

**Doctrines et jurisprudences étrangères dans le développement
du droit civil allemand au 20^{ème} siècle***

Filippo Ranieri*

L'étude du droit étranger et les achèvements du droit privé comparé moderne étaient déterminantes pour le développement du droit civil allemand après sa codification en 1900. Dans sa première partie, l'article veut tracer un portrait de l'ouverture croissante des civilistes allemands envers des questions de droit comparé au début du 20^e siècle. Dans sa deuxième partie, les conséquences de cette ouverture méthodologique pour la doctrine et la jurisprudence sont analysées en détail. Le droit étranger n'est pratiquement jamais cité par les tribunaux allemands mais trouve sa reconnaissance depuis le milieu du 20^e siècle par la doctrine allemande. Les civilistes allemands d'aujourd'hui acceptent l'importance de la jurisprudence pour l'évolution du droit privé moderne. Les raisons se trouvent dans la familiarité croissante des juristes allemands avec les développements récents dans le droit anglo-saxon.

The study of foreign law and the achievements of modern comparative private law have strongly influenced the development of the German private law after its codification in 1900. In the first part the article tries to portray the increasing opening of the German lawyers towards questions of comparative law at the beginning of the 20th century. In the second part the consequences of this methodical opening for doctrine and German courts are analysed in detail. Foreign law is hardly cited by German courts but gains more recognition since the middle of the 20th century by the German doctrine. German lawyers of the day accept the significance of case law for the evolution of modern private law. The reasons for this lie in the increasing familiarity with the latest developments of Anglo-American law.

Das Studium des ausländischen Rechts und die Ergebnisse der modernen Privatrechtsvergleichung haben die Entwicklung des deutschen Zivilrechts nach der Kodifikation des BGB im Jahre 1900 nachhaltig beeinflusst. In einem ersten Teil zeichnet der Beitrag die zunehmende Öffnung der deutschen Zivilrechtswissenschaft Anfang des 20. Jahrhunderts für die Fragestellungen der Rechtsvergleichung. In einem zweiten Teil werden die Konsequenzen dieser methodischen Öffnung für die Doktrin und für die Rechtsprechung im Einzelnen analysiert. Die deutschen Gerichte zitieren kaum ausländisches Recht. Dieses findet allerdings seit Mitte des 20. Jahrhunderts eine zunehmende Berücksichtigung in der deutschen Doktrin. Insbesondere die zunehmende Vertrautheit mit den Entwicklungen des heutigen angloamerikanischen Rechts, haben heute im deutschen Zivilrecht die zentrale Einsicht in die Bedeutung der Rechtsprechung bei der Entwicklung des modernen Privatrechts wesentlich verankert.

Le sujet de cette Section du congrès exige tout d'abord une précision. A juste titre, le Rapporteur Général fait référence dans son programme, au fait que «there are many traditions in law, and the legal system itself may be seen as a particular tradition, the persuasive force of which is now in decline. As the notion of a legal system declines, its traditional character may come more into evidence and the state may be seen as resting generally on the concept of tradition and only more specifically, and to a decreasing degree, on the concept of a legal system ». Ensuite, il souligne que: «The first avenue of enquiry is therefore as to the different sources of persuasive authority which have been

* Rapport national allemand pour la Section I. A. Histoire du droit et ethnologie juridique du 17^e Congrès International de Droit Comparé (Utrecht, 16-22 juillet 2006): « Tradition nationale et données historiques ».

* Professeur de droit civil européen et d'histoire du droit européen, Université de la Sarre, Allemagne.

influential in the establishment of different nation states. [...] This topic can be pursued in many different areas of law and through different historical periods down to the present¹ ». La question pourrait par exemple être ainsi formulée: «the extent to which national judicial practice is open to citation of foreign sources of law, in whatever form ». Il s'agit du thème qu'on a choisi dans ce rapport allemand. La question est donc de savoir comment et dans quelle mesure, le recours au droit étranger et au droit comparé a marqué et marque encore, l'interprétation et le développement du droit privé allemand². Ce sujet nous mènera de la codification du BGB (1900) à l'histoire du droit civil allemand au siècle dernier.

I.

La perte définitive d'une perspective universelle concernant le droit privé apparaît pour les juristes allemands à la fin du 19^{ième} siècle. On se souviennent, la nationalisation des sources du droit privé ainsi que déclin de la tradition du droit commun, ont eu lieu dans presque tous les autres Etats d'Europe continentale, à la fin du 18^{ième} et au plus tard au 19^{ième} siècle. Le droit romain s'appliquait au contraire à la même époque encore dans la plupart des territoires allemands, en tant que source secondaire de droit, sauf dans quelques grandes régions où une codification du droit privé était déjà en vigueur³ et ce, jusqu'à la codification du BGB. A cette époque, l'absence en Allemagne d'une codification du droit privé, à la fois homogène et unitaire, laissait la doctrine allemande en droit civil, libre de tout lien formel avec une législation d'origine étatique. L'unification du droit privé se déroula différemment en Allemagne, par rapport au reste de l'Europe, car elle fut en premier lieu une œuvre de la doctrine universitaire. Ainsi, à cette époque, les universitaires de droit romain et de droit civil, surnommés les « Pandectistes », avaient développé une doctrine en droit privé, par le biais d'un retour formel aux sources du droit romain. Une théorie du «droit romain actuel» comme le qualifiait Friedrich Carl von Savigny, – le très célèbre professeur de droit romain à l'Université de Berlin – incarnait en droit civil l'idée d'un refus d'un droit privé d'origine

¹ Voir aussi H.P. GLENN, *Legal Traditions of the World. Sustainable Diversity in Law*, Oxford 2000 ; 2^{ème} éd. 2004; H.P. GLENN, « Are Legal Traditions Incommensurable? », *American Journal of Comparative Law* 49 (2001), p. 133 s., spéc. p. 141; H.P. GLENN, « La tradition juridique nationale », in *Rev. intern. de droit comparé* (2003), p. 263 s., spéc. p. 273. Voir aussi G. CANIVET, « Le juge entre progrès scientifique et mondialisation », *Rev. trim. droit civ.* (2005), p. 33 s., spéc. p. 41; J. FLAUSS-DIEM, « Querelles de famille(s) chez les comparatistes », in *Mélanges Jean-Pierre Sortais*, (Bruxelles 2002), p. 181 s., spéc. p. 197; A. SOMMA, « Giochi senza frontiere. I comparatisti e la tradizione dallo storicismo al postmoderno », in *Festschrift für Erik Jayme*, éd. von H. P. MANSEL et al., München 2004, p. 1377 s., spéc. p. 1379-1380. Voir enfin B. MARKESINIS et J. FEDTKE, « The Judge as Comparatist », *Tulane Law Review* 80 (2005), p. 11-167; P. LEGRAND et R. MUNDAY, *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, Cambridge 2003 (observations critiques à ce sujet de O. RADLEY-GARDNER, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 2006, p.506 s.); O. TROIANO et al. (éds.), *Harmonisation involves history? Il diritto privato europeo al vaglio della comparazione e della storia*, Milano 2004.

² Cette contribution utilise les recherches antérieures de l'auteur, voir à ce titre en part.: F. RANIERI, « Cenni sull'esperienza della civilistica tedesca di questo secolo », in *L'apporto della comparazione alla scienza giuridica. Studi di diritto comparato*, M. CAPPELLETTI (éd.) (Atti del quinto Colloquio della Associazione italiana di diritto comparato, 27 maggio 1979), Milano 1980, p. 39-62 ; F. RANIERI, « Die Rechtsvergleichung und das deutsche Zivilrecht im 20. Jahrhundert: Eine wissenschaftshistorische Skizze », in H. KÄLBLE et J. SCHRIEWER (éds.), *Vergleich und Transfer. Komparatistik in den Sozial-, Geschichts- und Kulturwissenschaften*, Frankfurt a. M.-New York 2003, p. 221-250, spéc. p. 232-250.

³ Pour une étude complète sur le thème de la codification du droit privé dans les Etats allemands au 19^{ième} siècle, voir B. DÖLEMEYER, « Deutschland », in *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren Europäischen Rechtsgeschichte*, H. COING (éd.), Tome III 1. Das 19. Jahrhundert, München 1982, p. 1403-1625.

