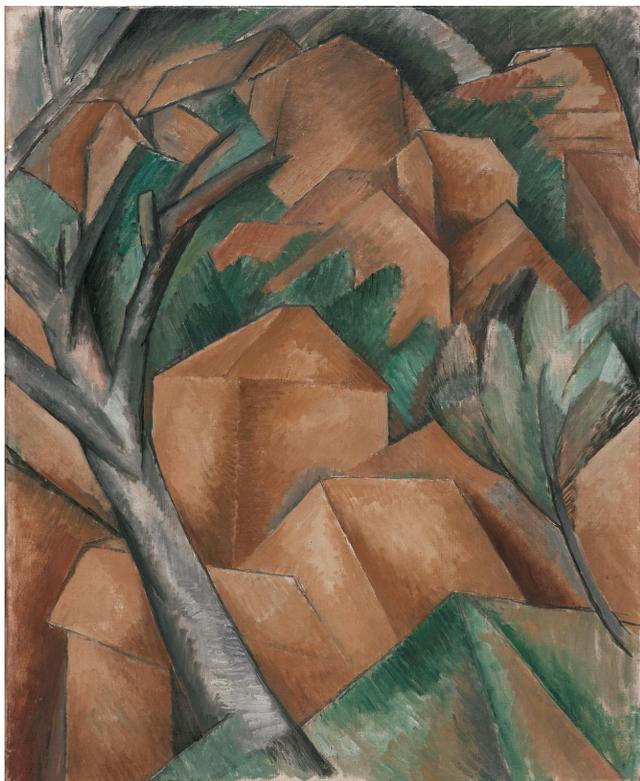


**GRANDES FIGURES DU DROIT
DE L'ÉPOQUE CONTEMPORAINE**

*Actes du colloque en l'honneur
du doyen Christian Chêne*

Ouvrage édité par
Arnaud Vergne



Collana di Studi di Storia del diritto medievale e moderno

Collettanee

3

Table des matières

PHILIPPE DIDIER, <i>Avant-propos</i>	1
---	---

ARNAUD VERGNE, <i>Christian Chêne et les grandes figures du droit</i>	3
--	---

PREMIÈRE PARTIE

EXPLORATION DES FONDEMENTS DU DROIT

JOSÉ JAVIER DE LOS MOZOS TOUYA, <i>Otto Lenel et le développement d'une étude historique sur le droit romain</i>	15
---	----

SOPHIE DÉMARE-LAFONT, <i>Georges Boyer, une figure de la faculté de droit de Toulouse</i>	31
--	----

SOAZICK KERNEIS, <i>L'anthropologie du droit dans l'œuvre d'Alain Testart</i>	41
--	----

DEUXIÈME PARTIE

INNOVATIONS DE JURISTES FRANÇAIS CONTEMPORAINS

LAURENT PFSISTER, <i>Augustin-Charles Renouard (1794-1878), pionnier de la doctrine du droit d'auteur</i>	53
--	----

JEAN-MARIE AUGUSTIN, <i>Théophile Ducrocq, pionnier du droit pénal international</i>	83
---	----

TROISIÈME PARTIE

APPORTS EUROPÉENS

FRANZ-STEFAN MEISSEL, <i>Joseph Unger : père fondateur de la science civiliste autrichienne</i>	95
--	----

FRÉDÉRIC RIDEAU, <i>Notes sur le précédent en common law au regard de l'œuvre de William Searle Holdsworth</i>	111
---	-----

PAOLO ALVAZZI DEL FRATE, <i>Norberto Bobbio entre positivisme et histoire</i>	137
--	-----

*Joseph Unger : père fondateur de
la science civiliste autrichienne*

Franz-Stefan Meissel
Professeur à l'Université de Vienne

C'est avec un plaisir particulier que j'ai accepté l'invitation si gentille et honorable de parler dans le cadre de ce colloque et je remercie chaleureusement Arnaud Vergne et les autres organisateurs d'avoir pris cette initiative. Depuis 15 ans, il y a une collaboration très proche entre le doyen Christian Chêne et l'Université de Vienne, il a maintes fois accepté de venir à Vienne comme professeur invité et a enseigné avec une audience toujours très reconnaissante l'histoire de la doctrine civiliste en France depuis l'entrée en vigueur du code civil.

Cela nous a permis de nous entretenir souvent sur les développements parallèles en droit français et en droit autrichien dont on peut citer par exemple des phénomènes comme l'école exégétique du début du XIX^e siècle, l'influence de l'école historique du droit, la découverte du droit comparé à la fin du XIX^e siècle ou les similarités entre la pensée de Jean Carbonnier et de Walter Wilburg et son « système flexible du droit ».

Si on cherche dans l'histoire du droit autrichien un personnage clé pour la doctrine du droit civil, le nom de Joseph Unger s'impose pour plusieurs raisons. C'est le juriste le plus éminent de la deuxième moitié du XIX^e siècle dont les empreintes méthodologiques sont toujours reconnues aujourd'hui.

La biographie de Joseph Unger¹ nous emmène dans la période de

¹ Sur la biographie, cf. S. Frankfurter, *Joseph Unger – Das Elternhaus – die Jugendjahre*, Wien/Leipzig, Wilhelm Braumüller, 1917 ; B. M. Scherl, *Einleitung*, dans Bernhard Martin Scherl (dir.), *Joseph Unger: Aufsätze und kleinere Monografien I*, Hildesheim, Georg Olms, 2005, p. 7-85 ; M. Mathiaschitz, „Handeln auf eigene Gefahr“ - *Joseph Unger und seine Konzeption einer verschuldensunabhängigen Haftung „pro utilitate communi“*, Dissertation, Wien, Universität Wien, 2017, p. 4-99. En plus : F. Klein, *Joseph Unger †*, Juristische Blätter, 1913, p. 215-216 ; M. Wlassak, *Joseph Unger ein Nachruf*, Almanach der Kaiserlichen Akademie der Wissenschaften, Wien, K. K. Hof- und Staatsdr., 1913, p. 491-492 ; E. Strohal, *Joseph Unger †. Gedenkrede*, Jena, Gustav Fischer, 1914 ; E. Zweig, *Josef Unger*, in A. Bettelheim (dir.), *Biografisches Jahrbuch und deutscher Nekrolog, Bd 18*, Berlin, Druck und Verlag von Georg Reimer, 1917, p. 187-213 ; A. Bettelheim, *Ein Jugendbrief Josef Ungers*, in A. Bettelheim, *Biographenwege*, Berlin, Gebrüder Paetel, 1913,

