

# LE CODE CIVIL AUTRICHIEN DE 1812 ET LE DROIT ROMAIN DES DELITS

Comme le Code civil français de 1804 et le Code prussien de 1794 (*Allgemeines Landrecht, ALR*) (1), le Code civil autrichien (*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch, ABGB*) (2) trouve ses origines dans le droit naturel du Siècle des Lumières. Dans le cadre de ce mouvement juridique optimiste et ambitieux (quelques-uns le considèrent même comme une révolution) (3), des monarques absolus paternalistes et des professeurs de droit à la fois inspirés et pragmatiques (une telle combinaison existait vraiment à cette époque !) joignaient leurs forces afin d'accomplir une tâche énorme : la réforme systématique et la codification du droit privé (4).

Le Code civil général autrichien est le plus récent des codes composés sous l'influence du droit naturel. Bien que ses auteurs aient été familiarisés avec les travaux de codification français, ils ne se laissaient guère influencer par ceux-ci (5), ce qui d'ailleurs n'est pas tellement surprenant : d'une part, la Révolution française et ses idées étaient profondé-

---

(1) *Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten von 1794*, Textausgabe von H. Hattenhauer (1970). A. WATSON, *The Making of the Civil Law* (1981) 107 note 16 cite une traduction française (que je n'ai pas examinée) : Code général pour les états prussiens (Paris 1798-99).

(2) *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesamten deutschen Erbländer der österreichischen Monarchie vom 1. Juni 1811*, JGS Nr. 946. La première traduction française de DE CLERCQ (1836) ne m'était pas accessible. Une traduction postérieure (du texte en vigueur) fut élaborée par M. Doucet, *Code civil général autrichien (1947) pour le Haut Commissariat de la République Française en Autriche*.

(3) J.H. MERRYMAN, *The Civil Law Tradition* (2<sup>de</sup> édition 1985) 14.

(4) Au sujet du contexte historique, voir surtout F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* (2<sup>de</sup> édition 1967) 249-347, sur l'*ABGB* *ibid.* 335 sqq.

(5) Dans sa conférence introductive de 1807 "Vortrag zur Einführung in das bürgerliche Gesetzbuch" (imprimée dans J. OFNER, *Der Ur-Entwurf und die Berathungs-Protokolle des Österreichischen Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches*, II, 1889, 464 à p. 476) ZEILLER compare le projet au droit romain, au Code prussien et au Code civil français (dans cet ordre). Ses observations au sujet du Code civil français (en général *ibid.* pp. 479-480, concernant les délits p. 487) sont fort critiques, brefs et superficiels.

ment menaçantes pour les monarchies européennes survivantes, d'autre part, Napoléon lui-même et son armée avaient "visité" Vienne deux fois de suite, en 1805 et en 1809. Cependant, le Code prussien eut une influence très forte sur les deux étapes les plus importantes du projet autrichien (6).

Chacun des trois codes peut être considéré comme le produit d'une combinaison de trois sources majeures : en premier lieu, les traditions juridiques **régionales** ; ensuite, le droit commun européen et une science du droit d'origine essentiellement **romaine** (7) ; enfin, les principes du **droit naturel**, tels qu'ils sont perçus par les philosophes juridiques contemporains. L'importance spécifique de ces trois sources varie d'une partie du droit privé à l'autre. Dans cet article, je vais brièvement analyser dans quelle mesure le droit romain a influencé le droit des délits privés du Code autrichien de 1812 (8).

En général, le droit des délits du Code civil autrichien est constitué par le droit romain, tel qu'il a été compris (ou mal compris) par la doctrine du XVIII<sup>e</sup> siècle et appliqué par les tribunaux dans la forme d'*usus modernus pandectarum*, avec quelques modifications régionales. Le droit naturel procurait les principes et non pas les détails. Dans la majorité des cas, les règles du droit romain ont été acceptées sans critique comme exprimant le droit naturel, très rarement elles furent corrigées afin de mieux refléter les idées de ce dernier.

## I. - LE DROIT ROMAIN DES DELITS

Le droit romain classique et de l'époque de Justinien distinguait un nombre limité de délits spécifiques (9) : les délits privés (*les delicta privata* auxquels s'opposent les *crimina publica*, donc les "délits publics")

(6) W. BRAUNEDER, "Das ALR und Österreichs Privatrechtsentwicklung", dans B. DÖLEMAYER/H. MOHNHAUPT (éditeurs), *200 Jahre Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten* (1995) 415 à p. 417.

(7) Parfois telle qu'elle fut modifiée ou remplacée par les règles de droit canonique.

(8) Voir l'étude générale très utile de A. Steinwenter, *Der Einfluß des römischen Rechtes auf die Kodifikation des bürgerlichen Rechtes in Österreich*, dans *L'Europa e il diritto romano, Studi in memoria di P. Koschaker*, I (1954) 405-426.

(9) Voir en général R. Zimmermann, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition* (paper 1996) 902 sqq.

incluaient *furtum* (le vol), *iniuria* (certains délits à l'égard de la personne) et *damnum iniuria datum* (dommage causé injustement à la chose d'autrui). A ces trois types de délits de l'ancien *ius civile*, le *praetor* (un haut fonctionnaire chargé des litiges civils) ajoutait quelques autres, notamment *dolus* (fraude) et *metus* (menace).

Le *furtum* était un délit d'appropriation frauduleuse de la chose d'autrui. Le délit étant conçu de manière large, il comprenait le vol (y compris l'usage illicite), le détournement et la malversation (10). Il fut sanctionné par deux actions : une *condictio furtiva* réipersécutoire et en plus par une *actio furti* pénale, selon laquelle une peine égale à la double valeur de la chose volée devait être payée à la victime.

Le délit *iniuria* était une insulte ou un outrage contre une personne, comprenant aussi bien les attaques physiques que les insultes écrites ou orales, mais allant au delà des violations de la dignité ou de la réputation en incluant tout non-respect prémédité et insolent des droits d'autrui (11). Selon les circonstances, le juge imposait une peine pécuniaire à payer à la victime.

Le *damnum iniuria datum* (dommage infligé sans droit) tel qu'il a été réglé dans la *lex Aquilia* tenait un rôle clef (12). Il comprenait une gamme de quatre types d'atteintes aux biens : tuer un animal quadrupède ou un esclave d'autrui, infliger des dommages à tout type d'objets en les brûlant, les cassant ou en les détruisant. Tandis que le *furtum* et l'*iniuria* requéraient l'intention ou la préméditation (*dolus*), la négligence (*culpa*) suffisait pour la responsabilité en vertu de la *lex Aquilia*. On accordait effectivement à la victime la compensation du dommage, bien qu'en théorie elle dût toucher une amende recouvrant ses intérêts (avec *damnum emergens* et *lucrum cessans*, le dommage actuel et les profits perdus). Bien que les juristes romains aient considérablement élargi la portée de la *lex Aquilia* par le moyen de l'interprétation et des actions analogues, de manière à ce que la plupart des dommages aux biens et

(10) D. 47,2. R. ZIMMERMANN 922 sqq.

(11) D. 47,10. R. ZIMMERMANN 1050 sqq.

(12) Voir D. 9,2 ; Inst. Just. 4,3. ZIMMERMANN 953; F.H. LAWSON/B.S. MARKESINIS, *Tortious Liability for Unintentional Harm in the Common Law and the Civil Law* (vol. I: Text, 1982); H. HAUSMANINGER, *Das Schadenersatzrecht der lex Aquilia* (5<sup>e</sup> ed. 1996).

aux personnes fussent couverts (13), ils n'atteignaient pas le principe généralisé selon lequel chacun est responsable des dommages résultant de son comportement fautif.

Cependant, dans une certaine mesure, le délit de *dolus* comblait ces lacunes : il englobait toute fraude ou fourberie infligeant un dommage à un tiers, l'amende consistait simplement dans la restitution (14).

Selon le principe général de responsabilité *noxale*, les pères de famille romains étaient responsables des délits commis par les membres de leur famille et leurs esclaves (15). De même, ils étaient responsables des dommages du fait de leurs animaux domestiques (16). La responsabilité *noxale* était une responsabilité du fait d'un tiers (*vicarious liability*) et n'était pas conditionnée par la faute du *pater familias* ; la responsabilité pour les dommages du fait des animaux était essentiellement objective (*strict liability*).

