



[Seite 31] 111 ans après: La place du Code des obligations au sein des grandes codifications

OLIVIER RISKE* /BLAISE CARRON**1

Mots-clés: codification, histoire de la codification, code, Code des obligations, codes conservateurs, codes révolutionnaires, droit naturel, doctrine pandectiste

A. Introduction

Il y a 111 ans, le 30 mars 1911, le Parlement fédéral adoptait le Code des obligations². Ce texte régissait l'ensemble du droit des obligations, de manière simple, sûre et flexible. Force est de constater qu'il a plutôt bien rempli son rôle.

Alors que le Code est désormais un monument juridique plus que centenaire, son texte original est resté largement identique. N'ayant pas subi de révision totale, il conserve son actualité, même si, il est vrai, certains domaines, en particulier le droit des contrats (art. 184 à 551 CO), le droit des sociétés (art. 552 à 926 CO) et les dispositions sur le registre du commerce, les raisons de com [Seite 32] merce et la comptabilité commerciale (art. 927 à 963b CO), ont fait l'objet de mises à jour importantes.

A la lumière de ces considérations, il est pertinent d'apprécier les raisons sous-jacentes à cette stabilité (apparente?) du Code. Vu le caractère relativement récent du CO dans l'histoire de la codification, le codificateur suisse a su bâtir ce monument juridique sur les fondations des expériences passées. Partant, l'objectif de la présente contribution est d'identifier les enseignements procurés par les grandes codifications qui ont précédé notre Code tout en exposant les spécificités de ce dernier.

Dans la partie principale de l'article (*infra B.*), nous précisons d'abord les notions de code et de codification (*infra B.I.*), puis nous mettrons en évidence les particularités du Code des obligations suisse de 1911 (*infra B.II.*), avant de conclure (*infra C.*). La présente contribution constitue également le socle d'analyse pour un second article, à paraître dans le prochain numéro de cette revue, qui s'intéressera aux facteurs contemporains d'évolution du Code et qui interpellera le législateur en lien avec la décodification du droit des obligations.

B. Code suisse des obligations: une codification ayant son propre ADN

I. Code et codification: notions

Même si ses origines remontent à l'antiquité, le code, dans son acception moderne, trouve sa source dans les vagues de codifications qui se succèdent en Europe continentale à partir du milieu du 18^e siècle. Aussi convient-il de retracer et préciser l'histoire du code. Après avoir proposé une définition de la codification (*infra B.I.1.*), avoir précisé son origine terminologique (*infra B.I.2.*) et son contexte idéologique (*infra B.I.3.*), nous analyserons les fonctions historiques du code, d'abord comme arme politique (*infra B.I.4.*), puis comme œuvre scientifique (*infra B.I.5.*), ce qui permettra de mettre en exergue les caractéristiques générales d'une codification moderne (*infra B.I.6.*).

1. Définition de la codification

Que faut-il comprendre par «codification»? S'il s'agit uniquement de la mise par écrit de règles juridiques, la notion remonte au moins à la tablette «*Ur-nammu*», ainsi appelée en référence au nom du roi sumérien de la troisième dynastie Ur (env. 2100 av. J.-C.)³. Non seulement cette tablette témoigne-t-elle [Seite 33] de la plus vieille loi dont le texte nous soit parvenu, mais UR-NAMMU DE LAGASH est également le premier souverain qui se qualifia lui-même de législateur⁴.

La codification, au sens moderne du terme, signifie plus que la seule mise par écrit du droit. On la distingue des compilations de l'Antiquité tardive et du Moyen Age⁵. Alors que ces dernières constituent un rassemblement (*compilatio*)⁶ non systématique de règles et principes juridiques existants en un seul ouvrage (*codex*)⁷, la codification est le classement systématique, dans un texte législatif nouveau, l'ensemble ou une partie du droit d'un ordre juridique donné⁸. Dans le premier cas, il s'agit d'une codification complète et, dans le second, d'une codification partielle⁹. Partant, un code, au sens moderne, est un ensemble de règles juridiques réunies ou recueillies sous une forme écrite et dans un ordre systématique qui aspirent à une certaine intégralité et engendrent, de ce fait même, une fonction d'unification¹⁰.

2. Origine terminologique

Les compilations romaines figuraient sur des feuilles de parchemin, superposées et reliées ensemble par un côté, de sorte à constituer un ouvrage appelé *codex*. La désignation du contenu s'est appliquée par métonymie au contenant¹¹. Au sens générique, le terme «code» est donc susceptible d'être utilisé pour désigner une compilation de l'Antiquité tardive ou du Moyen Age («code-compilation»), ou un code de lois au sens moderne («code-innovation»)¹².

[Seite 34] Un sourire empreint d'ironie accompagne la prise de conscience que le terme «codification», quant à lui, trouve son origine dans la culture juridique réunissant ses adversaires les plus acerbes. En effet, l'expression est d'origine anglaise et nous vient de BENTHAM¹³. Au début du 19^e siècle, BENTHAM n'hésite pas à prendre position contre le système jurisprudentiel anglo-saxon («*case law*») et à plaider en faveur d'un code de lois complet, applicable uniformément dans tout le royaume¹⁴. Nulle part ailleurs en Europe, l'idéal de la codification n'est aussi vilipendé qu'en Angleterre où le programme de BENTHAM, perçu comme naïf, est raillé par ses contradicteurs. L'idée du philosophe est un échec et l'Angleterre rejette sa proposition¹⁵. L'île britannique se satisfait de sa pratique juridique séculaire, le besoin d'unification des normes n'étant sans doute pas aussi important que dans les juridictions civilistes¹⁶. Sur le continent européen en revanche, le succès de BENTHAM est si retentissant que son idée trouvera finalement quelques partisans également sur son île d'origine. Ces derniers transmettent sa pensée tout au long du 19^e siècle, sans toutefois que cette dernière ne trouve d'aboutissement concret¹⁷.

3. Contexte idéologique

Alors que dans l'absolutisme primaire, la loi n'est bien souvent rien d'autre que l'expression de la volonté implacable du seigneur en place, l'esprit des Lumières apporte une nouvelle dimension à la notion: la loi doit désormais avoir également pour but de protéger la liberté. La liberté de tout être humain de trouver son plein épanouissement sous-tend la pensée éclairée et trouve une place de choix dans la doctrine du droit naturel moderne¹⁸. Pour le jusnaturaliste, la liberté est un attribut que l'Homme détient de par sa nature. En cela, les êtres humains sont profondément égaux. Une loi fondée sur la raison ne peut donc être que celle qui garantit la liberté et l'égalité contre les ingérences étatiques injustifiables. De plus, la sécurité recherchée trouve son fondement dans la certitude du texte de la loi, de sa publication officielle et de l'exactitude de son champ d'application temporel. L'établissement précis du moment de son entrée en vigueur garantit contre une rétroactivité arbitraire¹⁹.

[Seite 35] L'idéal d'une loi éclairée protégeant la liberté de tout un chacun de jouir de ses biens et de poursuivre le bonheur résonne progressivement à travers toute l'Europe. Les Lumières connaissent leurs flammèches aux Pays-Bas avec SPINOZA²⁰ (dès 1670) et en Angleterre avec LOCKE²¹ (dès 1690). Au début du 18^e siècle, les idées des Lumières se propagent rapidement en Allemagne avec THOMASIUS²² et WOLFF²³. Dès le milieu du 18^e siècle, elles se disséminent graduellement en France grâce à MONTESQUIEU²⁴, ROUSSEAU²⁵ et VOLTAIRE²⁶, pour finalement embraser l'Europe entière²⁷. Aussi, la pratique a tôt fait de rattraper la théorie: les projets de codification fleurissent à travers le monde. Seule une minorité d'entre eux aboutira toutefois à l'entrée en vigueur d'un code de lois (code-innovation)²⁸.