étatique. Dans ce contexte, on comprend mieux comment l'école historique du droit en Allemagne, malgré sa «*Volksgeistlehre*», a très largement ignoré les sujets et les arguments appartenant au droit étranger et à la comparaison du droit. Or, c'est exactement l'inverse qui s'est produit. On a, en effet fait remarquer dans les études d'histoire de la comparaison juridique, que les représentants de l'école historique du droit en Allemagne ont entravé tôt, le développement des recherches en droit comparé⁴. Le chef de file de cette école de pensée, le déjà cité Friedrich Carl von Savigny, fait référence occasionnellement dans son ouvrage célèbre, le «*System des heutigen römischen Rechts*», à des textes issus des Codes civils français, autrichien ou même prussien. Mais voir en Savigny le précurseur du droit comparé en Allemagne, serait commettre une erreur. Comme nous l'avons déjà vu, l'école historique du droit en Allemagne, et plus tard les «*Pandectistes*» allemands, ont résolu le problème posé par la recherche d'une science juridique universelle en droit civil, notamment par le biais de la construction d'une théorie générale du droit privé. Celle-ci se fonde, sur la philosophie de Kant ainsi que sur les concepts issus de la tradition du droit naturel. On parle à ce regard d'une «*méthode historique*» c'est-à-dire que les sources du droit romain jouent le rôle principal de source de droit. Mais en réalité au premier plan du «*System*» de Savigny, tout comme pour les futures œuvres classiques des pandectistes allemands, on découvre un contenu étant à la fois dogmatique et systématique. Les fragments de sources romaines seront ainsi délibérément sélectionnés au fur et à mesure de leur importance et de leurs qualités, dans le cadre de la nouvelle théorie. Cette méthode de travail des professeurs de droit romain, a contribué au rayonnement des pandectistes allemands, pendant des décennies et ce dans toute l'Europe continentale. C'est pourquoi la «*comparaison*» entre les codifications étrangères dans cette méthodologie n'avait pas de raison d'être. En effet, les premières codifications de droit civil - dans les anciens territoires allemands et finalement l'entrée en vigueur du BGB en 1900, annonçaient pour les professeurs allemands de droit civil de l'époque, une nouveauté quasi révolutionnaire : l'œuvre des civilistes n'avait plus un caractère universel, comparable au droit romain. Julius Hermann von Kirchmann, par sa célèbre remarque : «*drei berichtigende Worte des Gesetzgebers, und ganze Bibliotheken werden zu Makulatur*⁵», décrit de manière typique, la perception de cette perte d'universalité par la doctrine du droit privé de l'époque. Cependant, cette insatisfaction générale de la doctrine allemande, remontait en fait à plusieurs décennies. Ainsi, une critique virulente envers toute forme de «*nationalisme juridique*» avait été formulée dès 1810 par Anselm von Feuerbach. Ce dernier reprochait aux savants allemands de l'époque (les «*teutschen Rechtsgelehrten*») que le sujet de leurs études ne concernait que le «*Einheimische[s] oder Einheimisch gewordene[s], worauf sich all sein gelehrtes Forschen*⁶ beziehe». Mais ses critiques ont aussi visé le concept de «*jurisprudence universelle*» («*Universaljurisprudenz*»⁷). Anselm von Feuerbach n'a pas

⁴ Voir E.H. KADEN, Stichwort: «*Rechtsvergleichung*», in F. SCHLEGELBERGER (Éd.), *Rechtsvergleichendes Handwörterbuch*, Tome VI, Berlin 1938, spéc. p. 24-26; voir également en ce sens: K. ZWEIGERT/H. KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiet des Privatrechts*, Tübingen 1996, 3^{ième} éd., p. 49: „eigentümlich hemmende Wirkung“; pour une étude plus récente mais plus restrictive: R. ZIMMERMANN, «*In der Schule von Ludwig Mitteis. Ernst Rabels rechtshistorische Ursprünge*», *RabelsZ* 65 (2001), p. 1-38, spéc. p. 31

⁵ Voir J. H. VON KIRCHMANN, *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft* (1848) (éd. G. NEESSE), Stuttgart 1938 [Reproduit à Darmstadt 1973 et à Freiburg i.Br. 1990]. Egalement en version italienne (Milano 1964) avec une brillante introduction de G. PERTICONE (Ibid., p.V-XXVII). Pour la réception en Italie, voir aussi B. LEONI, «*Il valore della giurisprudenza e il pensiero di H.J. v. Kirchmann*», *Rivista internazionale di filosofia del diritto* (1940).

⁶ Voir A. VON FEUERBACH, «*Blick auf die teutsche Rechtswissenschaft*», in *Kleine Schriften vermischten Inhalts* (1833), p. 152 et 162; voir également, «*Idee und Notwendigkeit einer Universaljurisprudenz*» (1810), reproduit in *Biographischer Nachlaß*, éd. L. VON FEUERBACH, 2. éd., Tome 2, Leipzig 1853; Reproduit à Aalen 1973, p. 378 et s. Pour une étude détaillée, voir: H. MOHNHAUPT, «*Universalgeschichte, Universaljurisprudenz und rechtsvergleichende Methode im Werk P.J.A. Feuerbachs*», in *Rechtsgeschichte in den beiden deutschen Staaten* (1988-1990) (H. MOHNHAUPT éd.), Frankfurt a. M. 1991, p. 97 s.

⁷ Voir à ce sujet K. ZWEIGERT/H. KÖTZ, *Einführung*, p. 51.

laissé d'œuvres en droit comparé, mais sa critique envers ce qu'il nommait « la culture juridique nationaliste » annonçait les propos prophétiques que Rudolf von Jhering allait à formuler un demi siècle plus tard. Jhering, dans le premier tome de son ouvrage célèbre intitulé « Geist des Römischen Rechts⁸ » observe en effet : « Die formelle Einheit der Wissenschaft wie sie einst durch die Gemeinsamkeit eines und desselben Gesetzbuches für den größten Theil Europas gegeben war, jenes Zusammenarbeiten der Jurisprudenz der verschiedensten Länder an dem selben Stoff und derselben Aufgabe ist mit der formellen Gemeinschaft des Rechts für immer dahin; die Wissenschaft ist zur Landesjurisprudenz degradiert, die wissenschaftlichen Grenzen fallen in der Jurisprudenz mit den politischen zusammen. ... Aber es hängt nur von ihr selbst ab, den Charakter der Universalität, den sie so lange besaß, in einer andern Form als vergleichende Jurisprudenz sich für alle Folgezeit zu sichern ». Ainsi, la méthode comparative proposée par Jhering, ne s'est concrétisée qu'une décennie plus tard. En effet, à la fin du 19^{ème}, on ne laissait aucune place aux juristes de droit positif pour légitimer scientifiquement leurs études comparatistes, portant sur les normes juridiques étrangères. Ernst Sigismund Puchelt pouvait écrire, à la fin du siècle dans ses propos introductifs du premier tome de la « Zeitschrift für französisches Civilrecht⁹ » que « die Anlehnung an das Ausland ist immer ein beklagenswerter Zustand¹⁰ ». Ainsi, l'intérêt des savants allemands du droit civil de l'époque, est concentré essentiellement sur l'entrée en vigueur du BGB. Ceci concerne en particulier le caractère à la fois dogmatique et conceptuel de la nouvelle codification. En outre, une difficulté se posait: il fallait encadrer le nouveaux droit dans le système et les principes, que les anciennes générations de juristes avaient hérité de la tradition historique pandectiste. A ce titre, on peut citer l'exemple de Gottlieb Planck et de son œuvre de « commentaires » du BGB : on note ici une absence d'intérêt pour les questions relatives aux droits étrangers. Un exemple typique est aussi illustré par les propos d'Ernst Rudolf Bierling, qui constate en 1894 dans sa « Juristische Prinzipienlehre » que la science du droit comparé n'apporterait « für die juristische Prinzipienlehre [...] wenig oder gar kein Nutzen¹¹ ». La « nouveauté » dans l'orientation de la doctrine allemande en droit privé à cette époque est liée à la découverte des « intérêts » comme nouvel élément dans la méthode d'argumentation en droit civil¹². Elle est due à l'œuvre de Rudolf von Jhering¹³.

⁸ Voir en ce sens: R. VON JHERING, *Geist des Römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, 1ère partie, Tome 7, 8ième éd. (1924), spéc. p. 14-15. Sur l'importance de Rudolf von Jhering quant au développement du droit comparé: K. ZWEIGERT, « Jherings Bedeutung für die Entwicklung der rechtsvergleichenden Methode », in *Jherings Erbe. Göttinger Symposium zur 150 jährigen Wiederkehr des Geburtstags von R. von Jhering*, Göttingen 1970, p. 240 s.; pour une version en Anglais, voir: « Jhering's influence on the development of comparative legal methods », *American Journal of Comparative Law* 19 (1971), p. 215 s. Voir enfin M. MARTINEK, « Wissenschaftsgeschichte der Rechtsvergleichung und des internationalen Privatrechts in der Bundesrepublik Deutschland », in *Rechtswissenschaft in der Bonner Republik. Studien zur Wissenschaftsgeschichte der Jurisprudenz*, D. SIMON (éd.), Frankfurt 1994, p. 534 et K. ZWEIGERT/H. KÖTZ, *Einführung*, p. 46.

⁹ Voir E. S. PUCHELT, « Vorwort », *Zeitschrift für französisches Civilrecht*, Tome 1 (1869).

¹⁰ Les juristes allemands ne sont pas les seuls en Europe à l'époque dans un semblable «nationalisme juridique»; voir ici par ex. A. ESMEIN, « La jurisprudence et la doctrine », *Rev. trim. droit civ.* 1 (1904), en part. p. 17-18: « Le droit comparé fournit des ressources au législateur, des idées et des règles, qu'il adaptera aux besoins du pays et au génie national: il ne peut guère être utilisé par la jurisprudence ou par la doctrine qui s'attache à celle-ci. Dans chaque pays la jurisprudence et même la doctrine sont dominées par la technique du droit national »; voir aussi DÉSLANDRES, *Bulletin de la Société de législation comparée* 1900, p. 515.

