

Université de Poitiers  
Collection de la Faculté de droit et des sciences sociales

# **Traditions savantes et codifications**

**LGDJ**

© Collection de la Faculté de Droit et des Sciences sociales de Poitiers  
Edité par : Université de Poitiers (France)  
2007  
ISBN : 978 2 275 02768 5



08a1/1311

**Actes du VII<sup>ème</sup> Congrès ARISTEC**

*Poitiers, 8, 9, et 10 septembre 2005*

**sous la direction de  
Claude OPHÈLE et Philippe REMY  
Professeurs**

Avec le soutien de l'Université de Poitiers  
et de la Faculté de droit et des sciences sociales

<36636479360012

<36636479360012

Bayer. Staatsbibliothek

# L'« *EXCEPTIO DOLI GENERALIS* » SOUS LE BGB ET SON ÉVOLUTION AU XX<sup>ème</sup> SIÈCLE

Hans-Peter HAFERKAMP  
Université de Cologne

## I. Introduction

Dans l'historiographie du droit privé de l'Allemagne, l'évolution de l'« *exceptio doli generalis* » est considérée comme exemple de la rupture opérée par la doctrine et la pratique judiciaire avec les traditions positivistes du XIX<sup>ème</sup> siècle, voire avec la théorie du système normativiste de l'application du droit. L'essor de ce concept juridique au cours du XX<sup>ème</sup> siècle signifierait un retour à la justice matérielle dans le droit privé et est donc interprété comme exemple type de la superposition du Code civil allemand (BGB) par un libre droit prétorien.

J'envisage par la suite de donner une autre interprétation de l'histoire du concept de l'« *exceptio doli generalis* » avant et après l'entrée en vigueur du Code civil allemand. L'image jusque-là produite par l'historiographie doit être corrigée en deux sens :

- Il me semble, dans un premier temps, que le pouvoir du juge de faire valoir la justice matérielle aux cas d'espèces par le moyen de la « *bona fides* »<sup>1</sup> a beaucoup moins évolué avec l'apparition du BGB que généralement admis.

---

<sup>1</sup> Pour le concept de la *bona fides* voir aussi la présentation chez *Pierre D. Senn*, Buona fede nel diritto romano, dans : Digesto delle Discipline Privatistiche, sez. civile, volume II (1988), ND 1993, p. 129 et suivantes ; ensuite : *Martin Josef Schermaier*, Bona fides in Roman contract law, dans R. Zimmermann, S. Whittaker (éditeurs), Good faith in European contract law, Cambridge 2000, 63-92 ; *Dieter Nörr*, Die fides im römischen Völkerrecht (Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe, 191), 1991 ; *Franz Wieacker*, Zum Ursprung der bonae fidei

• Dans un second temps, il apparaît que les événements de l'année 1933 et ses conséquences aient produit par contre une rupture souvent oubliée avec les traditions plus anciennes. La substitution de l'ancien concept de l'« *exceptio* »<sup>2</sup> par la notion de l'abus du droit donnait une fonction à la « *bona fides* » alors inconnue. Tandis qu'avant 1933 on faisait référence à la *bona fides* pour concéder un pouvoir de correction dans les cas d'espèces à l'appréciation du juge, la notion sert après cette date à lier le juge aux valeurs politiques qui n'étaient pas prévues par le BGB.

## II. Le XIX<sup>ème</sup> siècle et l'avènement du BGB

Faisons brièvement état de la situation au XIX<sup>ème</sup> siècle. Pour comprendre l'histoire de l'« *exceptio doli generalis* » au XX<sup>ème</sup> siècle, il faut d'abord abandonner l'image qu'a donnée l'historiographie allemande du droit privé au XIX<sup>ème</sup> siècle, surtout depuis la République de Weimar. Des historiens du droit privé comme Philipp Heck, Justus Wilhelm Hedemann, Karl Larenz et Franz Wieacker pensaient que la science juridique du dix-neuvième siècle se caractérisait avant tout par un formalisme attribué à la dite théorie du système normativiste de l'application du droit (la soi-disante *Begriffsjurisprudenz*)<sup>3</sup>. Le concept de l'« *exceptio doli generalis* » constitue un des arguments de construction de cette image. Selon ces auteurs, les juristes du XIX<sup>ème</sup> siècle n'auraient guère connu l'institution de l'« *exceptio doli generalis* »<sup>4</sup> et son essor au début du XX<sup>ème</sup> siècle ferait preuve de la crise du positivisme ou du retour à la justice matérielle dans le droit privé. Cette image relève des modèles anti-libéraux et anti-positivistes qui caractérisaient partiellement la pensée juridique allemande déjà depuis 1880, mais surtout après 1919. Elle a de même dissimulé la fonction et l'acception de la « *bona fides* » au dix-neuvième siècle.

---

iudicia, ZRG (RA) 80 (1963), 1-41 ; Luigi Garofalo (éd.), Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese, 4 Bde., Padua 2003.

<sup>2</sup> Cette « *exceptio* » était appelée « *praesentis* » ou « *generalis* » dans le Droit Commun. Le terme *exceptio doli generalis* apparaît dans les vieilles sources. (voir D. 44, 4, 4, 33).

<sup>3</sup> Voir p. ex. : Justus Wilhelm Hedemann, Die Flucht in die Generalklauseln. Eine Gefahr für Recht und Staat, 1933 ; Filippo Ranieri, Dolo petit qui contra pactum petat, dans : Ius Commune IV (1972), p. 158 et suivantes, p. 176.

<sup>4</sup> La seule étude sur ce thème qui mérite d'être mentionnée dans la première partie du XIX<sup>ème</sup> siècle : Ernst Hänel, Über das Wesen und den heutigen Gebrauch der Actio und Exceptio doli, AcP 12 (1829), p. 408 et suivantes, p. 419 et suivantes.

