENSTRA und C. COPPENS), Nijmegen, 1991.
- VON MOELLER E., *Andreas Alciat (1492—1550). Ein Beitrag zur Entstehungsgeschichte der modernen Jurisprudenz*, Breslau, 1907.
- WINTERBERG H., *Die Schüler von Ulrich Zasius*, Stuttgart, 1961.

## 7. Droit romain et droit naturel

- AMBROSETTI G., *Diritto naturale cristiano*, Milano, 1985<sup>2</sup>.
- COTTA S., « Six thèses sur les rapports entre droit naturel et droit positif », In : *Das Naturrechtsdenken heute und morgen. Gedächtnisschrift für R. Marcic*. II. Berlin, 1983.
- DUFOUR A., « Droit naturel / Droit positif », *Archives de philosophie du droit* 35 (1990).
- DUFOUR A., « Les ruses de la raison d'État ou Histoire et Droit naturel dans l'œuvre et la pensée des Fondateurs de l'École du droit naturel moderne », In : *Festschrift für H. Thieme zu seinem 80. Geburtstag*. Sigmaringen, 1986.
- FLUECKIGER F., *Geschichte des Naturrechts*, Bd. 1. Zürich, 1954.
- HAMZA G., « Bemerkungen über den Begriff des Naturrechts bei Cicero », In : *Nozione formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al prof. F. Gallo I.*, Napoli, 1997.
- LEVY E., « Natural Law in Roman Thought », *SDHI* 15 (1949).
- MASCHI A., « Il Diritto naturale come ordinamento giuridico inferiore », In : *Studi in memoria di P. Koschaker II*. Milano, 1954.
- SAUTER J., *Die philosophisten Grundlagen des Naturrechts*, Wien, 1932.
- SEVE R., *Leibniz et l'Ecole moderne du droit naturel*, Paris, 1989.
- THOMANN M., *Christian Wolff et son temps*, Thèse, Strasbourg, 1963.
- TODESCAN F., *Le radici teologiche del giusnaturalismo laico, II.: Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Jean Domat*, Milano, 1987.
- VILLEY M., « Abrégé du droit naturel classique », *Archives de philosophie du droit* 6 (1961).

## 8. Codifications et traditions du droit romain

- BONINI R., *Appunti di storia delle codificazioni*, Bologna, 1987.
- BONINI R., *Crisi del diritto romano, consolidazioni e codificazioni nel Settecento europeo*, Bologna, 1988<sup>2</sup>.
- CARONI P., « La storia della codificazione e quella del codice », *INDEX* 29 (2001).
- CARONI P., *Lectiones catalanas sobre la historia de la codificación*, Madrid, 1996.
- CARONI P., *Saggi sulla storia della codificazione*, Milano, 1998.
- COING H., *Europäische Grundlagen des modernen Privatrechts. Nationale Gesetzgebung und europäische Rechtsdiskussion in 19. Jahrhundert*, Opladen, 1986.
- DAWSON J.P., *The Oracles of Law*, Ann Arbor, 1968.
- FEENSTRA R., *Romeinsrechtelijke grondslagen van het Nederlands privaatrecht: inleidende hoofdstukken*, Leiden, 1994.
- GAGNÉR S., *Studien zur Ideengeschichte der Gesetzgebung*, Stockholm—Uppsala—Göteborg, 1960.
- Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft — Ansatzpunkte, Ausgangsfragen, Ausfaltungen*, (hrsg. P.-CHR. MÜLLER-GRAFF), Baden—Baden, 1999<sup>2</sup>.
- HAUSMANINGER H.—SELB W., *Römisches Privatrecht*, 1997<sup>8</sup>.
- IRTI M., *L'età della decodificazione*, Milano, 1999<sup>4</sup>.
- KNIEPER R., *Gesetz und Geschichte. Ein Beitrag zu Bestand und Veränderung des Bürgerlichen Gesetzbuches*, Baden—Baden, 1996.
- La codificazione del diritto dall'antico al moderno*, Napoli, 1998.
- LERMINIER E., *Cours d'histoire des législations comparées*, Paris, 1836.
- LOKIN J.H.A.—ZWALVE W.J., *Hoofdstukken uit de Europe codicatiegeschiedenis*, Groningen, 2001<sup>3</sup>.
- PETRONIO U., « La nozione di Code civil fra tradizione e innovazione (con un cenno alla sua pretesa completezza) », *QF* 27 (1998).
- PETRONIO U., *La lotta per la codificazione*, Torino, 2002.
- SCHIPANI S., *La codificazione del diritto romano comune*, Torino, 1996.
- SCHWARZ A.B., « La réception et l'assimilation des droits étrangers », In : *Introduction à l'étude du droit comparé. Recueil d'études en l'honneur d'E. Lambert II*. Paris, 1938.
- THIEME H., « Die preußische Kodifikation. Privatrechtsgeschichtliche Studien » II., *ZSS GA* 57 (1937).
- THIEME H., « Die Zeit des späten Naturrechts. Eine privatrechtsgeschichtliche Studie », *ZSS GA* 56 (1936).
- TILMANN W., *Eine Privatrechtskodifikation für die Europäische Gemeinschaft?*, Baden—Baden, 1999<sup>2</sup>.
- VALENTINO M., « Romanistica e codice civile, spunti per l'analisi di uno storico « connubium » », *Labeo* 41 (1995).
- VAN KAN J., *Les efforts de codification en France*, Paris, 1929.
- VANDERLINDEN J., *Le concept de Code en Europe occidentale du VIII<sup>e</sup> au XIX<sup>e</sup> siècle. Essai de définition*, Bruxelles, 1967.
- VARGA CS., *A kodifikáció mint társadalmi-történelmi jelenség, (Codification comme phénomène socio-historique)* Budapest, 1979.
- VARGA CS., *Codification as a Socio-Historical Phenomenon*, Budapest, 1991.
- VIORA M., *Consolidazioni e codificazioni. Contributo alla storia della codificazione*, Torino, 1967<sup>3</sup>.
- VON BELOW G., *Die Ursachen der Rezeption des römischen Rechts in Deutschland*, München, 1905. (réimpression: Aalen, 1964.).
- WELZEL H., « Die Paulskirche und die Kodifikationsfrage (zu § 64 der Paulskirchenverfassung) », *ZSS RA* 72 (1955).
- WELZEL H., *Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs. Ein Beitrag zur Ideengeschichte des 17. und 18. Jahrhunderts*, Berlin, 1958.
- ZIMMERMANN R., « Civil Code and Civil Law — The “Europeanization” of Private Law within the European Community and the Re-emergence of a European Legal Science », *The Columbia Journal of European Law* 1 (1994/1995).
- ZIMMERMANN R., « Römisches Recht und europäische Rechtseinheit », *Gymnasium* 102 (1995).

