MACHEL.book Page 5 Lundi, 5. octobre 2015 10:07 10

Sous la direction de Michel DEGOFFE et Bernard POUJADE,
Avec le soutien du comité de parrainage
Lucien JAUME, Franck LAFFAILLE, Jean-Michel LEMOYNE DE FORGES, Anne LEVADE,
Bertrand MATHIEU, François MONNIER, Dominique ROUSSEAU

MÉLANGES EN L'HONNEUR DU DOYEN JEAN-PIERRE MACHELON

INSTITUTIONS ET LIBERTÉS

LexisNexis®
141 rue de Javel - 75015 Paris

Centre Maurice Hauriou
Centre Maurice Hauriou pour la recherche en droit public

MACHEL.book Page 755 Lundi, 5. octobre 2015 10:07 10

LE DROIT ROMAIN FACE AU DÉFI IDÉOLOGIQUE DU NATIONAL-SOCIALISME. L'EXEMPLE DE L'UNIVERSITÉ DE VIENNE

Franz-Stefan MEISSEL [1]

La fascination de l'étude du droit romain tient beaucoup à la complexité des perspectives. Le travail avec les sources constitue une vraie aventure intellectuelle : des traces du droit républicain qui se trouvent chez des auteurs du principat, des extraits des textes du deuxième siècle qui se trouvent dans la compilation justinienne du VI^e^ siècle, laquelle va être étudiée par des juristes médiévaux et va influencer le développement du droit européen jusqu'au troisième millénaire. Cette histoire de la redécouverte permanente et d'une *interpretatio multiplex* du droit romain implique une analyse renouvelée qui s'opère chaque fois dans un contexte contemporain qu'il convient de prendre en considération quand on se réfère aux études des juristes antérieurs. Bien sûr, le rôle du droit romain à travers ces diverses périodes connaît des altérations considérables. Ainsi, les études de droit romain ne se limitent pas à l'analyse des sources de l'Antiquité, mais comprennent aussi l'histoire de sa propre discipline à travers l'expérience européenne de l'évolution du droit et de la science juridique.

Dans cette petite contribution en l'honneur du doyen Jean-Pierre Machelon, grand publiciste et historien des idées qui a toujours donné preuve d'une maîtrise extraordinaire de culture juridique, nous allons étudier l'attitude du national-socialisme à l'égard du droit romain. Cela nous amène dans une des périodes les plus sombres de l'histoire de l'Europe. La tragédie de cette période se situe bien sûr sur le plan personnel des victimes, mais comporte aussi des implications sur l'orientation des disciplines juridiques. Ainsi, le droit romain fût-il contesté et refusé par le régime national-socialiste. Beaucoup de savants de droit romain allemands furent persécutés pour des raisons racistes et politiques ; ils furent condamnés à l'émigration ou tués dans les camps de concentration. Le droit romain lui-même, comme matière juridique, fut aussi repoussé par les dirigeants nazis, tandis

1. Je remercie vivement le professeur Laurent PFISTER pour le travail et le temps qu'il a investi pour corriger le texte français.

MACHEL.book Page 756 Lundi, 5. octobre 2015 10:07 10

que le fascisme italien des années 1930 considérait le droit romain comme un élément intégral de son idéologie [2].

I. – LE DROIT ROMAIN DANS L'ARTICLE 19 DU PROGRAMME DU PARTI NATIONAL-SOCIALISTE DES TRAVAILLEURS ALLEMANDS (NSDAP)

Le programme du parti national-socialiste des travailleurs allemands (NSDAP) se réfère explicitement au droit romain comme une image d'ennemi idéologique. L'article 19 du programme du parti national-socialiste exige de façon claire et radicale l'abolition du droit romain :

> « Nous revendiquons le remplacement du droit romain, qui sert à la conception matérialiste du monde, par un droit commun allemand (*deutsches Gemein-Recht*) » [3].

À première vue, cette revendication d'un droit commun allemand paraît absurde car depuis l'entrée en vigueur du Code civil allemand (BGB), le 1er janvier 1900, le droit romain a définitivement cessé de figurer parmi les sources du droit en Allemagne.

Une analyse de l'histoire de l'élaboration de l'article 19 montre que cet article n'est pas fondé sur une connaissance juridique approfondie, mais sur des conceptions profanes. Le programme du parti s'appuie sur les directives du fondateur du parti, Anton Drexler, qui était serrurier à la Société nationale de chemin de fer allemand (*Reichsbahn*), et sur les principes politiques du parti des travailleurs allemands (DAP) du 14 décembre 1919 [4]. Le texte du futur article 19 se trouve dans le programme du DAP dans un chapitre intitulé « Répression de la servitude d'intérêt » (*Brechung der Zinsknechtschaft*) au milieu de paroles dirigées contre le

2. Cf. A. MANTELLO, *La giurisprudenza romana fra Nazismo e Fascismo*, Quaderni di Storia 13/25 (1987) 23. – A. SOMMA, *Roma madre delle leggi. L'uso politico del diritto romano*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica* 32/1 (2002) 153. – A. SOMMA, *I giuristi e l'Asse culturale* Roma-Berlino (2005). – C. CASCIONE, *Romanisti e fascismo, in* M. MIGLIETTA et G. SANTUCCI, *Diritto romano e regimi totalitari nel '900 europeo* (2009) 3.

3. Sur l'article 19 du programme NSDAP, V. P.-E. PIELER, *Das römische Recht im nationalsozialistischen Staat, in* U. DAVY et *alii*, *Nationalsozialismus und Recht* (1990) 427. – P. LANDAU, *Römisches Recht und deutsches Gemeinrecht. Zur rechtspolitischen Zielsetzung im nationalsozialistischen Parteiprogramm, in* M. STOLLEIS et D. SIMON, *Rechtsgeschichte im Nationalsozialismus* (1989) 11. – R. GAMAUF, *Die Kritik am Römischen Recht im 19. und 20. Jahrhundert, Orbis Iuris Romani II* (1996) 33 (53 et s.). – G. SANTUCCI, *Diritto romano e nazionalsocialismo : i dati fondamentali, in* M. MIGLIETTA et G. SANTUCCI, *Diritto romano e regimi totalitari nel '900 europeo* (2009) 53. – G. OBERKOFLER et E. RABOFSKY, *Das NS-Programm und das Römische Recht in Österreich, Zeitgeschichte 13* (1985-1986) 289.

