

HAMZA Gábor

Prof. Dr. iur. DDr. h. c.

membre ordinaire de l'Académie des Sciences Hongroise

ELTE ÁJK

DOI: 10.15170/DIKE.2022.06.01.09

**La Bible dans les oeuvres des adhérents
de l'École des Glossateurs et de l'École des Commentateurs¹**

The Bible in the Works of the Members of the School of Glossators and the School of Commentators

Natural law is the first theory in ethics and philosophy in European legal culture to take a principled interest in the comparison of laws. The following study will examine what tendencies towards comparative law can be discerned in the works of the representatives of natural law in the various periods, and to what extent these were linked to biblical (divine) law. In doing so, the author pays particular attention to the humanist school of law in the Mediterranean, then to the natural law scholars in the 16th-18th centuries, and to some early representatives of the historical school of law, until the cult of Roman law (as 'Kryptonaturrecht') took the place of the 'defeated' natural law in the approach of the later representatives of this school. The important links between natural law and comparative law are presented by the author primarily from the point of view of the history of science.

Keywords: *ius commune, ius naturale, comparative law, Biblical law, Roman law, Glossators, Commentators, Raguellus, Selden, Conring, Duck, Leibniz, Grotius, Pufendorf, Heineccius, Pütter, Schott, Schilter, Stryk, Thomasius, Beyer, Hugo, Savigny*

1. Les racines du droit naturel comme ius commune dans l'Ancien et le Nouveau Testament

Au cours des recherches précédentes, et tout particulièrement dans les analyses visant l'éclaircissement de l'histoire et des antécédents du droit comparé, le fait que la conception fondamentale du droit naturel – dont l'essentiel est qu'il existe un „ius commune” indépendant du droit positif – implique pour ainsi dire les recherches comparatives, n'était pas spécialement pris en considération. Les représentants du droit naturel des 16^e et 17^e siècles croyaient repérer les traces de ce droit commun – dans la sphère de *l'origo* – dans l'Ancien et le Nouveau Testament.

On peut trouver pour la première fois la comparaison *au sens du droit naturel* du droit de Justinien avec l'Ancien et le Nouveau Testament chez *Franciscus Raguellus*. *Raguellus*, comme il le souligne déjà dans la préface de son oeuvre (*Leges politicae ex Sacrae iuris prudentiae fontibus collectae ad formam Iustinianei codicis ex libris Veteris et Novi Testamenti digestae*. Francfort, 1577), se charge d'expliquer les matières de contenu juridiques de l'Ancien et du Nouveau Testament et de les comparer avec le *ius civile*, étant, à son avis, identique avec le droit de Justinien.²

1 L'étude a été réalisée dans le cadre d'un projet de recherche OTKA (2021-2025) sous le numéro K138899. Une version abrégée a été présentée à la conférence "Legal relevance of Vetus et Novum Testamentum" le 3 juin 2022.

2 En ce qui concerne l'appréciation de cette oeuvre de Raguellus publiée en plusieurs éditions, voir Volterra, *Diritto romano e diritti orientali* 7 et sq.

Chez les Anglais, c'est *John Selden* qui, dans plusieurs de ses oeuvres, s'occupe amplement du droit hébreu: *De successionibus in bona defunctorum ad leges Ebraeorum* (oeuvre publiée en 1631), *De successionibus in Pontificatum Ebraeorum* (1636), *De iure naturali et gentium juxta disciplinam Ebraeorum* (1640), *Uxor Ebraica seu de Nuptiis et divitiis veterum Ebraeorum libri très* (1646) et *De Synedriis veterum Ebraeorum* (1650–1653).³ Selon les auteurs anglais en général, *Selden* est considéré comme le promoteur des recherches de l'histoire juridique en droit comparé.⁴ En ce qui concerne *Selden*, il est à remarquer que dans deux de ses oeuvres (*De diis Syriis*, 1617, et *Eutychii Aegyptii patriarchae orthodoxorum Alexandrini ecclesiae suae origines*, 1642), autre (autre) le droit hébreu, il prend en considération les droits orientaux aussi.

2. Sur la question de la cohérence entre le droit justinien et le droit naturel

Cependant, le fait que les recherches comparatives s'étendent à une sphère de plus en plus large des droits méditerranéens, (méditerranéens) c'est-à-dire qu'elles embrassent, dans leur domaine d'intérêt, plusieurs droits positifs, ne signifie pas nécessairement la contestation ou la négation du rôle de ius commune Europaeum du droit romain.

Cela ne contredit pas à ce que *Hermann Conring*, dans son oeuvre publiée en 1643, intitulée *Commentarius historicus de origine iuris Germanici* – démontrant la survivance de quelques institutions du droit allemand – soulève la question de la légitimation de la réception du droit romain en Allemagne.⁵ En effet – semblablement à *Beyer* – *Conring* remet en question la suprématie du droit romain en le comparant avec les „*Landrechte*” ayant une vigueur particulière; sa pratique ressemble donc beaucoup à celle de *Hotmann*, avec la différence qu'il ne s'occupe pas de la question de la codification.⁶