l'empereur François-Joseph, une période pendant laquelle l'Empire austro-hongrois était une des grandes puissances de l'Europe avec une population d'environ 50 millions d'habitants, un empire multi-ethnique et pluri-national, en plein développement industriel et commercial qui finira avec la première guerre mondiale. Joseph Unger était sans doute le juriste le plus célèbre et aussi le plus admiré de cette fin de siècle Viennois.

Quand Unger mourut le 2 mai 1913, la presse fut pleine de nécrologies respectueuses. Même l'empereur François-Joseph exprima sa douleur lors du décès et sa gratitude pour l'œuvre du défunt. Dans les éloges sur Joseph Unger, on parla du « *praeceptor iurisprudentiae Austriacae* », du « maître de la science juridique autrichienne » (Émil Schrutka von Rechtenstamm)² et on le caractérisa comme le « prince souverain dans le royaume du droit » (Siegfried Ehrlich).

Unger n'était pas seulement un grand civiliste qui aida à introduire les idées de Savigny et ses disciples en Autriche, il était aussi un homme politique influent et assumait pendant plus de trente ans la fonction de président de la cour impériale – un intellectuel qui dans sa jeunesse avait été un militant révolutionnaire et qui plus tard était devenu un des piliers des réformes libérales de l'empire habsbourgeois et un proche collaborateur de l'empereur.

p. 192-197 = *Österreichische Rundschau*, Bd 25 Heft 4 (1913) 315 ff ; G. Segré, *Sull'opera scientifica di Giuseppe Unger*, *Rivista di diritto civile*, 1914, p. 585 ff = Segré, *Scritti giuridici I*, Cortona, Stab. tipografico Commerciale 1930, p. 129-192 ; G. Walker, *Zum 100. Geburtstag Josef Ungers*, Wien, Österreichische Staatsdruckerei, 1928 ; H. Sinzheimer, *Jüdische Klassiker der deutschen Rechtswissenschaft*², Frankfurt a. M., Klostermann, 1953, p. 83-95 ; H. Lentze, *Joseph Unger – Leben und Werk*, in W. M. Plöchl/I. Gampl (dir.) : *Im Dienste des Rechtes in Kirche und Staat. Festschrift zum 70. Geburtstag von Franz Arnold*. Wien, Herder, 1963, p. 219-232 ; W. Ogris, *Die Historische Schule der österreichischen Zivilistik*, in N. Grass/W. Ogris (dir.) : *Festschrift Hans Lentze*, Innsbruck/München : Universitätsverlag Wagner, 1969, p. 449-496 = in: W. Ogris, *Elemente europäischer Rechtskultur*, Wien, Böhlau (2003), 345-401 ; H. Hofmeister, *Zum 70. Todestag Josef Ungers am 2.5.1983*, in *Richterzeitung*, 1983, 119-120 ; B. Dölemeyer, *Josef Unger (1828- 1913)*, in M. Stolleis (dir.), *Juristen*, München, Beck, 1995, p. 628-629 ; J. Schröder, *Joseph Unger*, in G. Kleinheyer/J. Schröder, *Deutsche und europäische Juristen aus neun Jahrhunderten*⁴, Heidelberg : C. F. Müller 1996, 431-434 ; W. Brauner, *Joseph Unger*, in *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte V*, Berlin, Erich Schmidt, 1998, p. 483-487 ; M. G. Losano, *Briefwechsel Jherings mit Unger und Glaser*, Ebelsbach, Aktiv Druck & Verlag, 1996, 43-56 ; G. Wesener, *Josef Unger*, in Rafael Domingo, *Juristas universales*, Madrid – Barcelona, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2004, p. 382-385.

² Emil Schrutka von Rechtenstamm, *Joseph Unger als Lehrer der Österreichischen Rechtswissenschaft*, in *Neue Freie Presse*, Mai 3, 1913, p. 2.

1. *La biographie d'un juriste exceptionnel*

A. *Les aventures du jeune Unger*

Joseph Unger naquit en 1828 à Vienne. Son père Martin Unger était d'origine hongroise et avait fait fortune en Russie comme opticien. Il s'était marié avec Flora Porias, descendante d'une vieille famille juive de Bohême. En dépit des moyens financiers du couple, les parents de Unger ont eu beaucoup de peine à obtenir un permis de résidence à Vienne³. Le père fut forcé d'investir dans des projets industriels avec des partenaires locaux, mais cela ne fut pas couronné de succès. C'est seulement grâce à l'engagement personnel de la mère, qui avait été reçue deux fois par l'empereur, que la famille obtint un permis de résidence et put rester dans la capitale. Après les échecs des projets du père, c'est grâce à une école privée pour des élèves juifs gérée par Flora que la famille put s'établir de façon permanente⁴.

Le jeune Joseph fréquenta le lycée académique et s'avéra un jeune homme exceptionnellement doué avec une vive curiosité intellectuelle et un grand talent musical (il était un pianiste excellent)⁵. Après le Baccalauréat, Joseph Unger suivit des cours de philosophie à l'université avant de s'orienter vers des études de droit.

Le côté aventurier du jeune Unger se manifesta par son implication dans les événements révolutionnaires de mars 1848 : Joseph Unger fit partie des militants du mouvement révolutionnaire et occupa des fonctions importantes dans le comité des étudiants révolutionnaires. La phase révolutionnaire de Unger ne dura pourtant pas longtemps. Comme représentant d'une tendance modérée, il se retira de Vienne pendant une certaine période et continua ses études universitaires⁶.