[Seite 36] 4. Code comme arme politique

Lorsqu'on cherche à saisir pleinement la signification des codifications, il ne saurait être question de les détacher du l'environnement socio-politique ayant présidé à leur élaboration. A ses débuts, le code avait une fonction éminemment politique. Le contexte historique (*infra* B.I.4.a.) suivi d'un aperçu des codes dit conservateurs (*infra* B.I.4.b.) et des codes dit révolutionnaires (*infra* B.I.4.c.) offrent un éclairage sur la question.

a. Contexte historique

Inspirés par les Lumières (*supra* B.I.3.)²⁹, les initiateurs de la première vague de codifications, entre 1750 et 1811, profitent de l'élaboration d'un code de lois pour imposer leurs idées politiques. Ils envisagent le code, soit comme un outil de l'expression politique de la foi dans l'ordre social établi (codes conservateurs, *infra* B.I.4.b.), soit comme une assimilation systématique dans un ordre juridique et politique nouveau de principes révolutionnaires, tels que la liberté individuelle, l'égalité, ou encore l'unité du droit (codes révolutionnaires, *infra* B.I.4.c.)³⁰.

b. Codes conservateurs

Parmi les codes conservateurs, fruits d'un absolutisme éclairé, deux codifications méritent d'être mentionnées à cet endroit. Il s'agit, d'une part, de l'*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* (ABGB), promulgué en 1811 par l'empereur d'Autriche FRANÇOIS I^{er} et, d'autre part, de l'*Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten* (ALR), mis en vigueur en 1794 par le roi de Prusse FRÉDÉRIC-GUILLAUME II.

L'ABGB, qui trouve son origine dans un avant-projet élaboré à l'initiative de MARIE-THÉRÈSE D'AUTRICHE³¹ auquel l'empereur JOSEPH II donnera suite, présente les particularités de s'adosser sur le *ius commune*³² et d'être toujours en vigueur à l'heure actuelle. Le texte prend une première forme sous la direction du jusnaturaliste MARTINI³³, mandaté à cet effet par l'empereur LÉOPOLD II. Il [Seite 37] est finalement achevé par ZEILLER³⁴ qui reprend l'idée, déjà esquissée par MARTINI, d'un droit privé naturel. Tous deux remédient au manque de technique législative moderne des projets précédents et réussissent, à l'aide d'une méthodologie et d'une théorie claires, à unifier le droit des territoires autrichiens³⁵.

L'ALR est également remarquable, notamment parce que c'est un des rares exemples de codification complète. Comptant près de 20 000 articles, dont 9 000 consacrés au droit privé, l'ALR régit tous les domaines du droit. Le langage choisi le rend toutefois difficilement lisible. Son obsession pour l'exhaustivité ne laisse volontairement que peu de place à l'activité prétorienne, pourtant essentielle à l'évolution de tout texte de loi³⁶. Planifiée dès 1746 par le roi de Prusse FRÉDÉRIC II, la codification est un instrument de pouvoir du monarque et non une garantie de liberté contre un Etat tout-puissant. En 1780, le projet de codification est cependant confié aux juristes les plus éclairés de la monarchie, soit le chancelier CARMER³⁷ et son assistant SVAREZ³⁸, tous deux familiers du jusnaturalisme de WOLFF³⁹. FRÉDÉRIC LE GRAND, sans renoncer à sa prétention au pouvoir absolu, et les rédacteurs du code poursuivent ainsi des buts distincts, tout en étant également intéressés par la codification. Lorsque le «*Codex Juris Fridericianum*» est finalement prêt à entrer en

vigueur après la mort du souverain en 1790, le climat politique a changé. Dans l'obscurité du règne de la terreur révolutionnaire française, les idées des Lumières sont désormais méprisées à la Cour prussienne⁴⁰. Le roi FRÉDÉRIC-GUILLAUME II et son entourage contre-révolutionnaire s'interdisent à mettre en vigueur ce projet de code, qualifié d'égalitaire⁴¹. Partant, on apporte à la hâte des modifications au projet afin d'en soustraire au possible tout témoignage de la pensée éclairée⁴². L'ALR sera rapidement remplacé au fur et à mesure des codifications futures, pour connaître une abrogation définitive lors de l'entrée en vigueur du Code civil allemand (*Bürgerliches Gesetzbuch* – BGB) en 1900⁴³.

[Seite 38] c. Codes révolutionnaires

Produit de la Révolution française et de l'humanisme rationaliste du 18^e siècle⁴⁴, le Code civil français (CCfr.) de 1804⁴⁵ est le premier code traitant purement du droit civil⁴⁶. Considéré comme un monument du droit naturel tardif⁴⁷, il est largement inspiré des travaux de DOMAT⁴⁸ et POTHIER⁴⁹. Incorporant à la fois le droit justinien et le droit coutumier, le CCfr. aura une influence majeure en Europe et au-delà, notamment sur le Code civil italien de 1865, le Code civil espagnol de 1889⁵⁰, ainsi que sur les codifications cantonales de droit privé de Suisse romande (*infra* B.II.1.a.)⁵¹.

La première ambition étatique d'imposer le droit naturel en France remonte à la proclamation, le 26 août 1789, par l'Assemblée nationale de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Deux ans plus tard, le 3 septembre 1791, en acceptant la Constitution élaborée par les membres de la Constituante, le roi LOUIS XVI fait passer la France d'une monarchie absolue à une monarchie constitutionnelle basée sur la séparation des pouvoirs prônée par MONTESQUIEU⁵². Ce texte parachève le transfert de la souveraineté du roi à la nation⁵³.

Ce n'est qu'après l'instabilité politique générée par le tumulte des années révolutionnaires que NAPOLÉON BONAPARTE se saisit du projet de codifier le droit civil⁵⁴. La mise en forme du CCfr. est l'œuvre d'une petite commission et de 102 séances du Conseil d'Etat, dont 52 sont présidées par NAPOLÉON BONAPARTE lui-même⁵⁵. Au-delà d'incorporer les principes révolutionnaires, le [Seite 39] CCfr. est avant-gardiste dans la mesure où il ne compte que 2 281 articles concis⁵⁶ qui, par l'usage de notions juridiques indéterminées, laissent une place au droit prétorien et donc à l'évolution des réalités sociales et économiques. Il n'est donc pas surprenant qu'après quelques révisions, il soit toujours en vigueur aujourd'hui, une grande partie des articles ayant même maintenu leur forme originale⁵⁷.

Malgré les différentes idéologies politiques ayant présidé à leur réalisation, les codifications du 18^e siècle jusqu'au début du 19^e siècle engendrent une mutation profonde du rationalisme juridique. D'aucuns les qualifient, à juste titre, d'«actes de transformation révolutionnaire»⁵⁸. Dans tous ces codes, les particularismes locaux n'y trouvent une place qu'à la condition de se laisser intégrer «naturellement» dans un système juridique rationnel⁵⁹.