4. Pour l'histoire du NSDAP, V. G.-F. WILLING, *Die Hitler-Bewegung. Der Ursprung 1919-1922* (1962). – W. MASER, *Die Frühgeschichte der NSDAP. Hitlers Weg bis 1924* (1965). – M. BROSZAT, *Die Machtergreifung. Der Aufstieg der NSDAP und die Zerstörung der Weimarer Republik* (1984).

MACHEL.book Page 757 Lundi, 5. octobre 2015 10:07 10

capitalisme et le judaïsme (qui était identifié en même temps avec les représentants de la social-démocratie) en général. Peter E. Pieler [5] a suggéré que les auteurs de cette association de la « servitude d'intérêt » (*Zinsknechtschaft*) au droit romain sont deux personnes qui elles aussi n'étaient pas des juristes : le constructeur de machines et directeur d'usine Alfred Brunner et l'ingénieur Gottfried Feder.

Le refus du droit romain vise aussi le Code civil allemand (BGB) qui pouvait être interprété comme l'œuvre de la filière romanistique de l'école historique du droit (*historische Rechtsschule*), donc de l'école pandectiste et de la « jurisprudence des notions » (*Begriffsjurisprudenz*). Le secrétaire d'État au ministère de la Justice, Franz Schlegelberger, a manifesté ce sentiment dans le titre d'une conférence de 1937 : « Adieu au BGB ! ».

L'article 19 combine deux aspects : premièrement l'interprétation nationaliste allemande de l'histoire de la justice du XIX^e^ siècle, dans laquelle le droit romain et la jurisprudence romaine sont considérés comme des malheurs nationaux, et deuxièmement une perspective de politique juridique qui vise à un « renouvellement du droit » révolutionnaire qui devrait être basé sur l'idéologie national-socialiste.

Le deuxième aspect était pratiqué surtout dans l'académie du droit allemand (*Akademie für deutsches Recht*), fondée en 1934, qui s'occupait de l'élaboration d'un Code populaire (*Volksgesetzbuch*), lequel était envisagé afin de remodeler le droit civil selon l'esprit national-socialiste [6].

L'histoire des idées inspirant l'article 19 ne peut être comprise que si l'on considère le refus du droit romain dans le contexte plus large de l'histoire du droit au XIX^e^ siècle, comme il était entendu et interprété par les nazis sous l'influence des écrits de Houston Stuart Chamberlain (*Die Grundlagen des 19. Jahrhunderts*) ou de Arnold Wagemann, propagandiste d'un droit commun allemand (*Deutsches Gemeinrecht*). Dans le programme du DAP, le parti allemand-socialiste, fondé par Alfred Brunner, qui a été publié le 31 mars 1919, on trouve la justification suivante pour « le remplacement du droit romain par un droit commun allemand » :

> « Comme notre "Bodenrecht", le droit du sol actuel, s'appuie sur le droit romain, tous les malheurs dans notre vie publique sont des malheurs du droit. Le droit romain a été introduit il y a 400 ans par les princes et le haut clergé ; le peuple a essayé vainement de se défendre contre ce développement, considérant que le droit étranger était utilisé afin de leur retirer leur terre et d'autres droits. Les guerres des paysans, le premier soulèvement social, étaient une lutte sanglante contre le droit étranger. (…) Le droit romain était créé dans le siècle de la chute de l'Empire romain, à l'époque où les juifs inondaient l'empire. Ce droit est anti-

5. PIELER, in DAVY et *alii*, *Nationalsozialismus und Recht* (1990) 428 et s.
6. Sur ce projet du *Volksgesetzbuch*, V. W. SCHUBERT, *Volksgesetzbuch. Teilentwürfe, Arbeitsberichte und sonstige Materialien* (1988). – Cf. F.-S. MEISSEL, *Rezension zu Schubert, Volksgesetzbuch, ZRG-GA 107* (1990) 682.

MACHEL.book Page 758 Lundi, 5. octobre 2015 10:07 10

> social et protège les bénéfices personnels à la dépense de la communauté. C'est un droit des roublards et des astucieux (…) C'est pourquoi on doit donner au peuple allemand un droit qui correspond à sa façon et à son esprit, et qui correspond au principe : que l'intérêt général passe avant l'intérêt individuel. La rapacité, la déloyauté, l'immoralité qui s'installaient dans le commerce et dans la vie quotidienne, bref la "judaïsation" de notre peuple est due au droit romain » [7].

Une thèse doctorale juridique, soutenue chez Erich Genzmer à l'Université de Tübingen en 1936, qui avait comme sujet « La réalisation du programme du parti national-socialiste dans l'interprétation contemporaine par la législation du cabinet de Hitler », montre comment l'article 19 fut compris par les contemporains dans les années 1930 du XX^e^ siècle :

> « La plus grande différence entre les deux droits [c'est-à-dire entre le droit romain et le droit du peuple allemand] est l'évaluation différente des valeurs juridiques les plus importantes, mais on doit souligner qu'il ne s'agit plus du "droit romain de l'origine nordique", mais du "droit romain" tel qu'il a fait l'objet de la réception, qui était transformé et influencé par le "droit syriaco-oriental". Pour ce droit romain modifié, le bien le plus important est l'intérêt de l'individu, cependant il ne mentionne pas du tout l'intérêt de l'État, l'honneur de la nation et de la race du peuple » [8].

Un autre juriste national-socialiste de première ligne, Roland Freisler, le futur président du *Volksgerichtshof*, défend les mêmes idées quand il écrit :

> « Un droit d'une civilisation étrangère, le droit de la civilisation romano-gréco-byzantine, a été introduit en Allemagne, soutenu par la situation politique, et a remplacé le droit autochtone. (…) Ce milieu culturel de l'origine du droit [romain] suppose que le travail soit indigne d'un homme libre et c'est pourquoi il règle le travail payé comme le loyer des biens. Ce droit était achevé et mis par écrit à une époque et dans un milieu culturel, qui étaient influencés par un mélange des peuples ; il était en vigueur dans un temps de commercialisation de tous les domaines de la vie… » [9].