Avec une dissertation sur le mariage dans une perspective historique

³ L'étude indispensable pour la jeunesse et le milieu culturel du jeune Unger : S. Frankfurter, *Joseph Unger – Das Elternhaus – Die Jugendjahre 1828-1875*, Wien und Leipzig, Braumüller, 1917.

⁴ M. Mathiaschitz, „*Handeln auf eigene Gefahr*“ - *Joseph Unger und seine Konzeption einer verschuldensunabhängigen Haftung „pro utilitate communi*“, Dissertation, Wien, Universität Wien, 2017, p. 4-11.

⁵ S. Frankfurter, *Joseph Unger – Das Elternhaus – Die Jugendjahre 1828-1875*, Wien und Leipzig, Braumüller, 1917, p. 49.

⁶ F.-S. Meissel, *Der Jurist als „politischer Professor*“, M. Ash, J. Ehmer (dir.), Universität – Politik - Gesellschaft, Göttingen, V&R unipress, 2015, p. 209-216, en particulier p. 211 et suivantes.

globale (« *Die Ehe in ihrer welthistorischen Entwicklung. Ein Beitrag zur Philosophie der Geschichte* », Wien, 1850), Unger obtint de l'Université de Königsberg en 1850 le degré de docteur en philosophie. Ce livre était écrit dans un esprit hégélien sous l'influence des théories de Gans et son approche « globale » en histoire de droit. La tendance ouvertement anti-catholique de cette œuvre fut reprochée à Unger plus tard ⁷. Quant à Unger lui-même, il reconnut lui-même la faible qualité scientifique ⁸ et le caractère plutôt journalistique du livre ⁹.

Le jeune intellectuel qui se caractérisa plus tard comme « mangeur de livres » et « *bookish man* » ¹⁰ chercha d'abord à travailler comme bibliothécaire. Après un stage à la Hofbibliothek, il travailla pour la Bibliothèque de l'Université de Vienne. Cette période fut aussi marquée par deux autres circonstances personnelles : après la mort de son père, Flora Unger, sa mère, se remaria avec un haut fonctionnaire catholique de la Monnaie autrichienne qui devint un deuxième père pour Joseph. En même temps, Flora et Joseph se convertirent au catholicisme ¹¹, un pas qui a certainement facilité la carrière ultérieure de Joseph Unger.

B. *Une carrière académique exemplaire*

En dépit de son origine juive et de ses activités révolutionnaires, le jeune savant eut une carrière académique rapide grâce à des personnages puissants proches de la cour impériale. Il s'agit notamment du prêtre Wilhelm Podlaha, qui avait été le directeur du lycée académique ¹², du ministre de l'éducation, le comte Leo Thun-Hohenstein et du juge Anton von Salvotti. Tous les trois protégèrent Joseph Unger et le désignèrent

⁷ F.-S. Meissel, *Joseph Unger und das Römische Recht – Zu Stil und Methoden der österreichischen Pandektistik*, in H.-P. Haferkamp, T. Repgen (dir.), *Wie pandektistisch war die Pandektistik? – Symposium aus Anlass des 80. Geburtstags von Klaus Luig am 11. September 2015*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2017, p. 22 note 19.

⁸ Cf. H. Lentze, *Joseph Unger – Leben und Werk*, in W. M. Plöchl/I. Gampl (dir.) : *Im Dienste des Rechtes in Kirche und Staat. Festschrift zum 70. Geburtstag von Franz Arnold*. Wien : Herder, 1963, p. 223.

⁹ J. Unger, *Mosaik*, Leipzig, Akademische Verlagsgesellschaft, 1911, p. 112.

¹⁰ J. Unger, *Mosaik*, Leipzig, Akademische Verlagsgesellschaft, 1911, p. 82.

¹¹ Salomon Frankfurter, *Joseph Unger – Das Elternhaus – Die Jugendjahre 1828-1875*, Wien und Leipzig, Braumüller, 1917, 74.

¹² M. Mathiaschitz, „*Handeln auf eigene Gefahr*“ - *Joseph Unger und seine Konzeption einer verschuldensunabhängigen Haftung „pro utilitate communi“*, Dissertation, Wien, Universität Wien, 2017, p. 14.

comme juriste-modèle d'une nouvelle époque¹³.

Après le choc de la Révolution de 1848, le gouvernement chercha à regagner les sympathies de la jeunesse universitaire. Dans l'esprit des catholiques conservateurs, c'est la théorie du droit naturel, le jus-naturalisme, qui avait été coupable de mener les jeunes sur la fausse piste révolutionnaire. Pour le comte Thun-Hohenstein, la pensée conservatrice de l'école historique de Savigny pouvait servir d'antidote intellectuel contre les revendications révolutionnaires. C'est pourquoi il s'engagea à réformer les universités et en particulier les études de droit afin d'importer les idées de Savigny et son école historique en Autriche¹⁴. Le jeune Unger, qui avait dévoré les huit volumes du « Système du droit romain contemporain » de Savigny comme un roman¹⁵, fut choisi comme le champion d'une nouvelle science juridique.

C'est en 1853 qu'Unger obtint la *venia legendi*, c'est-à-dire l'agrégation en droit, avec un livre sur le projet de code civil saxon, dans lequel il étudiait cette codification pour le royaume de Saxe dans une perspective systématique mais aussi comparatiste. Grâce à la protection de Thun-Hohenstein, il fut nommé tout de suite professeur extraordinaire à l'Université de Prague, où il prononça un discours inaugural sur le « traitement scientifique du droit privé autrichien », dans lequel il esquissa son programme méthodologique. Ce programme était clairement influencé d'abord par Savigny et Puchta¹⁶.

¹³ F.-S. Meissel, *Joseph Unger und das Römische Recht – Zu Stil und Methoden der österreichischen Pandektistik*, in H.-P. Haferkamp, T. Reppen (dir.), *Wie pandektistisch war die Pandektistik? - Symposium aus Anlass des 80. Geburtstags von Klaus Luig am 11. September 2015*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2017, p. 22.

