

*La question de la codification en Allemagne.
De la querelle Savigny-Thibaut (1814) à l'entrée en vigueur du BGB (1900)*

Aurore Gaillet, *Professeur de droit public, Centre de droit comparé, Institut d'Études en droit international, européen et comparé (IRDEIC), Université Toulouse 1 Capitole*

« La question de la codification tisse l'intrigue de la pensée juridique allemande du XIX^e siècle. »¹

Sans doute retrouve-t-on dans le débat allemand les arguments classiquement opposés dans les discussions relatives à la codification, arguments structurés autour de l'évolution des sources du droit et des rôles respectifs de la science du droit et de la loi. Pour comprendre la dimension singulière de la question pour l'Allemagne du XIX^e siècle, il faut toutefois rappeler la place qu'elle a pu occuper dans un État en construction et pour des juristes orientés par la quête de l'unité allemande. Celle-ci accompagne en effet les grandes étapes du XIX^e siècle allemand, du *Vormärz* (1815-1848), où les idées nationales et libérales sont surtout développées contre la politique autoritaire de la Confédération germanique, à l'Empire wilhelminien (1871-1918), auquel la majorité des juristes se rallie, du moins à ses débuts, pour soutenir l'unification politique et juridique « par le haut », en passant par le tournant de la révolution de 1848, portée par un espoir d'unification « par le bas »² - même si celui-ci est rapidement balayé avec l'écrasement de la révolution. La question de la codification revêt ce faisant une portée que la France ne connaît pas dans ces termes.

Pour saisir les termes du débat, deux étapes fondamentales peuvent être rappelées. Il s'agit en premier lieu de la querelle qui voit s'affronter, en 1814, Savigny et Thibaut (I). Si les idées de Thibaut en faveur de la codification nationale du droit allemand ne s'imposent pas au début de XIX^e siècle, cela n'arrête pas le mouvement favorable à la codification. Il trouve au contraire un important aboutissement avec l'entrée en vigueur du Code civil allemand (*BGB*) le 1^{er} janvier 1900, nouvelle étape pour le droit allemand (II).

I. La querelle de la codification Savigny-Thibaut

En 1814, un débat oppose le célèbre civiliste Anton Justus Friedrich Thibaut (1772-1840) au non moins célèbre fondateur de l'École historique du droit, Carl Friedrich von Savigny (1779-1861) quant à l'opportunité de codifier le droit allemand³. La violence du débat s'explique par le caractère radicalement différent des

¹ O. JOUANJAN, « École historique du droit, pandectisme et codification en Allemagne (XIX^e siècle), in : D. ALLAND, S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, pp. 571-578, spéc. p. 571.

² Pour ces différentes périodes : A. GAILLET, *L'individu contre l'État. Essai sur l'évolution des recours de droit public dans l'Allemagne du XIX^e siècle*, Paris: Dalloz, 2012.

³ Il faut toutefois prendre garde à ne pas réduire cette querelle à ces deux noms et à la question du code civil. Pour sa dimension bien plus large, voir notamment J. RÜCKERT, « Kodifikationsstreit », in

conceptions du droit sous-tendues (2), dont le contexte général peut être rappelé au préalable (1).

A. Le contexte général

1. Au tournant des XVIII^e et XIX^e siècles, l'idée même de la codification est loin d'être inexistante dans les territoires allemands

Peuvent ainsi être citées, à titre d'exemple, les codifications entreprises par la Bavière dès le milieu du XVIII^e siècle (droit criminel dès 1751 – remplacé en 1813 par un Code pénal que l'on doit largement au juriste Feuerbach –, procédure civile en 1753, droit civil en 1756). En Prusse, au seuil du XIX^e siècle, le Code général prussien (*Allgemeines Landrecht*)⁴, promulgué le 1^{er} juin 1794, procède quant à lui d'une considérable entreprise de codification du droit en vigueur, ordonnée par Frédéric le Grand (1712-1786) et mise en œuvre par Karl Gottlieb Svarez (1746-1798) et par le « grand chancelier » (*Großkanzler*) Johann Heinrich von Carmer (1721-1801). On peut y voir le symbole de la « réforme par le haut », dans la tradition du despotisme éclairé⁵. Ce document fondamental du droit prussien s'inspire de la théorie du droit naturel moderne – et proclame de nombreux droits correspondants – tout en réaffirmant les principes de l'autorité traditionnelle et la division de la société par états, se distinguant de la sorte de la Déclaration française des droits de l'homme et du citoyen.