Néanmoins, on ne doit pas perdre de vue que ces critiques se situant nécessairement au niveau scientifique de leur époque ne représentent pas de tendances, mais ont uniquement un caractère totalement exceptionnel. *Arthur Duck*, par exemple, dans son oeuvre publiée en 1652 (*De Usu et Autoritate Juris Civilis Romanorum in Dominiis Principum Christianorum Libri duo*) légitime sans réserve le droit romain en rédigeant une sorte de synthèse d'histoire de la réception.⁷ Pour *Gottfried Wilhelm Leibniz*, le droit romain ne perd pas sa portée⁸, malgré le projet du *Corpus Iuris Reconcinatum* – bien qu'il reconnaisse ses imperfections qui apparaissent dans certains cas. A son avis, le *Corpus Iuris* renferme d'une part des thèses qui ne sont pas inconditionnellement avantageuses pour les Etats de son époque, d'autre part il comporte quelques règles du droit de *Justinien* qui ne s'accordent pas au droit naturel.⁹ *Leibniz* reconnaît sans doute l'importance des recherches comparatives.

3 Pour l'appréciation de l'activité de *Selden*, Voir HUG, The History of Comparative Law, et in: ZWEIGERT – PUTTFARKEN, Rechtsvergleichung 119 et sq. et Schnitzer, Vergleichende Rechtslehre 9.

4 Voir HAZELTINE, *Selden as Legal Historian* 105 et HUG, The History of Comparative Law 119 et sq.

5 En ce qui concerne l'importance de l'activité de *Conring*, cf. Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit 206.

6 Voir LAMBERT, Conception générale et définition de la science du droit comparé, sa méthode, son histoire: le droit comparé et l'enseignement du droit, et in: ZWEIGERT – PUTTFARKEN, Rechtsvergleichung 38. Pour l'activité littéraire de *Hotman* cf. parmi les ouvrages VOGEL, Franz Hotman und die Privatrechtswissenschaft seiner Zeit, *passim*.

7 Il n'est que trop certain que *Duck* ne connaît pas l'ouvrage de *Conring* paru quelques années plus tôt, traitant d'un thème semblable. Voir HORN, Römisches Recht als gemeineuropäisches Recht bei Arthur Duck 171.

8 Voir STURM, Das römische Recht in der Sicht von Gottfried Wilhelm Leibniz 13.

9 STURM, Das römische Recht in der Sicht von Gottfried Wilhelm Leibniz op. cit. 14 et sq.

Chez *Leibniz*, le caractère justifié de l'analyse comparative se manifeste dans deux relations. D'une part, il reconnaît le rôle de la pluralité des droits antiques: un passage de *Nova methodus discendae docendaeque iurisprudentiae* y fait allusion: „*Habemus leges Mosaicas in sacra scriptura, quarum cum Romanis comparationem paulo post Justinianem Graeculis aliquis instituit, hodie verum diligentiorum ea in re operam Zepperus navavit. Legum Aegyptiarum, Persicarum, Scythiarum exstant reliquae apud Herodotum, in fragmentis Ctesiae et Diodore Siculo, Graecorum instituta diligentissime persecutus est Pausanias, et nostri aevi velut alter Pausanias Meursius. Jura Romanorum satis cognosci ex variis eorum monumentis possunt, de quo mox.*”¹⁰ D'autre part, le plan de „*Theatrum legale*” présuppose en lui-même aussi la récapitulation de plusieurs droits positifs, ou bien au moins la comparaison du droit romain aux thèses du *ius naturale*.

Dans les écrits de *Leibniz*, le droit romain maintient encore son caractère de *ratio scripta* („raison écrite”). C'est aussi le caractère d'*emanatio rationis* du droit romain qui détermine que l'étude du droit romain ne présume pas un examen comparatif, une phrase du passage précité y fait allusion d'une façon pertinente: „*Jura Romanorum satis cognosci ex variis eorum monumentis possunt (...)*”.

3. Comparaison des lois pour légitimer la théorie du droit naturel

Chez *Hugo Grotius* – tout spécialement dans ses oeuvres *Florum sparsio ad ius Iustinianum* et *De iure belli ac pacis* – on peut fréquemment retrouver la comparaison du droit romain avec des droits étrangers, comparaison qui – bien que moins fortement – apparaît aussi chez *Samuel Pufendorf*, faisant allusion dans son oeuvre *De iure naturae et gentium* à des phénomènes juridiques parallèles. Chez les plus importants représentants de la tendance du droit naturel on peut retrouver les traces de la comparaison indépendamment du fait qu'ils fassent leurs recherches de manière empirique (comme *Grotius*), ou en se servant de la déduction.¹¹ *Grotius* profite, dans un très vaste domaine, de la possibilité de se référer dans ses analyses au droit des peuples les plus différents. Une recherche de ce type ne se fait pas seulement incidemment, „*obiter*” – observe *Naber*¹² avec raison – , mais les institutions semblables et dissemblables des différents droits en gagnent un „*verus thesaurus*”. Cependant, chez *Grotius* la comparaison ne joue que le rôle de l'instrument. La comparaison des institutions des différents droits ne sert en effet qu'à la légitimation de la théorie du droit naturel.¹³ La méthode de droit naturel se caractérise encore par le fait qu'il relègue au second plan les postulats de la vérité historique. Nous remarquons tout de même que chez les représentants de la nouvelle tendance du droit naturel la vérité historique acquiert déjà un rôle plus important.¹⁴

L'aspect ahistorique des juristes de droit naturel est bien illustré par la thèse de *Grotius* et de *Samuel Pufendorf*, selon laquelle le fondement de la succession légitime est la volonté présumée, ou bien plus précisément, présumable du testateur (*De iure belli ac pacis* II.7.3. et *De iure naturae et gentium*

10 Nova methodus discendae docendaeque iurisprudentiae 191

11 L'activité de *Grotius* et celle de *Pufendorf* illustrent fort bien la différence entre la méthode d'approximation empirique et la méthode „*a posteriori*”. Voir STEIN, Legal Evolution 4. et sq.