## 9. École du droit historique (Science pandectiste)

- BLASCO Y., « Notas sobre la recepción de la parte general de Savigny en España », *Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija de Estudios sobre la Universidad* 2 (1999).
- CAPELLINI P., *Systema iuris I. Genesi del sistema e nascita della „scienza” delle Pandette*, Milano, 1984.
- CAPELLINI P., *Systema iuris II. Dal sistema alla teoria generale*, Milano, 1985.

- CLAVERO B., « „La gran dificultad.” Frustración de una ciencia de derecho en la España del siglo XIX », *IC* 12 (1984).
- DE CAMP J., ARBOIX, *Duran i Bas*, Barcelona, 1961.
- FIGUERAS M., *La escuela jurídica catalana frente a la coficación española. Duran i bas: su pensamiento jurídico-filosófico*, Barcelona, 1987.
- HAMZA G. — SAJÓ A., « Savigny a jogtudomány fejlődésének keresztútján, (Savigny au carrefour du développement de la science juridique) », *ÁJ* 23 (1980).
- HESPANHA A.M., « O projecto institucional do tradicionalismo reformista ». In : *O liberalismo na Península Ibérica na primeira metade de século XIX.*, Lisboa, 1982.
- JOHN M., *Politics and the Law in Late Nineteenth Century Germany. The Origins of the Civil Code*, Oxford, 1989.
- MAZZACANE A., « Pandettistica e diritto comune vigente », In : *Quale diritto comune oggi? ( a cura di V. Santarelli)*, Pisa, 2000.
- MAZZACANE A., *Savigny e i suoi interpreti. Studi sulla scienza giuridica dell'età liberale*, Napoli, 1995.
- PETIT C., « Il “codice inesistente” per una storia concettuale della cultura giuridica nella Spagna del XIX secolo », In : *Saperi della borghesia e storia dei concetti tra Otto e Novecento (a cura di R. Gherandi e G. Gozzi)*, Bologna, 1995.
- POLAY E., « A pandektisztika és hatása a magyar magánjog tudományára (La science pandécriste et son influence sur la science du droit privé hongrois) », *AUSz* 23 (1976).
- PÓLAY E., « Ursprung, Entwicklung und Niedergang der Pandektistik », *AUSz* 28 (1981).
- PUGLIESE G., « I pandettisti fra tradizione romanistica e moderna scienza del diritto », *RISG* 27 (1973) (réimpression : *Scritti giuridici scelti, III, Diritto romano*, Napoli, 1985.).
- SERRANO GONZÁLEZ A., « System bringt Roseni Savigny in der spanischen Kultur », *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte* 19 (1997).
- VALLET DE GOYTISOLO J., « Cotejo con la Escuela Histórica de Savigny », *Revista Jurídica de Catalunya* 78 (1979), pp. 564—67, pp. 771—819. et 79 (1980), pp. 9—47, pp. 281—311 et pp. 569—596.
- VANO C., « *Il nostro autentico Gaio* ». *Strategie della scuola storica alle origini della romanistica moderna*, Napoli, 2000.
- WIEACKER F., « Friedrich Carl von Savigny », *ZSS RA* 72 (1955).
- WILD G., *Leopold August Warnkönig 1794—1866. Ein Rechtslehrer zwischen Naturrecht und historischer Schule und ein Vermittler deutschen Geistes in Westeuropa*, Karlsruhe, 1961.