¹⁴ H. Lentze, *Die Universitätsreform des Ministers Graf Leo Thun-Hohenstein*, (Sitzungsberichte der philosophisch-historischen Klasse, 239/2), Wien : VÖAW, 1962 ; H. Engelbrecht, *Geschichte des österreichischen Bildungswesens. Erziehung und Unterricht auf dem Boden Österreichs IV : Von 1848 bis zum Ende der Monarchie*, Wien : Österreichischer Bundesverlag, 1986, p. 221–278 ; W. Ogris, *Die Universitätsreform des Ministers Leo Graf Thun-Hohenstein (1999)* = W. Ogris/T. Olechowski, *Elemente europäischer Rechtskultur*, Wien : Böhlau Wien, 2003, p. 333-345 ; T. Simon, *Die Thun-Hohensteinsche Universitätsreform und die Neuordnung der juristischen Studien - und Prüfungsordnung in Österreich*, in Z. Pokrovac (dir.), *Juristenausbildung in Osteuropa bis zum Ersten Weltkrieg* (Studien zur europäischen Rechtsgeschichte, 225), Frankfurt am Main, Klostermann, 2007, p. 1-37.

¹⁵ E. Landsberg, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, Volume 3/2, reproduction Aalen, Scientia 1978, p. 918.

¹⁶ F.-S. Meissel, *Joseph Unger und das Römische Recht – Zu Stil und Methoden der österreichischen Pandektistik*, in H.-P. Haferkamp, T. Reppen (dir.), *Wie pandektistisch war die Pandektistik? - Symposium aus Anlass des 80. Geburtstags von Klaus Luig am*

Son approche est en effet imprégnée par le souci de systématisation, telle que la science allemande de l'époque la connaissait. Le travail dogmatique ne consiste pas dans un travail exégétique suivant l'ordre légal des règles codifiées mais dans l'analyse du système du droit et la recherche des institutions et des principes du droit privé qui conduisent aux règles concrètes qu'on trouve dans le code ¹⁷.

Nommé Professeur ordinaire à l'université de Vienne en 1856, il publia le premier volume de son *Système du droit privé autrichien*. Unger utilise l'ordre pandectiste en cinq parties au lieu du système tripartite qui se trouve encore dans le code civil autrichien de 1811. Les deux premiers volumes sont consacrés aux questions de la Partie générale du droit privé (Volume I publié en 1856 ¹⁸, Volume II publié en 1857 ¹⁹ et 1859 ²⁰). En 1864, il publia le livre sur le droit des successions ²¹. Même si son système restera inachevé, c'est un projet tout à fait paradigmatique. Dès lors, la science civiliste autrichienne utilisera le système en cinq parties pour les traités de droit civil et pour l'enseignement universitaire du droit civil.

C. Unger comme homme politique

Vers la fin des années 1860, le professeur Unger s'engagea de plus en plus dans la politique ²². C'était une période libérale après l'entrée en vigueur des lois fondamentales de la constitution de 1867. Il fut élu membre de la diète de la Basse-Autriche et celle-ci le nomma comme représentant au *Reichsrat*. En 1869, il fut nommé membre permanent de la deuxième chambre du Parlement, le *Herrenhaus*. Là, il prononça des discours célèbres

11. September 2015, Tübingen, Mohr Siebeck, 2017, p. 25.

¹⁷ Cf. J. Unger, *Über die wissenschaftliche Behandlung des österreichischen gemeinen Privatrechts: Eine Antrittsrede gehalten an der Prager Hochschule des 8. Oktobers 1853*, Wien, Manz, 1853.

¹⁸ J. Unger, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts I*, Leipzig, Breitkopf und Härtel, 1856.

¹⁹ J. Unger, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts III/1*, Leipzig, Breitkopf und Härtel, 1857.

²⁰ J. Unger, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts III/2*, Leipzig, Breitkopf und Härtel, 1859.

²¹ J. Unger, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts VI*, Leipzig, Breitkopf und Härtel, 1864.

²² F.-S. Meissel, *Der Jurist als „politischer Professor“*, M. Ash, J. Ehmer (dir.), Universität – Politik – Gesellschaft, Göttingen, V&R unipress, 2015, p. 214-216.

qui accompagnèrent l'évolution de l'état du droit moderne en Autriche ²³.

Politiquement, Unger appartient au camp constitutionnaliste libéral, loyal à l'empereur et à la monarchie dualiste austro-hongrois. En ce qui concerne les relations entre l'Autriche et la partie hongroise de l'empire, Unger a toujours soutenu la nécessité d'un compromis avec la Hongrie tel qu'il avait été fixé dans le « *Ausgleich* » de 1867 ²⁴. Cependant, d'un autre côté, il se considérait lui-même comme un « Joséphinite », c'est-à-dire un partisan d'une administration centralisée ²⁵, avec un fondement légal bien ordonné et rationnel, dans la tradition des réformes de Marie-Thérèse et de Joseph II ²⁶.

Unger n'avait pas beaucoup de sympathies pour le fédéralisme et le nationalisme. Dès lors, il était pour l'allemand comme langue officielle unique et pour une administration homogène dans toutes les parties de l'Empire. Pour citer Unger lui-même : « En Autriche, il y a beaucoup trop de sentiment national et beaucoup trop peu de sentiment étatique. Si l'idée de la nation n'est pas anoblie par l'idée de l'humanisme et n'est pas limitée par l'idée de l'État, elle conduit comme une dynamite à une explosion de tous les liens sociaux et politiques » ²⁷.

La carrière politique d'Unger aboutit en 1871 à sa nomination comme ministre dans le gouvernement libéral du duc Auersperg. À cause de son autorité personnelle et de son pouvoir oratoire reconnu, il devint ministre sans portefeuille, avec la fonction de porte-parole du gouvernement. Son ami Julius Glaser, le grand pénaliste et processualiste, assumait dans le même gouvernement la fonction de ministre de la justice (Garde des Sceaux) ²⁸. Unger resta ministre de 1871 jusqu'en 1879 et contribua à plusieurs

²³ Pour une description détaillée, cf. M. Mathiaschitz, „*Handeln auf eigene Gefahr*“ - *Joseph Unger und seine Konzeption einer verschuldensunabhängigen Haftung „pro utilitate communi“*, Dissertation, Wien, Universität Wien, 2017, p. 44-94.

