

Zeitschrift:	Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV
Herausgeber:	Schweizerischer Juristenverein
Band:	61 (1942)
Artikel:	La réforme actuelle du droit civil allemand et ses tendances dominantes
Autor:	Riese, Otto
DOI:	https://doi.org/10.5169/seals-896276

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

Download PDF: 12.01.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>

La réforme actuelle du droit civil allemand et ses tendances dominantes.

Par Otto Riese,
professeur à la Faculté de Droit de Lausanne.

I. L'arrivée au pouvoir du national-socialisme en Allemagne a été bien autre chose que le simple remplacement d'un gouvernement par un autre: ce fut une véritable révolution, dont les conséquences allaient se faire sentir dans tous les domaines. Aussi, rien de surprenant que le droit civil allemand en ait également subi l'atteinte. En effet, depuis quelques années, une réforme totale du droit civil allemand est sur le chantier. Elle se poursuit activement malgré la guerre, quoique à un rythme un peu ralenti, mais elle est encore loin d'être achevée. Or, pour se faire une idée de cette grande œuvre législative, il ne suffit pas d'étudier les quelques lois récentes, déjà promulguées sous le nouveau régime, et qui ne sont que les premières étapes sur la route qu'on s'est proposé de suivre. Il faudra plutôt encore examiner les propositions faites de *lege ferenda*, dégager les tendances dominantes de la réforme et reconnaître l'esprit nouveau dont elle s'inspire. Evidemment, les résultats de ces analyses ne seront présentés ici que sous toutes réserves. Pourtant, il sont moins incertains qu'on ne pourrait le supposer, vu qu'on peut déjà s'appuyer sur des projets de lois formulés, des mémoandums (*Denkschriften*) et des rapports (*Arbeitsberichte*), présentés par l'Akademie für Deutsches Recht et par ses commissions, sur des propositions de réforme émanant de différents collaborateurs, sur des articles parus dans les revues juridiques et, enfin, sur les déclara-

tions des personnages dirigeants du III^e Reich, qui nous laissent pressentir les principes fondamentaux du droit futur¹⁾.

¹⁾ Un résumé sur l'état actuel des travaux de l'Akademie für Deutsches Recht se trouve chez Emge, *Aus der Arbeit der AkfDR. im Jahre 1941*, ZADR. 1941 p. 357, et chez Hedemann, *Das Volksgesetzbuch der Deutschen*, München-Berlin 1941.

Une bibliographie des publications principales sur la réforme est donnée par M. Boehmer, *Das Schrifttum zur Erneuerung des bürgerlichen Rechts*, Dt. Rechtswiss. 1939 p. 77 sq. — Ajoutons encore notamment les publications suivantes:

Denkschriften der Akademie-Ausschüsse: Lange, *Die Regelung der Erbenhaftung* (1939); Erwerb, Sicherung und Abwicklung der Erbschaft (1940); Nipperdey, *Grundfragen der Reform des Schadenersatzrechts* (1940).

Publications diverses: Blomeyer, *Eigentümerpfandrecht und Grundpfandbestellungsrecht des Eigentümers*, Dt. Rechtswiss. 1941, 110 et 218; Boehmer, *Die Idee des Deutschen Volksgesetzbuchs*, Jahrb. der AkfDR. 1939/40, 32; id., *Zur Neuordnung der privatrechtlichen Formen des Familienunterhalts*, ZAkfDR. 1941, 46; Brandt, *Die allgemeinen Geschäftsbedingungen und das sogenannte dispositive Recht*, Dt. Rechtswiss. 1940, 76; id., *Eigentumserwerb und Austauschgeschäft*, Leipzig 1940; id., *Was folgt aus dem Ende der dinglichen Einigung?* Dt. Rechtswiss. 1941, 67; Dulkeit, *Das bürgerliche Recht der Ostmark und die deutsche Rechtserneuerung*, Dt. Rechtswiss. 1939, 352; Eisser, *Die Entmündigungsgründe nach deutschem Recht*, Arch.ziv.Prax. 26 (1941), p. 219; Frank, *Neues Deutsches Recht*, München 1934; id., *Heroisches und geordnetes Recht*, Berlin 1938; Freisler-Hedemann, *Deutsches Gemeinrecht im Werden*, Berlin 1940; Freisler, *Von der Arbeit am Volksgesetzbuch*, ZADR. 1941, 10; Gürtner, *Vortrag vor der AkfDR.*, Dt. Justiz 1934, 369; Güssfeld, *Zur Gestaltung eines neuen Grundpfandbestellungsrechts*, ZADR. 1941, 370; Heck, *Das abstrakte dingliche Rechtsgeschäft*, Tübingen 1937; id., *Der allgemeine Teil des Privatrechts*, Arch.ziv.Prax. 26 (1941), p. 1; Heldrich, *Die Form des Vertrages*, Arch.ziv.Prax. 27 (1941), p. 89; Kreller, *Mehrheit von Gläubigern und Schuldern*, Arch.ziv.Prax. 26 (1941), p. 97; Lange, *Einzelgesetze oder Gesetzesseinheit auf dem Gebiete des volksgenössischen Rechtslebens?* Dt. Rechtswiss. 1939, 222; id., *Rechtsgrundabhängigkeit der Verfügung im Boden- und Fahrnisrecht*, Arch.ziv.Prax. 26 (1941), p. 28; Larenz, *Neubau des Privatrechts*, Arch.ziv.Prax. 25 (1939), p. 91; Krause,

1. Ce droit futur sera appelé à remplacer le code civil allemand. Pour se représenter ce que cela signifie, il suffit de se rappeler que le BGB a précisément réalisé pour la première fois, dans l'histoire du droit allemand, l'ardent désir des siècles passés de constituer une législation écrite unique, applicable à tout le pays.

En effet, ni les coutumiers (*Rechtsbücher*) des XIII^e et XIV^e siècles, tel le *Sachsenspiegel* d'Eike von Repkow, ni la réception du droit romain au XVI^e siècle qui s'explique justement, en particulier, par ce désir de vivre sous un même droit, n'ont apporté effectivement cette unité de la législation civile. Les coutumiers n'étaient que des collections privées des coutumes et règles de droit en vigueur, ils n'eurent jamais force de loi. Quant au droit commun (*Gemeines Recht*), c'est-à-dire le droit romain accommodé par l'*usus modernus pandectarum*, il ne s'appliquait que subsidiairement, à défaut de dispositions prescrites par le droit des pays allemands ou des Villes libres; il ne pouvait donc pas créer une véritable uniformité du droit. — Plus tard, la décadence et finalement la dissolution du Saint-Empire romain de nation germanique et la formation d'Etats allemands souverains entraînèrent une diversité de législations qui correspondait au morcellement politique de l'Allemagne. Ainsi, on trouve au XIX^e siècle, en Prusse, l'*Allgemeines Landrecht*

Wirtschaftsrecht und Volksgesetzbuch, Dt. Rechtswiss. 1941, 204; id., Das Einigungsprinzip und die Neugestaltung des Sachenrechts, Arch.ziv.Prax. 25 (1939), p. 312; Manigk, Neubau des Privatrechts, Leipzig 1938; Nicolai, Rasse und Recht, Berlin 1933; Pietsch, Volksnähe des Rechts, Dt. Rechtswiss. 1941, 137; Schlegelberger, Abschied vom BGB, Berlin 1937; id., Die Entwicklung des deutschen Rechts im dritten Reich, Berlin 1938; C. Schmidt, Staat, Bewegung, Volk, 1933; Schmidt-Rimpler, Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrechts, Arch.ziv.Prax. 27 (1941), p. 130; Stoll, Das bürgerliche Recht in der Zeitenwende, 1933.

Voir, en outre, en ce qui concerne la bibliographie sur les lois récentes, les notes suivantes.

für die preussischen Staaten, élaboré sur l'initiative de Frédéric le Grand; en Autriche, l'Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesamten deutschen Erbländer der österreichischen Monarchie; en Rhénanie, le Code Napoléon; dans le pays Bade, le Badisches Landrecht; en Saxe, le Sächsisches Bürgerliches Gesetzbuch, etc. — Malgré les revendications formulées déjà par Leibniz, vers 1700, et par Thibaut, professeur à Heidelberg, en 1814, — pour ne citer que ces deux porte-parole —, et malgré les efforts des „patriotes“ réunis dans l'assemblée nationale de 1848/49 à Francfort, ce ne fut qu'après la fondation du Reich allemand, du deuxième Reich, comme on l'appelle aujourd'hui, que l'unité du droit civil devait se réaliser. En 1873 on reconnut au Reich la compétence en matière de législation civile.

