



Sur la place de l'histoire contemporaine du droit en Allemagne

Résumé : Le texte présente dans un premier temps la situation de l'histoire du droit en Allemagne depuis les années 1980, avant d'évoquer dans un second temps la situation interne relative au personnel, au matériel étudié ainsi que diverses questions méthodologiques centrales. Il souligne pour finir les moments caractéristiques de cette littérature en France et en Allemagne.

Mots clés : Histoire contemporaine du droit – universités – « troisième Reich » – RDA – histoire comparé

Abstract: The text gives a short survey of the history of recent legal history in Germany since around 1980, followed by some information about the personal situation and the central methodological questions. The text concludes with a comparison of the actual situation in France and Germany.

Keywords : Legal history of our time –universities – “Third Reich” – “German democratic republic” – comparative history

I. Antécédents

1. En 1992, soit il y a déjà plus de 20 ans, la première chaire pour « l'histoire contemporaine du droit » fut fondée à Francfort, avec l'aide de la fondation Volkswagen. Lorsque la faculté mit en place une commission pour mettre en œuvre ce projet, j'ai proposé que les candidates et les candidats soient interrogés sur les « buts et les fonctions de l'histoire contemporaine du droit » – et ce, dans une référence lointaine à la célèbre leçon inaugurale de Schiller, intitulée « *Que signifie et à quelle fin étudie-t-on l'histoire universelle ?* » (Jena, 1789). Une candidate et six candidats ont été entendus et les textes de leurs interventions publiés dans la foulée. Le titre que j'avais choisi pour cette publication – « L'histoire contemporaine du droit : une nouvelle matière ? (Baden-Baden, 1993) – indiquait bien par son point d'interrogation qu'il s'agissait d'une « fondation ». Pour autant, en réalité, la matière n'a pas été « fondée » à ce moment. Elle existait d'ores et déjà depuis longtemps. Mais beaucoup de choses s'étaient passées entre temps. Et c'est avec cela que je souhaiterais rapidement commencer ici.

2. Tout d'abord donc, les antécédents de la matière. La formulation « histoire contemporaine » était courante au XVIII^e siècle. Le roi prussien Frédéric II a par exemple écrit une « histoire de mon temps », en référence au temps qu'il a lui-même vécu et dont il a été acteur. Cent ans plus tard, en 1842, Lorenz von Stein, alors boursier à Paris, intitula l'un de ses livres célèbres sur le socialisme et le communisme « contribution à l'histoire contemporaine ». Le fait que les historiens écrivent sur leur propre temps n'a donc rien d'inhabituel : Thucydide, Livius, Tacite ou encore Machiavel l'avaient déjà fait, et de nombreux suivirent leurs pas.

3. Reste cependant que ce que nous appelons aujourd'hui en Allemagne « histoire contemporaine » (ou histoire du droit récent) forme une nouvelle matière, née après la Seconde Guerre mondiale. Il s'agissait alors de comprendre très concrètement comment on en était arrivé à la dictature du national-socialisme et aux crimes de l'holocauste. C'est ainsi que fut d'abord créé à Munich, dès 1949, un « Institut allemand

pour l'histoire de la période national-socialiste ». Celui-ci fut renommé en 1952 « Institut pour l'histoire contemporaine »¹. Et c'est dans le cadre de cet institut, lequel a désormais également une antenne à Berlin, que les « cahiers trimestriels pour l'histoire contemporaine » (*Vierteljahreshefte für Zeitgeschichte*) sont publiés. Depuis 1973/74 paraît à Vienne la revue « Histoire contemporaine » ; depuis 1988 paraît aussi la revue « histoire contemporaine ecclésiastique » et les Églises catholiques et protestantes ont fondé des « commissions pour l'histoire contemporaine » afin d'étudier leur passé lors de la période nazie. Depuis lors, il existe au sein de chaque université des chaires pour « l'histoire contemporaine », sur le même modèle que les chaires que celles existant pour l'histoire antique (ou ancienne), l'histoire du Moyen Âge ou celle des Temps Modernes².

