

# LE CODE CIVIL FRANÇAIS DANS LE DROIT EUROPÉEN

EDITÉ PAR

Jean-Philippe DUNAND  
*Professeur aux Universités de Neuchâtel et de Lausanne*

ET

Bénédict WINIGER  
*Professeur à l'Université de Genève*

*Actes du colloque  
sur le bicentenaire du Code civil français  
organisé à Genève  
les 26-28 février 2004*

*Préface de*  
*Olivier GUILLOD*  
*Doyen de la Faculté de droit de Neuchâtel*

*et*

*Robert ROTH*  
*Doyen de la Faculté de droit de Genève*

**BRUYLANT**  
BRUXELLES  
2 0 0 5

# LE CODE CIVIL AUTRICHIEN, CONTRE-PARTIE DU CODE CIVIL FRANÇAIS?

PAR

FRANZ-STEFAN MEISSEL

PROFESSEUR À L'UNIVERSITÉ DE VIENNE (1)

## INTRODUCTION

Il est bien évident, que le Code Napoléon et le code civil autrichien (*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch*, ABGB) datent de la même période historique. Ce qui est moins connu, c'est que les travaux finaux de la codification autrichienne, nommés «*Superrevision*», se sont déroulés à Vienne lorsque celle-ci était assiégée par les troupes de Bonaparte.

L'empereur français logeait dans le château de Schoenbrunn et se délectait de l'ambiance «*marie-thérésienne*» qui l'entourait (2). Peu après (de novembre 1809 jusqu' à mi-janvier 1810), 14 sessions de la commission législative ont eu lieu à cause des circonstances extraordinaires dans l'appartement privé du président de la commission (3)! Les membres (surtout Zeiller, Pratobevera et le nouveau président Haan) débattaient sur les détails de la codification autrichienne, finalisant ainsi un projet dont l'initiative originale fut celle de la souveraine Marie-Thérèse.

En plus, quand le code civil autrichien fut achevé, il ne fut mis en vigueur que dans une partie de l'empire habsbourgeois (4). Dans

---

(1) Je remercie vivement mon assistante Ulrike Klein et les professeurs Bénédicte Winiger et Jean-Philippe Dunand pour leur aide précieuse avec la version française du texte.

(2) Le 13 mai 1809, Vienne capitule; Napoléon dit à Caulaincourt: «Je vivrai ici au milieu des souvenirs de Marie-Thérèse la Grande»; cité selon Tulard/Garros, *Napoléon au jour le jour* (1992), p. 386.

(3) Cf. NESCHWARA, «Über Carl von PRATOBEVERA und Franz von ZEILLER», *Festschrift Baltl* (1998), p. 216.

(4) Non pas par exemple dans le Vorarlberg, le Tyrol incluant de grandes parties du Tyrol du Sud, Salzbourg ainsi que des parties de l'Haute-Autriche (le «*Innviertel*» et le «*Hausruckviertel*»), qui faisaient partie de la Bavière à ce moment là, et qui ne sont venus à l'empire autrichien qu'après le Congrès de Vienne.

les «Provinces» nommées «Illyriennes», cédées à Napoléon lors de la paix de Schoenbrunn et comprenant surtout les côtes adriatiques et La Carniole, La Carinthie, La Haute Carinthie et le Tyrol de l'Est, c'était le Code civil français qui entra en vigueur le premier janvier 1812 (5).

Ces faits rappellent que du point de vue contemporain, les deux codes étaient proches non seulement dans le temps mais aussi dans l'espace. L'aspect sur lequel nous allons nous concentrer dans notre conférence est de savoir, dans quelle mesure il y a aussi une proximité de l'esprit des deux codes. Autrement dit : Est-ce que ce n'étaient pas seulement les troupes de Napoléon qui ont pris Vienne, mais son code a-t-il fait pareil ? Nous chercherons à déterminer les relations entre le Code civil des Français de 1804 et le code civil autrichien de 1811 (6). Dans la première partie, nous allons étudier le rôle du Code civil français pendant le processus de la codification autrichienne, la deuxième partie quant à elle sera consacrée à une analyse de fond.

## I. – LE RÔLE DU CODE CIVIL DES FRANÇAIS DANS LE PROCESSUS DE LA CODIFICATION AUTRICHIENNE

On s'est habitué depuis longtemps à voir les grandes codifications du droit privé du début du dix-neuvième siècle comme des symboles de la nationalisation des ordres juridiques, et dans le meilleur des cas comme centres de certaines «familles de droit». Or, du point de vue de l'histoire du droit, on peut constater que ces codes étaient plus proches l'un de l'autre qu'on ne le croirait.

À l'époque des Lumières, il était tout à fait normal pour les rédacteurs des codifications de faire des analyses comparatives, de

---

(5) BRAUNEDER (Ed.), *Abhandlung über die Principien des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches ... vom Hofrath von Zeiller*, réimpression 1986, pp. 114 et s., BRAUNEDER, «Das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch für die gesamten Erbländer der österreichischen Monarchie von 1811», *Gutenberg-Jahrbuch* (1987), pp. 246 et s.

(6) Sur les relations entre le Code civil des Français et l'ABGB, voir HEISS, «Der Einfluss des Code civil auf die österreichische Privatrechtskodifikation», dans BARTA (Ed.), *Naturrecht und Privatrechtskodifikation* (1999), pp. 515 et s.; cf. aussi SCHLOSSER, «Kodifikationen im Umfeld des Preußischen Allgemeinen Landrechts», dans MERTEN/SCHRECKENBERGER (Ed.), *Kodifikation gestern und heute. Zum 200. Geburtstag des Allgemeinen Landrechts für die Preußischen Staaten* (1995), pp. 63 et s.

se procurer et d'étudier les projets et les codes des autres pays européens. Pendant la phase préparatoire du Code civil par exemple, on traduisait le Code Général pour les Etats Prussiens en français (7). Quant à la codification du droit privé autrichien, on prenait en considération d'abord le droit prussien et, comme nous allons voir, plus tard aussi le droit français. Dans la partie suivante, nous allons voir s'il est possible de trouver une influence du Code civil français sur l'ABGB pendant les travaux de la codification autrichienne.

A. – *Le Code civil des Français*  
et les travaux préparatoires du code civil autrichien

D'abord, il ne faut pas oublier que les travaux préparatoires pour l'ABGB datent d'une période antérieure au Code civil. Déjà en 1786, il y avait une codification partielle du droit des personnes et de la famille, le «Code Josephinien». En 1798, un code de droit privé, appelé couramment «West-Galizisches Gesetzbuch» entra en vigueur pour le territoire de la Galicie et de la Bukowine. Ce code civil galicien correspond pour la plupart au projet élaboré par le professeur de droit naturel Martini. Il était une véritable codification de droit privé, c'est-à-dire élaborée avec l'idée d'englober toutes les matières du droit privé mais en même temps limitée à celui-ci (8). Ce code galicien servait aussi de base aux délibérations de la Commission législative de la cour autrichienne, dont Zeiller était le rapporteur à partir de 1801 (9).

Eu égard à la chronologie, on se rend compte que la codification autrichienne était en bonne voie bien avant l'entrée en vigueur du Code civil français.

C'est pourquoi il n'est pas si étonnant, que le Code civil français ne figure pas très souvent dans les travaux préparatoires du code civil autrichien. C'est du moins l'impression qu'on a en étudiant les protocoles de la commission législative (10).

