

GLOSSAE

European Journal of Legal History



ISSN 2255-2707

Edited by

Institute for Social, Political and Legal Studies
(Valencia, Spain)

Honorary Chief Editor

Antonio Pérez Martín, University of Murcia

Chief Editor

Aniceto Masferrer, University of Valencia

Assistant Chief Editors

Wim Decock, University of Leuven

Juan A. Obarrio Moreno, University of Valencia

Editorial Board

Isabel Ramos Vázquez, University of Jaén (Secretary)

Francisco Calabuig Alberola, University of Valencia (Website Editor)

Anna Taitlin, Australian National University – University of Canberra

M.C. Mirow, Florida International University

José Miguel Piquer, University of Valencia

Andrew Simpson, University of Aberdeen

International Advisory Board

Javier Alvarado Planas, UNED; Juan Baró Pazos, University of Cantabria; Mary Sarah Bilder, Boston College; Orazio Condorelli, University of Catania; Emanuele Conte, University of Rome III; Daniel R. Coquillette, Boston College – Harvard University; Serge Dauchy, University of Lille; Salustiano de Dios, University of Salamanca; José Domingues, University of Lusíada; Seán Patrick Donlan, The University of the South Pacific; Matthew Dyson, University of Oxford; Antonio Fernández de Buján, University Autónoma de Madrid; Remedios Ferrero, University of Valencia; Manuel Gutan, Lucian Blaga University of Sibiu; Alejandro Guzmán Brito, Pontifical Catholic University of Valparaíso; Jan Hallebeek, VU University Amsterdam; Dirk Heirbaut, Ghent University; Richard Helmholz, University of Chicago; David Ibbetson, University of Cambridge; Emily Kadens, University of Northwestern; Mia Korpiola, University of Turku; Pia Letto-Vanamo, University of Helsinki; David Lieberman, University of California at Berkeley; Jose María Llanos Pitarch, University of Valencia; Marju Luts-Sootak, University of Tartu; Magdalena Martínez Almira, University of Alicante; Pascual Marzal Rodríguez, University of Valencia; Dag Michaelsen, University of Oslo; María Asunción Mollá Nebot, University of Valencia; Emma; Montanos Ferrín, University of La Coruña; Olivier Moréteau, Louisiana State University; John Finlay, University of Glasgow; Kjell Å Modéer, Lund University; Anthony Musson, University of Exeter; Vernon V. Palmer, Tulane University; Agustin Parise, Maastricht University; Heikki Pihlajamäki, University of Helsinki; Jacques du Plessis, Stellenbosch University; Merike Ristikivi, University of Tartu; Remco van Rhee, Maastricht University; Luis Rodríguez Ennes, University of Vigo; Jonathan Rose, Arizona State University; Carlos Sánchez-Moreno Ellar, University of Valencia; Mortimer N.S. Sellers, University of Baltimore; Jørn Øyrehagen Sunde, University of Bergen; Ditlev Tamm, University of Copenhagen; José María Vallejo García-Hevia, University of Castilla-La Mancha; Norbert Varga, University of Szeged; Tammo Wallinga, University of Rotterdam; José Luís Zamora Manzano, University of Las Palmas de Gran Canaria

Citation

Anja Amend-Traut, “Diversité ou unité? Culture juridique, correspondances et différences dans la recherche de la justice en Europe”, *GLOSSAE. European Journal of Legal History* 15 (2018), pp. 32-49 (available at <http://www.glossae.eu>)

Diversité ou unité? Culture juridique, correspondances et différences dans la recherche de la justice en Europe

Anja Amend-Traut
Universität Würzburg

Abstract

The Judiciary is a fundamental element of a legal culture and as such, it is influenced by its institutional and normative environment. Conversely, it contributes to form that environment. In the course of that interplay, it appears that the characteristic constitutive parameters of a legal culture are not constant. They are influenced by statutory, political and economic forces, as well as by discursive jurisprudential reasoning. On the one hand, these factors have a centrifugal effect; on the other, they create new correspondences, which in turn are characteristic of a new form of European legal culture. From the vantage-point of the particular situation which prevailed in the Holy Roman Empire, it is possible to address the question, to what extent it provides any reference for acknowledging a European legal culture. Specifically, it may be argued that a transregional, and in some cases a European legal culture existed and may even have been developed in judicial practice, in particular in the area of commercial law. That development can be traced through opinions in commercial disputes, the so-called *parères*, and their reception, which would later be translated into statutory authorities.

Keywords

Ius commune, particular law, custom, legal pluralism, commercial law, *lex mercatoria*, *parère*, legal practice, privilege of appeal, theory of legal authorities, imperial courts (*Reichshofrat*, *Reichskammergericht*), reception of Roman law, Holy Roman Empire

Résumé

La pratique judiciaire est un élément fondamental de la culture juridique et, à ce titre, elle est influencée par son environnement institutionnel et normatif. Parallèlement, elle contribue à former cet environnement. Cependant, au cours de cette interaction les paramètres constitutifs caractéristiques d'une culture juridique ne sont pas constants. Ils sont influencés par des forces juridiques, politiques et économiques, ainsi que par un raisonnement jurisprudentiel discursif. D'une part, ces facteurs ont un effet centrifuge ; d'autre part, ils créent de nouvelles correspondances, qui sont à la fois caractéristiques d'une nouvelle forme de culture juridique européenne. Pour ce qui concerne la situation particulière du Saint-Empire romain germanique, on peut se demander dans quelle mesure elle fournit une référence pour reconnaître une culture juridique européenne. En particulier, on peut arguer qu'il existait une culture juridique transrégionale et, dans certains cas, européenne, et qu'elle peut même avoir été développée dans la pratique judiciaire, en particulier dans le domaine du droit commercial. Cette évolution est visible dans les avis donnés dans les litiges commerciaux - les *parères* - et dans leur réception, qui sera traduit plus tard en textes de loi.

Mots-clés

Ius commune, droit particulier, coutume, pluralisme juridique, droit commercial, *lex mercatoria*, *parère*, pratique juridique, privilège d'appel, théorie des autorités judiciaires, tribunaux impériaux (*Reichshofrat*, *Reichskammergericht*), réception du droit romain, Saint-Empire romain germanique

SOMMAIRE : 1. Diversité des droits, droit commun et droits particuliers dans le Saint-Empire. 2. Les développements du droit commercial

1. Diversité des droits, droit commun et droits particuliers dans le Saint-Empire

«L'ensemble de notre propre droit est ainsi une masse infinie de dispositions contradictoires, destructrices, et hétérogènes, tout à fait appropriées pour diviser les Allemands et pour prévenir toute connaissance approfondie du droit chez les juges et avocats. Mais même une connaissance exhaustive de ce pot-pourri chaotique ne peut nous mener très loin, car tout notre propre droit est à tel point

incomplet et vide de toute substance que pour une centaine de questions, quatre-vingt-dix au moins doivent être décidées à partir de codes de droits étrangers que nous avons adoptés, à savoir du droit canonique et du droit romain. C'est à ce point que nous atteignons le sommet de l'inconvenance»¹.

C'est en ces termes qu'Anton Friedrich Justus Thibaut décrivait l'état du droit privé en Allemagne au début du dix-neuvième siècle : une situation pleine de contradictions qui reflétait clairement la diversité des cultures juridiques distinctes dans les territoires de l'ancien Empire. À partir de cette réflexion, on peut se demander comment il serait possible de découvrir des correspondances d'une culture juridique à l'échelle européenne.

Notre propre réflexion visant à déterminer s'il y a eu ou non une culture juridique européenne commune nous mènera dans un premier temps à envisager une différenciation importante, sur laquelle nous ne nous attarderons toutefois pas, entre la *common law* et la tradition européenne continentale² fondée sur le *ius commune*. Pourtant, l'image d'un droit anglais isolé de l'Europe continentale, lorsqu'on envisage les développements spécifiques de la *common law*, a été remise en question par des études récentes³. La recherche de traces d'une culture juridique commune s'est davantage attachée à prendre en considération un *ius commune* européen, qui a préparé la voie vers un droit privé européen par l'adoption du droit romain et du droit canonique⁴. On se gardera d'amalgamer trop rapidement les domaines institutionnels traditionnels, comme la formation juridique, l'organisation judiciaire, la doctrine scientifique en droit privé et la pratique du droit, car il est plus sûr de les envisager séparément. Ces domaines sont sans doute fortement associés l'un à l'autre et partagent un fondement normatif commun, et représentent chacun un aspect de la culture juridique, mais ils sont également susceptibles de développements indépendants l'un de l'autre⁵.

Il convient ainsi, à la recherche des fondements d'une culture juridique européenne, de comparer trois éléments de cette tradition : (1°) la formation des juristes, (2°) l'œuvre scientifique portant sur le droit, et (3°) les modalités d'administration de la justice. Il s'avère qu'une histoire comparative du droit est à la fois un projet légitime ainsi qu'une nécessité si l'on entend pouvoir identifier une culture juridique européenne, même s'il s'agit d'une entreprise difficile. En effet, nous n'avons à notre disposition qu'un nombre incertain de

¹ Thibaut, A.F.J., *Über die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland*, Heidelberg, 1814, p. 14: „So ist also unser ganzes einheimisches Recht ein endloser Wust einander widerstreitender, vernichtender, buntschäckiger Bestimmungen, ganz dazu geartet, die Deutschen von einander zu trennen, und den Richtern und Anwälten die gründliche Kenntniß des Rechts unmöglich zu machen. Aber auch eine vollendete Kenntniß dieses chaotischen Allerley führt nicht weit. Denn unser ganzes einheimisches Recht ist so unvollständig und leer, daß von hundert Rechtsfragen immer wenigstens neunzig aus den recipirten fremden Gesetzbüchern, dem Kanonischen und Römischen Recht, entschieden werden müssen. Grade hier erreicht aber das Ungemach den höchsten Gipfel“.