4. En ce qui concerne ensuite l'histoire contemporaine du droit, elle commence son parcours en 1985, avec un exposé de l'historien du droit Diethelm Klippel. Celui-ci s'était alors interrogé sur la « signification de l'histoire du droit pour la science du droit civil » (Gießen, 1985). Dans cette perspective, l'histoire du droit apparaissait comme une science accessoire à la pensée juridique du présent, spécialement en droit civil³. Peu de temps après (en 1988), Knut Wolfgang Nörr (Tübingen), Bernd Rütters (Constance), Dieter Simon et moi-même (tous les deux de Francfort) avons fondé une nouvelle collection intitulée « contributions à l'histoire du droit du 20^e siècle ». Cette collection comprend aujourd'hui 94 monographies sur l'histoire contemporaine du droit. Par « histoire contemporaine du droit », nous entendons, en accord avec les historiens, l'histoire du droit récent ou du temps actuel, soit principalement du XX^e siècle.

5. Un second axe essentiel de l'histoire contemporaine du droit s'est développé au sein de l'université d'enseignement à distance de Hagen (Rhénanie-du-Nord-Westphalie). L'éminemment assidu et productif professeur de droit pénal Thomas Vormbaum ne s'est pas contenté de créer un Institut pour l'histoire juridique contemporaine. Il a en outre fondé en 1997 une collection (comprenant de nombreuses subdivisions), et parallèlement une collection spéciale pour l'histoire en Rhénanie-du-Nord-Westphalie. S'y est ajoutée en 2007 un « Journal pour l'histoire contemporaine du droit »⁴, avec un rappel de ses propres conceptions sur l'objet « histoire contemporaine du droit », qu'il avait présentées à Francfort dès 1992⁵. Son initiative est aussi à l'origine d'un « groupe de travail sur l'histoire contemporaine du droit », lequel regroupe sur internet toutes les informations y afférant. Depuis 2010 s'ajoute, également sur internet, la plateforme en libre accès « Docupedia-Zeitgeschichte ». Dans ce cadre et avec le soutien financier de la fondation allemande pour la recherche (*Deutsche Forschungsgemeinschaft*), tous les instituts d'histoire contemporaine se sont associés aux fins d'échange d'informations. Le siège de la rédaction se situe à Potsdam au Centre de la recherche en histoire contemporaine (ZZF)⁶. Enfin, le premier « Prix étudiant Fritz Bauer pour les droits de l'homme et l'histoire du droit » a été attribué en 2015.

6. On peut ainsi dire que *l'histoire contemporaine* et (dans une moindre mesure) *l'histoire contemporaine du droit* sont aujourd'hui des disciplines solidement établies. Il existe des chaires en histoire du droit avec une appellation spécifique « histoire contemporaine du droit », des revues, des collections et des colloques, soit tout ce qui constitue classiquement une « discipline ». Et surtout, ce qui est évidemment important pour les carrières académiques, la qualification complémentaire dans ce domaine est reconnue sans problème pour l'obtention de l'habilitation universitaire en Allemagne (titre de *Venia legendi*), en tant que distinction particulière d'un historien du droit « normal ».

1 De manière programmatique : H. Rothfels, « Zeitgeschichte als Aufgabe », *Vierteljahreshefte für Zeitgeschichte*, 1, 1953, p. 1-8.

2 W. Schieder, A. Nützenadel (Hrsg.), *Zeitgeschichte als Problem*, Göttingen, 2004 ; M. Sabrow, *Die Zeit der Zeitgeschichte*, Göttingen, 2012 ; F. Bösch, J. Danyel (Hrsg.), *Zeitgeschichte. Konzepte und Methoden*, Göttingen, 2012.

3 De manière encore plus percutante et dérogeant aux usages linguistiques classiques, Marcel Senn et Lukas Gschwend (Zurich), considèrent que l'histoire contemporaine du droit renvoie à toute utilisation des informations historiques sur le droit en vigueur. Pour un point de vue critique : Th. Vormbaum, M. Senn. « Dialog über Juristische Zeitgeschichte », *Jahrbuch der Juristischen Zeitgeschichte*, 6, 2004/2005, p. 219-232.

4 *Journal der Juristischen Zeitgeschichte. Zeitschrift für die Rechtsgeschichte des 19. bis 21. Jahrhunderts*, vol. 12, 2018.

5 Th. Vormbaum, « Zur Juristischen Zeitgeschichte », ders., *Juristische Zeitgeschichte. Darstellungen und Deutungen*, Berlin, 2011, p. 3-15.