D'autres types spécifiques de responsabilité extra-contractuelle étaient regroupés sous la dénomination des *quasi-délits* (17). Cette catégorie contenait plutôt des éléments de responsabilité pour *culpa* que pour *dolus*, elle contenait la responsabilité pour faute présumée et la responsabilité objective, cette dernière surtout pour le risque créé. Les quasi-délits incluaient également la responsabilité des propriétaires ou locataires de domicile pour les dommages causés aux passants par des objets jetés ou des liquides versés par quelqu'un de leur logements (l'*actio effusis vel deiectis* redoublait la compensation du dommage de la victime) (18) ; les propriétaires ou locataires de domiciles étaient de même responsables pour des objets posés de manière dangereuse (et tout citoyen attentif pouvait se voir infliger une amende en vertu d'une *actio de posito vel suspenso*). Enfin, on considérait comme quasi-délit la violation non-intentionnelle de la loi par un juge (*iudex qui litem suam fecerit*) (19), et aussi la responsabilité des hôteliers et des maîtres d'écuries

---

(13) C'était seulement à l'époque de Justinien que les Romains avaient étendu l'action aquilienne pour indemniser la lésion corporelle infligée par négligence à un homme libre. La conception initiale avait été que le corps d'un Romain libre ne pouvait pas être évalué en monnaie, cf. Gaius D. 9,1,3.

(14) Voir D. 4,3.

(15) D. 9,4; Inst. 4,8. R. ZIMMERMANN, 1118 sqq.

(16) D. 9,1; Inst. 4,9. R. ZIMMERMANN, 1095 sqq.

(17) GAIUS D. 44,7,5,4-6; Inst. Iust. 4,5. R. ZIMMERMANN 16 sqq., 1156 sqq.

(18) D 9,3; GAIUS D. 44,7,5,5; Inst. Iust. 4,5,1.

(19) GAIUS D. 44,7,5,4; Inst. Iust. 4,5pr.

comme celle des bateliers pour vols et dommages commis par leurs esclaves et employés (20).

A l'aide de cette description des règles de droit romain, je voudrais attirer l'attention sur deux points : en premier lieu, la coexistence souvent ignorée de la responsabilité objective et de la responsabilité pour faute dans le droit romain d'indemnisation, et en second lieu, la gamme variée de modèles et d'instruments disponibles à Rome pour adapter le type de responsabilité aux comportements respectifs causant un dommage. On pourrait dire que ces instruments se caractérisaient par un esprit pragmatique et flexible, destiné à combler des lacunes et à résoudre des questions juridiques nouvelles, encore sans solution.

## II. - LA RECEPTION DU DROIT D'INDEMNISATION ROMAIN COMME DROIT COMMUN EUROPEEN

Entre le XII<sup>e</sup> et le XVIII<sup>e</sup> siècle, au cours de la réception et de la transformation du droit romain en droit commun de l'Europe médiévale, le droit d'indemnisation romain avait remplacé largement les règles de droit régional en vigueur. Son développement se poursuivait selon le système traditionnel des délits spéciaux. Ce système fut légèrement modifié pour correspondre aux besoins de l'époque. A ces fins, ce fut avant tout la portée de la *lex Aquilia* qui fut étendue. Sur ce point, je n'entrerai pas dans les détails (21).

## III.- LE PROCESSUS DE CODIFICATION EN AUTRICHE (22)

La casuistique abondante du droit d'indemnisation de l'*usus modernus* est reflétée fidèlement par le *Codex Theresianus*. Ce premier projet

(20) GAIUS D. 44,7,5,6; Inst. Iust. 4,5,3.

(21) Mais cf. H.J. WIELING, *Interesse und Privatstrafe vom Mittelalter bis zum bürgerlichen Gesetzbuch* (1970); H. KAUFMANN, *Rezeption und Usus Modernus der actio legis Aquiliae* (1958).

(22) Voir en général P. HARRAS v. HARRASOWSKY, *Geschichte der Codification des österreichischen Civilrechtes* (1868); W. BRAUNEDER, "Das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch für die gesamten Deutschen Erbländer der österreichischen Monarchie von 1811", dans *Gutenberg-Jahrbuch*, "1987, 205 sqq.; concernant le droit de la réparation des dommages" voir H.-P. BENÖHR, "Außervertragliche Schadensersatzpflicht ohne Verschulden? Die Argumente der Naturrechtslehren und -kodifikation", *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, rom. Abt.* 93 (1976), 208, 233 sqq.

d'un code civil, comprenant huit volumes in-folio fut donné en commission par l'impératrice Maria Theresia en 1753 et soumis à son approbation en 1766 (23). Il fut rejeté à cause de son caractère correspondant plutôt à celui d'un manuel universitaire qu'à celui d'un code. Il était trop détaillé et incompréhensible sans connaissances profondes du droit romain (24). Cette œuvre élaborée à l'origine par Joseph Azzoni et Johann Bernhard Zenker fut révisée par une nouvelle commission. Le résultat de la révision fut une version nettement plus courte, préparée par Bernhard Horten (25). Cependant, seulement la partie sur la loi des personnes et de la famille entraient en vigueur en 1787 sous le nom de Code Josephinien (*Josephinisches Gesetzbuch*).

Entre 1791 et 1796, le reste du *Codex Theresianus* fut substantiellement retravaillé par Karl Anton von Martini, Professeur de droit naturel et droit romain à l'Université de Vienne. Martini, qui était disciple de Christian Wolff (26), est considéré comme le plus important des représentants autrichiens du droit naturel. Pour tester le résultat du travail de sa commission (27), le code fut mis en vigueur en 1797 en Galicie Occidentale (28). On estimait qu'une régulation législative dans ce territoire originairement polonais était urgente.

En 1801, une nouvelle Commission législative commençait à réformer le Code de Galicie Occidentale, en tenant compte de l'opinion des provinces, des facultés de droit et des commissions juridiques. Dans cette Commission, Franz von Zeiller, disciple et successeur de Martini dans la fonction de Professeur de droit naturel à l'Université de Vienne, fut considéré comme directeur spirituel (29). Tandis que Martini avait adhéré à l'école ancienne de droit naturel, Zeiller était influencé par l'école plus récente, en particulier par la philosophie de Kant. Le projet

(23) P. HARRAS v. HARRASOWSKY, *Der Codex Theresianus und seine Umarbeitungen*, I-III (1884).

(24) L'avis décisif fut soumis par le Chancelier Prince Kaunitz, voir F. MAASBURG, *Gutachtliche Äußerung des österreichischen Staatsrathes über den von der Commissionscommission im Entwurfe vorgelegten Codex Theresianus civilis* (1881) 10 sqq. Voir aussi H. v. VOLTELINI, "Der Codex Theresianus im österreichischen Staatsrat", *Festschrift zur Jahrhundertfeier des ABGB*, I (1911) 33 à 41 sq.

(25) P. HARRAS (*supra* note 23), IV (1886).

(26) Cf. G. WESENER, "Naturrechtliche und römischrechtliche Elemente im Vertragsrecht des ABGB", *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte* 6 (1984), 113 à 115.

(27) P. HARRAS (*supra* note 23), V, (1886).

(28) *Bürgerliches Gesetzbuch für Westgalizien* (1796).

(29) Voir en général T. MAYER-MALY, Zeiller, "Das ABGB und wir," dans W. SELB/H. HOFMEISTER (éditeurs), *Forschungsband Franz von Zeiller* (1980), 1-13.

de Zeiller fut prêt dès 1806, mais la promulgation n'eut lieu qu'en 1811 (30). Le Code civil général autrichien (*ABGB*) était appliqué dans tous les territoires autrichiens, sauf en Hongrie, et remplaçait le droit commun romain ainsi que les Codes Josefinien et de Galicie Occidentale.

#### IV. - LE PROJET DE MARTINI

Le Codex Theresianus, soumis par Zenker et refusé par l'impératrice, contenait un chapitre extensif et très casuistique sur les délits, comprenant 246 articles (31), suivi par un chapitre séparé sur les quasi-délits composé de 56 articles (32).

Par contre, la version révisée et nettement raccourcie du *Codex Theresianus* préparée par Bernhard Horten dédiait 121 articles à un chapitre "Sur les obligations résultant d'un délit" (33). Horten définissait comme délit tout acte ou omission illégale causant volontairement ou par négligence un préjudice à la personne, la propriété ou l'honneur d'autrui (34). Il incluait dans ce chapitre le *iudex qui litem suam fecerit* (35), qui auparavant fut classé parmi les quasi-délits, et traitait d'autres quasi-délits, sans utiliser le terme, dans un chapitre séparé de 30 articles appelé "Sur les dommages infligés par les serviteurs ou animaux d'autrui (36)."

(30) Après qu'une seconde lecture ("Revision") eut lieu en 1807-1808 et une troisième ("Superrevision") en 1809-1810.

(31) III 21 Des délits (*Von Verbrechen*) nr. 1-246.

(32) III 22 Des actes considérés comme délits (*Von denen für Verbrechen geachteten Handlungen*) nr. 1-56. Le chapitre distinguait le comportement quasi-délictuel et les délits en fondant les premiers sur une (irréfutable) présomption de faute (n. 1). Il traitait quatre types de quasi-délits: le dommage infligé par un juge sans expérience, par *effusum vel deiectum*, par les serviteurs de bateliers, de voituriers, etc., et par des animaux.

(33) III 22 *Von den aus einem Verbrechen herrührenden Verbindungen*.

(34) *Ibid.* § 1.

(35) §§ 74-78, traitant le juge négligent après avoir traité le juge méchant (§ 74).

