



Livre

2002

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

---

## La responsabilité aquilienne en droit commun : damnum culpa datum

---

Winiger, Bénédicte

### How to cite

WINIGER, Bénédicte. La responsabilité aquilienne en droit commun : damnum culpa datum. Bâle : Helbing & Lichtenhahn, 2002. (Collection genevoise. Droit et histoire)

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:5487>

*Règles*

*Un homme ne devrait pas aimer la lune.  
La hache ne devrait pas s'alléger dans sa main.  
Que son jardin embaume de pommes pourrissantes,  
Et laisse librement croître quelques orties.  
Un homme ne devrait pas se servir en parlant de  
mots qui lui sont chers,*

*Ni ouvrir une graine pour en découvrir l'intérieur.  
Ni jeter une miette de pain, ni cracher dans le feu  
(En Lituanie, du moins, ainsi m'a-t-on instruit).  
Lorsqu'il gravit des marches de marbre,  
L'homme, dans sa lourdeur, peut-être cherchera à  
les entailler de sa botte  
Pour marquer que les marches ne sont pas éternelles.*

Czesław MIŁOŚZ<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> In Czesław MIŁOŚZ, *Enfant d'Europe et autres poèmes*, Lausanne 1980, traduit par Monique Tschui et Jil Silberstein, revu par l'auteur.



## AVANT-PROPOS

Le présent ouvrage, mis à jour au 31 décembre 2001, constitue la deuxième partie d'une monographie sur la responsabilité aquilienne du droit romain au droit contemporain. Comme le volume précédent, il porte les traces de nombreuses discussions surtout avec mon prédécesseur et ami, le Professeur Bruno Schmidlin, qui a suivi toutes les phases de la recherche et qui n'a jamais hésité à s'engager dans les réflexions imposées par ce travail. Je voudrais lui exprimer ici toute ma gratitude.

Je tiens également à remercier le Professeur Klaus Luig pour les suggestions dont il a bien voulu me faire part.

Mes remerciements s'adressent aussi à Mesdames Marie-Luce Dumas et Eveline Salvisberg pour la relecture du manuscrit et sa mise en forme.

Je suis également reconnaissant aux organes compétents de notre Faculté et du Fond Paul Logoz qui ont soutenu la publication de ce livre.

Enfin, même avec ce deuxième volume, je n'ai pas réussi à passionner Anastazja pour la responsabilité aquilienne. La troisième partie, dont la mise en chantier est imminente, sera probablement ma dernière chance.

Genève, juillet 2002

BÉNÉDICT WINIGER



# TABLE DES MATIÈRES

AVANT-PROPOS .....	7
ABRÉVIATIONS .....	11
INTRODUCTION .....	15
<b>I. LE FOND MATÉRIEL DE LA RESPONSABILITÉ AQUILIENNE EN DROIT COMMUN .....</b>	<b>23</b>
<b>A. La responsabilité aquilienne et le texte initial de la <i>lex Aquilia</i> ..</b>	<b>23</b>
1. Le rapport entre la <i>lex Aquilia</i> et la jurisprudence aquilienne romaine .....	24
2. L'évolution juridique et sociale: l'esclavage .....	25
3. Conséquences pour la responsabilité aquilienne en droit commun .....	35
<b>B. La responsabilité aquilienne et le         <i>Damnum Iniuria Datum</i> .....</b>	<b>37</b>
<b>C. La responsabilité aquilienne et le <i>Damnum Datum</i> .....</b>	<b>48</b>
1. Le <i>Damnum Datum</i> et la clause générale de responsabilité .....	48
2. Le <i>Damnum Datum</i> et la causalité .....	65
<b>D. Le <i>Damnum Culpa Datum</i> et le droit naturel .....</b>	<b>76</b>
1. La transition de l' <i>iniuria</i> à la <i>culpa</i> .....	77
2. La notion de <i>culpa levissima</i> .....	95
3. L'ordre de la nature, <i>suum cuique tribuere, neminem laedere</i> et le devoir .....	100
<b>E. <i>Excursus</i>: La responsabilité aquilienne romaine et les         traditions juridiques régionales .....</b>	<b>123</b>
1. Le rapport entre le droit romain et la tradition juridique française .....	123
2. Le rapport entre le droit romain et la tradition juridique germanique .....	133

<b>F. Champ d'application de la <i>lex Aquilia</i> et calcul du dommage</b> .....	155
1. Sanction ou dédommagement? .....	155
2. <i>Lex Aquilia</i> et dommages contractuels .....	157
3. Calcul du dommage .....	161
4. Un cas particulier: l'homicide .....	174
<b>G. Qualités pour agir en justice</b> .....	177
1. Légitimation active .....	177
2. Légitimation passive .....	180
<b>II. STRUCTURE ET RAISONNEMENT DE LA RESPONSABILITÉ AQUILIENNE EN DROIT COMMUN</b> .....	193
<b>A. Modification de l'ordre matériel</b> .....	193
1. L'ordre matériel du Digeste et de la <i>lex Aquilia</i> .....	193
2. L'ordre matériel dans le <i>ius commune</i> .....	194
<b>B. Mode de raisonnement</b> .....	203
<b>Conclusions: <i>Opinio communis</i> en matière de responsabilité aquilienne</b> .....	215
(i) Transformation et conceptualisation de la <i>lex Aquilia</i> .....	215
(ii) Naissance de la clause générale .....	217
(iii) Extension du rapport de causalité: <i>damnum datum</i> .....	219
(iv) Imputation morale du dommage: <i>culpa</i> .....	220
(v) Le nouveau fondement éthico-juridique de la <i>lex Aquilia</i> : <i>neminem laedere</i> .....	222
(vi) L'évolution pratique et doctrinale de la <i>lex Aquilia</i> .....	224
<b>INDEX</b> .....	229

## ABRÉVIATIONS

- COING, Europäisches Privatrecht COING, Helmut, Europäisches Privatrecht 1500-1800, München 1985.
- CUJAS, Opera omnia I CUJAS, Jacobus, Domini nostri Iustiniani Perpetui Augusti Institutionum sive Elementorum per Tribonianum virum magnificum, & exquaestore sacri Palatij, & Theophilum, & Dorotheum viros illustres & antecessores, Libri IV. Emendatissimi, in Opera omnia I, Lutetia Parisiorum 1658, reprint Goldbach 1996, pp. 1-348.
- CUJAS, Opera omnia VI et VII CUJACUS, Jacobus, Commentarius, Opera postuma I-V, in: Opera omnia IV- IX, Lutetia Parisiorum 1658, reprint Goldbach 1996.
- DENISART, Collection Me DENISART, Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence, 8<sup>e</sup> édition, Paris 1783 - ?.
- DOMAT, Loix Civiles DOMAT Jean, Les Loix Civiles dans leur ordre naturel, Paris 1689-1694 (éd. Paris 1723).
- DONELLUS, Commentarius DONELLI, Hugonis, Commentarius De Iure Civili, in: Opera Omnia, Lucae MDCCLXII, reprint Goldbach 1997.
- FEENSTRA, Deliktsrecht FEENSTRA, Robert, Das Deliktsrecht bei Grotius, insbesondere der Schadenersatz bei Tötung und Körperverletzung, in : FEENSTRA, Robert et ZIMMERMANN, Reinhard, Das römisch-holländische Recht. Fortschritte des Zivilrechts im 17. und 18. Jahrhundert, Berlin 1992, 429-454.
- GROTIUS, De Iure Belli GROTIUS, Hugo, De iure Belli ac Pacis libri tres, editio nova Amsterdami 1646 (reprint Washington 1913).
- GROTIUS, Inleiding GROTIUS, Hugo, Inleiding tot de Hollandsche Rechts-geleertheit, 1631 (éd. The Jurisprudence of Holland. Text, translation and notes, Oxford 1953, reprint Aalen 1977).

HOTMAN, Antitribonian	HOTMAN, François, Antitribonian ou discours d'un grand et renommé Jurisconsulte de notre temps, sur l'estude des loix, fait par l'avis de feu Monsieur de l'Hospital Chancelier de France en l'an 1567, Paris 1603 (reprint Saint Etienne 1980, 6s.).
KANT, Rechtslehre	KANT, IMMANUEL, Metaphysik der Sitten, Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, Königsberg 1798 (éd. Wilhelm WEISCHEDEL, Wiesbaden 1956, reprint Frankfurt 1982).
KANT, Grundlegung	KANT, Kritik der praktischen Vernunft, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, Riga 1786 (éd. Wilhelm WEISCHEDEL, Wiesbaden 1956, reprint Frankfurt 1982).
KAUFMANN, Rezeption	KAUFMANN, Horst, Rezeption und Usus modernus des actio legis Aquiliae, Köln etc. 1958.
KIEFER, Aquilische Haftung	KIEFER, Thomas, Die aquilische Haftung im «Allgemeinen Landrecht für die Preussischen Staaten» von 1794, Pfaffenweiler 1989.
LOCKE, Second Treatise	LOCKE, JOHN, The Second Treatise of Government. An Essay concerning the True Original, Extent, and End of Civil Government, in: LASLETT, PETER, Locke. Two treatises of Government, Cambridge 1988, 265-428.
POTHIER, Pandectae	POTHIER, Robert Joseph, Pandectae Justinianae, in novum ordinem Digestae, Paris 1748.
POTHIER, Traité	POTHIER, Traité des Obligations, in: Œuvres de Pothier, annotées et mises en corrélation avec le code civil et la législation actuelle par M. Bugnet, Paris 1845-1848, vol. 2.
PUFENDORF, De Jure Naturae	PUFENDORF, SAMUEL, De Jure Naturae et Gentium libri octo, 1688, reprint Oxford 1934.
PUFENDORF, Elementorum Iurisprudentiae	PUFENDORF, SAMUEL, Elementorum Jurisprudentiae universalis libri duo, 1672, Reprint Oxford 1931.

PUFENDORF, De Officio	PUFENDORF, SAMUEL, De Officio Hominis et Civis Libri Duo, Cantabrigia, 1682, reprint Oxford 1927.
Roman Statutes	CRAWFORD, M.H. (édit.), Roman Statutes, University of London, 1996.
ROTONDI, Lex Aquilia	ROTONDI, Giovanni, Dalla «Lex Aquilia» all'art. 1151 Cod.Civ. Ricerche storico-dogmatiche, in : Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni, anno XIV- n° 12, parte I.
SERRES, Institutions	SERRES, Claude, Institutions du droit français suivant l'ordre de celles de Justinien, Paris 1777.
THOMASIIUS, Larva legis aquiliae	THOMASIIUS, Larva legis Aquiliae detractata actioni de danno dato, In Foris Germanorum, Halae Magdeburgicae 1703.
WINIGER, Responsabilité	WINIGER, Bénédict, La responsabilité aquilienne romaine. <i>Damnum Iniuria Datum</i> , Basel 1997.
WOLFF, Jus Naturae	WOLFF, CHRISTIAN, Jus Naturae methodo scientifica partractatum, Halae Magdeburgicae 1740-1748, in Gesammelte Werke II. Abt., Bd. 17-24, reprint Hildesheim 1968-1972.
WOLFF, PPU	WOLFF, Christian, Philisophia practica universalis. Methodo scientifica pertractata, Francfurti & Lipsiae, 1738-1739, in: Gesammelte Werke, II. Abt., Bd. 10 et 11, reprint Hildesheim 1971-1979.
WOLFF, Grundsätze	WOLFF, Christian, Grundsätze des Natur- und Völckerrechts, worinn alle Verbindlichkeiten und alle Rechte aus der Natur des Menschen in einem beständigen Zusammenhange hergeleitet werden, Halle 1754, in Gesammelte Werke I. Abt., Bd. 19, reprint Hildesheim 1980.
WOLFF, Deutsche Logik	Vernünfftige Gedancken von den Kräfte des menschlichen Verstandes und ihrem richtigen Gebrauche in Erkenntnis der Wahrheit, 1713, in Gesammelte Werke I. Abt., Bd. 1, 2, reprint Hildesheim 1978.

## ABRÉVIATIONS

WOLFF, Logica latina, Pars II	WOLFF, Christian, Philosophia rationalis sive Logica, methodo scientifica pertractata et ad Usus Scientiarum Atque Vitae aptata. Praemittitur discursus praeliminaris De Philosophia in genere, Frankfurt 1740, in: Gesammelte Werke II. Abt., Bd. 1, reprint Hildesheim 1983.
ZASIUS, Opera 1	ZASIUS, Udalricus (Ulrich Zäsy), Opera omnia, Commentaria seu Lecturas eiusdem in titulos primae Pandectarum partis, Lugundi 1550, vol. 1, lib. IX, tit. II ad L. Aquiliam.
ZIMMERMANN, Obligations	ZIMMERMANN, Reinhard, The law of obligations. Roman foundations of the civilian tradition, München, 1992 (First edition 1990).