## 10. Droit canonique

- AUBERT J.-M., *Le droit romain dans l'œuvre de Saint Thomas*, Paris, 1955.
- BRUNDAGE J.A., *Medieval Canon Law*, London—New York, 1995.
- GARCÍA Y GARCÍA A., *Historia del derecho canonico*, Salamanca, 1967.
- GAUDEMET J., *Église et cité. Histoire du droit canonique*, Genève—Paris, 1994.
- GAUDEMET J., *L'Église dans l'Empire romain aux IV<sup>e</sup>—Ve siècles*, Paris, 1958. (réimpression : Paris, 1989).
- GAUDEMET J., *La formation du droit séculier et du droit de l'Église aux IV<sup>e</sup> et V<sup>e</sup> siècles*. Paris, 1957. (réimpression : Paris, 1971).
- GAUDEMET J., *Les sources du droit canonique, VIII<sup>e</sup>—XX<sup>e</sup> siècles*, Genève, 1993.
- HELMHOLZ R.H., *Roman Canon Law in Reformation England*, Cambridge, 1990.
- LANDAU P., « Der Rechtsbegriff des Kirchenrechts in philosophisch-historischer Sicht », In : *Das Recht der Kirche I, Zur Theorie des Kirchenrechts*, Güterloh, 1997.
- LE BRAS G., « Histoire du Droit et des Institutions de l'Église en Occident », In : *Prolégomènes par G. Le Bras*, Paris, 1955.
- LIERMANN H., « Das kanonische Recht als Grundlage europäischen Rechtsdenkens », *Zeitschrift für Kanonisches Recht* 6 (1957/58).
- MAITLAND F.W., *Roman Canon Law in England*, London, 1898.
- MARTINEZ-TORRÓN J., *Anglo-American Law and Canon Law. Canonical Roots of the Common Law Tradition*, Berlin, 1998.
- NEHLSSEN-VON STRYK K., « Der römisch-kanonische Zivilprozeß in der geschichtlichen Realität des 13. Jahrhunderts », In : *Die Bedeutung der Wörter. Studien zur europäischen Rechtsgeschichte. Festschrift für S. Gagnér zum 70. Geburtstag*, München, 1991.
- NÖRR K.W., « Il contributo del diritto canonico al diritto privato europeo », In : *Diritto canonico e comparazione* (red. BERTOLINO) 1992.

- NÖRR K.W., « Päpstliche Dekretalen und römischkanonischer Zivilprozeß », In : *Studien zur europäischen Rechtsgeschichte* (hrsg. von W. Wilhelm), 1972.
- R. WEHRLE R., « De la coutume dans le droit canonique », *Essai historique s'étendant des origines de l'Église en pontificat de Pie XI*, Paris, 1928.
- WEIMAR P., « Die legistische Literatur und die Methode des Rechtsunterrichts in der Glossatorenzeit » *IC 2* (1968).
- WINROTH A., *The Making of Gratian's Decretum*, Cambridge, 2000.
- WOLTER U., *Ius canonicum in iure civili: Studien zur Rechtsquellenlehre in der neueren Privatrechtsgeschichte*, Köln, 1975.

## 11. Droit romain et Common Law

- BRAND P., *The Making of the Common Law*, London—Rio Grande (Ohio), 1992.
- BUCKLAND W.—MCNAIR A.D., *Roman Law and Common Law. A Comparison in Outline*, Cambridge, 1953<sup>2</sup>. (second edition revised by F. H. LAWSON), (réimpression : Cambridge, 1965).
- CAIRNS J.W., *Blackstone, An English Institutio : Legal Record and Historical Reality*, Edinburgh, 1989.
- COING H., *Das Schriftum der englischen civilians und die Kontinentale Rechtsliteratur in der Zeit zwischen 1500 und 1800*, *IC 5* (1975).
- GLANWILL, *Tractatus de legibus et consuetudinibus regni Angliæ qui Glanvilla vocatur*, (red. and translated by G. D. G. HALL), 1965.
- HANBURY H.G., *The Vinerian Chair and Legal Education*, 1958.
- HELMHOLZ R.H., « Continental Law and Common Law : Historical Strangers or Companions », *Duke Law Journal*, 1990.
- HELMHOLZ R.H., *The Ius Commune in England. Four Studies*, New York, 2001.
- HOEFLICH M.H., *Roman and Civil Law and the Development of Anglo-American Jurisprudence in the Nineteenth Century*, Berlin, 1997.
- LEVACK BRIAN P., *The Civil Lawyers in England 1603—1641. A Political Study*, Oxford, 1973.
- OLIVER D.T., « Roman Law in Modern Cases in English Courts », In : *Cambridge Legal Essays Written in Honour of and Presented to Doctor Bond, Professor Buckland and Professor Kenny*, Cambridge, 1926.
- SEIPP DAVID J., « Roman Legal Categories in the Common Law », In : *The Making of the Civil Law. Legal Record and Historical Reality*, Cambridge, 1981.
- SIMPSON A.W.B., *A History of the Common Law of Contract*, Oxford, 1987.
- STEIN P., « Roman Law, Common Law and Civil Law », *TLR 66* (1992).
- STEIN P., « The Character and Influence of Roman Civil Law », In : *Historical Essays*, London — Ronceverte, 1988.
- The Reception of Continental Ideas in the Common Law World 1820—1920* (red. M. REIMANN), 1993.
- The Roman Law Tradition* (red. A.D.E. LEWIS AND D.J. IBBETSON), Cambridge, 1994.
- ULLMANN W., « Bartolus and English Jurisprudence », In : *Bartolo da Sassoferrato. Studi e documenti per il VI centenario I.*, Milano, 1962.
- VAN CAENEGEM R.C., *The Birth of the English Common Law*, Cambridge, 1988<sup>2</sup>.
- WATSON A., « The Impact of Justinian's Institutes on Academic Treaties : Blackstone's Commentaries », In : *Roman Law and Comparative Law*, Athens (Georgia), 1991.
- ZIMMERMANN R., « Roman Law, Contemporary Law, European Law. The Civilian Tradition Today », *Clarendon Law Lectures*, New York, 2001.