Afin de bien saisir le fonctionnement et la signification de la *bona fides* au dix-neuvième siècle, il faut jeter un coup d'œil sur les sources du droit romain antique qui ont largement inspiré la doctrine allemande de l'époque. Selon Gaius<sup>5</sup>, l'« *exceptio doli generalis* » fut, en droit antique, un complément à la formule d'action qui permettait au *judex* (*judge*) de rejeter une action lorsque le demandeur avait violé le principe de la « *bona fides* » par l'introduction de l'action, même si les relations des parties n'avaient pas fait état d'aucun comportement abusif. De façon générale, le défendeur était tenu d'invoquer expressément ce moyen de défense. Pourtant, dans un bon nombre d'hypothèses, la « *bona fides* » était à considérer d'office. La catégorie de cette « *bona fidei judicia* » comptait, d'après l'énumération de Cicero<sup>6</sup>, l'« *emptio venditio* », la « *locatio conductio* », le « *mandatum* », la « *societas* », la « *fiducia* », la « *tutela* » et le « *negotium gestum* ». Dans les autres cas de figure, le défendeur était tenu de faire introduire l'« *exceptio doli* » au procès par le préteur. Ce procédé se révélait d'autant plus difficile qu'il s'agissait d'actions excluant la considération des relations de confiance des parties comme dans le cas de la « *stipulatio* » qui donnait lieu à un jugement sans égard à la cause de l'obligation.

Par conséquent et en dépit de la grande importance que donnait le droit romain à la « *bona fides* » en général, l'« *exceptio doli generalis* » ne constituait qu'un auxiliaire procédural pour un nombre bien réduit de cas.

Au dix-neuvième siècle, on assiste à un élargissement considérable de la « *bona fidei judicia* » dans la doctrine civiliste. Les juristes allemands étaient, en effet, d'accord sur ce que la « *bona fides* » devait toujours être prise en compte par le juge dans l'ensemble du droit des obligations, même lorsque le moyen n'était pas invoqué par les parties. Au-delà des cas mentionnés dans les sources, les juristes comptaient également parmi les applications de la « *bonae fidei judicia* » le cautionnement, le prêt, le dépôt, la communauté, le gage et même la responsabilité délictuelle<sup>7</sup>. Des auteurs comme Savigny<sup>8</sup> et

<sup>5</sup> Gaius 4, 119.

<sup>6</sup> De officiis 3, 17, 70.

<sup>7</sup> Plus précisément sur l'extension de l'application des *bonae fidei actiones* dans le XIX<sup>e</sup> siècle, voir : Historisch-kritischer Kommentar zum BGB : HKK/DuVe/Haferkamp, § 242, n° 29 et suivants (paraîtra à Tübingen, en 2006).

<sup>8</sup> Voir : Friedrich Carl v. Savigny, System des heutigen römischen Rechts, vol. I, Berlin 1840, p. 5 ; ensuite Okko Behrends, Geschichte, Politik und Jurisprudenz in C. F. v. Savignys System des heutigen römischen Rechts, dans : Römisches Recht in der europäischen Tradition. Symposion aus Anlaß des 75. Geburtstags von Franz Wieacker, Göttingen 1985, p. 257 et suivantes.

Windscheid<sup>9</sup> tenaient la « *bona fides* » pour la catégorie centrale du droit des obligations. Elle permettait de mettre l'accent sur la relation de confiance mutuelle entre les parties, transportée par le mot-clé des attentes légitimes, et, étant susceptible d'interprétations bien différentes, on laissait au juge sa libre appréciation. L'ancien souci de l'« *aequitas cerebrina* » n'y formait qu'une limite assez floue. La proposition de Savigny de former le juge à ce qu'il « exerçât ses affaires guidé par des pensées vivantes et non par une manière mécanique » ne comprenait pas l'arbitraire du juge. En ce sens, Puchta postulait : « L'équité, qu'il est permis ou demandé au juge de considérer, n'est jamais un sentiment obscur et subjectif, mais une appréciation des circonstances individuelles, consciente de ses raisons et correspondant à l'esprit de l'institution du droit concerné<sup>10</sup> ».

Ainsi la déception des attentes légitimes au comportement de la partie adverse pouvait être sanctionnée en grande partie sans faire appel à une exception spécifique. On comprend facilement que l'« *exceptio doli generalis* » ne figurait pas parmi les notions centrales ou même importantes des systèmes du droit privé des pandectistes.

La jurisprudence se servait de l'« *exceptio doli generalis* » pour faire valoir la justice matérielle sans se préoccuper de la question si la « *bona fides* » était à considérer d'office ou si elle était –au contraire– à invoquer par le défendeur. Ce n'était pas seulement ce procédé indistinct qui fut critiqué par la doctrine ; en 1855 le Tribunal supérieur prussien avait, en plus, commencé à appliquer l'« *exceptio* » aux lettres de change, même si le législateur les avait expressément exclues.

Ainsi les juges avaient placé leur appréciation nettement au-dessus de la loi. Pour ces raisons, ils furent violemment critiqués par les romanistes de l'époque. Windscheid intervenait en 1856 pour proposer une catégorie d'actions dans laquelle il était équitable pour le juge de ne considérer strictement que le sens littéral de la convention. L'idée n'impressionnait point la jurisprudence qui opposait à Windscheid simplement de ne pas avoir raison.

Au cours des années 1870 les auteurs étaient d'accord sur ce que le juge était autorisé à fonder sa décision sur la « *bona fides* » en droit des obligations mais restaient sceptiques à l'égard de l'« *exceptio doli generalis* ». Le droit du juge de corriger éventuellement le contenu ou l'effet des obligations ne comprenait donc pas un droit général de corriger la loi.