6 <http://www.zzf-pdm.de>

7. Si l'on remonte environ à 1965, les thèmes les plus importants de l'histoire contemporaine du droit ont été les suivants : droit et injustice du national-socialisme, le droit public de la période d'occupation (1945-1955), la fondation de la République Fédérale allemande et les débuts de l'unification européenne. Après 1989, on constate un intérêt grandissant pour le système juridique de la République démocratique allemande (RDA). Et depuis une vingtaine d'années, l'histoire de la pensée juridique, si longtemps considérée avec une distance critique, connaît également une renaissance – on trouve notamment de nombreuses monographies sur les juristes importants du 20^e siècle –, de même que l'histoire du droit européen et de ses acteurs (tels De Gasperi, Monnet, Schuman, Hallstein).

II. De l'image que la « l'histoire contemporaine du droit » se fait d'elle-même

8. Présenter la « perception de soi » (*self-understanding*) d'une petite discipline suppose de rassembler les voix significatives d'acteurs individuels. Dans le champ de l'histoire contemporaine du droit et de l'histoire de la pensée juridique, on compte quelque 20 à 30 personnes actives⁷. Ces auteurs n'ont évidemment pas de « perception de soi » homogène. Mais on peut noter que, dans une large majorité, ils entendent « l'histoire contemporaine du droit » comme un domaine particulièrement actuel de l'histoire générale du droit, se rattachant toutefois également le plus possible des questions du droit *en vigueur*. C'est donc une discipline relevant des sciences historiques, axée sur le droit du passé le plus récent. Ses méthodes sont en principe celles des sciences historiques générales, même s'il peut exister des problèmes méthodologiques spécifiques (masse des sources, interviews, partialités personnelles, etc.)⁸. Elle peut tour à tour se concentrer sur l'histoire de la pensée juridique, sur l'histoire des normes, sur les codes juridiques, ou encore sur l'histoire de la justice ou de l'administration.

9. Si l'on observe plus particulièrement l'histoire de la *pensée* juridique, et si l'on veut véritablement la comprendre, il faut alors reconnaître la complexité du passé. La pensée juridique n'est en effet pas un objet isolé. Elle intègre des facteurs tout à la fois économiques, politiques, sociaux et individuels et doit aussi prendre en compte l'ordre juridique d'une période spécifique. Dans quel cadre normatif les acteurs ont-ils agi ? Qu'entendaient-ils par « justice » et « injustice » ? Quels éléments ont marqué leur pensée juridique ?

10. À côté de l'individualité des auteurs juridiques, il est ainsi également décisif de déterminer le contexte dans lequel la *pensée juridique* s'est développée. Comme on le sait, il existe des ordres juridiques « forts » ou « faibles », des situations révolutionnaires marquées par la dislocation de l'ordre ancien et la naissance d'un ordre juridique nouveau ; certains ordres juridiques sont constitués par le droit coutumier et l'oralité alors que d'autres sont dominés par le droit écrit et « savant » enseigné dans les universités. De même, il existe des ordres juridiques différenciés, valables pour des classes différentes, pour les conquérants et pour les conquis, pour les colonisateurs et pour les opprimés. Étudier et explorer tout cela suppose évidemment de la part de l'historien de prendre en compte l'ensemble de la situation sociale, mais également de développer une connaissance particulière du droit spécial valable (et reconnu) lors de la période étudiée.

11. Une question plus secondaire est ensuite celle de savoir si ces recherches relèvent de l'histoire générale du droit ou de « l'histoire contemporaine du droit ». Quand l'histoire contemporaine du droit commence-t-elle ? Ici, aucune définition ne peut vraiment être utile. Seul le recours à un consensus

⁷ On peut ici citer Thomas Vormbaum (Hagen), Bernhard Diestelkamp, Wolfgang Naucke, Joachim Rückert (Frankfurt), Klaus Marxen und Gerhard Werle (Berlin), Christoph Gusy (Bielefeld), Christoph Schönberger (Konstanz), Pascale Cancik (Osnabrück), Walter Pauly (Jena), Jan Thiessen (Berlin), Christoph Safferling (Erlangen), Marcel Senn, Lukas Gschwend et Andreas Kley (Zürich) – pour ne citer que quelques noms –. Mais dans un sens plus large, on peut également citer tous ceux qui s'intéressent aux questions historiques actuelles du droit public, pénal ou civil, du droit européen ou encore du droit international. S'ils ne se conçoivent pas comme étant en premier lieu des historiens du droit, ils travaillent toutefois partiellement avec des sources et des méthodes historiques.