### *Autres abréviations*

ALR	Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten, 1794
CCF	Code civil français, 1804
CCS	Code civil suisse, 1907
CO	Code des obligations, 1911
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch, 1811
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch, 1900

## INTRODUCTION

«Si quelqu'un a infligé un dommage à autrui, il sera condamné à payer la moins-value de la chose endommagée». Telle est, réduite à son essence, la règle révolutionnaire que la *lex Aquilia* avait introduite dans le droit occidental à la place du Talion. Depuis, le principe de réparation se trouve au centre de notre conception de la responsabilité civile. Si, en tant que principe général et abstrait, il fait l'objet d'un consensus, sa mise en application, en revanche, est largement controversée. Au postulat «il faut réparer le dommage» suit immédiatement la question centrale: «Quel dommage?» qui, depuis les juristes romains, occupe toute notre tradition juridique. Les réponses multiples montrent que le sens même de la question a évolué selon les époques. Si l'on visait initialement en droit romain le dommage *corpore corpori*, le dommage infligé par un corps à un corps, Christian Wolff, un des pères spirituels du droit moderne, n'hésitait pas à considérer comme un dommage toute diminution de la perfection de l'Univers<sup>1</sup>. On ne sera pas surpris de voir que, à la fin du 18<sup>e</sup> siècle, l'ampleur du débat théorique en droit commun influencera les rédacteurs des grands codes nationaux en leur proposant une extraordinaire diversité de concepts de responsabilité. L'exemple peut-être le plus frappant se trouve en droit français où Cambacérès, dans son projet de Code civil de l'an cinquième (1797), propose une responsabilité *objective* plus rigoureuse encore que celle de la *lex Aquilia*: *Celui qui cause un dommage est tenu à le réparer, quel que soit le fait qui y donne lieu*<sup>2</sup>. Sept ans plus tard, le Code civil français retient une responsabilité purement *subjective* basée sur la faute, sans même mentionner l'illicéité<sup>3</sup>. Si l'on ajoute à

---

<sup>1</sup> «La fin ultime des actes humains consiste dans l'aptitude à représenter la plus haute perfection de Dieu [...]», «*Finis ultimam actionum humanarum consistit in aptitudine repraesentandi perfectionem DEI sumam* [sic!] [...]», WOLFF, Christian, PPU II, § 29. Selon Wolff, l'instrument pour atteindre ce but était notamment le droit naturel.

<sup>2</sup> CAMBACÉRÈS, Projet de Code Civil, Paris, an cinquième, liv. III, tit. I, § 2, 745. Plus laconique encore est le Projet de Code civil de la République romaine de 1798, où il est stipulé: «celui qui a causé un dommage est tenu à le réparer», Projet de Code civil de la République romaine, liv. III, tit. I, n° 351, in: RANIERI, Filippo, Ius Commune, Sonderheft 5, Frankfurt 1976, 92.

<sup>3</sup> CCF 1382 «Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer».

cette volte-face copernicienne la codification prussienne, le Allgemeines Preussisches Landrecht de 1794, qui donne au dommage infligé illicitement non seulement un sens juridique, mais aussi psychologique, voire moral, en l'appelant une «vexation» et une «offense»<sup>4</sup>, on mesure le degré d'indétermination que le débat autour de la responsabilité civile avait atteint à la veille des grandes codifications.

La diversité de la discussion provient de la question initiale: «Quel dommage?» La première des nombreuses pistes explorées, et probablement la plus simple, concerne la définition du dommage. Déjà les juristes romains, se départant d'une conception exclusivement matérialiste et physique, discutaient l'alternative d'un dommage *non corpore non corpori*, infligé sans toucher à un corps. En droit commun, cette tendance a été renforcée et on finit par admettre que toute forme de dommage, physique ou même purement économique, pouvait faire l'objet de réparations. La deuxième piste, plutôt technique, concernait la notion de causalité. Les juristes devaient déterminer le degré de proximité causale entre l'acte et le dommage pour qu'un dommage fût imputable. Il fallait trancher si l'auteur devait répondre seulement du dommage direct ou aussi des dommages consécutifs, causés notamment par ricochet. La troisième piste, sans doute la plus difficile, également initiée par la jurisprudence romaine, explorait les circonstances dans lesquelles le dommage s'était produit. Partant d'un simple examen du comportement des personnes impliquées, elle mena, en droit commun, à une analyse détaillée non seulement des actes, mais surtout de la personne de l'auteur du dommage. Ce travail intense, qui mettait en valeur la notion de faute, ouvrit peu à peu le débat juridique aux considérations philosophiques. La faute cessait d'être une notion purement pragmatique où, dans une situation donnée, l'auteur aurait dû prendre telle disposition concrète pour éviter le dommage. Elle devenait, sous la plume des jusnaturalistes, une transgression d'un ordre complet de devoirs où l'on reprochait à l'auteur, outre les manquements proprement juridiques, toute violation de l'ordre naturel.

Le recours extensif à la philosophie morale – l'un des traits marquants de la période étudiée – est sans doute lié aux troubles de la Réformation et, plus tard, des Lumières qui mettaient les préoccupations religieuses, respec-

---

<sup>4</sup> ALR, 1. Theil, Sechster Titel, § 8 «Wer jemandem ohne Recht Schaden zufügt, der kränkt oder beleidigt denselben».

tivement philosophiques, sur un premier plan. L'aristotélisme renaissant et notamment le calvinisme exerçaient à la fois une fascination et généraient, parfois indirectement, des contraintes auxquelles il était souvent difficile d'échapper<sup>5</sup>. Définir la responsabilité juridique revenait inévitablement à assigner à l'homme une place au sein d'un ordre plus général dont le droit n'était que l'expression séculaire. Si l'emprise théologique et philosophique était évidemment transitoire et survécut avec peine aux grandes codifications des 19<sup>e</sup> et 20<sup>e</sup> siècles, elle laissa néanmoins des traces que nous retrouvons encore dans nos ordres juridiques. Dans l'évaluation de la responsabilité, nous continuons notamment à accorder une importance majeure à la faute que la jurisprudence et la doctrine ont toujours beaucoup de mal à juguler. Au lieu de rechercher si l'auteur doit réparer le dommage causé, nous continuons, souvent implicitement, à nous demander s'il doit racheter la faute commise. Aujourd'hui encore, la réparation risque ainsi de faire place à une forme voilée de punition où l'imputation de l'acte dépend essentiellement des traits spécifiques de l'auteur du dommage.

Pourtant, les controverses d'ordre moral et les débats autour de la rationalité n'offraient qu'un cadre général à l'intérieur duquel d'autres éléments, plus spécifiquement juridiques, jouaient un rôle décisif. Une évolution lente et complexe remontant au Moyen Âge mit, au tournant du 16<sup>e</sup> au 17<sup>e</sup> siècle, le droit subjectif au centre de l'ordre juridique. L'individu était conçu à la fois comme le bénéficiaire, mais aussi comme la cible principale du droit. En tant que bénéficiaire, il pouvait, en matière de responsabilité civile, faire valoir ses droits de lésé; en tant que cible, il répondait de ses actes dommageables. A mesure que la protection de la victime s'étendait, les moyens contre l'auteur du dommage se perfectionnaient. Mettre le droit subjectif au centre du droit revenait à renforcer la protection de la personne et, pour la responsabilité aquilienne, à nuancer et individualiser l'analyse du comportement de l'auteur du dommage. Techniquement, la faute, moyen par excellence de la responsabilité subjective, l'emportait sur l'illicéité.

---

<sup>5</sup> Un nombre important de grands juristes prirent position dans les grands débats théologiques et philosophiques de leur temps et, souvent, payèrent un prix lourd pour leurs opinions et convictions. A titre d'exemple, Hugo Donellus, alors professeur à Bourges, échappa de justesse en 1572 aux massacres de la nuit de St Barthélemy et finit sa vie en exil. Hugo Grotius fut condamné, en 1618, à la réclusion à perpétuité notamment pour ses positions théologiques. Christian Wolff, finalement, dut, sur ordre du Roi Frédéric Guillaume I, quitter en 1723 Halle, dans les trois jours et sous menace de la corde, parce qu'on le soupçonnait d'athéisme.

Un autre trait marquant du droit commun découle de la structure des sources. Les juristes, on le sait, se trouvaient, schématiquement, devant deux corps de normes civiles à peine comparables. D'une part le droit romain du *Corpus Iuris Civilis*, droit historique hautement différencié, et d'autre part le droit positif, écrit ou coutumier, souvent lacunaire et qui, à beaucoup d'égards, n'atteignait pas la finesse des sources romaines. Sous la pression de la pratique juridique qui leur demandait de résoudre des problèmes concrets, les juristes puisaient dans les deux fonds normatifs pour dégager les solutions les plus satisfaisantes sur les plans pratique et dogmatique. Le droit commun qui en résultait était le fruit d'un constant aller-retour entre les deux corps de normes. Matériellement, il se composait de droit positif de l'époque truffé d'éléments juridiques romanistes. Sur le plan doctrinal, il était marqué des traits distinctifs apportés par les différents auteurs de doctrine. Pour la responsabilité aquilienne, l'élément en commun était le *damnum iniuria/culpa datum* romain. Il donnait à la discussion une structure stable mais ouverte qui permettait aux juristes de laisser, dans le cadre donné, libre cours à leurs développements. Dans la discussion de la responsabilité aquilienne, le droit commun apparaît comme une pensée juridique en mouvement qui tourne constamment autour du même noyau conceptuel romain. C'est ainsi que le Allgemeines Preussisches Landrecht, Cambacérès et le Code civil français, héritiers directs du droit commun, ont pu proposer des solutions si différentes tout en gardant clairement l'empreinte du *damnum iniuria/culpa datum* romain.

Notons en passant que les structures normatives de droit commun et de droit romain n'étaient pas complètement dissemblables. Dans les deux ordres juridiques, les lois étaient souvent ponctuelles, destinées à régler seulement certains points précis. La *lex Aquilia* en est d'ailleurs un excellent exemple. La jurisprudence et la doctrine jouaient, par conséquent, un rôle prédominant, puisqu'elles étaient chargées de combler les lacunes et, dans une large mesure, de donner des réponses aux problèmes nouveaux portés devant les cours. Dans une mesure probablement moindre qu'en droit commun, les us et coutumes romaines complétaient le droit écrit. Dès lors, et à la différence de la méthode que le droit codifié nous octroie, le mode de travail du juriste de droit commun ressemblait à beaucoup d'égards à celui des jurisconsultes romains. Avec, dans la main gauche, la loi ou la coutume et, dans la droite, les jurisprudence et doctrine qui pouvaient remonter à plusieurs siècles, les juristes de droit commun et les jurisconsultes romains répondaient aux défis de la

pratique et aux causes imaginaires qui attiraient leur intérêt. Certes, pour le juriste de droit commun les sources romaines n'étaient plus du droit positif. Mais, il les utilisait comme une forme de doctrine casuistique, comme «des especes de livres classiques du barreau», dit Denisart<sup>6</sup>.

Le but que nous nous sommes fixé et la structure particulière des sources ont déterminé l'organisation du présent travail. Il ne s'agira pas de reproduire dans son ensemble le débat sur la responsabilité aquilienne, mais d'en dégager les lignes principales de l'évolution conceptuelle qui permettront de comprendre les formes de responsabilité ultérieures, notamment celles retenues dans les grandes codifications nationales.

Le choix des thèmes traités ici résulte du schéma de base romain auquel les auteurs de droit commun s'attachaient et qui ordonne encore notre responsabilité. La thèse que nous avons démontrée pour la période romaine<sup>7</sup> se confirme pour le droit commun: le *damnum iniuria/culpa datum* exprime (i) la structure fondamentale, (ii) la méthode juridique et (iii) la finalité de la responsabilité aquilienne. En ce qui concerne la structure fondamentale (i), il énumère les quatre éléments fondamentaux et cumulatifs, le dommage, l'illicéité, la faute et un rapport de causalité entre l'acte et le dommage, sans lesquels il n'y a pas de responsabilité. Pour ce qui est de la méthode (ii), il divise la démarche du juge en deux grandes parties: le *damnum datum* regroupe les considérations En Fait, l'*iniuria/culpa* résume les raisonnements En Droit. Quant à la finalité (iii), le juge doit se prononcer sur la réparation du dommage causé. Répétons cependant que les accents se sont, du moins partiellement, déplacés. En droit commun, la faute est souvent prépondérante, alors que, en droit romain, elle restait clairement sous le contrôle de l'illicéité. La mise en valeur de la faute entraînera une restructuration théorique qui se retrouve encore dans nos concepts de responsabilité civile.

Notre analyse suit l'ordre dicté par le *damnum iniuria/culpa datum* et aborde, dans la première partie, successivement les notions de dommage, d'acte dommageable et de causalité, suivies de l'illicéité et de la faute, pour terminer par le calcul du dommage et quelques considérations procédurales. La deuxième partie du livre, beaucoup plus brève, montre la transformation

<sup>6</sup> DENISART, Collection, vol. 1, Paris 1783, p. 41.

<sup>7</sup> WINIGER, Bénédict, La responsabilité aquilienne romaine. *Damnum iniuria datum*, Bâle, etc. 1997.

de la structure normative opérée surtout au 18<sup>e</sup> siècle et la modification du raisonnement juridique qui préparait, sur le plan technique, le terrain aux grandes codifications nationales.

Notre projet de dégager les lignes principales de l'évolution conceptuelle, sans dérouler dans toute son ampleur le débat sur la responsabilité aquilienne, a également dicté un choix restrictif d'auteurs et de textes. Nous mettrons clairement l'accent sur l'analyse des grands juristes, car ce sont surtout leurs travaux doctrinaux qui tracèrent les lignes de force déterminantes pour notre droit. Le droit positif, qu'il s'agisse des coutumes ou d'autres règlements régionaux ou locaux, sera analysé de manière seulement ponctuelle et la jurisprudence n'est évoquée qu'en marge. Parmi les juristes, nous avons retenu de manière systématique les sept les plus importants sur le plan de la *Wirkungsgeschichte* qui sont, à notre sens, Cujas, Donellus, Grotius, Pufendorf, Domat, Wolff et Pothier. Parfois, d'autres auteurs comme Hotman, Dumoulin, Voët, Thomasius ou Heinneccius ont été retenus si leur contribution par rapport à un problème précis le justifiait. Il s'agit ici d'un choix méthodique délibéré. Au terme de l'analyse détaillée d'un nombre important d'écrits<sup>8</sup>, nous sommes arrivé à la conclusion qu'un traitement extensif de ces auteurs ne s'imposait pas, car bon nombre d'entre eux se contentaient de reprendre les arguments et discussions de leurs prédécesseurs sans faire un apport original ou essentiel. Certes, la citation des uns et des autres aurait peut-être permis de compléter le tableau esquissé ici – mais sans doute au risque de voir s'effacer les traits marquants. Le propos de notre analyse n'étant pas de dresser un inventaire exhaustif, mais de dégager les axes principaux de la responsabilité en droit commun et de les suivre jusqu'à la veille des codifications, il nous a semblé préférable de concentrer cette étude sur les auteurs majeurs dont les apports respectifs ont exercé une réelle influence.