5. Code comme œuvre scientifique

Outre leur indéniable dimension politique, certains codes plus récents, comme le BGB, sont le résultat d'une démarche scientifique pleinement assumée. Un aperçu du contexte historique (*infra* B.I.5.a.), puis de l'environnement juridique (*infra* B.I.5.b.), suivi d'une présentation de l'Ecole historique allemande (*infra* B.I.5.c.) et, enfin, de la doctrine pandectiste (*infra* B.I.5.d.) permettent de mettre en relief cette caractéristique.

a. Contexte historique

Une deuxième phase de codifications, qui a lieu durant le 19^e siècle, met d'avantage l'accent sur les usages juridiques régionaux en se concentrant sur l'histoire nationale du droit. Cette démarche s'explique en partie par l'effondrement de l'ordre politique en Europe après 1800⁶⁰. Les considérations politiques exigent de justifier historiquement l'identité nationale et la particularité du droit. Alors que le jusnaturalisme organise le droit par une classification tripartite en *persona*, *res* et *obligatio* en prenant comme modèle les institutions de GAIUS⁶¹,

la doctrine pandectiste du 19^e siècle réinterprète et systématise le droit [Seite 40] romain tout en en détachant le droit de la famille et des successions, domaines dans lesquels les particularismes nationaux sont les plus marqués⁶².

b. Environnement juridique

A la fin du 19^e siècle, soit juste avant l'entrée en vigueur du BGB, le droit privé n'est toujours pas unifié en Allemagne, sous réserve du droit commercial, codifié dans l'ancien Code commercial allemand (*Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch* – ADHGB)⁶³. Entre les Etats encore régis par le *ius commune* et ceux soumis aux *Landrechte* bavarois, wurtembergeois, prussien ou saxon, sans parler de ceux assujettis au CCfr. ou à ses variations régionales⁶⁴, le tout complété par des droits locaux, le morcellement du droit est impressionnant. A l'aube du 19^e siècle, les facultés de droit des territoires allemands continuent d'enseigner le droit romain et canon comme cursus de base sans véritable portée pratique directe. Il n'est dès lors pas surprenant que la doctrine de l'école historique allemande («*historische Rechtsschule*», *infra* B.I.5.c.), ainsi dénommée par son fondateur SAVIGNY⁶⁵, trouve un accueil bienveillant dans les universités allemandes⁶⁶.

c. Ecole historique allemande

L'école historique allemande, constituée en 1814 par SAVIGNY, s'oppose aux thèses de THIBAUT⁶⁷ qui plaide pour un droit privé unifié applicable à l'ensemble des territoires allemands⁶⁸. Selon SAVIGNY, le droit ne se fonde pas sur la [Seite 41] raison ou la nature de l'Homme, mais est le produit de l'activité silencieuse de l'«esprit du peuple» («*Volksgeist*»)⁶⁹. La science doit s'efforcer à découvrir d'abord cette matière première juridique pour ensuite la rénover et la moderniser, notamment en organisant ses institutions. Des lois ne sauraient être élaborées qu'une fois ce procédé effectué. Quel est donc l'aboutissement de ce programme méritoire? L'esprit du peuple allemand a œuvré en silence pendant des siècles et il en résulte, rafraîchi par SAVIGNY⁷⁰, un rétablissement du droit justinien purifié des droits régionaux introduits dans le *ius commune*⁷¹.

d. Doctrine pandectiste

L'idée de SAVIGNY connaît un succès certain en son temps. Aussi, le droit romain, avec sa rationalité, sa libre propriété et sa liberté contractuelle, est un excellent instrument pour l'économie de marché bourgeoise de l'Allemagne du 19^e siècle. C'est dans ce contexte historique, juridique et économique qu'apparaît la doctrine pandectiste. Cette dernière est nommée en référence aux «*Pandekten*», terme de langue allemande d'étymologie grecque employé pour désigner les Digestes de la compilation justinienne. La doctrine pandectiste parvient à s'ériger en véritable pinacle de la science juridique du 19^e siècle qu'elle influence internationalement. Sa systématique minutieuse et son élaboration de notions et institutions juridiques sophistiquées suscitent l'enthousiasme des juristes⁷², qui la qualifieront de «*Begriffsjurisprudenz*» (doctrine de l'ordonnancement des institutions juridiques)⁷³. La doctrine pandectiste s'évertue à employer des méthodes rationnelles dans le raisonnement juridique. Les institutions juridiques y sont arrangées et classées de sorte à former un système complet et non contradictoire⁷⁴.

Le BGB de 1896, entré en vigueur en 1900⁷⁵, doit son contenu et sa systématique à la doctrine pandectiste⁷⁶. Il comprend une partie générale, incluant notamment des règles sur la capacité civile et les actes juridiques, applicable à [Seite 42] quatre autres parties composées du droit des obligations, des droits réels, du droit de la famille et du droit des successions.

Si l'on devait comparer le BGB au CCfr., il y aurait lieu de souligner avant tout que le second est acclamé pour sa clarté, alors que le premier l'est pour sa rigueur⁷⁷. Le CCfr. utilise des termes compréhensibles de tous. Fruit de la Révolution du peuple, il est destiné au peuple. A l'inverse, le BGB est un mécanisme de savants qui s'adresse avant tout aux instruits. Il se distingue par son souci de précision et par une terminologie scientifique particulièrement riche⁷⁸. Exploitant intelligemment l'apanage de la langue allemande, il crée de nouveaux termes par composition pour définir une institution juridique⁷⁹. Cette caractéristique,

combinée à son système complexe de renvois internes, en fait une sorte de logiciel juridique, pouvant laisser parfois perplexe le juriste de tradition française.

6. Caractéristiques générales des codifications modernes privées

L'aperçu esquissé dans les paragraphes précédents des codes représentatifs des deux grandes vagues de codifications ayant traversé l'Europe dès le 18^e siècle (*supra* B.I.4. et B.I.5.) permet une mise en exergue des caractéristiques, politiques et juridiques, de tout code moderne.

D'un point de vue politique, le code présente deux particularités. Premièrement, le souverain a voulu unifier le droit, afin d'exprimer son autorité et son pouvoir. En tant que source principale et unique, le code est un moyen permettant d'écarter d'autres formes de droit, par ex. la coutume, sur lesquelles il n'a que peu d'emprise. Deuxièmement, le code est garant d'une certaine stabilité. Il scelle dans un texte écrit les règles régissant un domaine du droit et les inscrit dans la durée⁸⁰. D'un point de vue juridique, on peut relever également deux caractéristiques. D'une part, le code cherche à traiter exhaustivement une branche du droit et revêt donc un caractère intégral. D'autre part, il relève d'une démarche systématique: ses subdivisions en livres, parties, titres et chapitres révèlent une structure précise et rationnelle.

[Seite 43] II. Particularités du Code des obligations suisse

Le Code des obligations du 30 mars 1911 (CO), œuvre de HUBER⁸¹, se fonde largement sur un premier Code fédéral des obligations du 14 juin 1881 (aCO) qui est l'œuvre d'un autre grand juriste suisse, MUNZINGER⁸². Le CO présente d'abord les qualités générales (*infra* B.II.1.) d'un code moderne. En outre, le CO présente des caractéristiques propres (*infra* B.II.2.), utiles pour comprendre son évolution récente.

1. Qualités générales

Un aperçu des précurseurs cantonaux à l'aCO (*infra* B.II.1.a.) participe à la mise en évidence du fait que le CO partage des propriétés communes aux autres codifications entreprises sur le continent: il a permis une unification (*infra* B.II.1.b.) du droit des obligations, traité dans son intégralité (*infra* B.II.1.c.), et se caractérise tant par sa systématique (*infra* B.II.1.d.) que par sa stabilité (*infra* B.II.1.e.).

a. Précurseurs cantonaux

La fièvre codificatrice du 19^e siècle n'épargne pas la Suisse. Cette fébrilité s'exprime d'abord au niveau cantonal, où les codifications de droit privé peuvent être divisées en trois courants.

Un premier groupe de cantons reste fidèle au CCfr., soit en le laissant en vigueur en l'état après la fin de la domination française (Genève) ou alors en promulguant chacun un propre code sur son modèle entre 1819 et 1855 (Vaud, Tessin, Fribourg, Valais et Neuchâtel)⁸³. Un deuxième groupe de cantons (Berne⁸⁴, Lucerne, Soleure et Argovie) s'emploie à édicter un «*Civilgesetzbuch*», chacun sur le modèle de l'ABGB, de 1830 à 1855⁸⁵. Les codifications inspirées par la doctrine pandectiste composent le troisième et dernier groupe. L'année 1856 est celle de l'entrée en vigueur de la dernière partie du fameux «*Privatrechtliches Gesetzbuch*» zurichois qui influencera considérablement d'autres codifications cantonales promulguées jusqu'en 1874 (Zoug, Grisons, Schaffhouse et Glaris)⁸⁶.