12 Voir NABER, Hugo Grotius, iuris Romani et iurisprudentiae comparatricis cultor 51.

13 Voir HUG, The History of Comparative Law 120.

14 Voir p. ex. les ouvrages de *Kaufmann*. KAUFMANN, Naturrecht und Geschichtlichkeit, et du même auteur: Die ontologische Bedeutung des Rechts.

IV.11.1.). De la thèse ramenant le fondement de la succession légitime à la volonté des défunts il s'en déduit raisonnablement que l'on suppose qu'en ce qui concerne son développement, la succession testamentaire jouit de la priorité sur la succession légitime.

4. Analogies et implications

Selon les juristes de droit naturel, et cela vaut à chaque représentant de cette tendance, – tout comme selon les partisans de l'Ecole Humaniste – la fonction de l'analyse comparative n'est pas élucidée. C'est ce qui explique qu'au cours de la comparaison de certaines institutions du droit romain avec d'autres droits antiques se pose presque exclusivement la question dite de dérivation ayant une valeur discutable.

Heineccius formule le plus typiquement cet aspect — expressis verbis — dans son ouvrage intitulé *De utilitate litterarum orientalium in iurisprudentia*.¹⁵ Il est à remarquer que *Heineccius* accorde une grande attention également dans son manuel (*Elementa iuris civilis secundum ordinem Pandectarum*, Lipsiae, 1727, 1^{ère} édition) à la philosophie grecque, entre autres. La citation fréquente de l'oeuvre d'*Aristote*: *Ethica Nicomacheia* en est une preuve éclatante.

Dans les études dépassant l'horizon du droit romain, la recherche des analogies n'a, dans la plupart des cas, qu'une importance secondaire, exceptionnelle. En général, il s'agit uniquement de constater les ressemblances entre les institutions, sans l'analyse détaillée des causes. Dans certains cas on tient compte de l'assimilation se réalisant à travers les références. Un bon exemple peut être pour cette méthode d'approximation l'ouvrage de *Heineccius* – *De utilitate litterarum orientalium in iurisprudentia* – dans lequel l'auteur indique que les éléments du droit hébreu deviennent, à l'intermédiaire du grec, partie intégrante du droit romain.¹⁶

5. La méthode comparative dans les travaux des précurseurs de l'école juridique historique allemande

La tendance comparatiste visant particulièrement des objectifs pratiques, se fixant la réalisation de ces derniers et mettant en relief la recherche des analogies trouve son origine à l'époque du droit naturel tardif. Les représentants les plus renommés de cette tendance qui n'adopte en réalité qu'un seul type de recherche sont *Johann Stephan Pütter* et *August Friedrich Schott*. Vu que jusqu'à présent on n'a point accordé assez d'attention à l'activité de ces deux jurisconsultes du point de vue de la comparaison de droit, il paraît nécessaire de jeter un rapide coup d'oeil sur leur carrière et sur leur activité en littérature juridique tout en prenant en considération l'oeuvre des autres jurisconsultes aussi – particulièrement celle de *Schilter* et de *Bayer* –, dont l'activité scientifique d'une orientation spéciale a jeté – plusieurs décennies avant – les fondements de cette tendance qui s'épanouit plus tard, à l'époque du droit naturel tardif.

En ce qui concerne la vie de *Johann Stephan Pütter* (1725–1807) et les étapes principales de son professorat, son autobiographie en deux volumes contient des informations précieuses (*Selbstbiographie zur dankbaren Jubelfeier seiner 50 jährigen Professorstelle zu Göttingen*, I-II. Göttingen 1798).¹⁷ *Pütter*

15 Pour l'importance de cet ouvrage de *Heineccius* voir VOLTERRA, Diritto romano e diritti orientali 20 et sqq.

16 Voir VOLTERRA, Diritto romano e diritti orientali 21.

17 Pour l'autobiographie de *Pütter* voir EBEL, Der Göttinger Professor Johann Stephan Pütter aus Iserlohn 7-52.

est l'élève de *Heineccius* à Halle¹⁸ et quelques années plus tard professeur, puis collègue à Göttingen de *Gustav Hugo*. A partir de l'automne 1747, *Pütter* donne d'abord des cours à Göttingen comme professeur chargé de cours.¹⁹ Göttingen fait partie du Royaume de Hanovre étant en union personnelle avec l'Angleterre, aussi le climat de l'Université de Göttingen favorise-t-il la diffusion des idées nouvelles.²⁰ Du point de vue méthodologique, *Pütter* peut être considéré à côté de *Gustav Hugo* comme le précurseur l'Ecole Historique.²¹ Autre (Outre) l'argumentation²² déployée sur la base du droit coutumier et de la théorie dite „*Natur der Sache*”, *Pütter* accepte la mentalité historique, comparatiste²³ aussi. Etant avant tout germaniste, il traite particulièrement dans le deuxième volume de son ouvrage *Beyträge zum Teutschen Staats- und Fürstenrecht*, publié en 1799, l'ensemble des problèmes de la doctrine de la source de droit. C'est dans cet ouvrage que l'auteur formule le postulat de l'application du droit selon une mentalité „comparatiste”. Evidemment, pour lui le fondement théorique des recherches basées sur la comparaison de plusieurs droits ou systèmes juridiques est le fait que, sur les traces de ses prédécesseurs, il considère le *ius commune Germanicum* („droit commun allemand”) qui, d'après lui, possède une existence autonome, comme ayant une valeur et un poids égaux à ceux du droit romain adopté (reçu).