² Bellomo, M., *L'Europa del diritto commune*, 7e éd. Il Cigno Galileo Galilei, Roma, 1994, trad. en allemand par Dilcher E., *Europäische Rechtseinheit. Grundlagen und System des Ius Commune*, Munich 2005, XII; v. également le commentaire dans : Jansen, N., «*Ius Commune*», *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts*, version en ligne (dernière consultation: 20 décembre 2017):

[http://hwb-eup2009.mpipriv.de/index.php/Ius_commune_\(Gemeines_Recht\)#5._Ius_commune_und_common_law](http://hwb-eup2009.mpipriv.de/index.php/Ius_commune_(Gemeines_Recht)#5._Ius_commune_und_common_law)

³ À propos des parallèles entre les développements de la *common law* anglaise et ceux du *ius commune*, v. l'analyse impressionnante de Glenn, H. P., *On Common Laws*, New York, 2007, pp. 25–35 ; ainsi que sur les influences extérieures sur la *common law* : pp. 32–35, pp. 112–114. À ce propos également Vogenauer, S., «*Common law*», *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts*, (Jürgen Basedow/Klaus J. Hopt/Reinhard Zimmermann, dir.), Tübingen 2009, version en ligne :

http://hwb-eup2009.mpipriv.de/index.php/Common_law (dernière consultation: 20 décembre 2017).

⁴ À propos de l'influence du droit canonique, voir Glenn (n. 3), pp. 108–114.

⁵ À propos de l'expression «culture juridique», quoique pas entièrement identique par rapports aux composantes décrites, voir par exemple Blankenburg, E., dans *Handwörterbuch zur politischen Kultur der Bundesrepublik Deutschland*, (Martin U. Greiffenhagen S., dir.), Wiesbaden, 2002, pp. 502–506.

correspondances ou même de rapports remontant à des origines communes susceptibles d'être comparés. Une telle culture juridique envisagée dans une perspective comparative se prête en outre à notre étude grâce à une masse importante de sources historiques, ce qui permet d'éviter une approche excessivement théorique⁶.

Préalablement, quelques brèves remarques s'imposent à propos de la formation juridique et du débat doctrinal. En ce qui concerne la formation, le modèle de l'enseignement « institutionnel » (c.à.d. fondé sur les Institutes de droit romain) a façonné l'introduction au droit dans de nombreux territoires européens aux Temps Modernes⁷. Les manuels de Vinnius⁸ ou d'Heineccius⁹ circulaient à travers l'Europe. Les juristes du Saint-Empire étaient aux débuts également tous formés à l'aube du *ius commune*. Les droits particuliers, en revanche, n'étaient pas compris dans le programme des études universitaires. À partir du dix-septième siècle, l'enseignement aux universités commença à changer. Ce changement ne fut pas le résultat d'une intervention des autorités publiques, mais plutôt de mutations de l'horizon scientifique. Les premiers cours de droit naturel étaient fondés sur l'œuvre d'auteurs tels que Hugo Grotius, Samuel von Pufendorf, Christian Thomasius et Christian Wolff. Des enseignements de droit allemand s'ensuivirent, aboutissant parfois à la création des premières chaires dans ces domaines. Même en France, où dès le douzième siècle on commença à distinguer clairement les pays de droit écrit dans le Midi, où la tradition juridique était fondée sur le *corpus iuris civilis*, des pays de coutume dans les régions septentrionales, où la tradition coutumière présentait des traits des traditions germaniques, franques et féodales¹⁰, le *ius commune* fut considéré comme l'objet principal de la formation juridique universitaire jusqu'au dix-huitième siècle.

Dans le domaine du discours juridique scientifique également, le *ius commune* constituait l'objet commun de la science juridique européenne¹¹. Franz Wieacker fit état à ce propos d'un « droit commun pan-européen »¹². Helmut Coing a décrit la science juridique médiévale comme une « discipline européenne »¹³. Dans les pays de l'Empire, le droit romain représentait la raison du droit et offrait une grammaire juridique naturelle et universelle. Ce fut également le cas en France, même si le droit romain y avait été prohibé par la législation royale, car la monarchie française y voyait la manifestation d'une idéologie européenne impériale. Plus tard, la science du droit romain fut fortement influencée par l'humanisme juridique, dont plusieurs, parmi les plus importants auteurs, étaient français¹⁴. La signification du droit romain est ici aussi soulignée du fait que sa « grammaire » s'appliquait même

⁶ En dépit de la portée territoriale très limitée des *iura propria* – à l'inverse de l'applicabilité très vaste du *ius commune* –, il est possible d'identifier plusieurs manifestations du droit à l'échelle européenne, tout en reconnaissant le pluralisme juridique en Europe. On en trouvera plusieurs exemples à travers les contributions reprises dans *The Laws' Many Bodies. Studies in Legal Hybridity and Jurisdictional Complexity, 1600–1900*, (S.P. Donlan & D. Heirbaut, dir.), *Comparative Studies in Continental and Anglo-American Legal History*, 32, Berlin, 2015.

⁷ Bellomo (n. 2), pp. 129 ss., comprenant une analyse détaillée de la formation universitaire aux pp. 132–148.

⁸ Arnoldus Vinnius, *In quattuor libros Institutionum Imperialium Commentarius*, Lugduni Batavorum, 1642.

⁹ Johann Gottlieb Heineccius, *Elementa iuris civilis secundum ordinem Institutionum*, 1725.

¹⁰ Constantinesco, V., et Hübner, U., *Einführung in das französische Recht*, (Schriftenreihe der Juristischen Schulung, 16), 4ème éd. Munich, 2001, 1 ss.

¹¹ Voir pour plus de détails Bellomo (n. 2), pp. 148 ss.

¹² Wieacker, F., *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2^e réimpression identique de la seconde édition, 1967, Göttingen, p. 82.

¹³ Coing, H., *Europäisches Privatrecht*, T. I, *Älteres Gemeines Recht (1500 bis 1800)*, Munich, 1985, Préface.

¹⁴ Sur l'influence de l'humanisme sur la science du droit Wieacker (n. 12), pp. 165–169.

lorsqu'il s'agissait de mettre en œuvre le *ius proprium*, c.à.d. le droit particulier. En effet, seul le *ius commune* pouvait offrir l'instrumentaire terminologique et les catégories intellectuelles permettant de gérer l'usage et la portée des droits locaux. En France, la question de la portée du droit romain dans la pratique fut déjà débattue dès le début du seizième siècle, lorsqu'une science juridique coutumière fut développée. Dans le Saint-Empire, les droits régionaux ou locaux furent occasionnellement intégrés dans la science juridique universitaire à partir du dix-septième siècle¹⁵.

Les humanistes français J. Cujas et H. Doneau ont par leurs travaux fortement contribué à insuffler une nouvelle vie à ce qu'ils voyaient comment l'esprit original de la pensée romaniste¹⁶.

Au cours de la seconde moitié du dix-septième siècle, plusieurs ouvrages publiés dans le Saint-Empire traitèrent en détail de la pratique en vigueur dans des juridictions spécifiques, mais toujours dans le cadre d'une présentation dictée par le *ius commune* ou droit savant, ce qui permettait aux auteurs d'intégrer le droit réellement appliqué dans un discours juridique scientifique¹⁷. Dans ces ouvrages, le droit romain ne représentait qu'une partie du droit positif, mais une partie tout à fait centrale. Progressivement, le *ius commune* européen unitaire fut remplacé par toute une série de droits communs nationaux : on voit ainsi apparaître le *ius romano-saxonicum*,¹⁸ le *ius romano-germanicum*, le *ius romano-hispanicum*,¹⁹ le *ius romano-neapolitanum*, le *ius sveco-romanum* (au Danemark), ou encore le *Rooms Hollands Regt* dans les Pays-Bas septentrionaux²⁰.

Dans le cadre des débats universitaires, la notion de droit commun se présente dès lors comme un point de départ commun à partir duquel se déploient différents itinéraires guidés par les droits particuliers et, comme on le verra plus loin, influencés par une jurisprudence propre à chaque juridiction. Pour avoir une bonne impression de ces itinéraires spécifiques, on consultera une carte publiée en 1896 à l'occasion de l'adoption du code civil allemand (*Bürgerliches Gesetzbuch*), où l'on voit la situation antérieure à l'introduction du code, représentant les principaux droits particuliers territoriaux, dans certains cas le droit particulier

¹⁵ Ainsi par exemple Benedict Carpov, *Iurisprudentia Romano Saxonica secundum ordinem Constitutionum D. Augusti Electoris Saxoniae*, 1638; David Mevius, *Commentarii in Jus Lubecense*, 1642. En France, les principaux protagonistes sont sans doute Charles Dumoulin et Bertrand d'Argentré.

¹⁶ Constantinesco et Hübner (n. 10) p. 2, Wieacker (n. 12), pp. 166 ss.

¹⁷ Ainsi par exemple Georg Adam Struve, *Jurisprudentia romano-germanica forensis*, 1670 ; Samuel Stryk, *Usus modernus Pandectarum*, 1690 ss. ; Johannes Voet, *Commentarius ad Pandectas*, 1698 ss.

¹⁸ Voir à cet égard la notice dans Samue Oberländer, *Lexicon juridicum romano-teutonicum*, réimpression identique de la 4^{ème} éd., Nuremberg, 1753, publiée et introduite par Rainer Polley, Cologne/Weimar/Vienne 2000, s.v. « Jus Saxonicum »: « Le droit saxon est de nos jours divisé en un droit commun et un droit électoral [c.à.d. relevant de la principauté électoral] » („Das Sächsische Recht/ wird heut zu Tage in das commune (gemeine) und (Electoral) Churfürstliche abgetheilet“).

¹⁹ Voir déjà dans ce cadre l'œuvre de Juan Sala, *Digestum romano-hispanum ad usum tironum hispanorum ordinatum*, Valentia, 1794, réimpression *Digestum Romano-hispanicum* (sic!) 2012.