---

(7) Code Général pour les Etats Prussiens, traduit par les membres du bureau de Législation Etrangère, publié par ordre du Ministre de la justice, I-II, Paris an IX (1801).

(8) Cf. NESCHWARA, «Westgalizisches Gesetzbuch», dans *Handwörterbuch zur Rechtsgeschichte* Vol. V (1998) 1308 et s.; BRAUNEDER, «Europas erste Privatrechtskodifikation : Das Galizische bürgerliche Gesetzbuch», dans BARTA (Ed.), *Naturrecht und Privatrechtskodifikation* (1999), pp. 303 et s.

(9) La première lecture du projet du code civil autrichien («Vorentwurf»), lors de laquelle on discutait les nombreuses prises de position, avait lieu de 1801 à 1806.

(10) Ainsi RAINER, «Franz von Zeiller und der Code civil Napoleons», *Festschrift Sturm I* (1999), p. 872.

On peut tout de même trouver plusieurs références au Code Napoléon, par exemple en matière de droit des successions. Zeiller mentionne le Code civil français pendant les discussions sur la réserve héréditaire (11) et le sort d'une portion réservée en cas d'une donation, dont l'exécution ne doit avoir lieu qu'après la mort du donateur (12). Dans ces deux cas, l'allusion au droit français ne sert pas d'argument de support, mais d'observation de caractère comparatif. Zeiller cite les solutions du Code civil français sans avoir l'intention de suivre le modèle français (13).

Mais il y a aussi des exemples où on utilise le Code civil français pour légitimer une pareille solution, par exemple en le citant pour justifier la nécessité de certaines formalités pour les dispositions successorales (14). Dans son ambition de restreindre le champ d'application des fidéicommiss, Zeiller rappelle l'abolition des fidéicommiss aristocratiques en France. La situation en droit français sert ainsi à justifier au moins certaines restrictions des fidéicommiss d'un côté et des contrats successoraux d'un autre côté (15).

Une preuve du soin des travaux comparatifs est le fait que quelquefois même les projets préparatoires du Code civil français étaient pris en considération lors des délibérations. C'était le cas pour les discussions du statut juridique des envoyés étrangers (lors de la séance le 8 février 1802), un sujet assez scabreux des affaires étrangères (16).

Cependant, il ne faut pas surestimer ces exemples, qui restent sporadiques.

Des protocoles on ne peut pas du tout conclure une influence constante ou une prise en considération permanente du droit français. En plus, ce n'est pas possible d'en déduire une « attitude » consistante des rédacteurs autrichiens à l'égard du Code Napoléon. À

(11) OFNER, *Der Ur-Entwurf und die Berathungs-Protokolle des Österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches I* (1889, réimpression 1976), p. 464.

(12) OFNER, *Ur-Entwurf und Berathungs-Protokolle II* (1889), p. 27.

(13) En ce qui concerne le droit de réserve héréditaire, Zeiller argumente par exemple contre la solution française d'un droit de réserve des parents. Ainsi, il est d'accord avec l'opinion de la majorité (voir OFNER, I, p. 492), surtout exprimée par Sonnenfels (voir OFNER, *Ur-Entwurf und Berathungs-Protokolle I* (1889), pp. 488 et s., note 1). Finalement, le §762 ABGB prévoit le droit à la réserve héréditaire des parents par manque de descendants.

(14) OFNER, *Ur-Entwurf und Berathungs-Protokolle I* (1889), p. 345.

(15) OFNER, *Ur-Entwurf und Berathungs-Protokolle II* (1889), p. 542.

(16) OFNER, *Ur-Entwurf und Berathungs-Protokolle I* (1889), pp. 58 et s.

ce sujet, la lecture des œuvres de Zeiller pourrait être plus informative.

B. – *L'appréciation du Code civil des Français*  
par Franz von Zeiller

C'est bien connu que Zeiller n'a pas seulement consulté le Code Général pour les Etats prussiens (17), mais aussi le Code civil des Français. Il en fait preuve dans plusieurs publications.

Dans les remarques préliminaires de son célèbre commentaire de l'ABGB, il mentionne une douzaine d'œuvres françaises et allemandes consacrées au Code Napoléon (entre autres Loqué, Maleville, Blanchard, Lassaulx et Zachariä), dont il prétend avoir des connaissances solides (18).

Déjà en 1806, il publie un compte-rendu du Code civil des Français (19), où il résume le contenu du Code français sous forme d'un bref tour d'horizon accompagné de rares remarques, soit positives soit négatives.

Il en ressort que Zeiller apprécie le style du Code civil et le fait qu'il est court.

D'ailleurs, il approuve que le Code se restreigne aux droits privés qui sont communs à tous les citoyens et qu'il exclue les parties du droit qui ne touchent que certaines classes de citoyens comme le droit de fief et le droit commercial (20).

Ainsi il apprécie que le premier livre du Code civil ne comporte que les rapports de droit personnels qui «soit concernent, soit peuvent concerner très facilement tous les habitants» (21).

---

(17) Martini, lui aussi, avait pris en considération le droit prussien dans son projet.

(18) ZEILLER, *Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesammten Deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie*, Vol. I (1812), pp. 96 et s., note\*.

(19) ZEILLER, *Jährlicher Beytrag zur Gesetzkunde und Rechtswissenschaft*, Vol. I (1806), pp. 252-270. Die Rezensionismiszelle Zeiller bezieht sich nach eigenen Angaben auf folgende Werke: 1) Code civil des Français. A Paris an XII-1804; 2) *Civil-Gesetzbuch der Französischen Republik*, übersetzt mit Anmerkungen von F. LASSAULX, 3 Theile. Coblenz, Jahr 11-13 (1805); 3) Observations du tribunal de cassation; Observations des tribunaux d'appel; Procès-verbaux du conseil d'état, contenant la discussion du projet de Code civil, avec les discours des orateurs du gouvernement, les rapports de la commission du tribunal et les opinions émises au cours de la discussion, tant au tribunal, qu'au corps législatif, IX volumes. A Paris an X-XII; 4) Code civil de (sic) Français, contenant la série des lois qui le composent, avec leurs motifs. Paris an XII.

(20) ZEILLER, *Jährlicher Beytrag I* (1806), p. 255.

(21) ZEILLER, *Jährlicher Beytrag I* (1806), p. 258.

D'autre part, Zeiller critique le fait qu'on ne trouve pas de règles d'interprétation dans le Code civil français, et rappelle que de telles règles avaient été prévues (22) dans le projet initial du code de Portalis, Tronchet, Bigot-Préameneau et Maleville (23).

Que les cours françaises soient compétentes de connaître de contrats conclus à l'étranger entre un étranger et un français lui déplaît fortement. Selon lui, c'est une loi sévère qui n'est pas conforme aux principes de la Communauté des États. Cependant, il apprécie expressément la création de registres publics de l'état civil.

Zeiller est stupéfait qu'en général, la femme n'a ni le droit d'aliéner ni celui d'acquérir sans l'accord de son mari; apparemment, il ne trouve pas que ce soit convenable. Ensuite, il souligne l'inégalité du règlement que selon le code Napoléon la femme ne peut demander le divorce en cas d'adultère que si son mari «aura tenu sa concubine dans la maison commune» (art. 230 Code civil).

Il lui semble remarquable que personne ne peut être poursuivi comme père de l'enfant illégitime, sauf le cas d'un enlèvement et que la possibilité d'une adoption est très restreinte (24). Zeiller se montre sceptique à propos du règlement qu'un père de famille a le droit – seulement s'il le souhaite – de mettre en prison pour quatre mois son enfant âgé de moins de 16 ans, un droit qu'il considère comme exagération du pouvoir paternel.