[Seite 44] Les autres cantons (Bâle-Ville, Bâle-Campagne, St-Gall, Appenzell Rhodes-Intérieures, Appenzell Rhodes-Extérieures, Schwyz, Obwald, Nidwald, Thurgovie et Uri) se satisfont du *statu quo* et n'entreprennent pas de codification⁸⁷.

Nonobstant les différents efforts cantonaux de codification entrepris au cours du 19^e siècle, le droit privé demeure disparate sur le territoire suisse. L'éclatement du droit des obligations en particulier est un obstacle au développement économique helvétique du 19^e siècle.

b. Unification

La première qualité générale du CO – et c’est principalement un acquis de l’aCO – est qu’il unifie le droit des obligations suisse. L’année 1874 marque l’adoption et l’entrée en vigueur de la révision partielle de la Constitution suisse de 1848 (aCst.)⁸⁸. Ce nouveau texte se singularise par l’attribution à la Confédération de compétences pour légiférer en matière de droit des obligations, y compris dans le domaine du droit commercial et du droit cambiaire⁸⁹. L’aCO est adopté le 14 juin 1881, mettant en place une très large unification du droit des obligations en Suisse. Celle-ci sera effective dès son entrée en vigueur, le 1^{er} janvier 1883⁹⁰.

L’aCO consacre le détachement du droit des obligations des particularismes cantonaux (*supra* B.II.1.a.). MUNZINGER a rédigé un code unifié et pragmatique répondant aux nouveaux besoins d’un territoire fédéral à l’intérieur duquel les échanges commerciaux foisonnaient. Il s’est inspiré des traditions allemande et française tout en refusant de se soumettre à l’une d’elles, et il a retenu les règles les plus convaincantes notamment pour garantir un juste équilibre entre les parties au contrat⁹¹.

c. Intégralité

La deuxième qualité générale du CO est qu’il unifie (presque) intégralement le droit des obligations. Contrairement à l’Allemagne, la Suisse n’entreprend pas de codifier séparément le droit commercial. Ainsi, la Suisse se pourvoit d’une loi originale, influencée tant par la doctrine pandectiste que par des règles du CCfr., de l’ABGB et de l’ADHGB⁹².

[Seite 45] La volonté d’unification intégrale trouve ses racines dans l’aCO. Comme son successeur, l’aCO est déjà pourvu d’une partie générale, contenant les dispositions relatives au droit des obligations, dont l’application n’est pas restreinte aux obligations nées de contrats spéciaux. Cette partie générale comprend notamment, en plus des dispositions sur la formation, les effets, l’extinction, la cession des obligations et certaines de leurs modalités, des règles régissant les obligations résultant d’actes illicites et de l’enrichissement illégitime. En revanche, la partie spéciale de l’aCO traite des différentes obligations contractuelles uniquement dans la mesure où elles peuvent, d’une manière quelconque, se rapporter aux transactions mobilières. Les contrats qui ont pour objet la transmission de la propriété immobilière et des autres droits réels sur des immeubles sont encore expressément exclus du Code et réservés au droit cantonal⁹³. L’aCO représente néanmoins bien le premier pas vers le traitement intégral du droit civil au niveau fédéral recommandé par la Société suisse des juristes dès 1883⁹⁴.

Le droit civil suisse ne sera unifié que le 1^{er} janvier 1912, date de l’entrée en vigueur du Code civil de 1907 (CC)⁹⁵. L’adoption du CC est rendue possible grâce à la révision, en 1898, de l’art. 64 aCst qui attribue de nouvelles compétences à la Confédération⁹⁶. Le CC est l’œuvre de HUBER. Adeptes de l’école historique allemande (*supra* B.I.5.c.), il s’appuie sur les modèles cantonaux de législation (*supra* B.II.1.a.), notamment sur le groupe pandectiste zurichois, ainsi que sur les règles cantonales non écrites⁹⁷. Il divise le CC en quatre parties traitant successivement du droit des personnes, du droit de la famille, du droit des successions et des droits réels. Un volume distinct, le Livre cinquième consacré au droit des obligations (CO), complète matériellement le CC.

Le CO, bien qu’il concrétise la volonté d’unification intégrale du droit des obligations, n’est pourtant pas parfaitement exhaustif. Par ex., le contrat d’assurance en est absent, car on considérait à l’époque qu’il s’agissait d’une matière trop récente, «où des solutions d’une valeur permanente [n’étaient] pas encore trouvées et où se [produisaient] des changements incessants, qu’il [était] plus aisé d’opérer sous le régime de la législation spéciale que sous celui de la codification intégrale»⁹⁸. Cette déclaration du Conseil fédéral constitue sans doute le marchepied de la décodification, phénomène que nous traiterons plus en détail dans la prochaine contribution (*supra* A. et *infra* C.).

[Seite 46] d. Systématique

La troisième qualité générale reconnue au CO est qu’il relève d’une systématique très précise, dans la droite ligne des enseignements tirés de la doctrine pandectiste (*supra* B.I.5.d.).

). La première partie comprend des dispositions générales, les suivantes traitent notamment des diverses espèces de contrats et des sociétés commerciales. Chaque partie se divise en titres, chaque titre contient des chapitres. En outre, une note marginale précise le sujet traité par chaque disposition⁹⁹.

e. Stabilité

Enfin, la quatrième qualité générale du CO est sa stabilité dans le temps. Celle-ci se manifeste tout particulièrement dans la partie générale du CO. Depuis 1911 et jusqu'à fin 2020, seuls 21 actes législatifs ont entraîné une ou plusieurs modifications ou abrogations de dispositions appartenant aux **art. 1 à 183 CO**¹⁰⁰.

2. Caractéristiques propres

Outre le fait de présenter des qualités générales communes à toutes les codifications, le CO se distingue par des caractéristiques propres. On en relèvera trois: sa simplicité (*infra* **B.II.2.a.**), sa flexibilité (*infra* **B.II.2.b.**) et son unicité (*infra* **B.II.2.c.**)¹⁰¹.

a. Simplicité

Le CO présente une syntaxe et un vocabulaire peu complexes. A l'inverse des codificateurs du BGB, qui usent d'un langage excessivement technique adressé aux savants¹⁰², tant MUNZINGER que HUBER aspirent à une loi lisible, facilement compréhensible pour chaque citoyen, sans pour autant tomber dans le piège de l'approximation¹⁰³. Les deux auteurs voulaient un code populaire¹⁰⁴. Celui-ci devait contenir peu d'articles; les dispositions légales devaient se singulariser par leur brièveté, leur simplicité et leur clarté; les renvois internes ou **[Seite 47]** externes devaient être limités au strict nécessaire. Le résultat est remarquable, ce qui lui a assuré un rayonnement international indéniable¹⁰⁵. Le CO demeure un code accessible au simple citoyen, «ce qui n'empêchera pas le spécialiste de [...] découvrir toujours un sens plus étendu ou plus profond»¹⁰⁶.

b. Flexibilité

Le CO révèle une flexibilité certaine, notamment par le caractère ouvert de son texte. Contrairement aux auteurs de l'ALR¹⁰⁷, ceux du CO ne considèrent pas avec défiance l'activité des juges chargés d'appliquer le droit. Ainsi, à de nombreuses reprises, le CO recourt au pouvoir d'appréciation du juge (**art. 4 CC**), et fait un usage modéré de concepts abstraits mais éprouvés, tels que la bonne foi¹⁰⁸.

c. Unicité

L'unicité du CO se concrétise à trois niveaux au moins: territorial, systématique et social. Il s'applique à l'ensemble du territoire suisse et confirme l'abolition des particularismes cantonaux. D'un point de vue systématique, le CO concrétise le principe de complétude de manière plus poussée que d'autres codifications. Ainsi, il comprend non seulement le droit des obligations et le droit des contrats, y compris le droit du travail, mais aussi le droit commercial. Socialement, le CO conforte l'égalité formelle entre les individus, confirmant ainsi l'abolition des systèmes de classes qui existaient par le passé dans les législations cantonales. On pense notamment aux avantages dont bénéficiaient les paysans ou aux discriminations dont pouvaient souffrir les juifs¹⁰⁹. Il ne se fonde que sur la volonté des parties et s'adresse à une catégorie unifiée de destinataires égaux. Il vise à garantir et à protéger principalement la liberté contractuelle, tout en contenant un embryon de justice contractuelle dans les domaines du droit privé social que sont les contrats de bail et de travail¹¹⁰.