## 12. Droit romain, histoire du droit européen et droit européen

- BEAUD O., « Ouverture : L'Europe entre droit commun et droit communautaire », *DROITS 14* (1991).
- BELLOMO L., *L'Europa del diritto commune*, Roma, 1998<sup>3</sup>.
- BELLOMO M., « „Ius commune“ e „ius proprium“ Riflessioni su tendenze e aspetti della storiografia giuridica europea sul medioevo », In : *Excerptiones iuris : Studies in Honor A. Gouron*, (ed. by B. DURAND and L. MAYALI), Berkeley, 2000.
- BELLOMO M., « Federico II, la „Studium“ a Napoli e il diritto commune vel „Regnum“ », *Rivista Internazionale di Diritto Commune 2* (1991).
- BELLOMO M., *The Common Legal Past of Europe*, Washington D. C., 1995.
- CANNATA C.A., « Legislazione, prassi, giurisprudenza e dottrina dal XVIII al XX secolo come premesse per l'avvenire del diritto privato europeo », In : *Ricerche dedicate al Professor F. Gallo III.*, Napoli, 1997.

- CAPOGROSSI COLOGNESI L., « I fondamenti storici di un diritto comune europeo », *INDEX* 30 (2002).
- COING H., « Gemeines Recht und Gemeinschaftsrecht in Europa », In : *Festschrift für W. Hallstein*, Frankfurt a. M., 1966.
- CRIFÒ G., « Pandettisti e storicisti nel diritto romano oggi », *Diritto romano attuale. Storia, metodo, cultura nella scienza giuridica* 1 (1999).
- CRIFÒ G., « Prospettive romanistiche per l'Europa unita », *RIDA* 41 (1994).
- FERRI G., « La formazione del «civiltà europea» », In : *Ricerche dedicate al Professor F. Gallo IV.*, Napoli, 1997.
- GIARO T., « Römisches Recht, Romanistik und Rechtsraum », *IC* 22 (1995).
- KNÜTEL R., « Derecho romano y codificación del derecho civil », *Revista de derecho privado* 6 (1995).
- KNÜTEL R., « Derecho romano y ius commune frente a los Cortes de la Union Europea », In : *Roma America. Diritto romano commune* 1 (1996).
- KNÜTEL R., « Diritto romano e ius commune davanti a corti dell' Unione Europea. Nozione formazione e interpretazione del diritto dall' età romana alle esperienze moderne », In : *Ricerche dedicate al Professor F. Gallo III.*, Napoli, 1997.
- KNÜTEL R., « Ius Commune und Römisches Recht von Gerichten der Europäischen Union », *Juristische Schulung* 36 (1996).
- KNÜTEL R., « Rechtseinheit in Europa und römisches Recht », *ZEuP* 2 (1994).
- KNÜTEL R., « Römisches Recht und Europa », In : *Droit romain et identité européenne, supplément à RIDA* 41 (1994).
- LEWIS A., « Roman Law in the Middle of its Third Millenium », *Current Legal Problems* 50 (1997).
- LUIG K., « The History of Roman Private Law and the Unification of European Law », *ZeUP* 5 (1997).
- MAZZACANE A., « « Il leone fuggito dal circo » : pandettistica e diritto comune europeo », *INDEX* 29 (2001).
- PINTUS M., « Introduzione storica al diritto europeo », *Rivista di Diritto Europeo* 1 (1961).
- RANIERI F., *Europäisches Obligationenrecht. Ein Handbuch mit Texten und Materialien*, Wien—New York, 2003<sup>2</sup>.
- RENOUX-ZAGAME M.-F., « Le droit commun européen entre histoire et raison », *DROITS* 14 (1991).
- REPGEN T., « Europäisierung des Privatrechts durch Wiederbelebung des ius commune? », In : *Jahrbuch Junger des Privatrechts, Zwischenbilanz und Perspektiven*, Stuttgart u. a., 1998.
- SCHULZE R., « European Legal History — A New Field of Research in Germany », *JLH* 12 (1992).
- VAN CAENEGEM R.C., *European Law in the Past and the Future. Unity and Diversity over Two Millennia*, Cambridge, 2002.
- WALDSTEIN W., « « Ius gentium » und das Europäische « ius commune » », *Index* 26 (1998).
- ZIMMERMANN R., « Civil Code and Civil Law. The „Europeanization” of Private Law Within the European Community and the Re-emergence of a European Legal Science », *The Columbia Journal of European Law* 1 (1994/95).
- ZIMMERMANN R., « Civil Code or Civil Law. Towards an European Private Law », In : *Essays on European Law and Israel*, Jerusalem, 1996.
- ZIMMERMANN R., « Das römisch-kanonische ius commune als Grundlage europäischer Rechtseinheit », *JZ* 47 (1992).
- ZIMMERMANN R., « Diritto romano e unità giuridica europea », In : *Studi di storia del diritto*, I, Milano, 1996.
- ZIMMERMANN R., « Roman Law and European Legal Unity », In : *Towards a European Civil Code*, The Hague, 1998.
- ZIMMERMANN R., « Römisches Recht und europäische Rechtseinheit », *Gymnasium* 102 (1995).