²⁴ M. Mathiaschitz, „*Handeln auf eigene Gefahr*“ - *Joseph Unger und seine Konzeption einer verschuldensunabhängigen Haftung „pro utilitate communi“*, Dissertation, Wien, Universität Wien, 2017, p. 76-80.

²⁵ M. Mathiaschitz, „*Handeln auf eigene Gefahr*“ - *Joseph Unger und seine Konzeption einer verschuldensunabhängigen Haftung „pro utilitate communi“*, Dissertation, Wien, Universität Wien, 2017, p. 87.

²⁶ F.-S. Meissel, *Der Jurist als „politischer Professor“*, M. Ash, J. Ehmer (dir.), Universität – Politik – Gesellschaft, Göttingen, V&R unipress, 2015, p. 215.

²⁷ J. Unger, *Mosaik*, Leipzig, Akademische Verlagsgesellschaft, 1911, p. 190.

²⁸ M. Mathiaschitz, „*Handeln auf eigene Gefahr*“ - *Joseph Unger und seine Konzeption einer verschuldensunabhängigen Haftung „pro utilitate communi“*, Dissertation, Wien, Universität Wien, 2017, p. 44-84.

réformes essentielles pour l'état de droit en Autriche : Avec Lemayr, un juriste et haut fonctionnaire du ministère de la justice, il élaborait la loi instituant la Cour suprême d'administration (*Verwaltungsgerichtshof*) de 1875 et il aida à réaliser le projet d'un nouveau code de procédure pénale en 1878, dont Glaser est l'auteur²⁹.

Après la démission du gouvernement Auersperg, Unger continua de siéger auprès du *Herrenhaus* et continua d'accompagner avec ses discours éloquentes beaucoup de projets législatifs, par exemple en matière de responsabilité civile pour les chemins de fer et les voitures³⁰ ou le nouveau code de procédure civile de 1895, le code Klein³¹.

En 1881, l'empereur le nomma président du *Reichsgericht* (de la Cour impériale). C'est jusqu'à sa mort qu'Unger présida cette institution qui peut être caractérisée comme la préfiguration de la cour constitutionnelle actuelle.

2. L'influence d'Unger sur la doctrine civiliste en Autriche

A. La mise en œuvre des réformes de Thun-Hohenstein

Pour évaluer l'importance scientifique d'Unger et son rôle de père fondateur de la science civiliste autrichienne, on doit rappeler l'état des études juridiques dans la période du « Vormärz ». Sur le plan scientifique, la première moitié du XIX^e siècle fut dominée en Autriche par ce qu'on appelle l'école exégétique du droit civil. Cette école s'occupait surtout de l'interprétation plus ou moins littérale du code ; les auteurs (comme Nippel et Winiwarter) se contentaient souvent de copier ce que Zeiller avait écrit dans son commentaire du code. Bien sûr, il faut tenir compte du fait que

²⁹ W. Ogris, *Karl Freiherr von Lemayer - Leben und Wirken*, in F. Lehne, E. Loebenstein, B. Schimetschek (dir.), *Die Entwicklung der österreichischen Verwaltungsgerichtsbarkeit. Festschrift zum 100jährigen Bestehen des österreichischen Verwaltungsgerichtshofes*, Wien et New York, Springer, 1976, p. 17-37.

³⁰ M. Mathiaschitz, „Handeln auf eigene Gefahr“ - *Joseph Unger und seine Konzeption einer verschuldensunabhängigen Haftung „pro utilitate communi“*, Dissertation, Wien, Universität Wien, 2017, p. 191-200.

³¹ M. Mathiaschitz, „Handeln auf eigene Gefahr“ - *Joseph Unger und seine Konzeption einer verschuldensunabhängigen Haftung „pro utilitate communi“*, Dissertation, Wien, Universität Wien, 2017, p. 88-94.

l'atmosphère intellectuelle de cette époque pré-révolutionnaire était très conservatrice et réactionnaire ³².

Un changement fondamental n'eut lieu qu'au cours de l'année révolutionnaire de 1848. Sur le plan juridique, le système féodal disparut définitivement ; de plus, de nouvelles idées constitutionnelles, telles que la liberté de la presse, la liberté d'association ainsi que la participation citoyenne à la chose politique pénétrèrent dans les différentes classes sociales.

À cette époque, le comte Thun-Hohenstein cherchait à réformer les études juridiques afin d'importer les idées de Savigny et de l'école historique qu'il voulait utiliser comme un rempart contre l'esprit révolutionnaire. Sous l'influence de l'école historique allemande, il écarta les idées de l'école exégétique et proposa des études juridiques scientifiques, c'est-à-dire basées sur des études historiques du droit ³³. D'après le nouveau curriculum des études juridiques, une place privilégiée fut accordée aux matières historiques au lieu du droit naturel et de la philosophie du droit. C'est pourquoi les matières historiques, c'est-à-dire le droit romain, le droit germanique et l'histoire du droit autrichien, mais aussi le droit canonique dominaient les études de droit. Par ailleurs, on doit dire que cette prépondérance des matières historiques a duré en Autriche jusqu'aux réformes des années 80 du XX^e siècle ³⁴.

La mise en œuvre de cette politique fut confiée au jeune Unger. Celui-ci, de par ses publications et son enseignement, représentait une nouvelle génération de juristes qui allait occuper les postes importants dans la bureaucratie, dans la justice mais surtout dans les facultés de droit à la fin du siècle, pendant cette « *Gründerzeit* » viennois.