[Seite 48] C. Conclusion

Forte des enseignements tirés des codifications antérieures, la Suisse s'est dotée d'un code original s'inspirant des traditions germanique et française sans pour autant s'inféoder à l'une d'elles. Influencé tant par la doctrine pandectiste que par les principes révolutionnaires, le codificateur suisse a su trouver un juste équilibre entre liberté et

justice contractuelles qu'il a placé dans l'écrin d'une systématique accomplie. Pragmatique, clair et concis, le CO est rédigé dans un langage accessible à chacun sans pour autant tomber dans le piège de l'approximation. Flexible et ouvert de par son usage raisonnable de concepts abstraits, le Code laisse la place à la voie prétorienne, nécessaire à sa pérennisation et à sa durabilité.

Le Code doit être considéré comme une réussite. En raison de ses mérites intrinsèques, il a suscité une grande admiration par-delà nos frontières. Nombreux sont les législateurs ayant codifié leur droit privé qui en ont tiré des enseignements utiles pour rédiger un nouveau code – comme en Italie et en Grèce – ou pour réformer les lois existantes¹¹¹. Fait remarquable s'il en est, la République turque n'a pas hésité, en 1926, à reprendre, presque mot pour mot, les 551 premiers articles du Code pour sa propre codification du droit des obligations¹¹². A n'en point douter, le CO a trouvé une place de choix au sein des grandes codifications. Reste à savoir s'il a en lui les qualités nécessaires pour tenir compte de l'évolution rapide de la société actuelle et pour ne pas être exposé au phénomène de la décodification, une question que nous approfondirons dans le prochain numéro de cette revue¹¹³.

Résumé

Produit tardif des vagues successives de codifications ayant traversé l'Europe dès le 18^e siècle, le Code des obligations suisse, adopté le 30 mars 1911, visait à régir l'ensemble du droit des obligations de manière simple, sûre et flexible. Son texte, qui demeure admiré à travers le monde, n'a pas subi de révision totale, de sorte que sa teneur est restée largement identique, sous réserve de modifications ponctuelles, principalement de sa partie spéciale. Pragmatique, clair et concis, le Code est rédigé dans un langage accessible à chacun sans pour autant tomber dans le piège de l'approximation. L'objectif de la présente contribution est d'identifier les enseignements procurés par les grandes codifications qui ont précédé notre Code tout en exposant les spécificités de ce dernier.

[Seite 49] Zusammenfassung

Das Schweizerische Obligationenrecht, das am 30. März 1911 verabschiedet wurde, ist eines der jüngeren Produkte der sukzessiven Kodifizierungswellen, die seit dem 18. Jahrhundert auf dem europäischen Kontinent stattgefunden haben. Das Gesetzbuch sollte das gesamte Obligationenrecht auf einfache, sichere und flexible Weise regeln. Sein Text, der immer noch weltweit bewundert wird, wurde keiner vollständigen Revision unterzogen, so dass sein Inhalt weitgehend unverändert geblieben ist, vorbehaltlich gelegentlicher Änderungen, vor allem in seinem besonderen Teil. Das Gesetzbuch ist pragmatisch, klar und prägnant. Es ist in einer Sprache verfasst, die für jedermann verständlich ist, ohne jedoch in die Falle der Ungenauigkeit zu tappen. Ziel dieses Beitrags ist es, die Lehren aus den grossen Kodifikationen, die unserem Gesetzbuch vorausgingen, zu identifizieren und gleichzeitig die Besonderheiten unseres Gesetzbuchs darzulegen.

Fussnoten:

* Dr., Université de Neuchâtel.

** Prof. Dr., avocat, Université de Neuchâtel.

1 La présente contribution, qui s'articule en deux articles, trouve son origine et son fil rouge dans les échanges enrichissants menés entre les coauteurs alors qu'ils se partageaient l'enseignement de la partie générale du droit des obligations à l'Université de Neuchâtel (UniNE) durant le décanat du second coauteur (2018–2020). Certaines opinions ont déjà été exprimées dans la leçon inaugurale du second coauteur et le reflet écrit de celles-ci figurent dans BLAISE CARRON, *Les Chroniques universitaires neuchâteloises* 2012, p. 85 ss, ainsi que dans la thèse de doctorat du premier coauteur, OLIVIER RISKE, *La responsabilité précontractuelle dans le processus d'uniformisation du droit privé européen: Perspectives pour l'ordre juridique suisse – Analyse historique, comparative et prospective*, thèse, Neuchâtel/Bâle 2016. Les coauteurs remercient chaleureusement Monsieur GAËTAN CORTHAY, MLaw, avocat-stagiaire, pour sa précieuse collaboration dans l'établissement et la vérification de l'appareil critique de la présente contribution, ainsi que dans la mise en forme de cette dernière, sans oublier ses suggestions pertinentes quant au fond.