Dans certains États du Sud de l'Allemagne un temps intégrés à la « Confédération du Rhin » (*Rheinbund* – 1806-1813), l'influence napoléonienne se traduit par ailleurs par l'adoption du Code civil français dans les Grands-Duchés de Berg et de Bade. Dans l'État de Bade, la volonté d'accompagner la réforme et l'unité du nouveau territoire par un socle juridique unifié a été prépondérante. Enrichi de nombreuses adaptations⁶, le Code civil y entre en vigueur le 1^{er} janvier 1810 et le restera son remplacement par le Code civil allemand en 1900.

A. CORDES et al. (dir.), *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte* (HRG), II, 2^e éd., 2012, pp. 1930 – 1934.

⁴ T. WÜRTEMBERGER, « Droit provincial prussien général de 1794 », in E. DÉCULTOT, M. ESPAGNE, J. LE RIDER (dir.), *Dictionnaire du monde germanique*, Paris, Bayard, 2007, p. 271-272 ; H. THIEME, « Allgemeines Landrecht », in A. Erler, E. Kaufmann, (dir.), *Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte*, op. cit., t. 1, p. 99-108.

⁵ On parle d'« absolutisme éclairé » ou de « despotisme éclairé » pour qualifier la politique poursuivie par des monarques qui, se présentant comme les « premiers serviteurs de l'État », selon les mots bien connus de Frédéric II, reprennent les idées des Lumières à leur compte. Ils initient ce faisant des réformes visant à mettre en œuvre un modèle étatique sécularisé, rationnel et protecteur. Mais la conception de l'État absolu n'est par ailleurs pas remise en cause. Au contraire, l'extension des activités étatiques est justifiée par les concepts de bien-être commun (*Wohlfahrt*) et de félicité (*Glückseligkeit*), érigés en buts ultimes de l'État. Le terme de *Wohlfahrtstaat*, parfois traduit par État-providence, renvoie au départ à cette idée. Les règnes de Frédéric II de Prusse (1740-1786), un temps ami de Voltaire, et de Joseph II de Habsbourg (1765-1790) en constituent les exemples les plus caractéristiques. Sur ces questions, D. WILLOWEIT, *Deutsche Verfassungsgeschichte. Vom Frankenreich bis zur Wiedervereinigung Deutschlands*, 5^e éd., München, Beck, 2005, p. 234s. ; F. BLUCHE, *Le despotisme éclairé*, Paris, Hachette, coll. Pluriel, 2000.

⁶ *Code Napoléon, mit Zusätzen und Handelsgesetzen als Land-Recht für das Großherzogthum Baden*, Karlsruhe Verlag der C. F. Müller'schen Hofbuchdruckerei, 1809.

2. À l'échelle de l'Allemagne toutefois, l'absence d'unité politique est un frein à l'unification et à la codification du droit allemand

À la chute du Saint Empire romain germanique, des projets de codification pour la Confédération du Rhin sont étudiés dès 1806. La domination française contribue à une prise de conscience croissante de l'idée de l'unité et des libertés allemandes. Après guerres napoléoniennes, les questions de l'unité du droit allemand et de la « Constitution allemande » restent ensuite en suspens. Surtout, face à la divergence des intérêts en présence, aux prétentions hégémoniques de la Prusse et de l'Autriche ainsi qu'à l'attachement des États moyens à leur souveraineté, c'est une solution fédérale qui s'impose lors du Congrès de Vienne, conférence internationale qui réunit plus de deux cent délégations, entre octobre 1814 et juin 1815, sous l'égide du chancelier autrichien Metternich. La Confédération germanique (*Deutscher Bund*) qui naît ainsi en 1815 rassemble trente-neuf États sous l'autorité de l'Autriche. Loin de tendre à l'unité allemande, elle consiste essentiellement en une alliance défensive destinée à garantir « le maintien de la sécurité extérieure et intérieure de l'Allemagne, ainsi que l'indépendance et l'intégrité des États allemands »⁷.

Dans ce cadre, le particularisme juridique reste le principe et, jusqu'à la fin du XIX^e siècle, le droit en vigueur dans les territoires allemands est principalement constitué du droit romain.