<sup>9</sup> Voir les références chez Ulrich Falk, Ein Gelehrter wie Windscheid ; deuxième édition parue Frankfurt a. M. en 1999, p. 72.

<sup>10</sup> Georg Friedrich Puchta, Pandekten ; dès la deuxième édition parue à Leipzig, 1844, § 21, 1) a.E. ; concernant ces relations thématiques, voir aussi : Hans-Peter Haferkamp, Georg Friedrich Puchta und die Begriffsjurisprudenz, Frankfurt a. M. 2004, p. 416 et suivantes.

Voilà la tradition que les auteurs du Code Civil avaient en vue quand ils commencèrent à régler la partie du droit des obligations relative à la bonne foi. Le large domaine de son application faisait unanimité dans la doctrine de l'époque<sup>11</sup> et était tenu pour si évident que Franz v. Kübel, rédacteur du premier projet du droit des obligations, avait cru pouvoir renoncer à un règlement exprès, la « *bona fides* » dérivant « directement de la nature du contrat »<sup>12</sup>. Néanmoins, la première commission préférait une disposition légale qui prescrivait l'accomplissement des obligations contractuelles « selon la bonne foi (d'après la manière d'un homme honorable) ». Par la suite, on introduisait le paragraphe 157 au BGB qui soumettait chaque déclaration de volonté aux exigences de la bonne foi. De même, le paragraphe 242 BGB limitait l'obligation et son contenu par la « *bona fides* » et donnait au juge, dans la tradition des pandectistes, libre appréciation. Devant la grande attention que prêtaient les auteurs du code civil allemand au concept de la bonne foi, on ne peut, à première vue, guère comprendre qu'une des discussions les plus véhémentes déclenchées par la parution du premier projet du BGB en 1888 portait sur l'« *exceptio doli generalis* ».

Elle s'explique pourtant très bien par le fait que la question, si le concept de la bonne foi constituait un principe supérieur à la loi écrite, discutée aux années 1870, gagnait de l'importance au regard de la codification attendue. Ainsi l'« *exceptio doli generalis* » fut le symbole des liens éthiques et moraux du droit et de son application. Apparemment en premier, Otto von Gierke l'avait reliée avec l'ancienne prohibition de chicanerie, l'« *aemulatio* ». Il reprochait au législateur le fait que son refus d'incorporer l'« *aemulatio* » ou l'« *exceptio doli generalis* » dans la codification légalisait le recours aux manœuvres frauduleuses<sup>13</sup>. La notion de « l'abus du droit » apparaissait maintenant plus souvent dans ce contexte. Dans les débats sur le Code Civil allemand, une partie de la doctrine revendiquait à plusieurs reprises mais sans succès une disposition autorisant le juge à faire prévaloir, au besoin, l'équité sur les droits

<sup>11</sup> Pour des détails, voir : Hans-Peter Haferkamp, Die *exceptio doli generalis* in der Rechtsprechung des Reichsgerichts vor 1914, dans : Ulrich Falk et Heinz Mohnhaupt (éditeurs), Das Bürgerliche Gesetzbuch und seine Richter (Rechtsprechung, Materialien und Studien, 14), 2000, p. 1 et suivantes.

<sup>12</sup> Werner Schubert (éd.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Recht der Schuldverhältnisse I, Berlin 1980, p. 379.

<sup>13</sup> Voir : Gierke dans son exposé devant le "Landesökonomiekollegium" (12 novembre 1889), paru dans : Landwirtschaftliche Jahrbücher, vol. XVIII, vol. supplémentaire II, Verhandlungen des königlichen Landesökonomie Kollegiums über den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich und andere Gegenstände, Berlin 1890 (session du 11 au 22 novembre 1889), 218, 252 et suivants, 492 et suivants, là 492.

subjectifs. Selon une expression de Ernst Eck, popularisée par la suite, l'« *exceptio doli generalis* » devait donc « s'appliquer par la grâce de Dieu même sans disposition expresse »<sup>14</sup>. Dans les débats autour du BGB et de la question sociale, l'« *exceptio* » acquit ainsi une signification nouvelle. Elle représentait le droit du juge de faire prévaloir la justice matérielle contre les abus du pouvoir.

### III. De 1900 à 1933

Après l'entrée en vigueur du Code Civil allemand, ces débats perdent de leur importance. La jurisprudence – on ne peut que s'en étonner – restait constante. Sans s'engager dans la discussion théorique, elle fondait ses décisions sur l'« *exceptio* » lorsque la justice matérielle semblait l'exiger, même si le défendeur ne l'avait pas invoquée. Le fondement légal du concept sous le nouveau code restait obscur. Parfois les juges se référaient aux paragraphes 226<sup>15</sup> et 242<sup>16</sup> ou même simplement aux principes généraux du droit<sup>17</sup>.

En 1914, le troisième sénat allait encore plus loin. Dans un arrêt on pouvait lire qu'il était « vain et injuste de vouloir préétablir les conditions de l'application de l'« *exceptio doli generalis* ». D'après sa nature, ce moyen de défense est toujours soumis à la libre appréciation du juge »<sup>18</sup>. Ce n'est pas seulement l'autonomie de la jurisprudence par rapport à la loi qui est remarquable, mais aussi l'absence de toute référence à la doctrine, au demeurant d'usage dans les motivations de style allemand. Les résultats étaient efficaces mais restaient sans support théorique.

<sup>14</sup> Voir : *Ernst Eck*, Sammlung von Vorträgen über den Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches in der Fassung der dem Reichstag gemachten Vorlage, cahier 1, Erstes Buch, Allgemeiner Teil, Berlin 1896, 49.

<sup>15</sup> RG (1./5.5.1903-II 481/02) = *Werner Schubert* (rédacteur), Sammlung sämtlicher Erkenntnisse des Reichsgerichts, Goldbach 1992 et suivantes, 1903, 102 n° 40.