Dès les débuts de sa carrière scientifique, déjà dans son discours inaugural du professorat, tenu en 1748, *Pütter* critique la coutume et la pratique de confondre les règles du droit romain avec celles du droit allemand.²⁴ La mentalité qui avait régné auparavant, à savoir le *Usus iuris Romano-Germanicus*, alliant sans distinction le droit romain classique et celui de Justinien aux règles du droit médiéval, est étrangère à *Pütter*. Dans son ouvrage *Neuer Versuch einer Juristischen Encyclopädie und Methodologie* publié en 1769,²⁵ une oeuvre reflétant un changement d'attitude et traçant un programme, *Pütter* insiste sur la nécessité d'enseigner le droit romain pur. Cela signifie que l'on doit enseigner le droit romain „épuré” des éléments du droit allemand et du droit canonique. Au sein du droit romain on doit également séparer le droit archaïque – que l'on doit insérer dans un système autonome – et le droit de *Justinien*. Ce programme très clairement défini et exposé contient l'exigence de la comparaison.

Pour *Pütter*, le droit romain est le *ius peregrinum* que l'on doit absolument opposer au *ius patrium*.²⁶ *Pütter* prête une attention spéciale à la question de savoir s'il existe, en dehors du droit romain,

18 Voir PÜTTER, Selbstbiographie Bd. I, 40 et 42.

19 Au sujet de la critique de l'activité scientifique de *Pütter*, voir EBEL, Der Göttinger Professor Johann Stephan Pütter aus Iserlohn 59-120; MARX, Die juristische Methode der Rechtsfindung aus der Natur der Sache bei den Göttinger Germanisten Johann Stephan Pütter und Justus Friedrich Runde, *passim*; LANDSBERG – STINTZING, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft 331 et sqq.; WIEACKER, Privatrechtsgeschichte² 355.

20 Voir STEIN, Legal Evolution 53.

21 Voir FIKENTSCHER, Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung. Vol. III. 52. et sqq.; WIEACKER, Privatrechtsgeschichte², 355, note 21.

22 En ce qui concerne les racines historiques de l'argumentation faite sur la base de la „*Natur der Sache*”, Voir MARX, Die juristische Methode der Rechtsfindung aus der Natur der Sache bei den Göttinger Germanisten Johann Stephan Pütter und Justus Friedrich Runde, *passim*.

23 En caractérisant la méthodique de *Gustav Hugo*, *Wieacker* écrit que selon le jurisconsulte: „*Was in Zukunft zu geschehen habe, solle man lieber aus geschichtlicher und vergleichender Betrachtung ableiten.*” WIEACKER, Privatrechtsgeschichte² 380.

24 Il s'agit de l'ouvrage: „*Programma de necessaria in academiis tractanda rei iudiciariae imperiae scientiae*”. Göttingen, 1748, cité par EBEL, Der Göttinger Professor Johann Stephan Pütter aus Iserlohn 62.

25 Cet ouvrage de PÜTTER a paru en 1757 pour la première fois. L'édition de l'an 1769 est la version remaniée, augmentée de la première édition. Voir Ebel, Der Göttinger Professor Johann Stephan Pütter aus Iserlohn 61.

26 Cette opposition est évidente dans l'ouvrage de *Pütter*, „*Elementa iuris Germanici privati hodierni in usum auditorum*” et dans l'oeuvre déjà citée, „*Neuer Versuch einer Juristischen Encyclopädie und Methodologie*”.

un autre droit privé allemand commun.²⁷ A son avis, il existait primitivement un droit coutumier général (*ius consuetudinarium generale*), valable pour toute l'Allemagne, qui, en cas de l'absence de la réception du droit romain, pourrait constituer le *ius commune*. Par cela – comme *Ebel* le remarque²⁸ – *Pütter* cherche le premier la voie vers un „deutsches Privatrecht”, dont l'échafaudage ne peut être – eu égard au particularisme – qu'un „*opus desperatum*”. Le fait que dans la reconstruction, d'ailleurs bien problématique du droit privé allemand, les thèses du droit romain ne peuvent pas être prises en compte, n'écarte pas la possibilité de la comparaison.