¹¹ Voir E. R. BIERLING, *Juristische Prinzipienlehre*, Freiburg/Leipzig 1894; Reproduit à Aalen 1961, Tome I, spéc. p. 34.

¹² Voir N. LUHMANN, « Interesse und Interessenjurisprudenz im Spannungsfeld von Gesetzgebung und Rechtsprechung », *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte*, 12 (1990), p. 1-13.

¹³ Voir W. FIKENTSCHER/U. HIMMELMANN, « Rudolf von Jherings Einfluß auf Dogmatik und Methode des Privatrechts », in G. LUF/W. OGRIS (éds.), *Der Kampf ums Recht*.

De même, une opposition au formalisme conceptuel de la littérature juridique pandectiste est apparue à cette époque aussi par le courant de « l'école sociologique du droit ». Les effets de cette nouvelle orientation sont toujours perceptibles, au niveau de la science juridique allemande en droit privé. De nos jours, la doctrine civiliste allemande ne se concentre plus sur les catégories juridiques dogmatiques, consacrées par le BGB. Aussi, ce qu'on appela l'« école de la jurisprudence des intérêts », la « Interessenjurisprudenz », privilégiait plutôt une autre évaluation spécifique de la norme juridique, à la base de conflits d'intérêts concernés¹⁴. Le recours à l'observation des points de vue sous l'angle sociologique, également en droit privé, obtient à cette époque, grâce au droit comparé, une aide importante. Ainsi, ce n'est pas un hasard, si on a pu observer à la même époque un intérêt nouveau pour la « Common Law » et pour les techniques du droit anglo-américain, telles que l'analyse de la casuistique jurisprudentielle. Dans les années suivantes, la doctrine allemande de droit civil a eu ainsi l'occasion de découvrir des nouveaux points de vue et des nouveaux problèmes. Cette voie, pour le moins à l'époque inhabituelle, est illustrée en manière exemplaire par les observations de Erwin Rietzler. En 1912 il affirme dans les propos introductifs de sa thèse d'habilitation à Leipzig, thèse intitulée « Venire contra factum proprium », que: « Diese Studien wollen den Rechtsgedanken, dem sie gewidmet sind, zunächst im römischen Recht und in der romanistischen Literatur verfolgen. Sie wollen sodann die lebendige Kraft, die er im englischen Recht entfaltet, verständlich machen (...) Diese Arbeit will endlich die Brauchbarkeit der in ihr behandelten Rechtsidee für unser heutiges deutsches Recht erweisen¹⁵ ». On a, à raison observé que en Allemagne « spätestens seit dem Ende des 1. Weltkriegs sich die Rechtsvergleichung vor allem als eine die Rechtsordnungen der Welt übergreifende systematische, historische und soziologische Rechtskulturwissenschaft¹⁶ angesehen hat ». Rappelons que même la doctrine juridique du national-socialisme à la fin des années 30 (la « völkische Rechtswissenschaft ») n'avait pu réprimer l'œuvre et l'influence scientifique d'Ernst Rabel¹⁷.

En effet, de nombreux ouvrages émanant de la nouvelle génération de civilistes, au début du siècle dernier, confirme cette « nouvelle direction » de la doctrine civiliste allemande. A ce titre, on peut citer les recherches d'Ernst Rabel, en matière de l'« Haftung des Verkäufers wegen Mangels im Recht ». L'ouvrage, publié en 1902, avait introduit un nouveau modèle pour la recherche en droit privé. Il traite son thème non seulement sous l'angle de l'histoire du droit mais aussi sous celui du droit comparé : il révèle aussi les malentendus du législateur du BGB, et de même dessine les contours des solutions nouvelles, se situant parfaitement dans la continuité de la tradition du droit commun et dans la comparaison fonctionnelle avec d'autres systèmes juridiques. Ainsi, en hommage à son œuvre, a-t-on pu écrire¹⁸ un demi siècle après que « der Zusammenhang

Forschungsband aus Anlass des 100. Todestages von R. v. Jhering, Berlin 1995, p. 95 s.; A. GROMITSARIS, *Theorie der Rechtsnormen bei Rudolf von Jhering. Eine Untersuchung der Grundlagen des deutschen Rechtsrealismus* (Schriften zur Rechtstheorie 132), Berlin 1989.

¹⁴ Voir W. KALLFASS, *Die Tübinger Schule der Interessenjurisprudenz. Darstellung und Würdigung* (Juristische Abhandlungen 12), Frankfurt a. M. 1972.

¹⁵ Voir E. RIETZLER, *Venire contra factum proprium. Studien im römischen, englischen und deutschen Civilrecht*, Leipzig 1912, Préface en p. III.

¹⁶ Voir M. MARTINEK, « Wissenschaftsgeschichte », p. 535.

¹⁷ Ernst Rabel a pourtant dû abandonner en 1933 sa place de Directeur du Kaiser Wilhelm-Institut. Après la parution de son premier tome consacré au droit de la vente (1936) il a dû renoncer à faire suivre son deuxième volume. Il a été obligé de renoncer à sa place et de quitter l'Allemagne. Le second tome est apparu en 1958, soit trois ans après sa mort. Ernst Rabel malgré ses grosses difficultés aux Etats-Unis, n'a plus été professeur en Allemagne après la guerre.

¹⁸ Voir en ce sens: E. VON CAEMMERER, « Das deutsche Schuldrecht und die Rechtsvergleichung. Zum Tode von Ernst Rabel », *Neue Juristische Wochenschrift* (1956), p. 569-571, et in *Gesammelte Schriften*, Tome 1, Tübingen 1968, p. 5. Voir aussi R. ZIMMERMANN, « In der Schule von Ludwig Mitteis », p. 26 avec de nombreux exemples. Voir enfin T. UTERMARK, *Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung bei Ernst Rabel* (Internationalrechtliche Studien.

gemeinsamer Rechtskultur bewahrt und, wo er durch die Sonderschicksale der Kodifikationen verloren gegangen war, wiederhergestellt werden ». On peut rappeler ici que les contours de l'actuelle harmonisation du droit international de la vente avaient été déjà tracés à cette époque par Ernst Rabel. Parallèlement à la thèse d'habilitation d'Erwin Rietzler, d'autres ouvrages inspirés par les études de droit étranger et de droit comparé doivent être signalés ici. Il s'agit par exemple des recherches de Wolfgang Siebert intitulées, « Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung¹⁹ ». La naissance de la « Interessenjurisprudenz » a été alors aussi liée aux premières études de droit étranger et aux premières recherches en droit comparé et a ainsi ouvert en Allemagne la voie à une nouvelle méthode en droit civil. Des liens entre ces deux méthodes en droit privé – la « jurisprudence des intérêts » et la « jurisprudence comparée » – sont mis bien en évidence d'abord par Ernst Rabel dans son article célèbre intitulé « Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung » (1924)²⁰ et ensuite dans l'ouvrage de Philipp Heck, intitulé « Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz » (1932)²¹.

II.

La seconde partie de notre rapport sera consacrée à l'étude de la problématique suivante : de quelle manière et avec quels résultats, le recours au droit étranger et à la comparaison juridique a-t-il influencé la « Rechtsfortbildung » du droit allemand ? Quel a été l'apport matériel du droit comparé sur l'interprétation et le développement du droit privé allemand ? De même, peut-on se demander, quelle a été l'influence des travaux et des résultats des recherches en droit comparé, sur la doctrine juridique allemande en droit civil, et plus précisément, sur la technique d'argumentation des juristes allemands ? Cette question se pose essentiellement après l'entrée en vigueur du BGB en 1900²². On peut en effet observer que la comparaison juridique a souvent été perçue à cette époque comme une méthode d'argumentation juridique nouvelle en droit privé. Ernst Zitelmann

Beiträge zum Internationalen Privatrecht, zum Einheitsrecht und zur Rechtsvergleichung, Bd. 38), Frankfurt a.M.-Berlin-Bern-New York 2005.

¹⁹ Voir à ce titre: Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung, Marburg 1934; voir à ce sujet F. RANIERI, « Bonne foi et exercice du droit dans la tradition du Civil Law », *Revue internationale de droit comparé* (1998), p. 1055-1092, spéc. p. 1067.

²⁰ Dans: *Gesammelte Aufsätze*, éd. LESER, Tome 3, Tübingen 1967, p. 1 et s.