(36) HORTEN, III. Theil, 23. Kapitel *Von den durch fremde Untergebene oder fremdes Vieh zugefügten Beschädigungen* fonde une responsabilité exceptionnelle pour les actes d'autrui sur l'équité naturelle (§ 4 "die natürliche Billigkeit erfordert, daß Jemand, obwohl die Tat weder mit seinem Wissen, noch Willen geschehen, dennoch für den durch seine Untergebenen verursachten Schaden haften müsse"), mais comme le *Codex Theresianus*, il se limite à faire peser cette responsabilité sur les bateliers, voituriers et hôteliers pour le dommage infligé par leurs enfants et serviteurs à la propriété de leurs hôtes. Celui qui habite un logement est responsable pour *effusum vel deiectum* (§ 79), celui qui garde un animal est responsable sur la base de faute présumée (§ 13).

Le projet de Horten était encore très détaillé, contenant des références abondantes sur la casuistique des Digestes de Justinien. Comparé au projet d'Horten, la révision de Martini entrant en vigueur comme Code de Galicie Occidentale en 1797 (37) contenait de nombreuses changements et améliorations considérables : je vais en mentionner six.

1. La première concerne tout simplement le **volume et l'abstraction** : le chapitre de Martini qui remplaçait celui de Horten contenait 51 articles au lieu de 121. En ce qui concerne le degré d'abstraction, il se distingue du projet de Horten, mais aussi du Code prussien de 1794 (38), dont le projet était disponible dès 1791 et dont le niveau de style et de contenu est nettement supérieur au *Codex Theresianus*. Martini était influencé par le langage et un nombre assez important de solutions substantielles du *ALR* (39), tout en ayant évité prudemment la dévotion excessive au détail de celui-ci.

2. Le second aspect est de nature **structurelle**. En s'appuyant sur les conceptions du droit naturel, Martini reconnaissait des similarités importantes entre responsabilité contractuelle et délictuelle, ce qui l'amenait à les combiner dans un seul chapitre. Tandis que Horten et l'*ALR* persistaient dans la tradition du droit romain de traiter les contrats et les délits séparément, Martini changea le nom du chapitre de Horten "Les obligations résultant d'un délit" en "Sur la faute" (40).

Ce chapitre consiste en quatre parties majeures et commence par les distinctions des différents types de fautes (1), il continue avec des considérations générales sur la faute dans le contexte des contrats et quasi-contrats (2), il établit ensuite des règles spéciales pour des types spécifiques de délits, comme la lésion corporelle, le meurtre, la fécondation, la privation de liberté, la violation de l'honneur et de la propriété (3). A

(37) Mis à part quelques corrections éditoriales mineures de son style, le projet de Martini sur ce chapitre III 13 (voir P. HARRAS, *supra* note 23, vol. V) fut mis en vigueur quasiment sans changement dans le Code de Galicie Occidentale de 1797. Je vais donc me référer en général à ce dernier (WG= *Westgalizisches Gesetzbuch*).

(38) Voir W. BRAUNEDER (*supra* note 6). Cf. aussi I. SAXL/F. KORNFELD, *Quellenausgabe des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches* (1906); I. SAXL, *Über die Beziehungen des preussischen Landrechts zur Codification unseres Civilrechts* (1893) 8 "... so daß man namentlich im Obligationenrechte mit Grund behaupten kann, es streite eine Vermuthung dafür, daß ein Paragraph des Bürgerlichen Gesetzbuchs mit irgend einer Bestimmung des Landrechts genetisch zusammenhänge".

(39) Le droit des délits du Code prussien fournit largement une reformulation du droit de la *lex Aquilia* tel qu'il fut appliqué par l'*usus modernus* contemporain, voir T. KIEFER, *Aquilische Haftung im "Allgemeinen Landrecht für die Preussischen Staaten" von 1794* (1989), 162-165.

(40) WG III 13 *Von dem Verschulden*, §§ 411-461.

la fin du chapitre, Martini traite la responsabilité du fait des animaux, des coauteurs et enfin le rôle des héritiers des auteurs du dommage (4).

Martini suivait l'exemple de Horten en supprimant la distinction du droit romain quant aux sources d'obligation extra-contractuelle entre délits et quasi-délits ; il retenait toutefois un chapitre à part (le chapitre 14) traitant "des droits et obligations par les personnes adjoints" (41), dans lequel nous retrouvons quelques anciens quasi-délits. Au début du chapitre, il établissait le principe selon lequel personne ne peut être tenu responsable pour les actes d'autrui (42). Ainsi, Martini rejetait expressément la responsabilité des pères de famille ou maîtres pour les dommages infligés par les membres de la famille et les serviteurs (notamment le système romain de la responsabilité noxale). Il limitait leur responsabilité aux cas exceptionnels où ils abritaient des personnes connues comme criminelles ou prenaient à leur service des personnes sans certificat qui ensuite causaient des dommages à autrui (43). Mais Martini conservait le quasi-délit des hôteliers, des bateliers et des voituriers, lesquels étaient tenus responsables objectivement pour des dommages infligés à leurs clients du fait d'un comportement fautif de leurs serviteurs (44). De même, il établit la responsabilité sans faute des habitants d'une maison pour des objets jetés et des liquides versés sur des passants et gardait ainsi l'*actio de effusis vel deiectis* romaine (45). Toutefois, le simple risque d'un dommage causé par des

(41) *WG III 14 Von Rechten und Verbindlichkeiten durch Nebenpersonen, und auf Nebengebühren*, §§ 462-489.

(42) *WG III § 462* "En règle générale, nul n'est responsable des actes d'autrui."

(43) *WG III § 475* "Les propriétaires de maison et les maîtres ne sont en règle générale pas obligés de payer un dédommagement pour un préjudice causé par ceux qui habitent leur foyer ou par leurs serviteurs. Mais s'ils abritent quelqu'un connu comme criminel ou donnent emploi à quelqu'un sans certificat, ils sont responsables pour tout dommage causé par ces personnes."

(44) *WG III § 476* "Les hôteliers, les bateliers et les voituriers sont responsables du dommage que leurs serviteurs infligent à un voyageur dans leur maison, leur bateau, ou bien au fret. Mais si un voyageur inflige un préjudice à un autre, ou si un dommage résulte d'un cas fortuit, ils ne sont nullement responsables."

(45) *WG III § 477* "Si quelqu'un est lésé par une chose jetée ou versée, est responsable du dommage la personne qui habite le logement d'où la chose est jetée ou versée." Cf. *HORTEN III 23 § 4* : "Il y a cependant des cas, dans lesquelles l'équité naturelle exige que quelqu'un soit responsable du dommage causé par ses subalternes, bien qu'il soit causé sans son savoir et sans sa volonté. En premier lieu c'est le cas des bateliers, voituriers, hôteliers et d'autres personnes exerçant un tel métier, en vertu duquel des choses d'autrui leurs sont données en dépôt ou en travail; tous ceux-là sont chargés en vertu de leur métier de traiter ces choses prises en charge avec la plus grande diligence possible, et tout dommage qui leur est causé par ses enfants, les personnes vivant dans le même foyer et ses serviteurs doit être compensé. § 5 : en second lieu, celui qui habite un logement doit être responsable du dommage causé si de son logement quelque chose est jetée ou versée à la rue...et si de ce fait les vêtements d'une personne ou autre objet qu'elle a porté avec elle a pris dommage ou si même quelqu'un a été blessé ou assommé."

objets placés de manière dangereuse ne justifiait pas une action civile, mais uniquement l'option d'informer les autorités administratives, dont la tâche était de garder un environnement sûr (46).

3. Du point de vue du droit matériel, l'aspect le plus important est l'appui de Martini au principe généralisé de droit romain de **responsabilité pour faute** (47), qui correspond aussi bien à sa propre théorie de droit naturel qu'à celle exprimée dans le projet de Horten et dans l'*ALR*. Ceci est mis en évidence par la dénomination du chapitre "sur la faute" (48), son accent mis sur le principe romain *casum sentit dominus* (49) et son appui à l'idée de droit naturel (déjà présent dans le projet Horten) que nul n'est responsable pour un acte d'autrui sans faute personnelle (50). Toutefois Martini, comme nous pouvions le remarquer, inspiré par des motivations pragmatiques, favorisait dans certains cas la responsabilité objective aux dépens de la responsabilité pour faute, notamment dans le cas des enfants et les aliénés, dans lequel il soulignait que, bien que ni mauvaise intention ni négligence ne leur puissent être imputées, et que le dommage qu'ils ont causé soit considéré comme accidentel, il était nécessaire de les rendre responsables, puisque l'indemnisation se fondait aussi sur le droit de légitime défense, droit qui peut être exercé même contre les aliénés et les enfants (51).