C'est à ce point que l'on doit remarquer que l'idée de la séparation du droit romain admis et du droit allemand autonome, *ius commune*, considéré comme équivalent du droit romain, a été formulée pour la première fois par *Johann Schilter*. *Schilter* (1632–1705), dont l'activité signifie la fin proche du *Usus modernus Pandectarum*, pense déjà dans (le) 17^e siècle qu'il existe en Allemagne deux droits communs indépendants l'un de l'autre.²⁹

Du point de vue de la séparation du droit romain et du droit allemand il faut renvoyer à deux de ses oeuvres; *Praxis juris Romani in foro Germanico* (Jena, 1675) et son manuel, *Institutiones juris ex principiis juris naturae, gentium et civilis, tum Romani tum Germanici, ad usum fori hodierni accomodatae* (Leipzig, 1685).

C'est le mérite de *Schilter* d'avoir traité le premier, à la différence du *Usus modernus*, qui traite de façon directe les institutions du droit romain et celles du droit allemand les unes à côté des autres, les institutions du droit allemand dans un système autonome. En outre, il essaie de démontrer aussi les antécédents historiques et les racines – par exemple dans le cas de la *lex Salica*. De cette façon, il peut appuyer l'hypothèse, selon laquelle le droit allemand privé à une existence autonome.

La conception de *Schilter* a très vite trouvé des partisans dont on doit mentionner avant tout *Samuel Stryk* et *Christian Thomasius*. *Christian Thomasius*, élève de *Schilter*, est le premier qui, très probablement déjà avant 1705, publie une conférence à Halle sur le *ius commune* allemand, sous le titre de *Institutiones juris Germanici*.³⁰ Ensuite c'est son élève *Georg Beyer* (1665–1714) qui donne des conférences sur un thème analogue à partir de 1707 à Wittenberg, dont la matière fut publiée, après sa mort, par *J. M. Griebner*, en 1718, sous le titre de *Delineatio juris Germanici ad fundamenta sua revocata*.³¹

Après *Georg Beyer* – sans compter l'activité de *Heineccius* – c'est *Pütter* qui se charge de l'élaboration détaillée du *ius commune* allemand, considéré comme autonome. D'après son hypothèse, la réception du droit étranger en Allemagne se base sur une sorte d'erreur, et à l'époque ce n'était donc absolument pas nécessaire. Il tient cependant compte du fait de la réception, et ne désire pas „proscrire” de l'Allemagne le droit romain. D'une manière catégorique, il attire l'attention sur le fait que le „droit ancestral” allemand n'a pas cessé d'exister à la réception du droit romain, par conséquent, on doit effectivement compter avec son existence. Il est aussi à mentionner que son contemporain,

27 Voir l'ouvrage de PÜTTER, *Beyträge zur Erläuterung etc. des Teutschen Staats- und Fürstenrechts* 68 et sq.

28 Voir EBEL, *Der Göttinger Professor Johann Stephan Pütter aus Iserlohn* 88.

29 Voir EBEL, *Der Göttinger Professor Johann Stephan Pütter aus Iserlohn* 86.; LANDSBERG – STINTZING, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft* (Text) 54; Wieacker, *Privatrechtsgeschichte*² 208.

30 Voir LANDSBERG – STINTZING, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft* (Text) 90 et 137; LANDSBERG – STINTZING, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft* (Notes) 55.

31 LANDSBERG – STINTZING, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft* (Text) 137 et sqq.

Friedrich Runde est, dans l'essentiel, du même avis.³² Naturellement on laisse maintenant de côté que le „*droit ancestral*” allemand, le „*gemeines Recht*” ne signifie pas encore – en comparaison avec le droit romain – un droit établi en système: il n'est que le cadre, le support des règles relatives aux différentes institutions.

6. Le *ius Germanicum privatum universale*, le droit romain et le droit matrimonial du „droit de Moïse” comme domaines de comparaison juridique

L'autre représentant de la tendance comparatiste, *August Friedrich Schott* est au fond – comme il le souligne dans la préface de son ouvrage intitulé *Entwurf einer juristischen Encyclopädie und Methodologie zum Gebrauch akademischer Vorlesungen*³³ – le continuateur du travail de *Pütter*.

L'appréciation de l'oeuvre de *Schott* est, à notre avis, beaucoup trop sommaire et même partielle.³⁴ Le signe de cette appréciation négative est que *Wieacker* ne fait mention du nom de *Schott* dans aucune édition de *Privatrechtsgeschichte in der Neuzeit* – cela vaut aussi pour l'édition en langue italienne.³⁵ A notre avis, sa portée ne se limite pas à la publication de *Unparteiische Kritik* publiée à Leipzig entre 1769 et 1790. Il connaît non seulement parfaitement le droit saxonique (*ius Saxonicum*)³⁶, mais dans son ouvrage *Entwurf einer juristischen Encyclopädie...* il traite aussi de façon approfondie des questions méthodologiques. *Schott* est aussi le successeur de *Pütter* d'un autre aspect, notamment qu'il souligne l'existence du *ius commune* allemand, indépendant du droit romain. Cela est prouvé entre autres par le fait qu'au cours de l'analyse des institutions juridiques particulières, il démontre la présence des particularités allemandes et l'absence du droit romain. Traitant de la *patria potestas*, il indique par exemple que sa forme connue dans le droit romain ne se fait pas valoir dans le *ius Saxonicum*.³⁷ Il sépare le droit privé en deux parties – en examinant les domaines différents: selon lui, c'est le *ius Germanicum privatum universale* et le droit romain qui le constituent.³⁸ Examinant le *ius Germanicum privatum universale*, il allègue que ce droit doit être nettement séparé „du droit étranger institué aux tribunaux allemands”.³⁹ Quant au droit romain, il affirme que celui-ci n'est pas seulement un droit valable pour les tribunaux allemands, mais en même temps c'est un droit vivant dans la plupart des pays européens.⁴⁰ Le fait d'insister sur la séparation des deux droits (systèmes juridiques) valables en Allemagne, laisse à prévoir déjà, en théorie, la possibilité des recherches comparatives, et cette conception se voit complétée par la mention de l'importance du „droit de Moïse”, inséré dans

32 MARX, Die juristische Methode der Rechtsfindung aus der Natur der Sache bei den Göttinger Germanisten Johann Stephan Pütter und Justus Friedrich Runde 57.