²⁰ On lira sur le sujet Coing, H., « Die europäische Privatrechtsgeschichte der neueren Zeit als einheitliches Forschungsgebiet. Probleme und Aufbau », *Ius Commune* 1 (1967), pp. 1–33, Glenn (n. 3), pp. 23 ss., 104–108. Pour les Pays-Bas, voir Nève, P.L., « Europäisches Ius Commune und (nationale) Gemeines Recht: Verwechslung von Begriffen? », *Wirkungen europäischer Rechtskultur. Wirkungen europäischer Rechtskultur. Festschrift für Karl Kroeschell zum 70. Geburtstag*, (G. Köbler & H. Nehlsen, dir.), Munich 1997, pp. 871–884. Sur la diversité en Europe en général, voir également Jansen, N., « Legal Pluralism in Europe: National Laws, European Legislation, and Non-legislative Codifications », *Pluralism and European Private Law* (L. Niglia, dir.), Oxford/Portland, 2013, pp. 109–130, comprenant un argumentaire supplémentaire, notamment pp. 109 ss.

d'une ville. Tous ces droits particuliers disparurent avec l'entrée en vigueur du code civil²¹. Cependant, dans son célèbre pamphlet de 1814, Thibaut observa à propos de la controverse des juristes universitaires autour des droits particuliers qu' « en termes scientifiques, le droit particulier est jusqu'à présent plongé dans une nuit noire » („*bisher über dem Partikular-Recht in wissenschaftlicher Hinsicht eine schwarze Nacht*“) ²².

Dans son pamphlet de 1814, Thibaut notait encore à propos de l'approche des savants à l'égard des droits particuliers que „jusqu'à notre époque, une nuit noire enveloppe toujours le droit particulier d'un point de vue scientifique“ („*bisher über dem Partikular-Recht in wissenschaftlicher Hinsicht eine schwarze Nacht [liege]*“). Cette situation avait toutefois changé avant que le BGB n'entre en vigueur le 1er janvier 1900. Au cours des décennies qui avaient suivi la polémique entre Thibaut et de Savigny, le courant germanique de l'‘École historique’ du droit, représentée notamment à travers l'œuvre de Jacob Grimm (1785-1863) et de Karl Friedrich Eichhorn (1781-1854), avait développé l'étude des droits germaniques, partant aussi des droits particuliers²³. Une configuration pluraliste similaire se vérifie également dans plusieurs domaines de la pratique judiciaire. La science de droit romain et de droit canonique alimentait le recours à la *communis opinio* au-delà des frontières, facilité par l'usage généralisé du Latin²⁴. Ces droits savants constituaient le fondement commun des juridictions dans lesquelles opéraient les juristes universitaires vers la fin du Moyen Âge. Pourtant, cette présence de juristes universitaires dans la pratique judiciaire ne représentait qu'une fraction de la pratique en général.

Les juristes universitaires avaient accédé à des juridictions ecclésiastiques dès le douzième siècle, mais ce ne fut qu'au quinzième siècle qu'ils se propagèrent également dans les cours de justice supérieures, qui offraient désormais de nouveaux débouchés aux diplômés des facultés de droit. Cependant, la conception théorique d'une application du droit par les cours suprêmes du Saint-Empire suggère une autorité unitaire d'un droit commun, mais en fait, plusieurs facteurs politiques centrifuges ont progressivement fait éclater cette conception : on évoquera notamment l'émancipation accrue des territoires autonomes et leur intérêt à mettre en valeur leur droit particulier.

L'ordonnance de 1495 concernant la procédure à suivre devant la Chambre impériale de justice a été décisive pour déterminer quel droit serait appliqué par les deux cours impériales suprêmes, la Chambre impériale elle-même (*Reichskammergericht*) et ensuite le Conseil aulique (*Reichshofrat*). L'article 3 prévoyait qu'en vertu de leur serment, les juges à la Chambre impériale jugeraient « selon le droit commun de l'Empire, et également selon les ordonnances, lois et coutumes raisonnables, traditionnelles et admissibles des principautés et seigneuries qui leur seront soumises... » („*nach des Reichs gemainen rechten, auch nach redlichen, erbern und leydenlichen ordnungen, statuten und gewohnheiten der Ftt., Hftt. und gericht, die fur sy bracht werden ... zu richten ...*“) ²⁵. Le droit commun (savant) était ainsi présumé connu des cours suprêmes et son application était postulée (comme condition de la *fundata intentio*). En revanche, l'applicabilité d'une règle de droit particulier devait être

²¹ Anonyme : *Deutsche Rechts- und Gerichtskarte*, Kassel, 1896, réimpression D. Klippel (dir.), Goldbach, 1996.

²² Thibaut (n. 1), p. 28.

²³ Récemment Haferkamp, H.-P., *Die Historische Rechtsschule* (Studien zur europäischen Rechtsgeschichte, 310), Frankfurt am Main, 2018.

²⁴ Coing, *Europäische Privatrechtsgeschichte* (n. 20), pp. 9 ss.

²⁵ RKGÖ 1495, art. 3, dans Koch, E. A., *Neue und vollständigere Sammlung der Reichsabschiede, Zweyter Theil derer Reichs-Abschiede von dem Jahr 1495. bis auf das Jahr 1551* (y compris une réimpression de l'édition Frankfurt, 1747), Osnabrück, 1967, p. 7.

invoquée et démontrée par les parties. Le principe selon lequel « la cour connaît le droit » („*das Gericht kennt das Recht*“) était par conséquent inapplicable à l’égard des droits particuliers. Cette différenciation s’explique du fait que les juges à la Chambre impériale de justice n’avaient été confrontés qu’au seul *ius commune* au cours de leurs études et qu’ils provenaient des territoires les plus divers dans l’Empire. Ils n’étaient dès lors pas censés avoir connaissance de la multitude des droits particuliers applicables à travers le Saint-Empire.

Dans un tel système, un droit allemand ne pouvait s’affirmer que dans la mesure où il était plausible d’invoquer son existence, et on conçoit que dans ces circonstances, il lui fut impossible de s’imposer dans des pans entiers du droit. De plus, dans plusieurs territoires, le droit particulier régional ou local n’avait pas été mis par écrit. La validité de droits établis oralement s’en trouvait d’autant plus difficile à prouver. Ainsi, le droit allemand devait souvent céder la place face au droit commun savant, d’autant plus qu’à l’encontre du droit romain, il n’avait pas encore fait l’objet d’un traitement scientifique. D’autres facteurs encore concoururent à restreindre sa portée : ainsi, le droit savant avait établi qu’à l’égard des droits particuliers, une interprétation restrictive prévaudrait devant les tribunaux (« *statuta sunt stricte interpretanda* »). Contrairement à la théorie des sources du droit (elle aussi développée par les droits savants) qui voulait que dans la hiérarchie des sources, le droit spécial l’emporterait sur le droit général, au niveau des juridictions suprêmes, le droit particulier tendait plutôt à s’effacer en tant que source normative face au *ius commune*²⁶.

Ce type de principe normatif quant à l’application de règles de droit dans le Saint-Empire a facilité la propagation du droit romain dans l’ensemble de l’Empire et est susceptible de fournir un paramètre comparatif utile dans la recherche d’une culture juridique européenne. Ainsi, la pratique d’une cour suprême est tout spécialement appropriée pour contribuer à l’unification du droit. C’est ainsi aussi que la formation d’une culture juridique commune enracinée dans la tradition romano-canonique a pu se développer au-delà des frontières de l’Empire.

La position privilégiée du droit romain a été fortement soutenue par la conviction que ce droit était rationnel et supérieur, plutôt que par une quelconque prétention constitutionnelle des empereurs visant à imposer un droit applicable dans l’ensemble des territoires de l’Empire, ou par une tentative des élites juridiques visant à s’assurer un pouvoir à travers la maîtrise du droit comme instrument politique. Par contre, le renforcement du droit particulier dans un territoire, tel qu’il résultait d’un acte normatif du prince territorial, correspondait certainement au renforcement des prétentions politiques de ce prince dans son territoire²⁷. L’intérêt général des pouvoirs politiques territoriaux consistait davantage à imposer leur propre système normatif plutôt que d’avoir recours à l’application du droit romain.

Afin de réaliser cet objectif, les autorités territoriales s’efforcèrent d’obtenir – chaque territoire individuel pour soi – un privilège d’appel (*privilegium de non appellando*) dont l’objet était de prévenir un recours (ordinaire) auprès de l’une des cours impériales suprêmes. Elles parvenaient ainsi à consolider leur propre contrôle sur l’organisation judiciaire

²⁶ À propos de cette hypothèse selon laquelle la Chambre impériale de justice aurait avant tout imposé le *ius commune* dans les différents territoires, et ainsi contribué à exclure l’application du droit interne dans la pratique, voir l’analyse critique de Diestelkamp, B., « Die Bedeutung des Reichskammergerichts für die Rechtsentwicklung im Heiligen Römischen Reich Deutscher Nation. Eine (Zwischen-)Bilanz », *Kultur- und rechtshistorische Wurzeln Europas* (Jörg Wolff dir.), Studien zur Kultur- und Rechtsgeschichte, 1, Mönchengladbach, 2006, pp. 459–474, en particulier pp. 462 ss.

²⁷ Cette question doit être mise en rapport avec le débat sur l’autorité du droit, voir pour plus de détails Jansen, *Legal Pluralism* (n. 20), pp. 112–118.

territoriale et aussi (en dépit de quelques restrictions), à renforcer le droit particulier de leur territoire²⁸.

L'acte traditionnellement désigné de 'Bulle d'or' („*Goldene Bulle*“ de 1356) avait déjà une première fois confirmé ou autorisé le *privilegium de non appellando illimitatum* à l'égard des princes-électeurs²⁹. Aux Temps Modernes, un nombre croissant des territoires autonomes de l'Empire (les « États de l'Empire », *Reichsstände*) réussit à obtenir de tels privilèges *de non appellando*, souvent pour certains types de litiges (comme par exemple les contrats passés entre marchands,³⁰ ou encore pour des litiges à concurrence d'une valeur déterminée, mais ces privilèges pouvaient ensuite être élargis. Afin d'obtenir un tel privilège, il convenait d'adresser une requête au Conseil aulique³¹.