Les travaux préparatoires pour le nouveau code furent entrepris avec une Gründlichkeit bien allemande: tandis que le Code Napoléon a été élaboré en quatre ans, il en fallut vingt-deux pour accomplir la grande œuvre de l'unification du droit civil allemand. A cette œuvre ont collaboré les meilleurs juristes du pays, entre autres Windscheid et Planck, pour ne citer que les plus connus, auxquels on peut joindre Gierke, dont la critique du premier projet a eu une influence considérable. Ces travaux préparatoires ont été enrichis par la collaboration et la critique de l'ensemble des juristes du pays. En 1896, le nouveau Code fut enfin publié, sous le titre peu heureux de Bürgerliches Gesetzbuch; il entra en vigueur le 1^{er} janvier 1900.

2. Ce serait du reste une erreur de croire que l'importance du BGB réside dans le seul fait qu'il a réalisé, pour la première fois dans l'histoire, l'unité du droit civil allemand. Ce code est, en effet, une œuvre législative remarquable, à laquelle on ne saurait refuser son admiration, malgré les quelques défauts qu'on peut y relever. Il a servi de modèle à un nombre considérable de législations étrangères. Comme exemple récent, on pourrait

citer le nouveau Code civil grec qui suit de près le BGB allemand.

Une autre preuve concluante de la valeur du BGB peut être tirée du fait que ce code n'a presque pas subi de modifications sous l'Empire ni sous la République de Weimar. Et certes, durant ces trente-trois années, il n'y a pas eu stagnation. Il suffira de se rappeler combien tout avait changé depuis les jours riches et paisibles du commencement de notre siècle, où le BGB fut promulgué: les progrès vertigineux de la technique et l'industrialisation du pays qui s'ensuivit, puis tous les changements dans la structure économique et sociale, enfin la grande guerre, la révolution de 1918 et l'altération du système politique, les tristes misères des temps d'après-guerre avec l'inflation et l'appauvrissement général qui en résulta. Tous ces événements ont eu de très profondes répercussions. De là des problèmes toujours nouveaux, qui se posèrent aussi dans le domaine du droit civil. Cependant, les juristes parvinrent, tant bien que mal, à les résoudre d'après le BGB, sans que celui-ci dût être modifié. La législation, qui produisit dans ces années une surabondance de lois de tout genre, ne touchait pas au code civil, cette grande charte des droits privés.

Il est vrai que quelques matières ressortissant au BGB furent réglées par des lois spéciales, ainsi une partie du droit des baux d'appartements et largement, de même, le droit du travail. Mais, en général, jusqu'à l'effondrement de la république de Weimar, le BGB n'a pas subi de modifications importantes.

3. Pourtant, le droit civil allemand n'en a pas moins évolué constamment au cours de ces trente-trois années: c'est la doctrine et la jurisprudence qui ont assuré cette évolution. Par une savante interprétation, quelquefois aussi par voie d'analogie, elles ont perfectionné le droit et comblé les lacunes du code. A titre d'exemple de cette évolution du droit, il suffira de citer la théorie de la positive Vertragsverletzung, établie par Staub et Zitelmann;

la Geschäftsgrundlagentheorie du prof. Oermann, qui se rattache au principe de la clausula rebus sic stantibus et que le Reichsgericht a également suivie, avec beaucoup de prudence, il est vrai; puis, le système, aujourd'hui généralement admis par la jurisprudence allemande, du transfert fiduciaire de la propriété, qui permet la constitution d'une sûreté réelle, pareille au droit de gage mobilier, mais sans perte de la possession pour le débiteur; de même encore le procédé analogue d'une cession fiduciaire des créances; enfin la doctrine de la culpa in contrahendo, celle de la Verwirkung von Ansprüchen, etc.

Ces quelques remarques suffiront pour démontrer que la doctrine et la jurisprudence ont su trouver, tant bien que mal, des solutions à tous les problèmes qui se sont présentés, en creusant les dispositions du BGB, en les interprétant et en les amendant, sans qu'une modification de la loi ait été nécessaire. Ceci ne veut pas dire que, jusqu'en 1933, le BGB tout entier ait été reconnu parfait. Loin de là, et les propositions de réformes n'ont pas manqué. Cependant, il ne s'agissait, au fond, que de critiques de détail. L'œuvre entière du BGB ne fut pas mise en question.

II. Les choses ont complètement changé depuis l'arrivée au pouvoir du national-socialisme. Il est vrai qu'on s'intéressa tout d'abord plutôt au droit pénal, dont on réclamait la réforme totale. Mais, bientôt, on s'en prit également au BGB. Voici ce qu'on lui reproche surtout, sans cesser, toutefois, d'en être très fier:

1^o son langage sec et incolore, plein d'expressions techniques et incompréhensibles à l'homme de la rue, et sa rédaction abstraite poussée à l'extrême²⁾. — On croit, en effet, que ce sont ces imperfections d'ordre technique

²⁾ Voir par exemple les art. 137, 881 al. 4, 2013 du BGB; d'autres exemples chez Pietsch, Volksnähe des Rechts, Dt. Rechtswiss. 1941, p. 137.

qui ont empêché le BGB de devenir vraiment populaire, et on tend à le remplacer par un „volksnahes Recht“;

2^o le fait qu'il a été fortement influencé par le droit romain, dont on ressentirait aujourd'hui l'essence hétérogène. Toutefois il y a lieu de signaler que cette objection a bientôt dû faire place à un raisonnement plus posé;

3^o l'objection principale qui lui est faite se dresse cependant contre son esprit même, notamment contre l'individualisme et le libéralisme dont il porte l'empreinte.

Rappelons-nous que le BGB a été élaboré vers la fin du XIX^e siècle, à une époque riche et paisible, où l'on croyait encore au progrès de l'humanité, et où les conservateurs et les libéraux avaient une influence prépondérante: les conservateurs, qui s'opposaient à un changement dans l'ordre social, et les libéraux, qui voyaient la meilleure garantie d'une prospérité générale dans le respect strict de la liberté de l'individu et de son activité exercée sans entrave, sous la seule condition de ne pas léser les droits d'autrui.

Or, le national-socialisme répudie nettement les idéals de ces temps passés et en élève de tout autres sur le pavoir: pour lui, l'individu n'est rien, la communauté est tout („Der Einzelne ist nichts, das Volk ist alles“). D'où une nouvelle devise qui veut que l'intérêt de la communauté prime tout intérêt égoïste individuel („Gemeinnutz geht vor Eigennutz“). Par conséquent, d'après cette conception nouvelle, le droit ne doit plus considérer l'individu dans son isolement, il ne s'agit plus de le protéger contre les empiétements de l'Etat, mais de lui assurer la place qui lui revient dans la communauté. Les auteurs, de nos jours, déclarent le matérialisme détrôné; tout comme la lutte des classes, telle que le marxisme l'a proclamée, est remplacée par l'union de tous les citoyens, la Volksgemeinschaft. Une unité totale doit se réaliser, le devoir, l'honneur et la communauté nationale sont les idéals qu'il s'agit de garantir par un droit nouveau. Ce droit doit être „lebensnah“ et dynamique, à l'encontre du BGB et de ses

constructions trop abstraites, et trop subtiles, dues à ces anciens juristes auxquels on reproche, pour reprendre un mot de feu le ministre de la Justice du Reich, Gürtner, d'avoir tué l'essence et l'âme du droit sous le scalpel de leur intellect suraigu.

Nous avons colligé toutes ces thèses dans les publications récentes sur la réforme du BGB, pour donner une idée de l'aversion qui s'est dessinée contre le BGB et une notion des nouvelles tendances dominantes.

III. Or, dans quelques domaines, la réforme a déjà été réalisée au cours de ces dernières années. On s'est engagé dans cette législation partielle parce que, pour certaines matières, l'urgence a paru s'imposer, de même que la nécessité d'établir l'uniformité du droit dans les territoires récemment acquis et le Altreich. — Il ne sera peut-être pas inutile d'insérer ici la liste de ces lois, tout au moins des plus importantes, en énonçant très sommairement leur contenu pour autant qu'il ne ressort pas déjà de leur titre. Nous suivrons l'ordre chronologique de leur promulgation :

1^o La loi du 29 septembre 1933 sur les domaines ruraux héréditaires, le Reichserbhofgesetz (voir infra p. 278).

2^o La loi du 3 juillet 1934 sur la chasse, le Reichsjagdgesetz³⁾.

3^o La loi du 15 septembre 1935 sur la protection du sang allemand et de l'honneur allemand, le Nürnberger Blutschutzgesetz⁴⁾.

Cette loi interdit aux citoyens de sang allemand ou de sang similaire la conclusion d'un mariage avec des juifs; une ordonnance de 1935 en règle les détails ainsi que les mariages des personnes ayant une part de sang juif.

³⁾ Commentaire de Mitzschke-Schäfer, 2^e édition, Berlin 1939.