Par contre, la disposition qui désigne le père comme simple tuteur des enfants mineurs après la mort de sa femme lui paraît également incompréhensible.

Son résumé du droit des biens est plus positif: «Ceci suit pour la plupart la doctrine du droit romain en éliminant attentivement les subtilités de la Constitution Romaine» (25). Pourtant, il critique le règlement de la succession légale du Code civil français car il le trouve trop compliqué (26).

En matière de droit des contrats, Zeiller observe que pour la plupart des contrats les règles correspondent au droit romain «en trai-

---

(22) ZEILLER, *Jährlicher Beytrag I* (1806), p. 258.

(23) Projet de Code civil, présenté par la commission nommée par le gouvernement le 24. Thermidor an VIII, A Paris an IX (1801); cf. ZEILLER, *Jährlicher Beytrag I* (1806), p. 254, note \*\*.

(24) ZEILLER, *Jährlicher Beytrag I* (1806), p. 261.

(25) ZEILLER, *Jährlicher Beytrag I* (1806), p. 262.

(26) ZEILLER, *Jährlicher Beytrag I* (1806), p. 264.

tant plus exactement les clauses qui font l'objet de beaucoup de disputes» (27). Laconiquement et sans jugement visible, Zeiller informe que l'acheteur selon art. 1583 Code civil, acquiert la propriété déjà avec la conclusion du contrat. Pour des raisons systématiques, Zeiller critique le règlement des catégories de preuve, car celles-ci, selon lui, doivent être placées dans les statuts des tribunaux (28), ainsi que les règlements de l'exécution et les privilèges des créanciers (29).

En ce qui concerne le règlement détaillé des contrats de mariage (art. 1387-1582 Code civil), Zeiller apprécie «l'intelligence législative» de trouver un compromis entre tous les règlements en vigueur jusqu'à ce moment-là (30).

Zeiller s'intéresse particulièrement au règlement de la rescision de la vente pour cause de lésion (31). Selon le Code civil français (art. 1674) le vendeur d'un immeuble peut demander la rescision de la vente s'il a été lésé de plus de sept-douzième dans le prix. Cependant, la rescision pour lésion n'a pas lieu en faveur de l'acheteur (art. 1683). Zeiller remarque que le Code Général des Etats prussiens prescrit le contraire : là ce n'est que l'acheteur qui peut demander la rescision pour cause de lésion.

Ces observations comparatives mènent à une conclusion très remarquable (32) eu égard à la version définitive des §§934 et s. ABGB qui permettent – d'une façon généralisée – à toute partie d'un contrat à titre onéreux de demander la rescision pour cause de lésion si elle a été lésée de plus que la moitié. Étant donné qu'il y

(27) ZEILLER, *Jährlicher Beytrag I* (1806), p. 267.

(28) ZEILLER, *Jährlicher Beytrag I* (1806), p. 266.

(29) ZEILLER, *Jährlicher Beytrag I* (1806), p. 270.

(30) ZEILLER, *Jährlicher Beytrag I* (1806), p. 267.

(31) ZEILLER, *Jährlicher Beytrag I* (1806), p. 267.

(32) Sur la rescision pour lésion cf. les §§163 et s. et §185 du projet original «Urentwurf» dans la troisième partie (OFNER, *Ur-Entwurf I*, pp. CIV et CVI) : Chaque partie lésée a le droit au paiement d'un supplément ou à la rescision (non seulement en ce qui concerne le droit d'échange mais aussi en ce qui concerne l'achat, sans restriction au vendeur ou à l'acheteur) ressemblant presque point à point au texte voté le 20 Mai 1805 (OFNER, II, 77 et s.) et le §929 du projet révisé (OFNER, *Ur-Entwurf II*, p. 762). La version finale des §§934 et s. remonte à la «Superrevision» (cf. les notes de Zeiller accompagnant le projet révisé). Seulement dans la version finale, la partie lésée n'a que le droit de résolution du contrat et de la restitution des choses dans leur état antérieur (mais ne peut pas demander le supplément à la valeur ordinaire), tandis que l'autre partie a le choix (*facultas alternativa*) de payer un supplément jusqu'à la valeur ordinaire de la contrepartie pour maintenir la transaction. Cf. SAXL/KORNFELD, *Quellenausgabe des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches* (1906) 323. Sur l'histoire de la rescision pour cause de lésion en droit romain, voir récemment PENNITZ, «Zur Anfechtung wegen *laesio enormis* im römischen Recht», *Festschrift Mayer-Maly* (2002), pp. 575 et s.

a des arguments importants en faveur de tous les deux modèles, Zeiller en déduit que la meilleure solution serait d'accorder cette voie de recours à toutes les deux parties. (Par ailleurs c'était déjà le droit positif dans les pays autrichiens dès les «Landesordnungen» du 17<sup>ième</sup> siècle (33)).

En général, le ton de cet article est plutôt modéré. C'est le résumé plutôt neutre du contenu qui est au premier plan.

Cependant, deux ans plus tard Zeiller exprime une opinion beaucoup plus réservée à l'égard du Code civil français. Lors de son «Discours introductif au code civil autrichien» (34), qu'il présente à la fin de la deuxième lecture («Revision») du projet de l'ABGB (1807-1808), Zeiller cherche à démontrer les mérites du projet de la codification autrichienne. À cette fin, il compare ce projet avec le droit justinien (dont il parle comme le «code romain»), le droit prussien (Code Général pour les Etats prussiens) et le droit français (35).

Le jugement qu'il exprime sur le Code Napoléon est maintenant assez négatif.

Même concédant des circonstances difficiles à la codification française, il désapprouve le fait que le législateur français n'avait pas du tout tenu compte des codifications étrangères existantes et même pas des anciens projets français. Il estime que cette façon d'agir était impardonnable et inconsiderée (36). Zeiller critique que beaucoup de passages du code français sont incomplets. Selon lui, le droit patrimonial n'est qu'«un court, on pourrait même parler d'un piètre et incomplet extrait du droit romain» (37).

En particulier en ce qui concerne l'équité égalitaire («gleiche Gerechtigkeit») il constate de graves insuffisances du Code civil : «Plusieurs fois, le droit français est très sévère envers les étrangers et aussi envers les propres citoyens» (38).

(33) WESENER, «Der Kauf nach österreichischem Privatrecht des 16. und 17. Jahrhunderts», *Festschrift Hämmerle* (1972), p. 443; WESENER, *Einflüsse und Geltung des römisch-gemeinen Rechts in den altösterreichischen Ländern in der Neuzeit* (1989), p. 76.

(34) Annoncé lors de la session du 28 décembre 1807, présenté probablement le 18 janvier 1808; cf. OFNER, *Ur-Entwurf II*, pp. 465 et s.; sur le Code civil français voir en particulier pp. 479 et s., 482, 485, 487, 488 et s.; les commentaires sur le Code civil se trouvent aussi partiellement chez Rainer, FRANZ VON ZEILLER und der Code civil Napoleons, *Festschrift Sturm I* (1999), pp. 869 et s.

(35) Le projet d'un Code russe, pour lequel le Code Général pour les Etats Prussiens servait de modèle, n'est que brièvement mentionné.

(36) OFNER, *Ur-Entwurf und Berathungs-Protokolle II* (1889), p. 479.

(37) OFNER, *Ur-Entwurf und Berathungs-Protokolle II* (1889), pp. 479, 485.