²⁸ Au-delà de cette représentation quelque peu simpliste, il convient de rappeler que même dans les territoires où, en raison des privilèges d'appel, il n'était pas possible de poursuivre un recours ordinaire aux cours impériales, le droit particulier aussi, parmi les sources privilégiées, fut développé selon les conditions requises par le droit romain savant, comme l'a notamment démontré Coing, H., *Die Rezeption des römischen Rechts in Frankfurt*, 2^{ème} éd., Frankfurt am Main 1962, pour le cas de la ville de Francfort. À Wurzburg, il semble que dans de nombreux cas, les conseillers eux-mêmes ne connaissaient pas les coutumes du pays et jugeaient dès lors (en dépit de la priorité qui revenait au droit local) selon les principes du *ius commune* : c'est ce que démontre une étude encore en cours de Joseph Bongartz. En outre, lorsqu'un privilège absolu *de non appellando* était concédé, ce privilège était subordonné à la condition d'établir dans le territoire une cour supérieure de justice selon les conceptions d'un *gutes Regiment* (« bon gouvernement »), dont le droit romain tel qu'il était développé par la science juridique fournissait plusieurs éléments. D'autre part, les octrois de privilèges illimités *de non appellando* n'étaient concédés que sous la condition d'aménager l'organisation judiciaire du territoire (du moins, pour la justice civile) selon des critères de la tradition juridique romaniste. Dans la mesure où un prince territorial nommait à sa cour des juristes universitaires formés en droit romain, notamment parce que ceux-ci s'avéraient indispensables afin d'établir une juridiction d'appel, la conception de souveraineté déduite des textes de droit romain, qui légitimait cette élaboration institutionnelle, s'en trouvait renforcée. Cette conception de la souveraineté princière s'exprimait par le principe „*omnis iurisdictio et omnis districtus apud principem est*“. L'élément le plus important de cette souveraineté était la *iurisdictio*, c'est-à-dire le pouvoir et l'autorité judiciaires du prince. On consultera à ce propos Willoweit, D., „Selbständigkeit und Unabhängigkeit der Rechtsprechung im Alten Reich“, *Rechtsprechung und Justizhoheit. Festschrift für Götz Landwehr zum 80. Geburtstag von Kollegen und Doktoranden*, (V. Drecktrah & D. Willoweit, dir.), Cologne, 2016, pp. 177–196, spécialement pp. 187 ss.; *idem*, „Die Rechtsgrundlagen der Territorialgewalt. Landesobrigkeit, Herrschaftsrecht und Territorium in der Rechtswissenschaft der Neuzeit“, *Forschungen zur deutschen Rechtsgeschichte*, 11, Cologne/Vienne, 1975, pp. 17–47, pp. 186–213.

²⁹ Fritz, W. D. (dir.), *Die Goldene Bulle Kaiser Karls IV. vom Jahre 1356* (Monumenta Germaniae Historica, Fontes iuris Germanici in usum scholarum separatim editi, 11), Weimar 1972, disponible en ligne : [http://daten.digital-sammlungen.de/0000/bsb00000666/image\(s/?id=00000666&seite=9](http://daten.digital-sammlungen.de/0000/bsb00000666/image(s/?id=00000666&seite=9) (dernière consultation : 20 décembre 2017), lequel retrace l'historique et différentes versions, en particulier: Chap. VIII., XI., pp. 62–64, p. 66 ss. Voir également la traduction en allemand de Buschmann, A. (dir.), *Kaiser und Reich. Klassische Texte und Dokumente zur Verfassungsgeschichte des Hl. Römischen Reiches Deutscher Nation*, Munich, 1984, pp. 108–156, en particulier p. 128, pp. 131–133. Sur les effets, voir Eisenhardt, U., « Die Rechtswirkungen der in der Goldenen Bulle genannten privilegia de non evocando et appellando », *ZRG.GA* 86 (1969), pp. 75–96.

³⁰ Ainsi par exemple le privilège de la ville impériale de Nuremberg, Archives municipales de Nuremberg B 11 N° 385. À ce propos : Amend-Traut, A., « Die Akten und Beilagen von Reichskammergericht und Reichshofrat als Quellen des Handelsrechts », *ZNR* 37 (2015), pp. 177–205, en particulier p. 195.

³¹ En raison du caractère législatif des privilèges, ceux-ci ne pouvaient être concédés que par un législateur – un prince territorial, le pape ou, en l'occurrence, l'empereur. Conformément à la conception générale qui prévalait dans la pratique impériale, une réserve ne s'appliquait qu'à l'égard des lois divines et naturelles („*göttliche und natürliche Gesezze*“), une prohibition exprimée dans le droit impérial ou dans des constitutions impériales, ou encore en faveur des « droits acquis » par un tiers („*iura quaesita eines Dritten*“). Voir à ce propos Carl Friedrich Häberlin, *Repertorium des Teutschen Staats und Lehnrechts*, T. 4, Leipzig, 1782–95, § 10, 4:289. Ainsi, dans la mesure où un statut constitutionnel ou un État de l'Empire n'était pas affecté, l'empereur jouissait d'un droit illimité d'accorder des privilèges, voir Mohnhaupt, H., *Privatrecht in Privilegien*, dans: *Vorträge zur Geschichte des Privatrechts in Europa*, (Ius commune Sonderhefte. Texte und Monographien, 15), Francfort, 1981, pp. 58–75, en particulier p. 61. Habituellement, l'empereur n'intervenait pas en personne, mais le vice-chancelier ou le Conseil aulique le représentaient dans l'organisation interne:

Ainsi, bien que la pratique judiciaire de l'Empire, de la fin du Moyen Âge jusqu'à la dissolution de l'Empire en 1806 fût dans une large mesure déterminée par les Cours impériales suprêmes, et qu'en conséquence, le droit romain ait été la base d'une culture juridique commune par le biais de son applicabilité en tant que droit savant commun, de nombreux territoires ont néanmoins réussi à se soustraire partiellement ou entièrement au contrôle des juridictions impériales et à assurer leur souveraineté judiciaire. Vers le milieu du dix-septième siècle, presque tous les principaux États de l'Empire avaient obtenu de tels privilèges³². Lorsqu'un tel privilège avait été accordé, la possibilité d'un recours devant les cours impériales était en principe exclue, hormis les cas de recours extraordinaires, notamment en cas de déni de justice, de justice retardée ou de nullité³³.

L'extension de leurs compétences judiciaires souveraines venait renforcer les prétentions politiques des princes territoriaux vis-à-vis de l'empereur. En même temps, cette tendance a entravé le développement d'une culture juridique unifiée dans l'Empire et même le développement d'une culture juridique européenne. On notera en passant que de tels facteurs centrifuges ne sont pas un phénomène unique dans l'histoire politique européenne. Même à notre époque, la réflexion sur les moyens à mettre en œuvre pour favoriser une plus grande cohésion européenne comporte également un volet consacré à l'organisation judiciaire : « Le principe directeur pour la reconstruction de l'Europe consiste en ce que les forces centrifuges émanant des prétentions soutenues de souveraineté de la part des États membres et des différences socio-économiques et culturelles des différentes régions ne soient pas seulement maîtrisées, mais également transformées en forces centripètes »³⁴.

Ces tendances vers un pluralisme juridique au sein de l'Empire se sont d'autant plus fortement affirmées que des groupes d'intérêts spécifiques étaient soumis à des systèmes juridiques particuliers dont certains se chevauchaient partiellement. Ainsi, l'aristocratie était soumise aux droits féodaux territoriaux, les artisans aux réglementations de leurs corporations, les moines aux règles de leurs ordres, les cours ecclésiastiques déterminaient les responsabilités du clergé dans les *causae spirituales* dont elles étaient saisies. La diversité des droits et des tribunaux a augmenté les tendances centrifuges dans l'Empire³⁵.

Johann Jacob Moser, *Neues teutsches Staatsrecht, 5 vol., Von denen Kayserlichen Regierungs-Rechten und Pflichten, ..., erster Theil, Franckfurt am Mayn 1772*, réimpression Osnabrück 1967, Chap. 16, § 112, p. 529. Ainsi que l'a démontré Lehne, F., « Zur Rechtsgeschichte der kaiserlichen Druckprivilegien », *MIÖG* 53 (1939), pp. 323–409, en particulier p. 349, les dossiers d'archives conservés permettent de constater en général « une forte élasticité des compétences ».

³² Pour un aperçu de tous les privilèges et une édition des principaux, voir Eisenhardt, U., *Die kaiserlichen privilegia de non appellando* (Quellen und Forschungen zur höchsten Gerichtsbarkeit im Alten Reich, 7) Cologne/Vienne, 1980. À propos de l'importance politique des privilèges d'appel : Weitzel, J., *Der Kampf um die Appellation ans Reichskammergericht* (Quellen und Forschungen zur Höchsten Gerichtsbarkeit im Alten Reich, 4), Cologne/Vienne, 1976.

³³ Pour une vue d'ensemble : Eisenhardt, *Die kaiserlichen privilegia* (n. 32), 25–27, avec des références supplémentaires. L'accès à une cour impériale était toutefois souvent empêché lorsqu'un membre d'une cour territoriale déléguait son contrôle des juridictions à la cour suprême du territoire, ainsi qu'il a été récemment relevé par Stodolkowitz, S.A., « Rechtsverweigerung und Territorialjustiz. Verfahren wegen iustitia denegata vel protracta am Oberappellationsgericht Celle », *ZRG GA* 131 (2014), pp. 130–81.

³⁴ Münkler, H., « Alle Macht dem Zentrum », *Der Spiegel*, 27 (2011), p. 108 ss., en particulier 109 : „Die Leitidee für den Umbau Europas heißt also, dass die zentrifugalen Kräfte, die aus den fortbestehenden Souveränitätsansprüchen der Mitgliedstaaten sowie den sozio-ökonomischen und kulturellen Unterschieden der einzelnen Regionen erwachsen, nicht nur gebändigt, sondern in zentripetale Kräfte verwandelt werden“.

³⁵ Deux colloques du réseau *Reichsgerichtsbarkeit* (la pratique des juridictions impériales dans le Saint-Empire) illustrent bien la complexité engendrée par cette concurrence de juridictions, d'une part dans les rapports entre la cour suprême du Saint-Empire à l'égard des décisions de cours territoriales, d'autre part dans le cadre spécifique de la ville libre impériale de Francfort, c.à.d. dans le cadre d'un territoire particulier. C'est dans ce contexte qu'a

Ces traits constitutionnels et juridiques ont œuvré à l'encontre d'une unité juridique de l'Empire et, au-delà, à l'échelle européenne. Plusieurs études récentes ont également démontré que les droits particuliers ont exercé un rôle important dans la pratique des cours suprêmes de l'Empire. Il ressort de cette constatation que les juristes de formation universitaire connaissaient certains droits particuliers et les appliquaient, même si les plaideurs n'en avaient pas nécessairement établi la validité³⁶. Il en résulte que les Cours impériales, en appliquant le droit romain, n'ont pas toujours opéré selon une approche aussi cohérente qu'il a été présumé. En fonction de leurs positions respectives, les conseils des parties étaient davantage enclins à invoquer les droits particuliers que les conseillers siégeant en tant que juges³⁷. Les archives des cours impériales indiquent que les avocats se référaient dans leurs argumentations aux textes du *corpus iuris civilis*, mais tout autant aux droits particuliers et à la doctrine afférente. Il s'agit d'un indice de plus qu'en ce qui concerne le droit substantiel appliqué aux cours suprêmes, on ne peut présumer qu'une culture juridique européenne prévalait dès les Temps Modernes. La question se pose différemment à l'égard du droit de la procédure, qui s'orientait généralement vers le modèle inspiré du droit romain.