²¹ Tübingen 1932; publié aussi in PH. HECK, « Das Problem der Rechtsgewinnung », in *Studien und Texte zur Theorie und Methodologie des Rechts*, éd. R. DUBISCHAR, Bad Homburg-Berlin-Zürich 1968, p. 142-205. Voir à ce sujet, J. OLDAG, « Methode und Zivilrecht bei Philipp Heck (1858-1943) », in J. RÜCKERT (éd.), *Fälle und Fallen*, p. 73 s.; M. WOLFF, *Philipp Heck als Zivilrechtsdogmatiker. Studien zur dogmatischen Umsetzung seiner Methodenlehre* (Abhandlungen zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung, Tome 80), Ebelsbach 1996. Au sujet des rapports entre Rabel et la « Interessenjurisprudenz » de l'époque voir M. RHEINSTEIN, « Gedächtnisrede für Geheimrat Professor Dr. Ernst Rabel », *Juristische Rundschau* 1956, p. 135 ss., en part. p. 136: « Bei Rabel war [die Interessenjurisprudenz] die durchgängige Methode, und in ihr verband sich Vertrautheit mit dem Leben mit gewaltigem Rechtswissen, das, als Rechtsvergleichung, sich weit über das geltende deutsche Recht hinaus erstreckte »; voir aussi E. A. KRAMER, « Ernst Rabel – ein Lebensbild », *Basler Juristische Mitteilungen*, 2006, p. 118 ss., en part. p. 123-124.

²² Ceci ne concerne pas l'application du droit français (de la littérature juridique à la jurisprudence) dans les provinces du Rhin en Allemagne entre 1814 et 1900. Voir à ce sujet les recherches de D. SCHUMACHER, *Das rheinische Recht in der Gerichtspraxis des 19. Jahrhunderts. Ein Beitrag zur Auslegung rezipierter Rechtsnormen* (Stuttgart-Brüssel 1969) et F. RANIERI, « Rezeption und Assimilation ausländischer Rechtsprechung dargestellt am Beispiel des europäischen Einflusses der französischen Judikatur im 19. Jahrhundert », *Ius Commune* 6 (1977), p. 202-233. De même, ne sera pas concerné, la prise en compte de la littérature et de la jurisprudence étrangère par la Cour Fédérale (Bundesgerichtshof) lors de l'interprétation et de l'application d'une loi étrangère. Voir à ce sujet: J. BASEDOW, « Depositivierungstendenzen in der Rechtsprechung zum Internationalen Einheitsrecht », in *50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft*, München 2000, p. 777 s., spéc. p. 789-790.

observait dès 1888, que le droit comparé était un instrument pour « l'accroissement des solutions possibles », du « Vorrats an Lösungen »²³. On trouve également ces remarques dans la littérature civiliste des années suivantes²⁴. Ainsi, juste après la Seconde guerre mondiale, dans un article de doctrine devenu depuis célèbre, Konrad Zweigert avait salué le droit privé comparé comme une « universale Interpretationsmethode ». Par ce biais, Zweigert considérait le droit privé comparé comme un chemin argumentatif, ayant pour but de combler les lacunes du droit privé national²⁵. Josef Esser a formulé, dans le milieu des années cinquante, une opinion similaire ; il a proposé de considérer le droit comparé, comme un instrument d'interprétation et comme une méthode de développement du droit privé national. Il a aussi proposé, dans son ouvrage intitulé « Grundsatz und Norm » que les « allgemeinen Rechtsprinzipien », les principes généraux dégagés des recherches de droit comparé deviennent des critères généraux décisionnels dans l'interprétation du droit civil²⁶. Enfin, il faut rappeler ici en droit international privé l'œuvre de doctrine d'Ernst Rabel qui avait développé la problématique de la qualification proposant l'utilisation à ce titre du droit comparé²⁷.

A. Tout d'abord, la question est de savoir comment les études sur le droit étranger et le recours à la méthode comparative dans les recherches en droit civil ont eu une répercussion sur le développement du droit civil allemand. En observant la littérature allemande de cette époque en droit privé, on peut alors remarquer que les premières recherches en droit comparé offrent la possibilité pour introduire en droit allemand de nouvelles figures et schémas juridiques ainsi que de nouvelles problématiques. Un simple exemple, suffit pour illustrer ces propos: il s'agit de l'œuvre précédemment citée d'Erwin Rietzler consacrée au principe d'interdiction du « venire contra factum proprium »²⁸, c'est à dire le principe d'interdiction de se contredire au détriment d'autrui. Cet ouvrage s'appuie essentiellement sur la réception en droit allemand de la théorie du « estoppel », figure juridique appartenant à la Common Law anglaise. Grâce à cette nouvelle notion juridique, Rietzler a pu introduire et interpréter dans le BGB un certain nombre de principes et de solutions nouvelles. De même, la réception de la théorie française de « l'abus de droit », théorie principalement développée par la jurisprudence de la Cour de

²³ A comparer avec la citation, E. RABEL, « Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung » (1924), reproduit in E. RABEL, *Gesammelte Aufsätze*, éd. HANS G. LESER, Tome 3, Tübingen 1967, p. 8. Voir aussi E. ZITELMANN, « Die Möglichkeiten eines Weltrechts », *Allgemeine österreichische Gerichts-Zeitung*, 39 (1888), p. 193 s., spéc. p. 201 s.; KLEIN, « Die Möglichkeit eines Weltprivatrechts », in *Festschrift für Ernst Zitelmann*, (1913), p. 1 s.

²⁴ Cela ne vise pas uniquement la littérature allemande mais également la littérature française de l'époque. A ce sujet, voir l'opinion contemporaine de Raymond Saleilles et d'Edouard Lambert : CHR. JAMIN, « Le vieux rêve de Saleilles et Lambert revisité. A propos du centenaire du Congrès international de droit comparé de Paris », *Revue internationale de droit comparé*, 52 (2000), p. 734-751.

²⁵ Voir K. ZWIGERT, « Rechtsvergleichung als universale Interpretationsmethode », *RabelsZ* 15 (1949-1950), p. 5 s.; voir aussi: « Zur Methode der Rechtsvergleichung », *Studium generale*, 12 (1960), p. 193 s.; K.P. BERGER, « Auf dem Weg zu einem europäischen Gemeinrecht der Methode », *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* (2001) p. 4 s., spéc. p. 8 s.: « die Rechtsvergleichung als eigenständige Interpretations-Methode ».

²⁶ Voir J. ESSER, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts. Rechtsvergleichende Beiträge zur Rechtsquellen- und Interpretationslehre*, 4^{ième} éd. non modifiée, Tübingen 1990, (1^{ière} éd. en 1956), p. 346 s. Voir à ce sujet: B. SCHÄFER, « Methode und Zivilrecht bei Josef Esser », in J. RÜCKERT (éd.), *Fälle und Fallen*, p. 203 s. Au sujet de l'œuvre de Josef Esser, voir enfin: J. KÖNDGEN, « Josef Esser. Methodologie zwischen Theorie und Praxis », *Juristenzeitung* (2001), p. 807-813. Sur le rôle qu'a joué „Grundsatz und Norm“ dans la doctrine allemande pour le développement de la « funktionale Rechtsvergleichung », voir également, *ibid.*, p. 808-809. Signalons ici aussi que Josef Esser était l'élève d'Erwin Rietzler, auteur déjà cité.

²⁷ Voir: E. RABEL, « Das Problem der Qualifikation », *RabelsZ*, 5 (1931), p. 241 s.; voir aussi: *The Conflict of Laws*, (2. éd., Ann Arbor: Michigan Law School 1958), Tome 1, spéc. p. 103 s.; voir de même J. ESSER, *Grundsatz und Norm*, p. 337 s.

²⁸ Voir supra, p. □

cassation, a servi deux décennies plus tard, de base fondamentale à Wolfgang Siebert, pour ses recherches consacrées à la «*Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung*» (1934). Le modèle du droit français permet dans ce cas, indépendamment du système institué par le BGB, de systématiser dans un cadre nouveau l'ancienne jurisprudence sur la «*exceptio doli*» que le Tribunal d'Empire («*Reichsgericht*») avait développé et fondée sur les § 242 et § 826 du BGB. En effet, le BGB ne connaissait pas, contrairement au Code civil suisse de 1911, l'interdiction générale de l'abus de droit. Ainsi, l'analyse et la comparaison avec le droit français vont permettre à Siebert de systématiser l'ancienne jurisprudence du Reichsgericht²⁹. Une autre illustration, se trouve dans la théorie sur les opérations fiduciaires, issue de la réception en droit allemand du «*trust*» du droit anglo-américain. A titre d'exemple, on peut faire référence ici à l'ouvrage d'Oskar Fischbach, intitulé «*Treuhänder und Treuhandgeschäfte*» (1912), à celui de Wolfgang Siebert déjà cité («*Das rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis*» (1933), ainsi qu'à – trois décennies après – celui d'Helmut Coing³⁰. Enfin, on peut aussi citer la théorie du «*faktisches Gesellschaftsverhältnis*», qui a été développé juste avant la Seconde guerre mondiale. Cette dernière est principalement connue pour avoir mis en relief la «*de facto corporation*» du droit américain, ainsi que «*la société de fait*» du droit français³¹. Cette théorie a eu en droit privé allemand un impact jusqu'à présent indéniable en matière de liquidation des sociétés à capitaux. Elle a aussi permis de concilier la théorie générale des actes juridiques avec le débat toujours ouvert, sur les obligations juridiques découlant d'un certain comportement³². Dans le cadre de la responsabilité contractuelle et non contractuelle, on peut aussi faire référence à la théorie du «*Rechtswidrigkeitszusammenhang*» développée par Ernst Rabel et son élève Ernst von Caemmerer, sur des idées découlant du droit anglo-américain. Ces auteurs ont contourné ainsi un' application stricte du principe de la «*Adäquanzlehre*» en matière de rapport de causalité et ont donné des bases nouvelles au problème de la causalité juridique³³. Pour terminer, un dernier exemple doit être cité. Il s'agit des discussions des civilistes allemands après la Deuxième guerre mondiale à propos de la responsabilité du fait des produits défectueux. Ce débat est à présent clos car tout d'abord, une décision de principe de la Cour Fédérale est intervenue en matière à la fin des années soixante et qu'ensuite le législateur allemand a en 1989 transposé dans le droit national, la directive communautaire de 1985 concernant les produits défectueux. Cependant on peut rappeler ici, que à l'époque les premières discussions en matière avaient été abordées aussi sous l'angle du droit comparé, par l'analyse et l'appréciation en particulier de la jurisprudence anglo-américaine³⁴.