---

(46) *WG III* § 478 "A cause du danger probable qu'un panneau, un récipient ou une autre chose suspendue ou placée au dessus d'un lieu fréquentable puisse tomber sur un passant et le léser, personne n'est autorisé à entreprendre une action en justice, mais chacun est autorisé en vue de la sécurité générale à avvertir l'autorité politique du danger." Une position similaire à propos de l'*actio de posito vel suspensio* fut déjà adopté par HORTEN III 23 § 11.

(47) Il appuie cette position dans son livre sur le droit naturel, *Lehrbegriff des Naturrechts* (2<sup>nd</sup>e traduction 1787) § 387 "Être responsable du dommage signifie être obligé de le réparer. Comme l'auteur d'un acte doit être responsable des conséquences de celui-ci, et l'effet d'un dommage causé injustement est celui d'une injure morale (*sittliche Beleidigung*), il est facile de comprendre la raison pour laquelle celui qui a injurié autrui intentionnellement ou au moins par imprudence, par un acte fautif, doit réparer le dommage et concentrer tous ses efforts à réaliser la satisfaction (*Genugthuung*) de l'injurié. Supposant que l'auteur d'un acte injuste soit libéré du devoir de réparation, alors les conséquences de l'acte moral (*sittliche Handlung*) ne seront pas imputés à celui qui agit librement, mais à celui qui souffre involontairement, ce qui serait fort illogique."

(48) III. Theil, 13. Hauptstück Von dem Verschulden.

(49) *WG III* § 426 "Toute personne est responsable pour sa mauvaise intention (*Bosheit*) et sa négligence (*Versehen*). Toutefois, nul n'est en règle responsable pour le cas fortuit."

(50) *WG III* § 462, *supra* note 42.

(51) *WG III* § 456 "Ni le dol ni l'ignorance fautive ne sont imputables aux enfants et aux aliénés. Le dommage résultant de leur comportement est considéré causé par un cas fortuit, à moins que quelqu'un les ait fautivement encouragés à agir. Comme le droit de réparation des dommages est fondé aussi sur le droit de défense légitime, qui est également applicable envers les enfants et aliénés, une telle indemnisation doit être payée par la personne infligeant le dommage à moins quelle n'ait été payée par le coupable."

4. Un aspect novateur du chapitre de Martini est le rejet des **gradations romaines de négligence** comme fondement de la responsabilité contractuelle ou délictuelle. Horten et l'*ALR* étaient demeuré dans la tradition de l'*usus modernus*, distinguant mauvaise volonté et négligence comme deux types de faute, et subdivisant la négligence en négligence grave, ordinaire, légère ou la plus légère, de même que *culpa in abstracto* et *culpa in concreto*. Martini estimait que les gradations de la faute sont impossibles à mesurer (52), néanmoins il continuait non seulement de distinguer la méchanceté et la négligence (53), mais aussi de définir la négligence grave (54) et d'incorporer le principe romain *culpa lata dolus est* (ou *dolo proxima est*) (55) ce qui signifie que la négligence grave doit être traitée de la même manière que la mauvaise volonté (56). Il avait donc maintenu la nécessité de distinguer entre la négligence grave et la négligence légère (57).

De même, Martini soutenait l'affirmation non-romaine que la négligence la plus légère (*culpa levissima*) devrait être considérée comme un cas fortuit (58). Dans le § 20 de son projet, Martini introduisait la conception non-romaine de faute partagée (59). Celle-ci est un produit

(52) *WG III* § 423 "Il est vrai que l'on distingue un degré majeur et mineur soit de la mauvaise intention (*Bosheit*) soit de la négligence (*Versehen*), et que l'on peut concevoir des nombreux degrés moyens parmi les deux; seulement, ils sont aussi peu quantifiables que la majeure ou mineure liberté de l'acteur puisse être déterminée."

(53) *WG III* § 420 "Chaque faute résulte d'un défaut évitable soit de l'intellect soit de la volonté: d'un défaut de l'intellect, si l'on ignore ou ne remarque pas ce que l'on devrait savoir ou remarquer, d'un défaut de la volonté, si l'on dévie intentionnellement de son devoir dont on est conscient".

(54) *WG III* § 424 "La négligence la plus grave (*das gröbste Versehen*) est commise par celui qui néglige totalement l'accomplissement de ses devoirs..."

(55) Cf. *ULP. D.* 11,6,1,1 *lata culpa plane dolo comparabitur*; *ULP. D.* 36,4,5,15 *dolum accipere debemus et culpam latam*; *PAUL D.* 48,8,7 *culpa lata pro dolo accipitur*; *PAUL D.* 50,16,226 *magna culpa dolus est*; *MARCIAN D.* 47,9,11 *tam lata culpa fuit, ut...dolo sit proxima*.

(56) *WG III* § 425 "La négligence la plus grave (*das gröbste Versehen*) semble être plutôt un défaut de volonté que de capacité intellectuelle. Elle est très proche de la mauvaise intention (*Bosheit*) et sera interprétée comme telle pour évaluer le dédommagement à payer." Cf. *ALR I* 3 § 19 "Les conséquences d'une négligence grave (*grobes Versehen*) sont, tant qu'il s'agit de la réparation du dommage, à imputer de la même façon que les conséquences du dol (*Vorsatz*)."

(57) *L'ALR I* 3 §§ 18-22 distingue : négligence grave, modérée et légère (*grobes, mäßiges, geringes Versehen*).

(58) *MARTINI III* 13 § 15 "...La négligence la plus légère (*das geringste Versehen*) ne peut s'éviter, au moyen des ressources humaines, que très difficilement et doit être considéré plutôt comme un cas fortuit que comme une négligence." Cette phrase fut omise en *WG III* § 425.

(59) *WG III* § 430 "Si quelqu'un souffre un dommage par sa propre faute, il en est le seul responsable. Cependant, si tous les deux, l'auteur du dommage et la victime elle-même ont causé le dommage, alors chacun répond de la moitié."

du droit naturel du XVIII<sup>e</sup> siècle, en particulier de l'œuvre de Christian Wolff (60).

5. En ce qui concerne l'étendue de l'indemnisation, Martini distinguait deux types de faute, notamment une déficience intellectuelle (*Versehen*, imprudence ou négligence) et un manque de volonté (*Bosheit*, mauvaise volonté ou dol) (61). Ceci est l'un de plusieurs articles théoriques et explicatifs de ce chapitre, qui paraît ainsi plutôt appartenir à un manuel qu'à un code civil. Cela était cependant nécessaire au projet de Martini : établir les bases d'une distinction non faite par les juristes romains. En effet, le droit romain de réparation des dommages causés à la propriété, la *lex Aquilia*, accordait sans procéder à une gradation selon le degré de la faute, l'intérêt intégral, y compris le *damnum emergens*, c'est à dire la restitution de la valeur maximale de la chose pendant une certaine période, et selon le cas, le manque à gagner (*lucrum cessans*) (62), sans pour autant accorder la compensation de la prédilection particulière (*pretium affectionis*). En revanche, Martini estimait la mauvaise intention plus dangereuse que la négligence et par conséquent il la sanctionnait plus sévèrement (63) : Alors que le malfaiteur négligent n'est obligé qu'à dédommager la victime (*Schadloshaltung*), le malfaiteur intentionnel doit en plus lui rendre "satisfaction" (*Genugtuung*, dommages-intérêts). Le dédommagement était défini comme l'indemnisation des pertes matérielles, tandis que la "satisfaction" comprenait le paiement du *lucrum cessans* (le manque à gagner) ou encore l'oblitération de l'injure (*Tilgung der Beleidigung*) (64).

(60) Voir H. HAUSMANINGER, "Das Mitverschulden des Verletzten und die Haftung aus der *lex Aquilia*", dans *Gedächtnisschrift H. Hofmeister* (1996) 235 à 236, note 6. HORTEN III 22 § 6 avait encore exclu la responsabilité dans les cas où la victime agissait à ses risques et périls où dans le cas de la faute partagée.

(61) *WG III* § 421 "Si le défaut se manifeste de la part de l'intellect, on l'appelle imprudence ou négligence (*Versehen oder Nachlässigkeit*); s'il se manifeste de la part de la volonté, on l'appelle mauvaise intention (*Bosheit*)."

(62) H. HAUSMANINGER (*supra* note 12), 31 sqq., R. ZIMMERMANN (*supra* note 9) 969 sqq.

(63) *WG III* § 422 "Le tort fondé sur la mauvaise intention est plus grave que le tort fondé sur la négligence, même si le dommage ne varie pas selon la manière dont il est infligé. La mauvaise volonté est plus dangereuse pour la sécurité future que l'intellect débile. C'est pourquoi les droits de défense contre le malicieux sont plus larges que ceux contre le négligent ; ainsi les lois punissent le premier plus sévèrement que le dernier".

(64) *WG III* § 419 "Pour procéder à la réparation d'un dommage, on doit tout remettre dans l'état antérieur ou bien on doit payer la valeur d'évaluation. Si la réparation ne s'étend qu'au dommage qui s'est produit, c'est à dire la détérioration des biens existants, c'est à proprement parler un dédommagement (*Schadloshaltung*), mais si elle s'étend aussi au manque à gagner et à l'oblitération de l'injure, elle se nomme satisfaction (*Genugtuung*, dommages-intérêts).