Enfin, nous avons aussi taillé dans la chronologie. Le premier volume de cette monographie, qui est consacrée à la responsabilité aquilienne des origines au droit moderne, traite de l'époque romaine<sup>9</sup>. Le présent volume est concentré sur la période du droit commun et le troisième portera sur l'évolution des codifications nationales à nos jours. La période médiévale n'a pas

---

<sup>8</sup> La rédaction du présent travail a été précédée de l'analyse d'une centaine d'ouvrages écrits par une soixantaine d'auteurs différents du 16<sup>e</sup> au 18<sup>e</sup> siècle.

<sup>9</sup> Voir *supra* note 7.

été abordée, parce que les grandes impulsions, qui ont transformé la responsabilité aquilienne et jeté les bases du droit moderne, prirent un rythme régulier surtout à partir du 16<sup>e</sup> siècle. Rien n'empêche que le Moyen Age tardif, qui prépare incontestablement les évolutions ultérieures, soit étudié à une autre occasion.

Rétrospectivement et par rapport à la responsabilité civile, la période du droit commun peut apparaître comme une période de transition. De nombreux juristes de droit commun, les humanistes en premier, jetaient un regard toujours plus irrité sur le droit romain. Après plus de trois siècles d'appropriation des sources romaines redécouvertes à l'aube du nouveau millénaire, la critique portait à la fois sur la forme et le fond. Trop désordonné pour l'enseignement et la pratique quotidienne, trop vaste à cerner mais trop précieux pour être rejeté, le *Corpus iuris civilis* devait être réorganisé et restructuré. S'y ajoutaient les problèmes du droit en vigueur. Lacunaire et sans véritable structure, il ne permettait à lui seul de répondre qu'à une partie des problèmes soumis aux juges et, plus spécifiquement, ne réglait souvent pas du tout la responsabilité aquilienne. Matériellement, le droit romain pouvait apporter des réponses, mais sa complexité et aussi sa langue en faisaient une aide souvent aléatoire. S'il était hors de doute que ce droit devait être réorganisé, il s'agissait de répondre en même temps à des exigences dont les juristes étaient moins les concepteurs que les porte-parole. La philosophie surtout, nous l'avons dit, mettait la personne individuelle au centre de ses réflexions – *cogito ergo sum*. Aux juristes, ensuite, de concevoir comment assurer juridiquement la position dominante de l'individu. Les instruments par excellence étaient, comme les codificateurs français le diront expressément, le droit subjectif et la propriété. La responsabilité aquilienne, outil traditionnel de protection des biens, sera renforcée et deviendra, sous forme de droit subjectif, l'arme principale pour défendre à la fois la personne et les biens qui lui appartiennent.

Cette évolution, dont le couronnement se verra dans les grands codes nationaux, fait de la période du 16<sup>e</sup> au 18<sup>e</sup> siècle une époque charnière entre un ordre juridique ancien, largement tourné vers l'étude du droit romain, et l'ordre juridique alors émergent, qui est encore le nôtre, auquel le droit commun léguera les grandes lignes de la responsabilité aquilienne romaine qu'il avait transformées en principes généraux et abstraits.



# I. LE FOND MATÉRIEL DE LA RESPONSABILITÉ AQUILIENNE EN DROIT COMMUN

## A. La responsabilité aquilienne et le texte initial de la *lex Aquilia*

Selon Gaius et Ulpien, la *lex Aquilia*, qui date probablement du troisième siècle avant notre ère, était initialement composée de trois chapitres. Si le chapitre II est tombé en désuétude<sup>1</sup>, les chapitres I<sup>2</sup> et III<sup>3</sup>, consacrés respectivement à des dommages par *occidere* (tuer) et par *urere, frangere, rumpere*, (brûler, briser, rompre), ont imprégné toute la responsabilité aquilienne romaine et ont formé le point de départ d'une vaste jurisprudence.

L'ensemble de ce corps de sources exceptionnel, consigné par les codificateurs de Justinien principalement dans le titre 9,2 du Digeste, a exercé une influence décisive à partir de la redécouverte du Digeste à la fin du 11<sup>e</sup> siècle. Les juristes de droit civil commun, qui connaissaient parfaitement ces sources,

---

<sup>1</sup> Gai. 3,215; Ulp. D. 9,2,27,4.

Il faut signaler la parution prochaine d'une thèse d'habilitation qui traite également la question de la responsabilité aquilienne du droit romain au droit contemporain: JANSEN, Nils, *Die Struktur des Haftungsrechts. Eine historische, theoretische und dogmatische Grundlegung*, à paraître en automne/hiver 2002. Malheureusement, il ne nous était plus possible de tenir compte de cet ouvrage d'importance; ses thèses seront toutefois abordées dans le troisième volume de la présente monographie.

<sup>2</sup> Gai. D. 9,2,2pr

«*Le premier chapitre de la loi Aquilia dispose: Celui qui aura tué de manière illicite un esclave ou une esclave d'autrui ou un quadrupède de troupeau, doit être condamné à payer au propriétaire la somme la plus élevée qu'avait value la chose pendant cette année.*»

*Lege Aquilia capite primo cavetur: «ut qui servum servamve alienum alienamve quadrupedem vel pecudem iniuria occiderit, quanti id in eo anno plurimi fuit, tantum aes dare domino damnas esto.»*

<sup>3</sup> Ulp. D. 9,2,27,5

«*La même loi Aquilia dit au troisième chapitre: Mis à part un homme ou animal de troupeau tués, si quelqu'un a causé à un autre un dommage à d'autres choses, en brûlant, brisant, rompant de manière illicite, il doit être condamné à payer au propriétaire la somme la plus élevée que vaudra la chose pendant les trente jours les plus proches.*»

*Tertio autem capite ait eadem lex Aquilia: «Ceterarum rerum praeter hominem et pecudem occisos si quis alteri damnum faxit, quod usserit fregerit ruperit iniuria, quanti ea res erit in diebus triginta proximis, tantum aes domino dare damnas esto.»*

les interprétèrent abondamment et en firent le point de départ de leurs propres réflexions sur la responsabilité.

Par rapport au texte initial de la *lex Aquilia*, leurs réflexions étaient déterminées notamment par deux facteurs, dont le premier tient aux structures mêmes de la source romaine, alors que le second est en rapport avec une évolution juridique et sociale qui a ses origines lointaines dans l'Antiquité.

### 1. Le rapport entre la *lex Aquilia* et la jurisprudence aquilienne romaine

Les chapitres I et III de la *lex Aquilia* définissent des états de faits précis. Ils énumèrent des actes – tuer, brûler, briser, rompre – et leurs résultats précis – un bien tué, brûlé, brisé, rompu. Le chapitre I indique même deux groupes d'objets clairement délimités: les esclaves et quadrupèdes de troupeau.

Le caractère limitatif des deux chapitres réservait l'application de la *lex Aquilia* à un nombre restreint de dommages. Pour remédier à l'inconvénient d'une loi trop étroite, déjà les juristes romains recouraient à divers moyens. Ils procédaient soit à une interprétation extensive du texte de la loi, soit à l'élargissement des instruments procéduraux. Ils complétaient l'action aquilienne spécifique, l'*actio legis Aquiliae*, par des actions plus souples appelées tantôt *actiones in factum* tantôt *actiones utiles*. La richesse et l'abondance de la jurisprudence qui en résultait confinaient l'application du texte de la *lex Aquilia* à un petit nombre de cas de figures. Les autres cas, qui dépassaient le cadre strict de la loi, étaient réglés par une casuistique qui, peu à peu, s'appuyait davantage sur ses propres précédents que sur les chapitres I et III. Si ces derniers n'ont pas été relégués à l'arrière-plan, ils ont été dominés par une jurisprudence de plus en plus indépendante.

La lecture que les juristes du deuxième millénaire faisaient des *Digesta* 9,2 *ad legem Aquiliam* était imprégnée de cette structure. Si le texte même de la *lex Aquilia* jouait évidemment un rôle important, l'analyse se concentrait essentiellement sur la discussion jurisprudentielle.

Ainsi, dans son *Commentarius De Iure Civili*, Hugo Donellus discute, dans le titre *Ad Tit. D. Ad Legem Aquiliam*<sup>4</sup>, de manière détaillée les problèmes de la *lex Aquilia* en restant très proche des sources romaines. Mais il ne

<sup>4</sup> DONELLUS, Opera X, *D. Ad legem Aquiliam*, ch. 1-4, pp. 1-16.

reproduit même pas le texte des chapitres I et III<sup>5</sup>. Il se contente d'en donner les références dans le Digeste<sup>6</sup>, pour en traiter les éléments saillants à la lumière de la jurisprudence romaine. De même, Hugo Grotius, dont le rapport aux sources romaines est déjà beaucoup plus ténu, ne reproduit pas non plus, dans son *De Iure Belli Ac Pacis*<sup>7</sup>, le texte des deux chapitres de la *lex Aquilia*, alors que, conceptuellement, il reste tributaire de la tradition romaine. *A fortiori*, à partir de la deuxième moitié du 17<sup>e</sup> siècle d'importants auteurs, comme Jean Domat dans *Les Loix Civiles* ou Samuel Pufendorf dans le *Jus Naturae et Gentium*, ne s'attachèrent plus à la lettre de la *lex Aquilia*<sup>8</sup>. Si le titre D. 9,2 servait de point de départ pour leurs réflexions, ils en reprirent surtout les concepts et la casuistique, au détriment du texte même de la *lex Aquilia*.

## 2. L'évolution juridique et sociale: l'esclavage

Par rapport à la *lex Aquilia*, les juristes de droit commun étaient confrontés à un problème spécifique: le chapitre I de cette loi stipule une norme qui s'applique exclusivement aux esclaves et quadrupèdes tués. Que faire d'une norme qui évoque nommément l'esclavage, cette maladie honteuse dénoncée depuis l'Antiquité?

Il ne s'agira pas ici de retracer l'évolution complexe de l'esclavage en Europe<sup>9</sup>, mais de saisir l'attitude des principaux juristes par rapport à cette

<sup>5</sup> En revanche, CUJAS, Notae in librum IV. Instit. Iustiniani, De lege Aquilia, caput III, Opera 1, 237ss.

<sup>6</sup> «Le premier chapitre de la loi se trouve dans L. 2. D. (Gai. D. 9,2,2pr, B.W) [...] le chap. trois, L. si l'esclave, 27. § tertio, D. (Ulp. D. 9,2,27,5, B.W)». «Caput primum legis extat L. 2. D. eod. Caput tertium, L. si servus, 27. § tertio, D. eod», DONELLUS, Opera X, D. Ad legem Aquiliam, ch. 1, 1, p. 1.

<sup>7</sup> Cf. GROTIUS, De Iure Belli, 2,17.

<sup>8</sup> A l'exception notable, nous le verrons, de Pothier qui traite de manière extensive des textes des chapitres I et III de la *lex Aquilia*.

<sup>9</sup> Pour une analyse détaillée qui montre aussi les importantes différences dans l'évolution selon les parties et régions d'Europe, voir VERLINDEN, Charles, L'esclavage dans l'Europe médiévale, Gent 1955-1977; pour une bibliographie extensive, voir aussi NEHLSSEN, Hermann, Sklavenrecht zwischen Antike und Mittelalter, Göttingen 1972. Rappelons aussi que les grands mouvements d'abolition, en Europe et en Amérique, qui visent surtout l'esclavage lié au nouveau monde, se formeront seulement à partir du dernier tiers du 18<sup>e</sup> siècle.

Voir notamment les chronologies succinctes dans SALA-MOLINS, LOUIS, Le Code noir, Paris 1987 et DORIGNY, Marcel (éd.), Les abolitions de l'esclavage. De L. F. Sonthonax à V. Schoelcher, Paris 1995.

institution. Les ordres juridiques en place et le droit coutumier avaient déjà modifié et, pour certaines régions, abandonné progressivement l'esclavage. Rappelons que déjà les premiers Coutumiers témoignent clairement d'une transformation de l'esclavage dans certaines parties de l'Europe du Nord et de l'Ouest. Ainsi, le Miroir de Saxe distingue non pas entre libres et esclaves, mais entre libres et serfs<sup>10</sup> et Beaumanoir fait la différence, dans les Coutumes de Beauvaisis, entre deux types de servage. Si le premier, proche de l'esclavage romain, livre le serf entièrement à son maître<sup>11</sup>: «... *que lor sires pot penre quanqu'il ont, à mort et à vie, et lor cors tenir en prison toutes les fois qu'il lor plest, soit à tort, soit à droit...*»<sup>12</sup>, le second lui laisse déjà une liberté considérable, le contraignant essentiellement à s'acquitter de ses redevances envers le maître<sup>13</sup>. Trois siècles et demi plus tard, Grotius nous apprend que la jurisprudence hollandaise de son époque ne connaissait même plus le servage<sup>14</sup>. Dans l'*Inleiding tot de Hollandsche Rechts-geleertheyd*, manuel consacré au droit hollandais de son temps, Grotius raisonne selon des catégories modernes. Les êtres humains sont considérés comme des personnes au sens juridique du terme, distinguées selon des critères essentiels (elles sont nées ou non<sup>15</sup>, hommes ou femmes<sup>16</sup>) et accidentels (selon leurs rapports juridiques et qualités spécifiques<sup>17</sup>). Cette jurisprudence féodale n'avait pas seulement abandonné l'esclavage, mais était même déjà sur le point d'abandonner la distinction juridique entre nobles et roturiers<sup>18</sup>.