(38) ZEILLER dans OFNER, *Ur-Entwurf und Berathungs-Protokolle II* (1889), p. 479.

Zeiller désapprouve expressément des restrictions de la liberté civile qui selon lui ne sont «ni nécessaires ni naturelles» (39). À titre exemplaire pour ce manque de liberté et d'égalité il cite la dominance du mari sur sa femme et certains excès de l'autorité du père envers les enfants (40). Imaginons : Zeiller, dans un discours adressé à l'empereur absolutiste François premier, critique le Code français de n'être pas assez libéral et progressif!

Bien sûr, en analysant ces remarques méprisantes sur le Code civil français il faut prendre en considération le contexte du discours : À cette occasion, Zeiller souligne la supériorité de son propre projet, il n'hésite donc pas à se servir d'une certaine polémique (41).

De toute façon, le fait que Zeiller a pris le droit français au sérieux se montre plus tard dans son grand commentaire de l'ABGB où il se réfère régulièrement au Code Napoléon (42).

## II. – LE CODE CIVIL AUTRICHIEN DE 1811 COMPARÉ AVEC LE CODE CIVIL FRANÇAIS DE 1804

Jusqu'ici, nous avons étudié surtout la manière de laquelle on tenait compte du Code civil français pendant la codification de l'ABGB. Nous avons pu constater que le Code Napoléon faisait l'objet d'analyses comparatives, mais qu'il n'avait point d'influence directe sur le code civil autrichien.

Dans la partie suivante, nous allons comparer le contenu des deux codifications. Bien entendu, cette recherche sera conduite dans la perspective historique du début du 19<sup>ième</sup> siècle, analysant les deux codes dans leurs versions originales.

---

(39) ZEILLER dans OFNER, *Ur-Entwurf und Berathungs-Protokolle II* (1889), p. 479.

(40) D'ailleurs Zeiller n'hésite pas à critiquer le droit romain patriarcal : Un droit des personnes qui règle la soumission de l'épouse et des enfants au pouvoir du père de famille ne pouvait pas s'appliquer dans «une Allemagne plus libre et humaine, en particulier dans les Etats autrichiens» (OFNER, *Ur-Entwurf und Berathungs-Protokolle II* (1889), p. 480).

(41) Ainsi, lors de son exposé, il parle de la «mal fameé déclaration des droits de l'homme française» (OFNER, *Ur-Entwurf und Berathungs-Protokolle II* (1889), p. 471) pour justifier la suppression de l'énumération des droits innés encore prévue par le projet Martini.

(42) Cf. aussi RAINER, Franz von ZEILLER und der Code civil Napoleons, *Festschrift Sturm I* (1999), pp. 872 et s.

A. – *L'idée de codification  
et les traits généraux*

En ce qui concerne l'idée de codification, on remarque beaucoup de parallèles. Je ne vais les effleurer que très brièvement :

Les deux codes ont le but de régler la totalité du droit privé en général en excluant le droit public mais aussi le droit commercial.

Ils poursuivent une idée de législation exclusive, qui ne permet pas de futures références aux droits particuliers et au droit commun.

Tous les deux utilisent une structure qui rappelle celle des Institutions de Gaius, en distinguant entre le droit des personnes et le droit des biens au sens large du mot (43).

Les deux codifications sont marquées par l'effort d'être claires, courtes et précises. Le langage est plutôt simple, la langue étant celle du pays (44).

Un autre parallélisme très important se trouve dans la conception du rapport entre les juges et la loi : Les juges sont obligés d'appliquer la loi, mais ils ne sont pas soumis aux avis des autorités en cas d'une question qui n'est pas réglée expressément dans la loi. Ainsi le code Napoléon ne connaît plus le référé législatif et le code civil autrichien prévoit qu'un juge peut recourir non seulement au texte de la loi, mais aussi au «sens naturel d'une loi», au raisonnement par analogie et en dernier ressort aux «principes naturels» (c'est à dire aux «principes généraux du droit naturel», cf. §7 ABGB). Selon cette conception, il y a des marges d'interprétation considérables pour la jurisprudence, mais aussi pour la future doctrine. Portalis (45) aussi bien que Zeiller, adhère à l'idée qu'il suffit que la loi

---

(43) Bien sûr avec des différences dans les détails, cf. VÖLKL, «Die österreichische Kodifikation und das römische Recht», dans BARTA (Ed.), *Naturrecht und Privatrechtskodifikation (1999)*, pp. 290 et s., note 48.

(44) D'un point de vue pratique, il est intéressant d'observer que la numérotation des articles est continue, ce qui n'allait pas de soi à cette époque, par exemple dans le code civil galicien de 1798, les paragraphes ne sont numérotés que par parties.

(45) Selon PORTALIS (FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil VI* (1827), p. 21), si le juge «ne trouve pas dans la loi les règles pour décider, il doit recourir à l'équité naturelle. Le juge civil est le ministre de la loi, quand la loi a parlé; il est l'arbitre des différends, quand elle se tait». «Le cours de la justice serait interrompu, s'il n'était permis aux juges de prononcer que lorsque la loi a parlé. Peu de causes sont susceptibles d'être décidées d'après une loi, d'après un texte précis : c'est par les principes généraux, par la doctrine, par la science du droit, qu'on a toujours prononcé sur la plupart des contestations. Le Code civil ne dispense pas de ces connaissances; au contraire il les suppose» (PORTALIS dans FENET, VI, p. 23).

contienne des principes du droit qui seront ensuite concrétisés par la jurisprudence (46).

En plus, les deux codes reflètent ce qu'on pourrait appeler avec Montesquieu « l'esprit de modération » (47) : Ils se caractérisent par un compromis entre les traditions juridiques de l'Ancien Régime et la réalisation des idées du Siècle des Lumières : Les rédacteurs des avant-projets et le premier consul Napoléon restreignent le caractère révolutionnaire du droit intermédiaire, ainsi que le résultat semble être un mélange qui n'est pas totalement le contraire de la tradition de l'Ancien Régime, mais qui représente en grandes parties le droit commun romain sous forme du droit français (qui a été influencé en particulier par Domat et Pothier). Cependant, l'ABGB n'est pas seulement marqué par l'idée de l'absolutisme absolu, mais par une tendance égalitaire, presque républicaine. Cette tendance veut restreindre l'arbitraire judiciaire et celui des autorités par la loi et elle veut mettre le citoyen comme destinataire de la norme au centre de l'intérêt.

En ce qui concerne le contenu, il est évident que beaucoup de points communs résultent des racines communes dans le droit romain et le droit naturel rationaliste. Or, on ne doit pas sous-estimer les divergences importantes, qui reflètent surtout la persévérance des différentes institutions juridiques autochtones et des cultures juridiques diverses. Nous allons démontrer cela par quelques remarques comparatives qui ne peuvent être que brèves et sélectives.

### B. - *Le droit des personnes*

Dans le domaine du droit des personnes, les points de départ des deux codifications sont différents. Dans le Code Napoléon c'est d'abord le citoyen français (au sens d'une personne de nationalité française) qui est au premier plan, et puis surtout la famille, dirigée par le père de famille.

---

(46) En ce qui concerne le rôle du juge selon la conception de l'ABGB, cf. VON SCHEY, «Gesetzbuch und Richter», *ABGB-Festschrift I* (1911), pp. 499 et s., voir aussi Hermann CONRAD, *Richter und Gesetz im Übergang vom Absolutismus zum Verfassungsstaat* (1971), p. 21.