Ces remarques générales ne se vérifient pas uniquement dans le cadre spécifique du Saint-Empire. Dans d'autres ordres politiques qui se formaient selon un modèle étatique, comme ce fut le cas en France, l'application du droit romain avait été largement restreinte en faveur d'un droit national.

été introduit l'expression (au début fort controversée, mais depuis lors largement admise) de *Gerichtslandschaft* (« paysage judiciaire »), voir Amend, A./Baumann, A./Wendehorst, S./Westphal, S., (dir.), *Gerichtslandschaft Altes Reich. Höchste Gerichtsbarkeit und territoriale Rechtsprechung* (Quellen und Forschungen zur Höchsten Gerichtsbarkeit im Alten Reich, 52), Cologne/Weimar/Vienne 2007; Amend, A./Baumann, A./Wendehorst, S./Wunderlich, S. (dir.), *Die Reichsstadt Frankfurt als Rechts- und Gerichtslandschaft im Römisch-Deutschen Reich* (Bibliothek altes Reich, 3), Munich, 2008. Entretemps, certaines thèses se fondent méthodologiquement sur le concept de paysage juridique et judiciaire, comme par exemple celle de Krey, A., *Die Praxis der spätmittelalterlichen Laiengerichtsbarkeit Gerichts- und Rechtslandschaften des Rhein-Main-Gebietes im 15. Jahrhundert im Vergleich*, (Forschungen zur deutschen Rechtsgeschichte, 30), Cologne/Weimar/Vienne, 2015 (voir les propos explicatifs p. 14 ss.). Cela présuppose évidemment qu'il n'existait pas de domaines de compétences clairement délimités, ni une quelconque unité juridique. Ces constatations peuvent être étendues au-delà des territoires allemands, ainsi qu'il a été démontré par des recherches récentes d'histoire du droit en Autriche : on consultera à ce propos les contributions de l'histoire autrichienne Olechowski, T./Ortlieb, E./Schmetterer, C. (dir.), *Gerichtsvielfalt in Wien. Forschungen zum modernen Gerichtsverständnis*, Beiträge zur Rechtsgeschichte Österreichs 6 (2/2016). En revanche, une spécification conceptuelle demeure largement ignorée, hormis pour l'expression *Rechtslandschaft* (« paysage juridique »), voir Ehlers, C., *Rechtsräume. Ordnungsmuster im Europa des frühen Mittelalters*, 2016.

³⁶ Oestmann, P., *Rechtsvielfalt vor Gericht. Rechtsanwendung und Partikularrecht im Alten Reich*, (Rechtsprechung. Materialien und Studien. Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts für Europäische Rechtsgeschichte Frankfurt am Main, 18), Frankfurt 2002. À propos d'un thème de droit commercial : Amend-Traut, A., *Wechselverbindlichkeiten vor dem Reichskammergericht. Praktiziertes Zivilrecht in der Frühen Neuzeit*, (Quellen und Forschungen zur höchsten Gerichtsbarkeit im Alten Reich, 54), Cologne/Vienne, 2009, ainsi que Wunderlich S., *Das Protokollbuch von Mathias Alber. Zur Praxis des Reichskammergerichts im frühen 16. Jahrhundert*, (Quellen und Forschungen zur höchsten Gerichtsbarkeit im Alten Reich, 58,1), Cologne/Weimar/Vienne, 2011, pp. 184–216.

³⁷ Voir également Oestmann, *Rechtsvielfalt* (n. 36), lequel adopte la perspective des avocats dans sa recherche, ainsi que l'avait déjà fait pour quelques cours supérieures des anciens Pays-Bas Wijffels A., *Qui millies allegatur. Les allégations du droit savant dans les dossiers du Grand Conseil de Malines (causes septentrionales, ca 1460–1580)* (Verzamelen en Bewerken van de Jurisprudentie van de Grote Raad, Nieuwe Reeks, 10), Amsterdam/Leiden, 1985 ; *idem*, « Einflüsse der Doktrin auf die gerichtliche Argumentationspraxis der frühen Neuzeit », *Akten des 26. Deutschen Rechtshistorikertages, Frankfurt am Main, 22.–26., September, 1986* (D. Simon, dir.) (*Ius Commune Sonderhefte*, Studien zur Europäischen Rechtsgeschichte, 30), Francfort sur le Main, 1987, pp. 371–386.

2. Les développements du droit commercial

Il convient néanmoins de souligner qu'il faut également faire état, dans l'administration de la justice, d'une culture juridique transnationale, susceptible d'être qualifiée d'européenne, spécifiquement dans le domaine du droit commercial. Ce droit commercial s'est développé à travers la pratique. Tantôt, il fut refondu sous forme d'une réglementation législative, tantôt, il succomba parce que sa mise en œuvre ou son efficacité s'avèrent défectueuses.

Le droit commercial s'est développé sur la longue durée en grande partie indépendamment des doctrines universitaires ou même des interventions législatives. C'était avant tout un système normatif des marchands conçu en fonction de leurs intérêts. Il s'articulait en un droit des sociétés, un droit des faillites, un droit des lettres de change. Pour les besoins concrets de règles gouvernant les activités et interactions des marchands, le droit romain, tel qu'il constituait la base textuelle de la culture du *ius commune* savant, n'offrait guère de solutions adéquates, ou demeurait entièrement silencieux, en dehors bien sûr des principes généraux de droit civil qui étaient également applicables aux opérations commerciales, ainsi par exemple les règles en matière de capacité juridique dans le droit des contrats. En revanche, des instruments tels que la lettre de change ou les sociétés commerciales (selon différents modes d'organisation) étaient indispensables pour exercer et favoriser le commerce transrégional ou même international, mais avaient été développés à partir d'une pratique marchande (notamment une pratique italienne, au Moyen Âge) et dès lors à l'initiative des marchands eux-mêmes. Par l'application et l'usage de ces techniques dans la pratique marchande quotidienne, des questions de droit étaient soulevées, des solutions devaient être élaborées. Dans les territoires du Saint-Empire, il apparaît que les marchands ne firent pas seulement appel à des juristes universitaires, mais s'appuyaient également sur les recommandations de leurs collègues plus expérimentés. Afin de trouver une solution à une question de droit, il était d'usage de solliciter en premier lieu l'avis de marchands dont l'expérience était reconnue. De tels *parères* étaient en général rédigés à l'occasion d'un litige³⁸. Ils permettaient de mettre fin à une controverse sans avoir à faire de recours juridiques, soit lorsque les parties avaient introduit devant la cour un tel avis dans le courant du procès, soit parce que la cour elle-même avait demandé l'avis d'experts³⁹. Dans l'un et l'autre cas, la cour recevait l'avis avec

³⁸ La recherche fondamentale sur ces avis d'experts a jusqu'à présent principalement été poursuivie en Allemagne. En France, on consultera l'étude de Richard, É., « À l'orée du droit des marchands. Les parères », *Revue d'Histoire des Facultés de Droit* 33 (2014), 155–217. L'ouvrage le plus récent sur la pratique des avis juridiques aux Temps Modernes est celle de Falk, U., *Consilia. Studien zur Praxis der Rechtsgutachten in der frühen Neuzeit* (Rechtsprechung. Materialien und Studien, 22), Francfort sur le Main, 2006, mais cet ouvrage ignore l'ensemble du droit commercial. Le projet de thèse doctorale de Sonja Breustedt, *Pareres der „löblichen Kaufmannschaft“ zu Frankfurt am Main. Handelsrechtliche Konfliktlösung im 18. Jahrhundert* (« Parères de la 'communauté très-louable des négociants' de Francfort sur le Main. La résolution des conflits en matière commerciale au dix-huitième siècle ») est une première tentative d'étudier systématiquement ces avis dans un contexte commercial. Cependant, sa recherche se base sur les fonds de l'Institut pour l'histoire de la ville de Francfort sur le Main, qui ne comprend pas de série distincte des avis commerciaux : ceux-ci sont dispersés dans divers types d'archives judiciaires, et certains se retrouvent à travers la littérature secondaire. Le projet *Die Nürnberger Handelsgerichtsbarkeit. Handelsgerichtliche Gutachten in der Frühen Neuzeit* (« La pratique judiciaire à Nuremberg en matière commerciale. Avis de droit commercial aux Temps Modernes »), financé par la Fondation allemande pour la recherche scientifique (DFG) et dirigé par l'auteur de la présente contribution, vise à analyser le fond permettant de retracer suffisamment en détail la pratique sur plusieurs siècles, qui reflète les activités du directorat des affaires commerciales à Nuremberg. Le lecteur trouvera de plus amples informations sur le site :

http://www.jura.uni-wuerzburg.de/lehrstuehle/amend_traut/die_nuernberger_handelsgerichtsbarkeit/

³⁹ À l'occasion d'un *parère* sollicité vers le milieu du dix-huitième siècle par la Chambre impériale de justice à la corporation des marchands de Leipzig, voir Johann Ulrich von Cramer, *Observationum juris universi*

empressement, en général en raison de son propre manque d'expertise en la matière. C'était avant tout le cas dans les litiges reflétant des questions de la pratique commerciale quotidienne pour lesquelles ni le droit particulier ni le *ius commune* n'offraient une solution. Les manuels traitant du droit des lettres de change, par exemple, soulignent combien les avis des experts pouvaient guider le juge dans la formation de sa décision⁴⁰. Sans doute, le juge n'était pas contraint de suivre les *Parères*, mais « lorsque des tribunaux commerciaux spéciaux n'étaient pas établis » („*wo absonderliche Kauf-Gerichte nicht angeordnet*“) et « dans des litiges sur des lettres de change où de nombreuses règles découlent du style et de la coutume des marchands » („*in Wechsel=Sachen vieles aus dem Stylo und consuetudine mercantili herrühret*“), il était plus opportun que les juges s'informent à partir des *parères*, ne fût-ce qu'afin d'éviter une prolongation inutile du procès⁴¹. C'est en ce sens qu'un manuel commercial observait à propos des avis d'experts qu'il était habituel « qu'une cour adapte les *parères* afin d'adopter les usages traditionnels en matière d'échange et la pratique » („*sich doch eine jede Gerichtsstelle darnach gemeiniglich zu richten, ... um von ihnen den Wechselbrauch und Usance zu vernehmen ...*“) ⁴².