## Index des noms et titres

- A**
- A Digest of the Civil Laws now in Force in the Territory of Orleans (voir Louisiana Civil Code)*
- Alciatus (Alciato), A.
- Aleksij Mihajlović (empereur /tsar/ russe)
- Alexandre III. (empereur /tsar/ russe)
- Alphonse, X. (le Sage)
- Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB)*
- Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten (ALR)*
- Amerbach, Basilius
- Amerbach, Bonifacius
- An Analysis of the Laws of England*
- Ancient Law*
- Angelov, S.
- Arangio-Ruiz, V.
- Arndts, K. L. von
- Astikos kodix (Grèce — 1946)*
- Astric-Anastaze
- Augustinus (Augustín), Antonius
- Authenticæ Fridericianæ*
- Authenticum*
- Authenticum ordinariæ*
- Azo Portius
- B**
- Baldus de Ubaldis
- Balogh E.
- Balugyánszky M.
- Baranyai Decsi J.
- Baron, J.
- Bartolus de Saxoferrato
- Basilika (Βασιλικά)*
- Bekker, E. I.
- Bello, A.
- Bensa, P. E.
- Bentham, J.
- Beseler, G.
- Betti, E.
- Bevilaqua, C.
- Beyer G.
- Bigot de Prémeneau, F. J.
- Blackstone, Sir W.
- Blastarés, M.
- Bluntschli, J. C.
- Bogišić, B.
- Böhmer, J. H.
- Böhmer, L.
- Boissonade, de Fontarabie, G.
- Boleslav le Courageux (prince polonais)
- Bonfante, P.
- Boniface VIII. (pape)
- Borisse (tzar bulgare)
- Bornemann, F. C.
- Bozóky A.
- Brackmann
- Bracton, H. de
- Breviarium Alaricianum*
- Brinz, A. von
- Brósz R.
- Bruni, L.
- Brunnemann, J.
- Brünner Schöffebuch*
- Bruns, K. G.
- Budæus (Budé), G.
- Bulgarus
- Bunge, F. G. von
- Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)*
- Bürgerliches Gesetzbuch für das Königreich Sachsen*
- Burgerlijk Wetboek (1838)*
- Burgerlijk Wetboek (mis en vigueur à partir de 1976)*
- Bynkershoek, C. van
- C**

- Calasso, F.
- Calonius, M.
- Carpzow, B.
- Carte românească de învățătură de la pravilele împărătești*
- Christian V. (roi danois)
- Cinus de Pistorio (Cino da Pistoia)
- Civil Code (les Philippines — 1949)*
- Civil Code (Californie — 1872)*
- Clément V. (pape)
- Clementinae (Clémentines)*
- Cocceji, S. von
- Cod Caragea (voir Nomothesia)*
- Code Boissonade*
- Code civil des Français*
- Code civil de la province de Québec (Civil Code of Low Canada)*
- Code civil de Québec*
- Code civil roumain (1864)*
- Code civil serbe*
- Code de commerce français*
- Code de commerce japonais (1899)*
- Code de commerce de Thaïlande (1925)*
- Codex canonum ecclesiarum orientalium*
- Codex Euricianus*
- Codex Florentinus*
- Codex Gregorianus*
- Codex Hermogenianus*
- Codex iuris canonici (1917)*
- Codex iuris canonici (1983)*
- Codex Iustinianus*
- Codex Iustinianus repetitae praelectionis*
- Codex Maximilaneus Bavaricus civilis*
- Codex Theodosianus*
- Codice Albertino*
- Codice civile (1865)*
- Codice civile (1942)*
- Codice civile per gli Stati Estensi*
- Código civil (la Bolivie — 1830)*
- Código civil (la Bolivie — 1845)*
- Código civil le (Costa Rica)*
- Código civil (l'Équateur — 1861)*
- Código civil (le Honduras — 1906)*
- Código civil (le Mexique, District fédéral — 1928)*
- Código civil (le Mexique, District fédéral — 2000)*
- Código civil (le Nicaragua — 1904)*
- Código civil (le Paraguay — 1985/1987)*
- Código civil (le Pérou)*
- Código civil (le Salvador)*
- Código civil (l'Espagne — 1889)*
- Código civil (le Venezuela — 1942)*
- Código civil dos Estados Unidos do Brasil Commentado*
- Código Civil Português*
- Código de comercio (le Portugal — 1833)*
- Código de comercio (le Portugal — 1888)*
- Código de comercio (l'Espagne — 1885)*
- 159, 280
- Coing, H.
- Commentaries on American Law*
- Commentaries on the Laws of England*
- Compendium iuris civilis in usum civitatum ac sedium Saxoniarum in tarnassilvania*
- Conring, H.
- Const. Antoniniana (Edictum Caracallae)*
- Const. Imperatoriam maiestatem*
- Const. Regiam maiestatem*
- Constitutiones iuris metalli*
- Corpus Iuris Canonici*
- Corpus Iuris Civilis*
- Covarruvias y Leyva, D.
- Cowell, J.
- Cuiacius (Cujas), I.
- Cunctos populos*
- Curtius Brugensis (Jacques De Corte)