B. *Systématisation : Introduction du système pandectiste*

Depuis la publication de son système du droit privé autrichien par Josef Unger, la doctrine autrichienne était fortement influencée par la doctrine allemande et le système pandectiste en cinq parties. Les ouvrages

³² W. Brauneder, *Rechtsfortbildung durch Juristenrecht in Exegetik und Pandektistik in Österreich*, Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte 5 (1983) p. 22 et suivantes ; F. S. Meissel, *Römisches Recht im Wiener Rechtsstudium seit 1810*, in *Recht – Religion – Kultur*, Festschrift für Richard Potz, Wien, facultas.wuv 2014, p. 501-517, p. 507.

³³ Cf. *supra* note 14.

³⁴ F. S. Meissel, *Römisches Recht im Wiener Rechtsstudium seit 1810*, in *Recht – Religion – Kultur*, Festschrift für Richard Potz, Wien, facultas.wuv 2014, p. 515-517.

d'Unger³⁵ eurent, sur l'enseignement du droit civil autrichien, des effets similaires à ceux qu'eut l'ouvrage de Zachariäe von Lingenthal sur le droit français. Depuis le « Système » de Josef Unger, les juristes autrichiens font usage d'une Partie générale (*Allgemeiner Teil*), à la manière des pandectistes allemands, et cela, nonobstant l'absence d'une « partie générale » dans le code autrichien lui-même.

C'est grâce à son Système de droit civil qu'Unger est caractérisé souvent comme le savant qui a introduit l'école historique en Autriche. Mais cela doit être relativisé : avant lui, il y avait bien sûr déjà une lecture de Savigny et des autres grands auteurs de l'école historique dans les cercles académiques en Autriche. De plus, il ne serait pas du tout correct de caractériser Unger comme un historien du droit ; son travail scientifique était tout à fait concentré sur les questions du droit en vigueur, sur la systématisation du droit en vigueur et sur la politique juridique contemporaine³⁶. Néanmoins, ce qui est vrai, c'est qu'Unger symbolise la nouvelle orientation scientifique envers la science allemande telle qu'elle fut réclamée par les réformes universitaires de Thun-Hohenstein.

D'un autre côté, c'est moins l'approche romaniste de Savigny que la tendance pandectiste de Puchta et Windscheid qui correspond à la pensée de Unger pendant les années 1850 et 1860³⁷. Plus tard, il se rapprocha des théories de Jhering (qui était un proche ami, surtout pendant les années de Jhering à l'université de Vienne, de 1868 à 1871) et, vers la fin de sa longue vie, même de la théorie sociale du droit³⁸.

C. Le rôle du droit romain et du droit comparé

Fasciné par l'école historique et les livres de Savigny, Unger n'a jamais

³⁵ Notamment les volumes de son *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, cf. *supra* les notes 19-21.

³⁶ F.-S. Meissel, *Der Jurist als „politischer Professor“*, M. Ash, J. Ehmer (dir.), Universität – Politik – Gesellschaft, Göttingen, V&R unipress, 2015, p. 213.

³⁷ F.-S. Meissel, *Joseph Unger und das Römische Recht – Zu Stil und Methoden der österreichischen Pandektistik*, in H.-P. Haferkamp, T. Repgen (dir.), *Wie pandektistisch war die Pandektistik? - Symposium aus Anlass des 80. Geburtstags von Klaus Luig am 11. September 2015*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2017, p. 27.

³⁸ F.-S. Meissel, *Joseph Unger und das Römische Recht – Zu Stil und Methoden der österreichischen Pandektistik*, in H.-P. Haferkamp, T. Repgen (dir.), *Wie pandektistisch war die Pandektistik? - Symposium aus Anlass des 80. Geburtstags von Klaus Luig am 11. September 2015*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2017, p. 30-32.

été un romaniste pur et dur, mais un civiliste avec des connaissances remarquables aussi bien des sources romaines que du droit comparé. Dans ses publications, on y trouve souvent des références aux droits étrangers, notamment au droit français mais aussi au *common law* anglais.

L'approche scientifique d'Unger se distingue de l'approche des pandectistes allemands par le simple fait qu'en Autriche, on avait, avec le code civil, une codification en vigueur qui devait être au centre de chaque débat dogmatique. La tâche du savant était d'interpréter le code dans une perspective scientifique c'est-à-dire systématique. À cet égard, le système du droit privé d'Unger marque la fin de l'école exégétique et l'introduction de l'école scientifique historique en Autriche. Il faut pourtant rappeler que pour Unger la source du droit primaire, c'est la loi positive. Mais la loi doit être interprétée article par article, en identifiant les grands principes et institutions juridiques fondamentales³⁹. À cette fin, il propose d'utiliser aussi les connaissances de l'histoire du droit, les textes classiques des juristes romains, mais aussi les sources historiques du droit germanique, même si cette comparaison (aussi bien que l'étude des droits étrangers) s'inscrit dans une perspective plutôt comparative qui n'attribue pas à ces regards comparatifs la force d'une source de droit positif. Dès lors, l'étude du droit romain, du droit germanique et des autres droits étrangers sert comme source d'inspiration pour l'analyse du droit positif et pour l'identification de modèles d'orientation pour la réforme du droit autrichien en vigueur⁴⁰.

D. Innovations doctrinales : le contrat en faveur d'un tiers et la responsabilité de risque

Unger était intéressé par les développements doctrinaux en Allemagne et étudia le code saxon aussi bien que plus tard les projets du BGB. Mais il contribua aussi au débat dogmatique avec des publications innovatrices. À ce sujet, on doit citer surtout sa contribution monographique « *Die Verträge zugunsten Dritter* » de 1869, dans laquelle il développa la conception d'un

³⁹ F.-S. Meissel, *Joseph Unger und das Römische Recht – Zu Stil und Methoden der österreichischen Pandektistik*, in H.-P. Haferkamp, T. Reppen (dir.), *Wie pandektistisch war die Pandektistik? -Symposion aus Anlass des 80. Geburtstags von Klaus Luig am 11. September 2015*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2017, p. 23.