33 SCHOTT, Entwurf einer juristischen Encyclopädie und Methodologie zum Gebrauch akademischer Vorlesungen 7. C'est ici que nous mentionnons que la première édition de l'ouvrage date de l'an 1772.

34 LANDSBERG – STINTZING, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft (Text) 481 et sqq.

35 WIEACKER, Storia del diritto privato con particolare riguardo alla Germania.

36 La preuve en est son oeuvre „Istitutiones iuris Saxonici electoralis privati” publiée en nombreuses éditions; *Schott* l'a publiée pour la première fois en 1772. Par la suite nous nous référons à l'édition de 1795, 3. ed. Chr. G. HAUBOLD.

37 Voir SCHOTT, Institutiones juris Saxonici electoralis privati 151.

38 Voir SCHOTT, Entwurf einer juristischen Encyclopädie und Methodologie 151.

39 Voir SCHOTT, Entwurf einer juristischen Encyclopädie und Methodologie 79.

40 Voir SCHOTT, Entwurf einer juristischen Encyclopädie und Methodologie 63.

l'Ancien Testament (*Testamentum Vetus*), faisant partie du „*Göttliches Positivrecht*”.⁴¹ Le caractère de droit positif du „*droit de Moïse*” est renforcé d’une part par sa prépondérance dans les rapports entre les juifs, et d’autre part, eu égard surtout aux „*lois conjugales de Moïse*” – par sa prédominance dans les rapports avec les chrétiens.

Outre la référence aux lois de *Moïse* considérées comme un droit positif et la séparation du *ius commune* allemand du droit romain, il est presque obligatoire de mentionner que les réminiscences, provenant de l’époque contemporaine ou des époques plus anciennes, des droits européens pouvaient (ou peuvent) influencer le développement de la jurisprudence allemande.⁴² Cette influence ne peut pas être définie – d’après *Schott* – d’une façon générale; celle des „*droits italiens, anglais, néerlandais, suédois et danois*” ne peut jouer un rôle qu’uniquement dans la sphère des institutions juridiques particulières, donc d’une façon concrète et dans une forme concrète.

7. Le droit naturel „vaincu” et le „culte du droit romain”

L’analyse des tendances de comparaison de droits apparaissant dans les oeuvres des représentants du droit naturel est importante en premier lieu du point de vue de l’histoire scientifique. Le droit naturel est le premier qui accorde un intérêt très sérieux – on pourrait même dire de fondement de principe – à la comparaison des droits. Cette constatation devient particulièrement suggestive si nous confrontons les rapports qu’ont d’une part les partisans de la tendance du droit naturel, et d’autre part, les représentants de l’Ecole Humaniste avec la comparaison de droits. Dans les ouvrages des juristes appartenant à l’Ecole Humaniste, on peut trouver une sorte de comparaison appliquée sans méthode spéciale.⁴³ Cependant, cette comparaison se réduit pour ainsi dire exclusivement à l’examen du rapport entre le droit romain et le droit antique méditerranéen. La source de cette comparaison est l’intérêt porté à l’Antiquité, aux oeuvres des auteurs antiques, intérêt qui se manifeste avec une force élémentaire à l’époque de la Renaissance.⁴⁴

L’Ecole Historique est, par contre, déjà l’ennemi déclaré de toute comparaison de droits – cela concerne en premier lieu son représentant le plus important: *Savigny*.⁴⁵ *Gustav Hugo* fait exception; il attache à la création du nouveau *ius naturae* étant en harmonie avec les exigences de l’ère moderne, la condition de la comparaison de plusieurs droits positifs.⁴⁶ La nouveauté de la doctrine d’*Hugo* consiste en premier lieu en ce qu’il veut composer le „*nouveau droit naturel*” non pas d’une méthode déductive, mais de la méthode inductive, en confrontant tous les droits positifs. L’hostilité à la comparaison de droits, apparaissant comme règle principale, des représentants de l’Ecole Historique est due à l’absolutisation du droit romain, qui acquiert un sens de „*Kryptonaturrecht*”. C’est la cause principale du fait que dans la conception de *Savigny* le *ius Germanicum privatum universale*, qu’on

41 Voir SCHOTT, Entwurf einer juristischen Encyclopädie und Methodologie 25.

42 Voir SCHOTT, Entwurf einer juristischen Encyclopädie und Methodologie 204.

43 Pour une synthèse de la littérature plus récente, Voir Hamza, Jogösszehasonlítás és az antik jogrendszer 11 et sqq.

44 Voir BURCKHARDT, Die Kultur der Renaissance in Italien. Dans le troisième chapitre du livre (*Die Wiederentdeckung des Altertums*), Burckhardt s’occupe du phénomène de l’augmentation de l’intérêt pour les oeuvres des auteurs de l’Antiquité classique.