- D**
- Dančov, P.  
*Danske lov* (1683)  
*De legibus et consuetudinibus Angliae*  
Decius Barovius, I. (J. Baranyai Decsi)  
*Decretum Gratiani*  
*Decretum maius* (1486: VI. loi)  
Dernburg, H.  
*Deutsches Privatrecht*  
*Digesta (seu Pandectae)*  
Diósdí Gy.  
*Diploma Leopoldinum*  
Domat, J.  
Donellus, H. (Doneau, H.)  
*Dresdner Entwurf*  
Duarenus, F.  
Duck, A.  
Dumoulin (Molinaeus), Ch.  
Durantis, Wilhelmus  
Douchan, Étienne
- E**
- Eck, E.W.E.  
*Edictum Theodorici*  
Ekelund, K. E.  
*Eklogé tón nomón* ( *Εκλογή των νόμων* )  
*Encheiridion* ( *Εγχειρίδιον* ) (voir  
*Procheiron*)  
*Epanagógé tu nomu* ( *Επαναγωγή του νόμου* )  
*Esboço*  
*Esboço de Código civil* (voir *Esboço*)  
*Extravagantes communes*  
*Extravagantes Iohannis XXII.*
- F**
- Fadenhecht, J.  
Farkas L.  
Field, D. D.  
Filofej (Philotheos)  
Frank I.  
Frédéric I. (Barbarousse)  
Frédéric II.  
*Fuero Genaral*  
*Furs de València*
- G**
- Gaius  
Gans, E.  
Garcia Goyena, F.  
Garšić, G.-G.  
Gasparri, P.  
Grégoire IX. (pape)  
Grégoire XIII. (pape)  
Griebner, J. M.  
*Geschichte des römischen Rechts bis auf  
Justinian*  
*Gesta Hungarorum*  
Giphanius, H. (van Giffen)  
Glanvill, Sir R. de  
*Glossa ordinaria*  
Glück, Ch.  
Godefroy, D. (voir Gothofredus, D.)  
Godefroy, I. (voir Gothofredus, I.)  
Gojkbarg, A. G.  
Göschel, J. F. L.  
Gothofredus, D.  
Gothofredus, I.  
Gratien  
*Graždanskoje Uloženiye* ( *Гражданское  
Уложение* )  
Grimm, D. D. 231  
Grosschmid, Béni (Benő Zsögöd)  
Grotius, H.

*Grundriß eines Systems des gemeinen  
Zivilrechts*

Györy E.

**H**

Hadzić, J.

Hale, Sir M.

Halmossy E.

Haloander (Meltzer), G.

Harmenopoulos, C.

Hasenöhr, V.

Heck, Ph.

Heineccius

Heise, G. A.

Helle K.

Hellfeldt, J. A.

Henfner J.

Henri VIII. (roi de Angleterre)

*Hexabiblos (Ἑξαβιβλος)*

Hofacker, C. Ch.

Hoffman, D.

Hoffmann P.

Holmes, O. W.

Honterus, I. (J. Honterus)

Hotman

Höpfner, L.

Huber, E.

Huber, U.

Hufeland, G.

Hugo da Porta Ravennate

Hugo, G.

Hugolinus

Humboldt, W. von

Huschke, E.

**I**

Iacobus

Iason de Mayno

*In consuetudines Parisienses commentarii  
Indreptarea legei*

*Inleidinge tot de Hollandse*

*rechtsgeleerdheid*

*Institutiones (seu Elementa)*

*Institutiones iuris Anglicani ad methodum  
et seriem Institutionum imperialium compositae  
et digestae*

*Institutiones iuris Hungarici privati*

*Institutions of the Law of Scotland*

Iohannes Honterus (János Honterus)

Iohannes Sambucus (János Zsámboki)

Ióhannés Scholastikos

Irnerius

Iustinianus I. (Justinien — empereur de l'  
Empire Romain d' Orient)

Ivan III. (empereur /tsar/ russe)

Ivan IV. (le Terrible)

**J**

Jacques I. (roi d' Aragon)

Jaroslav le Sage (grand-prince de Kiev)

Jean Paul II. (pape)

Jean XXII. (pape)

Jean XXIII. (pape)

Jefferson, Th.