<sup>10</sup> «Eigen» selon Sachsenspiegel, 1,51,2; 3,73.

<sup>11</sup> Selon BEUGNOT, le statut de ce type d'esclave ne diffère de l'esclavage romain que sur un seul point. Étonnamment, il pense que le maître n'avait pas sur l'esclave le droit de vie et de mort, LE COMPTE BEUGNOT, Les Coutumes de Beauvoisis. Par PHILIPPE DE BEAUMANOIR, Paris 1842, LXXI.

<sup>12</sup> «... *que leur seigneur peut les prendre et à mort et à vie quand il lui plaît, et tenir en prison leur corps toutes les fois qu'il lui plaît soit à tort, soit à droit ...*», PHILIPPE DE BEAUMANOIR, Les Coutumes de Beauvoisis, éd. Beugnot 45, 31; pour le texte en ancien français voir l'édition de SALMON, Am. (Paris 1970), vol. II, 1452.

<sup>13</sup> PHILIPPE DE BEAUMANOIR, Coutumes de Beauvoisis, 45, 30 et 31.

<sup>14</sup> Voir notamment VAN DER MERWE, C. G., Erscheinungsformen verschuldensunabhängiger Haftung, in : FEENSTRA, Robert et ZIMMERMANN, Reinhard, Das römisch-holländische Recht. Fortschritte des Zivilrechts im 17. und 18. Jahrhundert, Berlin 1992, 455-484, 467, qui fait en même temps le lien avec la disparition de l'action noxale.

<sup>15</sup> GROTIUS, Inleiding, 1, 3, 3.

<sup>16</sup> GROTIUS, Inleiding, 1, 3, 6.

<sup>17</sup> GROTIUS, Inleiding, 1, 3, 7s.

<sup>18</sup> Grotius rappelle que, autrefois, la différence entre les statuts de noble et roturier était importante, mais qu'elle avait été ramenée à quelques droits particuliers: «*Il reste seulement la distinction concernant la chasse de lièvres et lapins, droit qui appartient*

L'abandon par petits pas de l'esclavage marque clairement la doctrine juridique. Continuellement rappelé par les sources romaines, mais aussi, plus tard, par la traite massive surtout entre les continents africain et américain, l'esclavage ne disparaissait cependant pas des esprits des juristes. Dans leurs réflexions sur la responsabilité aquilienne, ceux-ci étaient acculés à s'expliquer et à prendre position par rapport à cette institution. C'est cette discussion qui nous montre l'écart qui s'est creusé entre la source romaine et le droit commun.

En fait, l'esclavage était controversé depuis longtemps. Souvent considéré comme une institution contre nature<sup>19</sup>, il posait déjà dans l'Antiquité grecque et romaine des problèmes de justification surtout philosophique. Plus tard, peut-être sous l'influence croissante du christianisme<sup>20</sup>, les doutes s'amplifièrent progressivement par rapport à une institution qui privait l'homme de ses droits les plus fondamentaux.

Les juristes de droit commun s'inscrivaient dans ce mouvement. Hugo Donellus, dont l'œuvre trahit clairement une tension par rapport à la question de l'esclavage, admet en principe que l'homme ne peut pas être privé de sa liberté, mais prévoit un certain nombre d'exceptions: «*Car le droit à la liberté est naturel. On ne peut s'éloigner de celui-ci sans juste cause*»<sup>21</sup>. Comme juste cause pour réduire quelqu'un en esclavage, il reconnaît notamment la captivité en cas de guerre ou le fait d'avoir commis un délit<sup>22</sup>.

---

*exclusivement aux nobles et les officiels les plus importants du pays: et les barons ont en plus le droit d'attraper un daim par année.*

«*Blijft alleen 't onderscheid van de jacht van hazen ende conijnen, welck recht den edelen, nevens de treffelickste amptluiden van 't land, byzonderlick toe-komt: ende den vrijheeren daer en boven t'recht om een hart 's jaers te mogen vangen*», GROTIUS, Inleiding, 1, 14, 7. Pour l'Empire romain-germanique, voir ZASIUS, Opera 1, 208, et STRYK, Samuel, Specimen Usus Moderni Pandectarum, ad Libros V. Priores, Francofurti & Witenbergae, 1690, Lib. I, tit. V, de statu hominum, pp. 78ss. Ce dernier constate qu'il n'y avait pas d'esclaves en Germanie, mais un troisième genre, les serfs (Leibeigene).

<sup>19</sup> Florent. D. 1,5,4pr; voir aussi HUWILER, Bruno, Homo et res: Skizzen zur hellenistischen Theorie der Sklaverei und deren Einfluss auf das römische Recht, in: ANKUM, J. A., Mélanges Felix Wubbe, Fribourg 1993, 207-272, qui montre notamment les difficultés conceptuelles que la description «*homo et res*» suscitent; voir aussi ses références bibliographiques.

<sup>20</sup> Par exemple St AUGUSTIN, Cité des Dieux, liv. 19, chap. 15.

<sup>21</sup> «*ius enim libertatis naturale est. Ab hoc recedi sine iusta causa non potest*». DONELLUS, Opera I, 1, 12, § 8, p. 81.

<sup>22</sup> DONELLUS, Opera I, 1, 12, § 8, p. 82.

En revanche, sur le plan moral ou théologique, la liberté est selon Donellus un des attributs que l'homme a reçus directement de Dieu: «*On considère qu'une personne est lésée, si des choses ont été diminuées, dont Dieu voulait qu'elles soient propres à toute personne. Pour les vivants, elles sont au nombre de trois, le corps et sa conservation, la liberté et l'honneur*»<sup>23</sup>. Priver un individu de sa liberté n'est pas seulement une infraction contre la volonté divine. Comme privation d'un droit, c'est aussi une violation du principe général *suum cuique tribuere*. Or, en aucun cas ce dernier ne peut être violé: «*Attribuer à chacun le sien: à aucun mortel il ne faut enlever son droit*»<sup>24</sup>. Sans parler de véritables contradictions, il faut admettre que les principes moraux et théologiques de Donellus, selon lesquels la nature humaine serait intouchable, car façonnée par Dieu, sont en conflit avec l'affirmation que, sous certaines conditions, l'homme peut être réduit en esclavage.

Aussi Grotius considérait-il que l'être humain est libre par nature: «*Car, on dit que la liberté s'accorde avec la nature des hommes ou des peuples*»<sup>25</sup>, dans le sens «*que l'on n'est pas esclave par nature, mais non pas, qu'on ait le droit de ne pas servir quelqu'un: car, dans ce [dernier, B.W.], sens personne n'est libre*»<sup>26</sup>. Si l'homme n'est pas esclave par nature, cela ne signifie pas, selon Grotius, qu'il ne puisse pas être réduit à une condition servile.

Dans la discussion plus spécifique de la responsabilité aquilienne, Grotius mentionne à peine l'esclavage. Le fait de ne pas citer ni relater les chapitres I et III de la *lex Aquilia* le dispensait d'en aborder les textes. Il pouvait même, nous le verrons, réorganiser librement la responsabilité aquilienne, sans être contraint par une relation trop étroite avec la *lex Aquilia*. La question de l'esclavage apparaît alors uniquement en tant que rappel historique, dans la discussion du mode de calcul du dommage: «*Il n'y avait pas d'estimation de la vie d'un homme libre. Il en allait autrement de l'esclave qui pouvait être*

<sup>23</sup> «*Laedi persona intelligitur, cum quid minuitur earum rerum, quas Deus in persona ipsa proprias cuiusque esse voluit. Haec in vivente tria sunt, corpus eiusque incolumitas, libertas, existimatio.*», DONELLUS, Opera IV, 15, 25, § 2, p. 207.

<sup>24</sup> «*ius suum cuique tribuere: nulli mortalium ius suum detrahi oportere*», DONELLUS, Opera I, 3, § 3, p. 16.

<sup>25</sup> «*Nam libertas cum natura competere hominibus aut populis dicitur [...] ut natura quis servus non sit, non ut ius habeat ne unquam serviat: nam hoc sensu nemo liber est*» GROTIUS, De Iure Belli, 2, 22, § 11; cf. aussi 3, 7, § 1, où il réaffirme: «*contra naturam esse hanc servitutem*».

<sup>26</sup> *Ibidem*.

*vendu*»<sup>27</sup>. La brève mention qu'il fait de l'esclavage témoigne bien sûr de l'influence que les sources romaines continuaient à exercer, mais montre aussi le degré d'indépendance acquise à leur égard. Un problème central de la *lex Aquilia* romaine devient ici un point accessoire.

Le principe que tout homme est juridiquement une personne et non pas une chose avait une première conséquence. Celui qui est maître de la parole<sup>28</sup> répond du dommage qu'il a infligé sans droit: «*Sont astreints à compensation tous ceux qui ont causé sans droit un dommage à autrui*»<sup>29</sup>. Inversement, il peut faire valoir lui-même la réparation du dommage subi, indépendamment de sa condition sociale: «*Les servants et servantes peuvent eux-mêmes exiger réparation*»<sup>30</sup>. Exprimé en catégories romaines, tous répondent au statut d'homme libre, avec les droits et obligations que ce statut entraîne.

Samuel Pufendorf développa une théorie nuancée du statut de l'homme. Dans son *Elementorum jurisprudentiae universalis*, il distingue entre deux types d'empêchements à la liberté: l'un est physique, notamment par des chaînes, la prison ou des gardiens, et l'autre moral, par une obligation, la loi, le souverain ou le pouvoir. Dieu seul est libre de toutes les contraintes qui, à différents degrés, frappent les hommes: «*De la liberté limitée il y a différents espèces et grades*»<sup>31</sup>. Les entraves les plus légères affectent ceux qui servent la *civitas*, alors que les plus lourdes frappent les esclaves<sup>32</sup>. Sans prendre position par rapport à l'institution elle-même, Pufendorf affirme qu'il n'y a pas d'esclave par naissance, mais que l'homme peut être naturellement esclave de ses défauts. C'est le cas notamment du faible d'esprit, privé de liberté non seulement par la nature elle-même, mais aussi par le droit civil<sup>33</sup>.

<sup>27</sup> «*Vitae autem in libero homine aestimatio non fit. secus in servo qui vendi potuit*», GROTIUS, *De Iure Belli*, 2, 17, § 13.

<sup>28</sup> A l'exception, toutefois, des enfants, GROTIUS, *Inleiding*, 3, 32, 19.

<sup>29</sup> «*Tot weder-evening dan zijn gehouden alle die iemand door misdad hebben verkort*», GROTIUS, *Inleiding*, 3, 32, 12.

<sup>30</sup> «*Dienstknechts ende dienstmaegden mogen selver verbetering eischen*», GROTIUS, *Inleiding*, 3, 34, 3.

<sup>31</sup> «*Libertatis limitatae complures dantur species ac gradus*», PUFENDORF, *Elementorum jurisprudentiae*, 1, 3, § 7.

<sup>32</sup> PUFENDORF, *Elementorum jurisprudentiae*, 1, 3, § 7.

<sup>33</sup> PUFENDORF, *Elementorum iurisprudentiae*, 1, 3, § 7. Déjà l'Antiquité connaissait la notion d'esclavage comme dépendance ou limitation intellectuelle de l'individu; cf. notamment HUWILER, Bruno, *Homo et res: Skizzen zur hellenistischen Theorie der*

Dans le *De Jure Naturae*, au chapitre «*Que l'on prenne tous les hommes pour naturellement égaux*»<sup>34</sup>, Pufendorf prône non seulement une égalité naturelle entre tous les hommes, mais en déduit, pour toute Cité bien policée, que «*chaque citoyen jouit également de la liberté*»<sup>35</sup>. Conjointement, égalité et liberté fournissent les éléments nécessaires pour réfuter l'esclavage: «*Car les hommes jouissent également d'une liberté naturelle; pour diminuer celle-ci, leur propre consensus exprès, tacite ou interprétatif est nécessaire, ou un acte qu'ils ont eux-même commis par lequel le droit de la leur arracher a été attribué à d'autres*»<sup>36</sup>.

Par conséquent, les attributs essentiels de tout homme, dont notamment l'intégrité physique et la liberté, découlent directement de la nature et sont protégés par la loi: «*Par ce précepte [neminem laedere, B. W.] sont protégées et imposées comme sacrosaintes non seulement les choses qui nous sont concédées directement par la nature, tels la vie, le corps, les membres, la pudeur, le simple honneur et la liberté: ...*»<sup>37</sup>. Dès lors, tout homme jouit de la protection de ses attributs essentiels dont, en principe, le droit positif ne saurait le dépouiller sans juste cause.

En revanche, dans le *De Officio Hominis et Civis* Pufendorf admet plus ouvertement l'esclavage. Le chapitre *De Officiis Dominorum & servorum* n'en fait pas une institution surannée, mais contemporaine, et définit les devoirs de l'esclave envers son maître. A l'instar du droit romain, c'est surtout l'homme réduit en esclavage au cours d'une guerre qui est classé parmi les choses, sujet au commerce comme toute autre marchandise: «*Aussi parmi les esclaves qui ont été réduits à cette condition par la violence de la guerre, on admet qu'on les achète pour une somme d'argent, qu'ils peuvent être trans-*

---

Sklaverei und deren Einfluss auf das römische Recht, in: ANKUM, J. A., *Mélanges Felix Wubbe*, Fribourg 1993, 234ss, 250ss.

<sup>34</sup> «*Ut Omnes Homines Pro Aequalibus Naturaliter Habeantur*», PUFENDORF, *De Jure Naturae*, 3,2.