45 Voir HAMZA, Jogösszehasonlítás és az antik jogrendszer 38 et sqq.

46 Voir KOSCHAKER, Europa und das römische Recht 254, et WOLF, Grosse Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte.

ne peut d'ailleurs reconstituer qu'avec beaucoup de difficultés, ne peut pas être considéré comme égal avec le droit romain remplissant le rôle du „*ius commune Europeaeum*”.⁴⁷ Les représentants de l'Ecole Historique substituent par le „culte” du droit romain le droit naturel „vaincu”. La conséquence du point de vue extrémiste est que *Savigny* conteste la possibilité – et ajoutons – le: la nécessité et de la comparaison verticale et de la comparaison horizontale.

A notre avis, l'aversion pour le droit naturel de l'Ecole Historique, ayant des remparts sérieux dans la jurisprudence européenne du siècle passé, est également à l'origine de ce que, jusqu'à présent, l'attachement démontrable et observable à plusieurs points du droit naturel à la comparaison de droits n'est toujours pas accentué d'une manière convenable.⁴⁸ L'auteur de cette étude a considéré comme son devoir de démontrer ces points d'attache d'une très grande importance, en premier lieu de l'aspect de l'histoire des sciences.

Littérature et ressources

- BURCKHARDT, Jacob.: Die Kultur der Renaissance in Italien. Berlin 1928
- CONRING, Hermann: Commentarius historicus de origine iuris Germanici. Helmestadii 1643
- DUCK, Arthur: De Usu et Authoritate Juris Civilis Romanorum in Dominiis Principum Christianorum Libri duo. Lipsiae 1676
- DUTENS, Louis (ed.): Nova methodus discendae docendaeque iurisprudentiae. In: LEIBNITZ, Gottfried Wilhelm G. G.: Leibnitii Opera omnia. Vol. IV (Faksimilie: Genève 1668). Hildesheim 1989
- EBEL, Wilhelm: Der Göttinger Professor Johann Stephan Pütter aus Iserlohn. Göttingen 1975
- FIKENTSCHER, Wolfgang. Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung. Vol. III. Tübingen 1976
- GROTIUS, Hugo: Florum sparsio ad ius Iustinianum. Paris 1642
- GROTIUS, Hugo: De iure belli ac pacis. Paris 1625
- HAMZA, Gábor: Jogösszehasonlítás és az antik jogrendszerek [Comparaison de droits et les systèmes juridiques de l'Antiquité]. Budapest 1998
- HAMZA, Gábor: La comparaison juridique et l'École du Droit naturel. In: MURILLO, Villar A. – CALZADA, González A. – PÉREZ-GÓMEZ, S. Castán (eds.): Homenaje al Profesor Armando Torrent. Madrid 2016, 415-423
- HAMZA, Gábor: Comparative Law and Antiquity within the Framework of Legal Humanism and Natural Law. In: BERGH, Rena van den – NIEKERK, Gardiol van (eds.) Libellus ad Thomasium. Essays in Roman law, Roman-dutch law and legal history in honour of Philip Thomas. Pretoria 2010, 142-152
- HAZELTINE, Harold D.: Selden as Legal Historian. A Comment in Criticism and Appreciation. I. Harvard Law Review No. 2/1910, 105-118
- HEINECCIUS, Gottlieb: De utilitate litterarum orientalium in iurisprudentia. Genevae 1767

47 Voir WIEACKER, Friedrich Carl von Savigny 36.

48 Dans la littérature juridique Zweigert et Kötz se contentent de constater que, à l'époque du droit naturel, *Bacon* et *Leibniz* „propagent” de façon accentuée la comparaison de droits. Pour les premiers représentants de l'époque du „aufgeklärtes Naturrecht”, *Wolf* et *Nettelbladt*, la comparaison de droits est sans intérêt, car le droit naturel est un „Geistesgebäude” devant être construit de façon spéculative et aprioristique. En même temps, *Zweigert* et *Kötz* soulèvent la nécessité d'un examen qui pourrait mettre à jour que ces systèmes aprioristiques étaient quand même les fruits d'une „verhohlene Rechtsvergleichung” („... immerhin bliebe zu untersuchen, inwieweit ihre done des représentants du droit naturel, G.H.) vermeintlich (sic! G.H.) aprioristischen Systema vielleicht doch Frucht einer 'verhohlenen Rechtsvergleichung' waren.”). Voir ZWIEGERT – KÖTZ, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts 55 et sqq.