Jhering, R. von

Johannes Andrea (Giovanni d' Andrea,  
Juan de Andrès)

*Jyske lov*

**K**

Kallimachos (grand prince de Moldavie)

Kasimir III. (le Grand) (roi de la Pologne)

Kelemen, I.

Keller, F. L.

Kent, J.

Kessler, Fr.

- Kézai, S.  
 Kierulff, J. F.  
 Kiss A.  
 Kiss G.  
 Kiss M.  
*Kódix politikos (Κώδιξ πολιτικός)*  
*Code civil coréen (République de Corée*  
 — 1958/60)  
 Kunkel, W.
- L**  
 Lazarevič, V.  
*Le droit civil français suivant l'ordre du*  
*Code I—XI.*  
 Leeuwen, S. van  
*Leges barbarorum*  
*Leges Romanae*  
*Lehrbuch des Pandektenrechts*  
*Lei da Boa Razão*  
 Leibniz, G. W.  
 Léon, III. (Isaurien)  
 Léon, VI. (le Sage)  
*Les loix civiles dans leur ordre naturel*  
 Lešnjanin, R.  
 Lessing, J.  
*Lex Ribuaria*  
*Lex Romana (Raetica) Curiensis*  
*Lex Romana Burgundionum*  
*Lex Romana Visigothorum*  
*Lex Visigothorum Reccesvindiana*  
 Leyser, A.  
*Liber extra*  
*Liber iudiciorum (Liber iudicium)*  
*Liber pauperum*  
*Liber Sextus*  
*Libri feudorum*  
 Linden J. van der  
 Livingston, E.  
 Llewellyn, K. N.
- Loysel ou Loyseau, A.  
 Longinescu, S.  
 Lotmar, Ph.  
 Louis le Grand (roi de la Hongrie)  
*Louisiana (Revised) Civil Code*  
*Louisiana Civil Code*
- M**  
 Mackeldey, F.  
 Magnus, II.  
 Maine, Sir H. S.  
 Malaxas, M.  
 Maleville, J. de  
 Martini, K. A. von  
 Martinus Gosia  
 Marton, G.  
 Matej Bazarab (voïvode de Valachie)  
 Matyás I. (Mathias Corvinus, roi de Hongrie)  
 Mitteis, Ludwig  
 Medgellê (l' Empire ottoman — 1867)  
 Meijers, E. M.  
 Mevius, D.  
 Nicolas I. (pape)  
 Mommsen, Th.  
*Mos (iura docendi) Gallicus*  
*Mos (iura docendi) Italicus*  
 Mudaeus, C. (Van Der Muyden)  
 Mühlenbruch, Ch. F.  
 Mynsinger, J.
- N**  
 Naber  
*New Commentaries on the Laws of England*  
 Nikon  
*Nomikon procheiron (Νομικόν πρόχειρόν)*  
*Nomos geórgikos (Νόμος γεωργικός)*  
*Nomos nautikos (Νόμος ναυτικός)*  
*Nomos stratikos (Νόμος στρατικός)*

- Nomothesia (Νομοθεσία)*  
 Noodt, G.  
*Norske lov (1686)*  
*Novellae*  
*Novísima Recopilación*  
*Nueva Recopilación*
- O**  
*Obligationenrecht (OR)*  
 Odilo  
 Odofredus  
 Odolevsky, N.  
*Opšti imovski zakonik za Knjaževinu  
 Crnu Goru (Code des biens pour la Principauté  
 du Monténégro)*  
*Ordenações Afonsinas*  
*Ordenamiento de Alcalá*  
 Óriás, N.  
 Ørsted, A. S.  
 Otton III (empereur)
- P**  
 Pápóczi, I.  
 Paul de Castro  
 Pázmány, Z.  
 Pendleton, E.  
 Pernice, A.  
 Petražickij, L.  
 Petrus de Bellapertica (Pierre de Belleperche)  
 Petrus Sabbatius, Q. (plus tard : I.  
 Iustinianus)  
 Photeinopulos, M.  
 Pie X. (Saint) (pape)  
 Placentinus  
 Pólay, E.  
 Portalis, J.-E.-M.  
 Pothier, R.-J.  
 Pound, R.
- Principes Généraux (Directeurs) de la  
 Législation du Droit civil adoptés en Union  
 Soviétique (1961)*  
*Procheiron (Πρόχειρον)*  
*Proiectum nonnullarum utilium civilium  
 legum*  
*Projecto de Código civil*  
*Projekt des Corporis iuris Fridericiani*  
*Projet de code civil (hongrois) (Mtj.)*  
 Puchta, G. F.  
 Pufendorf, E. Freiherr von  
 Pütter, J. S.
- Q**  
*Quinque compilationes antiquae*
- R**  
 Raguellus  
 Raimundus Neopolitanus (Parthenopaeus),  
 voir  
 Raymundus (magister)  
 Ravanis, Iacobus de (Jacques de Révigny)  
*Recopilación de las Leyes de las Indias*  
 Regelsberger, F.  
 Reichskammergerichtsordnung  
 Rendek, J. J.  
*Res regiae (Res imperatoriae) (voir  
 Basilika)*  
*Responsa Nicolai I papae ad consulta  
 Bulgarorum*  
*Restatement of Contrcats*  
 Riccobono, S.  
 Rosenkamppff, G. A. von  
 Rosshirt, K. E. F.  
 Rudorff, A. A. F.  
 Runde, F.