Cet état du droit positif n'empêche évidemment pas de riches querelles doctrinales, s'opposant autour de conceptions du droit radicalement différentes.

B. L'opposition de conceptions du droit radicalement différentes

1. Anton Justus Friedrich Thibaut, *Sur la nécessité d'un droit civil général pour l'Allemagne*

L'opuscule publié par Thibaut en 1814⁸ est la reprise d'une recension d'un ouvrage réclamant l'abrogation du Code napoléon sur les territoires allemands et le retour au « bon vieux droit » des coutumes⁹. La recension est virulente : Thibaut défend en effet la thèse inverse, appelant à une codification générale pour l'Allemagne. Bourgeois éclairé et libéral, il voit dans la fin du morcellement juridique, dans l'accessibilité, la simplicité et la stabilisation du droit autant de facteurs favorables au développement des échanges commerciaux par-delà l'absence l'unité politique allemande. Les arguments économiques rejoignent ce faisant une certaine conception du droit, rationnelle et à même de saisir un moment du droit pour l'inscrire dans la durée. C'est à cette approche et à ce dessein codificateur que Savigny entreprend de répondre.

2. Carl Friedrich von Savigny, *De la vocation de notre temps pour la législation et la science du droit*

⁷ Article 2 de l'Acte de la Confédération germanique du 8 juin 1815, repris à l'article 1 de l'Acte final de la Conférence de Vienne du 15 mai 1820. Pour ces textes : H. BOLDT (dir.), *Reich und Länder. Texte zur deutschen Verfassungsgeschichte im 19. und 20. Jahrhundert*, München, dtv, 1987, resp. p. 196s. et 210.

⁸ *Ueber die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland*, Heidelberg, Mohr und Zimmer, 1814, rééd. Keip, 1997.

⁹ A. W. REHBERG (1757-1836), *Ueber den Code Napoleon und dessen Einführung in Deutschland*, Hannover, 1814 ; Recension par THIBAUT, in : *Heidelbergische Jahrbücher der Literatur*, 1814, p. 1-32.

La réponse de Savigny est particulièrement énergique. La publication de son important texte *De la vocation de notre temps pour la législation et la science du droit*¹⁰ est suivie de près par la création d'une « Revue pour la science historique du droit » (*Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*). Celle-ci s'ouvre par la présentation par Savigny du « but de la présente revue »¹¹ afin précisément de faire le départ entre « l'École historique » et celle qu'il qualifie d'École « anhistorique ». À ses yeux, la question générale tendant à déterminer le « rapport [...] du passé à l'égard du présent » est essentielle, en ce qu'elle commande des conceptions différentes de « la besogne du législateur, [de] celle du juge, [et du] traitement scientifique du droit ». Ces conceptions engagent aussi des positionnements différents à l'égard de la codification du droit.

Pour le comprendre, il faut insister sur l'approche de l'École historique du droit, dont Savigny est le grand fondateur¹². Son objet premier n'est pas l'histoire, mais la construction d'une « véritable » « science » juridique. Pour autant, celle-ci s'appuie sur une conception et évolutive du droit (et dans ce sens, « historique »), refusant les constructions rationnelles et individualistes, qui marquent notamment les idées de la révolution française. L'histoire dont il s'agit n'est donc pas une science auxiliaire et externe, mais bien une histoire interne, qui correspond au développement de la « conscience du peuple », lequel s'inscrit dans une évolution organique qui le dépasse. Pareilles idées ne peuvent que s'opposer à la codification du droit, création abstraite du législateur. Le caractère scientifique du droit est bien plus recherché à travers le travail de « systématisation » du juriste¹³, lequel se voit conférer la mission de « révéler » l'esprit du droit. Ces approches imprèneront la constitution d'une élite juridique allemande, formée par la science (*Wissenschaft*) du droit, dans le cadre d'un modèle universitaire spécifique. Celui-ci trouve une concrétisation dans la création de l'Université Humboldt à Berlin (1810/1811), où Savigny sera précisément en charge de la chaire de droit romain¹⁴.

¹⁰ F. C. VON SAVIGNY, *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg, Mohr und Zimmer, 1814.

¹¹ Présentation et traduction intégrale : O. JOUANJAN in : *L'Esprit de l'école historique du droit*, Annales de la Faculté de droit de Strasbourg, nouvelle série n° 7, 2004.