Cette critique du droit romain repose sur une série de *topoi* différents :

---

7. Dans la version allemande originale : « Unser heutiges Bodenrecht ruht auf dem römischen Recht, deshalb sind alle Schäden unseres öffentlichen Lebens Rechtsschäden. Das Römische Recht wurde vor 400 Jahren von den Fürsten und der hohen Geistlichkeit eingeführt ; vergeblich hat sich das Volk dagegen gewehrt, wohl fühlend, dass ihm mit dem fremden Recht der Boden unter den Füßen und andere Gerechtsame entzogen wurden. Die Bauernkriege, die erste soziale Erhebung, waren der blutige Kampf gegen das fremde Recht.… Das Römische Recht ist entstanden zur Zeit des untergehenden, von Juden überfluteten Rom, es ist unsozial und schützt den privaten Gewinn auf Kosten der Gemeinschaft. Es ist ein Recht der Gerissenen und der Schlauen. (…) Deshalb muss dem Deutschen Volke ein Recht seiner Art und seiner Gesinnung nach gegeben werden, das dem alten Grundsatz : Gemeinnutz geht vor Eigennutz entspricht. Die tief eingerissene Habsucht, Unredlichkeit, Unmoral, die sich im Handel und Wandel breit macht, die Verjudung unseres Volkes ist auf das Römische Recht zurückzuführen ». Cité d'après FRANZ-WILLING, *Hitler-Bewegung*, 173 et s.
8. P. SCHMID, *Die bisherige Erfüllung des Parteiprogramms in seiner heutigen Auslegung durch die Gesetzgebung des Kabinetts Hitler* (*Rechtswissenschaftliche Dissertation* Universität Tübingen, 1936).
9. R. FREISLER, *Nationalsozialistisches Recht und Rechtsdenken* (1938) 23.

MACHEL.book Page 759 Lundi, 5. octobre 2015 10:07 10

1) Premièrement le droit romain est accusé de reconnaître les droits individuels. Au contraire, le « droit commun allemand » futur devrait insister sur l'idée d'une « communauté du peuple » (*Volksgemeinschaft*), sur les intérêts communs et sur la loyauté des compatriotes (*Volksgenossen*) [10].

2) La protection de la propriété et de *la liberté d'exercer une activité professionnelle* (*Erwerbsfreiheit*) dans l'esprit du libéralisme ainsi que la commercialisation de la vie (*Merkantilisierung*) sont accusées d'être responsables de la misère sociale et économique de la plupart de la population (en particulier des fermiers).

3) Le droit romain est considéré comme droit étranger, qui a remplacé le bon vieux droit germanique, le droit idéalisé d'antan, le « droit qui est né avec nous » [11]. C'est pourquoi la réception du droit romain (du droit savant) est considérée comme un malheur national.

4) Parce que le droit romain était l'objet d'une réception à la fin de l'Antiquité, il est vu comme le droit de la crise et du déclin ; le droit d'un temps, dans lequel l'influence orientale (judaïque) était dominante. Selon l'idéologue nazi Alfred Rosenberg, le droit romain est « un produit du procès de décomposition syriaco-romain, sans âme et sans sensibilité pour la nation et le peuple » [12]. L'opposition au droit romain ne porte pas seulement des traits xénophobes et nationalistes, mais inclut surtout l'antisémitisme du mouvement national-socialiste.

5) De plus, le droit romain est accusé d'être abstrait et d'être compréhensible seulement pour les spécialistes [13].

6) Enfin, dans le refus du droit romain on trouve aussi un ressentiment contre l'Église catholique romaine (« le haut clergé ») et contre le Saint-Empire Romain et la maison Habsbourg [14].

Les représentants professionnels du droit romain (c'est-à-dire surtout les professeurs et les autres chercheurs) devaient être inquiétés, au plus tard au moment de la prise du pouvoir national-socialiste, quand le régime a commencé à exclure tous les professeurs et étudiants juifs et cherchait à subordonner les sciences et les études au *Führer* et au parti national-socialiste. Mais à l'Université de Vienne, la répression de personnalités juives avait commencé déjà beaucoup plus tôt. L'histoire de l'antisémitisme militant remonte au début du XIX^e^ siècle [15] et s'est

10. Sur l'antithèse d'un droit romain individualiste et le droit germanique social, cf. notamment K. LUIG, *Römische und germanische Rechtsanschauung, individualistische und soziale Ordnung, in* J. RÜCKERT et D. WILLOWEIT, *Die Deutsche Rechtsgeschichte in der NS-Zeit* (1995) 95.
11. Ainsi le titre d'un ouvrage de A. WAGEMANN, *Vom Rechte, das mit uns geboren ist. Ein Weckruf für das deutsche Volk* (1920).
12. A. ROSENBERG, *Wesen, Grundsätze und Ziele der NSDAP. Das Programm der Bewegung* (1937) 49.
13. Cf. A. HIMSTEDT, *Das Programm der NSDAP wird erfüllt !* (1939) 49 ; HIMSTEDT écrit qu'il devrait être une des missions de la réorganisation du droit commun (*volkrechtliche Neugestaltung*) de remplacer le « juriste » par un « gardeur du droit » (*Rechtswahrer*), qui soit un vrai partisan du *Führer*.
14. Sur ce sujet, cf. P. KOSCHAKER, *Europa und das Römische Recht* (1947) 327 et s.
15. Cf. en particulier les contributions *in* O. RATHKOLB, *Der lange Schatten des Antisemitismus* (2013).

MACHEL.book Page 760 Lundi, 5. octobre 2015 10:07 10

matérialisée par exemple dans la bataille des étudiants germano-nationalistes contre certains professeurs juifs. Dans le cadre de telles actions se situe aussi la campagne antisémite lancée contre le professeur de droit romain Stephan Brassloff dans les années 1920 du XX^e siècle [16].

II. – LE SCANDALE DE L'UNIVERSITÉ DE VIENNE EN 1925 AUTOUR DE STEPHAN BRASSLOFF

Stephan Brassloff (1875-1943) était depuis 1919 professeur extraordinaire de droit romain dans la faculté juridique à Vienne. En 1925, des étudiants de tendance germano-nationaliste organisèrent une campagne contre lui. Cette campagne était clairement inspirée par un ressentiment antisémite. Brassloff offrait plusieurs raisons de devenir une victime du nazisme : il était un brillant juriste de tendance politique gauche-libéral, il était romaniste et il était d'origine juive. Pourtant, on doit dire que sa matière de spécialisation juridique (le droit romain et l'histoire des droits de l'antiquité) était la moindre raison d'être persécuté. Ce scandale autour des Brassloff illustre bien la force et la puissance de l'antisémitisme dans les années 1920 à l'Université de Vienne.