⁴⁾ Commentaire de Stuckart-Globke, Berlin 1936.

4^o La loi du 18 octobre 1935 sur la protection de la santé héréditaire du peuple allemand, le Ehegesundheitsgesetz⁵), qui interdit le mariage aux personnes atteintes de certaines maladies, et qui introduit le certificat médical officiel à présenter avant la célébration du mariage.

5^o La loi du 3 novembre 1937 sur les actes de l'état civil, le Personenstandsgesetz. — Une ordonnance du 4 novembre 1939 (Personenstandsverordnung der Wehrmacht, RGBl. 1939 I 2163) prévoit la célébration du mariage des soldats aux armées; le soldat peut faire sa déclaration nuptiale devant l'officier judiciaire de l'armée, tandis que sa fiancée fait la sienne devant l'officier de l'état civil. Il y a donc célébration du mariage sans la présence simultanée des deux fiancés.

6^o La loi du 5 novembre 1937 sur les restrictions successoriales pour conduite contraire aux intérêts de la communauté, qui prévoit l'exhérédation légale des personnes déclarées déchues de leur nationalité allemande pour cause de conduite antinationale, et la privation du droit à la légitime d'un descendant qui a épousé un juif.

7^o La loi du 12 avril 1938 modifiant et amendant certaines dispositions du droit de famille; elle oblige les parties et les témoins d'un procès sur l'ascendance d'un enfant à se soumettre à un examen biologique (erb- und rassekundliche Untersuchung) et elle règle la révocation d'adoptions.

8^o La loi du 6 juillet 1938 sur le mariage et le divorce, le Grossdeutsches Ehegesetz (voir infra p. 268).

9^o La loi du 31 juillet 1938 sur les testaments et les pactes successoraux (voir infra p. 274).

10^o La loi du 4 juillet 1939 sur la disparition et la déclaration d'absence, le Verschollenheitsgesetz (voir infra p. 270).

11^o L'ordonnance du 30 juillet 1940 sur l'affermage, la Reichspachtschutzordnung⁶).

⁵) Commentaire de Stuckart-Globke, Berlin 1936.

⁶) Commentaire de Hopp, Berlin 1940.

12^o La loi du 15 novembre 1940 sur les droits concernant les bateaux et les navires⁷⁾.

Elle institue le principe de la foi publique due au registre nautique, règle l'acquisition de la propriété sur les bateaux et navires, et crée l'hypothèque fluviale et maritime, copiée sur le modèle du droit immobilier, mais en adoptant le système suisse (art. 815 cc) en ce qui concerne les cases libres.

13^o L'ordonnance-loi du 16 novembre 1940 sur les hypothèques de valeur invariable, qui remplace par le Reichsmark toutes les indications en valeurs invariables⁸⁾.

14^o La loi du 15 juillet 1941 sur la participation du procureur de l'Etat aux litiges de droit civil (voir infra p. 277).

En grande partie, ces lois ont été complétées par des ordonnances d'exécution que nous ne pouvons pas citer ici faute de place.

IV. Ces quelques lois ne réalisent, cependant, qu'une réforme anticipée et partielle.

Le signal qui déclencha l'œuvre d'une réforme totale du droit civil a été donné par le Secrétaire d'Etat au ministère de la Justice, M. Schlegelberger, dans son discours, intitulé „Abschied vom BGB“, fait à l'Université de Heidelberg en 1935, là-même où Thibaut avait postulé, en 1814, la création d'un nouveau droit civil allemand commun. M. Schlegelberger a fait savoir, en même temps, que le Führer avait accordé son approbation à la proposition de remplacer le BGB par un droit civil nouveau.

1^o Voyons maintenant quelle est la méthode suivie dans l'accomplissement de ces travaux.

En ce qui concerne les compétences, il y a double attribution comme on le constate souvent au III^e Reich, où le parti et ses organisations, les „porte-flambeau de la

⁷⁾ Krieger, Deutsche Justiz 1941, p. 97 et 209.

⁸⁾ Voir Vogels, Deutsche Justiz, 1940, p. 1309.

nation“, s'occupent des mêmes problèmes que les autorités administratives spécialement saisies.

Pour la réforme du droit civil, c'est le ministre de la justice du Reich qui est compétent. Mais, d'autre part, l'Akademie für Deutsches Recht, présidée par le ministre Frank, s'en occupe aussi. Au sein de cette académie plusieurs commissions ont été créées, composées notamment de professeurs de droit, d'experts économiques et industriels, de juges et d'avocats, enfin de représentants tant des ministères que du parti. De même que le ministère de la justice, ces commissions se vouent à la préparation de la réforme. Cette double compétence a cet avantage que les travaux profitent aussi bien du dynamisme du parti que de l'expérience et de la compétence des vieux fonctionnaires ministériels.

Ce concours est d'autant plus utile qu'il n'y a plus aujourd'hui de longs débats parlementaires sur les projets de lois ni de discussion publique très poussée. Depuis 1933, la procédure législative a été, en effet, extrêmement simplifiée. Voici le nouveau système: le ministre compétent présente le projet, élaboré dans son ministère, et le cabinet du Reich décide de son sort. De plus en plus, on se borne même à faire circuler le projet par écrit auprès des autres ministères. Si ceux-ci ne font pas opposition dans un certain délai, le projet est censé approuvé. Le ministre compétent le soumet alors au Chancelier, et si celui-ci le signe, il est publié et entre en vigueur. — Il va de soi que ce système offre, d'une part, un grand avantage: on peut ainsi réaliser, sans entraves, des œuvres législatives d'une puissante envergure; mais, d'autre part, il impose un travail préparatoire impeccable. Conscient de cette responsabilité, on travaille avec énergie, mais on fait preuve, en même temps, d'une sage prudence. C'est pourquoi la grande œuvre est encore loin d'être achevée. On s'est bien rendu compte qu'elle doit mûrir peu à peu et qu'elle ne peut pas être improvisée d'un jour à l'autre. Certes, on n'a pas l'intention d'y passer vingt-deux ans

comme les auteurs du BGB l'ont fait à l'époque. Tout ce que l'on peut dire pour le moment, c'est que les travaux sont en cours et se poursuivent activement malgré la guerre.

Une divergence s'est présentée tout d'abord sur la question de savoir s'il y avait lieu de prévoir plusieurs codes distincts, ou si la réforme devait maintenir, au contraire, le système d'un code unique. Il semble bien que cette dernière tendance l'a enfin emporté définitivement, et on nous révèle déjà le titre que portera le nouveau code. On veut l'appeler le *Volksgesetzbuch der Deutschen* (VGB). Il est évident que ce titre, par trop général, ne rend pas exactement la portée du code, mais on espère qu'il sera néanmoins mieux compris par le peuple que celui de *Bürgerliches Gesetzbuch* qui lui est toujours resté lettre morte.

L'Akademie für Deutsches Recht propose de diviser le nouveau code en huit livres, au lieu des cinq dont le BGB se compose. Le code sera précédé d'un tableau contenant les nouveaux principes fondamentaux. Cet énoncé des principes sera tout autre chose que l'ancienne partie générale du BGB qu'on se propose de supprimer. — Après ce credo juridique viendra le livre premier, pour lequel on suggère le titre „*Der Volksgenosse*“ et qui contiendra les dispositions concernant la personne physique. Le livre II („*Die Familie*“) traitera de la famille, le livre III („*Das Erbe*“) des successions, le livre IV („*Die Vertrags- und Haftungsordnung*“) des obligations, le livre V („*Das Hab und Gut*“) des droits réels, et le livre VI („*Die Vereinigungen*“) des sociétés et des personnes morales, pour autant qu'on se décidera au maintien de cette fiction juridique, ce qui est encore assez discuté. Un septième livre sera consacré au droit de l'entreprise („*Das Unternehmen*“), conception nouvelle qui devra s'exprimer par des formules jusqu'à présent inconnues au droit privé⁹);

⁹⁾ Voir déjà l'intéressante étude du prof. Oppikofer: *Ueber den Einfluss der Unternehmensordnung auf den Fortbestand von Schuldverhältnissen*, *Leipziger rechtswiss. Studien*, 1937.

enfin, un huitième livre contiendra certaines règles générales relevant du droit du travail. Cependant, la plus grande partie du droit du travail restera en dehors du nouveau code, de même que le droit commercial, avec le droit des papiers-valeurs et des sociétés commerciales, et de même encore que le droit spécial des paysans.

On s'efforce de rédiger le nouveau code dans un style compréhensible à chaque citoyen, sans renoncer, pour cela, à la précision juridique indispensable. Les quelques articles déjà rédigés que nous avons eus sous les yeux et les lois déjà promulguées nous permettent de croire à un véritable progrès dans ce domaine. Du reste, Eugène Huber nous a prouvé, par le code civil suisse, qu'il est possible de rédiger un code dans une langue limpide.