<sup>16</sup> RG (5.11.1903 – IV 172/03), JW 1903, 431 = *Schubert* (n. 15), 1903, 235.

<sup>17</sup> Ainsi : RGZ (24.3.1904 – VI 460/03) 57, 372 = JW 1904, 257 = *SeuffA* 60, 263 = *Schubert* (n. 15) 1904, 427, n° 126.

<sup>18</sup> RGZ (26.5.1914–III 62/14) 85, 108, 117, 120 ; sur ce thème : *Markus Klemmer*, Gesetzesbindung und Richterfreiheit. Die Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen während der Weimarer Republik und im späten Kaiserreich (*Fundamenta Juridica*, 30), Baden-Baden 1996, p. 362 et suivantes.

L'absence d'effort théorique de la part de la jurisprudence provoquait un sentiment de crise dans la doctrine qui se souciait de la rationalité et par-là de la prévisibilité des décisions de justice<sup>19</sup>. D'abord, les auteurs cherchaient à se mettre d'accord sur la notion de la bonne foi et à en donner une définition. La tentative échouait. Surtout la proposition de Stammler de formuler la bonne foi comme « idéal social de la communauté des hommes » fut rejetée<sup>20</sup>. En l'absence de définition, l'« *exceptio doli generalis* » pouvait servir à attribuer des compétences au juge mais ne constituait pas une règle du droit matériel. Devant l'échec, la doctrine changea de méthode même avant 1914 et procéda à la réintégration de la jurisprudence sur l'« *exceptio* » dans le système juridique<sup>21</sup> en la groupant selon des cas types<sup>22</sup>. On commençait à discuter de la déchéance des droits<sup>23</sup> ou de l'autorité de la chose jugée et de la nullité pour vice de forme.<sup>24</sup>

<sup>19</sup> Sur ce thème : Duve/Haferkamp (remarque 7), n° 60 et suivants.

<sup>20</sup> Rudolf Stammler, *Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren. Studien zum bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich*, Berlin 1897, 41 ; des analyses critiques chez Heinrich Dernburg, *Pandekten*, vol. I, Berlin 1884, 315 ; Ferdinand Regelsberger, *Besprechung von K. Schneider : Treu und Glauben im Recht der Schuldverhältnisse*, *Kritische Vierteljahresschrift* 44 (1902), 429, 433 ; Gottlieb Planck, *Das Bürgerliche Gesetzbuch*, vol. II, troisième éd. parue en 1907 ; voir aussi les remarques critiques chez Ernst Landsberg, Kant und Hugo. Philosophisches und Civilistisches von 1800 und 1900 (exposé devant la Société Juridique Viennoise), *Grünhuts Zeitschrift* 28 (1901), 670, 686 ; généralement sur la critique de l'idée du droit de Stammler, voir Matthias Wenn, *Juristische Erkenntniskritik. Zur Rechts - und Sozialphilosophie Rudolf Stämmers (Studien zur Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, 32)*, 2003, 281 et suivantes.

<sup>21</sup> Ainsi surtout : Willy Brenner, *Die exceptio doli generalis in den Entscheidungen des Reichsgerichts*, Frankfurt a. M. 1926 ; bien sûr, même cette approche était déjà connue. Quant à l'*exceptio doli generalis*, elle se trouvait p. ex. chez Römer, *Die exceptio doli generalis, insbesondere im Wechselrecht*, *ZHR* 20 (1875), 63 et suivantes.

<sup>22</sup> Voir p. ex. : Staudinger/Riezler, *Kommentar zum BGB*, dès la troisième/quatrième édition en 1907, § 226, 242 ; Otto Warneyer : *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, deuxième édition en 1930, §§ 226, V., 242 IV., 826 VI.

<sup>23</sup> Endemann, *Die Verschweigung des Aufwertungsanspruchs*, *DJZ* 1928, 692 et suivants ; Max Hamburger, *Zum Begriff der Verwirkung*, *LZ* 1928, 1588 et suivants ; Gustav W. Heinemann, *Die Verwirkung als Rechtsvernichtungsgrund*, *LZ* 1928, 935 et suivants. ; Lenz, *Die Verwirkung des Aufwertungsanspruchs*, *DJZ* 1928, 1188 et suivants. ; Eduart Reimer, *Die Gefahr des « langen Zuwartens » für den Anspruchsberechtigten im Warenzeichen - und Wettbewerbsrecht*, *JW* 1928, 2064 suivants ; Alfons Roth, *Zur Verwirkung des Aufwertungsanspruchs*, *JW* 1928, 1335 suivants ; Sonntag, *Gibt es eine Verwirkung des Aufwertungsanspruchs ?* *JR* 1928, 81 suivants ; celui-ci, *Die Einrede der Verwirkung im Aufwertungsrecht*, *JR* 1928, 868 suivants ; Gottschalk, *Die sogenannte Verwirkung des Anspruchs im gewerblichen Rechtsschutz*, *GRUR* 1930, 1 suivants ; Herzog, *Verwirkung, Ersetzung und Verarbeitung im Firmen - und Warenzeichenrecht*, *MuW* 1930, 353 suivants ; Oskar Mügel, *Die Rechtsprechung des Reichsgerichts über die Verwirkung von Aufwertungsansprüchen*, *JW* 1930, 1042 et suivants ;

L'essor du droit comparé déclenché par les exigences du Traité de Versailles conduisait les juristes allemands pour la première fois à discuter de ces questions en tenant compte des ordres juridiques étrangers. Surtout le débat franco-belge<sup>25</sup>, lui-même une réaction aux idées allemandes introduites par Saleilles et Josserand peu avant 1900<sup>26</sup>, était relativement similaire. Notamment dans l'entourage de Rudolf Müller-Erbach<sup>27</sup>, on discutait des œuvres de Saleilles, Josserand, Duguit et Ripert, mais aussi de Rotondi et de Huber, avant tout sous l'angle de leurs efforts pour dégager un ou plusieurs critères