- 2 Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse (Livre cinquième: Droit des obligations) (CO; RS 220). Nous utiliserons ci-après indistinctement les expressions «Code des obligations (suisse)», «Code» et «CO» pour désigner ce texte législatif.
- 3 La tablette *Ur-nammu* précède ainsi de trois siècles la fameuse stèle babylonienne du roi HAMMOURABI (env. 1728–1686 av. J.-C.).
- 4 UWE WESEL, *Geschichte des Rechts: Von den Frühformen bis zur Gegenwart*, 4^e éd., Munich 2014, p. 75; RISKE (note 1), N 107.
- 5 Sur les compilations de droit romain, cf. RISKE (note 1), N 72 ss et les réf. citées.
- 6 JACQUES VANDERLINDEN, *Le concept de code en Europe occidentale du XIII^{ème} au XIX^{ème} siècle: Essai de définition*, Bruxelles 1967, p. 69 ss; RISKE (note 1), N 108.
- 7 VANDERLINDEN (note 6), p. 72 s.; RISKE (note 1), N 108.
- 8 MARCEL SENN, *Rechtsgeschichte – ein kulturhistorischer Grundriss*, 4^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2007, p. 289; RISKE (note 1), N 108.
- 9 SENN (note 8), p. 289; RISKE (note 1), N 108.
- 10 PIERRE WIDMER, *Les Principes UNIDROIT, une nouvelle forme de «codification» au niveau transnational*, in: Jean-Philippe Dunand/Bénédict Winiger (éd.), *Le Code civil français dans le droit européen*, Bruxelles 2005, p. 235 ss, p. 239; cf. ég. MARKUS MÜLLER-CHEN/CHRISTOPH MÜLLER /CORINNE WIDMER LÜCHINGER, *Comparative Private Law*, Zurich/St-Gall 2015, N 415.
- 11 JEAN-PHILIPPE DUNAND, *Le code: une quête d'éternité? – Analyse historique du concept de code*, in: Piermarco Zen-Ruffinen (éd.), *Le temps et le droit, Recueil de travaux offerts à la Journée de la Société suisse des juristes 2008*, Bâle 2008, p. 79 ss, p. 81; CARRON (note 1), p. 86.
- 12 La distinction entre «codification-compilation» et «codification-innovation» a été proposée par le professeur SOURIOUX pour rendre compte du phénomène de la codification en droit français actuel (cf. JEAN-LOUIS SOURIOUX, *Codification et autres formes de systématisation du droit à l'époque actuelle. Le droit français*, *Revue internationale de droit comparé*, 1989 [no spécial consacré aux Journées de la Société de législation comparée 1988], p. 145 ss; DUNAND [note 11], p. 85 et sa nbp 27).
- 13 JEREMY BENTHAM (1748–1832). Avocat et philosophe anglais, père de l'utilitarisme dit éthique. Il considère qu'une loi est juste lorsqu'elle est de la plus grande utilité possible pour tous, amenant le plus grand bonheur possible au plus grand nombre.
- 14 JEREMY BENTHAM, *A General View of a Complete Code of Laws: The Works of Jeremy Bentham*, vol. 3, Edimbourg 1843; SENN (note 8), p. 289, nbp 1.
- 15 HANS HATTENAUER, *Europäische Rechtsgechichte*, 4^e éd., Heidelberg 2004, N 1542 s.; RISKE (note 1), N 109.
- 16 KONRAD ZWEIGERT/HEIN KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3^e éd., Tübingen 1996, p. 181 s.; RISKE (note 1), N 109.
- 17 HATTENAUER (note 15), N 1543; RISKE (note 1), N 109.
- 18 HATTENAUER (note 15), N 1531 s.; RISKE (note 1), N 110.
- 19 HATTENAUER (note 15), N 1531; RISKE (note 1), N 110.
- 20 BENEDICTO DE SPINOZA (1632–1704). Philosophe et théoricien de l'Etat néerlandais d'origine portugaise. Il fonde la politique et le droit sur une éthique respectant autant l'intellect que l'affect (cf. not. BENEDICTO DE SPINOZA, *Tractatus theologico-politicus*, Hambourg 1670).
- 21 JOHN LOCKE (1632–1704). Politicien et philosophe anglais qui établit l'empirisme en contraste au rationalisme français, il est le représentant d'un constitutionalisme libéral et adversaire de l'idée de l'état théocratique. L'Etat doit avoir pour but de protéger la liberté et la propriété individuelle de toute ingérence, c'est pourquoi les pouvoirs législatifs et exécutifs doivent être séparés dans leurs fonctions (cf. JOHN LOCKE, *The Two Treatises of Civil Government*, Londres 1689).
- 22 CHRISTIAN THOMASIVS (1655–1728). Premier philosophe, avant KANT, à séparer le droit et la morale. Précurseur, il s'insurge contre les procès en sorcellerie et la torture (cf. not. CHRISTIAN THOMASIVS, *Einleitung zur Vernunftlehre*, Halle 1691).
- 23 CHRISTIAN FREIHERR VON WOLFF (1679–1754). Philosophe, juriste et mathématicien allemand, il explique toutes les disciplines par une méthode géométrique et déductive, chaque discipline formant un système fermé. D'après lui, la morale et le droit doivent se recouper, même si, en fin de compte, toute morale ne peut être traduite en droit (cf. not. CHRISTIAN VON WOLFF, *Institutiones juris naturae et gentium: in quibus ex ipsa hominis natura continuo nexu omnes obligationes et jura omnia deducuntur*, Halle 1750).

- 24 CHARLES-LOUIS DE SECONDAT BARON DE MONTESQUIEU (1689–1755). Représentant éclairé de la monarchie française et concepteur du contrôle réciproque des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire, il établit définitivement la séparation des pouvoirs comme base de toute république (cf. not. CHARLES-LOUIS DE SECONDAT DE MONTESQUIEU, *De l'esprit des loix ou du rapport que les loix doivent avoir avec la constitution de chaque gouvernement, les mœurs, le climat, la religion, le commerce, etc.*: à quoi l'auteur a ajouté des recherches nouvelles sur les loix romaines touchant les successions, sur les loix françaises, et sur les loix féodales, Genève 1748).
- 25 JEAN-JACQUES ROUSSEAU (1712–1778). Parmi les plus illustres penseurs des Lumières, il est un des pères de la Révolution française. Ses idées centrales sont la liberté et l'égalité naturelles de l'Homme. Par la volonté collective, les Hommes concluent un contrat social pour surmonter les inégalités et les contraintes étatiques (cf. not. JEAN-JACQUES ROUSSEAU, *Du contrat social, ou, Principes du droit politique*, Amsterdam 1762).
- 26 FRANÇOIS-MARIE AROUET DIT VOLTAIRE (1694–1778). Avocat et philosophe, symbole des Lumières. S'érigeant contre la peine de mort, il défend la réhabilitation du citoyen Calas, exécuté à tort. Son engagement courageux influence notamment BECCARIA, mais le contraint à émigrer plusieurs fois (cf. not. VOLTAIRE, *Traité sur la tolérance*, Genève 1763).
- 27 SENN (note 8), p. 271; RISKE (note 1), N 111.
- 28 WESEL (note 4), p. 403; RISKE (note 1), N 111.
- 29 Cf. cependant WESEL (note 4), p. 403 ss.
- 30 JEAN-LOUIS HALPÉRIN, *Le regard de l'historien*, in: Jean Carbonnier et al. (éd.), *Le Code civil 1804–2004: Livre du Bicentenaire*, Paris 2004, p. 43 ss, p. 43 ss et 52 ss; DIETHELM KLIPPEL, *Die Philosophie der Gesetzgebung: Naturrecht und Rechtsphilosophie als Gesetzgebungswissenschaft im 18. und 19. Jahrhundert*, in: Barbara Dölemeyer/Diethelm Klippel (éd.), *Gesetz und Gesetzgebung im Europa der früheren Neuzeit, Beiheft 22, Zeitschrift für historische Forschung*, Berlin 1998, p. 225 ss, p. 227 ss; RISKE (note 1), N 112; SENN (note 8), p. 292 s.
- 31 VANDERLINDEN (note 6), p. 45; RISKE (note 1), N 114.
- 32 HANS-PETER BENÖHR, *L'unification du droit civil en Allemagne*, in: Pio Caroni (éd.), *L'unification du droit privé au XIX^{ème} siècle*, Fribourg 1986, p. 217 ss, p. 220; RISKE (note 1), N 114; *contra*: HALPÉRIN (note 30), p. 48, qui perçoit déjà dans ces premières codifications prussiennes et autrichiennes la manifestation d'une volonté de rompre avec le *ius commune* pour instaurer un droit national en langue allemande.
- 33 KARL ANTON FREIHERR VON MARTINI (1760–1800). Conseiller à la Cour impériale, Juge et Professeur de droit naturel et de droit romain à Vienne.
- 34 FRANZ VON ZEILLER (1751–1828). Philosophe et juriste. Dès 1782, successeur de MARTINI à la Chaire de droit naturel à Vienne. Auteur et commentateur de l'ABGB.
- 35 HATTENAUER (note 15), N 1544 ss; RISKE (note 1), N 114.
- 36 Le plan de codification de Saxe, semblable à celui des travaux préparatoires prussiens, va jusqu'à prévoir, dans son point 7, une interdiction d'interprétation et, dans son point 8, un devoir de rendre compte au pouvoir législatif en cas de doutes sur le contenu d'une norme (cf. BARBARA DÖLEMEYER, *Kodifikationspläne in deutschen Territorien des 18. Jahrhundert*, in: Barbara Dölemeyer/Diethelm Klippel (éd.), *Gesetz und Gesetzgebung im Europa der früheren Neuzeit, Beiheft 22, Zeitschrift für historische Forschung*, Berlin 1998, p. 201 ss, p. 220); RISKE (note 1), N 115.
- 37 JOHANN HEINRICH CASIMIR VON CARMER (1721–1801). Juriste, Grand Chancelier de Prusse de 1779 à 1798.
- 38 CARL GOTTLIEB SVAREZ (1746–1798). Juriste allemand.
- 39 BENÖHR (note 32), p. 220; RISKE (note 1), N 115.
- 40 HATTENAUER (note 15), N 1539; RISKE (note 1), N 115.
- 41 WESEL (note 4), p. 404; RISKE (note 1), N 115.
- 42 HATTENAUER (note 15), N 1539; WESEL (note 4), p. 404; RISKE (note 1), N 115.
- 43 SENN (note 8), p. 292; HATTENAUER (note 15), N 1540; RISKE (note 1), N 115.
- 44 JEAN-PHILIPPE LÉVY, *La Révolution française et le droit civil*, in: Yves Lequette/Laurent Leveneur (éd.), *1804–2004: Le Code Civil: Un passé, un présent, un avenir*, Paris 2004, p. 87 ss; SIMONE GOYARD-FABRE, *La rationalisation de la loi en France au XVIII^{ème} siècle*, in: Barbara Dölemeyer/Diethelm Klippel (éd.), *Gesetz und Gesetzgebung im Europa der Frühen Neuzeit, Beiheft 22, Zeitschrift für Historische Forschung*, Berlin 1998, p. 55 ss, p. 56 ss.