En 1925, il fallait nommer des successeurs aux deux chaires de droit romain à la faculté de droit, occupées jusqu'à ce moment par les professeurs Paul Jörs et Moriz Wlassak. Il y avait deux candidats internes : le professeur extraordinaire Ernst Schönbauer, un membre de l'Assemblée nationale (*Nationalrat*) avec une orientation politique germano-nationale et l'autre, professeur extraordinaire, Stephan Brassloff qui était proche du côté libéral de la social-démocratie.

À l'époque, les cours magistraux de Stephan Brassloff étaient très populaires parmi les étudiants de droit parce que sa façon d'enseigner était vivante et pleine d'esprit. Brassloff aimait aussi inclure des remarques ironiques dans ses cours. Cela permettait à ses opposants de lui reprocher un style « non académique ». Comme il n'était ni catholique ni germano-national, il représentait la cible idéale d'une attaque de la part des étudiants de tendance germano-nationale : un professeur juif avec une attitude libérale, qui s'occupe dans ses recherches de matières suspectes telles que le livre du droit syriaco-romain et l'histoire des provinces orientales de l'Empire romain. En plus la rumeur courait que Brassloff était « immigré de l'Est ». Ainsi, dans le climat politique explosif de l'époque, proche de la guerre civile, qui devait éclater brutalement quelques années plus tard en Autriche (en 1933-1934), il était assez facile de dénoncer ce savant « non confor-

16. Cf. O. RATHKOLB, *Die Rechts-und Staatswissenschaftliche Fakultät der Universität Wien zwischen Antisemitismus, Deutschnationalismus und Nationalsozialismus 1938, davor und danach, in* G. HEIß et *alii*, *Willfährige Wissenschaft – Die Universität Wien 1938-1945* (1989) 197. – F.-S. MEISSEL, *Römisches Recht und Erinnerungskultur – zum Gedenken an Stephan Brassloff*, Vienna Law Inauguration Lectures Bd 1 (2008) 1-43.

MACHEL.book Page 761 Lundi, 5. octobre 2015 10:07 10

miste » comme un exemple de l'immoralité et de l'absence de dignité académique.

Durant l'été 1925, quelques journaux de tendance germano-nationaliste commencèrent à publier des articles dans lesquels ils critiquaient les soi-disant « remarques immorales » du professeur Brassloff. Dans le journal quotidien germano-national du 19 septembre 1925, fut publié un appel aux étudiants à dénoncer de telles remarques de Brassloff. Le 24 septembre 1925, un certain Robert Körber écrivit une lettre au Sénat académique de l'université de Vienne dans laquelle il accusa Brassloff d'avoir fait des remarques « ambivalentes » avec des allusions sexuelles, qui « selon les étudiants allemands, n'ont rien à faire dans un cours et ne sont pas compatibles avec la conception allemande de la pudeur » [17].

La pression des étudiants de tendance germano-nationale était si forte que Brassloff lui-même proposa d'instaurer une enquête disciplinaire sur les plaintes pour réfuter les accusations. Rudolf Köstler, professeur de droit canonique, servait comme procureur disciplinaire dans cette enquête et le germaniste Ernst von Schwind fut nommé président de la chambre disciplinaire. En janvier 1926, la chambre disciplinaire décida que le professeur Brassloff était coupable d'avoir blessé la dignité de l'Université, mais il reçut la sanction la plus douce : une réprimande. Après cette défaite, la réputation et la carrière de Stephan Brassloff furent ruinées et le savant prit une année de retraite. Au même temps, Leopold Wenger fut nommé professeur ordinaire de droit romain à l'université de Vienne, mais il décida de retourner à Munich après une année et cela ouvrit le chemin à Ernst Schönbauer qui fut finalement nommé professeur ordinaire [18] (la deuxième chaire vacante avait été attribuée à Friedrich von Woess).

III. – LE DÉVELOPPEMENT DE LA SCIENCE DU DROIT ROMAIN AU DÉBUT DU XX^e^ SIÈCLE ET LA « CRISE DU DROIT ROMAIN »

À côté de l'aversion idéologique pour le droit romain comme matière juridique et de la répression de certains professeurs qui étaient persécutés pour des raisons racistes et politiques, il y avait aussi des raisons scientifiques pour une certaine désorientation des romanistes et le sentiment d'une « crise scientifique »

17. Cf. Universitätsarchiv Wien (UA Wien), Rektoratsakten (RA) : Zl 104, année académique 19251926 : « Der Deutschen Studentenschaft sind vor den Ferien wiederholte Beschwerden und Anzeigen über angeblich zweideutige Äußerungen und zotige Witze gemacht worden, die sich Prof. Brassloff während seiner Vorlesungen zuschulden kommen lassen haben soll… Äußerungen, die nach Ansicht der deutschen Studenten weder zum Vorlesungsgegenstand gehörten, noch mit der Auffassung über die deutsche Sitte vereinbar sind ».
18. Pour les détails de cette affaire cf. F.-S. MEISSEL, *Römisches Recht und Erinnerungskultur – zum Gedenken an Stephan Brassloff*, Vienna Law Inauguration Lectures Bd 1 (2008) 11-16.

MACHEL.book Page 762 Lundi, 5. octobre 2015 10:07 10

de la discipline du droit romain au début du XX^e^ siècle. C'est surtout le romaniste Paul Koschaker qui parla ouvertement d'une « crise du droit romain ». Koschaker, qui était connu comme expert pour le droit cunéiforme [19], plaida contre la tendance de ce qu'il appelait « l'historisation du droit romain » (*Historisierung*) et contre la marginalisation de la matière de droit romain dans les études universitaires. Il se déclara clairement en faveur des études de droit romain axées sur l'histoire des « dogmes juridiques » et de la comparaison des droits pour donner une « introduction à la pensée juridique européenne » [20].