- S**
- Saint Cyrille
- Saint Étienne Ier (roi de la Hongrie)
- Saint Méthode
- Saint Nicolas Ier (pape)
- Sambucus, I. (J. Zsámboki)
- Sampson, W.
- Sársfield, D. V.
- Savigny, F. C. von
- Schilter, J.
- Schott, A. F.
- Schrader, E.
- Schulz, F.
- Schwarz (plus tard : Szászy-Schwarz) G.
- Schwarz, A. B.
- Schweizerisches Obligationenrecht (Code suisse des obligations) (OR)*
- Schweizerisches Zivilgesetzbuch (Code civil suisse) (ZGB)*
- Schweppe, A.
- Scialoja, V.
- Seckel, E.
- Segrè, G.
- Selden
- Serafini, F.
- Serédi, J.
- Seuffert, J. A. von
- Siete Partidas*
- Sigismond (roi de la Hongrie, empereur)
- Siméon Ier (empereur bulgare)
- Sintenis, K F. F.
- Sixte IV. (pape)
- Sobornoe Oulogénie (Соборное Уложение)*
- Sokolovsky, P. 231
- Someting, E. F.
- Specimen elaborandarum institutionum iuris civilis Hungarici*
- Specimen usus moderni pandectarum*
- Speculum Iudiciale*
- Speransky, M. M.
- Statut Lituenien I.* (1529)
- Statut Lituenien II.* (1566)
- Statut Lituenien III.* (1588)
- Stein, P.
- Story, J.
- Struve, A. G.
- Stryk, S.
- Summa legum Raymundi*
- Svod Zakonov (Свод Законов)*
- Sveriges Rikes Lag (Code général suédois)* (1734/36)
- Synagógé (Συναγωγή)*
- Synopsis tón Basilikón (Σύνοψις των Βασιλικων)*
- Syntagma institutionum iuris imperialis sive Iustiniani et Hungarici*
- Syntagma kata stocheion (Σύνταγμα κατά στοιχειον)*
- System des heutigen römischen Rechts*
- Szalay, L.
- Szászy, B.
- Szegedy, J.
- Személyi, K.
- Szentmiklósi (Kajuch), M.
- Sztehlo, Z.
- T**
- Takács (Textor), Á.
- Tapolczai, B.
- Taubenschlag, R.
- Teixeira de Freitas, A.
- Teleszky, I.
- Teophilus
- Théodorice I. (le Grand)
- Théodorice II.
- Thibaut, A. F. J.
- Thietmar (évêque)

- Thomasius, Chr.  
*Tipukeitos (Τιπόκειτος)*
- Toullier, C. M.  
*Tractatus de legibus et consuetudinibus regni Angliae, qui Glanvilla vocatur*  
*Traité des obligations (Pothier)*  
*Tripartitum opus iuris consuetudinarii inclyti regni Hungariae (en forme abrégéé : Tripartitum)*
- Tronchet, F.
- Tuhr, A. von
- U**
- Unger, J.  
*Uniform Commercial Code (UCC) (Code de commerce uniforme)*
- Urbain IV. (pape)
- Usus modernus Strykianus*
- Uzsai, J.
- V**
- Vacarius
- Valdemar II. (roi danois)
- Vangerow, K. A. von
- Vazil Lupu (prince de Moldavie)
- Del Vecchio, G.
- Vécsey, T.
- Venceslas II. (roi de Bohème)
- Vinnius (Vinnen), A.  
*Virginia Succession Act*
- Visky, K.
- Vitoria, Francisco de
- Vives, J. L.
- Voet, J. (voir Voetus, I.)
- Voetus (Voet), P.
- Voetus, I.
- W**
- Wächter, C. J. G. S. von
- Wenger, L.
- Wening-Ingenheim, J. N. von
- Wenzel, G.
- Werbóczy, I.
- Wesenbeck, M.
- Wexonius (Gyldenstolpe), M.
- Wieacker, F.
- Windscheid, B.
- Wolff, Chr.
- Wróblewski, S.
- Wythe, G.
- Z**
- Zachariades, G.  
*Zakon soudnii lioudiem (Закон судный людем)*
- Zamoyski, A.
- Zasius (Zäsy), U.
- Zeiller, F. von
- Zoll, F. sr.

## **Sources législatives**

### **Sources du droit romain (romano-byzantin)**

*Novelles de l'empereur Justinien 1er*

*535 : Novelle VI*

*535 : Novelle VIII*

*543 : Novelle CXVIII*

### **Règles juridiques hongroises**

*1222 : Bulle d'or*

*1231 : La rénovation de la Bulle d'or*

*1542 : loi XLIII*

*1791 : loi XVIII*

*1848 : loi XV*

### **Projets de loi**

*1928 : Projet de Code civil (Magánjogi törvényjavaslat — Mtj.)*

### **Projets de constitution**

*1790 : Ratio proponendarum in comitiis Hungariae legum*

*1793 : Proposition pour la Hongrie pour une constitution déterminée*