Dans une partie postérieure de son Code, Martini précisait que dans le cas d'un dommage matériel s'étant produit par négligence, le total de l'indemnisation doit comprendre la valeur maximale entre le moment du dommage et le moment du paiement (65). Dans un autre article, il sanctionnait le malfaiteur intentionnel de la valeur du *pretium affectionis* et le manque à gagner (66).

6. Dans le cadre de la séparation progressive des sanctions du droit pénal et du droit civil, le *Codex Theresianus* avait enlevé l'*actio de posito vel suspenso* dans sa fonction d'*actio popularis* de la sphère du droit privé (67). Toutefois, il n'excluait pas la possibilité de **peines privées** à côté des demandes de compensation civile (68). Horten suivait cette trace et autorisait en particulier des peines pécuniaires civiles à payer à la victime ajoutées aux demandes de compensation, sauf si une sanction pénale était prévue (69). L'*ALR* avait encore permis que les amendes pour les atteintes à l'honneur soient récupérées par la victime dans la procédure pénale (70). Mais Martini refusait totalement l'idée des peines civiles à payer à la victime ; selon lui, celles-ci ne pouvaient être imposées que dans le cadre d'une procédure administrative ou pénale et étaient à payer à l'Etat (71).

Bien que Martini ait eu le mérite de renoncer à une casuistique trop détaillée qui s'était maintenue même dans la version nettement raccourcie du *Codex Theresianus* de Horten, on peut remarquer que le projet de Martini pouvait être encore amélioré à cet égard.

---

(65) *WG* III § 455 "Mais si le dommage est causé par négligence ou ignorance fautive, par exemple, pour ne pas avoir surveillé diligemment les enfants ou aliénés, pour se comporter avec négligence ou maladresse en allumant le feu, dirigeant l'eau, en tirant, conduisant, faisant de l'équitation, construisant, creusant, lançant, versant ou pratiquant une activité semblable, alors l'auteur du dommage doit payer la valeur maximale dans la période entre le moment de la lésion et le moment de la réparation".

(66) *WG* III § 454 "Si le dommage est causé volontairement, soit par intérêt propre, c'est-à-dire par vol, fraude, violence non autorisée, soit par méchanceté ou joie de nuire, alors le lésé est autorisé à demander aussi bien le montant de sa prédilection particulière que le manque à gagner".

(67) *CTh* III 22 § 23, également HORTEN III 23 § 11.

(68) *CTh* III 21 § 43 sqq.

(69) HORTEN III 22 § 23. Ainsi, par exemple, dans le cas d'une atteinte mineure contre la propriété privée, l'indemnisation et de plus une peine privée de 100 florins dût être payée (III 22 §§ 57, 58).

(70) *ALR* I 6 § 130 "La peine privée à payer à la suite d'atteintes à l'honneur est réglée dans le droit pénal."

(71) *WG* III § 418 "Seulement si l'indemnisation, c'est à dire la compensation du tort, est demandée en action, les droits privés sont décisifs, et la procédure, si elle n'est pas explicitement attribuée à la cour criminelle par les lois pénales, est effectuée par la cour civile...".

## V. - LA RÉVISION DE ZEILLER

Le droit de la réparation des dommages est l'un des chapitres (72) que Franz von Zeiller consacrait à des propositions extensives d'amélioration. Mais sa révision du chapitre du Code de Galicie Occidentale sur les fautes n'a pas occupé la Commission pendant très longtemps : on consacra seulement trois réunions à cette tâche (73). Même en incluant le texte du Code, le compte rendu n'excédait pas 25 pages. Beaucoup de décisions fondamentales ont été prises sans aucune discussion. Pour la plus grande part, la Commission suivit les suggestions du rapporteur, en proposant ponctuellement des changements dans des détails, ou, plus fréquemment, dans la terminologie.

En introduisant la discussion du chapitre sur la réparation des dommages, Zeiller expliqua à la Commission la perspective de ses propositions de changements du texte (74). Cette déclaration concernait deux points majeurs : la question de la responsabilité objective ou pour faute, et les degrés de négligence.

La Commission approuva à l'unanimité les idées générales de Zeiller dans sa session du 19 mai 1806. Ensuite, Zeiller proposa un changement du titre et une variation de la perspective du chapitre, avec l'argument suivant : à part des droits attribués directement par la loi, tous les droits personnels émanaient soit d'un contrat, soit d'un dommage (*Beschädigung*). Après avoir traité le droit des contrats, le Code devrait donc procéder au traitement du droit de la réparation des dommages (*Recht des Schadenersatzes*). Plus tard, Zeiller ajouta "et de la satisfaction" (*und der Genugtuung*).

Dans le but d'évaluer le caractère et l'importance de la contribution de Zeiller, je vais analyser les 6 points évoqués d'abord à propos de l'œuvre de Martini, notamment 1) le volume et l'abstraction, 2) la structure, 3) la responsabilité pour faute, 4) les degrés de négligence, 5) l'étendue de l'indemnisation et 6) les peines civiles.

---

(72) D'autres concernaient par exemple le mariage, la gestion de fait et le contrat d'édition.

(73) Le 19 mai, 9 juin et 16 juin 1806. J. OFNER, *Prot.* II (*supra* note 5) 182-206.

(74) *Ibid.*, 182-183.

## 1. - Volume et abstraction

Zeiller éliminait le chapitre 14 créé par Martini “des droits des obligations par des personnes adjointes ...” et transférait quelques-uns de ces articles dans son unique chapitre sur la réparation des dommages (75). Il réduisait le nombre d’articles et remplaçait la casuistique par l’abstraction. On peut remarquer que le style et le contenu du chapitre sont largement influencés par le Code prussien (*ALR*) que Zeiller avait étudié. De même, l’influence des concepts et définitions du droit romain est nettement visible.

Comme exemple représentatif, je mentionnerai les articles 1293 et 1294 *ABGB* (76). Le projet de Martini ne contenait pas de définition du dommage (77), le Code de Galicie Occidentale se référait brièvement au dommage dans un chapitre introductif (78). Zeiller s’appuyait probablement sur le chapitre correspondant du Code prussien et combinait diligemment les idées de celui-ci pour rédiger une définition plus abstraite (79). A l’origine, Zeiller avait ajouté une phrase établissant que la somme du *damnum emergens* et du *lucrum cessans* est appelée intérêt (l’ *id quod interest* romain), mais postérieurement, cette explication fut considérée comme superflue et fut donc éliminée.

---

(75) II 30 Du droit à la réparation des dommages et de la satisfaction (*Von dem Rechte des Schadenersatzes und der Genugtuung*) §§ 1293-1341.

(76) § 1293 *ABGB* “On appelle dommage tout désavantage qui a été causé à quelqu’un, à ses biens, à ses droits ou à sa personne. Il se distingue du manque à gagner que quelqu’un pourrait espérer d’après le cours habituel des choses”.

(77) MARTINI III 13, § 8 “Seulement si la réparation du dommage, la compensation du tort, est demandée en justice, la décision est fondée sur les droits privés...que la faute soit commise lors de l’accomplissement d’un contrat ou lors d’autres préjudices subis par une personne dans son corps, sa liberté, son honneur ou ses biens.” Voir P. HARRAS (*supra* note 23) V (1886) 211.

(78) *WG I* § 35 “Celui qui a été victime d’un dommage, d’une détérioration d’un de ses biens, a le droit de demander la réparation de ce dommage à l’auteur. Que le dommage soit infligé avec ruse et avec dol, sciemment et intentionnellement, ou seulement imprudence, négligence (*aus Nachlässigkeit, aus Versehen*), n’a nulle influence sur la réparation.”

(79) *ÄLR (Allgemeines Landrecht, Code prussien)* I 6 (Des devoirs et des droits résultant d’actes illégaux).

§ 1 “On appelle dommage toute détérioration de l’état d’une personne en considérant son intégrité corporelle, sa liberté, son honneur ou ses biens”.

§ 5 “On appelle le manque à gagner l’avantage dont une personne aurait bénéficié si un acte ou une omission spécifiques n’avaient pas eu lieu”.

§ 6 “Mais afin de déterminer le manque à gagner, on ne considère que les avantages que l’on pourrait espérer d’après le cours habituel des choses ou bien d’après les transactions de la vie civile, ou en tenant compte de certaines mesures ou préparations déjà entreprises”.

Dans le § 1294 ABGB (80), Zeiller définissait et structurait les sources du dommage. Il s'agit d'une terminologie romaine, telle qu'elle apparaît également dans les descriptions plus larges de Martini (81) et dans celles du Code prussien (82).

## 2. - Structure

En ce qui concerne le système du nouveau chapitre proposé par Zeiller (83), il s'agit d'une structure beaucoup plus claire et plus logique que celle de Martini, mais il faut retenir que les versions antérieures du Code avaient déjà réuni les dommages de nature contractuelle et délictuelle dans un seul chapitre.