¹² Nonobstant ici la division de cette « école » en deux branches, romaniste et germaniste à partir des années 1830-40.

Pour la présentation en profondeur des idées de Savigny, il conviendra de se reporter en particulier aux riches travaux d'Olivier JOUANJAN et de Joachim RÜCKERT. Voir ainsi : O. JOUANJAN, « De la vocation de notre temps pour la science du droit : modèles scientifiques et preuve de la validité des énoncés juridiques », *Revue européenne des sciences sociales*, 2003 (online : <http://ress.revues.org/398>) ; du même, « Un « tournant philologique » dans la science du droit. Histoire et métaphysique chez Savigny », in *Études en l'honneur de Gérard Timsit*, Bruylant, 2004 ; J. RÜCKERT, *Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl von Savigny*, Ebelsbach, 1984 ; du même, *Savigny-Studien*, 2011 (*Studien zur europäischen Rechtsgeschichte Band 255 Savignyana. Texte und Studien*, t. 9).

¹³ « La science du droit a deux faces, l'une historique, l'autre systématique, la vraie science juridique consistant en leur égale appréhension » : F. G. PUCHTA, *Cursus der Institutionen*, 1841, p. 56, cité par O. JOUANJAN, « École historique du droit, pandectisme et codification en Allemagne (XIX^e siècle), *op. cit.* p. 573.

¹⁴ J.-L. HALPERIN, *Histoire de l'état des juristes - Allemagne, XIXe-XXe siècles*, Paris, Garnier, 2015, p. 205., 505. (« Les bâtisseurs de la nouvelle université ; la portée du modèle du modèle humboldtien dans l'enseignement du droit en Prusse »).

Cela n'empêche évidemment pas la poursuite de la querelle de la codification, tout au long du XIX^e siècle. La rédaction d'un Code civil pour toute l'Allemagne en constitue certainement un aboutissement fondamental. Les rapports entretenus entre les sources et les acteurs du droit n'en doivent pas moins être précisés, tant les juristes et la science du droit conserveront une place importante dans la rédaction d'un code dont la technicité juridique demeure vantée de nos jours.

II. Le tournant vers la rédaction du Code civil allemand

La fin du XIX^e siècle allemand constitue une étape cruciale (A) dans la marche vers la codification (B). Celle-ci doit se comprendre dans la perspective d'une évolution générale des rapports entre les sources du droit.

A. Le changement de perspective à la fin du XIX^e siècle allemand

1. Le changement de perspective politique : l'unité allemande

Au-delà de l'unité économique qui emprunte la voie du *Zollverein*¹⁵, la réalisation de l'unité politique, autour de la Prusse, est dictée par les initiatives du ministre-président prussien Otto von Bismarck. Elle s'imposera, au terme de trois guerres¹⁶. Après la victoire de la Prusse sur l'Autriche à Sadowa (*Königgrätz*) le 3 juillet 1866, l'unification passe par deux étapes successives. La Confédération germanique est d'abord remplacée par une structure fédérative, la mal nommée en français « Confédération » de l'Allemagne du Nord (*Norddeutscher Bund*). La guerre franco-prussienne de 1870-1871 conduit ensuite les États du Sud (Wurtemberg, Bavière, Bade, Hesse-Darmstadt), liés à la Confédération par le truchement d'alliances diverses, à se rallier pour faire face à l'ennemi commun. À la suite de la défaite de Napoléon III à Sedan le 2 septembre 1870, l'Empire allemand est proclamé le 18 janvier 1871 à Versailles. Si la construction de l'unité est ainsi marquée d'une empreinte militaire et autoritaire, elle a bénéficié de l'appui des États allemands, y compris *in fine* de celui de la réticente Bavière. La dignité « d'Empereur allemand » est confiée au roi prussien Guillaume I^{er} par les princes allemands et par l'Assemblée de la Confédération de l'Allemagne du Nord.