2^o Après ces remarques sur le côté technique de la réforme, essayons de nous faire une idée de l'ensemble du droit futur.

Tout d'abord, quelques mots sur les tendances générales qui dominent la réforme actuelle. Nous pouvons les déduire déjà des reproches faits au BGB et mentionnés ci-dessus. Il s'agira donc notamment de créer un droit populaire, un *volksnahes Recht*, un droit libéré de constructions juridiques trop abstraites. L'honneur y trouvera une place primordiale, étant considéré comme un bien supérieur à tous les autres. — En outre, ce sera un droit statuant plutôt des devoirs qu'énumérant des droits subjectifs. Il respectera bien la personnalité individuelle, mais il la subordonnera aux intérêts de la communauté, sans toutefois abaisser cette communauté au niveau où la ramène le collectivisme du genre soviétique. Ce sera un droit essentiellement national, destiné à sauvegarder le peuple allemand, sa civilisation, son honneur et sa race. Par conséquent, on ne cherchera pas à copier les droits étrangers, mais à créer un ordre original. En outre, le nouveau droit sera applicable sur tout le territoire de l'Allemagne; il va développer davantage l'unification et la centralisation, faisant disparaître les dernières traces

des droits particuliers des anciens Etats allemands et les remplaçant par un Reichsrecht unique et uniforme.

Voici en quelques mots les idées dominantes de la réforme, telles qu'on peut les tirer des publications récentes. J'avoue qu'une grande partie de ces idées peuvent paraître trop vagues pour qu'il soit possible de se représenter précisément le régime **concret** qu'on envisage. Toutefois, il suffit de réfléchir sur ces principes généraux pour se rendre compte qu'il s'agit bien d'une réforme, et même d'une révolution du droit, et non pas d'une simple révision qu'on pourrait faire en se bornant à moderniser quelques règles isolées.

C'est, en effet, un esprit tout nouveau qui inspire toute la réforme. Le point décisif me semble consister dans un changement radical en ce qui concerne la position juridique de l'individu et ses relations avec la communauté: la législation nouvelle entend instaurer la primauté absolue de la communauté.

La portée de cette tendance ne saurait être sous-estimée. Elle a, du reste, par une conséquence logique, amené plusieurs auteurs à déclarer que la vieille distinction faite entre le droit privé et le droit public n'a plus de raison d'être et devrait disparaître. Si on la maintient encore, du moins pour le moment, ce n'est que pour des raisons pratiques et par exemple pour faciliter la délimitation des compétences concurrentes; mais, au fond, il sera difficile de contester que le droit nouveau tout entier ne devienne en effet du droit public.

V. Voici, maintenant, quelques exemples qui démontreront l'effet de ces tendances générales sur la formation concrète des différents chapitres du droit nouveau. — Soulignons, tout d'abord, que tous les principes consacrés par le BGB sont actuellement soumis à un examen critique serré. Il va cependant sans dire qu'on ne doit pas s'attendre à ce que chaque proposition faite par un auteur ou par un autre soit adoptée. Même les propositions

élaborées par l'Akademie für Deutsches Recht ne sont, pour le moment, que des avant-projets dont le sort dépendra des décisions ultérieures. Quoique tout soit encore en pleine évolution, on peut toutefois se faire au moins une idée générale de l'aspect du droit futur. En l'étudiant maintenant systématiquement, nous suivrons l'ordre des matières établi par le BGB.

1^o En ce qui concerne la partie générale du BGB, nous avons déjà constaté que la suppression en a été projetée. On se propose d'en distribuer les règles dans les parties du code où elles trouvent leur champ d'application principal. Ainsi, les dispositions générales sur les actes juridiques, la conclusion du contrat, l'influence d'une erreur essentielle, etc., trouveront leur place dans le droit des obligations; les dispositions concernant les choses mobilières dans les droits réels; les règles sur la personnalité dans le premier livre, etc. Ajoutons cependant que quelques auteurs réputés se sont prononcés récemment en faveur du maintien de la partie générale¹⁰⁾ et que la question n'est pas encore tranchée définitivement.

2^o En droit des obligations, le principe de la liberté des conventions sera compris dans un sens tout autre que par le passé. On entend bien garder ce principe, mais en le subordonnant à l'idée que les contrats n'ont de raison d'être qu'en tant qu'ils sont destinés à réaliser un échange raisonnable des biens, au service de l'intérêt commun. La liberté des parties, liberté de conclure un contrat et d'en déterminer le contenu (la prestation due) dépendra du respect de ce principe. On fait ressortir¹¹⁾, du reste, que, aujourd'hui déjà, la liberté des parties n'existe plus dans une large mesure. Il y a les contrats dictés, qui sont assez fréquents dans l'ordre économique dirigé par l'Etat; ainsi, les paysans sont obligés de vendre leur blé à une

¹⁰⁾ Ainsi Heck, *Der allgemeine Teil des Privatrechts*, Arch. ziv. Prax. 26 (1941), 15; Manigk, *Neubau des Privatrechts*, 1938; en sens contraire: Larenz, Arch. ziv. Prax. 25 (1939), p. 99.

¹¹⁾ cf. Larenz, *Vertrag und Unrecht*, I p. 33 squ.

organisation publique, et de le vendre à un prix fixé par les autorités. — Puis il y a les contrats réglementés, „normierte Verträge“, c'est-à-dire des contrats que les parties sont libres de conclure ou non, mais dont l'objet est impérativement prescrit par la loi. Le boulanger, par exemple, n'est pas obligé de vendre son pain, mais, s'il le fait, il ne peut en demander que le prix prescrit. — Enfin, il y a un grand nombre de contrats qui sont fixés unilatéralement par l'une des parties (Typenverträge, contrats d'adhésion). Par exemple, les associations de banques et de compagnies d'assurance, les organisations de l'industrie et du commerce, même les groupements des entreprises de transport et des garagistes, ont établi des conditions générales (allgemeine Geschäftsbedingungen), auxquelles leur partenaire doit se soumettre. En vue d'éliminer les abus qu'on a pu constater dans l'imposition de ces conditions générales on propose de prévoir, soit un droit de modération conféré aux tribunaux, soit une approbation préalable à obtenir obligatoirement d'une organisation économique publique. — Mais ceci n'est qu'un point de détail. Ce qui est plus important, c'est l'esprit nouveau dont on s'inspire. On constate que le principe de l'autonomie des parties dans le domaine du droit des obligations a été abandonné, en fait, depuis longtemps déjà, et qu'en réalité, c'est la puissance privée des groupements sociaux et économiques, la puissance de quelques détenteurs de monopoles, la puissance des trusts et cartels, qui, pour citer le prof. Huber de Leipzig¹²⁾, se cachait derrière la façade de la liberté individuelle. Or, pour le droit nouveau, il ne peut être question de rétablir cette soi-disant liberté du libéralisme, qui a été minée depuis longtemps par les changements intervenus dans la structure économique de notre époque; il s'agit, tout au contraire, de créer un régime juridique qui procure une liberté

¹²⁾ Zur Erneuerung des bürgerlichen Rechts, Schriften der AkfDR. Nr. 7, p. 57.

réelle, et cette liberté, on ne la croit possible que dans une communauté liée par le sentiment de la solidarité. Le système des droits subjectifs de l'individu est déjà remplacé par celui de l'assujettissement de chaque citoyen à la communauté dont il est membre. Pour exprimer cette idée de la solidarité générale, on se sert de ce slogan: „nous remplaçons la liberté qui oppose l'individu à la communauté, par la liberté dans la communauté („Wir ersetzen die Freiheit von der Gemeinschaft durch die Freiheit in der Gemeinschaft“).

En outre, et ceci touche de près à l'abolition de l'ancienne distinction faite entre le droit privé et le droit public, on ne veut plus du principe de la séparation des pouvoirs. Au contraire, le pouvoir exécutif sera appelé à exercer une action directe sur les relations contractuelles. De cette manière, le droit statique, fait de normes rigides, cédera la place à un droit dynamique, où l'exécutif pourra peser sur la volonté des parties et régler leurs relations suivant l'intérêt de la communauté.

Autre idée sur laquelle on insiste: l'obligation crée un lien de fidélité entre les parties, source de devoirs réciproques (Treupflicht); les parties forment une union et doivent, par conséquent, s'efforcer de réaliser le but commun de leur contrat, au lieu de ne rechercher que leurs intérêts égoïstes.