⁴⁰ F.-S. Meissel, *Joseph Unger und das Römische Recht – Zu Stil und Methoden der österreichischen Pandektistik*, in H.-P. Haferkamp, T. Reppen (dir.), *Wie pandektistisch war die Pandektistik? -Symposion aus Anlass des 80. Geburtstags von Klaus Luig am 11. September 2015*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2017, p. 26.

vrai contrat en faveur d'un tiers ⁴¹.

Cette idée d'Unger sera réalisée plus tard dans le BGB aussi bien que dans le droit autrichien au paragraphe 881 de l'ABGB (dans la version abrogée par la troisième nouvelle de 1916) :

§ 881 ABGB ⁴²

(1) Si quelqu'un s'est fait promettre une prestation pour un tiers, il peut exiger que la prestation soit accomplie pour le tiers.

(2) L'accord, la nature et le but du contrat permettent de juger si le tiers a aussi un droit direct d'exiger du promettant l'exécution du contrat, et à quel moment. En cas de doute, le tiers acquiert aussi ce droit, si c'est surtout lui qui doit profiter de cette exécution.

(3) En cas de cession de bien foncier, on considère, à défaut de stipulation, que le tiers a acquis lors de la tradition du bien foncier le droit aux prestations promises par le cessionnaire en sa faveur.

En matière de responsabilité civile, Unger propose d'adapter le régime de la responsabilité pour faute et d'introduire des règles pour une responsabilité pour risque. Dans ses livres sur « l'agir à risque propre » et sur « l'agir à risque d'autrui », il conçoit un régime de responsabilité sans faute qui tient compte surtout de la balance juste des intérêts des parties concernées ⁴³.

E. Sa position envers l'ABGB

Unger fut juriste pour la longue durée de six décennies. Cela explique

⁴¹ J. Unger, *Die Verträge zugunsten Dritter*, Jena, Mauke's Verlag 1869 (publié aussi dans : *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*).

⁴² Traduction basée sur M. Doucet, *Code civil général autrichien*, Vienne, Imprimerie nationale de France, 1947, p. 154 et suivantes. Version allemande : § 881 ABGB (1) *Hat sich jemand eine Leistung an einen Dritten versprechen lassen, so kann er fordern, daß an den Dritten geleistet werde.* (2) *Ob und in welchem Zeitpunkt auch der Dritte unmittelbar das Recht erwirbt, vom Versprechenden Erfüllung zu fordern, ist aus der Vereinbarung und der Natur und dem Zweck des Vertrages zu beurteilen. Im Zweifel erwirbt der Dritte dieses Recht, wenn die Leistung hauptsächlich ihm zum Vorteile gereichen soll.* (3) *Das Recht auf die bei einer Gutsabtretung vom Übernehmer zugunsten eines Dritten versprochenen Leistungen gilt mangels anderer Vereinbarung dem Dritten als mit der Übergabe des Gutes erworben.*

⁴³ M. Mathiaschitz, „*Handeln auf eigene Gefahr*“ - Joseph Unger und seine Konzeption einer verschuldensunabhängigen Haftung „*pro utilitate communi*“, Dissertation, Wien, Universität Wien, 2017, p. 159-175.

que sa pensée juridique évolua considérablement. Un peu comme Jhering, on peut identifier d'abord une phase pandectiste et plus tard une approche plus pragmatique et même socialiste ⁴⁴.

Cette flexibilité des perspectives se manifeste aussi dans la position d'Unger envers le code civil autrichien. Dans son système du droit privé autrichien, on y trouve maints commentaires critiques sur l'ABGB, surtout en ce qui concerne l'élément jus-naturaliste du code. Joseph Unger était un adversaire des principes issus du droit naturel, dont il n'est toutefois ouvertement question que dans un nombre restreint de paragraphes de l'*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*.

Ainsi le paragraphe 7 présente-t-il le droit naturel comme principe directeur de l'interprétation du juge :

§ 7 ABGB ⁴⁵

Si un cas litigieux ne peut se résoudre ni d'après le texte, ni d'après le sens naturel d'une loi, on doit s'attacher aux cas semblables résolus par les lois et aux motifs d'autres lois analogues. Si le cas litigieux demeure encore douteux, on doit statuer d'après les principes fondamentaux du droit naturel, en tenant compte des faits soigneusement rassemblés et minutieusement examinés.

Or, pour Joseph Unger, au début de sa carrière, cette disposition ne constituait rien d'autre que la « satisfaction d'un besoin purement théorique du Législateur » ⁴⁶. Vers la fin du XIX^e siècle et après avoir étudié le projet du code civil allemand, Unger exprima beaucoup plus d'admiration pour le code autrichien : « Remercions Dieu que nous ayons notre code autrichien ». À cette époque, il fit l'éloge du langage naïf et simple de l'ABGB et de son pouvoir d'adaptation aux besoins de la société moderne. Au lieu de ridiculiser la référence aux principes naturels de droit, il vit alors, dans les règles des paragraphes 6 et 7 de l'ABGB, l'expression d'une liberté

⁴⁴ E.-S. Meissel, *Der Jurist als „politischer Professor“*, M. Ash, J. Ehmer (dir.), Universität – Politik – Gesellschaft, Göttingen, V&R unipress, 2015, p. 216.

⁴⁵ Traduction de M. Doucet, *Code civil général autrichien*, Vienne, Imprimerie nationale de France, 1947, p. 11. Version allemande : *Läßt sich ein Rechtsfall weder aus den Worten, noch aus dem natürlichen Sinn eines Gesetzes entscheiden, so muß auf ähnliche, in den Gesetzen bestimmt entschiedene Fälle, und auf die Gründe anderer damit verwandten Gesetze Rücksicht genommen werden. Bleibt ein Rechtsfall noch zweifelhaft, so muß solcher mit Hinsicht auf die sorgfältig gesammelten und reiflich erwogenen Umstände nach den natürlichen Rechtsgrundsätzen entschieden werden.*

⁴⁶ J. Unger, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts I*, Leipzig, Breitkopf und Härtel, 1856, p. 71.

du juge de chercher une solution juste qui permet de balancer les intérêts des parties en question ⁴⁷.