⁸ M. Stolleis, « Zeitgeschichte, juristische », *Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte*, 5, 1998, p. 1642-1644.

pratique peut être mobilisé. En effet, le « présent » évolue, laissant en permanence le passé derrière lui, parfois lentement, parfois plus rapidement. En général, les vivants se souviennent typiquement d'abord des faits de leurs propres générations, ensuite seulement (et de manière toujours plus faible) de ceux des générations de leurs parents. Quant aux souvenirs de leurs grands-parents et de leurs modes de vie, ils sont le plus souvent largement oubliés. Mais ce « souvenir du passé » est également très différent selon les différentes cultures et représentations, et peut donc varier selon que l'on considère des familles d'ouvriers, de bourgeois ou de la noblesse, qui nourrissent toutes des cultures distinctes de la mémoire.

12. Pour l'histoire contemporaine du droit, l'on se tient principalement aux grandes césures historiques et l'on décide de manière pragmatique, selon la matière et les questions considérées. La difficulté à distinguer clairement l'histoire « nouvelle » et l'histoire « récente » est une banalité. Cent ans après la Première Guerre mondiale, il y a toutefois aujourd'hui un consensus sur le fait que l'année 1914 marque une césure, en tout cas en Allemagne, dans la mesure où les deux guerres mondiales sont conçues comme étroitement liées entre elles et que l'on ne peut pas comprendre le national-socialisme et l'holocauste sans prendre en compte le 19^e siècle⁹. Reste cependant que, à l'avenir, seules les années après 1945 et celles du processus d'unification européenne sont à rapporter à l'histoire « récente ».

III. Des différences franco-allemandes

13. Si l'on compare « l'histoire contemporaine du droit » en France et en Allemagne, certaines différences caractéristiques peuvent être relevées. Pour la France, je me tiens ici à la nouvelle vue d'ensemble proposée par Jacques Krynen et Bernard d'Alteroche en 2014¹⁰. Le cheminement y conduit de « l'assyriologie juridique » au « droit du premier Moyen Âge » puis à la « romanisation du droit privé » et au « droit canonique », jusqu'aux histoires particulières des droits privé, constitutionnel, administratif, européen, ainsi qu'à l'histoire de la justice, du droit pénal, de la diplomatie, du droit de l'environnement ou encore du droit social, etc.

14. En revanche, il n'existe manifestement pas une discipline particulière « histoire contemporaine du droit ». On peut toutefois noter la contribution intéressante proposée par Nader Hakim et Fatih Cherfouh. Intitulée « L'histoire de la pensée juridique contemporaine. Hétérogénéité et expansion (loc. cit., p. 117-143), elle décrit la place de la « pensée juridique contemporaine », c'est-à-dire de la doctrine civiliste, pénale, commercialiste, sociale, administrativiste et constitutionnelle. C'est donc une histoire des idées et (ou) une histoire de la littérature juridique.

15. Dans ce domaine de la littérature juridique ou de l'histoire des idées, je ne vois pas de différence fondamentale avec la situation allemande. Mais l'on doit toutefois préciser que la variante allemande de « l'histoire des idées » a elle-même une histoire très mouvementée. Elle a une haute conjoncture d'abord dans les années 1920-1930 dans le cadre de l'ancienne « Revue historique » (*Historische Zeitschrift*) dirigée par Friedrich Meinecke (1862-1954). L'époque était alors dominée par l'idéalisme philosophique du 19^e siècle. Les « idées » politiques ou juridiques se mouvaient dans une sorte d'autonomie platonicienne. Elles se tenaient derrière la réalité, en étaient indépendantes, évoluaient, se « développaient », mais mourraient aussi d'une mort idéale. Plus que d'idées, les juristes parlaient davantage de « concepts », supposés se tenir derrière la réalité (ou enfouis en elle). Le travail juridique consistait à cet égard à découvrir ces concepts et à les amener à la lumière. Il était ensuite possible de travailler avec ces concepts platoniciens et invariables. C'est ce que l'on appellera plus tard, le plus souvent de manière critique, la « jurisprudence des concepts ».

⁹ Thomas Vormbaum commence avec la césure de 1806 et non avec celles de la Première Guerre mondiale, de la fondation du II^e Reich en 1870 ou de la révolution de 1848. Voir à cet égard son article paru dans *Docupedia-Zeitgeschichte zur „Juristischen Zeitgeschichte“*.

¹⁰ *L'Histoire du droit en France. Nouvelles tendances, nouveaux territoires*, sous la direction de J. Krynen et B. d'Alteroche, Paris, Classiques Garnier, 2014.