2. L'évolution des sources du droit : du triomphe de la science du droit au positivisme de la loi

Du point de vue de la science du droit, la grande doctrine du droit civil allemand de la fin du XIX^e siècle est connue sous les termes de « pandectisme » ou de conceptualisme juridique¹⁷, et associée aux noms de Georg Puchta (1798-1846) et de Bernhard Windscheid (1817-1892). Ceux-ci s'inscrivent dans la filiation de l'école historique de Savigny quant à la recherche du caractère systématique et scientifique du droit, tout en s'en détachant fortement dès lors que l'accent mis sur le caractère « pur »

¹⁵ Vaste espace de libre circulation des marchandises, germe d'une Allemagne plus forte sous la direction de la Prusse. Lors de sa création, elle comprend notamment le Grand-Duché de Hesse, le Hesse-Kassel – Hesse électorale –, la Bavière, le Wurtemberg et la Saxe. De nombreux États la rejoignent jusqu'en 1850.

¹⁶ La première étant la guerre contre le Danemark (*deutsch-dänischer Krieg*) de 1864. Elle concerne en particulier la question des Duchés danois (Schleswig et Holstein).

¹⁷ O. JOUANJAN, « Ecole historique du droit, pandectisme et codification en Allemagne (XIX^e siècle) », *op. cit.* Voir aussi O. JOUANJAN, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918) : idéalisme et conceptualisme chez les juristes allemands du XIX^e siècle*, Paris, PUF, Léviathan, 2005, p. 173s.

et conceptuel du droit conduit à refouler l'histoire au rang de « science auxiliaire »¹⁸. La quête du *concept* directeur, concept premier d'un *système* juridique, exige en effet une « purification », une « isolation » (*Isolierung*)¹⁹ de tout élément extérieur au droit positif. Ce modèle civiliste passe pour *la* méthode par excellence, du reste reprise par la science du droit public systématisée par Carl Friedrich Gerber (1823-1891) et Paul Laband (1838-1918).

C'est ici qu'il faut saisir la profondeur des évolutions, mais aussi leur complexité s'agissant des sources du droit allemand. En effet, si cette période est bien, à certains égards, celle du triomphe de la science du droit allemand, l'unification politique de l'Allemagne permet aussi une nouvelle naissance de la notion de l'État de droit, un *Rechtsstaat* désormais essentiellement identifié à la sanction du principe de légalité²⁰. L'heure est alors aussi à la sacralisation de la loi, idéal de complétude et d'unification du droit. Or l'avènement de « l'époque du positivisme de la loi »²¹ contribue précisément à déposséder les juristes de leur monopole sur la formation du droit²².

Et, à cet égard, la codification s'avère être l'instrument de la centralité de la loi et de l'unification juridique, pendant de l'unification politique parachevée en 1871. Elle est en outre portée par des arguments économiques, qui s'inscrivent dans la lignée de l'approche défendue par Thibaut en 1814. Les réformes économiques et la garantie des libertés individuelles réclamées lors du Congrès des économistes de Francfort en 1859²³ trouvent en effet un écho dans la politique législative adoptée par le nouveau *Reich* allemand. Sont ainsi progressivement garanties la liberté de circulation, la liberté professionnelle, la liberté syndicale, le secret postal, ou la liberté de la presse²⁴. La promulgation des grandes lois sur la justice (*Reichsjustizgesetze*), lois processuelles (codes de procédure pénale – StPO – et civile – ZPO) et loi relative à l'organisation de la justice du 27 janvier 1877 (GVG)²⁵ est ici essentielle. Ces lois fédérales permettent en effet de consacrer l'indépendance des tribunaux (§ 1 GVG), la garantie de la voie de droit pour toutes les affaires de droit civil (§ 13 GVG), le droit au juge légal (§ 16 al. 2 GVG), l'inviolabilité de la propriété et du domicile (§ 98-107 StPO) ou l'*habeas corpus* (§114 StPO). Il faut y insister : ces dispositions fondamentales, parfois

¹⁸ B. WINDSCHEID, « Die Aufgabe der Rechtswissenschaft » (1884), p. 100s. Voir aussi : B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, t. 1, 9^e éd., Francfort/Main, 1906.

¹⁹ Voir notamment Y. THOMAS, *Mommsen et l'Isolierung du droit*, Paris, De Boccard, 1984.

²⁰ O. JOUANJAN, *Figures de l'État de droit. Le Rechtsstaat dans l'histoire intellectuelle et constitutionnelle de l'Allemagne*, Strasbourg, PUS, 2001 ; A. GAILLET, *L'individu contre l'État*, op. cit..