²⁹ Pour une vue d'ensemble sur les développements de la jurisprudence, voir: F. RANIERI, «*Norma scritta e prassi giudiziale nell'evoluzione della dottrina tedesca del Rechtsmißbrauch*», *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* (1972), p. 1216-1237. Voir également, F. RANIERI, «*Bonne foi et exercice du droit dans la tradition du Civil Law*», *Revue internationale de droit comparé* 1998, p. 1055 s, spéc. p. 1082 ; F. RANIERI, *Europäisches Obligationenrecht. Ein Handbuch mit Texten und Materialien*, 2^{ème} éd., Wien-New York 2003, p. 669-676.

³⁰ Voir H. COING, *Die Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäfts*, München 1973.

³¹ Voir W. SIEBERT, «*Die faktische Gesellschaft*», in *Festschrift für Wilhelm Hedemann*, Tübingen 1938, p. 267 s.

³² Concernant la discussion sur le thème des „faktischen Vertrag“, consulter : P. HAUPT, «*Über faktische Vertragsverhältnisse*», in *Festschrift H. Siber*, Leipzig 1941, Tome II, p.5 s.; H. DÖLLE, «*Außergesetzliche Schuldpflichten*», *Zeitschrift für Staatswissenschaft* (1943), p. 67 s.; A. NIKISCH, «*Über „faktische Vertragsverhältnisse“*», in *Festschrift für Hans Dölle*, Tübingen 1963, Tome 1, p.79 s.; voir F. RANIERI, *Europäisches Obligationenrecht*, p. 67.

³³ Au sujet des débuts de cette théorie dans les recherches en droit comparé, voir: E. RABEL, *Das Recht des Warenkaufs*, Tome 1, Tübingen/Berlin 1936, p. 495 s. Pour de plus amples développements, voir: E. VON CAEMMERER, *Das Problem des Kausalzusammenhangs im Privatrecht*, Tübingen 1956; H. STOLL, *Kausalzusammenhang und Normzweck im Deliktsrecht*, Karlsruhe 1968.

³⁴ Voir, U. DIEDERICHSEN, *Die Haftung des Warenherstellers*, München/Berlin 1967; W.

Les exemples précédemment décrits ont mené les civilistes allemands, à découvrir des nouveaux problèmes juridiques et des nouveaux conflits d'intérêts, grâce aux connaissances en droit étranger et en droit comparé. Ainsi, certains problèmes qui existaient déjà en jurisprudence mais qui n'avaient pas fait l'objet d'une réflexion doctrinale ont été reconnus et mis à l'ordre du jour. Toutefois, la question se pose de savoir si les arguments tirés du droit comparé ont réellement conduit à ce que les juges allemands reconnaissent cette méthode, comme ayant une réelle fonction autonome, lors de l'application des normes du BGB. Le recours par la doctrine aux données issues des recherches en droit étranger et en droit comparé est-il reconnu par les juges allemands aussi comme instrument pour le développement et l'interprétation du droit national ? C'est la thèse principale de Konrad Zweigert relative à la fonction du droit comparé, fonction considérée comme une « universale Interpretationsmethode ». En analysant la jurisprudence allemande de ces dernières décennies, on peut pourtant à juste titre affirmer, qu'en Allemagne, le droit comparé n'a jamais été reconnu par les tribunaux comme ayant eu une fonction dans la « Rechtsfindung » c'est-à-dire dans l'interprétation et le développement du droit. Ainsi Hans Dölle³⁵ et plus tard Bernhard Aubin³⁶ ont consacré des importantes recherches sur ce sujet : de quelle manière, les arguments tirés du droit comparé ont-ils été appliqués par la jurisprudence de l'ancien « Reichsgericht » et de la Cour Fédérale aujourd'hui ? Le résultat obtenu ne correspond aucunement à l'étendue de la documentation examinée. On peut constater en effet ici une remarquable différence entre l'argumentation des juges allemands d'une coté, qui ignorent presque totalement les arguments tirés de la comparaison juridique et le style d'autre coté, par exemple des Cours fédérales suisse ou autrichienne, dans les arrêts desquelles on lie souvent des citations et des références au droit étranger, allemand ou non. La même ouverture on la peut observer dans les dernières années dans certains arrêts de l'House of Lords anglaise ou de la Cour de Cassation italienne³⁷. La Cour Fédérale allemande au

LORENZ, « Einige rechtsvergleichende Bemerkungen zum gegenwärtigen Stand der Produkthaftungspflicht im deutschen Recht », *RabelsZ*, 34 (1970), p. 14 s. Signalons ici que les nouveaux développements sur le droit civil allemand ne sont pas ici concernés.

³⁵ Voir, H. DÖLLE, « Der Beitrag der Rechtsvergleichung zum deutschen Recht », in *Hundert Jahre deutschen Rechtslebens. Festschrift zum 100jährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860-1960*, Tome 2, Karlsruhe 1960; Reproduit avec des enrichissements in M. ROTONDI, *Inchieste di diritto comparato*, Tome 2, Buts et méthodes du droit comparé, Padova-New York 1973, p. 123 s., spéc. p. 151-157.

³⁶ Voir, B. AUBIN, « Die rechtsvergleichende Konkretisierung von Kontrollmaßstäben des Verfassungsrechts und des Kollisionsrechts in der deutschen Rechtsprechung », in *Deutsche Landesreferate zum 7. Int. Kongress für Rechtsvergleichung in Uppsala 1966*, Tübingen 1967, p. 99 s.; voir aussi du même auteur, « Die rechtsvergleichende Interpretation autonom-internen Rechts in der deutschen Rechtsprechung », *RabelsZ*, 34 (1970), p. 458 s.; voir aussi les recherches de H. UYTERHOEVEN, *Richterliche Rechtsfindung und Rechtsvergleichung*, Bern 1959, concernant pourtant la seule jurisprudence des tribunaux suisses. Sur la problématique générale, voir: K.P. BERGER, « Auf dem Weg zu einem europäischen Gemeinrecht der Methode », *Zeitschrift für europäisches Privatrecht* (2001), p. 4 s., spéc. p. 17 s.; E. A. KRAMER, « Konvergenz und Internationalisierung der juristischen Methode », in CHR. MEIERSCHATZ (éd.), *Die Zukunft des Rechts* (Beiheft der Zeit. für Schweiz. Recht, Bd.28), 1999, p. 71 s., avec des renvois détaillés en droit comparé; A. SOMMA, *L'uso giurisprudenziale della comparazione nel diritto interno e comunitario*, Milano 2001, voir en part. p. 256 ss. et dans l'Annexe beaucoup d'exemples jurisprudentiels. Concernant la jurisprudence de la Cour de justice européenne (CJCE), voir: J. MERTENS DE WILMARS, « Le droit comparé dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes », *Journal des Tribunaux* (Bruxelles), du 19 janvier 1991, p. 37-40; U. EVERLING, « Rechtsvereinheitlichung durch Rechtsprechung. Anmerkungen aus der Sicht eines ehemaligen europäischen Richters », *Zeitschrift für europäisches Privatrecht* 1997, p. 796 s., spéc. p. 802.

³⁷ On peut renvoyer aussi aux références de droit étranger dans les Rapports du Procureur Général chez le Hoge Raad néerlandais; pour une certaine ouverture, même en France, voir enfin G. CANIVET, « Le juge entre progrès scientifique et mondialisation », *Rev. trim. droit civ.* (2005), p. 33 s., spéc. p. 44 s.; G. CANIVET, « La convergence des systèmes juridiques par

contraire, ne semble pas jusqu'à aujourd'hui travailler avec une méthode ouverte au droit étranger et au droit comparé.