(47) Cf. MONTESQUIEU, De l'esprit des lois XXIX 1 : «L'esprit de modération doit être celui du législateur; le bien politique, comme le bien moral, se trouve toujours entre deux limites».

Cependant, le §16 de l'ABGB met un accent différent : «Tout être a des droits innés que la raison rend évidents, et chacun doit, de ce fait, être considéré comme une personne.» Cette disposition remplaçait en quelque sorte un catalogue de droits fondamentaux qui avait été prévu dans le projet de Martini mais qui n'était politiquement plus réalisable à cette époque. Du point de vue de Zeiller, cette disposition formait le centre d'un droit des personnes qui cherche à réduire les inégalités sociales (qui existaient encore). Au moins dans le cadre du code civil la «liberté civile» (48) devait prévaloir.

En ce qui concerne le statut juridique de la femme, l'ABGB accorde plus d'importance à l'égalité que le Code Napoléon, qu'on a appelé non sans raison «une législation pour pères de famille» (49). Au cours de la restauration post-révolutionnaire de la famille française (la fameuse «pépinière de l'état»), la situation de la femme mariée selon le Code Napoléon est en partie même pire que pendant l'Ancien Régime. Le Code de 1804 contient des éléments éclatants de discrimination de la femme mariée : par exemple la perte de la capacité d'acquérir ou d'aliéner ses propres biens sans le consentement de son mari (50), les conséquences différentes de l'adultère pour le divorce (51), et la protection du père d'un enfant illégitime, dont l'identité ne peut être vérifiée que dans des circonstances très spécifiques (52).

D'après le code civil autrichien c'est aussi l'homme qui est le «chef de la famille» (§91 ABGB), mais – au moins selon l'interprétation de Zeiller – il n'en résulte pas du tout le droit du mari de dominer son épouse (53). À la différence du Code civil français, selon l'ABGB de

(48) Cf. SCHMIDLIN, «Der Begriff der bürgerlichen Freiheit bei Franz von ZEILLER», dans SELB/HOFMEISTER (Ed.), *Forschungsband Franz von Zeiller* (1980), pp. 192 et s.

(49) HALPÉRIN, *Le Code civil* (2<sup>e</sup> éd. 2003), p. 27.

(50) Cf. art. 217 Code civil : «La femme, même non commune ou séparée de biens, ne peut donner, aliéner, hypothéquer, acquérir, à titre gratuit ou onéreux, sans le concours du mari dans l'acte ou son consentement par écrit».

(51) Cf. art. 229 Code civil : «Le mari pourra demander le divorce pour cause d'adultère de sa femme», art. 230 : «La femme pourra demander le divorce pour cause d'adultère de son mari, lorsqu'il aura tenu sa concubine dans la maison commune».

(52) Cf. art. 340 Code civil : «La recherche de la paternité est interdite. Dans le cas d'enlèvement, lorsque l'époque de cet enlèvement se rapportera à celle de la conception, le ravisseur pourra être, sur la demande des parties intéressées, déclaré père de l'enfant».

(53) Le §91 de l'ABGB dispose que l'homme est le chef de la famille et qu'en cette qualité, il a principalement le droit de diriger le ménage, mais selon ZEILLER (*Commentar I*, p. 250) ceci ne signifie, pas du tout que l'homme a un droit sur son épouse : On ne peut pas déduire un droit à la domination «ni de l'ordinaire supériorité physique ou intellectuelle ni directement du lien conjugal». Seulement en cas de doute il y a la présomption d'un «jugement plus mature et plus profond» de l'homme à cause du «caractère ordinaire et la façon moyenne-d'éduquer». En outre, ZEILLER souligne dans son commentaire (*Commentar I*, p. 252) que certes l'époux est obligé de

1811 la femme a la capacité pleine et entière d'exercer ses droits (54), elle n'a pas besoin de l'assistance du mari. Si elle veut instituer un représentant, il ne faut pas que ce soit le mari qui assume cette fonction. Ainsi, comparé au Code Napoléon, l'ABGB respecte beaucoup plus l'égalité entre les sexes, bien qu'il contienne d'un point de vue féministe (55) encore de graves résidus patriarcaux (56).

En ce qui concerne la situation parentale, d'après le Code civil français, les enfants légitimes sont soumis à l'autorité du père tandis que l'ABGB soutient l'autorité parentale conjointe. Quand même, en cas de doute, c'est aussi le père qui décide (57).

Selon le §1233 ABGB, le lien conjugal – à lui seul – ne suffit pas pour fonder une communauté de biens entre époux. On exige à cet effet un contrat spécial. Mais il y a une présomption légale pour l'administration des biens de la femme par l'époux : «Tant que

---

protéger son épouse, de défendre ses droits et de la représenter, mais qu'il n'en peut pas déduire un droit propre à la représentation de la femme (sans son accord). Au contraire, la femme a désormais le droit d'administrer ses propres biens et elle a le droit d'instituer un représentant pour des affaires judiciaires et extrajudiciaires dans ce domaine.

(54) Selon la disposition générale du §21 ABGB, les femmes et les hommes ont la même capacité d'exercice. Cf. ZEILLER, *Commentar I* (1812), p. 116 note\* : «Notre code ne fait en général pas de différence entre le sexe masculin et féminin. Il en résulte logiquement (sans qu'il faut le dire expressément) qu'en général les deux sexes ont les mêmes droits privés».

(55) FLOßMANN, «Das Geschlechterverhältnis in der Rechtslehre Franz von ZEILLERS», *Gedächtnisschrift für Herbert Hofmeister* (1997), pp. 179 et s.; cf. aussi VOGEL, «Gleichheit und Herrschaft in der ehelichen Vertragsgesellschaft – Widersprüche der Aufklärung», dans GERHARD (Ed.), *Frauen in der Geschichte des Rechts* (1997), pp. 265 et s.; FLOßMANN, «Die beschränkte Grundrechtssubjektivität der Frau. Ein Beitrag zum österreichischen Gleichheitsdiskurs», dans GERHARD (Ed.), *Frauen in der Geschichte des Rechts* (1997), pp. 293 et s.

(56) Selon §961 ABGB les femmes ne sont pas capables d'être témoins testamentaires réguliers et selon §§192 et 198 ABGB elles ne peuvent être tutrices légales qu'à titre exceptionnel. Ces discriminations de la femme n'ont été supprimées que par la première révision partielle («Teilnovelle») de l'ABGB en 1914.

(57) Une certaine prééminence de l'homme se montre dans la doctrine parentale de Zeiller. D'un côté, Zeiller présuppose l'autorité parentale sur les enfants au lieu d'une autorité uniquement paternelle (cf. §144 ABGB, selon lequel les parents ont le droit d'agir ensemble quand il s'agit des affaires de leurs enfants). D'un autre côté il accorde au père plus d'importance : Ce dernier décide en cas de doute.

DUFOUR, «Zeillers Elternrechtslehre im Lichte des vorkritischen Naturrechts», dans SELB/HOFMEISTER (Ed.), *Forschungsband Zeiller* (1980), pp. 52 et s., en particulier p. 62, y voit la preuve pour le fait que Zeiller a été influencé par le droit naturel pré-kantien plutôt que par la conception kantienne de la personnalité. Pourtant, ZEILLER, *Commentar zum ABGB I* (1812), p. 326, souligne expressément la nécessité de l'accord des parents – d'une façon qui laisse entendre l'équité de principe : «En plus, il faut que les parents soient d'accord pour que l'éducation soit raisonnable et appropriée. Ainsi, c'est possible qu'un époux remplace l'autre qui n'est pas toujours présent. Ainsi, on évite une disharmonie des dispositions des parents qui pourrait déprécier leur réputation. Finalement on rend possible aux enfants de respecter tous les deux parents». D'ailleurs selon Zeiller, les enfants ne doivent pas suivre des instructions parentales visiblement contraires à la raison. Il semble que c'est une matière dans laquelle Zeiller en tant que rapporteur de l'ABGB d'un côté et Zeiller en tant que penseur et commentateur du droit naturel d'un autre côté mettent des accents différents.

l'épouse n'a rien dit, il y a présomption légale qu'elle a confié l'administration de ses biens libres à son mari en qualité d'administrateur légal» (§1238 ABGB).