- HEINECCIUS, Gottlieb: *Elementa iuris civilis secundum ordinem Pandectarum*. Lipsiae 1727
- HEINECCIUS, Gottlieb: *De utilitate litterarum orientalium in iurisprudentia*. Halle 1734
- HORN, Norbert: Römische Recht als gemeineuropäisches Recht bei Arthur Duck. In: WILHELM, Walter (Hrsg.): *Studien zur Europäischen Rechtsgeschichte*. Frankfurt am Main 1972, 170-180
- HUG, Walther: *The History of Comparative Law*. Harvard Law Review No. 6/1932, 1027-1070
- KOSCHAKER, Paul: *Europa und das römische Recht*. München – Berlin 1947
- KAUFMANN, Arthur: *Naturrecht und Geschichtlichkeit*. Göttingen 1957
- KAUFMANN, Arthur: *Die ontologische Bedeutung des Rechts*. Darmstadt 1965
- LAMBERT, Édouard: *Conception générale et définition de la science du droit comparé, sa méthode, son histoire: le droit comparé et l'enseignement du droit*. In: *Congrès International de Droit Comparé. Procès-verbaux des séances et documents*. Tome I, Paris 1905
- LANDSBERG, Ernst – STINTZING, Roderich: *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*. 3. Abt. 1. und 2. Hbd. (Text, Notes). München 1910
- MARX, Heinrich: *Die juristische Methode der Rechtsfindung aus der Natur der Sache bei den Göttinger Germanisten Johann Stephan Pütter und Justus Friedrich Runde*. Diss. Göttingen 1967
- NABER, H.: *Hugo Grotius, iuris Romani et iurisprudentiae comparatricis cultor*. Acta Academiae universalis iurisprudentiae comparativae. Vol. I. Paris 1928
- PUFENDORF, Samuel Freiherr von: *De iure naturae et gentium*. London 1672
- PÜTTER, Johann Stephan: *Elementa iuris Germanici privati hodierni in usum auditorum*
- PÜTTER, Johann Stephan: *Neuer Versuch einer Juristischen Encyclopädie und Methodologie*
- PÜTTER, Johann Stephan: *Beyträge zur Erläuterung etc. des Teutschen Staats- und Fürstenrechts*. Theil II. Göttingen 1779
- PÜTTER, Johann Stephan: *Selbstbiographie zur dankbaren Jubelfeier seiner 50 jährigen Professorstelle zu Göttingen I-II*. Göttingen 1798
- RAGUILLUS, Franciscus: *Leges politicae ex Sacrae iuris prudentiae fontibus collectae ad formam Iustiniani codicis ex libris Veteris et Novi Testamenti digestae*. Francfort 1577
- SCHILTER, Johann: *Praxis iuris Romani in foro Germanico*. Jena 1675
- SCHILTER, Johann: *Institutiones iuris ex principiis iuris naturae, gentium et civilis, tum Romani tum Germanici, ad usum fori hodierni accommodatae*. Leipzig 1685
- SCHNITZER, Adolf F.: *Vergleichende Rechtslehre*. Bâle 1961
- SCHOTT, August Friedrich: *Entwurf einer juristischen Encyclopädie und Methodologie zum Gebrauch akademischer Vorlesungen*. Leipzig 1794
- SCHOTT, August Friedrich: *Unpartheyische Kritik über die neuesten juristischen Schriften: wie auch zuverlässige Nachrichten von dem gegenwärtigen Zustand der Leipziger Akademie*. Leipzig 1769-1790
- SCHOTT, August Friedrich: *Institutiones iuris Saxonici electoralis privati*. Editio altera, auctior et emendatio. Leipzig 1785
- SELDEN, John: *De successionibus in bona defunctorum ad leges Ebraeorum*. Francofurti ad Oderam 1631
- SELDEN, John: *De successione in Pontificatum Ebraeorum*. London 1636
- SELDEN, John: *De iure naturali et gentium juxta disciplinam Ebraeorum*. Noribergentium 1640
- SELDEN, John: *Uxor Ebraica seu de Nuptiis et divortiis veterum Ebraeorum libri très*. Francofurti ad Oderam 1673
- SELDEN, John: *De Synedriis et Praefecturis Juridicis veterum Ebraeorum I-III*. London 1650, 1653, 1655
- SELDEN, John: *De diis Syriis* (1617). Reprint: Delhi 2020

- SELDEN, John: Eutychii Aegyptii patriarchae orthodoxorum Alexandrini ecclesiae suae origines (1642).
Reprint: EEBO Editions 2010
- STEIN, Peter: Legal Evolution. The Story of an Idea. Cambridge 1980
- STURM, Fritz: Das römische Recht in der Sicht von Gottfried Wilhelm Leibniz. In: Recht und Staat in
Geschichte und Gegenwart. Tübingen 1986
- VOLTERRA, Edoardo: Diritto romano e diritti orientali. Bologne 1937
- VOGEL, Werner: Franz Hotman und die Privatrechtswissenschaft seiner Zeit. Diss. Freiburg i. Br. 1960
- WIEACKER, Franz: Privatrechtsgeschichte der Neuzeit. Göttingen 1967
- WIEACKER, Franz: Storia del diritto privato con particolare riguardo alla Germania. Vol. I-II. Milan 1980
- WIEACKER, Franz.: Friedrich Carl von Savigny. Zeitschrift der Savigny-Stiftung. Rom. Abt. 85, Nr. 8/1955
<https://www.degruyter.com/document/doi/10.7767/zrgra.1955.72.1.1/html> (06. 08. 2022)
- WOLF, Erik: Grosse Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte. Tübingen 1963
- ZWEIGERT, Konrad – KÖTZ, Hein: Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts.
Bd. I.: Grundlagen. Tübingen 1984
- ZWEIGERT, Konrad – PUTTFARKEN, Hans-Jürgen (Hrsg.): Rechtsvergleichung. Darmstadt 1978