En effet on peut constater, que Hans Dölle et Bernhard Aubin peuvent présenter très peu d'exemples jurisprudentiels allemands d'une réception et utilisation d'arguments tirés du droit étranger et de la comparaison juridique et que pour cela apportent – du point de vue du droit allemand – peu d'explications aux questions posées. Il est évident, que il ne s'agit ici pas des cas, dans lesquels le droit étranger même était applicable. C'est pourquoi il ne faut pas s'étonner, lorsque par exemple, l'ancien «Reichsgericht» lors de l'interprétation des articles relatifs au testament olographe (§ 2247 du BGB), disposition issue de la réception du Code civil français, a eu recours dès le départ à la doctrine et la jurisprudence française. Cette situation est semblable à celle où le même «Reichsgericht», lors de l'application de l'ancienne loi allemande relative aux sociétés à responsabilité limitée (GmbH). Cette loi, issue de la réception du modèle législatif autrichien, a été appliquée aussi avec des arguments tirés de la doctrine et la jurisprudence autrichiennes³⁸. De même, on peut évoquer ici le développement de la jurisprudence de la Cour fédérale (Bundesgerichtshof) relative aux demandes en réparation en cas de violation du droit à l'honneur et des droits généraux de la personnalité. Dans sa célèbre décision «Herrenreiter-Fall», la Cour allemande a décidé, «contra legem», (on se souvienne du § 253 du BGB), qu'il existe en droit civil allemand, malgré le silence du BGB, dans le cadre du droit général de la personnalité un droit en réparation englobant aussi les droits extrapatrimoniaux³⁹. A l'époque, l'arrêt portait sur l'application en matière de responsabilité civile des droits fondamentaux des articles 1 et 2 de la nouvelle Constitution fédérale. On ne retrouve pas dans cette jurisprudence des citations tirées du droit étranger ou des études de droit comparé. Seulement, quelques années plus tard, la même Cour Fédérale s'est servie, dans la célèbre affaire «Ginsengwurzel-Fall»⁴⁰, de l'article 49 du Code suisse des Obligations pour restreindre, dans un «obiter dictum», la nouvelle jurisprudence⁴¹. La Cour Fédérale allemande a aussi à l'époque fait référence, «obiter dictum», à la jurisprudence suisse, dans un affaire relative aux rapports existant entre la demande d'annulation du contrat pour violation de la forme notariale d'authentification (§ 311 b et § 125 du BGB) et le principe général de bonne foi contractuelle (§ 242 du BGB)⁴². Toutefois, ces quelques illustrations ne doivent pas être surestimées. En effet, l'argument tiré du droit comparé ne représente dans ces arrêts,

l'action du juge », in *De tous horizons. Mélanges Xavier Blanc-Jouvan*. Société de législation comparée, Paris 2005.

³⁸ Voir à ce sujet: H. DÖLLE, « Der Beitrag », p. 154; B. AUBIN, « Die rechtsvergleichende Interpretation », p. 463 avec de nombreux exemples de la jurisprudence du Reichsgericht.

³⁹ Voir l'arrêt de la Cour Fédérale in BGHZ 26, p. 349 s.

⁴⁰ Voir BGHZ 35, p. 369 s.

⁴¹ La Cour Fédérale se fonde dans un «obiter dictum» sur l'article 49 du Code suisse des Obligations, car cette Codification « dem Rechtsschutz der Persönlichkeit größere Aufmerksamkeit gewidmet hat als das Bürgerliche Gesetzbuch ». De même dans son arrêt en date du 5 juin 1963, l'affaire du « Fernsehansagerin-Fall » (publié au BGHZ 39, p. 124 s.), la Cour Fédérale remarque pour défendre sa nouvelle jurisprudence que « auch in fast allen Rechtsordnungen, in denen ... dem Personenwert des Einzelnen eine zentrale Bedeutung im Rechtssystem zukommt, der immaterielle Schadenersatz als die der Persönlichkeitsverletzung adäquate privatrechtliche Sanktion anerkannt wird » (voir BGHZ 39, spéc. p. 132). Sur la problématique générale, voir: B. AUBIN, « Die rechtsvergleichende Interpretation », p. 466-467.

⁴² Sur la problématique des rapports entre la nullité concernant la forme et le principe général de la bonne foi dans les contrats, voir en ce sens : D. REINICKE, *Rechtsfolgen formwidrig abgeschlossener Verträge*, Berlin/Zürich 1969 ; pour d'autres précisions, voir: F. RANIERI, « Bonne foi », p. 1068 et 1074 ; F. RANIERI, *Europäisches Obligationenrecht*, p. 675-676. De même, on peut lire la décision de la Cour Fédérale, *Versicherungsrecht* (1959), p. 145 et s., spéc. p. 147. Sur la jurisprudence suisse, voir D. REINICKE, *Rechtsfolgen*, p. 68. La décision est aussi publiée au BGE (Entscheidungen des Bundesgerichts), II, p. 39, spéc. p. 43. Voir enfin: H. DÖLLE, « Der Beitrag », p. 156.

qu'une « Unterstützung und Bekräftigung einer bereits gefundenen Lösung ». On a en effet observé, que le droit comparé, dans certaines décisions, n'a eu qu'une « kumulative(n) oder komplementäre(n) Verwendung », n'apportant qu'une simple aide dans le processus décisionnel⁴³. Certains ont pu dire à ce propos, que le droit comparé n'avait ici qu'une fonction de « Kontrollinstanz »⁴⁴. En effet, le droit étranger et la comparaison juridique, n'ont ni dans ces cas comblé les lacunes laissées par le législateur du BGB ni apporté de normes autonomes. En conséquence, les solutions étrangères ne sont pas jamais été directement reconnues en droit privé interne. Cette opinion est partagée aujourd'hui par les civilistes tout comme les juges allemands. Ainsi, le projet doctrinal présenté par Konrad Zweigert en 1949 n'est malheureusement resté qu'une utopie. Joseph Esser lui-même a critiqué à l'époque la référence faite par la Cour Fédérale à l'article 49 du Code suisse des obligations, dans la décision citée et il note pertinemment que « hier dürfte die unverhüllte Rezeption ausländischen Rechts die Grenzen zulässiger richterlicher Rechtsschöpfung überschreiten »⁴⁵. En examinant la jurisprudence allemande en droit civil du siècle dernier, on peut affirmer que cette méthode d'argumentation ne fut que très occasionnellement utilisée. Déjà en 1909, l'ancien « Reichsgericht » allemand avait rejeté l'argument tiré de l'application de l'article 1382 du Code civil français, ainsi que de la jurisprudence française, au motif que c'était « für die nach deutschem Recht zu treffende Entscheidung nicht von Erheblichkeit ». Le demandeur à l'instance voulait sur ce fondement tiré du droit étranger obtenir réparation pour l'adultère de l'autre partie⁴⁶. De même, après la Seconde guerre mondiale, la Cour Fédérale a aussi rejeté la référence faite à l'article 151 du Code civil suisse en remarquant que « eine derartige Bestimmung kennt das deutsche Recht nicht »⁴⁷. Enfin, – un dernier exemple – la jurisprudence de la Cour Fédérale, n'a jamais pris en compte, au sujet de la responsabilité des producteurs du fait des produits défectueux, les arguments tirés en doctrine du droit étranger et du droit comparé⁴⁸.

B. La situation est bien différente dans la doctrine allemande⁴⁹. La référence du droit étranger et du droit comparé sert aux civilistes allemands, jusqu'à présent, d'instrument de contrôle et de garantie pour le développement du droit (« Rechtsfindung »). Quels résultats ont été apportés par la comparaison juridique sur la méthodologie du droit civil allemand ? Autrement dit, quels nouveaux modèles d'argumentation et quelles nouveautés en matière de théorie juridique ont été dégagés et transmis par le droit étranger aux civilistes allemands ? Une réflexion générale s'impose sur les recherches en

⁴³ En ce sens: B. AUBIN, « Die rechtsvergleichende Interpretation », p. 477; voir également: H. UYTERHOEVEN, *Richterliche Rechtsfindung*, p. 59.

⁴⁴ Voir H. DÖLLE, « Der Beitrag », p. 157.

⁴⁵ Voir J. ESSER, *Schuldrecht*, 3. éd., Tome 2, Karlsruhe 1969, § 113, p. 463.

⁴⁶ Voir la décision du Reichsgericht du 29 octobre 1909, publiée au RGZ 72, p. 128 s.; la citation est en p. 132.

⁴⁷ Voir la décision de la Cour Fédérale en date du 8 janvier 1958, publiée au BGHZ 26, p. 217 s., citation p. 223. Voir aussi les critiques formulées par H. BOEHMER, *Familienrechtszeitschrift*, (1957), p. 196 s. qui a critiqué cette jurisprudence et qui a proposé l'application plutôt de la solution prévue par l'article 151 du Code civil suisse (p.198).

⁴⁸ Voir l'arrêt de principe de la Cour Fédérale du 26 novembre 1968, publiée au BGHZ 51, p. 91s. (Affaire du « Hühnerpest-Fall »). Pour les critiques à ce regard voir: W. LORENZ, « Einige rechtsvergleichende Bemerkungen », p. 19 qui observe que « der Bundesgerichtshof rechtsvergleichende Überlegungen, an denen es in diesem Lande gewiss nicht gefehlt hat, dabei nicht berücksichtigt hat »; voir aussi les critiques de B. AUBIN, « Die rechtsvergleichende Interpretation », p. 478.