Déterminé à manifester la séparation de l'Etat de l'Église, le code Napoléon prévoit le mariage civil obligatoire (non sans formalités considérables).

Cependant, le droit matrimonial de l'ABGB est différencié à l'égard des confessions; le mariage est un contrat civil, mais c'est un contrat qui est conclu devant le clercal responsable.

Pour les catholiques, l'ABGB ne connaît pas de vrai divorce («dem Bande nach»). Ce que la loi appelle «divorce», n'est qu'une séparation permanente sans possibilité d'une nouvelle réunion. Sur ce point on doit caractériser le droit matrimonial du code civil autrichien (surtout par rapport au Code français) d'être plutôt «réactionnaire et discriminant» (58).

### C. – *Le droit des biens*

Suivant les doctrines du droit rationaliste, les deux codes sont fondés sur un concept de la chose assez large, qui englobe non seulement les choses corporelles mais aussi les choses intangibles. Pour cette raison le droit des obligations fait partie du droit des biens au sens large du terme (59).

Une autre similitude très importante concerne le concept de propriété dans les deux codes, qui est influencé clairement par la tradition romaniste. La définition légale de la propriété comprend dans les deux cas d'un côté la description positive du pouvoir étendu du propriétaire et d'un autre côté les restrictions prévues par la loi (60).

(58) SCHLOSSER, «Kodifikationen im Umfeld des Preußischen Allgemeinen Landrechts», dans MERTEN/SCHRECKENBERGER (Ed.), *Kodifikation gestern und heute* (1995), p. 77.

(59) Cf. HALPÉRIN, *Le Code civil* (2<sup>e</sup> éd. 2003), p. 61 : «Le Code civil reconnaissait logiquement l'existence d'une propriété (ou d'une possession) de biens incorporels»; cf. art. 2075 et art. 2228; selon §353 ABGB la propriété ne comprend pas seulement les droits corporels, mais aussi les droits incorporels. Sur la conception «large» de chose de l'ABGB, voir HOFMEISTER, «Naturrechtliches Gedankengut als Ursache von Auslegungsschwierigkeiten beim ABGB», *Festschrift Grass* (1986), pp. 269 et s. (en particulier pp. 272 et s.).

(60) Cf. art. 544 Code civil et §§354, 364 ABGB. Cependant, on ne peut supposer une influence directe du Code civil sur l'ABGB; voir déjà Codex Theresianus Zweiter Teil Caput III, §III, voir HARRAS VON HARRASOWSKY, *Der Codex Theresianus und seine Umarbeitungen Bd II* (1884), pp. 44 et s., dans lequel le droit de propriété – conforme à l'esprit absolutiste – est soumis au pouvoir du «Landesfürst». Par celui-ci, la propriété peut être restreinte, interdite ou expropriée – dépendant du «besoin du bien-être général». Voir aussi WESENER, «Von Sachen und dinglichen Rechten», *Zum Sachenrecht des Codex Theresianus*, *Festschrift Kroeschell* (1997), pp. 255 et s.

En plus, les définitions de l'expropriation se ressemblent beaucoup. Selon l'article 545 Code civil, « nul ne peut être contraint de céder sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique, et moyennant une juste et préalable indemnisation ». D'une façon similaire et peut-être inspiré par le modèle français (61), le §365 ABGB prévoit que si l'intérêt public l'exige, un habitant de l'Etat doit céder contre indemnisation convenable la propriété complète d'une chose. Cette disposition est remarquable, parce qu'on peut en déduire une protection de la propriété contre les actes de souveraineté qui présuppose une notion des droits fondamentaux, qui n'étaient pas encore reconnus à cette époque en droit public autrichien.

D'autre part, une différence fondamentale résulte du fait que le code civil autrichien a été créé pour une société féodale, même si la codification autrichienne cherche à cacher cette réalité par son langage.

Toutefois, l'ABGB connaît encore le domaine divisé (propriété simultanée) (62), les fidéicommiss, les servitudes héréditaires (« Erbdienstbarkeiten »), le bail perpétuel irrachetable (« Erbpacht »), les charges foncières (« Grundpflichtigkeiten ») et d'autres institutions attachées aux circonstances féodales. L'abolition définitive des charges foncières n'aura lieu qu'en 1848.

Pourtant, il est intéressant d'observer que le code civil autrichien se sert de formules neutres pour désigner ces institutions en évitant des allusions aux prérogatives aristocratiques existantes (63). On a l'impression que le texte du code est rédigé de cette manière pour préserver la fiction d'une égalité générale (64).

---

(61) FLOSSMANN, *Eigentumsbegriff und Bodenordnung im sozialen Wandel* (1976), p. 114, est d'avis que seulement les pensées de la révolution française ont contribué à la prise de conscience du problème de l'indemnisation en droit autrichien; plus nuancé à ce sujet MEISSEL/OBERHAMMER, « Die Entwicklung des Enteignungsrechts in Österreich seit dem 18. Jahrhundert », dans *L'expropriation, Recueils de la Société Jean Bodin LXVII/2* (2000), p. 245.

(62) Ainsi selon BÜRGE, *Das französische Privatrecht im 19. Jahrhundert* (1991), p. 7, la formulation du Code civil, que le propriétaire puisse jouir et disposer des choses « de la manière la plus absolue », était comprise d'un point de vue contemporain comme refus clair à un droit de propriété simultanée au sens du féodalisme.

(63) BRAUNEDER, « Das österreichische ABGB: Eine neuständische Kodifikation », *Festschrift Wesener* (1992), p. 72; SCHLOSSER, « Kodifikationen im Umfeld des Preußischen Allgemeinen Landrechts », dans MERTEN/SCHRECKENBERGER (Ed.), *Kodifikation gestern und heute* (1995), pp. 67, 76 et s., 84.

(64) Sur ce dilemme GRIMM, « Das Verhältnis von politischer und privater Freiheit bei Zeiller », dans SELB/HOFMEISTER (Hg), *Forschungsband Franz v. Zeiller* (1980) 94 et s.

D'en conclure que l'ABGB soit marqué par une orientation «neoféodale» ou «néocorporative», comme on l'a soutenu récemment (65), me semble exagéré. Une explication plus naturelle serait que les rédacteurs du code, en particulier Zeiller, avaient une position réservée à l'égard de ces institutions féodales, mais n'avaient pas le pouvoir politique de les écarter.

En ce qui concerne l'acquisition dérivée de la propriété, l'ABGB présuppose d'un coté un titre d'acquisition valable («iusta causa») et d'un autre coté la tradition de la possession (66) (quand il s'agit d'un bien mobilier) ou bien l'inscription dans le registre foncier des immeubles (le principe de «titulus» et «modus»).