²¹ R. SCHRÖDER, « Die deutsche Methodendiskussion um die Jahrhundertwende : Wissenschaftstheoretische Präzisierungsversuche oder Antworten auf den Funktionswandel von Recht und Justiz », *Rechtstheorie* 19 (1988), p. 323-367.

²² F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, 2^e éd., Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1967, p. 478.

²³ R. POIDEVIN, S. SCHIRMANN, *Histoire de l'Allemagne*, Paris, Hatier, 1992, p. 102.

²⁴ Respectivement : Loi sur la liberté de circulation (*Freizügigkeitsgesetz*) du 1 novembre 1867 (BGBl. 55) ; Code de l'industrie, du commerce et de l'artisanat (*Gewerbeordnung*) du 21 juin 1869 (BGBl. 245) ; liberté syndicale (Koalitionsfreiheit, § 152 et 153 de la *Gewerbeordnung*) ; § 5 de la loi sur la poste (*Gesetz über das Postwesen*) du 28 octobre 1871, (RGBl. 347) ; loi fédérale sur la presse (*Reichsgesetz über die Presse*) du 7 mai 1874 (RGBl. 1874, p. 65).

²⁵ L'expression « lois sur la justice de l'Empire » (*Reichsjustizgesetze*) renvoie aux lois promulguées en 1877 et entrées en vigueur le 1^{er} octobre 1879, dont font notamment partie le Code de procédure pénale (*Strafprozeßordnung*, StPO) du 1^{er} février 1877, le Code de procédure civile (*Zivilprozeßordnung*, ZPO) du 30 janvier 1877 et la loi sur l'organisation de la justice (*Gerichtsverfassungsgesetz*, GVG) du 27 janvier 1877.

qualifiées de droit constitutionnel matériel, sont bien le fruit d'un intense travail de codification et d'unification du droit allemand qui précède l'entreprise de codification du droit civil.

L'entrée en vigueur du *BGB* en 1900 marquera le point d'orgue de ce renouvellement fondamental du privé allemand. Au regard de l'évolution générale des sources du droit allemand, il s'apparente aussi à un chant du cygne.

B. Le BGB : point d'orgue et chant du cygne ?

Le *BGB* (*Bürgerliches Gesetzbuch*) se présente en premier lieu comme une victoire de la codification et de la technicité juridique. Processus long et difficile, son élaboration s'étale sur une période de vingt-deux ans, de l'installation de la première Commission consultative en 1874 à l'adoption définitive du troisième projet en 1896. Le Code entre en vigueur le 1^{er} janvier 1900.

Ce long processus s'explique notamment par les nombreuses critiques dont a fait l'objet le premier projet de code (publié le 1^{er} janvier 1888, avec cinq volumes de travaux préparatoires) et la volonté d'y répondre – partiellement. Les quelques six cent prises de position et critiques du premier projet sont d'abord d'ordre formel. À ce titre, le Code est notamment dénoncé en raison de son caractère abstrait et difficilement accessible²⁶. Il se présente en effet comme le produit du pandectisme, dont la participation de Windscheid à la première Commission préliminaire en constitue un symbole fort. La structure adoptée, organisée autour d'une partie générale et d'une partie spéciale, très différente donc de celle structurant le Code civil français, permet du reste de rappeler les grands concepts abstraits du droit allemand, de la « personne juridique » à la « volonté », expression juridique de l'autonomie individuelle²⁷. La forme rejoint ici directement le fond, dès lors que l'accent mis sur l'autonomie de la volonté, comme sur la libre propriété correspond surtout à l'idéal de l'État de droit libéral formel et bourgeois, conforme aux représentations de la société au début du *Reich* bismarckien. Les accusations pointant le caractère individualiste d'un projet occultant la portée des inégalités qui divisent la nouvelle société de masse et de classes ne tarderont pas. Émanant notamment d'Otto von Gierke²⁸, l'un des derniers représentants de l'école historique – dans sa branche germaniste et organiciste –, elles demeureront toutefois peu écoutées.

Le tournant entre les deux siècles est ainsi une période ambivalente pour le positivisme, dans sa dimension méthodologique (positivisme de la science du droit) comme matérielle (positivisme de la loi). L'incertitude qui affecte l'horizon scientifique est préparée bien en amont, à une période où le positivisme connaît sa phase de triomphe²⁹. Mais au « moment 1900 »³⁰, alors même que le *BGB* vient d'entrer en

²⁶ Voir notamment, F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, op. cit., p. 470.