<sup>35</sup> «*libertas autem omnibus in aequo posita est*», PUFENDORF, *De Jure Naturae*, 3, 2, § 2.

<sup>36</sup> «*Nam homines naturali libertate ex aequo gaudent; cujus diminutionem ut patiantur, necessum est, ipsorum consensus expressus, vel tacitus aut interpretativus accedat, aut aliquod ipsorum factum, quo aliis jus fuit quaesitum eandem vel invitis eripiendi*», PUFENDORF, *De Jure Naturae*, 3, 2, § 8.

<sup>37</sup> «*Muniuntur autem hocce praecepto, & velut sacrosancta esse jubentur non illa tantum, quae immediate nobis ipsa natura concessit, uti est vita, corpus, membra, pudicitia, existimatio simplex, libertas: sed etiam ejusdem praecepti vis sese per omnia instituta ac conventiones, quibus aliquid homini acquiritur, diffundere intelligitur; tanquam sine quo illa plane inutilia forent*», PUFENDORF, *De Jure Naturae*, 3, 1, § 1.

*mis, pas autrement que nos autres choses, et que, à l'instar de ces derniers, ils peuvent devenir des marchandises*»<sup>38</sup>. De même, on peut admettre, selon Pufendorf, de manière générale que la progéniture d'une esclave appartiendrait au maître, comme tout fruit de la chose revient naturellement au propriétaire<sup>39</sup>.

Dans *Les Loix Civiles*, Jean Domat traite séparément de l'état des personnes selon la nature et selon les lois civiles. Naturellement, les hommes se distinguent par le sexe, la naissance, qui subordonne les enfants à la puissance parentale, et par l'âge<sup>40</sup>. A la différence de la loi naturelle qui est une, les différentes lois civiles, établies arbitrairement, proposent des systèmes divers. Si le droit romain retient, comme critères pour définir le statut personnel de l'homme, la liberté (libre/esclave), la citoyenneté (citoyens romains/étrangers) et la famille (père/fils de famille), le droit français n'en reprend que les deux derniers: «*Et pour l'esclavage, quoi qu'il n'y ait point d'esclaves en France; il est nécessaire de connoître la nature de cet état*»<sup>41</sup>. Si Domat reconnaît le rôle important de l'esclavage, il le relègue, au moins pour le territoire de la France, sur un second plan<sup>42</sup>.

Pour la responsabilité aquilienne, Domat est un cas d'école de la reformulation du droit commun à partir des concepts romains. Comme dans l'ensemble des *Loix civiles*, il indique à la fin de chaque article les fragments romains dont il s'est inspiré. Puisqu'en France il n'y a pas d'esclave, comment faire la transition entre les fragments romains et les *Loix civiles*? En principe, Domat fait du *servus* romain un homme libre en droit civil commun. Dans le fameux cas du barbier qui égorga accidentellement un client<sup>43</sup>, Domat

<sup>38</sup> «*Circa illos quoque servos, qui bellica vi in eam conditionem fuerant abstracti, nec non qui pretio emuntur, receptum, ut non secus ac aliae res nostrae in quemcunque placeret transferri, & ad instar mercium venire possent*», PUFENDORF, *De Officio*, 2,4, § 5.

<sup>39</sup> PUFENDORF, *De Officio*, 2,4, § 6, reprend ici une controverse qui, pourtant, avait été tranchée en droit romain déjà, où l'opinion de Brutus s'était imposée, selon laquelle l'enfant d'une esclave n'était pas considéré comme un fruit; cf. Ulp. D. 7,1,68pr; aussi HUWILER, Bruno, *Homo et res: Skizzen zur hellenistischen Theorie der Sklaverei und deren Einfluss auf das römische Recht*, in: ANKUM, J. A., *Mélanges Felix Wubbe*, Fribourg 1993, 257s.

<sup>40</sup> DOMAT, *Loix civiles*, Liv. Prél., 2 (Des Personnes), 1, p. 11.

<sup>41</sup> DOMAT, *Loix civiles*, Liv. Prél., 2 (Des Personnes), 2, p. 13.

<sup>42</sup> Code Noir, voir p.ex. CHESNAIS, Robert (éd.), Paris 1998.

<sup>43</sup> Ulp. D. 9,2,11.

se désintéresse simplement du statut personnel de la victime<sup>44</sup>, comme dans celui de l'esclave qui avait provoqué un incendie parce qu'il s'était endormi auprès d'un feu qu'il aurait dû surveiller<sup>45</sup>. Sur le fond, cette transposition évacue en même temps le problème de la responsabilité du maître du fait de son esclave.

Toutefois, un article fait, du moins partiellement, exception: «*Ceux qui pouvant empêcher un dommage, que quelque devoir les engageoit de prévenir, y auront manqué, pourront en être tenus selon les circonstances. Ainsi, un maître qui voit & souffre le dommage que fait son domestique, pouvant l'empêcher, en est responsable*»<sup>46</sup>. Domat remplace ici l'esclave par un homme libre. Mais puisqu'il s'agit d'un domestique, il reconnaît au maître un devoir de surveillance qui le rend responsable de l'acte de son subordonné. Rétrospectivement et à première vue, cette disposition ne nous frappe pas. Elle nous rappelle la responsabilité pour auxiliaires qui sera réglée, plus tard, dans 1384 CCF. Vue de plus près, la démarche de Domat est surprenante à cause des fragments hybrides qu'il choisit à l'appui de son texte. D'une part, Domat cite D. 9,2,44,1 où un maître sait, et probablement tolère, que son esclave blesse ou tue autrui. Dans ce cas, le maître répond lui-même du forfait de son esclave. D'autre part, Domat renvoie aussi au fragment D. 9,2,45pr qui stipule le même principe, mais sans mentionner l'esclave. Celui qui sait y est assimilé à celui qui accepte: *Scientiam hic pro patientia accipimus*. Par conséquent, celui qui n'a pas empêché un dommage, alors qu'il aurait pu le faire, répond de la *lex Aquilia*. Dans son texte, Domat reprend des éléments de chacun des deux fragments. Le second qui ne fait pas d'allusion directe au rapport entre maître et esclave, permet de renoncer purement et simplement à la notion d'esclave. Du premier fragment, qui insiste sur la différence des deux statuts personnels de maître et d'esclave, on retrouve dans le texte de Domat le rapport de subordination, transformé en rapport de maître à domestique. D'une part, Domat renonce à la notion d'esclave. D'autre part, il n'est pas certain que le domestique soit considéré ici comme un homme entièrement émancipé. La formulation ne permet pas d'exclure que la tâche du maître ne se limite pas à une simple responsabilité pour auxiliaires, mais s'étende à un devoir général de surveillance.

<sup>44</sup> Ulp. D. 9,2,27,9; DOMAT, Loix civiles, I. part., liv. 2, tit. 8, sect. 4, 3.

<sup>45</sup> DOMAT, Loix civiles, I. part., liv. 2, tit. 8, sect. 4, 6.

<sup>46</sup> DOMAT, Loix civiles, I. part., liv. 2, tit. 8, sect. 4, 8; cf. Paul. D. 9,2,45.

Plus d'un demi-siècle plus tard, la tension entre le refus et l'acceptation théoriques de l'esclavage subsiste encore chez Christian Wolff. En principe, il n'y a pas d'esclavage sans juste cause: «*Celui qui réduit autrui en esclavage lui ôte sa liberté naturelle et, par conséquent, un droit qu'il a par sa nature et qui est donc inné. Même si personne ne peut être privé de son droit inné, il y a néanmoins des justes causes qui permettent de lui prendre sa liberté*»<sup>47</sup>. Une juste cause naîtrait par exemple d'une obligation qui ne pourrait pas être honorée par un autre moyen<sup>48</sup>. Dans cette perspective et conformément aux droits civil et naturel, l'homme peut se vendre à autrui, soit contre paiement, soit pour exécuter une obligation, ou même par simple caprice<sup>49</sup>. Wolff recourt ici à un formalisme excessif pour défendre ce qui, à la lumière de son propre droit naturel, paraît injustifiable. Il privilégie l'exécution de l'obligation à la liberté innée de l'homme.

Notons en passant que la tension entre liberté et esclavage n'irritait pas seulement les juristes et les juristes-philosophes. Elle marqua aussi les philosophes qui, comme les hommes de loi, donnèrent des réponses diverses. A la fin du 17<sup>e</sup> siècle, déjà, John Locke réfutait clairement toute forme d'esclavage<sup>50</sup>: «*Cette liberté d'un pouvoir absolu et arbitraire est si nécessaire à la préservation de l'homme et y est si étroitement liée, [...]. Car, puisque l'homme n'a pas de pouvoir sur sa propre vie, il ne peut, par contrat ou par son propre consentement se rendre esclave d'un autre ou se soumettre au pouvoir absolu et arbitraire d'un autre de lui prendre la vie à son bien-plaire*»<sup>51</sup>. L'argumentation tend à démontrer que, d'une part, la liberté est un bien inaliénable de l'homme car nécessaire à sa conservation et que, de l'autre, l'homme ne peut transmettre à autrui un droit – celui sur sa propre vie – que lui-même n'a pas.

<sup>47</sup> «*Qui alterum in servitutem redigit, is libertatem naturalem, consequenter jus, quod natura habet, adeoque connatum, eidem aufert. Quamobrem cum jus connatum nemini hominum auferri possit, dentur tamen causae justae, ob quas eidem libertatem auferre liceat, ...*», WOLFF, *Jus Naturae* 7, § 1118.

<sup>48</sup> WOLFF, *Jus Naturae* 7, § 1118.

<sup>49</sup> WOLFF, *Jus Naturae* 7, § 1090s.

<sup>50</sup> «*The Liberty of Man, in Society, is to be under no other Legislative Power, but that established, by consent, in the Common-wealth, nor under the Dominion of any Will, or Restraint of any Law, but what the Legislative shall enact, according to the Trust put in it*», LOCKE, *Second Treatise*, chap. 4, 22.

<sup>51</sup> «*For a Man, not having the Power of his own Life, cannot, by Compact, or his own Consent, enslave himself to any one, nor put himself under the Absolute, Arbitrary Power of another, to take his Life, when he pleases*», LOCKE, *Second Treatise*, chap. 4, 23.

D'autres, en revanche, badinaient en plein siècle des Lumières avec l'esclavage. Ainsi, Montesquieu pourrait l'accepter peut-être dans certaines formes de gouvernement: «*Dans les pays despotiques, où l'on est déjà sous l'esclavage politique, l'esclavage civil est plus tolérable qu'ailleurs*»<sup>52</sup>. Par contre, dans les démocraties ou monarchies, «*où il est souverainement important de ne point abattre ou avilir la nature humaine, il ne faut point d'esclaves*»<sup>53</sup>. Dans des considérations révoltantes non seulement aujourd'hui, mais déjà à l'époque de Locke, Montesquieu aligna des postulats racistes sans préciser s'il les partageait. Pour justifier «*l'esclavage des nègres*», il faisait ainsi valoir le prix du sucre, l'impossibilité de compatir avec eux et le refus de croire que Dieu leur ait donné une âme<sup>54</sup>. Pour le confiner à certains pays particuliers<sup>55</sup>, Montesquieu admettait dans une formule qui défie toute logique «*que l'esclavage est contre nature, quoique dans certains pays il soit fondé sur une raison naturelle*»<sup>56</sup>.

Un esprit radicalement différent règne dans le Contrat social de Rousseau qui, dans un chapitre incendiaire, dénonce toute forme d'esclavage: «*Renoncer à sa liberté c'est renoncer à sa qualité d'homme, aux droits de l'humanité, même à ses devoirs. [...] Une telle renonciation est incompatible avec la nature de l'homme, et c'est ôter toute moralité à ses actions que d'ôter toute liberté à sa volonté*»<sup>57</sup>. En même temps, Rousseau contestait l'argumentation attribuée à «*Grotius et les autres*» qui fonderait l'esclavage sur le droit de la guerre<sup>58</sup>. La guerre établissant un rapport entre Etats, on ne pourrait en déduire des conséquences juridiques entre des individus.

A partir du 19<sup>e</sup> siècle, la philosophie de Kant, qui réduit les droits innés à un seul, aura finalement une influence décisive sur la formation du droit: «*Il n'y a qu'un seul droit inné: la liberté (indépendance de l'arbitraire contraignant d'autrui), dans la mesure où elle peut coexister avec la liberté de tous*

---

<sup>52</sup> MONTESQUIEU, De l'esprit des lois I, L. 15, Ch. 1.

<sup>53</sup> MONTESQUIEU, De l'esprit des lois I, L. 15, Ch. 1.

<sup>54</sup> MONTESQUIEU, De l'esprit des lois I, L. 15, Ch. 5.

<sup>55</sup> MONTESQUIEU, De l'esprit des lois I, L. 15, Ch. 8.

<sup>56</sup> MONTESQUIEU, De l'esprit des lois I, L. 15, Ch. 7.

<sup>57</sup> ROUSSEAU, Contrat social, I, 4.

<sup>58</sup> ROUSSEAU, Contrat social, I, 4.

*les autres selon une loi générale*»<sup>59</sup>. L'autonomie de la volonté étant l'attribut essentiel de l'homme, ce dernier ne peut en être dépouillé<sup>60</sup>.

Dans les textes juridiques, l'idée de la liberté innée et inaliénable et, donc, le fondement de la condamnation au moins implicite de l'esclavage s'étaient déjà fixés peu avant. Notamment la Déclaration des Droits dans la Constitution de Virginie<sup>61</sup> et la Déclaration d'Indépendance des Etats-Unis<sup>62</sup> de 1776, mais aussi la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen française<sup>63</sup> proclament la liberté comme un principe fondamental. La force et la clarté avec lesquelles le principe est affirmé, mais aussi sa place prééminente en début des documents, prouvent l'ampleur de la préoccupation des corps politiques et leur détermination à promouvoir la liberté individuelle.