Parmi d'autres, mentionnons encore les quelques points suivants:

La proposition a été faite d'insérer dans le nouveau code une disposition statuant qu'un changement considérable, imprévu et imprévisible des circonstances donnera au débiteur le droit de résilier le contrat, sous réserve du droit pour le créancier d'éviter cette résiliation par une augmentation adéquate de sa propre prestation. Si les parties n'arrivent pas à s'entendre là-dessus, le juge en décidera librement, *ex aequo ac bono*¹³⁾. — On veut ainsi

¹³⁾ Hedemann, *Das Volksgesetzbuch der Deutschen* (1941), p. 43.

sanctionner, par une disposition expresse, les règles jurisprudentielles basées sur le BGB, la théorie de la Geschäftsgrundlage et le principe de la clausula rebus sic stantibus.

On s'efforce aussi de donner une solution au problème épiqueux de la validité du contrat conclu par un aliéné, non reconnaissable comme tel. La rédaction provisoire d'une disposition visant ce cas vient d'être publiée¹⁴⁾.

Enfin, en matière de responsabilité contractuelle et délictuelle, on propose¹⁵⁾ d'introduire une notion plus objective de la négligence, une responsabilité plus étendue pour la faute des préposés subordonnés, un système qui permette au juge de tenir compte, selon l'équité, de la situation financière aussi bien de la personne responsable que de la victime ou de ses ayants-droit (Haftung aus Billigkeit). Un chapitre nouveau grouperait tous les cas de responsabilité objective (Gefährdungshaftung).

3^e Passons maintenant aux droits réels. Ici, le nouveau droit partira d'une conception toute nouvelle de la propriété. On veut bien reconnaître et garantir la propriété privée, mais au profit de la communauté et non plus dans l'intérêt privé du propriétaire. Ce seront donc les intérêts de la communauté qui délimiteront les droits du propriétaire. La loi définira les devoirs qui incombent au propriétaire plutôt qu'elle n'énumérera ses droits. — Si M. Georges Ripert, l'éminent jurisconsulte français, constate, dans son livre intitulé „Le régime démocratique et le droit civil moderne“, paru en 1936, que la démocratie moderne rejette l'idée de devoir et lui substitue celle de droit (p. 131), il faut bien voir que, dès 1933, la réforme du droit civil allemand part d'un principe tout à fait opposé: la loi suprême est exprimée par l'adage, presque trop abondamment cité: l'intérêt général prime l'intérêt individuel égoïste (Gemeinnutz geht vor Eigennutz). Ce principe n'est pas si neuf qu'on pourrait le croire. En effet,

¹⁴⁾ Hedemann, op. cit. p. 49.

¹⁵⁾ Nipperdey, Grundfragen der Reform des Schadensersatzrechts, Arbeitsbericht der AkfDR., Nr. 14.

il est exprimé déjà par le célèbre jurisconsulte romain Paul, vers la fin du II^e siècle, dans ses *Sentences*¹⁶⁾, en ces termes: *contemplatio publicae utilitatis privatorum commodis praeferatur*. Mais la différence fondamentale consiste dans le fait que cette tendance est actuellement en Allemagne à la base même de toute la législation, et qu'on la réalise effectivement sans broncher.

Autre point: il n'y aura plus de règles communes pour les immeubles et les meubles. On reproche au BGB d'avoir ravalé la terre au niveau d'une marchandise¹⁷⁾. — Il y aura donc notamment une distinction très nette à faire entre la notion de la propriété foncière et celle de la propriété mobilière. Quant aux immeubles, leur statut sera lié plus étroitement aux intérêts de la communauté. Il a même été proposé de revenir, non pas aux droits seigneuriaux, mais à une sorte de domaine éminent de l'Etat. Déjà depuis 1937 l'acquisition d'un immeuble dépassant deux hectares est soumise à une autorisation préalable de l'autorité administrative, qui peut être refusée à tout acquéreur indésirable. — Signalons enfin que toutes les propriétés agricoles formant un domaine rural héréditaire (Erbhof) ont été soustraites à l'application du BGB et soumises à un régime spécial, réglé par le *Reichserbhofgesetz* (voir infra p. 274).

Parmi tant d'autres, j'aimerais encore signaler la proposition tendant à remplacer la théorie de l'acte abstrait par celle de l'acte causal. D'après le BGB, les actes de disposition ayant pour objet un droit réel sont considérés comme des actes abstraits. Le transfert de la propriété, par exemple, ne suppose que l'accord des parties et la tradition de la chose s'il s'agit d'un meuble, l'inscription au registre foncier s'il s'agit d'un immeuble. Cet accord consiste et ne consiste que dans le consentement des parties sur le transfert de la propriété de l'alié-

¹⁶⁾ *Sententiae* II, 19, 2; nous devons cette citation à M. H. Lewald de Bâle, à qui nous exprimons notre gratitude.

¹⁷⁾ Schlegelberger, *Abschied vom BGB*, p. 14—15.

nateur à l'acquéreur. La cause (vente, donation, etc.) en vertu de laquelle le transfert doit s'opérer n'en constitue pas un élément, et, par conséquent, le transfert est indépendant de la validité de la cause. — D'après la théorie causale, tout au contraire, l'acte de disposition suppose que les parties s'accordent sur la cause. Si, pour une raison quelconque, la cause n'est pas valable, ou si elle fait défaut, l'acte ne produit pas l'effet voulu.

Le BGB a suivi la théorie abstraite surtout pour des raisons de doctrine. On croyait la retrouver non seulement dans la mancipatio et l'in iure cessio, mais aussi dans la tradition du droit romain classique (pour la tradition ceci est aujourd'hui presque généralement contesté); en outre, les grands juristes tels que Savigny et Windscheid l'avaient enseignée, et Jhering, Zitelmann, von Tuhr et d'autres maîtres éminents ont approuvé la décision des auteurs du BGB en faveur de la théorie abstraite. — Aujourd'hui, cependant, on reproche à cette théorie d'être un exemple typique des méthodes surannées de la Begriffsjurisprudenz, d'introduire pour des raisons purement dogmatiques une rupture artificielle dans des rapports considérés par le bon sens comme indivisibles, et de n'être enfin nullement indispensable, puisque les tiers sont suffisamment protégés par les dispositions ayant trait à la bonne foi de l'acquéreur.

M. Heck, dans un rapport très remarquable¹⁸⁾, propose donc d'adopter pour le nouveau droit civil allemand la théorie causale¹⁹⁾. Toutefois, des hésitations se sont ré-

¹⁸⁾ Ph. Heck, *Das abstrakte dingliche Rechtsgeschäft*, Tübingen 1937. Voir aussi Lange, *Rechtsgrundabhängigkeit der Verfügung im Boden- und Fahrnisrecht*, *Arch.ziv.Prax.* 26 (1941), p. 28.

¹⁹⁾ M. Brandt (*Eigentumserwerb und Austauschgeschäft*, *Leipziger rechtswiss. Studien*, Heft 120, Leipzig 1940) et M. Krause (*Das Einigungsprinzip und die Neugestaltung des Sachenrechts*, *Arch.ziv.Prax.* 25 (1939), p. 312 sq., notamment p. 320 et 324) vont encore plus loin et proposent aussi la suppression de l'accord des parties sur le transfert de la propriété. Voir

cemment fait jour, et la décision n'a pas encore été arrêtée définitivement. En tout cas, si la proposition de M. Heck est adoptée, il va sans dire qu'il s'agirait là d'un changement de principe de la plus grande importance. Le droit nouveau suivrait du reste, dans ce domaine, l'exemple du droit suisse, auquel le prof. Heck se réfère expressément. Le droit suisse, en effet, adopte la théorie causale. Pour les droits réels immobiliers, l'art. 974 CCS le dit très nettement. Pour les droits réels mobiliers, les art. 714 et 922 CCS ne tranchent pas expressément le problème, mais on sait que le Tribunal fédéral²⁰⁾, abandonnant la théorie de la tradition abstraite, exige aussi maintenant une juste cause pour le transfert de la propriété mobilière.

Un mot encore sur la réforme déjà mentionnée du transfert fiduciaire de la propriété mobilière. Ce transfert peut s'effectuer par constitut possessoire, ce qu'exclut l'art. 1205 du BGB quand il s'agit de constituer une chose mobilière en gage, d'un nantissement. — La commission de l'Académie propose d'interdire ce procédé et de le remplacer par un système de gage contractuel qui laisse la possession au débiteur. En revanche, ce gage devrait être inscrit dans un registre officiel, de manière à permettre aux tiers de s'informer de la situation du débiteur avant de lui ouvrir un nouveau crédit. On en arriverait, ainsi, à une sorte d'hypothèque mobilière. Le même

Brandt, Was folgt aus dem Ende der dinglichen Einigung? dans Deutsche Rechtswissenschaft, 1941, p. 67: „Inhaltlich abstrakt ist die bisherige Einigung, insofern sie nur die Erklärung des Veräußerers „Ich übertrage Eigentum“ und des Erwerbers „Ich nehme das Eigentum an“ enthält, funktionell abstrakt ist sie, insofern sie auch dann Gültigkeit besitzt, wenn ein rechtfertigender Rechtsgrund (eine *causa*) fehlt. Diese funktionelle Abstraktheit will man jetzt beseitigen. Damit wird aber auch — und das scheint man bisher übersehen zu haben — eine inhaltlich abstrakte Einigung unmöglich.“

²⁰⁾ TF 34 II 812; 55 II 302. Haab, Commentaire, note 12 et 13 ad art. 656; Wieland (trad. Bovay), Les droits réels dans le CCS, I p. 423 sq.

régime est prévu pour le pacte de réserve de propriété dont on se propose, en outre, de restreindre le champ d'application.