Les *parères* ont ainsi servi à consolider les pratiques entre marchands, mais les tribunaux inférieurs et la Chambre impériale de justice s'y référaient également à l'occasion des procédures dont ils étaient saisis⁴³. La jurisprudence de la Chambre impériale a été à cet égard un relai décisif, car elle était diffusée à travers l'Empire, mais aussi au-delà de ses frontières⁴⁴. De grands juristes de l'époque, comme Hermann Conring, avaient beaucoup d'estime pour cette jurisprudence : dans un rapport au Conseil de Wurzburg, il affirma que les décisions de la Chambre impériale devaient être observées par les cours inférieures (*Hofgerichte*) à l'instar des lois écrites⁴⁵. La jurisprudence de la cour suprême contribuait ainsi à l'unification du droit⁴⁶.

ex praxi recentiori supremorum imperii tribunalium haustarum ..., 6 vols, Wetzlar (I, II), Ulm (III–VI), 1758–1772, en particulier Tom. I., Obs. CCXI., pp. 491 ss.

⁴⁰ Ils « établiraient dans des causes commerciales ce qui dans le cadre de procédures judiciaires constituait un avis juridique mais dans les causes qui portent sur une disposition de droit, il ne convient pas de les ignorer indûment » („*in Kauffmanns=händeln/zwär eben das effectuiren/was sonst in Rechtlichen Strittigkeiten/die Responsa Juris Prudentum ...*, hingegen in denenjenigen Fragen/so einen articulum Juris angehen/nicht unbillig ausser Acht gelassen werden“), Johann Adam Beck, *Wechsel-Recht In sich begreifend, so wohl die Persohnen, welche diesem Recht unterworfen sind, als auch die verschiedene Arten und Gattungen derer Wechsel und Wechsel=Briefffen, ... zu observiren ist, ...*, Nuremberg 1729, Chap. XIV., § 4., note 8, pp. 412 ss. Dans le même sens voir également Paul Jacob Marperger, *Neu=eröffnetes Handels=Gericht/oder Wohlbestelltes Commerciens-Collegium ...*, Hamburg, 1709, III. Chap., p. 68.

⁴¹ Jacob Friederich Ludovici, *Einleitung zum Wechsel-Prozeß*, 9th ed., Halle, 1743, Cap. XII., § IV., p. 373.

⁴² Philipp Carl Scherer, *Handbuch des Wechselrechts, worinnen theils die Art und Weise, wie die Wechselgeschäfte zu behandeln und zu beurtheilen, gezeigt, theils die vielen Abweichungen der Wechselgesetze unter sich dargestellt werden zum Gebrauch für Rechtsgelehrte aus allen Ständen absonderlich auch für Kauf= und Handelsleute und alle diejenigen, welche sich mit Wechselgeschäften abgeben*, 3 vols, Frankfurt am Main 1800–1801, en particulier au T. 2, p. 326.

⁴³ La reconnaissance des avis – en particulier en rapport avec le droit romain et le droit canonique – a récemment été mise en valeur par Isenmann, E., « „Plenitudo potestatis“ und Delegation. Die höhere und höchste Gewalt in Rechtsgutachten vornehmlich für deutsche Städte in Spätmittelalter und früher Neuzeit », *Die Anfänge des öffentlichen Rechts, 3. auf dem Weg zur Etablierung des öffentlichen Rechts zwischen Mittelalter und Moderne*, (G. Dilcher et D. Quaglioni dir.), (Jahrbuch des italienisch-deutschen historischen Instituts in Trient. Beiträge, 25) Bologne/Berlin 2009, pp. 197–241, en particulier p. 100.

⁴⁴ Amend-Traut, *Wechselverbindlichkeiten* (n. 36), pp. 50 ss., avec des références complémentaires.

⁴⁵ Hermann Conring, *De Origine Iuris Germanici*, Helmstadii 1644, selon Stolleis M. (dir.), *Der Ursprung des deutschen Rechts*, (Bibliothek des deutschen Staatsdenkens, 3), Francfort sur le Main, Leipzig, 1994, p. 230.

⁴⁶ Voir également Amend-Traut, *Wechselverbindlichkeiten* (n. 36), en particulier pp. 15, 420 s., 436 s., 440 s., *idem*, *Quellen* (n. 30), en particulier pp. 179, 185, 204 ; dans un autre sens, en revanche : Baums T.,

Il est à présent convenu que le *ius commune* offrait un cadre de pensée à la pratique judiciaire⁴⁷. Dans l'état actuel des recherches, cette constatation peut être étendue aux marchands qui rédigeaient des avis en tant qu'experts. D'un point de vue formel, leurs avis suivaient dans leur structure même, la tradition médiévale et moderne ancrée dans le droit procédural du *ius commune*. Quant à la substance, ces avis suivaient les modèles d'argumentation communément appliqués dans les cours où l'on se référait au *ius commune*. Ils empruntaient les règles de procédure et de droit substantiel du *ius commune* afin d'aborder des questions spécifiques de droit, qu'il fallait ensuite adapter en fonction des intérêts à caractère commercial.

Les *parères* ont aussi été confirmés dans la doctrine juridique et commerciale et étaient ainsi pris en compte par un réseau étendu d'acteurs sociaux et professionnels. Des recueils de ces *parères* furent publiés et repris dans des manuels imprimés consacrés à la pratique commerciale ou dans des recueils législatifs⁴⁸. Enfin, certaines facultés de droit dans le Saint-Empire exerçaient des fonctions judiciaires⁴⁹ reconnaissaient l'expertise de ces avis et en reprirent les raisonnements et conclusions dans leurs propres résolutions. Ainsi, par exemple, à propos d'un avis de la corporation des marchands de Leipzig, la faculté de droit de Halle nota que « cette faculté de droit avait repris cette opinion dans un litige commercial expédié quelques mois plus tôt pour jugement » („*auch die hiesige Juristen=Facultät vor etlichen Monaten in einem zur Entscheidung übersandten Streithandel dieser Meinung beygepflichtet*“)⁵⁰. Par le biais de ces différents procédés, qui favorisèrent la réception des *parères* (des actes pourtant à l'origine sans autorité normative), un droit était établi. Cependant, il ne s'agissait pas d'un droit créé par voie d'autorité par un législateur autocrate⁵¹. En fait, le législateur lui-même, souvent assisté par des représentants des marchands, mit à profit l'expertise et l'accueil réservé aux *parères* en incorporant leurs conclusions dans les lois⁵². Dans d'autres régions aussi, comme par exemple à Anvers,

Entwurf eines allgemeinen Handelsgesetzbuches für Deutschland (1848/1849), Heidelberg, 1982, réimpression dans : Baums, T., *Beiträge zur Geschichte des Wirtschaftsrechts* (T. Florstedt et alii, dir.), Tübingen 2012, pp. 33–83, en particulier p. 37.

⁴⁷ Wijffels, *Einflüsse* (n. 37), p. 380. À ce propos, voir également Glenn (n. 3), p. 22 s., comprenant des références supplémentaires.

⁴⁸ Voir par exemple Johann Gottlieb Siegel, *Corpus juris cambialis*, II vols., *Einleitung zum Wechselrecht überhaupt*, Leipzig, 1742.

⁴⁹ À propos de la pratique de l'envoi du dossier judiciaire par une juridiction à une faculté, voir par exemple Oestmann, P., « Art. Aktenversendung », *HRG*, 2008, col. 128–132, Amend-Traut, A., « Die Inanspruchnahme von Juristenfakultäten in der Frankfurter Rechtsprechung. Zur Rolle der Spruchkollegien auf territorialer Ebene und ihre Bedeutung für das Reich ». *Die Reichsstadt Frankfurt als Rechts- und Gerichtslandschaft im Römisch-Deutschen Reich der Frühen Neuzeit* (Bibliothek altes Reich baR, 3), A. Amend, A. Baumann, S. Wendehorst et S. Wunderlich, dir.), Munich, 2008, pp. 77–96, Hake, K. A., *Juristenfakultäten, Aktenversendung und Reichskammergericht* (Bochumer Forschungen zur Rechtsgeschichte, 7), Aix-la-Chapelle 2013, lequel exprime toutefois une interprétation erronée des conclusions d'Amend-Traut, *Wechselverbindlichkeiten* (n. 36), en ce qui concerne la question si la Chambre impériale eût pu elle-même procéder à de tels envois d'un dossier judiciaire, p. 152, p. 157.

⁵⁰ Carl Gottlieb Knorre, *Rechtliche Abhandlungen und Gutachten*, Halle, 1757, II. Rechtsfrage, pp. 28–44, en particulier § 14, pp. 42 ss., note 24.

⁵¹ À ce propos, voir spécialement Amend-Traut, *Akten und Beilagen* (n. 30).

⁵² Plus de détails chez Lammel, S., « Die Gesetzgebung des Handelsrechts », *Handbuch der Quellen und Literatur der neuen europäischen Privatrechtsgeschichte*, T. 2, *Neuere Zeit (1500–1800). Das Zeitalter des gemeinen Rechts* (Helmut Coing, dir.), second volume (sans complément) *Gesetzgebung und Rechtsprechung*, Munich 1976, pp. 571–1083, en particulier pp. 583–587.

lorsqu'on regarde de plus près les rédactions des *Costuymen*, on s'aperçoit que l'expérience pratique des marchands était introduite dans des sources normatives du droit⁵³.