### 3. *Conséquences pour la responsabilité aquilienne en droit commun*

Ces deux facteurs, le rôle dominant de la jurisprudence qui s'était formée autour de la *lex Aquilia* et la controverse autour de l'esclavage au deuxième millénaire, ont influencé de manière déterminante la structure de la responsabilité aquilienne en droit commun. La conséquence la plus importante fut sans doute que les chapitres I et III de la *lex Aquilia* n'étaient pas repris textuellement.

D'abord, le chapitre I, consacré à l'*occidere* d'esclaves et de quadrupèdes, perdait sa pertinence du fait que l'esclavage était largement contesté et, du moins dans certaines régions, en recul.

<sup>59</sup> «*Das angeborne Recht ist nur ein einziges: Freiheit (Unabhängigkeit von eines anderen nötiger Willkür), sofern sie mit jedes anderen Freiheit nach einem allgemeinen Gesetz zusammen bestehen kann, ...*», KANT, Rechtslehre, AB 45.

<sup>60</sup> KANT, Grundlegung, BA 87.

<sup>61</sup> «*That all men are by nature equally free and independent, and have certain inherent rights, of which, when they enter into a state of society, they cannot, by any compact, deprive or divest their posterity; namely, the enjoyment of life and liberty, ...*» Constitution of Virginia, June 12, 1776, Bill of Rights, sec. 1.

<sup>62</sup> «*We hold these truths to be self-evident: that all men are created equal; that they are endowed, by their Creator, with certain inalienable rights; that among these are life, liberty, and the pursuit of happiness...*», Declaration of Independence, July 4, 1776, The unanimous declaration of the thirteen united states of America.

<sup>63</sup> «*Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits...*», Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, 26 août 1789, art. 1.

Ensuite, c'est aussi – et surtout – pour des raisons techniques que le maintien du chapitre I, amputé de la disposition concernant les esclaves, ne s'imposait pas. En effet, le chapitre III, consacré aux « brûler, briser, rompre » en général, s'appliquait à tous les dommages, même les cas de « tuer », à l'exception toutefois de la disposition spéciale du chapitre I concernant le fait de « tuer » des esclaves et quadrupèdes. Ainsi, celui qui tua un animal bipède était sanctionné non par le premier, mais par le troisième chapitre de la *lex Aquilia*. En réalité, le chapitre I constituait la règle particulière et le chapitre III la règle générale. En d'autres termes, la division de la matière en deux chapitres perdait progressivement de sa pertinence pour finalement, nous le verrons, s'effacer entièrement.

Cette évolution contraignait à revoir l'ensemble de la responsabilité aquilienne. C'est précisément ce que les juristes du droit civil commun ont fait. Ils ont, nous le verrons, surtout repris et adapté des concepts élaborés par la jurisprudence romaine, au détriment du texte même de la *lex Aquilia*. C'est dans cette recomposition de la responsabilité aquilienne que les juristes non seulement de droit commun, mais aussi leurs prédécesseurs médiévaux firent preuve de génie<sup>64</sup>. Au lieu de rejeter purement et simplement l'esclave comme figure juridique, ils l'émancipèrent et le poussèrent dans le camp des hommes libres. Cette restructuration simple aura des conséquences fondamentales. D'une part, elle permettra de faire disparaître l'esclavage de la responsabilité civile. D'autre part, l'esclave dorénavant émancipé reste au bénéfice de la protection que la *lex Aquilia* romaine lui avait accordée jadis. Mieux, désormais non seulement l'esclave émancipé, mais tout homme libre sera protégé par les dispositions aquiliennes. Rappelons-nous que le texte romain de la *lex Aquilia* ne protégeait que les choses, dont les esclaves, à l'exclusion des hommes libres. En d'autres termes, l'esclave servit en quelque sorte de cheval de Troie pour introduire la protection de la *lex Aquilia* dans le camp de l'homme libre.

---

<sup>64</sup> Voir notamment FEENSTRA, Robert, Théorie sur la responsabilité civile en cas d'homicide et en cas de lésion corporelle avant Grotius, in : Etudes d'histoire du droit privé offertes à Pierre Petot, Paris 1959, 157-171, reproduit avec quelques modifications dans FEENSTRA, Robert, *Fata iuris romani*, Leyde 1974, 323-337 et *infra* F. 3.

## B. La responsabilité aquilienne et le *Damnum Iniuria Datum*

Dans leurs réflexions sur la responsabilité aquilienne, les juristes du droit commun, nous l'avons vu, se référaient principalement à la jurisprudence qui découlait de la *lex Aquilia*, sans se préoccuper particulièrement des textes mêmes des chapitres I et III. Ils étaient alors confrontés au problème de reformuler la responsabilité aquilienne non pas sur la base d'une loi concise, mais à partir d'un corps volumineux de fragments souvent complexes. Au lieu de simplement reproduire une casuistique abondante, ils choisissaient d'en extraire les grandes lignes directrices qui permettaient de reformuler la responsabilité et de l'adapter aux nouvelles circonstances. Nous montrerons que, du titre 9,2 du Digeste, ils reprenaient surtout le principe fondamental de la responsabilité aquilienne romaine: le *Damnum Iniuria Datum*, qui guidait leur interprétation des sources romaines et structurait leurs propres concepts de responsabilité aquilienne.

Le *damnum iniuria datum* ne figure pas textuellement dans les chapitres I et III de la *lex Aquilia*. En revanche, sa structure y est déjà inscrite. Les verbes *tuer*, *brûler*, *briser*, *rompre* de la *lex Aquilia* sont en réalité des cas spécifiques de *damnum dare* et le terme *iniuria* est mentionné directement dans les deux chapitres<sup>1</sup>. Textuellement, la formule même du *damnum iniuria datum* apparaît pour la première fois à l'époque classique, dans le fameux cas d'Alfenus où un tavernier creva un œil à un passant qui lui avait volé une lampe<sup>2</sup>. Par la suite, elle sera reprise régulièrement et formera l'ensemble de la responsabilité aquilienne romaine.

Le *damnum iniuria datum* s'imposera aussi comme noyau conceptuel de la responsabilité aquilienne de droit commun, dont il formera l'articulation centrale. Le point de départ de cette réception d'un concept se trouve dans la

---

<sup>1</sup> Cf. WINIGER, Responsabilité, 26ss.

<sup>2</sup> Alf. D. 9,2,52,1.

*Tabernarius in semita noctu supra lapidem lucernam posuerat: quidam praeteriens eam sustulerat tabernarius eum consecutus lucernam reposcebat et fugientem retinebat: ille flagello, quod in manu habebat, in quo dolor inerat, verberare tabernarium coeperat, ut se mitteret: ex eo maiore rixa facta tabernarius ei, qui lucernam sustulerat, oculum effoderat: consulebat, num damnum iniuria non videtur dedisse, quoniam prior flagello percussus esset. respondi, nisi data opera effodisset oculum, non videri damnum iniuria fecisse, culpam enim penes eum, qui prior flagello percussit, residere sed si ab eo non prior vapulasset, sed cum ei lucernam eripere vellet, rixatus esset, tabernarii culpa factum videri.*

relecture méticuleuse et la discussion détaillée des sources romaines. Progressivement, les auteurs se détacheront des textes antiques pour développer leurs propres formes de responsabilité.

Chez Jacques Cujas, la discussion de la responsabilité aquilienne reste très proche d'une simple interprétation des sources<sup>3</sup>. Avec un vocabulaire, largement imprégné de la terminologie romaine, Cujas reprend aussi dans ses commentaires de la *lex Aquilia* le *damnum iniuria datum*<sup>4</sup>. Lorsqu'il traite le fragment Gai. D. 9,2,32, qu'il reformule pourtant librement, il désigne l'action à accorder comme *actio damni iniuria dati*<sup>5</sup>. Dans l'analyse du fragment D. 9,2,5,3 d'Ulpien<sup>6</sup>, où un maître-cordonnier avait crevé l'œil d'un apprenti, il parle d'une action *quasi damno iniuria dato*<sup>7</sup>. Si les deux emplois cités ne permettent pas encore de tirer des conclusions approfondies sur son propre concept de responsabilité, ils montrent néanmoins en quels termes et dans quelles catégories juridiques Cujas aborde le problème.

Avec sa connaissance très précise des sources romaines, Hugo Donellus aussi propose une analyse de la responsabilité qui reste fidèle aux concepts romains. Dans sa présentation générale des chapitres I et III de la *lex Aquilia*, il retrace les grandes lignes avec la terminologie antique, selon laquelle les deux actions sont appelées «*de damno iniuria dato, vel de damno iniuria, ut*

<sup>3</sup> Pour une vue générale de la responsabilité dans l'ancien droit français voir notamment GAZZANIGA, Jean-Louis, Introduction historique au droit des obligations, Paris 1992, pp. 233-252 et AUZARY-SCHMALTZ, Bernadette, La responsabilité délictuelle dans l'ancien droit français. Les origines des articles 1382 et suivants du Code civil, in: Revue historique de droit français et étranger 2/1999, pp. 163-190; voir aussi BERMAN, Harold J. et REID Jr., Charles, Römisches Recht in Europa und ius commune, in: ZEuP 1/1995, pp. 3-34.

<sup>4</sup> Voir aussi ZASIUS, Opera 1, 208, qui reprend à peu de choses près les textes des chapitres I et III de la *lex Aquilia*.

<sup>5</sup> CUJAS, Ad Legem IX., Opera omnia VII, 92 E.

<sup>6</sup> Ulp. D. 9,2,5,3

*Si magister in disciplina vulneraverit servum vel occiderit, an Aquilia teneatur, quasi damnum iniuria dederit? et Iulianus scribit Aquilia teneri eum, qui eluscaverat discipulum in disciplina multo magis igitur in occiso idem erit dicendum. proponitur autem apud eum species talis sutor, inquit, puero discenti ingenuo filio familias, parum bene facienti quod demonstraverit, forma calcei cervicem percussit, ut oculus puero perfunderetur. dicit igitur Iulianus iniuriarum quidem actionem non competere, quia non faciendae iniuriae causa percusserit, sed monendi et docendi causa an ex locato dubitat, quia levis dumtaxat castigatio concessa est docenti: sed lege Aquilia posse agi non dubito:*

<sup>7</sup> CUJAS, Ad Lib. LXXXVI. Digestorum Saluij Iuliani, Opera omnia VI, 480 E.

*subaudiatur dato*»<sup>8</sup>. Son commentaire *Ad legem Aquiliam* souligne la double exigence des deux chapitres de la *lex Aquilia*: il faut qu'il y ait à la fois un *occidere* ou une forme de *corrumpere* et une *iniuria*: «..., il faut que la chose ait été rompue illicitement, comme il est dit dans les deux chapitres»<sup>9</sup>.

Cependant, sa fidélité conceptuelle et terminologique aux sources romaines n'empêcha pas un regard critique. D'abord, il ne voit pas la raison pour laquelle les compilateurs de Justinien ont mis la *lex Aquilia* à la place où elle se trouve dans le Digeste<sup>10</sup>. Ensuite, l'ensemble du titre D. 9,2 – trop long, à son goût – devrait être ramené à quelques principes généraux<sup>11</sup>.

Son indépendance par rapport aux sources ne se manifeste ni dans la terminologie, ni dans les concepts, mais dans l'ordre systématique qu'il donne aux différents problèmes. Loin de reproduire simplement la *lex Aquilia*, il aborde ensemble les deux chapitres qui, dans le titre D. 9,2, sont traités séparément<sup>12</sup>. Le nouvel ordre choisi tend à rapprocher les deux dispositions, réunies dorénavant sous la formule générale du *damnum iniuria datum*. Dans la discussion des différents problèmes, Donellus évacue pratiquement la distinction entre *tuer* et *brûler*, *briser*, *rompre* pour s'attaquer successivement, nous le verrons, aux questions du rapport entre *iniuria*, *culpa*, *imperitia*, etc. (§ 2 et 3), sur des exceptions à faire valoir contre l'application de la *lex Aquilia* (p. ex. légitime défense ou casus § 4 et 5), ou aux problèmes de calcul du dommage (§ 6) et de légitimation active et passive (§ 7).

Le véritable renouveau de la responsabilité aquilienne vint seulement avec Hugo Grotius<sup>13</sup>. Dans le *De Iure Belli*, sous le titre *De Damno per*

<sup>8</sup> DONELLUS, Opera IV, Lib. XV, Cap. XXVII, 223, § 1.

<sup>9</sup> «*Non est satis, oportet + ruptum esse quid iniuria, ut utroque capite expressum est*», DONELLUS, Opera X, Ad tit. D. Legem Aquiliam, 1 (4), p. 3.

<sup>10</sup> «*Qui nunc explicatur Titulus ad Legem Aquiliam, cur hoc loco sit positus, nulla mihi ratio idonea succurrit*». DONELLUS, Opera X, Ad tit. D. Legem Aquiliam, 1, p. 1.

«Je ne vois aucune bonne raison pour laquelle le titre de la loi aquilienne que nous allons expliquer maintenant a été mis à cet endroit.»

<sup>11</sup> «*Res longa est, ad + certa genera & capita revocanda est*», DONELLUS, Opera X, Ad tit. D. Legem Aquiliam, 1 (2).

<sup>12</sup> Les fragments concernant le chap. I sont surtout Ulp. D. 9,2,1 - 27,4, alors que le chap. III est abordé à partir de Ulp. D. 9,2,27,5; cette séparation n'est pas rigoureuse parce qu'un certain nombre de textes concernent les deux chapitres.