4^o La réforme du droit de famille a déjà été en grande partie réalisée. En effet, le droit du mariage et du divorce est maintenant réglé par la loi de 1938, le grossdeutsches Ehegesetz, et, d'après les déclarations des autorités compétentes, cette loi ne sera plus modifiée prochainement. Il en est de même de la capacité requise pour contracter mariage, notamment de l'examen médical obligatoire prescrit par le Ehegesundheitsgesetz de 1935, et des dispositions légales promulguées en vue de la protection de la race, les Nürnberger Gesetze (Gesetz zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre de 1935).

La loi sur le mariage et le divorce de 1938²¹⁾ est peut-être, de toutes les lois nouvelles, la plus nettement révolutionnaire. C'est qu'on voit dans la famille la cellule élémentaire de la communauté nationale, celle à laquelle est confié en propre et essentiellement le soin d'assurer la conservation et notamment la propagation de l'espèce et de la race. Seule est donc censée digne d'être protégée et maintenue l'union apte à remplir cette mission. En outre, cette loi crée l'unité du droit dans ce domaine pour l'Altreich et pour les territoires récemment acquis, notamment le pays d'Autriche.

Quant au droit du mariage, la loi remplace notamment le mariage religieux, en vigueur précédemment en Autriche, par le mariage civil obligatoire. En outre, elle ne voit plus, dans le mariage, un simple contrat privé, mais une union mise au service de la communauté, sanctionnée par celle-ci, et appartenant, par là, au droit de la communauté²²⁾. — Cette nouvelle conception a amené le légis-

²¹⁾ Commentaires de Massfelder, 2^e éd. Berlin 1939; v. Scanzoni, 2^e éd. Berlin 1939; Volkmar-Antoni-Ficker-Rexroth-Anz, München-Berlin 1939.

²²⁾ Ceci n'est pas contesté; voir Lange, Fragen des Eheschliessungsrechts, Arch.ziv.Prax. 25 (1939), p. 134.

lateur à ne plus maintenir, pour les cas de nullité relative, le droit d'attaquer le mariage par une action en nullité, une Anfechtungsklage, et à ne plus admettre l'effet rétro-actif du jugement, tel qu'il était prévu par le BGB. On a remplacé ce système par celui d'une annulation ex nunc, qui correspond à une Aufhebungsklage et dont les effets sont assimilés à ceux du divorce. Ce nouveau système ressemble, du reste, d'assez près à celui qui est institué par l'art. 132 du code civil suisse.

En matière de divorce, la loi apporte une réforme importante des règles de fond, et ceci aussi bien pour le droit autrichien que pour l'ancien droit allemand. Elle abolit le droit canonique et son principe de l'indissolubilité du mariage; elle supprime la distinction établie par le droit autrichien selon la confession des époux, et elle règle le sort des fameux mariages sur dispense qui ont causé beaucoup de difficultés en Autriche. En outre, la loi abandonne le principe, consacré par le BGB et fortement critiqué depuis longtemps, en vertu duquel le divorce n'était admis qu'en cas de faute lourde imputable à l'un des conjoints (réserve faite du cas de maladie mentale). D'après la nouvelle loi, tout au contraire, c'est l'intérêt de la communauté qui est décisif en définitive, et non plus l'intérêt particulier des époux. Il s'ensuit que le divorce doit être accordé si l'on peut constater que l'union dont il s'agit n'a plus de valeur pour la communauté, notamment lorsqu'un mariage irréparablement détruit empêche l'un des époux de conclure, à sa place, un autre mariage qui serait plus intéressant au point de vue de la communauté. D'autre part, le divorce est refusé si le maintien du mariage semble commandé par l'intérêt de la communauté. — Il est évident que cette conception s'écarte autant de celle de l'Eglise que de celle du libéralisme.

Pour réaliser cette conception nouvelle, la loi prévoit des causes de divorce en grande partie inconnues du BGB. Les causes de divorce qui impliquent une faute imputable

à l'un des conjoints sont désormais l'adultère, le refus de procréer ou de concevoir, et le trouble profond causé au ménage par d'autres actes fautifs. Comme causes qui ne consistent pas dans une faute, la loi prévoit la maladie mentale, la conduite imputable à de simples troubles mentaux (hystérie, par exemple), les maladies contagieuses ou répugnantes, la stérilité de l'homme ou de la femme, et enfin la désunion irréparable des époux. Quant à cette dernière cause, elle donne droit au divorce, même dans le cas où le demandeur est responsable lui-même de la désunion, aux conditions prévues à l'art. 55, déjà célèbre. Cet article tient compte, dans une certaine mesure, des intérêts du conjoint innocent, mais, dans le principe dont il s'inspire, il ne peut être question d'enchaîner un époux coupable sous prétexte de le punir de sa conduite; un mariage irréparablement détruit ne doit pas être maintenu, surtout si l'un des époux peut se remarier et avoir des enfants d'un second lit. — Tout ce nouveau système, que nous ne pouvons malheureusement pas développer ici, est assez remarquable à maints égards. Notons seulement qu'on ne va pas jusqu'à permettre le divorce par consentement mutuel, ni non plus, comme la proposition en a d'ailleurs été faite, le divorce sur la demande du procureur de l'Etat et même contre la volonté des époux.

La loi établit également des règles originales et intéressantes concernant certaines conséquences du divorce, mais il serait trop long de les exposer.

En ce qui concerne le droit des personnes physiques, qui avait sa place dans la partie générale du BGB, il sera très probablement réglé dans le premier livre du nouveau code. Là aussi, la réforme est déjà accomplie dans une certaine mesure. Ainsi, les dispositions touchant les personnes disparues et la déclaration de leur décès présumé, ont déjà trouvé une rédaction nouvelle dans une loi de 1939^{23).}

²³⁾ Commentaire de Hesse-Kramer, Berlin 1939.

Cette loi ne modifie pas les effets de la déclaration de décès tels qu'ils sont prévus par le BGB amendé par le Ehegesetz de 1938²⁴⁾). La nouvelle loi remanie cependant les conditions dans lesquelles une déclaration de décès peut être prononcée, et elle y ajoute des dispositions détaillées concernant la procédure. — Pour les cas de disparition d'un combattant en temps de guerre (Kriegsverschollenheit) qui sont aujourd'hui d'une triste réalité, un délai d'un an est prévu, qui commence à compter du jour de l'année où la paix est conclue, ou à partir du terme effectif de la guerre. Cette règle retarde considérablement la déclaration de décès lorsqu'il s'agit d'une guerre de longue durée, mais il fallait bien en accepter les inconvénients puisqu'en temps de guerre les possibilités de recherches sont restreintes. Les précieux services que rend la Croix Rouge Internationale dans la recherche des combattants disparus et des prisonniers de guerre ne

²⁴⁾ Notons, à titre de curiosité, l'effet, prévu par ces lois, de la déclaration de décès sur le mariage: cette déclaration n'ayant que la valeur d'une présomption, elle ne dissout pas le mariage. (Si l'époux déclaré décédé reparaît avant que son conjoint se soit remarié, la présomption du décès sera écartée et le mariage existant maintenu.) Mais le conjoint du disparu peut se prévaloir de la présomption et il a, par conséquent, le droit de contracter un nouveau mariage. La célébration du nouveau mariage dissout automatiquement le mariage antérieur, à moins que l'un et l'autre des nouveaux époux n'aient su à ce moment que l'époux absent et déclaré décédé vivait encore. D'ailleurs, le Ehegesetz accorde à l'époux remarié (et à lui seul, non pas à son nouveau conjoint, contrairement à ce qui est prévu par l'art. 1350 du BGB) le droit de demander l'annulation du second mariage s'il ignorait au moment de la célébration que son conjoint absent vivait encore. L'époux remarié peut donc, en somme, choisir entre le premier et le second conjoint. S'il se décide pour le premier, il doit demander l'annulation du second mariage, annulation qui n'a pas d'effet rétroactif, d'après l'art. 44 du Ehegesetz, contrairement à l'art. 1350 du BGB. En conséquence, le premier mariage ne se reforme pas automatiquement, mais, d'après l'art. 44 du Ehegesetz, celui qui a demandé l'annulation, quoique non marié, ne peut, du vivant de son conjoint reparu, épouser que celui-ci!

sauraient compenser entièrement ces défaillances. Du reste, il fallait, en tout cas, épargner aux combattants qui rentreraient après la guerre la situation défavorable et presque humiliante que crée la déclaration de décès. C'est pourquoi la loi exclut en outre, lorsqu'il s'agit d'un combattant, l'application des délais concurrents plus courts prévus pour les cas de disparition en voyage maritime ou aérien; on a voulu éviter que les soldats marins ou aviateurs puissent, plus tôt que leurs camarades des troupes terrestres, faire l'objet de déclarations de décès. Toutefois, si un combattant disparaît dans des circonstances qui font prévoir sa mort avec une grande vraisemblance, ainsi l'aviateur qu'on a vu tomber avec son appareil en flammes dans les lignes de l'ennemi, le délai compte dès le moment de la disparition.