²⁷ C'est ainsi que pour Gottlieb PLANCK, l'un de ses principaux auteurs, « pour chaque matière, [le Code] cherche le principe dominant, et l'exprime ensuite dans les règles juridiques. » (G. PLANCK, *Bürgerliches Gesetzbuch*, t. 1, « Technische Behandlung des Stoffs », 1^{re} éd., 1897, p. 20 ; inchangé dans les trois éditions suivantes jusqu'en 1913, cité par J. RÜCKERT (dir.), *Methodik des Zivilrechts – von Savigny bis Teubner*, 2. éd., Baden-Baden, Nomos Verlag, 2012, p. 520).

²⁸ O. v. GIERKE, « Die Grundbegriffe des Staatsrechts und die neuesten Staatsrechtstheorien », in *ZgStW* 30 (1874), p. 153-198, p. 265-335.

²⁹ Voir par exemple : H. SCHULZE, « Über Prinzip, Methode und System des deutschen Staatsrechts », in K. L. AEGIDI (dir.), *Zeitschrift für deutsches Staatsrecht und deutsche Verfassungsgeschichte*, 1867,

vigueur, l'évolution des conditions politiques, économiques et sociales postule de manière bien plus radicale une nouvelle modernité juridique, tournée vers la prise en compte de la complexité de la société. Les limites des concepts « abstraits » comme du code « figé » sont alors pointées avec une vigueur croissante³¹. Dès lors que seul le juge apparaît en mesure de saisir cette nouvelle complexité, c'est une inévitable redéfinition des rapports entre les sources et les acteurs du droit qui est invoquée. Mais c'est là une histoire qui dépasse celle de la codification.

« Oh, Allemagne, toi réunie dans le combat et la bataille
Et à présent unifiée par le droit, pouvoir de la paix »³²

Loué comme la rupture avec l'âge du morcellement du droit, toujours en vigueur et célébré comme une œuvre réussie, le Code civil allemand répond à l'idéal positif de la complétude du droit légiféré, de la liaison subséquente du juge à la loi, comme de la force des concepts abstraits construits autour des grands principes libéraux de liberté et d'autonomie de la volonté. C'est pourtant toute l'ambivalence de ce grand code que de marquer à la fois l'apogée de ces conceptions et leur chant du cygne, au regard des critiques grandissantes quant à cette méthode comme de la redéfinition des rapports loi/concepts que suppose la codification³³. Aujourd'hui encore, ce bref aperçu des questions agitant la doctrine juridique allemande du XIX^e siècle autour de la question de la codification nous rappellent l'importance des composantes historiques et sociales, du terreau politique, géographique et économique de la formation du droit.

pp. 417-451 ; O. GIERKE, « Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft », in *Schmollers Jahrbuch*, Neue Folge 7, 1883, p. 1097-1195; puis surtout : R. JHERING, *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz. Eine Weihnachtsgabe*. Breitkopf und Härtel, Leipzig 1884, p. 337 (réédition : M. LEITNER (dir.): *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*. Wien, Linde 2009).

³⁰ O. JOUANJAN, É. ZOLLER, *Critique sociale et critique sociologique du droit en Europe et aux États-Unis. Le "moment 1900"*, Paris, éd. Panthéon-Assas, 2015.

³¹ Pour une présentation de ces questions, voir par exemple A. GAILLET, « Contre le formalisme de la "jurisprudence des concepts" : Philipp Heck et la "jurisprudence des intérêts" en Allemagne », in O. JOUANJAN, É. ZOLLER, *Critique sociale et critique sociologique du droit en Europe et aux États-Unis. Le "moment 1900"*, op. cit., p. 195s.

³² E. v. WILDENBRUCH, *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1900, p. 1, cité par R. SCHRÖDER, « Die deutsche Methodendiskussion um die Jahrhundertwende : Wissenschaftstheoretische Präzisierungsversuche oder Antworten auf den Funktionswandel von Recht und Justiz », op. cit., p. 337.

« Oh Deutschland, Du im Kampf vereint und Schlacht,
Und nun geeint durch Rechtes Friedensmacht [...] »

³³ F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, op. cit., p. 478.