⁴⁹ La doctrine juridique et sa ouverture au droit comparé et aux droits étrangers offre aussi une alternative « clandestine » aux juges et aux praticiens pour connaître les solutions du droit étranger; voir à ce sujet A. SOMMA, *L'uso giurisprudenziale della comparazione*, en part. p. 274 ss., ou il parle d'un « richiamo clandestino al diritto straniero » par l'utilisation de la doctrine de droit comparé (p. 278); ces observations sont bien pertinentes aussi en rapport à la doctrine et à la jurisprudence allemandes.

droit comparé aujourd'hui en Allemagne. Ces recherches ont d'abord permis aux juristes allemands une compréhension « éclairée » et « transpositive » sur leur propre système juridique en droit privé et elles leur ont aussi révélé leur propre style méthodologique⁵⁰. Elles ont ensuite profondément enrichi l'argumentation des civilistes⁵¹. Ainsi une prise de conscience de l'ancrage du droit allemand dans la tradition générale de l'Europe continentale, a eu lieu, au plus tard à la fin des années quatre-vingt. En effet, vingt ans plus tôt, Hein Kötz avait déjà remarqué la nécessité d'une « Herausarbeitung eines Bestandes allgemeiner Grundsätze des Schuldrechts⁵² », c'est-à-dire un développement des principes fondamentaux communs européens, en droit civil. Les premières étapes de ce qu'on peut appeler, ce « recyclage » doctrinal des résultats des recherches en droit comparé, sont visibles depuis deux décennies en droit privé⁵³. Le droit comparé a aussi dévoilé dans le droit civil allemand une perspective historique⁵⁴ : la comparaison juridique et l'histoire du droit sont donc chargés aujourd'hui, d'une tâche consacrée à la théorie juridique dans le contexte européen et à l'éclaircissement des rapports existant entre la norme et l'application du droit⁵⁵.

On peut constater dans les recherches des dernières décennies, que les études sur le droit étranger ont en effet enrichi le droit civil allemand de nouvelles problématiques et de

⁵⁰ Voir H. KÖTZ, « Rechtsvergleichung und Rechtsdogmatik », *RabelsZ* 54 (1990), p. 203 s.; voir aussi du même auteur: « Was erwartet die Rechtsvergleichung von der Rechtsgeschichte? », *Juristenzeitung* 47 (1992), p. 20-22; et également, « Alte und neue Aufgaben der Rechtsvergleichung », *ibid.*, p. 57 (2002), p. 257-264; voir aussi; B. GROßFELD, « Vom Beitrag der Rechtsvergleichung zum deutschen Recht », *Archiv für die civilistische Praxis* 184 (1984), p. 292 s.; voir enfin, M. MARTINEK, « Wissenschaftsgeschichte », p. 547.

⁵¹ Voir K. ZWEIGERT, « Zur Methode der Rechtsvergleichung », *Studium generale* 12 (1960), p. 193 s.; M. MARTINEK, « Wissenschaftsgeschichte », p. 548.

⁵² Voir H. KÖTZ, « Gemeineuropäisches Zivilrecht », in *Festschrift für K. Zweigert*, Tübingen 1981, p. 481 s., spéc. 483.

⁵³ Voir tout d'abord, R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town 1990; voir aussi, H. KÖTZ/A. FLESSNER, *Europäisches Vertragsrecht*, I, Tübingen 1996; CHR. V. BAR, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht* I, München 1996; II, München 1999; F. RANIERI, *Europäisches Obligationenrecht*, 2 éd., Wien-New York 2003.

⁵⁴ Voir à ce sujet F. RANIERI, « Eine Dogmengeschichte des europäischen Zivilrechts? Einige Thesen zum Beitrag der Rechtsgeschichte zu einer europäischen Zivilrechtswissenschaft », in R. SCHULZE (éd.), *Europäische Rechts- und Verfassungsgeschichte. Ergebnisse und Perspektiven der Forschung*, Berlin 1991, p. 89 s., spéc. 102. Voir également, R. ZIMMERMANN, *Savignys Vermächtnis. Rechtsgeschichte, Rechtsvergleichung und die Begründung einer Europäischen Rechtswissenschaft*. Tübinger Universitätsreden. N.F. 23, Tübingen 1998. Du même auteur: « In der Schule von Ludwig Mitteis » spéc. p. 36-38; « Europa und das römische Recht », *Archiv für die civilistische Praxis* 202 (2002), p. 243 s. Voir également les remarques de H. COING, « Die Bedeutung der europäischen Rechtsgeschichte für die Rechtsvergleichung », *RabelsZ* (1968), p. 1 s. et voir enfin, E. PICKER, « Rechtsdogmatik und Rechtsgeschichte », *Archiv für die civilistische Praxis* (2001), p. 763 s., spéc. p. 849-857.

⁵⁵ Le „methodische Grundprinzip der gesamten Rechtsvergleichung ... [ist] das der Funktionalität“: citation de K. ZWEIGERT/H. KÖTZ, *Einführung*, p. 31-33; R. ZIMMERMANN, « In der Schule von Ludwig Mitteis », p. 35-36; H. KÖTZ, « Abschied von der Rechtskreislehre? », *Zeitschrift für europäisches Privatrecht* 1998, p. 493 s., spéc. p. 504 s. Critiques à ce sujet de J. HILL, « Comparative Law, Law Reform and Legal Theory », *Oxford Journal of Legal Studies* 9 (1989), p. 101-115; voir enfin – avec beaucoup de critique –, T. GIARO, « Comparemus! Romanistica come fattore di unificazione dei diritti europei », *Rivista critica di diritto privato* (2001) et A. SOMMA, « Comparing legal cultures. Tutela privatistica dei deboli e industrializzazione dal liberalismo al liberismo », *Rechtshistorisches Journal* 20 (2001), p. 70 s., spéc. p. 71-74: “il funzionalismo si esprime in ricerche nell'ambito di sistemi politici omogenei, che tacitano i conflitti per il progresso e lo sviluppo del sistema stesso”; A. SOMMA, « Giochi senza frontiere. I comparatisti e la tradizione », spéc. p. 1389 s.; B. JALUZOT, « Methodologie du droit comparé: bilan et prospective », *Revue intern. de droit comparé*, 2005, p. 25 ss., en part. p. 39-40.

nouveaux modèles. Cet enrichissement a concerné quasiment tous les domaines du droit privé. Je me limiterais ici à rappeler les deux exemples, de la doctrine de la « Verwirkung » et du « faktischen Vertragsverhältnisses ». Ce choix n'est pas étonnant. En effet, le droit comparé, tout spécialement sa « rencontre » avec la Common Law, ainsi qu'avec la jurisprudence française, a fait prendre conscience aux civilistes allemands, au milieu du siècle dernier, de la réelle fonction du droit jurisprudentiel sur le développement du droit civil. A juste titre, on peut rappeler que pendant la première moitié du vingtième siècle, les tribunaux allemands ont appliqué les normes du BGB par le biais d'une méthode ambivalente. Ainsi, la jurisprudence allemande d'un côté, a respecté à la lettre les articles du BGB et a appliqué ces articles de manière exégétique. De l'autre côté on a fait un recours croissant aux principes généraux de la nouvelle codification. Le Tribunal d'Empire, le « Reichsgericht », avant même la Première guerre mondiale avait déjà fait allusion beaucoup de fois aux clauses générales contenues dans le BGB, par exemple à la « Sittenwidrigkeit » du § 826 BGB, c'est-à-dire au dommage contraire aux bonnes mœurs, et au principe de la bonne foi contractuelle (§ 242 du BGB). Le recours à ces « Blankettnormen » a toujours rendu possible le développement de figures juridiques nouvelles et des solutions juridiques qui n'étaient pas légalement « fixées » dans les textes, certaines fois même contrairement aux solutions de la nouvelle codification. On peut tout particulièrement examiner l'application continue du principe général de bonne foi et de loyauté contractuelle du § 242 du BGB⁵⁶. L'expérience tirée de l'œuvre créatrice et de la fonction prétorienne des juges allemands à la fin du siècle dernier, a été permise avant tout par cette « rencontre » de juristes allemands avec le système juridique de la Common Law. L'analyse comparatiste et l'intérêt croissant pour le droit anglo-américain ont aussi contribué, de manière non négligeable, à l'abandon des intérêts dogmatiques et conceptuels par la doctrine allemande.