Pour illustrer cette thèse, on peut évoquer les documents préparatoires de l'unification du droit commercial et de la codification allemande au dix-neuvième siècle. Il s'agit de documents ayant servi de base à l'ordonnance générale (c.à.d. uniforme) du droit allemand des lettres de change (*Allgemeine Deutsche Wechselordnung*, ADWO) de 1848,⁵⁴ ou du code général de commerce allemand (*Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch*, ADHGB) de 1861⁵⁵. Le mémoire exposant les grands principes du projet d'un droit commercial allemand uniforme („*Denkschrift über die Hauptprinzipien bei Ausarbeitung eines Allgemeinen Deutschen Handelsrechts*“) affirmait que le but était « d'établir sous forme de règles législatives... ce qui était déjà en vigueur en tant que droit à l'esprit des personnes professionnellement impliqués dans le négoce („*dasjenige in gesetzliche Normen zu bringen ..., was in dem Bewußtsein der zum Handelsstande gehörenden Personen bereits als Recht gilt*“). Le fondement d'une législation en matière commerciale devait dès lors être « le droit des territoires individuels » („*das Recht der Einzelstaaten*“), mais également « le droit selon les usages commerciaux » („*nach dem Handelsbrauche Rechtens sei*“), les recueils de jurisprudence des tribunaux et « d'autres sources doctrinales » („*Sammlungen der Urtheile der Gerichtshöfe*“, „*sonstige literarische Hülfsmittel*“)⁵⁶.

Ces techniques visant à administrer la justice dans des litiges commerciaux et à canaliser le processus législatif ne sont pas une particularité unique du Saint-Empire. On peut observer des développements analogues en France. Il est ainsi possible de constater des similitudes importantes dans le domaine du droit commercial qui se vérifient jusqu'à l'avènement des codifications nationales.

Ainsi, les marchands ne s'adressaient pas prioritairement à l'administration de la justice des tribunaux ordinaires. Les communautés marchandes des grands centres commerciaux (que ce fut à Nuremberg, Hambourg, Leipzig, mais aussi à Lyon, Londres, Anvers ou Bolzano) produisaient des avis d'experts. Ces avis constituaient des prononcés faisant autorité, « ayant le même effet dans les affaires de négoce que les 'réponses de droit et de jurisconsultes' dans d'autres controverses » („*dasselbst bey den Kaufmans Händeln eben dasjenige effectuiren*,

⁵³ De ruysscher, D., « Normative Hybridity in Antwerp Marine Insurance (c. 1650–c. 1700) », *The Laws' Many Bodies. Studies in Legal Hybridity and Jurisdictional Complexity, c1600–1900* (S.P. Donlan et D. Heirbaut, dir.), (Comparative Studies in Continental and Anglo-American Legal History, 32), Berlin, 2015, pp. 145–168, en particulier pp. 146 ss.

⁵⁴ RGBl. 1848, 6^{ème} doc., consultable en ligne (dernière consultation : 20 décembre 2017): <http://opacplus.bsb-muenchen.de/title/4196555/ft/bsb10518698?page=27>; Von Pannwitz, K., « Die Entstehung der Allgemeinen Deutschen Wechselordnung. Ein Beitrag zur Geschichte der Vereinheitlichung des deutschen Zivilrechts im 19. Jahrhundert », *Rechtshistorische Reihe*, 193, Francfort sur le Main et al. 1999, pp. 120-136. Cette documentation montre que la consultation se fondait sur les droits particuliers existants et un ensemble d'au total sept projets émanant de différents États. Hormis les représentants politiques, les consultations attirèrent avant tout la présence d'« experts commerciaux », c.à.d. des marchands, banquiers, un boutiquier ainsi qu'un *Aeltermann*, et en outre le président du tribunal de commerce à Hambourg, *Protocolle der zur Berathung einer allgemeinen deutschen Wechselordnung in der Zeit vom 20. October bis zum 9. Dezember 1847, Leipzig abgehaltenen Conferenz nebst dem Gesetzentwurf*, Mannheim, 1848, *Denkschrift des 31. August 1847*, VIII, p. 2 s. Concernant la validité de la loi sur les lettres de change, sous le régime du droit impérial, voir Huber, U., « Das Reichsgesetz über die Einführung einer allgemeinen Wechselordnung für Deutschland vom 26. November 1848 », *JZ*, 1978, pp. 785–791.

⁵⁵ BGBl. d. Norddt. Bundes, 1869, no. 32, 601. Sur l'histoire des origines, voir Baums (n. 46).

⁵⁶ *Entwurf eines allgemeinen Handelsgesetzbuches für Deutschland*, Frankfurt a. M., 1849, V, VIII, IX.

was sonst in rechtlichen Streitigkeiten die Responsa Juris & Prudententum“)⁵⁷. Les litiges de la pratique quotidienne des marchands dont traitent ces avis sont souvent similaires et du même ordre, indépendamment de l’origine italienne, française, allemande ou autre des marchands impliqués. Des innovations anglaises (ou plutôt, des adaptations et transformations effectuées en Angleterre) comme le chèque, le prêt garanti par une sûreté sur le navire, ou des modifications au droit maritime ou au droit des sociétés, franchirent facilement les mers⁵⁸. Le point de départ de ces développements était souvent le même : ni le droit écrit, le droit commun ou le droit particulier n’offraient de solution satisfaisante aux controverses qui se présentaient. Les marchands estimaient dès lors qu’il fallait autant que possible avoir davantage recours à des parères ou instructions commerciales impartiales („*unpartheiliche Parêre oder Kaufsbelehrung*“) pour traiter de ces controverses („*die Sachen ... uffs möglichste ... befördern.*“)⁵⁹. C’est précisément ce type de synchronisme qui avait déjà au seizième siècle inspiré la réflexion du négociant et mercantiliste Gérard de Malynes sur l’existence d’une *lex mercatoria* dans son livre reprenant la même expression dans le titre⁶⁰.

Cette conception a fait l’objet de débats jusqu’à nos jours et représente une bonne illustration d’un ensemble de règle atteignant « le statut d’un droit commun relationnel dans son domaine particulier »⁶¹. Par ces voies parallèles, les avis d’experts marchands circulèrent dans les communautés de négociants au-delà des frontières et formèrent ainsi un ensemble de conventions de la pratique commerciale, mais également un ensemble de conventions constituant un véritable droit commercial. La réception des opinions d’experts dans les ouvrages de doctrine, comme chez Johannes Marquard,⁶² Johann Gottlob Siegel⁶³ ou Jacques Savary,⁶⁴ lesquels s’inspirèrent tous des ouvrages de références de Sigismund Scaccia et Benvenuto Stracca,⁶⁵ ont encore renforcé le développement caractéristique de cette culture

⁵⁷ Johannes Marquard, *Dissertatio politico-historico-iuridica de jure mercatorum singulari ... sub praesidio ... Petri Theodorici*, Jenae, 1636, Tractatus de iure mercatorum et commerciorum singulari, vol. 1, réimpression de l’édition Francfort sur le Main, 1662 (*Ius commune. Rechtstradition der Europäischen Länder*, 19) Francfort sur le Main 2008, p. 407, note marginale 31.

⁵⁸ Glenn (n. 3), p. 104, comprenant des références supplémentaires.

⁵⁹ *Ibidem*. À Francfort sur le Main en particulier, les avis d’experts étaient considérés comme un substitut indispensable en raison de l’absence d’une juridiction commerciale. Marquard, (n. 57), lequel reproduit littéralement Martin Vogt, *Tractatus analyticus de cambiis tam regularibus quam irregularibus*, Francofurti 1670, th. IX., pp. 219–229, en particulier p. 224.

⁶⁰ *Consuetudo, vel, Lex Mercatoria: or, The Law Merchant: Divided into three parts, according to the Essential Parts of Traffick Necessary for All Statesmen, Judges, Magistrates, Temporal and Civil Lawyers, Mint-Men, Merchants, Mariners and Others Negotiating in all Places of the World*, réimpression de l’édition Londres, 1622 (K.-O. Scherner, dir.) (Klassiker des Europäischen Handelsrechts, 6), Goldbach 1997.

⁶¹ Glenn (n. 3), pp. 114–116, passage cité p. 116. Voir également Cordes, A., « Auf der Suche nach der Rechtswirklichkeit der mittelalterlichen Lex mercatoria », *ZRG.GA*, 118 (2001), pp. 168–184 ; *idem*, « Lex mercatoria », *HRG*, 2014, col. 890–902, comprenant des références supplémentaires.

⁶² Marquard (n. 57).

⁶³ Siegel (n. 48), 2^{ème} partie, contient des avis d’experts sur des questions concernant des lettres de change.

⁶⁴ *Le parfait Négociant*, 4^{ème} éd., Tome II, Lyon 1697, nouvelle édition avec un commentaire critique par Édouard Richard, Genève 2011. Pour une vue d’ensemble sur cet ouvrage, voir Scherner, K.-O., « Die Wissenschaft des Handelsrechts », *Handbuch der Quellen und Literatur der neuen europäischen Privatrechtsgeschichte*, T. 2, *Neuere Zeit (1500–1800). Das Zeitalter des gemeinen Rechts*, T. 2/1, *Wissenschaft* (H. Coing, dir.), Munich, 1977, pp. 796–997, en particulier pp. 907 ss.

⁶⁵ Sigismund Scaccia, *Tractatus de commerciis et cambio*, réimpression de l’édition Rome 1619, (K.-O. Scherner, dir.) (Klassiker des Europäischen Handelsrechts, 1), Stockstadt a.M. 2009 ; Benvenuto Stracca, *Tractatus de Mercatura seu Mercatore*, réimpression de l’édition Lyon 1558, (K.-O. Scherner, dir.) (Klassiker des Europäischen Handelsrechts, 2), Goldbach, 1997.

juridique. Plus tard, ces avis ont encore gagné en importance à travers leur réception par de nombreux autres auteurs⁶⁶ et dans la pratique des juridictions ordinaires⁶⁷.

À l'instar des travaux préparatoires de la loi allemande sur les lettres de change (ADWO) et du code commercial allemand (ADHGB), l'histoire des antécédents de l'ordonnance sur le commerce de 1673, en France, souligne l'importance de la prise en compte des usages commerciaux existants tels qu'ils avaient été adoptés à travers des actes de la pratique commerciale des marchands eux-mêmes⁶⁸. Il s'agit d'un autre exemple où l'on voit comment les négociants ont directement contribué au régime juridique qui leur était propre⁶⁹.