---

*Nölting-Hauff*, Verwirkungsdämmerung, GRUR 1932, 1088 et suivants. Par la suite, plusieurs thèses de doctorat paraissaient concernant ce thème : *Stöcks*, Verwirkung und Verbot gegensätzlichen Verhaltens, Diss. 1933 ; *Rocholl*, Die Verwirkung, Diss. 1933 ; *Meyer*, Die Verwirkung im Wettbewerbsrecht, Diss. 1932 ; *Makulik*, Die Verwirkung im Arbeitsrecht, Diss. 1933 et *Hermann Krause*, Schweigen im Rechtsverkehr, 1933 (voir aussi son analyse du livre de *Siebert*, Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung, DJZ 1935, 110).

<sup>24</sup> Sur le thème : Invocation dolosive de la nullité pour vice de forme : *Siber*, Die reichsgerichtliche Praxis im deutschen Rechtsleben, dans : RG Festschrift, vol. III, 1929, 376 et suivantes ; *Gottschalk*, Zum juristischen Problem der Form, JR 1925, 305 et suivantes ; *Simonsen*, Einwand der Arglist gegenüber der Berufung auf Unwirksamkeit des Vertrages wegen Formmangel, Deutsche Steuerzeitung 1926, 931 ; *Heinrich Stoll*, Anmerkungen zu OLG Düsseldorf (du 21 mai 1927 – 476/26), JW 1927, 2118 ; 1928, 2318 ; *celui-ci*, Anmerkung zu OLG Frankfurt a.M. (du 24 mai 1928 – 3U 61/28), JW 1930, 2447 ; *Walter Strauch*, Zur Einrede der Unsitlichkeit bei Schwarzkäufen, LZ 1926, 525 et suivantes. On y trouve aussi une multitude de thèses de doctorat : *Bergdolt*, Arglistige Berufung auf Formnichtigkeit nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts, Diss. 1929 ; *Jacoby*, Der Einwand der allgemeinen Arglist gegenüber der Berufung auf Formmängel von Rechtsgeschäften, Diss. 1928 ; *Kramer*, Schadensersatz bei nichtigen Verträgen, Diss. 1925 ; *Rahn*, Einrede der Arglist gegenüber der Berufung auf die Formnichtigkeit von Rechtsgeschäften, Diss. 1927. Moins discutés sont les cas de l'invocation dolosive de la péremption : *Lehnert*, Arglist und Verjährung, Diss. 1928 et le dol dans les cas de l'obtention frauduleuse d'une décision de justice : voir les références chez : *Dickhuth-Harrach*, « Gerechtheit statt Formalismus ». Die Rechtskraft in der nationalsozialistischen Urteilspraxis, Köln 1986, XXI et suivantes.

<sup>25</sup> Voir l'aperçu de : *Jean-Louis Halpérin*, Histoire du droit privé français depuis 1804, Paris 1996, n° 121 et suivants, 124 et suivants.

<sup>26</sup> Voir : *Birte Gast*, Der Allgemeine Teil und das Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs im Urteil von Raymond Saleilles (1855-1912) (Rechtshistorische Reihe, 212), Frankfurt a.M. (et autres) 2000 ; *Pascal Ancel* et *Claude Didry*, L'abus de droit : une notion sans histoire ? dans Pascal Ancel, Gabirel Aubert et Christine Chappuis (éditeurs), L'abus de droit. Comparaisons franco-suisse, Saint-Etienne 2001, p. 51 et suivantes ; *Simon Whittaker* et *Reinhard Zimmermann*, Good faith in European Contract Law : surveying the legal landscape, dans *celui-ci*, Good faith in European Contract Law, Cambridge 2000, p. 32 et suivantes.

<sup>27</sup> *Rudolf Müller-Erbach*, Wohin führt die Interessenjurisprudenz. Die rechtspolitische Bewegung im Dienste der Rechtssicherheit und des Aufbaus der Rechtswissenschaft, 1932, 67 et suivantes, 69 ; ensuite (et largement discuté) : *Hermann Rüdý*, Der Rechtsmißbrauch, Diss. Munich en 1934 ; et – déjà assez tôt – : *Erwin Riezler*, Venire contra factum proprium, Tübingen 1912, p. 124.

permettant de déterminer le champ d'application de l'abus du droit. Le désir de la rationalité dominait encore

#### IV. 1933–1945

En 1934 parut un livre de Wolfgang Siebert sous le titre « La déchéance des droits privés subjectifs et l'irrecevabilité de l'exercice du droit »<sup>28</sup>, qui marquait un changement important pour la portée du concept de l'« *exceptio doli generalis* » en Allemagne. Seulement au cours de quelques années, Siebert réussit à déloger toutes les autres propositions théoriques offertes dans le débat. Sa théorie opérerait la suppression de l'« *exceptio* » aussi en doctrine<sup>29</sup> qu'en jurisprudence qui avait, à partir de 1935, fini par adopter une théorie de l'abus du droit<sup>30</sup>. Dès lors les juristes en Allemagne se réfèrent aux concepts de l'abus du droit. Superficiellement, ce changement semblait se réduire, en tant

<sup>28</sup> Sur cela : *Hans-Peter Haferkamp*, Die heutige Rechtsmissbrauchslehre – Ergebnis nationalsozialistischen Rechtsdenkens ? (Berliner Juristische Universitätschriften. Zivilrecht 1), Berlin 1995, p. 183 et suivantes ; *celui-ci*, Bemerkungen zur deutschen Privatrechtswissenschaft zwischen 1925 und 1935 – dargestellt an der Debatte um die Behandlung der *exceptio doli generalis*, <http://www.forhistiur.de/zitat/9707haferkamp.htm>, n° 1 et suivantes ; *Filippo Ranieri*, Rinuncia Tacita e Verwirkung, Padua 1971, p. 27 et suivante ; *Matthias Stupp*, GmbH-Recht im Nationalsozialismus (Schriften zur Rechtsgeschichte, 93), 2002, 104 suivantes.