Nos observations vont être encore attestées par les changements de cadre et de méthode visibles dans les travaux et les recherches relatives au droit comparé dans la littérature juridique allemande des derniers décennies. Le recours à la comparaison juridique ne visait au départ du siècle que les normes juridiques étrangères. C'est dans ce sens qu'Erwin Rietzler a procédé, dans l'ouvrage précédemment cité, à l'analyse de l'interdiction du « venire contra factum proprium ». Il s'est ainsi limité en conséquence, à un examen exégétique des nouvelles normes issues du BGB. L'ancienne jurisprudence allemande du Tribunal d'Empire n'est presque pas citée. Ce type de raisonnement en droit comparé comporte en effet quelques dangers. On peut ainsi se méprendre sur la fonction et la portée du « droit appliqué »⁵⁷. De même, on a pu constater⁵⁸ : « Rechtsvergleichende Betrachtungen haben zur Lösung dogmatischer Fragen ... nur geringen Erkenntniswert, das gilt ganz besonders für eine begrifflich konstruktive Betrachtungsweise ». Ernst Rabel, dans sa prise de position méthodologique, avait déjà souligné, que la perspective de travail en droit comparé devait concerner la totalité du « droit appliqué ». De nos jours, les civilistes allemands examinent dans leur méthode de travail en droit comparé avant tout la fonction des normes juridiques et des solutions jurisprudentielles. Grâce à l'ouvrage célèbre de Josef Esser, intitulé « Grundsatz und

⁵⁶ Voir l'analyse de R. DAVID, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 3. éd., Paris 1969, p. 122-123. Voir aussi F. RANIERI, « Bonne foi », p. 1071-1072 ; F. RANIERI, *Europäisches Obligationenrecht*, p. 669 s.

⁵⁷ A titre d'exemple, voir au sujet des recherches de Wolfgang Siebert sur la Théorie de la « Verwirkung » les observations critiques de O. DE BOOR, « Methodisches zu Dogmatik und Rechtsvergleichung », *Archiv für die civilistische Praxis* (1935), p. 262 s. ; voir à ce sujet F. RANIERI, *Europäisches Obligationenrecht*, p. 689-690.

⁵⁸ Voir en ce sens, F. FABRIZIUS, « Die mangelhafte Lieferung beim Kauf beweglicher Sachen », *Juristenzeitung* (1967), p. 464 s., spéc. p. 468. Pour une critique, voir: E. GRAUE, *Die mangelfreie Lieferung beim Kauf beweglicher Sachen*, Heidelberg 1964. Voir également à ce sujet les observations critiques de F. RANIERI, « Un libro tedesco sulla compravendita », *Rivista trimestriale di diritto e procedura civile* (1968), spéc. p. 1079.

Norm »⁵⁹, on évoque désormais une « funktionale Rechtsvergleichung ». Esser remarque à ce titre que⁶⁰ : « Nicht das ist der Weg der Rechtsvergleichung: isolierte Züge des einen Systems in einem anderen wieder aufzufinden, um sie dann mehr oder weniger schief aus diesem letzteren als eine ‚ähnliche‘ Lösung zu begreifen; auch das nicht: aus den mehreren positiven Systemen ein leeres Gebäude doktrinäer Prinzipien zu rekonstruieren (...); sondern das: in gleichen Ordnungsaufgaben unter vergleichbaren gesellschaftlichen Zuständen die Gemeinsamkeit von Lösungen zu entdecken, die je von ihrer Entstehungsgeschichte her in ihrer Systembedingtheit dem gleichen Ordnungsziel dienen. »⁶¹. On trouve donc au coeur des recherches actuelles en droit comparé, un examen de la portée réelle des solutions prétoriennes⁶². L'analyse du droit étranger et le recours au droit comparé conduit aujourd'hui la doctrine civiliste allemande à une analyse des véritables conflits d'intérêts sur lesquels les décisions des cours peuvent s'appuyer. Müller-Freienfels écrivait en 1957 « Man muss vor allem die Probleme aus der verabsolutierenden Herrschaft einzelner Rechtsbegriffe lösen und von typischen Fallgruppen aus Bewertungsmaßstäbe entwickeln »⁶³. Les études sur le droit anglo-américain et sur la jurisprudence française ont conduit les juristes allemands à reconnaître le pouvoir créateur de la jurisprudence des tribunaux aussi en droit allemand. Ces dernières années, la doctrine civiliste allemande a pu prendre conscience, de sa tâche spécifique lors de l'analyse et de la systématisation de sa propre jurisprudence. Un examen effectué avec réalisme nous peut montrer que, le droit civil allemand, un siècle après la codification de 1900, est parvenu à une certaine proximité avec un système de

⁵⁹ Voir J. ESSER, *Grundsatz und Norm*, p. 346 s.

⁶⁰ Ibid p. 349-350; voir aussi M. SALOMON, *Grundlegung zur Rechtsphilosophie*, 2.Aufl., Berlin 1925, qui avait remarqué que la «Rechtsvergleichung ist Vergleichung von Lösungen eines einheitlichen Problems (...) Ihnen kommt heuristischer Wert vor allem zu, ... weil sie allererst ermöglichen das Problem selbst ins Auge zu fassen». Voir de même E. KRAMER, « Topik und Rechtsvergleichung », *RabelsZ*, 33 (1969), p. 1-15, spéc. p. 3 s.; voir enfin: M. MARTINEK, « Wissenschaftsgeschichte », p. 549.

⁶¹ Voir les observations de J. ESSER, *Grundsatz und Norm*, p. 349-350, à propos de l'article de doctrine d'Ernst Rabel, « The Statute of Fraud and Comparative Legal History », *Law Quarterly Review* 63 (1947), p. 174 s.; reproduit in *Gesammelte Aufsätze*, Tome 3, Tübingen 1967, p. 261 s.; voir à ce sujet également R. ZIMMERMANN, « In der Schule von Ludwig Mitteis », p. 34 (avec de nombreuses indications).

⁶² A juste titre les remarques de J. KÖNDGEN: « Gravitationspunkt dieser [methodologischen] Fixpunkte ist nicht die „Methode des Juristen“ », mais plutôt «das Verhältnis des Richters zum Gesetz». [...] «Als der Rechtsvergleichung geöffneten Theoretiker hat Esser nicht nur frühzeitig jener Konvergenz der Methoden den Weg gewiesen, die Voraussetzung einer gelebten ... Rechtsharmonisierung im zusammenwachsenden Europa ist. In der Kategorie des Richterrechts hat er auch den schroffen Gegensatz von angelsächsischem Präjudizienrecht und normgesteuertem kontinentalem Recht relativiert», voir J. KÖNDGEN, « Josef Esser. Methodologie zwischen Theorie und Praxis », *Juristenzeitung* (2001), p. 807-813, en part. p. 810-812.

⁶³ Voir W. MÜLLER-FREIENFELS, in *Archiv für die civilistische Praxis* (1957), p. 253. Dans le même sens J. ESSER, « Aufbauverzahnung des Richterrechts zu § 242 BGB im Spiegel der Kommentierung », *ibid*, (1962), p. 270 s., spéc. p. 275-278.; du même auteur, « Möglichkeiten und Grenzen des dogmatischen Denkens im modernen Zivilrecht », *ibid.*, (1972), p. 97 s. Concernant la fonction du droit comparé et les discussions relatives à ce sujet, voir: O. SANDROCK, *Über Sinn und Methode zivilistischer Rechtsvergleichung*, Frankfurt-Berlin 1966, spéc. p. 60 s.; D. ROTHOEFF, *System der Irrtumslehre als Methodenfrage der Rechtsvergleichung*, Tübingen 1967, p. 1-27; H.-V. VON HULSEN, « Sinn und Methode der Rechtsvergleichung », *Juristenzeitung* (1967), p. 629 s.; K. NEUMAYER, « Fremdes Recht aus Büchern, fremde Rechtswirklichkeit und die funktionelle Dimension in den Methoden der Rechtsvergleichung », *RabelsZ* 34 (1970), p. 411 s.; pour des exemples voir tout particulièrement: K. ZWEIGERT, « Du sérieux de la promesse. Remarques de droit comparé sur la distinction des actes qui obligent de ceux qui n'obligent pas », *Revue internationale de droit comparé* (1964), p. 3 s.; W. LORENZ, « Entgeltliche und unentgeltliche Geschäfte. Eine vergleichende Betrachtung des deutschen und des angloamerikanischen Rechts », *Jus privatum Gentium Festschrift für M. Rheinstein*, Tübingen 1969, Tome II, p. 547 s.

« Case Law ». A l'occasion du Demi Centenaire de la Cour Fédérale, on a pu en effet faire récemment remarquer que « unsere Rechtskultur in den letzten Jahrzehnten allmählich immer stärkere Ähnlichkeiten mit einem Präjudizienrecht entwickelt hat ⁶⁴ ». On a aussi pu dire que c'était une « Annäherung an ein ‚case law‘ nach angloamerikanischem Vorbild ⁶⁵ ». Cependant, on peut signaler, qu'une pareille évolution du système juridique allemand, n'aurait pas pu être envisageable, sans l'influence fondamentale du droit comparé comme objet de recherche et comme méthode de travail en droit civil.

⁶⁴ Voir A. HELDRICH, « 50 Jahre Rechtsprechung des BGH. Auf dem Weg zu einem Präjudizienrecht? », *Zeitschrift für Rechtspolitik* (2000), p. 497 s., spéc. p. 500.

⁶⁵ Ibid, p. 499; voir aussi, M. MARTINEK, « Wissenschaftsgeschichte », p. 561: « Die deutsche Rechtskultur hat sich unter dem Einfluß der angloamerikanischen in den Jahrzehnten nach dem Krieg auch stark gewandelt. Daran hat die Rechtsvergleichung ihren Anteil. »