Un autre point appartenant au droit des personnes physiques: On se propose d'accorder aux mineurs de plus de 18 ans le droit de disposer librement, dans certaines limites, du salaire de leur travail.

Parmi les matières qui seront probablement soumises à révision, il faut mentionner la filiation illégitime, dont on a réclamé depuis longtemps, et à juste titre, une réforme. On se propose d'améliorer la situation de l'enfant naturel et de le libérer notamment d'une tache infamante dont il est innocent. Signalons, en passant, qu'on applique déjà les méthodes modernes d'examens basés sur les qualités héréditaires et les marques distinctives de race (*erb- und rassekundliche Untersuchungen*), et que personne ne peut refuser de s'y soumettre au cours d'une action en paternité.

Quant à la filiation légitime, on n'entend plus laisser au père, ou plutôt au mari de la mère, le droit de décider s'il veut désavouer l'enfant. Si l'intérêt public demande que l'origine véritable d'un enfant soit établie, le procureur de l'Etat peut intenter une action d'office, et ceci déjà en vertu de la loi du 12 avril 1938.

En ce qui concerne les pensions alimentaires dues entre parents, on va probablement suivre l'exemple du droit suisse (art. 328 CC) qui correspond mieux aux sentiments modernes: le BGB ne connaît aucun devoir d'assistance entre frères et sœurs.

Le régime matrimonial sera, à ce qu'il semble, considérablement simplifié. Le BGB lui consacre plus de deux cents articles; il ne connaît pas moins de cinq systèmes différents, beaucoup trop compliqués, et il laisse encore aux époux le droit de se donner un régime à eux, pourvu que ce soit dans le cadre général de l'un des régimes légaux. Cet excès de liberté ne sera probablement pas maintenu. On s'efforce surtout d'instituer un régime matrimonial légal conçu en vue du type moyen de ceux qui gagnent leur vie par leur travail.

Enfin, d'après les propositions de l'Akademie für Deutsches Recht, la situation juridique de la femme mariée sera améliorée, mais la femme pourra être tenue, le cas échéant, à un travail lucratif, même en dehors de l'entreprise du mari, pour contribuer aux ressources du ménage dans la mesure où ses devoirs domestiques et maternels le permettent. — Nous rencontrons une conception analogue en ce qui concerne la situation de la femme divorcée. D'après la loi sur le divorce de 1938, c'est en considération des circonstances de l'espèce qu'il faudra décider si une femme divorcée, mais non pas déclarée coupable, est obligée de se chercher un travail rémunéré. Toutefois, la conception national-socialiste incline plutôt à l'admettre. On s'occupe moins qu'autrefois de savoir si un travail de ce genre est conforme aux bien-séances; on souligne plutôt que tout travail honore le travailleur, et que quiconque en est capable, homme ou femme, doit travailler. En général, on n'admettra donc pas qu'une jeune divorcée vive dans l'aisance, sans rien faire d'utile, aux frais de son mari divorcé. Mais, évidemment, on tiendra compte de l'âge, de l'état de santé, des

capacités de la femme, et notamment du fait qu'elle a ou non des enfants dont elle doit s'occuper.

5^o Pour terminer cet aperçu sur l'effet des nouvelles tendances dans la formation du droit nouveau, passons enfin au droit successoral:

Un problème qui fut assez discuté est celui de la liberté de disposer (de la Testierfreiheit). Le BGB respecte la volonté de l'individu au delà de la mort et accorde au de cuius une entière liberté de disposer de tout son bien comme il le veut, sous la réserve, évidemment, des bonnes mœurs. Le testateur peut donc assigner toute sa fortune à un héritier qui n'est pas son parent, même s'il laisse un conjoint et des enfants, ou ses père et mère. Ces personnes ont cependant, à certaines conditions, un droit légal à la moitié de leurs portions légales, et ceci sous forme de légitime (Pflichtteil).

Cette liberté quasi illimitée que le BGB accorde au disposant correspond bien à l'esprit libéral qui domine ce code. Nous la retrouvons également en droit romain; l'ancien droit germanique, tout au contraire, partant de l'idée de la famille et de la parenté (Sippe), l'exclut entièrement et est basé sur le principe „solus deus heredem facere potest, non homo“, „Das Erbe geht durch das Blut“. Il n'y a donc rien d'étonnant qu'on ait souvent réclamé l'abolition totale de cette liberté de disposer pour cause de mort. Il est intéressant de constater que ces tendances ne l'ont pas emporté. Au contraire, ni la commission de l'Akademie für Deutsches Recht, ni le législateur, n'ont suivi cette voie, mais ils se sont nettement prononcés en faveur du droit de disposer librement pour cause de mort. La question a été tranchée définitivement par la loi de 1938 sur les testaments et les pactes successoraux²⁵⁾. Cette loi reconnaît la liberté testamentaire, mais elle a soin de bien préciser, dans son préambule, qu'un disposant

²⁵⁾ Commentaire de Vogels, Errichtung von Testamenten und Erbverträgen, 2. Aufl., Berlin-München 1939.

conscient de ses devoirs respectera le but du droit des successions en laissant ses biens de préférence à sa famille et à ses parents. Ainsi les intérêts de la communauté seront sauvagardés, et d'ailleurs une inobservation grave de ces principes entraîne la nullité des dispositions de dernière volonté d'après l'art. 48 de la loi. — Rappelons, en outre, que la libre disposition n'est plus admise s'agissant de domaines ruraux dont la transmission héréditaire est soumise à un régime spécial, institué par le Reichs-erbhofgesetz.

Si la question de la liberté testamentaire a déjà été réglée par la loi de 1938, et d'ailleurs avec une atténuation considérable des exigences touchant la forme des dispositions à cause de mort, il n'en est pas de même des autres problèmes relevant du droit des successions. Les travaux préparatoires portent entre autres sur la détermination des héritiers légaux. Le BGB accorde un droit de succession même aux parents les plus éloignés. Il semble certain que ce régime ne sera pas maintenu et que les derniers héritiers seront à l'avenir les grands-parents et leur postérité, comme en droit suisse. A défaut d'héritiers légaux la succession sera dévolue à l'Etat.

On a proposé, en outre, un régime spécial au détriment des célibataires, qui sont réputés ne pas remplir leur devoir envers la communauté. Jusqu'à présent, la commission de l'Akademie für Deutsches Recht s'est prononcée contre cette proposition et veut laisser au fisc le soin d'agir en conséquence.

Quant à l'enfant naturel, il n'a, d'après le BGB, aucun droit à la succession de son père. Le BGB use ici d'une fiction plutôt choquante, en ignorant toute parenté entre l'enfant naturel et l'auteur de ses jours. Le droit nouveau entend tenir compte de la parenté du sang, tout en ne traitant pas les enfants illégitimes sur pied d'égalité avec les enfants légitimes; les modalités de ce régime ne sont pas encore fixées.

Un dernier point, encore très discuté, est celui de la responsabilité des héritiers pour les dettes du défunt²⁶⁾. Le BGB prévoit un système très compliqué. Au sein de la commission de l'Akademie, deux projets ont été élaborés à ce sujet: l'un qui suit de près le régime du BGB, l'autre qui part du principe d'une responsabilité limitée aux forces de la succession, et qui veut reconnaître, à cet effet, une plus grande portée au bénéfice d'inventaire.