## 3. - Responsabilité pour faute

Dans sa déclaration introductrice devant la Commission, Zeiller soulignait que la théorie du droit naturel plus ancien avait défendu le principe de la responsabilité pour faute, y compris la responsabilité pour la

---

(80) § 1294 ABGB "Le dommage peut résulter soit d'un acte illégal, soit de l'omission illégale (*widerrechtliche Handlung oder Unterlassung*) d'une autre personne, soit d'un cas fortuit (*Zufall*). L'atteinte se produit volontairement ou involontairement. Mais l'atteinte volontaire (*willkürliche*) se fonde soit sur une mauvaise intention (*böse Absicht*) quand le dommage a été causé sciemment et volontairement, soit sur une négligence (*Versehen*), s'il a été causé par une ignorance fautive, par un défaut d'attention ou de diligence nécessaire. Toutes deux constituent une faute (*Verschulden*)".

(81) *WG III* § 431 Ni tout acte, ni toute omission qui soit désavantageux pour autrui ne peut pour autant être considéré comme comportement fautif. Il faut une loi, ou un contrat en vertu desquels on est obligé à faire ou omettre quelque chose.

(82) *ALRI 6* § 1 sqq.

(83) *ABGB II* 30 Du droit à la réparation des dommages, et de la satisfaction (*Von dem Rechte des Schadenersatzes und der Genugtuung*) §§ 1293-1341 :

A. Conception du dommage (§ 1293).

B. Sources du dommage (§ 1294).

C. Faits générateurs de la responsabilité : dommages résultant de :

1. la faute (§§ 1295-1304) ;
2. l'usage d'un droit (§ 1305) ;
3. un acte non fautif ou involontaire (par exemple commis par des personnes inconscientes) (§§ 1306-1310) ;
4. le cas fortuit (§§ 1311-1312) ;
5. le fait d'autrui (§§ 1313-1319, incluant les délits de certains serviteurs et l'*actio de effusis*) ;
6. du fait d'un animal (§§ 1320-1322).

D. Types de réparations en général (§§ 1323-1324) et en particulier :

1. lésion corporelle (§§ 1325-1328, incluant défigurement, meurtre, séduction et fécondation) ;
2. liberté personnelle (§ 1329) ;
3. l'honneur (§ 1339) ;
4. la propriété (§§ 1331-1332, en particulier l'indemnisation pour non-respect des délais de paiement §§ 1333-1335).

E. Provisions variés (pénalités conventionnelles § 1336, responsabilité de l'héritier du mal-faiteur § 1337, et les remèdes légaux §§ 1338-1341).

faute la plus légère, tandis que des auteurs plus récents, parmi eux Zeiller lui-même, favorisaient la responsabilité objective (84). De manière un peu obscure, Zeiller considérait que la responsabilité objective était inapplicable et que la responsabilité pour *culpa levissima* nécessitait d'être réformée en vue des "relations de nature civile dans lesquelles des individus se retrouvent souvent contre ou du moins sans leur volonté (85)." L'article 1295 *ABGB* établit donc l'application générale aux contrats et aux dommages de la responsabilité pour faute (86).

Les articles 1296 et 1297 *ABGB* contiennent deux présomptions : en premier lieu, en cas de doute, on présume que le dommage s'est produit sans faute d'autrui, en second lieu, on présume que quiconque possède l'usage de la raison est capable du degré d'attention et de diligence que l'on a avec ses aptitudes ordinaires et celui qui néglige de prêter ce degré de diligence ou d'attention aux actes d'où résulte une lésion des droits d'autrui se rend coupable (87). Zeiller adoptait donc le *standard* objectif romain de diligence. Ses formulations reflètent celles du Code prussien (88).

(84) Cf. ZEILLER dans J. OFNER, *Prot. II* (*supra* note 5) 182 "Selon les théories de quelques nouveaux professeurs de droit naturel (auxquels le rapporteur s'est également déclaré dans son *Droit naturel privé*), on a le droit de demander compensation à l'auteur, même s'il ne nous a lésés que par une action involontaire (non libre)". Dans *Das natürliche Privat-Recht* (1<sup>re</sup> ed. 1802, 2<sup>e</sup> ed. 1808) § 179, ZEILLER critique ceux qui nient la responsabilité des enfants et aliénés et postule : "j'ai même le droit de détourner un préjudice causé involontairement, comme également les conséquences d'un préjudice causé involontairement aux dépens de l'auteur du dommage. Comme la lésion de ma propriété persiste autant qu'elle soit remise dans l'état initial, j'ai le droit de me dédommager au moyen des biens de l'auteur".

(85) J. OFNER, *Prot. II*, 182 "Ohne über die Richtigkeit dieser beiden philosophischen Meinungen zu streiten, gestehe Ref. doch selbst, daß weder die letztere, noch auch, wenigstens ohne eine Bestimmung, die erstere Meinung auf die bürgerlichen Verhältnisse, in welchen die Menschen, so oft gegen, oder wenigstens ohne ihren Willen verwickelt werden, anwendbar sei". Voir aussi ZEILLER, *Das natürliche Privat-Recht* (*supra* note 84) § 178 sq.

(86) § 1295 *ABGB* (1) "Toute personne est autorisée à exiger de ce qui cause le dommage, le remboursement de celui qu'il a provoqué par sa faute, que le dommage soit causé par une violation d'une obligation contractuelle, ou qu'il soit sans rapport avec un contrat".

(87) § 1296 *ABGB* "En cas de doute, on présume que le dommage s'est produit sans faute d'autrui".

§ 1297 *ABGB* "Mais il est aussi présumé que quiconque possède l'usage de la raison est capable du degré d'attention et de diligence que l'on a avec des aptitudes ordinaires. Se rend coupable d'une faute celui qui néglige de prêter ce degré de diligence ou d'attention aux actes d'où résulte une lésion des droits d'autrui".

(88) *ALR* I 3 § 16 "Mais chacun est aussi obligé d'agir avec attention dans les transactions de la vie civile afin de se comporter conformément aux lois". § 17 "Celui qui agit contre les lois par manque de cette attention, commet une négligence (*Versehen*)". § 18 "Une négligence, qui aurait pu être évitée grâce à des aptitudes ordinaires (*gewöhnlichen Fähigkeiten*), sans efforts d'attention, est appelée négligence grave". § 20 "Une négligence légère est celle qui aurait pu être évitée grâce à un degré ordinaire d'attention (*einem gewöhnlichen Grade von Aufmerksamkeit*)".

Dans la commission de Zeiller se développa une controverse concernant les enfants et les aliénés qui causent un dommage. Bien qu'en général, Martini ait rejeté la responsabilité pour un dommage causé sans acte fautif ou résultant d'un cas fortuit, il avait fait une exception en imposant la responsabilité des enfants et des aliénés (89). Zeiller a suggéré de renoncer à cette exception qu'il qualifiait comme trop sévère (90). D'abord, sa proposition fut adoptée par une majorité de cinq votes. Mais ensuite, trois membres de la Commission défendaient vigoureusement l'exception de Martini comme étant conforme au droit positif, le droit naturel et l'équité, qui tous demandaient le dédommagement de la victime innocente, en particulier en vue d'un malfaiteur riche ayant lésé et ainsi détruit la vie d'un demandeur pauvre. En second lieu, ils faisaient valoir la contradiction qu'il y avait à admettre d'une part le droit de légitime défense contre les enfants et les aliénés qui n'excluait même pas le droit de tuer et refuser d'autre part l'obligation de ceux-ci de réparer. C'est pourquoi la majorité changea d'avis et décida d'imposer une obligation de remboursement aux enfants et aliénés. Lors la réunion du 16 juin 1806, Zeiller soumettait de nouveau les textes révisés (91).

L'article 1310 *ABGB*, bien qu'il soit le résultat d'un recours subsidiaire et timide au principe d'équité, fut plus tard l'objet d'éloges comme excellent exemple de virtuosité professionnelle du législateur, favorisant la flexibilité du juge fondée sur une balance des principes de droit (92). Malheureusement, le législateur autrichien n'a que très rare-

(89) *WG III* § 456 (*supra* note 51).

(90) J. OFNER, *Prot. II* (*supra* note 5) 189.

(91) § 1308 *ABGB* "Si des aliénés, des imbéciles ou des enfants causent un dommage à quelqu'un qui, par une faute quelconque, leur en a fourni l'occasion, celui-ci ne peut réclamer d'indemnisation".

§ 1309 *ABGB* "En dehors de ce cas, il a droit à l'indemnisation de la part des personnes auxquelles le dommage peut être imputé en raison de leur négligence à surveiller ces personnes qui leur avaient été confiées".

§ 1310 *ABGB* "Si la victime ne peut, de cette manière, recevoir d'indemnisation, 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".