- 45 D'abord appelé «Code civil des Français», puis nommé «Code Napoléon» à partir de 1807 et à nouveau «Code civil» depuis 1816, sans qu'il n'y ait eu changement de contenu entretemps.
- 46 SENN (note 8), p. 293; RISKE (note 1), N 116.
- 47 RENÉ-MARIE RAMPELBERG, *Repères romains pour le droit européen des contrats*, Paris 2005, p. 19; HALPÉRIN (note 30), p. 48; *contra*: WESEL (note 4), p. 445, le voit plutôt comme un Code de lois libéral du 19^e siècle.
- 48 JEAN DOMAT (1625–1696). A partir du droit romain, il établit un lien entre la philosophie et le droit en suivant les règles de logique de DESCARTES et la raison naturelle de GROTIUS (cf. not. JEAN DOMAT, *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, Paris 1689–1693).
- 49 Cf. not. ROBERT-JOSEPH POTHIER, *Traité sur les différentes matières du droit civil, appliquées à l'usage du barreau, et de jurisprudence française*, Orléans 1781.
- 50 HALPÉRIN (note 30), p. 43 ss; RAMPELBERG (note 47), p. 19.
- 51 FERDINAND ELSENER, *Die Schweizer Rechtsschulen vom 16.–19. Jahrhundert unter besonderer Berücksichtigung des Privatrechts, Die Kantonalen Kodifikationen bis zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Zurich 1975, p. 444 ss; SENN (note 8), p. 294; RISKE (note 1), N 117.
- 52 WESEL (note 4), p. 406 s.
- 53 RISKE (note 1), N 118.
- 54 HALPÉRIN (note 30), p. 50 s; LÉVY (note 44), p. 87 s.; RISKE (note 1), N 119.
- 55 JEAN-LOUIS SOURIOUX, *Le rôle du Premier Consul dans les travaux préparatoires du Code Civil*, in: Yves Lequette/Laurent Leveneur (éd.), *1804–2004: Le Code Civil: Un passé, un présent, un avenir*, Paris 2004, p. 107 ss, p. 109; RISKE (note 1), N 119.
- 56 SENN (note 8), p. 293; RISKE (note 1), N 120.
- 57 HALPÉRIN (note 30), p. 43, nbp 1, en avait compté 1 193 en 2003, sans même tenir compte des articles où seuls quelques termes ont dû être adaptés aux changements institutionnels ou de quelques articles caducs; RISKE (note 1), N 120.
- 58 FRANZ WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, 2^e éd., Göttingen 1967, p. 324; RISKE (note 1), N 121.
- 59 SENN (note 8), p. 289, nbp 2; RISKE (note 1), N 121.
- 60 Ainsi, not. le *Heiliges Römisches Reich Deutscher Nation* (Saint-Empire romain germanique) disparaît en 1806, sans pour autant être remplacé par un Etat-nation; SENN (note 8), p. 289, nbp 2; RISKE (note 1), N 122 et nbp 281.
- 61 L'«*Institutiones*» de GAIUS (2^e siècle après J.-C.), dont le texte complet n'a été découvert qu'en 1816 dans une bibliothèque à Vérone, est une sorte de manuel d'introduction au droit privé romain en quatre livres, dont la systématique a inspiré les codifications européennes. Elle est basée sur la répartition en trois parties de l'ensemble des phénomènes juridiques: les personnes, les biens et les actions. Ainsi GAIUS, *Institutiones*, I, 8: «*Omne autem ius quo utimur vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones*» («Tout le droit se rapporte aux personnes, aux choses ou aux actions» [traduction libre]); RISKE (note 1), N 122 et nbp 101; pour approfondir, cf. GAIUS, *Institutiones*, Herausgegeben, übersetzt und kommentiert von Ulrich Manthe, Darmstadt 2004.
- 62 SENN (note 8), p. 289, nbp 2; RISKE (note 1), N 122.
- 63 Ancêtre de l'actuel HGB.
- 64 Le droit français est directement applicable dans les territoires allemands annexés par la France en 1801, à l'image du département de la Sarre. Plus tard, le CCfr. est introduit avec quelques modifications dans d'autres régions allemandes, comme dans le Grand-duché de Bade où il est traduit en allemand et devient le *Badisches Landrecht* (MÜLLER-CHEN/MÜLLER/WIDMER LÜCHINGER [note 10], N 306; RISKE [note 1], N 123 et nbp 286).
- 65 FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY (1779–1861). Professeur de droit romain à l'Université refondée de Berlin (suite à la réforme «*Humboldt*» de 1810). Egalement proche du classicisme que du romantisme, il est le co-fondateur avec le germaniste EICHHORN de l'école historique allemande. Il prône une pensée juridique «historico-systématique» et s'oppose à une codification du droit privé en Allemagne (cf. FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg 1814).
- 66 WESEL (note 4), p. 445; RISKE (note 1), N 123; sur les origines philosophiques de l'école historique allemande, cf. WIEACKER (note 58), p. 348 ss.