Il n'y a aucun doute que le droit romain avait perdu de l'importance au début du XX^e^ siècle, comparé au XIX^e^ siècle. Le droit romain n'était plus une source du droit, et les études et la science s'occupaient surtout du Code civil allemand (BGB). Il y avait une évolution qui était similaire à celle qui avait eu lieu en France après l'entrée du Code civil et en Autriche après l'entrée de l'ABGB. La codification éclipsait tout ce qu'il y avait auparavant et monopolisait l'attention de la science. Cette expérience était douloureuse pour les romanistes, surtout du fait qu'ils avaient eu la position des « *princes* du droit privé » au XIX^e^ siècle.

Le BGB était un triomphe de la science pandectiste, c'est-à-dire de la branche romaniste de l'école historique, mais en même temps le BGB marquait la fin de cette approche scientifique. À partir de là, le travail dogmatique de droit privé se référait à la loi elle-même et non plus aux sources historiques du droit romain et beaucoup moins qu'avant, aux manuels et traités des civilistes. L'étude intensive de l'histoire du droit ne jouait plus de rôle central en Allemagne. Par conséquent, il y avait un nombre croissant de romanistes qui ne considéraient plus leur domaine comme discipline dogmatique, étant donné que les questions actuelles du droit en vigueur pouvaient être étudiées sans connaissance approfondie des sources historiques du droit.

Déjà à la fin du XIX^e^ siècle, avait surgi une nouvelle direction de la science du droit romain qui était marquée par une orientation néo-humaniste et philologique. Le droit romain n'était plus analysé comme une source de droit en vigueur, mais seulement d'une façon « purement historique » et sans le but d'une utilisation pratique. Dans le cadre de cette « historisation » du droit romain classique, on a commencé à explorer aussi d'autres droits de l'Antiquité. Leopold Wenger (1874-1953), un éminent professeur de droit romain qui a travaillé à l'Université de Vienne et à l'Université de Munich, devient ainsi le fondateur d'une nouvelle conception scientifique qui corres-

19. Cf. P. KOSCHAKER, *Babylonisch-assyrisches Bürgschaftsrecht. Ein Beitrag zur Lehre von Schuld und Haftung* (1911). Paul KOSCHAKER était professeur à Graz (1905), à Innsbruck (1908), à Prague (1909), Frankfort/Rhin (1914), Leipzig (1915), Berlin (1935, là il était le successeur d'Ernst Rabel qui a dû émigrer) et à Tübingen (1941).

20. La théorie de KOSCHAKER a gagné en actualité pendant les dernières années avec « l'européanisation » du droit dans les pays membres de l'Union européenne ; sur ce sujet cf. T. GIARO, *Aktualisierung Europas. Gespräche mit Paul Koschaker* (2000). – T. GIARO, *Der Troubadour des Abendlandes. Paul Koschakers geistige Radiographie*, in *Rechtsgeschichtswissenschaft in Deutschland 1945-1952* (2001) 31. – T. GIARO, *Paul Koschaker sotto il nazismo : un fiancheggiatore « malgré soi », Studi in onore di Mario Talamanca IV* (2001) 161. – Cf. aussi F. STURM, *Rezension zu Giaro, Aktualisierung, ZRG-RA 120* (2003) 352 et s. – A. GUARINO, *Trucioli di Bottega* (2005) 228.

MACHEL.book Page 763 Lundi, 5. octobre 2015 10:07 10

pondait parfaitement à ce développement : il propose les études de « l'histoire antique du droit ». L'histoire du droit romain ne se trouve plus dans la place centrale d'antan, mais ne représente qu'un ordre juridique de l'Antiquité parmi d'autres. L'approche de Wenger a obtenu des résultats sophistiqués (surtout en ce qui concerne l'histoire des droits helléniques et orientaux), mais ces recherches n'étaient aperçues et valorisées que par des historiens spécialisés. Pour une grande partie des juristes, même les universitaires, cette matière de traiter de l'histoire de l'Antiquité paraissait exotique, voire un peu ésotérique. À long terme, cela accélérait plutôt l'isolement de la discipline.

En général, on peut distinguer plusieurs stratégies distinctes des romanistes pour réagir à la « crise du droit romain » au début du XX^e^ siècle :

1) Comme on vient de le constater, « l'historisation » était une possibilité, mais malgré ses résultats scientifiques impressionnants, cette stratégie impliquait pour le droit romain de devenir une matière de plus en plus élitiste et isolée.

2) Le danger d'un isolement conduisait plusieurs romanistes, même ceux qui éprouvaient un certain attrait pour l'histoire antique du droit, à se positionner comme adhérents d'une orientation « néo-pandectiste » dans le cadre des études juridiques. Surtout en Autriche, où l'on avait déjà fait l'expérience d'une codification au début du XIX^e^ siècle avec l'ABGB de 1811, on voulait maintenir le droit romain comme une matière d'introduction historique au droit privé. Concernant l'enseignement juridique, le droit romain servait traditionnellement comme cours préparatoire pour le droit civil en vigueur. On doit souligner que cette attitude n'a pas changé à Vienne dans les années 1930 et 1940 du XX^e^ siècle : les professeurs Ludwig Mitteis, Ernst Schönbauer, Hans Kreller et même Leopold Wenger, le fondateur de « l'histoire antique du droit » se sont déclarés favorables à ce programme néo-pandectiste [21]. En Autriche, cette tradition a persévéré jusqu'à aujourd'hui : le programme actuel de l'Université de Vienne prévoit le droit romain comme un sujet obligatoire de première année sous le titre de « Fondement romanistique du droit privé européen ».

3) Pour s'opposer à la critique des nationaux-socialistes, la recherche en droit romain s'est adaptée à la situation : le travail scientifique s'est concentré sur les sujets qui n'étaient pas en contradiction avec le programme du NSDAP ; par exemple, on s'occupait surtout des époques romaines, où le droit romain n'était pas encore tombé sous la prétendue influence « orientale » [22]. Pour contrarier le

21. Cf. *Gutachten über die Bedeutung des römischen Rechts im juristischen Studienplan der österreichischen Universitäten* de L. WENGER, apparemment datant de l'après-guerre (UAWien, Personalakt [PA] Leopold WENGER). Le fait que WENGER parle dans ce manuscrit de la neutralité de l'Autriche suggère qu'il l'a écrit peu avant sa mort en 1953.