Cependant, selon le Code civil français «la propriété s'acquiert par l'effet des obligations» (art. 711 Code civil), c'est donc l'accord des partenaires qui produit l'effet immédiat du transfert de la propriété. À cet égard, le droit français suit une conception «consensualiste» du droit naturel, tandis que les règles du droit autrichien correspondent plutôt au droit commun.

Or, cette différence des conceptions qui semble être si grave à première vue, doit être relativisée de plusieurs façons. D'un point de vue de l'histoire des doctrines, on peut rappeler que la doctrine autrichienne connaissait très bien la théorie du transfert de la propriété par consentement (qui remonte à Grotius (67)). Martini par exemple la soutient dans ses œuvres théoriques de droit naturel (68).

---

(65) Selon BRAUNEDER, «Das österreichische ABGB: Eine neuständische Kodifikation», *Festschrift Wesener* (1992), pp. 67 et s., en particulier p. 80, l'ABGB ne s'adresse pas (à la différence du Code Général des États prussiens) à la société féodale de l'Ancien régime («altständische Gesellschaft»), mais non plus à la société égalitaire (comme le Code civil français), mais à une société de structuration «neoféodale» («neuständische Gesellschaft»). Pourtant, Brauneder ne tient pas assez compte du fait, que Zeiller personnellement était tout à fait opposé aux institutions comme les fidécimmis aristocratiques (cf. ZEILLER, *Commentar II*, pp. 521 et s.). Dans ce contexte, BRAUNEDER, *Festschrift Wesener* (1992), p. 68, note 12, attribue injustement à Zeiller une déclaration défavorable à l'égard du droit français dont l'auteur était Pratobevera.

(66) Sur la notion de la possession dans le Code civil, voir Hans PETER, «Zur Regelung des Besitzes im französischen Code civil», *Festschrift Hübner* (1984), pp. 173 et s.

(67) WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* (2<sup>e</sup> édition 1967), p. 293; sur la question de l'influence de Grotius sur le droit français, cf. BUCHER, «Die Eigentums-translativwirkung von Schuldverträgen: Das 'Woher' und 'Wohin' dieses Modells des Code civil», *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 1998, pp. 615 et s.

(68) MARTINI. *Lehrbegriff des Natur-, Staats- und Völkerrechts* (1783/84, réimpression 1969), p. 85, §165. Pourtant le projet d'un code civil de Martini a prévu dans II, art. 12 et 13 un règlement qui correspondait en grande partie à la solution de Julian dans D 41.1.36 et qui s'approchait ainsi déjà d'une tradition abstraite; cf. HOFMEISTER, *Die Grundsätze des Liegenschaftserwerbs in der österreichischen Privatrechtsentwicklung seit dem 18. Jahrhundert* (1977), pp. 22 et s.; VÖLKL, «Die österreichische Kodifikation und das römische Recht», dans BARTA (Hg), *Naturrecht und Privatrechtskodifikation* (1999), pp. 292 et s.

Mais la législation et la pratique autrichienne ont toujours soutenu la solution traditionnelle du droit romain.

De plus, les différences se réduisent lors d'une analyse dogmatique plus exacte : D'une part, le droit autrichien reconnaît le constitut possessoire (§428 ABGB) et la tradition par signe (§427 ABGB), de sorte qu'il ne faut pas toujours de tradition corporelle pour l'acquisition de la propriété. D'autre part, en droit français la possession de la chose joue un rôle très important pour l'attribution de la propriété dans beaucoup de situations différentes possibles. Même si « la propriété s'acquiert par l'effet des obligations » (art. 711 Code civil), en général elle n'est opposable envers des tiers que si l'acquéreur d'un meuble en est entré en possession. Ainsi l'acquisition de la possession demeure décisive dans le cas d'une acquisition de bonne foi ou dans le cas de la vente double (cf. art. 2279 et 1141 Code civil).

L'acquisition de bonne foi des meubles est réglée d'une façon différente dans les deux codifications. Selon l'article 2279 Code civil le propriétaire peut, en cas de perte ou vol d'une chose, la revendiquer du possesseur dans un délai de trois années. Mais en vertu de l'article 2279 §2 du Code civil, il doit rembourser au possesseur actuel le prix payé pour la chose, pourvu que celui-ci l'ait achetée dans une foire, dans un marché ou dans une vente publique ou d'un marchand vendant des choses pareilles (art. 2280 Code civil). Après trois ans, la revendication contre le possesseur de bonne foi ne sera plus possible. La limitation de la revendication par l'expiration d'un délai ainsi que la condition de la possession réelle et de la bonne foi, rappellent sans doute l'usucapion du droit romain.

Cependant, l'ABGB suit une autre conception : Une acquisition originaire de la propriété au moment de la tradition en cas d'une acquisition à titre onéreux de bonne foi est possible sous les conditions du §367 ABGB (69) – cela est même valable pour des choses volées ! L'ABGB s'éloigne ainsi beaucoup plus de la solution de

---

(69) §367 ABGB : « L'action pétitoire n'est pas admise contre le possesseur de bonne foi d'une chose mobilière, s'il peut prouver qu'il l'a acquise dans une vente aux enchères publiques, ou par l'intermédiaire d'un professionnel habilité à ces opérations, ou à titre onéreux de quelqu'un à qui le demandeur avait confié cette chose pour qu'il en serve, pour qu'il la garde, ou pour tout autre motif. Dans ces différents cas, le possesseur de bonne foi a acquis la propriété, et le précédent propriétaire n'a qu'un droit à dommages-intérêts contre les responsables. »

revendication du droit romain que le Code civil, en reconnaissant une acquisition immédiate dans des circonstances spécifiques.

Finalement, en droit des obligations, il y a beaucoup de convergences surtout en ce qui concerne les notions fondamentales : Les deux codes se distancent du système romain des contrats et de sa distinction entre contrats nommés et innommés (70), bien qu'en particulier l'ABGB connaisse encore la catégorie des contrats réels (71).

En ce qui concerne la conclusion du contrat, à la base des deux codes, on trouve la conception contractuelle du droit naturel rationaliste (Grotius), selon laquelle l'obligation («le lien de la promesse») est établie par le transfert de la promesse (le transfert de la «*particula libertatis*», inspiré par le modèle de l'aliénation d'une chose corporelle («*l'alienatio rei*»)) (72).

De plus, les principes de liberté de contracter et la règle générale de la liberté de la forme du contrat se manifestent dans les deux codes d'une manière semblable (73). Ce qui est surprenant, c'est que le Code civil exige que les contrats supérieurs à 150 Francs soient à l'écrit à cause des règles de la preuve (art. 1341 Code civil) (74). À propos de cela, le code civil autrichien (75) est plus libéral, ne connaissant d'exigence de forme écrite que pour certains contrats (76).

(70) Cf. SCHMIDLIN, «Zum Gegensatz zwischen römischer und moderner Vertragsauffassung : Typengebundenheit und Gestaltungsfreiheit», dans SPRUIT (Ed.), *Maior viginti quinque annis* (1979), pp. 111 et s.; WESENER, «Natrechtliche und römisch-gemeinrechtliche Elemente im Vertragsrecht des ABGB», *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte* (1984), pp. 118 et s.

(71) Selon l'ABGB, le dépôt, le commodat et le prêt à consommation sont des contrats réels; pour ces contrats les accords des parties ne constituent que des avant-contrats au sens de §936 ABGB.

(72) Sur ce point voir SCHMIDLIN, «Die beiden Vertragsmodelle des europäischen Zivilrechts», dans ZIMMERMANN (Ed.), *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik* (1999), pp. 187 et s.