<sup>13</sup> Même si la *Inleiding* a déjà été rédigée en 1621, mais publiée seulement en 1631, nous la traiterons après le *De Iure Belli*, publié en 1625, qui est l'ouvrage de loin le plus important des deux.

*iniuriam dato, et obligatione quae inde oritur*, qui reproduit explicitement le *damnum iniuria datum*, Grotius fut le premier à formuler explicitement une clause générale de responsabilité aquilienne: «*Venons-en à ce qui est dû naturellement pour un méfait. Nous appelons méfait toute faute commise soit par un acte, soit par une abstention, et qui se trouve en conflit avec ce que les hommes doivent faire de manière générale ou en raison de certaines qualités. D'une telle faute naît naturellement une obligation, si un dommage a été infligé, de le réparer*»<sup>14</sup>.

Malgré son vocabulaire renouvelé et diverses adjonctions et commentaires qui, *nota bene*, reflètent les discussions jurisprudentielles romaines<sup>15</sup>, ce texte formateur de la responsabilité aquilienne moderne est sous-tendu par les structures du *damnum iniuria datum*. On y discerne à la fois les *damnum, datum* et l'*iniuria*. Le «*si un dommage a été infligé*» correspond textuellement au *damnum datum* et les termes «*méfait*» et «*faute*», qui sont repris du droit romain, renvoient à l'*iniuria* que Grotius mentionne dans le titre<sup>16</sup>. Enfin, la conséquence juridique, l'obligation de réparer le dommage infligé, est même tirée directement des chapitres I et III de la *lex Aquilia*.

<sup>14</sup> *Veniamus ad id quod ex maleficio naturaliter debetur. Maleficio hic appellamus culpam omnem, sive in faciendo, sive in non faciendo, pugnantem cum eo quod aut homines communiter, aut pro ratione certae qualitatis facere debent. Ex tali culpa obligatio naturaliter oritur, si damnum datum est, nempe ut id resarciatur*», GROTIUS, *De jure belli*, 2,17,1; cf. *infra* C. 1; voir aussi PENNRICH, Walter, *Der Inhalt des Schadenersatzes im Naturrecht des 17. und 18. Jahrhunderts*, Göttingen 1952, 20ss (dactyloscrit).

<sup>15</sup> La discussion qui suit dans le chapitre est clairement imprégnée des problématiques discutées dans la jurisprudence romaine. Il y aborde notamment la définition du dommage (17,2) et les problèmes de causalité (17,10), de la responsabilité du maître des faits de son subordonné (17,11), mais aussi celui du remboursement des impenses en cas de blessure (17,13) etc.

<sup>16</sup> Cf. *infra* I. D. Heumanns Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts, 9. Auflage, neu bearbeitet von E. Seckel, Jena 1907, traduit *maleficio* par *Vergehen, Verbrechen*, mais aussi par *widerrechtliches Handeln*; voir aussi FEENSTRA, *Deliktsrecht*, 430s, pour qui la définition du *maleficio* est nouvelle. Pour les sources romaines, voir notamment Inst. 3,13,2, qui réaffirme la *summa divisio* des obligations en quatre groupes *ex contractu, quasi ex contractu, ex maleficio, quasi ex maleficio*. Voir aussi CERAMI, Pietro, *La responsabilità extracontrattuale dalla compilazione di Giustiniano ad Ugo Grozio*, in VACCA, Letizia (éd.), *La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica*, Torino 1995, 103-122, 120; voir aussi FEENSTRA, Robert, *Hugues Doneau et les juristes néerlandais du XVII<sup>e</sup> siècle: L'influence de son «système» sur l'évolution du droit privé avant le Pandectisme*, in SCHMIDLIN, Bruno et DUFOUR, Alfred (éd.), *Jacques Godefroy (1587-1652) et l'humanisme juridique à Genève, Bâle 1991, 231-243, 242.*

Dans l'*Inleiding* qui est pourtant consacrée au droit coutumier hollandais, Grotius combine la clause générale de responsabilité aquilienne avec les concepts romains<sup>17</sup>. Dans un chapitre général traitant des obligations issues de méfaits<sup>18</sup>, il utilise le modèle que nous avons également rencontré dans le *De Iure Belli*: «*Sont tenus à réparation tous ceux qui ont, par méfait, infligé un dommage, par commission ou par omission*»<sup>19</sup>. Dans les chapitres suivants, il analyse les *méfais contre la vie*<sup>20</sup>, les *méfais contre le corps*<sup>21</sup> et ceux contre les biens<sup>22</sup>. Tous rappellent clairement les chapitres I et III de la *lex Aquilia*. Quant à l'*iniuria*, elle figure même dans le titre des chapitres.

En revanche, dans ces chapitres, la formule *damnum iniuria datum* n'apparaît pas sous sa forme générale, mais seulement dans la version spécifique de *tuer, brûler, briser, rompre illicitement: misdaed jegens het leven*<sup>23</sup> (méfait contre la vie), *misdaed jegens 't lichaem*<sup>24</sup> (méfait contre le corps) et *misdaed jegens goed* (méfait contre des biens)<sup>25</sup>.

Avec le choix d'intégrer les termes mêmes de la *lex Aquilia* dans son analyse, Grotius relie des concepts de responsabilité aquilienne issus de trois étapes historiques différentes: le *tuer, brûler, briser, rompre (corrompre)* de la *lex Aquilia* (3<sup>e</sup> s. a.C.), le *damnum iniuria datum* de la jurisprudence romaine (2<sup>e</sup> s. a.C.) et, finalement, son propre apport sous forme de clause générale qui est construite, nous l'avons vu, à partir du *damnum iniuria datum*. Le lien entre les trois est d'autant plus surprenant que Grotius se sert ici des concepts romains pour expliquer la responsabilité aquilienne non pas en droit romain ou commun, mais dans le droit coutumier hollandais. En d'autres termes, son analyse de la Coutume se fait en termes et selon le concept théo-

<sup>17</sup> VOPPEL, Reinhard, *Der Einfluss des Naturrechts auf den usus modernus*, Köln etc. 1996, 224, voit à juste titre dans l'*Inleiding* la triple influence des droits naturel, romain et hollandais.

<sup>18</sup> «*Van verbintnisse uit misdaed in 't gemeen*», GROTIUS, *Inleiding* 3,32.

<sup>19</sup> «*Tod weder-evening dan zijn gehouden alle die iemand door misdaed hebben verkort, oock die de daed niet en hebben gedaen, maer die de daed ofte 't gevolg van dien, voor soo veel iemand daer by is verkort, eenigzins veroorzaken door doen ofte laten*», GROTIUS, *Inleiding*, 3,32,12.

<sup>20</sup> *Van misdaed tegen 't leven*, GROTIUS, *Inleiding*, 3,33.

<sup>21</sup> *Van misdaed tegen 't lichaem*, GROTIUS, *Inleiding*, 3,34.

<sup>22</sup> *Van misdaed tegens goed*, GROTIUS, *Inleiding*, 3,37.

<sup>23</sup> GROTIUS, *Inleiding*, 3,33,2.

<sup>24</sup> GROTIUS, *Inleiding*, 3,34,1.

<sup>25</sup> GROTIUS, *Inleiding*, 3,37,1.

rique de la *lex Aquilia*. La transposition qu'il opère montre à la fois la souplesse du modèle romain et l'influence qu'il a pu exercer sur la pensée juridique jusnaturaliste, où les juristes étudient souvent leur propre droit à travers une optique clairement romaine.

Les traces des concepts romains se trouvent également chez Samuel Pufendorf. Selon les *Elementorum Jurisprudentiae*, dans lesquels il cherche à établir les conditions de l'acte juste, une des trois formes d'*iniuria* qu'il distingue<sup>26</sup> naît précisément d'un mal infligé sans droit. Un tel acte illicite se produit lorsque «*un mal est infligé, que l'on n'avait pas la puissance d'infliger à autrui*»<sup>27</sup>. En d'autres termes, commet une *iniuria* celui qui cause un dommage sans pouvoir le justifier par un droit<sup>28</sup>.

La jurisprudence romaine n'apparaît pas seulement dans des propositions formulées par lui-même, mais aussi dans les exemples qu'il reprend directement du D. 9,2, et surtout dans son emploi textuel du *damnum iniuria datum*: «*La faute grave & légère se rencontrent avec l'illicite en ce qu'elles génèrent une obligation de réparer le dommage infligé*»<sup>29</sup>. Pufendorf réunit ici tous les éléments essentiels de la structure romaine: les *damnum*, *datum* et l'*iniuria*, ainsi que l'obligation de réparation prévue déjà dans le texte de la *lex Aquilia*.

Dans d'autres ouvrages aussi, il se sert de la structure romaine. Dans *De Jure Naturae*, le chapitre sur la responsabilité aquilienne est intitulé: «*Que personne ne soit lésé, et si un dommage a été infligé, qu'il soit réparé*»<sup>30</sup>. Si le *damnum datum* y figure, ainsi que l'obligation de réparer, l'*iniuria* a été

<sup>26</sup> Les deux premières formes de lésion sont des violations du principe *suum cuique tribuere*.

<sup>27</sup> «... *ut mali quid inferatur, cujus inferendi alteri potestas non erat*», PUFENDORF, *Elementorum Jurisprudentiae* 1,17,6.

<sup>28</sup> De plus, Pufendorf exige que l'acte ait été commis librement: «*Aussi pour l'illicéité au vrai sens du terme, il faut que [l'acte B.W.] ait été commis avec libre arbitre [proaeresi]*» («*Ad injuriam quoq; proprie dictam requiritur, ut ex proaeresi ea processerit*», PUFENDORF, *Elementorum Jurisprudentiae* 1,17,7), excluant ainsi de l'*iniuria* notamment le cas fortuit et les actes contraires à la volonté de l'auteur (PUFENDORF, *Elementorum Jurisprudentiae* 1,17,6).

<sup>29</sup> «*Culpa lata & levis in eo cum injuria conveniunt, quod obligationem faciunt resarciendi damnum per eam datum*», PUFENDORF, *Elementorum Jurisprudentiae* 1,17,7.

<sup>30</sup> «*Ut nemo laedatur, et si quod damnum fuit datum reparatur*», PUFENDORF, *De Jure Naturae* 3,1.

remplacée par le verbe *lésé* (*laedere*) qui désigne une violation commise sans droit<sup>31</sup>.

Une reformulation particulièrement intéressante de la responsabilité aquilienne se trouve chez Jean Domat. Plus clairement que ses prédécesseurs, Domat sépare ses propres considérations, formulées en langue française, de la source antique qu'il reprend en latin. La rédaction bilingue des *Loix civiles* lui offre la possibilité de développer librement ses propres concepts et de les mettre en rapport, ou parfois peut-être même de les justifier avec la tradition romaine. Pour nous, sa méthode dévoile en un coup d'œil le mode de transformation et de réadaptation des concepts.

Dans la quatrième des sections consacrées à la responsabilité aquilienne, qui traite «*Des autres especes de dommages causez par des fautes, sans crime ni délit*»<sup>32</sup>, Domat établit d'abord le principe de base de la responsabilité pour faute: «*Toutes les pertes, & et tous les dommages qui peuvent arriver par le fait de quelque personne, soit imprudence, legereté, ignorance de ce qu'on doit sçavoir, ou autres fautes semblables, si legeres qu'elles puissent être, doivent être réparées par celui dont l'imprudence ou autre faute y a donné lieu. Car c'est un tort qu'il a fait, quand même il n'auroit pas eu intention de nuire*»<sup>33</sup>. L'ossature reste clairement celle du *damnum iniuria datum*. Domat maintient le *damnum datum* (*dommages qui peuvent arriver...*) et reprend, sous une forme spécifique, l'*iniuria*: *Imprudence, légèreté, ignorance, faute*. En effet, déjà dans la jurisprudence romaine, celui qui se prévalait de l'*iniuria* devait la démontrer. Les arguments que les juristes faisaient alors valoir étaient précisément l'imprudence, l'ignorance, la faute etc.<sup>34</sup>. Si Domat utilise ici ces termes, il recourt en réalité à un vocabulaire plus spécifique dont les juristes romains se servaient pour étayer l'*iniuria*.

<sup>31</sup> Un peu plus loin, Pufendorf élucide lui-même le rapport entre *laesio* et *iniuria*. Celui qui a lésé autrui, commet une *iniuria*: «... & qui *laesit, fructu suae injuriae secure, & citra refusionem gaudere queat*», PUFENDORF, *De Jure Naturae* 3,1, § 2. Voir aussi STRUVE, Georg Adam, *Syntagma Jurisprudentiae, secundum ordinem Pandectarum concinnatum*, Jenae 1682, Exerc. XIV, lib. 9, tit. II, ad legem Aquiliam, pp. 514ss, qui reprend également de manière fidèle la structure des *damnum iniuria datum* et *damnum culpa datum*.

<sup>32</sup> DOMAT, *Loix civiles*, liv. 2, tit. 8, sect. 4.

<sup>33</sup> DOMAT, *Loix civiles*, liv. 2, tit. 8, sect. 4,1.

<sup>34</sup> Cf. WINIGER, *Responsabilité*, 95ss, 100ss.

Parmi ceux qui reprennent le texte même du *damnum iniuria datum* figure également Johannes Voet qui s'en sert couramment, notamment pour résumer le chapitre III de la *lex Aquilia*: «Le troisième chapitre traite de l'homme ou du bétail blessés et de tous les autres animaux blessés ou tués et de tout autre dommage infligé illicitement»<sup>35</sup>. En réalité, ce n'est pas seulement le chapitre III qu'il résume avec le *damnum iniuria datum*, mais toute la problématique de la responsabilité aquilienne qu'il appelle simplement «cette matière du dommage infligé illicitement»<sup>36</sup>.