<sup>29</sup> En accord avec Siebert : *Heinrich Lehmann*, Zur Lehre von der Verwirkung, JW 1936, 2193 ; *celui-ci*, Der Primat der Rechtspflicht, dans : Festschrift für Richard Deinhardt zum 75. Geburtstag, 1940, 108 et suivantes ; *Wilhelm Herschel*, Deutsches Arbeitsrecht 1936, 187 ; *celui-ci*, Nachträgliche Sittenwidrigkeit, JW 38, 1774 ; *Friedrich Klausning*, JW 1935, 1842 ; *Wilhelm Sauer*, Juristische Methodenlehre, 1940, 479 ; *Otto Lindemann*, DR 43, 1171 et suivantes ; *Palandt/Friesecke*, 5ème édition en 1942, § 242, 1., § 138, 1 b), introduction pour § 241, 1 b) ; *Staudinger/Weber*, 10ème édition en 1940, vol. II, Recht der Schuldverhältnisse, partie 1, §§ 241-242, introduction, n° 500 ; *Epping*, dans : Fr. Schlegelberger, W. Vogels (éditeurs), Erläuterungswerk zum Bürgerlichen Gesetzbuch und zum neuen Volksrecht, 1939, § 242, n° 30 ; *Heinrich Stoll*, Vertrag und Unrecht, 1936, 29 ; *Karl Larenz*, Vertrag und Unrecht, vol. I, 1936, 111.

<sup>30</sup> RGZ (22 janvier 1935 – II 198/34) 146, 385, sur cette décision *Haferkamp*, Rechtsmissbrauchslehre (n. 24), 233 et suivantes ; le sujet était la supposition d'un devoir de fidélité renforcé de la part du sociétaire exerçant son droit de vote ; une analyse profonde se trouve maintenant chez *Matthias Stupp*, GmbH-Recht im Nationalsozialismus (Schriften zur Rechtsgeschichte, 93), Berlin 2002, 168 et suivantes. L'application de la doctrine de Siebert dans la question de la soi-disant immoralité postérieure était aussi brisante dans un sens idéologique, voir *Haferkamp*, Rechtsmissbrauchslehre (n. 24), 240 et suivantes ; *Mathias Schmoeckel*, Der maßgebliche Zeitpunkt zur Bestimmung der Sittenwidrigkeit nach § 138 I BGB, AcP 197 (1997), 9 et suivantes.

que reflète des tendances anti-romanistes de l'époque, à une question de terminologie. Les préjugés anciens contre le droit romain qu'on jugeait « libéral » et, de toute façon, anti-social<sup>31</sup>, étaient repris par une critique d'inspiration national-socialiste, qui n'en faisait pas l'éloge. Devant les idées émises comme celle de Oswald Spengler que le droit romain aurait été principalement d'origine sémitique<sup>32</sup>, il ne faut pas s'étonner que le concept de l'« *exceptio* », renvoyant au droit romain, fut rejeté.

Mais la nouvelle terminologie cachait aussi un éloignement des idées auparavant décrites par l'ancienne « *exceptio doli generalis* ». Se référant aux idées de Gierke, Siebert évoquait une théorie dite des « imites inhérentes » (Innentheorie) selon laquelle tout droit subjectif portait en lui-même l'interdiction de son abus. Le but était avant tout de mettre ces idées en accord avec le texte du BGB et de donner au concept une assise légale<sup>33</sup>. Siebert voyait un « progrès considérable » dans le fait de pouvoir ériger en droit positif l'idée de la suprématie de l'intérêt collectif sur les intérêts individuels<sup>34</sup>. À cette fin, il ancrerait le concept de l'abus du droit dans le paragraphe 242, en principe relatif à la bonne foi en droit des obligations. La disposition servait désormais comme « “transformateur permanent” de l'idée d'un droit pur et vrai dans un droit positif pur et vrai »<sup>35</sup>. Par conséquent, elle jouait contre toute règle impérative non seulement en droit civil<sup>36</sup> mais aussi en droit public<sup>37</sup>.

<sup>31</sup> Voir : Sibylle Hofer, *Freiheit ohne Grenzen ? Privatrechtstheoretische Diskussionen im 19. Jahrhundert*, Tübingen 2001, p. 49 et suivantes ; Klaus Luig, *Römische und Germanische Rechtsanschauung, individualistische und soziale Ordnung*, dans : Joachim Rückert et Dietmar Willoweit (éditeurs), *Die Deutsche Rechtsgeschichte in der NS-Zeit, ihre Vorgeschichte und ihre Nachwirkungen*, Tübingen 1996, p. 95 et suivantes.

<sup>32</sup> En tant que référence : Dieter Simon, *Die deutsche Wissenschaft vom römischen Recht nach 1933*, dans Michael Stolleis et Dieter Simon, *Rechtsgeschichte im Nationalsozialismus*, Tübingen 1989, p. 161 et suivantes, 169, 191.

<sup>33</sup> Voir l'exposition chez Wolfgang Siebert, *Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung*, Marburg 1934, 77.

<sup>34</sup> Siebert, *Verwirkung* (n. 31), 132.

<sup>35</sup> Siebert, *Verwirkung* (n. 31), 91.

<sup>36</sup> Siebert, *Verwirkung* (n. 31), 124.