VI. Nous avons maintenant parcouru les différentes parties du BGB, essayant de nous faire une idée de l'effet des tendances qui dominent les travaux de réforme. En jetant un regard rétrospectif sur les propositions de lege ferenda que nous avons mentionnées, on pourrait être tenté de conclure qu'il ne s'agit là que d'un changement extérieur, de nature plutôt méthodique et tendant à moderniser quelques règles de détail, du reste critiquées depuis longtemps déjà. Rien ne serait plus faux: n'oublions pas que toute la réforme se poursuit sous le signe d'un nouvel esprit, d'un esprit qui se révèle beaucoup plus révolutionnaire qu'on ne saurait le croire au premier abord.

Il ne nous reste qu'à souligner que cet esprit nouveau exerce déjà son influence sur le droit actuel. En effet, c'est sous son inspiration que la jurisprudence doit interpréter le BGB, pour autant que son texte s'y prête, et on peut facilement s'en rendre compte en parcourant les arrêts récents des tribunaux allemands.

VII. Quoiqu'elles sortent du cadre du BGB, il convient de signaler encore ici deux lois nouvelles: ce sont la loi de 1941 sur la participation du procureur de l'Etat aux litiges de droit civil et la loi de 1933 sur les domaines ruraux héréditaires.

²⁶⁾ Voir les trois Denkschriften des Erbrechtsausschusses der AkfDR.; *Siber, Haftung für Nachlasschulden nach geltendem und künftigem Recht (Schriften der AkfDR.)*, Berlin 1937.

1^o D'après la loi de 1941²⁷⁾, le procureur de l'Etat peut participer à tout procès civil; en outre, le procureur général du Reich, le Oberreichsanwalt, peut demander la révision de tout procès civil, jugé définitivement, et ceci pendant une année à compter du jour où l'affaire a pris force de chose jugée.

Le procureur de l'Etat décide librement s'il veut intervenir dans un procès civil. Il peut alors assister aux débats, formuler des demandes, alléguer des faits et des moyens de preuve, et surtout présenter son point de vue, tout ceci même en contradiction avec les parties. Evidemment, le juge doit alors tenir compte de tous ces actes du procureur de l'Etat. Par là, on a voulu ouvrir la possibilité de faire valoir, dans tout procès, les intérêts de la communauté. Etant donné que le procureur de l'Etat est un fonctionnaire public, qui doit suivre les directives qui lui sont données par ses chefs, le gouvernement peut, de cette façon, intervenir dans tout procès civil. C'est là une innovation importante, qui touche aux principes mêmes de la procédure civile. En vertu de la Verhandlungsmaxime, les parties étaient les seuls maîtres de leur procès; la cour ne jugeait que sur les faits allégués par elles et n'avait ni le devoir ni le droit de rechercher d'office la réalité des circonstances de la cause. La nouvelle loi fait tomber ce vieux bandeau de la Justice et fraie la voie à une juridiction dynamique, pour employer l'expression de M. Freisler.

La seconde innovation introduite par la loi de 1941 n'est pas moins importante. Elle autorise le procureur général, nous l'avons dit, à demander la révision de tout procès civil dans le délai d'un an à compter du jour où le jugement a acquis force de chose jugée. Le procureur

²⁷⁾ cf. Freisler, Dt. Justiz, 1941, p. 1043; Jonas, eod. p. 871; Staud, eod. p. 785; Volkmar, ZAkfDR. 1941, 238. Voir aussi Guy Hoffet, L'intervention du Ministère public dans la procédure civile en droit suisse et en droit française, Thèse jur. Zurich 1931.

général peut présenter une telle demande quand il a des doutes graves sur le bien-fondé du jugement et quand la cassation lui paraît, en outre, justifiée par la portée du jugement pour la communauté. Il décide lui-même librement s'il y a lieu d'intervenir *in casu*.

Le procureur général doit adresser sa demande au Grand Sénat du Reichsgericht pour les affaires de droit civil, créé pour remplacer la cour plénière du RG. Le Sénat siège et délibère à huis clos, et sans que les parties aient accès à l'audience. Si le Sénat admet la demande du procureur général, il casse le jugement et renvoie l'affaire soit au tribunal qui a jugé, soit à un autre tribunal de même degré, soit enfin à l'un des sénats du RG. Il peut en même temps émettre une appréciation juridique de l'affaire, et l'instance devant laquelle l'affaire est renvoyée doit s'y conformer. Le nouveau procès se déroule suivant les règles générales prévues par le code de procédure civile, et les parties y reprennent leur rôle.

Cette réforme implique l'abandon du principe de l'autorité de la chose jugée. Si l'on renonce à ce principe, c'est pour garantir la suprématie des intérêts de la communauté. Voilà pourquoi nous avons tenu à signaler brièvement ces deux intrusions dans les vieux principes quasi sacrés de la procédure civile.

2. Quant à la loi de 1933 sur les domaines ruraux héréditaires, le *Reichserbhofgesetz*²⁸⁾²⁹⁾, elle mériterait, vu son importance et l'originalité de ses conceptions nouvelles, une étude approfondie qu'il ne peut être question

²⁸⁾ Commentaire de Vogels, 4^e éd. Berlin 1937, et supplément de 1940, avec bibliographie complète; Doelle, *Lehrbuch des Reichserbhofrechts*, Berlin 1935.

²⁹⁾ La rédaction de cet article était achevée lorsque nous avons pu prendre connaissance, grâce à l'amabilité de M. E. Thilo, greffier au Tribunal Fédéral, des deux publications suivantes, écrites en langue française: R. Harmening, *La législation relative aux domaines paysans héréditaires*, et O. Klässel, *Le droit agricole de l'Allemagne*, parues dans le *Bulletin International de Droit Agricole* (Rome), II^e année (1941), p. 1 et 203.

d'entreprendre ici. Cette loi doit assurer la protection du paysan, et lui fait une place privilégiée en raison du rôle prépondérant qu'on lui reconnaît dans la communauté. C'est lui, dit-on, qui est le nourricier de tout le peuple, c'est lui encore qui fournit à la nation la progéniture la plus nombreuse et la meilleure: il est la source vive du sang de la nation, „der Blutquell der Nation“.

La loi protège le paysan contre tout endettement et contre le morcellement successoral de son domaine. Qu'il nous suffise de citer les principes tels qu'ils ont trouvé leur expression dans le préambule de la loi. Voici ce texte:

„Le gouvernement du Reich tend à sauvegarder la condition des paysans, source du sang de la nation allemande, en raffermisant les anciennes coutumes successoriales germaniques.

Les domaines paysans doivent être protégés contre l'endettement et le morcellement successoral de manière à rester en permanence, comme un héritage propre de leur état („Sippe“), entre les mains de paysans libres.

Une saine répartition des propriétés rurales doit être recherchée, étant donné que l'existence d'un grand nombre de petits et de moyens domaines paysans viables, répartis le plus également possible dans tout le pays, offre la meilleure garantie pour la santé du peuple et de l'Etat.

A ces fins, le Gouvernement du Reich a promulgué cette loi, dont les principes sont les suivants:

Une propriété rurale et forestière qui est assez grande pour nourrir une famille et qui ne dépasse pas, d'autre part, 125 hectares, forme un domaine rural héréditaire (Erbhof), pourvu qu'elle appartienne à quelqu'un qui soit capable et digne d'être paysan.

Le propriétaire d'un domaine rural héréditaire a le titre de paysan.

Seul peut être paysan un citoyen allemand, de sang allemand ou d'un sang similaire (stammesgleichen Blutes) et dont l'honnêteté est reconnue.

La succession du domaine rural héréditaire passe intégralement à l'héritier légal principal (Anerben).

Les droits des cohéritiers sont limités au reste des biens du paysan défunt. Ceux des descendants qui n'ont pas la qualité d'héritiers principaux du domaine ont droit à une instruction professionnelle et à une dotation correspondant aux moyens du domaine; si, sans faute de leur part, ils tombent dans le besoin, ils peuvent chercher refuge à la ferme héréditaire.

Le droit de l'héritier principal légal à la transmission intégrale du domaine ne peut être ni exclu ni limité par disposition pour cause de mort.

Le domaine rural héréditaire est, en principe, inaliénable et ne peut pas être grevé de dettes.“

Tels sont les buts poursuivis par cette loi, dont il faut dire encore qu'elle exclut d'autre part, dans le champ qui lui est propre, l'application des règles de droit foncier et de droit successoral du BGB.

Nous n'avons donné dans cette modeste étude qu'un bref exposé de la réforme actuelle du droit civil allemand, destiné en premier lieu aux juristes suisses qui n'ont pas suivi de près ces problèmes. Nous nous sommes abstenu délibérément aussi bien de toute critique que de tout éloge. Le seul but que nous nous soyons fixé, c'est de donner, en toute objectivité, une idée du développement de cette œuvre législative contemporaine d'outre-Rhin. Nous espérons avoir fourni quelques indications utiles qui permettront de s'orienter à ceux qui s'intéresseraient à ces questions.