22. Cf. D. SIMON, *Die deutsche Wissenschaft vom römischen Recht nach 1933, in* M. STOLLEIS et D. SIMON (Hg), *Rechtsgeschichte im Nationalsozialismus* (1989) 167 et s., qui souligne les aspects suivants : réinterprétation de la réception comme procès de scientification *(Verwissenschaftlichung)*, minimisation du caractère « oriental » (*Fremdrassigkeit*) du droit romain, mise en valeur des qualités éthiques du droit romain et haute conjoncture de l'époque ancienne du droit romain.

MACHEL.book Page 764 Lundi, 5. octobre 2015 10:07 10

reproche d'égoïsme et de la prétendue déloyauté du droit romain, on mettait les *boni mores*, et la *fides* au premier plan. En plus on soulignait l'importance de la pensée communautariste [23] et le rôle du « bien commun » [24] en droit romain, et on établissait les parallèles entre des institutions juridiques romains et germaniques. Pour satisfaire le *Zeitgeist*, on n'hésitait pas à désigner la fonction de l'empereur Auguste comme *Führer* des Romains, etc. D'un point de vue rétrospectif, beaucoup de choix des sujets de recherche de l'époque ne manquent pas d'un certain opportunisme [25].

4) La façon la plus efficace de défense et d'autonomie s'est ouverte aux personnes qui étaient proches du nouveau régime. Il y avait bien sûr aussi des romanistes qui étaient prêts à s'attacher au mouvement national-socialiste en obtenant l'association au parti NSDAP ou qui se sont engagés dans certaines institutions qui avaient la fonction de promouvoir les idées nazies en droit. On pourrait citer comme exemple l'Académie pour le droit allemand (*Akademie für Deutsches Recht*) à Munich ou les camps (comme celui à Kitzeberg) pour les jeunes chercheurs ambitieux, où l'on cherchait à préparer la nouvelle théorie du droit national-socialiste en organisant en même temps des exercices physiques [26].

5) Ceux qui avaient la compétence à déterminer les exigences du droit national-socialiste dans la pratique universitaire, du fait de leur appartenance au parti ou du fait de leurs fonctions officielles, pouvaient agir plus à leur gré.

Un exemple d'insouciance – mais cette fois plutôt par élitisme intellectuel – nous est fourni par le romaniste Gerhard von Beseler, le petit-fils du germaniste Georg Beseler. Gerhard von Beseler se moquait dans son livre *Droit romain et Droit allemand* (1939) du comportement opportuniste de certains collègues romanistes. Il accuse par exemple le professeur Hans Kreller d'avoir commis un *sacrificium intellectus* inutile, en plaçant une introduction pleine de connotations national-socialiste en tête de son livre *L'histoire de la justice romaine*. Selon Beseler, ce comportement révèle que Kreller n'avait pas compris la « loyauté » national-socia-

23. Un exemple est la conférence d'Ernst Schönbauer lors de la journée des historiens de droit allemands en 1936 à Tübingen où il souligne l'importance du communautarisme dans le droit romain (*Vom Gemeinschaftselement im Bau der römischen Rechtsordnung*). – Cf. aussi M. KASER, *Römisches Recht als Gemeinschaftsordnung* (1939). – F. WIEACKER, *Das antike römische Recht und der neuzeitliche Individualismus, Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 101* (1941) 167 et s. – M. STOLLEIS, *« Fortschritte der Rechtsgeschichte » in der Zeit des Nationalsozialismus ?, in* M. STOLLEIS et D. SIMON (Hg), *Rechtsgeschichte im Nationalsozialismus* (1989), p. 184 et s. – GAMAUF, *Kritik* (Note 3), 59 et s.

24. Cf. l'interprétation de la *bona fides* chez BESELER, *Römisches Recht und deutsches Recht*, BIDR 68 (1941) 138, où il compare le *bonae fidei iudicium* romain avec l'affirmation d'Hitler, qu'il n'y avait aucune différence entre le droit et la morale.

25. Cf. SIMON, *in* STOLLEIS et SIMON, *Rechtsgeschichte im Nationalsozialismus* (Note 21) 170, selon lequel il ne pose pas de difficulté de trouver pour la science du droit romain des preuves d'une collaboration scientifique avec le national-socialisme.

26. Sur le camp de Kitzeberg, cf. B. RÜTHERS, *Entartetes Recht. Rechtslehren und Kronjuristen des Dritten Reiches* (1988), 41 et s.

MACHEL.book Page 765 Lundi, 5. octobre 2015 10:07 10

liste [27]. Il en va de même pour Franz Wieacker, qui évidemment voulait recevoir les faveurs des national-socialistes [28]. Beseler l'insulte comme un écrivain juvénile et immature [29]. En plus il critique son attitude envers la propriété comme étant « de façon russe » [30]. Beaucoup plus tard, Wieacker reconnaîtra la justesse de ce dernier point dans une « autocritique » célèbre des années 1970 [31].

IV. – LES CONSÉQUENCES DE L'*ANSCHLUSS* POUR L'ENSEIGNEMENT DU DROIT ROMAIN À L'UNIVERSITÉ DE VIENNE EN 1938

Quelles étaient les conséquences de la prise de pouvoir national-socialiste pour l'enseignement juridique à Vienne ? On y constate l'introduction du système allemand d'études juridiques de 1935 qui entraînait pour le droit romain une réduction des heures obligatoires et des changements dans la conception de cours. Mais regardons d'abord l'état des choses avant l'annexion de l'Autriche par le *Reich* allemand.