<sup>37</sup> Siebert, *Verwirkung* (n. 31), 123 et suivantes. L'application de § 242 dans le droit public n'était acceptée qu'après 1933, voir : Michael Stolleis, *Gemeinwohlformeln im nationalsozialistischen Recht (Münchener Abhandlungen zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung, 15)*, Berlin 1974, 91 avec Fn. 77 ; encore en 1933, le conseiller du Reichsgerichtshof Wilhelm Gadow se prononçait contre l'emploi de § 242 dans le droit des choses, en voulant qu'on y applique seulement les §§ 226, 826 : Gadow, *Die Einrede der Arglist*, JhJb 81, 1933, 174 et suivantes, 187.

L'intérêt politico-juridique ressortait assez clairement des débats. Avec sa théorie de l'abus du droit, Siebert contribuait aux attaques d'inspiration national-socialiste contre l'autonomie du droit privé qui trouvaient leur première expression dans la définition du droit en tant que pouvoir juridique de la volonté individuelle. L'idée qu'un droit subjectif ne pouvait exister que lorsqu'il n'était pas contraire aux exigences de la bonne foi, semblait en premier vu accroître le pouvoir du juge. Mais Siebert allait plus loin. Selon lui, la notion de la bonne foi n'était pas imprécise mais clairement définie par le programme du parti national-socialiste. Il suivait ainsi une idée de Carl Schmitt de 1933 qui avait mis au clair l'intérêt de son point de vue : « Lorsque la notion de bonne foi n'est plus définie par rapport à la société individuelle et bourgeoise mais en référence à l'intérêt de l'ensemble de la collectivité populaire, on change tout le système juridique sans refaire une seule disposition législative »<sup>38</sup>. Derrière cet artifice intellectuel qui consiste à éviter la rupture et à contourner la loi par l'interprétation, on peut cerner l'idée d'un renversement politique des valeurs du droit privé par l'idéologie nazie. La légalité apparente de ce procédé permettait au juge de poliment avancer une pure application de la loi qu'il n'avait plus à corriger.

## V. *Exceptio doli generalis* et l'abus du droit après 1945

Après 1945, on constate l'absence terminologique totale de l'« *exceptio doli generalis* » aussi en jurisprudence qu'en doctrine. Aujourd'hui la parenté entre celle-ci et les théories de l'abus du droit n'est quasiment plus présente. Les auteurs et la jurisprudence contemporains poursuivent les idées de Siebert sans pour autant se référer au contenu nazi qui y était renfermé<sup>39</sup>. Ce qui en reste,

<sup>38</sup> Carl Schmitt, *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, 1934, 49.

<sup>39</sup> Avec des recours quasiment omniprésents au livre de Siebert de 1934 concernant la théorie des « limites inhérentes » : *Münchener Kommentar/Roth*, 4<sup>ème</sup> édition en 2003, § 242, n° 63 ; *Erman/Werner*, 9<sup>ème</sup> édition en 1993, § 242, n° 74 ; *Soergel/Teichmann*, 12<sup>ème</sup> édition en 1990, § 242, n° 274 ; *HK-BGB/Schulze*, 2<sup>ème</sup> édition parue en 2002, n° 21 ; *Bamberger/Roth/Grüneberg*, vol. I, 2003, § 242, n° 47 ; *BGHZ* (18 nov. 1955 – I 176/53) 19, 72, 75 ; *BGHZ* (29 avril 1959 – IV 265/58) 30, 140, 145 ; *BAG* (23 juin 1994 – 2 AZR 617/93) BB 95, 204 ; contre la théorie des limites inhérentes se prononçaient surtout *Staudinger/Schmidt*, 13<sup>ème</sup> édition, § 242, n° 735. Dans la littérature pour l'étude juridique, la localisation dogmatique du domaine de l'abus du droit ne joue presque jamais un rôle, on s'y concentre plutôt aux groupes de cas spéciaux ; en faveur de la théorie des limites inhérentes : *Heinz Hübner*, *Allgemeiner Teil des BGB*, 2. Aufl. Berlin 1996, n° 406 et suivants ; *Ludwig Enneccerus*, *Hans Carl Nipperdey*, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 15<sup>ème</sup> édition en Marburg 1960, vol. II, § 239 III avec Fn. 23 ; maintenant d'un avis sceptique : *Manfred Wolf*, dans : *Karl Larenz, celui-ci*, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, 8<sup>ème</sup> édition en München 1997, 323, n° 15 (Larenz déclarait une autre

c'est le pouvoir quasiment illimité du juge de faire prévaloir, sur le fondement de la « *bona fides* », une justice matérielle dans les cas d'espèce. L'idée de la bonne foi dans sa version allemande rend possible aussi bien la correction des stipulations des parties que de la volonté législative. « Les exigences de la bonne foi forment des limites inhérentes à tout droit subjectif, toute situation et toute règle juridiques », l'exprime Helmut Heinrichs dans la dernière édition du Palandt, commentaire de référence dans la pratique du droit privé<sup>40</sup>. La « *bona fides* » s'applique bien en dehors du droit des obligations dans l'ensemble du droit privé et même en droit public. Elle joue un rôle plus important dans l'ordre juridique allemand que dans aucun autre pays européen<sup>41</sup>. D'un point de vue constructif on peut lui comparer uniquement la codification suisse qui, dans son célèbre article deux alinéa deux, dispose que « l'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi ». Pourtant, les divergences dans la pratique judiciaire sont importantes. Tandis que la jurisprudence suisse fait une application très prudente de ses vastes compétences<sup>42</sup>, on comptait aux années 1990 dans le recueil officiel de jurisprudence de la Cour Fédérale Allemande plus que dix pour cent de motivations qui faisaient référence à la notion de bonne foi<sup>43</sup>.