16. À la suite des catastrophes politiques, militaires et éthiques du 20^e siècle, il ne sera plus possible de croire à la réalité platonicienne de telles idées ou concepts. « L'histoire des idées » apparut alors discréditée – précisément parce que l'on ne croyait plus aux idées –. Le monde pourtant apparemment stable des concepts juridiques et de la dogmatique fut lui-même affaibli. Un doute grandissant pesait sur lui depuis les expériences du 20^e siècle. D'autres explications et écoles de pensées ont remplacé cette jurisprudence des concepts : l'école du droit libre avant 1914, la jurisprudence des intérêts de Tübingen, le concept nihiliste du pouvoir dans le cadre du national-socialisme, l'herméneutique, la philosophie analytique du langage, la théorie des actes du langage, et enfin la théorie systémique. Quelles que soient les différences de ces orientations, il apparaît cependant clairement que les conceptions classiques des idées et concepts juridiques du 19^e siècle ne pouvaient plus rester en vigueur.

17. En ce qui concerne les *sciences historiques*, cela a supposé de tourner la page de l'histoire des idées pour passer d'une part à l'histoire politique, d'autre part à l'histoire sociale et de la culture. Ce processus s'est déroulé dans les années 1950-1960, plus particulièrement en histoire sociale, à Bielefeld sous le pilotage de Hans-Ulrich Wehler (1931-2014). En ce qui concerne *l'histoire du droit*, il me semble que l'opposition à l'ancienne histoire des idées s'est développée sous l'influence de Ludwig Wittgenstein en Scandinavie, pour rencontrer, à Munich en 1965, l'influence croissante de la philosophie analytique¹¹. Si la signification d'un mot peut être étudiée à partir des seuls usages de langage de l'époque dans laquelle il s'inscrit, alors cela suppose de renoncer à la construction d'idées invariables et hors du temps. À partir de là, il apparaît que la manière d'utiliser le langage migre au contraire selon les époques, les lieux et les régions, selon les buts et les fonctions. Elle peut être empirique ou normative, parfois aussi empreinte d'une distance critique ou sarcastique. Et il appartient à l'historien du droit d'analyser ces usages de langage « en les observant »¹².

18. Quant à savoir si cette conception de l'histoire de la pensée juridique est aujourd'hui reconnue de manière générale en Allemagne, je l'ignore. Et ce n'est du reste pas ici le point le plus important. Bien plus essentiel est le constat qu'il existe une scène allemande très attractive de l'histoire contemporaine du droit (dont les figures phares sont actuellement Norbert Frei – à Jena et Ulrich Herbert – à Freiburg), et que, dans le même temps, l'histoire contemporaine du droit – en relation avec la scène plus réduite de l'histoire du droit en général – est désormais l'une des matières centrales dans certaines universités (Hagen, Francfort, Berlin, Bielefeld) tout en ayant ponctuellement par ailleurs de nombreux autres représentants. La différence fondamentale avec la France est bien que, en France, l'histoire de la pensée juridique contemporaine (et non pas « des idées » !) est développée en tant que telle, alors qu'en Allemagne, « l'histoire contemporaine du droit » est rapportée à l'histoire du droit dans toute son étendue, c'est-à-dire à l'histoire des normes, des personnes, de la justice et de la pensée juridique, simplement limitée d'un point de vue temporel aux XX^e et XXI^e siècles.

Michael STOLLEIS

¹¹ Voir W. Stegmüller, *Hauptströmungen der Gegenwartsphilosophie*, 2. Aufl. 1960, 6. Aufl. Stuttgart, 1978. Pour l'histoire du droit : S. Gagnér, *Studien zur Ideengeschichte der Gesetzgebung*, Uppsala, 1960, 55 note 1 : « [...] la question primaire est celle de la conception du mot utilisé dans chaque cas, à partir de la place qu'il occupait dans le système de langage alors en cours ». Pour ces questions méthodologiques, se reporter au livre inachevé de S. Gagnér, *Zur Methodik neuerer rechtsgeschichtlicher Untersuchungen I. Eine Bestandsaufnahme aus den sechziger Jahren*, Ebelsbach, 1993.

¹² Pour plus de détails : M. Stolleis, *Rechtsgeschichte schreiben. Rekonstruktion, Erzählung, Fiktion ?*, Bâle 2008 ; voir aussi, id., *Écrire l'histoire du droit : reconstruction, narration, fiction ?*, à paraître 2018 (traduction par Christian Roques de conférences données au Collège de France en 2016).