Depuis la grande réforme des études du Comte Thun-Hohenstein au milieu du XIX^e^ siècle [32], les études de droit étaient marquées par l'esprit de l'école historique. Une grande partie de l'enseignement obligatoire était répartie entre les trois disciplines de l'histoire de droit : l'histoire du droit allemand avec l'histoire constitutionnelle de l'Autriche, le droit romain et le droit canonique. C'est pour-

27. BESELER, *Römisches Recht* (Note 23) 182, n° 7.
28. Sur Wieacker notamment D. SIMON, *Franz Wieacker*, in *Rechtshistorisches Journal 13* (1994) 1. – J.-G. WOLF, *F. Wieacker, Studia et Documenta Historiae Iuris 60* (1994) 763. – O. BEHRENDS, *Franz Wieacker, ZRG-RA 112* (1995) XIII. – R. KOHLHEPP, *Franz Wieacker und die NS-Zeit, ZRG-RA 122* (2005) 203. – Cf. aussi P. SANTINI, *Illusioni, disincanti e impostazione scientifica : Koschaker, Wieacker Kaser tra Roma antica e totalitarismo nazista, in* M. MIGLIETTA et G. SANTUCCI, *Diritto romano e regimi totalitari nel '900 europeo* (2009) 83 (88 et s.). – L. LABRUNA et C. CASCIONE, *L'opera di Franz Wieacker in Italia, dans : Studi in onore di A. Metro III* (2010) 325 et s.
29. BESELER, *Römisches Recht* (Note 23) 136.
30. BESELER, *Römisches Recht* (Note 31) 213, n° 59.
31. F. WIEACKER, *Wandlungen der Eigentumsverfassung* Revisited, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, 5-6* (1976/77) 841. D'ailleurs, WIEACKER a dédié une nécrologie tout à fait affectueuse à Beseler, cf. *Deutsche Rechtszeitschrift 3* (1948) 175, aussi *in* F. WIEACKER, *Gründer und Bewahrer* (1959), 215 et s.
32. H. LENTZE, *Die Universitätsreform des Ministers Graf Leo Thun-Hohenstein* (*Sitzungsberichte der philologisch-historischen Klasse der Österreichischen Akademie der Wissenschaften* 239/2 1962). – H. ENGELBRECHT, *Geschichte des österreichischen Bildungswesens. Erziehung und Unterricht auf dem Boden Österreichs IV : Von 1848 bis zum Ende der Monarchie* (1986) 221 ff. – W. OGRIS, *Die Universitätsreform des Ministers Leo Graf Thun-Hohenstein* (*Wiener Universitätsreden Neu Folge*, Band 8, 1999). – T. SIMON, *Die Thun-Hohensteinsche Universitätsreform und die Neuordnung der juristischen Studien- und Prüfungsordnung in Österreich, in* Z. POKROVAC, *Die Juristenausbildung in Osteuropa bis zum Ersten Weltkrieg* (2007), 1 et s.

MACHEL.book Page 766 Lundi, 5. octobre 2015 10:07 10

quoi l'offre des cours du droit romain dans le semestre d'hiver en 1937-1938 était riche et tout à fait variée.

Le professeur ordinaire Leopold Wenger donnait le cours magistral sur les « Institutions du droit romain privé » soit six heures par semaine, et le deuxième professeur ordinaire Ernst Schönbauer dispensait le cours sur « l'histoire du droit romain I » (couvrant le droit public, le droit procédural et les sources du droit) qui avait lieu quatre heures par semaine. Le professeur extraordinaire Stephan Brassloff enseignant un cours magistral intitulé « Institutions II » (quatre heures par semaine, pour les étudiants du deuxième semestre), dans lequel il traitait le droit de la famille et de la succession. Brassloff dispensait aussi un cours pour les étudiants du troisième semestre qui servait comme « introduction juridique romaine au droit civil autrichien » et un cours sur « le système judiciaire et la procédure civile chez les Romains » (*Römische Gerichtsverfassung und das Verfahren in Privatrechtsstreitigkeiten*). Le maître de conférences Franz Leifer enseignait « l'histoire de la justice romaine » (droit public et les sources du droit mais sans le droit des affaires) qui avait lieu trois heures par semaine. Le droit des affaires était traité dans le cours « des passages sélectionnés des Institutes de Gaius » du maître de conférences Slavomir Condanari. En plus il y avait des travaux dirigés obligatoires (*Pflichtübungen*) de Moritz Wlassak (alors professeur émérite), de Brassloff et de Schönbauer qui avaient lieu deux heures par semaine et un cours de Leopold Wenger sur « la lecture des documents du droit grec et latin » [33].

Une année après, le programme des cours était complètement changé. Les désignations des matières d'antan étaient remplacées par des catégories qui correspondaient à la pensée nouvelle avec ces « catégories concrètes » (une allusion au concept du *Konkretes Ordnungsdenken* de Carl Schmitt) : « l'histoire » (*Geschichte*), « le peuple » (*Volk*), « les ordres sociaux » (*Stände*), « l'État » (*Staat*), « le commerce juridique » (*Rechtsverkehr*), etc. Les cours « recommandés » étaient marqués par un X et les cours qui étaient « particulièrement recommandés » par deux X. Du fait du scepticisme du national-socialisme envers le droit romain, il n'est pas étonnant qu'aucun des cours de droit romain n'était « particulièrement recommandé ».

La dénomination des cours du droit romain était changée et le nombre des heures était réduit. « L'histoire du droit romain » était remplacée par « L'histoire du droit antique dans ses grandes lignes » (cinq heures par semaine !), et « L'histoire du droit antique de la famille » (deux heures par semaine). Condanari a enseigné quatre heures par semaine « L'histoire du droit privé du temps moderne ». Néanmoins, Schönbauer se permettait de désigner toujours son cours : « L'histoire du droit romain » (de quatre heures). Il est frappant que les institutions du droit romain étaient totalement supprimées, le volume des cours en droit romain était réduit de moitié.

33. Programme des cours de l'Université de Vienne, semestre d'hiver 1937/1938 (*Vorlesungsverzeichnis der Universität Wien*, Wintersemester 1937/1938), p. 12.

MACHEL.book Page 767 Lundi, 5. octobre 2015 10:07 10

Bien sûr, le droit romain n'était pas la seule matière qui était modifiée fondamentalement par la réforme des études. En droit civil, le terme « droit des obligations », qui était discrédité à cause de sa connotation pandectiste, fut remplacé par le titre « contrat et délit ». Sous la catégorie « les ordres sociaux » fut introduit un cours de droit positif, enseigné par Schönbauer : « Le droit des biens matériels, le droit des paysans et le droit économique ». Le droit de la famille (où était inclu maintenant « la législation raciale ») était enseigné par Julius Bombiero. En 1940, quand la guerre a éclaté, fut introduit un système de trimestres, par lequel la durée des études du droit était réduite à six trimestres [34].

La directive sur la structure des études prévoyait que les étudiants apprennent « la base des sciences du droit et de l'économie ». Et la directive soulignait que « des cours sur la race et le clan (*Sippe*), sur le folklore et l'histoire, sur le développement de la nation allemande, surtout sur le développement du dernier siècle, devaient être situés au début des études.