(92) La disposition fut louée extensivement par de célèbres commentateurs ultérieurs, tel que J. UNGER, *Handeln auf eigene Gefahr* (3<sup>e</sup> éd. 1904) 134 sqq. et J. W. HEDEMANN, *Die Fortschritte des Zivilrechts im XIX. Jahrhundert*, I, 107 sqq. Sa tendance fut adoptée par § 829 *BGB* et art. 54 *OR*. Cf. HOFMEISTER, *Die Rolle Zeillers bei den Beratungen zum ABGB*, dans SELB/HOFMEISTER (*supra* note 29) 107, 122-123.

ment recouru à une telle balance comme dans l'article 1310 (93), un autre exemple étant l'article 1304 *ABGB* concernant la faute partagée (94).

Dans l'article 1313 *ABGB* (95), Zeiller rejetait généralement l'idée de la responsabilité du fait d'autrui. En règle générale, on n'est pas responsable des actes illicites d'autrui auxquels on ne prend pas part. La même règle avait déjà été formulée par Martini, qui établissait cependant une série d'exceptions. Celles-ci furent retenues ou légèrement étendues par Zeiller. Il incorporait une responsabilité plus large du fait des serviteurs dans les articles 1314 et 1315 *ABGB* (96).

Dans l'article 1316 *ABGB*, Zeiller établissait la responsabilité des hôteliers et bateliers pour les dommages infligés par leur personnel sans la restriction antérieure qui requérait la faute de leur part (97).

Zeiller retenait du projet de Martini une *actio de effusis vel deiectis* quasiment inchangée (98) et confirmait dans l'article 1319 *ABGB* le refus de Martini de l'*actio de posito vel suspenso* (99).

(93) Cf. W. WILBURG, *Die Elemente des Schadensrechts* (1941) 80 sqq. ; W. WILBURG, *Entwicklung eines beweglichen Systems im bürgerlichen Recht* (1950) 11. En 1916, le Troisième amendement partiel incluait un article sur l'état de nécessité qui attribue des pouvoirs au juge modelés sur ceux du § 1310 *ABGB* (§ 1306a "Si quelqu'un en cas de nécessité cause un dommage pour écarter de lui ou d'un tiers un danger imminent, c'est au juge de décider si le dommage doit être remboursé et dans quelle mesure, en examinant si la victime a négligé de se défendre en raison du danger qui menaçait l'auteur du dommage, et en raison de l'importance du dommage par rapport au danger, ou enfin de la fortune de la victime et de celle de l'auteur du dommage").

(94) § 1304 *ABGB* "Si, en cas de dommage, il y a en même temps faute de la part de la victime, celle-ci le supporte proportionnellement avec le responsable, et, si la proportion ne peut se déterminer, par parts égales".

(95) § 1313 *ABGB* "En règle générale, on n'est pas responsable des actes illégaux d'autrui auxquels on n'a pas pris part".

(96) § 1314 *ABGB* "Celui qui prend à son service une personne sans certificat ou qui y garde sciemment une personne dangereuse par ses caractères physiques ou moraux, ou qui abrite un criminel connu, est responsable envers le propriétaire de la maison et ceux qui habitent son foyer des dommages causés en raison de la nature dangereuse de ces personnes".

§ 1315 *ABGB* "De même manière, celui qui s'est servi sciemment d'une telle personne dangereuse, ou bien qui a employé pour une transaction une personne incapable, est responsable du dommage souffert de ce fait par un tiers". L'article 1315 suit largement l'*ALR*.

(97) § 1316 *ABGB* "Les hôteliers, les bateliers et les voituriers sont responsables des dommages que leur propre personnel ou leur préposés causent à un voyageur relatif aux choses qui leur ont été confiées dans leur maison, leur bateau, ou bien au frèt".

(98) § 1318 *ABGB* "Si quelqu'un est victime de la chute d'une chose suspendue ou placée de façon dangereuse, ou de quelque chose qui est jetée d'un logement ou qui en est versée, est responsable la personne qui habite le logement d'où la chose est jetée, versée ou tombée".

(99) § 1319 *ABGB* "A cause de la probabilité du danger qu'un panneau, un récipient ou une autre chose suspendue ou placée au dessus d'un lieu fréquentable puisse tomber sur un passant et le blesser, personne n'est autorisé à entreprendre une action en justice, mais chacun est autorisé en vue de la sécurité générale, à avertir l'autorité politique du danger".

En ce qui concerne le quasi-délit romain du *iudex qui litem suam fecerit*, Zeiller reprenait la position de Martini selon laquelle la victime doit se plaindre de la faute du juge devant les autorités supérieures (§ 1341 *ABGB*) (100). La survivance de ces antiquités romaines démontre la ténacité de ces conceptions et le besoin de les réfuter expressément plutôt que de les omettre tacitement.

#### 4. - Degrés de négligence

En traitant les degrés de négligence, Zeiller remarquait (101) que déjà le droit romain avait "mitigé le point de vue sévère" concernant la responsabilité pour la plus légère négligence (*culpa levissima*), en réalisant que l'on ne peut pas exiger le même degré de diligence et d'expérience pratique dans tous les relations juridiques. Ainsi les romains avaient distingué différents types de transactions juridiques et différents degrés de diligence. Toutefois le droit romain, comme d'ailleurs aussi le Code prussien, n'avait pas réussi à livrer des conceptions claires qui auraient aidé les juges à distinguer les degrés de négligence. Selon Zeiller, Martini avait fourni un effort honorable d'abolir ces distinctions impossibles à réaliser et inutiles, mais n'avait pas tout à fait réussi à atteindre ses objectifs (102).

Zeiller présumait que l'on ne pouvait pas exiger le degré maximal d'expérience et de diligence dans tous les circonstances ; en conséquence il fallait formuler un concept de négligence qui ne soit pas trop rigoureux, tout en l'adaptant aux capacités usuelles que l'on peut légitimement espérer de l'auteur du dommage (103).

#### 5. - Etendue de l'indemnisation

En ce qui concerne le problème fondamental des types d'indemnisation, Zeiller adoptait intégralement le projet de Martini, qui de son côté

---

(100) § 1341 *ABGB* "On se plaint de la faute d'un juge devant les autorités supérieures. Celles-ci examinent et jugent d'office la plainte."

(101) J. OFNER, *Prot. II* (*supra* note 5) 182.

(102) *Ibid.* 183.

(103) *Ibid.* Voir § 1297 *ABGB* (*supra* note 86).

avait été largement influencé par le Code prussien (voir *ABGB* § 1324 (104), *WG III* § 428 (105) et *ALR I 6* §§ 10 et 12 (106)).

En ce qui concerne les dommages aux biens, § 1331 *ABGB* spécifie : “Celui qui est lésé dans ses biens par un acte prémédité (*vorsätzlich*) ou par un manque de soins extraordinaire (*auffallende Sorglosigkeit*) de la part d’autrui est autorisé à réclamer aussi le manque à gagner, et si le dommage provient d’un acte interdit par la loi pénale, ou s’il a été causé par méchanceté et joie de nuire (*Mutwillen und Schadenfreude*), le montant de sa prédilection particulière (*Wert der besonderen Vorliebe*).”

## 6. - Peines civiles

Lorsque Zeiller discutait le mode subjectif de mesurer les dommages selon la valeur affective (qui fut rejetée par les juristes romains qui avaient commenté la *lex Aquilia*), il remarquait qu’il désapprouvait les provisions de la *lex Aquilia* qui accordaient la valeur maximale pendant la période d’un mois ou d’une année après le préjudice (107). Ces règles établissaient une peine privée en faveur du demandeur qui pouvait être expliquée par l’absence d’une procédure pénale publique à Rome. En Autriche, les peines privées n’existaient pas. Si l’atteinte aux biens était dangereuse du point de vue social, elle devait être sanctionnée par une peine publique. Sinon, la victime devrait recevoir une compensation et non pas une amende (108).

Zeiller a souvent été désigné comme “le père de l’*ABGB*”, comme la figure dominante et décisive dans tout le processus de codification. Cependant, si nous tenons compte des six points que je viens d’énoncer, nous remarquons que, pour la plupart, ils ont déjà été établis par Mar-

(104) § 1324 *ABGB* “Au cas de dommages causés dans une mauvaise intention (*böse Absicht*), ou par un manque de soins extraordinaire (*auffallende Sorglosigkeit*), la victime a droit à des dommages-intérêts complets (*volle Genugtuung*), mais dans les autres cas à un simple dédommagement (*Schadloshaltung*)”.

(105) *WG III* § 428 En ce qui concerne la distinction entre indemnisation (*Ersatz*) et dommages-intérêts (*Genugtuung*), la personne négligente ne doit payer que le dédommagement (*Schadloshaltung*), tandis que le méchant doit également payer les dommages-intérêts (*Genugtuung*)...

(106) *ALR I 6* § 10 “Celui qui cause préjudice (*beleidigt*) autrui avec dol (*Vorsatz*) ou négligence grave (*grobes Versehen*) doit lui payer les dommages-intérêts complets (*vollständige Genugtuung*)”.