- 67 ANTON FRIEDRICH JUSTUS THIBAUT (1772–1840). Professeur de droit romain, de droit civil, de méthodologie et de théorie du droit à Kiel, Jena et Heidelberg.
- 68 ANTON FRIEDRICH JUSTUS THIBAUT, Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts in Deutschland, Heidelberg 1814, *passim*.
- 69 MARCEL SENN/LUKAS GSCHWEND/RENÉ PAHUD DE MORTANGES, Rechtsgeschichte auf kulturgeschichtlicher Grundlage, 3^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2012, p. 303 s; BENÖHR (note 32), p. 221; WIEACKER (note 58), p. 358 s.; RISKE (note 1), N 124. Pour approfondir, cf. FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY, Grundgedanken der historischen Rechtsschule 1814/40: Friedrich Carl von Savigny, 3^e éd., Francfort-sur-le-Main 1965, *passim*.
- 70 Pour approfondir, cf. not. la revue de l'école historique fondée par FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY, Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, (15 vol.), Berlin 1815–1850.
- 71 WESEL (note 4), p. 443 ss; WIEACKER (note 58), p. 363; RISKE (note 1), N 124.
- 72 WESEL (note 4), p. 444 s.; RISKE (note 1), N 125.
- 73 Traduction libre.
- 74 RISKE (note 1), N 125, nbp 295; cf. ég. les ouvrages phares de la doctrine pandectiste GEORG FRIEDRICH PUCHTA, Lehrbuch der Pandekten, Berlin 1838; KARL ADOLF VON VANGEROW, Lehrbuch der Pandekten, (3 vol.), Heidelberg 1839–1845; LUDWIG ARNDTS, Lehrbuch der Pandekten, Munich 1850; BERNHARD WINDSCHEID, Lehrbuch des Pandektenrechts, (3 vol.), Leipzig 1862–1870; HEINRICH DERNBURG, Pandekten, (3 vol.), Berlin 1884–1887.
- 75 Sur l'élaboration du BGB, cf. BENÖHR (note 32), p. 226 ss.
- 76 MÜLLER-CHEN/MÜLLER/WIDMER LÜCHINGER (note 10), N 514; RISKE (note 1), N 126.
- 77 LOUIS VOGEL, Le monde des codes civils, in: Yves Lequette/Laurent Leveneur (éd.), 1804–2004: Le Code Civil: Un passé, un présent, un avenir, Paris 2004, p. 789 ss, p. 792; RISKE (note 1), N 126.
- 78 MÜLLER-CHEN/MÜLLER/WIDMER LÜCHINGER (note 10), N 515; RISKE (note 1), N 126.
- 79 RISKE (note 1), N 126. Une illustration parlante du caractère doctrinal du BGB est le § 241 BGB: «Pflichten aus dem Schuldverhältnis: 1. Kraft des Schuldverhältnisses ist der Gläubiger berechtigt, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern. Die Leistung kann auch in einem Unterlassen bestehen. 2. Das Schuldverhältnis kann nach seinem Inhalt jeden Teil zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils verpflichten» (§ 241 BGB: «Devoirs résultant du rapport d'obligation: 1. En vertu du rapport d'obligation, le créancier est en droit d'exiger une prestation du débiteur. La prestation peut également consister en une omission. 2. Selon son contenu, le rapport d'obligation peut obliger chaque partie à des égards envers les droits, les biens juridiques et les intérêts de l'autre partie» [traduction libre]).
- 80 Certains ont même parlé de volonté d'éternité. Cf. DUNAND (note 11), p. 97.
- 81 EUGEN HUBER (1849–1923). Professeur à Zurich, Bâle, Halle et Berne.
- 82 WALTHER MUNZIGER (1830–1873). Professeur à Berne. Conseiller fédéral dans le premier collège à sept membres.
- 83 EUGEN HUBER, System und Geschichte des schweizerischen Privatrechtes, (4 vol.), Bâle 1886–1893, I, p. 52 ss; VIRGILE ROSSEL, Manuel de droit civil de la Suisse romande, Bâle/Genève/Lyon 1886, p. XIV ss; RISKE (note 1), N 128.
- 84 Le jura bernois reste soumis au CCfr. (ELSENER [note 51], p. 286 s.; HUBER [note 83], I, p. 52).
- 85 HUBER (note 83), I, p. 54 ss; ELSENER (note 51), p. 277 ss; RISKE (note 1), N 128.
- 86 HUBER (note 83), I, p. 56 ss; ELSENER (note 51), p. 357 ss; RISKE (note 1), N 128.
- 87 HUBER (note 83), I, p. 50; RISKE (note 1), N 128. Sur la tentative de codification de Bâle-Ville, cf. ELSENER (note 51), p. 438 ss.
- 88 Pour le résultat de la votation, cf. FF 1874 I 685, p. 690.
- 89 FF 1873 II 909, p. 922.
- 90 FF 1880 I 115, p. 116; DIDIER BERBERAT/DANIEL PERDRIZAT, L'attribution progressive à la Confédération suisse de la compétence d'unifier le droit privé, in: Pio Caroni (éd.), L'unification du droit privé au XIX^{ème} siècle, Fribourg 1986, p. 15 ss, p. 22 ss.; RISKE (note 1), N 129.
- 91 BÉNÉDICT WINIGER, Le code suisse dans l'embarras entre BGB et Code civil français, in: Jean-Philippe Dunand/Bénédict Winiger (éd.), Le Code civil français dans le droit européen, Bruxelles 2005, p. 153 ss, p. 159.

- 92 ALBERT SCHNEIDER/HEINRICH FICK, Commentaire populaire et pratique sur le Code fédéral des obligations et la Loi sur la capacité civile, Neuchâtel/Paris 1883, p. 5 ss; RISKE (note 1), N 129. Sur l'ADHGB, cf. WESEL (note 4), p. 450 s.
- 93 FF 1880 I 115, p. 116; RISKE (note 1), N 129. Sur les principales modifications que renferme le CO par rapport à son prédécesseur de 1881, cf. PASCAL PICHONNAZ, Le Centenaire du Code des obligations, RDS/ZSR 2011, p. 117 ss, p. 133.
- 94 FF 1896 IV 574, p. 585; RISKE (note 1), N 129.
- 95 **RS 210.**
- 96 FF 1896 IV 620, p. 620; l'art. 64 aCst. correspond à l'**art. 122 Cst.** qui a pour objet la législation civile (JEAN-FRANÇOIS AUBERT/PASCAL MAHON, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération du 18 avril 1999, Zurich/Bâle/Genève 2003, **art. 122 Cst.** N 1 ss).
- 97 RISKE (note 1), N 130. Pour approfondir, cf. HUBER (note 83), I–IV, *passim*.
- 98 FF 1904 IV 1, p. 11.
- 99 DUNAND (note 11), p. 94; WINIGER (note 91), p. 162 s. et réf. citées; CARRON (note 1), p. 88.
- 100 Modifications de la Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse (Livre cinquième: Droit des obligations) <<https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19110009/changes.html>> (17.07.2021).
- 101 HEINRICH HONSELL, 100 Jahre Schweizerisches Obligationenrecht, RDS/ZSR 2011, p. 5 ss, p. 16 ss.
- 102 RUDOLF GMÜR, Das schweizerische Zivilgesetzbuch verglichen mit dem deutschen bürgerlichen Gesetzbuch, Bern 1965, p. 28.
- 103 RISKE (note 1), N 130. Sur sa vision du projet, cf. EUGEN HUBER, Über die Art und Weise des Vorgehens bei der Ausarbeitung des Entwurfes eines einheitlichen schweizerischen Zivilgesetzbuches, Berne 1893, *passim*.
- 104 DUNAND (note 11), p. 93.
- 105 CHRISTOPH MÜLLER/OLIVIER RISKE, Cross-Fertilization between Swiss and Turkish Tort Laws, ERPL 2014, p. 879 ss, p. 880 ss, <<https://www.kluwerlawonline.com/abstract.php?area=Journals&id=ERPL2014066>> (17.07.2021).
- 106 EUGEN HUBER, Exposé des motifs de l'avant-projet du Département fédéral de Justice et Police, tome 1^{er}, Berne 1901, p. 10 s.; é.g. cité par DUNAND (note 11), p. 93.
- 107 RISKE (note 1), N 115. Dans le cadre du plan de codification de Saxe, cf. DÖLEMEYER (note 36), p. 220.
- 108 HUBER (note 106), p. 30; DUNAND (note 11), p. 91 et 93; CARRON (note 1), p. 89.
- 109 DUNAND (note 11), p. 84; CARRON (note 1), p. 89.
- 110 PIERRE TERCIER, Quels fondements pour le contrat au XXI^e siècle?, in: François Bellanger *et al.* (éd.), Le contrat dans tous ses états, Berne 2004, p. 209 ss, p. 215; CARRON (note 1), p. 89; Dans le même sens mais à propos du Code civil suisse de 1907, PIO CARONI, Gesetz und Gesetzbuch, Beiträge zu einer Kodifikationsgeschichte, Bâle/Genève/Munich 2003, p. 81 ss.
- 111 KONRAD ZWEIGERT/HEIN KÖTZ, An Introduction to Comparative Private Law, 3^e éd., Oxford/New York 1998, p. 178.
- 112 MÜLLER/RISKE (note 105), p. 880 s.
- 113 BLAISE CARRON/OLIVIER RISKE, Vers une décodification du droit des obligations?, L'évolution du Code des obligations suisse: Regard critique et appel au législateur, RDS/ZSR 2022 I, Heft 2.