Il est intéressant que le programme de la faculté du droit à Vienne prévoyait pour les étudiants du cinquième trimestre de participer toujours à un cours sur « l'histoire du droit antique » (quatre ou cinq heures par semaine) et pour les étudiants du sixième trimestre (le dernier du programme raccourci) de participer à un nouveau cours obligatoire sur « l'histoire du droit privé moderne » (trois ou quatre heures par semaine), enseigné par le romaniste Condanari. Cela relativise un peu la suppression d'autres cours de droit romain.

Les conséquences du point 19 (du programme du parti national-socialiste) pour la modification réelle de l'étude étaient ainsi beaucoup moins graves qu'attendu. Après la guerre, Koschaker constatait qu'aucun romaniste n'avait été persécuté à cause de ses études de droit romain, même s'il chantait « des hymnes d'éloge sur le droit romain ». D'après Koschaker la raison de cette pratique peu militante de la part d'un régime, qui, en principe, était tout à fait opposé au droit romain, s'expliquait par le fait que le national-socialisme ne considérait plus le droit romain comme un danger actuel : « On pouvait laisser tranquille ces gens avec leur opinion hérétique, qui n'avaient pas d'afflux de clients ou dont les auditeurs se moquaient » [35].

Mais cette relative faiblesse des changements en matière d'enseignement du droit romain ne veut pas dire que sur le plan individuel, il n'y avait quand même des persécutions plus ou moins néfastes et des vraies tragédies personnelles. En même temps, une partie des romanistes pouvait continuer leur activité profes-

34. Sur le droit universitaire pendant l'époque national-socialiste V. *Verordnung über die Befähigung zum Richteramt, zur Staatsanwaltschaft, zum Notariat und zur Rechtsanwaltschaft*, 4 févr. 1939, RGBl I 1939/2 (Disposition sur l'accès à la magistrature, au ministère public, au notariat et à l'ordre des avocats). – Cf. K. ZEPITSCH, *Ausgewählte Grundlagen des nationalsozialistischen Studienrechts mit besonderem Bezug auf die österreichische Juristenausbildung 1938-1945* (*Rechtswissenschaftliche Dissertation* Universität Wien, 1992).

35. KOSCHAKER, *Europa 314* (trad. de la version originale allemande).

MACHEL.book Page 768 Lundi, 5. octobre 2015 10:07 10

sionnelle, exceptionnellement ils pouvaient même agrandir leurs champs d'activité à cause d'une proximité avec le régime totalitaire.

V. – ÉPILOGUE : LA RENAISSANCE DU DROIT ROMAIN COMME DROIT GLOBAL APRÈS 1945

Pour le droit romain comme matière juridique, la chute du national-socialisme était une « restitution réjouissante dans le programme des études autrichien », comme Léopold Wenger l'a constaté avec beaucoup de satisfaction dans une « expertise sur la valeur du droit romain dans le programme des études juridiques dans les universités autrichiennes », qui date de l'après-guerre :

> « Les national-socialistes, qui méprisaient le droit romain dans l'ignorance de son essence, ont rayé le droit romain comme matière d'examen, et l'ont déplacé à la fin des études comme matière sans importance. Après cette époque inculte notre programme a replacé le droit romain à sa place habituelle qu'il avait avant le national-socialisme » [36].

Concernant la didactique, Wenger soulignait la nécessité de s'appuyer sur la « direction juridique-pratique » pour le maintien du droit romain comme discipline juridique.

> « L'importance [du droit romain] se révèle avant tout quand on cherche le droit qui correspond au cas concret. Il est un art de trouver le droit juste et le droit romain est le meilleur maître d'apprentissage. Devant nous, nous trouvons, tout d'abord, le résultat d'un développement étonnant, le triomphe d'avoir surmonté le *ius civile* (national qui est étroit d'esprit) et d'avoir établi le *ius gentium* qui crée les liens entre les nations. À cette époque-là, dans le monde ancien, le droit romain a accompli sa grande mission comme droit global ("Weltrecht") pour la première fois. À cette époque-là, il accomplit cette tache comme droit de l'ancien empire de l'époque, de l'*orbis terrarum*. Et ce rôle comme droit global est encore un modèle pour l'importance internationale du droit romain ».

Dans cette expertise, Wenger exprime sa satisfaction de la fin du régime national-socialiste et il souligne les qualités éthiques et juridiques du droit romain, qui s'exprime surtout par *l'aequitas* et la *bona fides* :

> « Celui qui est passé par cette "école incomparable (…) ne devient pas un valet des paragraphes" (*Paragraphenknecht*), n'est pas à cheval sur les règlements (*Paragraphenreiter*), et ne devient pas un juriste borné (*verknöcherter Buchstabenjurist*). Le droit romain ne forme pas seulement des bons juristes, mais aussi des hommes de bien ». « Nous avons déjà eu une école du droit (*Rechtsschule*) pour l'enseignement et la pratique et nous pouvons l'avoir de nouveau, après que le cauchemar d'une loi, qui n'adresse qu'à un peuple, un principe, qui, s'il est généralisé mène à un *bellum omnium contra omnes* soit disparu ».

36. WENGER, *Gutachten* (Note 19). Les citations suivantes (trad. de la version originale allemande) sont aussi tirées de cette expertise.

MACHEL.book Page 769 Lundi, 5. octobre 2015 10:07 10

L'exposé de Wenger à la fin de sa vie dénote un optimisme prononcé. Wenger espère que le maintien du droit romain à l'Université de Vienne contribue à son prestige et sa position comme une université à vision internationale (*Weltuniversität*). Rétrospectivement (dans la perspective de l'histoire des idées juridiques), la lutte de l'idéologie nationale-socialiste contre ce caractère international et global du droit romain n'était rien qu'une étape. Mais même dans ce moment de triomphe, la souffrance humaine a laissé une impression d'amertume : Pour les personnes persécutées, le temps du National-Socialisme n'était pas seulement un cauchemar – et il est à craindre que l'affirmation de Wenger que tous les gens qui ont traversé cette école du droit romain s'étaient comportés comme *viri honesti* n'était pas entièrement correcte.

MACHEL.book Page 770 Lundi, 5. octobre 2015 10:07 10