*ALR I 6* § 12 “Celui qui cause préjudice à autrui par un acte ou une omission commis avec négligence modérée n’est responsable que pour le dommage réel (*wirklicher Schaden*) qui en résulte”.

(107) J. OFNER, *Prot. II* (*supra* note 5) 199.

(108) *Ibid.*

tini. Ceci évoque la comparaison avec la question suivante : quels juristes romains méritaient vraiment la qualification de "classique" ? Cette qualification doit-elle être attribuée aux juristes républicains plus créatifs, ou plutôt à leurs successeurs du début de l'Empire qui se limitaient à ajouter des facettes supplémentaires ou des formulations plus élégantes (109) ? On peut également penser à une poupée russe à ouvrir (*matryoschka*) : dans Zeiller se trouve Martini, puis Horten, Zenker et ainsi de suite, jusqu'au coeur du droit romain !

### Evaluation

Evidemment, chaque tentative d'évaluation se heurte à la difficulté d'établir les critères appropriés, en particulier d'éviter des propositions anachroniques. Avec toute la précaution appropriée, il faudra donc se poser la question, en face de la codification autrichienne, quelles étaient les contraintes du système politique, social et économique ? Quels étaient les options des auteurs du Code autrichien ? Qu'est ce qu'ils tentaient de réaliser ? En quoi consistaient leurs points forts et leur faiblesses au niveau intellectuel ?

A la lumière de leurs biographies, de leurs carrières, du système dans lequel ils vivaient et travaillaient, de leur œuvre écrite et du procès-verbal de leurs discussions, nous pouvons constater qu'en ce qui concerne le droit de la réparation des dommages, ils étaient socialement et économiquement conservateurs et confortaient le système en vigueur. Quant à leurs objectifs, nous y voyons moins d'ambitions idéologiques qu'une tentative d'atteindre une rigueur logique de base et une certaine flexibilité pour des exceptions pragmatiques. Leur atout était leur compétence professionnelle mais il leur manquait la profondeur et la vision académique.

De nombreuses caractéristiques du droit des délits autrichien étaient fondées sur des concepts et valeurs romains. Ceux-ci apparaissent aussi bien dans le texte du Code que dans la doctrine qui l'interprétait. L'élimination répétée des projets consécutifs de définitions, de distinctions, d'explications et d'exemples n'était possible qu'en raison de l'existence de manuels, de commentaires et enfin de la tradition de la doctrine en général. Les juristes classiques romains ont abordé les thèmes de la cau-

---

(109) Cf. F. WIEACKER, *Vom römischen Recht* (2nde éd. 1961) 161 sqq.

salité, de l'illégalité et des défenses, de la faute et des dommages, de telle manière qu'ils nous ont non seulement fourni le fondement du concept, mais aussi une science du droit élaborée, science de laquelle les auteurs du Code autrichien ont pu profiter.

Bien que le Code civil autrichien ait rassemblé et ainsi généralisé les règles de la responsabilité contractuelle et extra-contractuelle, il a retenu des règles spéciales pour des délits individualisés. Le mérite particulier du droit romain fut d'une part de développer une science juridique aux notions et valeurs abstraites, et d'autre part, de préserver les propriétés de certains délits spécifiques. Les principes généralisés permettaient de remplir les lacunes entre les délits individualisés et d'adapter d'une façon flexible les règles aux besoins émergents. Tandis que les juristes médiévaux, tels Bartolus, maîtrisaient avec une virtuosité impressionnante cette méthode romaine (110), les représentants du droit naturel et du pandectisme ont à plusieurs reprises omis de se servir du patrimoine légal. En particulier, le besoin émergent d'aller au delà de la responsabilité pour faute fut longtemps négligé et même les règles romaines qui offraient une solution sensée aux problèmes sociaux et économiques furent soit enlevées soit du moins isolées, et traitées comme des exceptions ennuyeuses.

Zeiller ne dissimulait pas que, comme professeur de droit naturel, il favorisait en général la responsabilité objective (111). Cependant, dans sa fonction de rapporteur pour le Code civil autrichien, il poursuivait l'idéal de rigueur logique de la responsabilité pour faute même dans des cas où une exception eut été en accord avec la valorisation qu'il avait entreprise à l'origine (112). Il complétait cette attitude défavorisant la victime avec une présomption d'absence de faute (113), ce qui imposait à celle-ci une charge de la preuve quasiment impossible à fournir. Toutefois, non seulement Zeiller, mais aussi d'autres auteurs de codes modernes se servaient très peu du potentiel des sources romaines - des sources qui servaient d'exemple de flexibilité dans le droit des délits et en

---

(110) H. COING, *"Die Anwendung des Corpus Iuris in den Consilien des Bartolus"*, *Studi Koschaker I* (1954) 71 sqq.

(111) *Supra* note 84.

(112) *Supra* note 90.

(113) § 1296 ABGB "En cas de doute, on présume que le dommage s'est produit sans faute d'autrui".

particulier d'un élargissement créatif de la responsabilité sans faute (114).

Ensuite, la spécificité des codes prussien et autrichien fut de distinguer le montant des compensations du dommage en fonction du niveau de la faute. Tandis que la plupart des systèmes de droit accordent la compensation intégrale du dommage matériel (financier) (115), l'*ABGB* et l'*ALR* ne le faisaient que dans le cas d'intentionnalité ou d'un défaut de soins manifeste (116). Bien que cette distinction ne soit ni applicable au droit commercial (où le dommage à réparer comprend toujours le manque à gagner) (117), ni aux dommages corporels (pour lesquels les dépenses médicales et les profits perdus sont toujours à compenser, même si le dommage est le résultat d'une négligence légère (118), cette mauvaise compréhension apparente du droit romain par les professeurs de droit naturel est difficile à justifier, car ce qui était prévu comme une pénalisation de l'auteur de mauvaise intention, alors pénalise la victime d'un préjudice par négligence.

Dans le contexte des sanctions, il semble malheureux que dans le processus d'expansion du droit pénal et de la procédure pénale, on ait totalement éliminé les peines civiles à payer à la victime (119). Les peines ont souvent des fonctions légitimes dans le cadre du droit des délits privés. L'*ABGB* en reconnaissait quelques-unes, notamment la pénitence et la dissuasion (120). Néanmoins il est extrêmement réticent à accorder à la victime des sommes excédant la compensation de ses pertes. Comme nous démontre l'exemple du droit des délits américain, les peines civiles et les réparations punitives ou exemplaires peuvent être efficaces et éducatives (121). Elles permettent d'éviter les stigmates de la criminalisation de l'offense, de faciliter la charge de la preuve, et elles-peuvent dans certains cas procurer une indemnisation de préjudices dif-

(114) Cf. R. HOCHSTEIN, *Obligaciones quasi ex delicto* (1971) 151 "... daß mit der 'obligatio quasi ex delicto' ein Reservoir struktureller Erfassungsmöglichkeiten über Jahrhunderte verkannt und nicht ausgeschöpft worden ist".

(115) H. STOLL dans *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. XI, part 2, ch. 8-26.

(116) *ALR* I 6 § 10 et 12, I 5 § 185 et 288; *ABGB* § 1324.

(117) Art. 8 Nr. 2 der Vierten Verordnung zur Einführung handelsrechtlicher Vorschriften im Land Österreich, *Deutsches RGBl.* I, 1939, S. 1999.

(118) *ABGB* §§ 1325-1327.

(119) Voir les réflexions de ZEILLER dans J. OFNER, *Prot. II* (*supra* note 5) 196 sq. (concernant § 1330 *ABGB*) et 199 (concernant § 1331 *ABGB*).

(120) Cf. § 1324 *ABGB* (*supra* note 104).

(121) Cf. H. STOLL (*supra* note 115) 8-103 (*The idea of punishment in private law*) et 8-109 (*Purpose and functions of exemplary damages in English and American law*).

ficiles à évaluer, dans d'autres cas priver le malfaiteur d'un profit illégitimement atteint, et dans tous les cas les peines civiles peuvent encourager la victime à poursuivre l'affaire dans l'intérêt public et donc à contribuer à la mise en vigueur de celui-ci.

Enfin, au moins en rétrospective, les codificateurs autrichiens n'ont pas réussi à atteindre le niveau sophistiqué du droit romain non parce qu'ils refusaient les solutions spécifiques proposées par les juristes romains dans leur contexte temporel et géographique (ce qui, bien sûr, aurait été légitime), mais parce qu'ils ont manqué de profiter de l'occasion de dépasser le droit romain à l'aide de moyens romains, notamment les principes et valorisations développés par les juristes romains et appliqués d'une manière flexible par ces juristes (122) et par une science juridique médiévale (123) fondée sur le droit romain.

Herbert HAUSMANINGER

*Professeur à la Faculté de droit  
de l'Université de Vienne*

---

(122) Cf. F. WIEACKER, "Offene Wertungen bei den römischen Juristen", *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, rom. Abt.*, 94 (1977) 1 sqq.

(123) H. COING, *supra* note 110.