Le changement profond qu'a opéré la doctrine des années 1933 au-delà de la terminologie ne se révèle que dans la mise en œuvre de la bonne foi en tant que correctif des dispositions légales. Avant 1933, la jurisprudence ne s'intéressait qu'au comportement déloyal des parties au procès; ce n'est qu'à partir de 1933 que l'idée de se servir de la notion de bonne foi afin de changer la signification de la loi en apparence légale, gagne du terrain. Le concept était, sous un autre signe, repris après 1945. Dans cette tradition, Günter Dürig créa la théorie des effets indirects des droits fondamentaux sur le droit privé<sup>44</sup>,

---

opinion dans les éditions antérieures) ; une rare référence aux origines national-socialistes dans la discussion sur les droits subjectifs donne : *Hans Brox*, Allgemeiner Teil des BGB, 23ème édition en Berlin 1999, n° 571.

<sup>40</sup> Palandt/*Heinrichs*, 64ème édition, München 2004, § 242, n° 38.

<sup>41</sup> Voir : *Filippo Ranieri*, Bonne foi et exercice du droit dans la tradition du Civil Law, *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1998, 1055-1092.

<sup>42</sup> Voir : *Hans Merz*, dans *Berner Kommentar*, Art. 2, Bern 1962, p. 213 ; *Klaus Rupert Neuhaus*, Das Rechtsmissbrauchsverbot im heutigen Völkerrecht. Eine Untersuchung zur Entwicklung und Anwendbarkeit eines Begriffs, Berlin 1984, p. 159 ; *Filippo Ranieri*, *Europäisches Obligationenrecht*, 2<sup>ème</sup> édition, Vienne 2003, p. 677 ; Un aperçu des cas d'application les plus importants donnent : *Christine Chappuis*, L'abus de droit en droit suisse des affaires et *Gabriel Aubert*, L'abus de droit en droit suisse de travail, dans *Ancel et Chappuis*, L'abus de droit (remarque 24) 2001, p. 69 et suivantes, 101 et suivantes.

<sup>43</sup> *Staudinger/Schmidt*, édition douze, 1995, n° 90 (mais sans preuve exacte).

<sup>44</sup> *Günter Dürig*, Grundrechte und Zivilrechtsprechung, dans : Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung. Festschrift zum 75. Geburtstag von Hans Nawiasky, 1956, 157 et

encore en débat aujourd'hui, qu'il fondait sur la supposition que le système du BGB, par la disposition relative à la bonne foi, s'ouvrait aux valeurs juridiques supra-législatives. Pour décrire ce procédé il empruntait l'expression d'une « brèche dans le droit civil<sup>45</sup> » tirée d'un texte de propagande nazie écrit par Heinrich Lange<sup>46</sup>. La théorie des « limites inhérentes », avancée par Siebert, conduisait les auteurs à partir de 1949 à remplacer le programme du parti national-socialiste par le catalogue des droits fondamentaux de la loi fondamentale entrée en vigueur cette année-là. Cette évolution quelque peu tourmentée ne doit pas être interprétée de façon polémique. La continuité ne joue que sur la méthode et reste sans effets sur le fond. La construction ne peut donc recevoir critique que d'une perspective méthodologique et doit partir des limites du pouvoir judiciaire par rapport à la loi et au législateur. L'évolution du droit allemand invite au scepticisme. Le BGB, qui entra en vigueur sous le Second Empire Allemand et le resta dans la République de Weimar comme pendant la dictature nazie, continuait d'être appliqué jusqu'en 1976, dans l'ancienne République démocratique de l'Allemagne (RDA) aussi bien que dans la République fédérale. Ainsi, le Code faisait preuve d'une capacité d'adaptation remarquable sous des approches méthodologiques bien différentes. Les liens qu'il a pu établir contre l'arbitraire du juge ne doivent pas être surestimés. De même, la passion des juristes allemands pour des systèmes juridiques écartant toute contradiction ne trouve pas l'assentiment de la communauté des juristes européens. Dès lors, le droit prétorien semble être notre sort.

Il est vrai que ces questions n'évoquent plus que très partiellement l'ancienne « *exceptio doli generalis* ». Sous un aspect de droit matériel, elle symbolise, au demeurant dans l'histoire du droit privé de l'Allemagne, la reconnaissance de la *bona fides* en tant que correctif du droit des obligations par la jurisprudence et la doctrine du dix-neuvième et vingtième siècle. Du côté institutionnel, elle témoigne de la grande conscience d'autonomie qu'avait la jurisprudence allemande de l'époque. Son abandon, enfin, est révélateur de la croissance et du changement de sens de la notion de bonne foi après 1933.

---

suyvantes, 176, en tant que référence sur ce thème, voir : *Claus-Wilhelm Canaris*, *Grundrechte und Privatrecht – eine Zwischenbilanz* (Juristische Studiengesellschaft zu Berlin, 159), 1999 ; *celui-ci*, *Grundrechte und Privatrecht*, AcP 184 (1984), 201 et suivantes ; *Johannes Hager*, *Grundrechte im Privatrecht*, JZ 1994, 373. Pour la juridiction, voir : BVerfGE (23 avril 1986 – 2 BvR 487/80) 73, 261, 269.

<sup>45</sup> *Günter Dürig*, *Freizügigkeit*, dans : Franz Ludwig Neumann et autres (éditeurs), *Die Grundrechte*, 1954, 525 ; la Cour constitutionnelle fédérale allemande employait la même terminologie dans BVerfGE (15 janvier 1958 – 1 BvR 400/51) 7, 198 ; voir aussi *Michael Stolleis*, art. « Nationalsozialistisches Recht », HRG, vol. III, 1984, colonne 873, 875, qui constate aussi des continuités méthodologiques.

<sup>46</sup> *Heinrich Lange*, *Generalklauseln und neues Recht*, JW 1933, 2858.