Il serait donc injustifié de s'en tenir à une conception qui présume l'existence d'une culture juridique commune tout simplement parce que dans la plupart des pays, une forme de réception du droit romain avait été réalisée. Une telle conception ne correspond tout au plus qu'à un cliché, un instantané qui ignorerait les parcours spécifiques dans chaque ordre juridique particulier. Une telle conception méconnaît également le fait que depuis les Temps Modernes, le droit romain n'a pu s'imposer entièrement dans la pratique, ni en France, ni dans le Saint-Empire⁷⁰.

Les parallèles évoqués ci-dessus se vérifient le mieux dans le domaine des rapports commerciaux. Des études supplémentaires pourraient sans doute mettre en évidence d'autres développements analogues en Europe, au-delà de la comparaison franco-allemande. Ainsi, le corpus de législation élaboré à partir du Moyen Âge en matière commerciale permet d'établir :

- que les litiges étaient résolus à partir d'interventions diverses d'experts provenant des communautés marchandes ;
- les avis de ces experts furent repris dans la doctrine spécialisée ;
- ils servirent également à fonder des décisions judiciaires ;
- celles-ci devinrent à leur tour des précédents et autorités dans la jurisprudence et dans la doctrine ;

⁶⁶ Voir par exemple en matière de sûretés Jacob Friederich Ludovici, *Einleitung zum Wechsel-Prozeß*, 9^{ème} éd., Halle, 1743, IV. Cap., § XCIII., p. 237, se référant à Savary (n. 64), Livre III., Chap. VI., p. 174 s., p. 184 s. (dans la réimpression : Tome I, p. 413 s., p. 424 s.). Pour plus de détails sur l'importance des *parères*, voir Amend-Traut, *Akten und Beilagen* (n. 30), pp. 187–191.

⁶⁷ Ainsi, par exemple, la faculté de droit de Gießen dans ses *rationes decidendi* à l'occasion du procès Franck contre Eberhard, se réfère à Marquard (Archives centrales de l'État, Stuttgart, C 3 fascicule 3937 I, sans rectangle).

⁶⁸ Lyon-Caen, Ch., et Renault, L., *Traité de droit commercial*, 4^{ème} éd, T. 1, Paris, 1906, ont mis en exergue la très grande importance des *parères* dans les travaux législatifs, p. 24, et au T. 2, Paris, 1908, p. 12, l'importance des usages dans l'élaboration du Code de commerce est relevée spécifiquement en ce qui concerne les sociétés commerciales. Voir également à ce propos Scherner, K.-O., *Wissenschaft* (n. 64), p. 907 s. Sur l'histoire de la première codification de l'ensemble du droit commercial, voir par exemple Lyon-Caen et Renault, T. 1, N° 29, pp. 23–25, une œuvre législative également connue sous le nom de "Code Savary", en raison de l'influence décisive de Jacques Savary sur son élaboration, Lyon-Caen/Renault, T. 1, Paris, 1906, p. 24, ou plus récemment par exemple Lammel (n. 52), p. 801.

⁶⁹ Selon Philippe Bornier, *Conférences des Ordonnances de Louis XIV*, I, Paris 1744, « Préface », les mémoires des juges et consuls et des maîtres et gardes des six corps de Paris rédigés à propos des doléances en matière commerciale ont servi de base à l'ordonnance. Les juges en matières commerciales (prud'hommes) n'étaient pas des juristes professionnels, mais ils étaient élus au sein de la communauté marchande, cf. *Edit qui crée la juridiction des juges et consuls de Paris*, 1563, art. I, 2., voir les références à ces deux textes chez Lammel (n. 52), p. 586, lequel traite aussi de l'implication des praticiens, p. 801.

⁷⁰ Au niveau des territoires, cependant, le droit romain était reconnu par les cours supérieures, du moins au seizième siècle, sans que les princes territoriaux n'eussent établi l'autorité formelle du droit romain.

- ces principes aboutirent finalement dans la législation (comme dans les exemples de la loi allemande sur les lettres de change, ou les codifications commerciales en Allemagne et en France au dix-neuvième siècle).

On peut toutefois supposer que la recherche d'une culture juridique commune peut s'avérer plus facile dans le domaine du droit commercial que dans d'autres domaines, du fait que cette matière franchit plus facilement les frontières politiques et culturelles que d'autres branches du droit. À ce propos, on citera l'opinion d'un commercialiste néerlandais du dix-neuvième siècle sur l'importance de la législation comparée en droit commercial. Selon ce juriste, le caractère cosmopolite du droit commercial imposait « à toutes les nations de participer au mouvement qui se développait dans ce domaine („alle Völker an der Bewegung teilzunehmen, die sich auf diesem Gebiet vollzieht.“)⁷¹. Une telle remarque, en dépit d'une opinion encore largement répandue, ne serait transposable au droit romain que dans une très faible mesure.

Face aux crises du droit à notre époque, l'histoire pourrait-elle se répéter ? Les circonstances sont sans doute différentes : les développements historiques esquissés s'inscrivaient dans un processus de formation d'une culture juridique, alors que les développements actuels affectent la culture juridique de l'extérieur. Mais comme jadis, à propos du *ius commune*, on a pu avoir l'illusion qu'une unification juridique avait été réalisée. Jusqu'à encore quelques années à peine, on pouvait en effet s'imaginer que la nef battant les pavillons des pays européens suivait un cap commun qui était de plus en plus généralement accepté. Pourtant, 60 ans après la signature des traités fondateurs de l'Union européenne, ces efforts communs visant à établir un droit commun ne sont pas à l'abri d'un naufrage.

Références bibliographiques

Amend-Traut, A.:

- “Die Akten und Beilagen von Reichskammergericht und Reichshofrat als Quellen des Handelsrechts, ZNR 37 (2015), pp. 177–205.
- *Wechselverbindlichkeiten vor dem Reichskammergericht. Praktiziertes Zivilrecht in der Frühen Neuzeit* (Quellen und Forschungen zur höchsten Gerichtsbarkeit im Alten Reich, 54), Köln/Wien, 2009.

Breustedt, S., “Kaufmännische Pareres – Gutachten als Konsens und Beweismittel im 17. und 18. Jahrhundert”, *Mit Freundschaft oder mit Recht? Inner- und außergerichtliche Alternativen zur kontroversen Streitentscheidung im 15.–19. Jahrhundert* (A. Cordes, ed.) (Quellen und Forschungen zur höchsten Gerichtsbarkeit im Alten Reich, 65), Köln/Weimar/Wien 2015, pp. 261–268.

Diestelkamp, B., “Die Bedeutung des Reichskammergerichts für die Rechtsentwicklung im Heiligen Römischen Reich Deutscher Nation. Eine (Zwischen-)Bilanz”, *Kultur- und rechtshistorische Wurzeln Europas* (Jörg Wolff, ed.) (Studien zur Kultur- und Rechtsgeschichte, 1), Mönchengladbach, 2006, pp. 459–474.

Donlan, S.P. and Heirbaut D. (eds.), *The Laws' Many Bodies. Studies in Legal Hybridity and Jurisdictional Complexity, 1600–1900* (Comparative Studies in Continental and Anglo-American Legal History, 32), Berlin, 2015.

Isenmann, E., “„Plenitudo potestatis“ und Delegation. Die höhere und höchste Gewalt in Rechtsgutachten vornehmlich für deutsche Städte in Spätmittelalter und früher Neuzeit”, *Die Anfänge des öffentlichen Rechts, 3. Auf dem Weg zur Etablierung des öffentlichen Rechts zwischen Mittelalter und Moderne* (G. Dilcher and Diego Quaglioni, eds.), (Jahrbuch des italienisch-deutschen historischen Instituts in Trient. Beiträge, 25), Bologna/Berlin, 2009, pp. 197–241.

⁷¹ D. J. Mom Visch, cité d'après Jansen, C.J.H., « Das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch, (1861) und das niederländische Handelsrecht in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts », ZNR 38 (2016), pp. 193–207, en particulier à la page 196.

Jansen, N., “Legal Pluralism in Europe: National Laws, European Legislation, and Non-legislative Codifications”, *Pluralism and European Private Law* (L. Niglia, ed.), Oxford/Portland, 2013.

Lammel, S., “Die Gesetzgebung des Handelsrechts”, *Handbuch der Quellen und Literatur der neuen europäischen Privatrechtsgeschichte*, 2. Band, *Neuere Zeit (1500–1800). Das Zeitalter des gemeinen Rechts*, 2. Teilband, *Gesetzgebung und Rechtsprechung* (H. Coing, ed.), München, 1976, pp. 571–1083.

Oestmann, P., *Rechtsvielfalt vor Gericht. Rechtsanwendung und Partikularrecht im Alten Reich* (Rechtsprechung. Materialien und Studien. Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts für Europäische Rechtsgeschichte Frankfurt am Main, 18), Frankfurt, 2002.

Scherner, K.-O., “Die Wissenschaft des Handelsrechts”, *Handbuch der Quellen und Literatur der neuen europäischen Privatrechtsgeschichte*, 2. Band, *Neuere Zeit (1500–1800). Das Zeitalter des gemeinen Rechts*, 1. Teilband, *Wissenschaft* (H. Coing, ed.), München 1977, pp. 796–997.

Vogenauer, S., “Common law”, *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts* (J. Basedow, K.J. Hopt and R. Zimmermann, eds.), Tübingen, 2009, online: http://hwb-eup2009.mpipriv.de/index.php/Common_law

Wijffels, A. :

- *Qui millies allegatur. Les allégations du droit savant dans les dossiers du Grand Conseil de Malines (causes septentrionales, ca 1460–1580)* (Verzamelen en Bewerken van de Jurisprudentie van de Grote Raad, Nieuwe Reeks, 10), Amsterdam/Leiden, 1985.
- “Einflüsse der Doktrin auf die gerichtliche Argumentationspraxis der frühen Neuzeit”, *Akten des 26. Deutschen Rechtshistorikertages, Frankfurt am Main, 22.–26. September 1986* (D. Simon, ed.), (Ius Commune Sonderhefte, Studien zur Europäischen Rechtsgeschichte, 30), Frankfurt am Main, 1987, pp. 371–386.