(73) Sur le droit des contrats de l'ABGB, voir WESENER, «Natrechtliche und römisch-gemeinrechtliche Elemente im Vertragsrecht des ABGB», *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte* (1984), pp. 113 et s.

(74) Pourtant, l'exigence de forme écrite est relativisée par des exceptions, par exemple en cas d'impossibilité (art. 1348 Code civil) ou dans le cas d'un commencement de preuve par écrit (art. 1347 Code civil), aussi dans le cas d'une preuve par aveu ou quand on a prêté un serment décisoire.

(75) Cf. §883 ABGB : «Un contrat peut être conclu oralement ou par écrit, judiciairement ou extra-judiciairement, avec ou sans témoin. La différence de ces formes n'entraîne pas de différence dans les obligations, en dehors des cas prévus par la loi.»

(76) Cf. HEISS, «Der Einfluss des Code civil auf die österreichische Privatrechtskodifikation», dans BARTA (Ed.), *Natrecht und Privatrechtskodifikation* (1999), pp. 520 et s. Le droit autrichien exige la forme écrite pour la promesse d'une donation (§943 ABGB), pour la donation *mortis causa* (§956 ABGB); pour le contrat d'une société universelle (§1178 ABGB) et pour les pactes matrimoniaux (§1249 ABGB). Même pour le cautionnement, la forme écrite n'était exigée que par la troisième Révision partielle de l'ABGB en 1916 («Dritte Teilnovelle»), cf. §1346 dans sa version actuelle!

Le droit de l'enrichissement sans cause est constitué dans les deux codes des résidus de modèles romains peu systématiques, bien que le droit français semble être encore moins complet à cet égard que le droit autrichien. Le Code civil ne règle que la gestion d'affaires (77) et le paiement de l'indu (art. 1371 et s.), tandis que l'ABGB mentionne au moins la plupart des autres actions en répétition («condictiones») du droit romain (à l'exception de la *condictio causa data non secuta*). Dans ce domaine, la jurisprudence et la doctrine ont développé seulement avec le temps beaucoup de règles qui existent aujourd'hui.

La conception du droit des délits des deux codes est plus originale, s'inspirant des idées du rationalisme juridique. Le grand nombre des actions de délits du droit romain est remplacé par une clause générale comme base d'une cohérente responsabilité civile délictuelle (78). En comparaison avec le caractère plutôt fragmentaire du droit des délits dans le Code civil (art. 1382-1386), les dispositions du code civil autrichien (§§ 1293-1341 ABGB) sont beaucoup plus élaborées. Cette partie de l'ABGB semble encore une fois être influencée largement par le droit prussien, mais contient aussi des éléments tout à fait originaux comme la responsabilité dans le cas d'un dommage causé par un enfant «d'après les circonstances» (§ 1310 ABGB), où le code civil autrichien fait recours explicite au principe d'équité (79). En général, en ce qui concerne la responsabilité du fait d'autrui, l'ABGB de 1811 (80) est plus restrictif que le Code civil, qui con-

---

(77) Sur le régime de la gestion d'affaires en droit autrichien, voir KUPISCH, Franz von ZEILLER und die «Eingriffskondiktion» des § 1041 ABGB, dans SELB/HOFMEISTER (Ed.), *Forschungsband Franz von Zeiller* (1980), pp. 148 et s.; MEISSEL, *Geschäftsführung ohne Auftrag* (1993), pp. 14 et s.

(78) Sur le droit délictuel en droit commun, cf. WINIGER, «La responsabilité aquilienne en droit commun» (2002); en particulier sur le droit délictuel de l'ABGB, cf. HAUSMANINGER, «Le Code civil autrichien de 1812 et le droit romain des délits», *Revue d'histoire des Facultés de droit et de la science juridique*, n° 19 (1998), pp. 189 et s.

(79) Selon § 1310 ABGB, si la victime ne peut recevoir de dédommagement à cause d'une irresponsabilité civile du délinquant (par ce qu'il n'avait pas encore 14 ans ou à cause de son imbecillité) et s'il n'y a non plus de personnes auxquelles le dommage peut être imputé à cause d'une négligence de surveillance (§ 1309 ABGB), «le juge doit décider s'il y a lieu à un dédommagement total, ou seulement partiel et équitable, en examinant, d'après les circonstances, si une faute 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».

(80) Cf. § 1313 ABGB : «En règle générale, on n'est pas responsable des actes illégaux d'autrui auxquelles on n'a pas part».

naît une responsabilité étendue « par le fait de personnes dont on doit répondre » (art. 1384 Code civil).

### RÉSUMÉ

Selon une opinion répandue, le Code civil français est l'enfant de la Révolution Française (et de la force créatrice du Premier Consul) tandis que le code civil autrichien reflète encore un régime absolutiste éclairé (81). Il est incontestable que les idées révolutionnaires d'une séparation de l'Eglise et de l'Etat (ouvrant le chemin par exemple pour le divorce en droit privé) et l'abolition des prérogatives aristocratiques ne figurent pas dans la législation autrichienne de 1811. C'est aussi vrai que certains produits du rationalisme juridique comme par exemple le transfert de la propriété par le seul consentement des parties se trouvent dans le Code civil français, pendant que le code civil autrichien reste plus fidèle à la tradition du droit commun à cet égard. Pourtant, des études récentes (82) ont démontré que le Code civil français ne contient non seulement des idées libérales et individualistes, mais aussi des traits étatiques et même réactionnaires. D'autre part, à travers une analyse comparative nous avons pu constater que c'est le code civil autrichien qui est quelquefois plus attaché aux idéaux de liberté et d'égalité.

En tout cas, les deux codes étaient couronnés de succès non seulement en France ou en Autriche mais aussi dans beaucoup d'autres pays (même si on doit avouer que l'influence du code civil autrichien se limite surtout à l'Europe centrale tandis que le Code civil français jouit d'une diffusion internationale). Tous les deux font preuve d'une vitalité et d'une longévité remarquable. Cela n'aurait pas été possible si les deux codes n'avaient pas laissé de marges considérables à l'évolution de la doctrine et de la jurisprudence.

En ce qui concerne les concepts juridiques, les deux codes s'inspirent largement de la même culture juridique européenne : une cul-

(81) Cf. OGRIS, « Zur Geschichte und Bedeutung des österreichischen bürgerlichen Gesetzbuches », *Liber Memorialis François Laurent* (1989), p. 373 = réimpression dans OGRIS, *Elemente europäischer Rechtskultur* (2003), p. 311.

(82) BÜRGE, « Das französische Privatrecht im 19. Jahrhundert (1991) »; COUDERT, « Das Fortleben französischer Gewohnheitsrechte aus dem Ancien régime nach 1804 », dans SCHULZE (Ed.), *Französisches Zivilrecht in Europa während des 19. Jahrhunderts* (1994), pp. 37 et s.; GORDLEY, « Myths of the French Civil Code », *American Journal of Comparative Law* (1994), pp. 459 et s.; HALPÉRIN, *Code civil* (2<sup>e</sup> édition 2003), pp. 27 et s. (en particulier pour le droit de la famille).

ture dominée par le droit romain et ses transformations (soit par le droit savant du Moyen-Age, le droit canonique ou le rationalisme juridique), incorporant bien sûr aussi des éléments du droit autochtone des différentes régions. L'emblème de cette culture n'est pas l'uniformité mais la diversité. Ainsi, le code civil autrichien et le Code civil français ne sont certainement pas des gémeaux, mais ils appartiennent néanmoins à la même grande famille.