Désormais, le caractère « ouvert » de l'ABGB et la liberté du juge d'opérer non seulement par analogie, mais de recourir aussi aux principes naturels du droit (§ 7 ABGB) sont redécouverts et estimés. Le même Unger, qui avait soutenu une position strictement positiviste dans son premier volume du « Système du droit privé autrichien » (1856), souligne à la fin du siècle la liberté du juge de créer du droit, non pas contre la loi, mais au moins *praeter legem*, c'est-à-dire au-dehors de la loi ⁴⁸. Une place privilégiée est aussi accordée à la doctrine juridique qui selon Unger devrait développer la science juridique, afin d'adapter le droit aux besoins actuels d'une société industrialisée et marquée par des inégalités sociales ⁴⁹.

De même, l'idée de l'équité en droit n'est plus critiquée comme une idée vague et floue, mais vue comme la tâche la plus noble du juriste. Dès lors Unger ne s'oppose plus à la conception d'une responsabilité civile équitable, telle qu'elle est prévue dans le § 1310 ABGB. Le § 1310 est une norme du droit des dommages-intérêts qui permet d'attribuer la responsabilité civile d'après une appréciation équitable des faits du cas concret dans le cas où un dommage est causé par le comportement d'une personne dépourvue de capacité délictuelle en raison de sa jeunesse :

§ 1310 ABGB ⁵⁰

Si la victime ne peut, de cette manière, recevoir de dédommagement, le juge doit décider s'il y a eu lieu à un dédommagement total ou seulement partiel équitable, en examinant, d'après les circonstances, si une faute

⁴⁷ J. Unger, *Zur Revision des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches*, in (Grünhut's) *Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart* 31 (1904), p. 389-406, en particulier p. 390.

⁴⁸ J. Unger, *Zur Revision des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches*, in (Grünhut's) *Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart* 31 (1904), p. 389 (ici p. 398 et suivantes).

⁴⁹ F.-S. Meissel, *Der Jurist als „politischer Professor“*, M. Ash, J. Ehmer (dir.), Universität – Politik – Gesellschaft, Göttingen, V&R unipress, 2015, p. 216.

⁵⁰ Traduction de M. Doucet, *Code civil général autrichien*, Vienne, Imprimerie nationale de France, 1947, p. 208. Version allemande : *Kann der Beschädigte auf solche Art den Ersatz nicht erhalten; so soll der Richter mit Erwägung des Umstandes, ob dem Beschädiger, ungeachtet er gewöhnlich seines Verstandes nicht mächtig ist, in dem bestimmten Falle nicht dennoch ein Verschulden zur Last liege; oder, ob der Beschädigte aus Schonung des Beschädigers die Vertheidigung unterlassen habe; oder endlich, mit Rücksicht auf das Vermögen des Beschädigers und des Beschädigten; auf den ganzen Ersatz, oder doch einen billigen Theil desselben erkennen.*

n'incombe pas, dans ce cas déterminé à celui qui a causé le dommage, bien qu'il n'ait pas habituellement l'usage de sa raison, ou bien si la victime n'a pas renoncé à se défendre pour ménager l'auteur du dommage, ou finalement, en tenant compte de la fortune de la victime et de celle de l'auteur du dommage.

En ce qui concerne l'ABGB, Unger ne propose plus de le remplacer par un code allemand (tel était le rêve du jeune Unger avant la création du Reich allemand en excluant l'Autriche), mais, dans un article célèbre de 1904, il plaide pour une révision partielle du code, une entreprise qui a été réalisée par les trois nouvelles de l'ABGB de 1914 jusqu'à 1916. Ces nouvelles de l'ABGB ne donnaient pas seulement l'occasion d'assimiler l'ABGB à la dogmatique juridique allemande, mais elles servaient aussi à réaliser des réformes nécessaires à cause des développements et changements sociaux⁵¹.

Au cours d'une longue vie productive, Unger s'est émancipé de la science pandectiste pour s'orienter vers une conception du droit proche des idées de Jhering et de la jurisprudence des intérêts. Cette évolution de sa pensée est bien liée à la « question sociale » qui s'imposa à la fin du XIX^e siècle, comme conséquence du développement industriel et commercial. Une sensibilité plus élevée aux besoins des couches sociales défavorisées conduisit la doctrine juridique à chercher un juste équilibre des intérêts et Unger fut un partisan de cette nouvelle tendance dominante⁵².

*

* *

Mort en 1913, juste avant la chute de l'Empire autrichien et de ce « monde d'hier » dont Zweig a dessiné un portrait si nostalgique, le personnage de Joseph Unger continue à fasciner les juristes en Autriche. C'est un savant dont la méthode paraît toujours exemplaire pour la science civiliste et un homme politique dont les idées libérales et sociales ont contribué à l'établissement de l'État de droit actuel⁵³. De plus, Unger était

⁵¹ M. Mathiaschitz, „Handeln auf eigene Gefahr“ - Joseph Unger und seine Konzeption einer verschuldensunabhängigen Haftung „pro utilitate communi“, Dissertation, Wien, Universität Wien, 2017, p. 269-281.

⁵² F.-S. Meissel, *Der Jurist als „politischer Professor“*, M. Ash, J. Ehmer (dir.), Universität – Politik – Gesellschaft, Göttingen, V&R unipress, 2015, p. 213.

⁵³ F.-S. Meissel, *Joseph Unger und das Römische Recht – Zu Stil und Methoden der österreichischen Pandektistik*, in H.-P. Haferkamp, T. Reppen (dir.), *Wie pandektistisch war die Pandektistik? -Symposion aus Anlass des 80. Geburtstags von Klaus Luig am 11. September 2015*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2017, p. 33.

un orateur brillant et un écrivain d'un esprit exceptionnellement ouvert, un Autrichien d'une époque dans laquelle l'empire autrichien avait un caractère plurinational et, dans un certain sens, européen et même cosmopolite. À cet égard, un juriste comme Joseph Unger peut toujours nous servir de référence et de modèle.