Christian Wolff, qui prolonge et élargit la tradition jusnaturaliste de Grotius et Pufendorf, fonde la responsabilité aquilienne sur les principes généraux de son *Jus Naturae*. Il part de l'idée que l'homme doit contribuer à la plus grande perfection universelle et que chacun de ses actes doit s'inscrire dans l'ordre parfait de la nature. Agir en dehors de cet ordre revient à diminuer la perfection universelle (voir *infra* II. A et B.). Pour promouvoir cette dernière, l'homme doit se conformer à certaines règles. Sur le plan juridique, le non-respect d'une règle est un acte illicite qui constitue une lésion d'autrui: «Celui qui commet un acte illicite envers autrui le lèse, c'est-à-dire, tout acte illicite est une lésion»<sup>37</sup>. Wolff en déduit que «celui qui inflige un dommage à autrui le lèse,»<sup>38</sup> et postule: «Personne ne doit infliger un dommage à autrui»<sup>39</sup>. Cette règle générale, dérivée du principe de perfection, s'applique à toute forme de dommage, qu'il soit infligé par vol<sup>40</sup>, *occupatio*<sup>41</sup> ou une autre manière d'agir contre la loi.

Application du principe *neminem laedere*<sup>42</sup>, elle entraîne comme conséquence de devoir dédommager le lésé: «Tout dommage qui a été infligé

<sup>35</sup> «*Tertio capite de homine vel pecude vulneratis, animalibus caeteris vulneratis aut occisis, & omni caetero damno injuriâ dato agitur ...*». VOET, Johannes, *Commentarius ad Pandectas, Coloniae Allobrogum 1778, Liber nonus, titulus II, 6, p. 427.*

<sup>36</sup> «*Sed quo magis haec damni injuriâ dati materia illustretur, ...*», VOET, Johannes, *Commentarius ad Pandectas, Coloniae Allobrogum 1778, Liber nonus, titulus II, 14, p. 431.*

<sup>37</sup> «*Qui alteri injuriam facit, eum laedit, seu injuria omnis laesio est*», WOLFF, *Jus Naturae 2, § 530.*

<sup>38</sup> «*Qui alteri damnum dat, eum laedit, seu omnis damni illatio laesio est*», WOLFF, *Jus Naturae 2, § 532.*

<sup>39</sup> «*Nemo alteri damnum dare debet*», WOLFF, *Jus Naturae 2, § 533.*

<sup>40</sup> WOLFF, *Jus Naturae 2, § 534ss.*

<sup>41</sup> WOLFF, *Jus Naturae 2, § 555.*

<sup>42</sup> WOLFF, *Jus Naturae 1, § 695.*

*dolosivement ou par faute doit être rachetés*<sup>43</sup>. Ici encore, les éléments du *damnum iniuria datum* sont clairement présents. Le *damnum datum* est repris tel quel et, à la place de l'*iniuria*, Wolff met la faute qui, nous l'avons dit, était déjà dans la jurisprudence romaine un des arguments particuliers pour démontrer le caractère illicite de l'acte.

Johann Gottlieb Heineccius, dans son ouvrage didactique à l'attention surtout des étudiants qui apprennent les *Institutiones* de Justinien, rappelle aussi très précisément la fonction dominante de l'*iniuria* et le rôle subordonné de la *culpa*: «Il importe donc que le dommage ait été infligé illicitement, [...] or, on dit qu'un fait est illicite, s'il a été commis sans droit: [...] il s'ensuit, 1) que répond de la loi Aquilienne non seulement celui qui a infligé un dommage dolosivement, mais également [celui qui a agi B.W.] fautivement, [...] ou aussi avec une faute très légère, [...] comme si quelqu'un a exercé son métier de manière inexpérimentée ou si, en entreprenant quelque chose en oubliant sa faiblesse, il a nui à autrui»<sup>44</sup>.

Dans ses *Elementa Iuris Germanici*, Heineccius, emboîtant le pas à Christian Thomasius, se livre à une analyse rapide des droits germaniques, du droit wisigothique aux lois burgondes et saliques, bavaoises, saxonnes et autres, pour conclure que le droit germanique ne s'inscrit pas dans la tradition romaine: «De cet incroyable consensus des peuples germaniques à réclamer les dommages [en justice, B.W.] nous retenons, [...] qu'ils n'ont jamais reçu la loi Aquilienne des Romains»<sup>45</sup>. Dans l'énumération des différences qui séparent les solutions romaine et germaniques, il insista également, à nouveau, à l'instar de Thomasius auquel il renvoie, sur le fait que les peuples germaniques n'avaient jamais reçu l'*action* de la *lex Aquilia*. A part l'intérêt

<sup>43</sup> «*Damnum omne dolo vel culpa datum est resarciendum*», WOLFF, *Jus Naturae* 2, § 580.

<sup>44</sup> «*Quum ergo iniuria damnum datum esse oporteat, [...] iniuria autem factum dicatur, quod non iure factum: [...] sequitur (I. ut ex lege Aquillia teneatur non modo qui dolo, sed et qui culpa damnum intulit, [...] etiam levissima, [...] veluti, si quis imperitia artis, quam profitetur, aliquid egit, vel infirmitatis suae parum memor aliquid suscepit, quo alteri nocetur [...])*», HEINECCIUS, *Elementa Iuris Civilis secundum ordinem Institutionum commoda auditoribus methodo adornato*, in: *Opera* V, Genevae 1748, Lib. III, Tit. III, De lege Aquilia, § 1081, pp. 273s. Conformément au genre de l'ouvrage, il reproduit aussi le texte des chapitres I et III de la *lex Aquilia* (cf. §§ 1085 et 1089).

<sup>45</sup> «*Ex quo incredibili gentium Germanicarum in vindicandis damnis consensu colligimus, I. nunquam eos in usum recepisse legem Romanorum Aquilliam*», HEINECCIUS, Johann Gottlieb, *Elementa Iuris Germanici tum veteris, tum hodierni*, in: *Opera* VI, Genevae 1748, Lib. II, Tit. 21, § 93, p. 476.

historique, sa préoccupation reflète un problème général que génèrait la réception du droit romain. Quelles règles étaient-elles applicables devant les Cours, les droits particuliers, souvent coutumiers, ou le droit romain? La réponse importait évidemment pour la pratique juridique, notamment pour le calcul du dommage. En même temps, son analyse offrait à Heineccius l'occasion d'intervenir, sur un plan scientifique, dans la controverse – à notre sens stérile – qui cherchait à opposer les cultures juridiques romaine et germanique, visant, à travers des arguments historiques, à affranchir celle-ci de celle-là<sup>46</sup>.

Un rappel puissant non seulement du *damnum iniuria datum*, mais de l'ensemble du raisonnement romain de la *lex Aquilia* se produisit sous la plume de Robert-Joseph Pothier. Dans ses *Pandectae Justinianae*, Pothier consacre à la *lex Aquilia* un titre important pour aborder systématiquement les problèmes principaux discutés par la jurisprudence romaine. Après avoir cité les chapitres I et III de la *lex Aquilia* et en avoir délimité les champs respectifs<sup>47</sup>, il traite successivement de leurs conditions d'application, dont notamment: «§ 1. il est exigé que le dommage ait été infligé»<sup>48</sup> et «§ 3. il est exigé que le dommage ait été infligé illicitement»<sup>49</sup> qui représentent, l'une après l'autre, les deux étapes principales du raisonnement juridique romain. Premièrement, le propriétaire doit avoir subi un dommage, comme Ulpien le précise dans le fragment D. 9,2,27,28, où il refuse l'*actio legis Aquiliae* à un propriétaire dont un petit esclave avait été châtré par un tiers<sup>50</sup>. Puisque la castration rendait l'esclave plus précieux, le propriétaire n'avait pas été lésé. Deuxièmement, le dommage doit avoir été infligé de manière illicite. Le propriétaire d'un esclave tué ne bénéficie pas nécessairement de l'*actio legis Aquiliae*. Encore faut-il que l'acte ne puisse pas être justifié, par exemple, parce que la victime avait été abattue lorsqu'elle avait été surprise en flagrant

<sup>46</sup> Voir notamment la préface aux *Elementa Iuris Germanici*.

<sup>47</sup> POTHIER, *Pandectae*, Lib. 9, tit. 2 *Ad legem Aquiliam*, sect. 1, art. 1 et 2.

<sup>48</sup> «*Requiri damnum datum esse*», POTHIER, *Pandectae*, Lib. 9, tit. 2 *Ad legem Aquiliam*, sect. 1, art. 3, § 1.

<sup>49</sup> «*Requiri damnum datum esse iniuria*», POTHIER, *Pandectae*, Lib. 9, tit. 2 *Ad legem Aquiliam*, sect. 1, art. 3, § 3.

<sup>50</sup> Ulp. D. 9.2.27.28

*Et si puerum quis castraverit et pretiosorem fecerit, Vivianus scribit cessare Aquiliam, sed iniuriarum erit agendum aut ex edicto aedilium aut in quadruplum.*

délict de vol<sup>51</sup>. Les deux étapes décrites par Pothier reprennent précisément le *damnum iniuria datum* et le type de raisonnement qu'il impose au juriste.

Les *Pandectae Justinianae* sont un ouvrage à caractère surtout historique. Tout en cherchant à donner un nouvel ordre aux Digestes, Pothier reste proche des sources qu'il interprète. Par rapport à la responsabilité aquilienne, ses *Pandectae Justinianae* ont d'abord le mérite d'avoir rappelé les concepts romains dans toute leur complexité et leur finesse.

Dans le *Traité des obligations*, rédigé en langue française, Pothier reprend également d'importants éléments de la tradition romaine. Avec Justinien<sup>52</sup>, il distingue entre des obligations générées par un rapport (i) contractuel, (ii) quasi contractuel, (iii) délictuel et (iv) quasi délictuel. Défini comme «*le fait par lequel une personne, sans malignité, mais par une imprudence qui n'est pas excusable, cause quelque tort à un autre*»<sup>53</sup>, le quasi-délict, le quatrième groupe, reproduit le *damnum iniuria datum*. Si le «*causer quelque tort*» s'éloigne légèrement du *damnum datum*, l'*imprudencia* est un terme, nous l'avons vu, que déjà les juristes romains avaient utilisé comme argument pour démontrer que l'auteur avait agi *iniuria*<sup>54</sup>.

Le délict, troisième groupe générateur d'obligations selon Pothier, est décrit comme «*le fait par lequel une personne, par dol ou malignité, cause du dommage ou quelque tort à un autre*»<sup>55</sup>. Même ici, Pothier reprend le noyau du *damnum iniuria datum*. Raccourci, le *damnum datum* devient «*causer du dommage*». En revanche, l'*iniuria* subit une transformation. S'ils présupposent un acte illicite, surtout le dol, mais aussi la malignité sont des actes intentionnels qualifiés qui vont au-delà d'une illicéité simple. La différence entre quasi-délict et délict réside ainsi surtout dans le degré d'intentionnalité de l'auteur<sup>56</sup>.

---

<sup>51</sup> Ulp. Coll. 7,3.

<sup>52</sup> I. 3,14,2.

<sup>53</sup> POTHIER, *Traité part. 1, chap. 1, sect. 2, § 2*, 116.

<sup>54</sup> WINIGER, *Responsabilité*, 100ss.

<sup>55</sup> POTHIER, *Traité part. 1, chap. 1, sect. 2, § 2*, 116.

<sup>56</sup> Pour la notion de quasi-délict, voir HOCHSTEIN, Reiner, *Obligaciones quasi ex delicto*, Stuttgart etc. 1971.

## C. La responsabilité aquilienne et le *Damnum Datum*

### 1. *Le Damnum Datum et la clause générale de responsabilité*

La *lex Aquilia*, nous l'avons vu, énumère de manière détaillée les états de faits qu'elle réprime. Elle vise des actes et des effets décrits par *tuer*, *brûler*, *briser* et *rompre*<sup>1</sup>. Rapidement, la jurisprudence romaine dépassa cet inventaire exclusif en ajoutant d'autres termes. Ainsi, selon Ulpien<sup>2</sup>, déjà les *veteres* interprétaient le *rumpere* comme un *corrumpere*, qui permettait d'étendre le champ d'application de la *lex Aquilia* au-delà des limites restreintes des termes de la loi.

Plus tard, un autre élargissement intervint dans la jurisprudence classique où, dans un texte d'Alfenus, apparaît pour la première fois le *damnum iniuria datum*<sup>3</sup>. A la différence des précédentes, la nouvelle formule est entièrement abstraite, sans recours à une description des actes et dommages visés. Encore une fois, le champ d'application de la *lex Aquilia* fut élargi. Théoriquement, toute forme de *damnum* pourra désormais être réprimée, indépendamment des modalités de l'acte et du préjudice<sup>4</sup>.

La tendance à se détacher des particularités des actes et dommages se poursuivait en droit commun. Nous montrerons que, parallèlement à l'abandon de la distinction entre les modalités des actes, les juristes étaient enclins à concentrer leurs analyses sur une notion abstraite du dommage, sans s'encombrer des détails du cas particulier. Le point d'aboutissement de ce travail sera la formulation d'une *clause générale de responsabilité aquilienne* qui ignore non seulement la distinction que la *lex Aquilia* avait faite entre les chapitres I et III, mais aussi celle, à l'intérieur du troisième chapitre, entre *brûler*, *briser* et *rompre*<sup>5</sup>. Ce travail d'abstraction progressive et de conceptualisation fut cependant accompagné couramment d'une analyse minutieusement détaillée des fragments romains. Deux attitudes, l'une innova-

---

<sup>1</sup> Cf. *supra* I. A.

<sup>2</sup> Ulp. D. 9,2,27,13

*Inquit lex «ruperit». rupisse verbum fere omnes veteres sic intellexerunt «corruperit».*

<sup>3</sup> Cf. *supra* I. B.

<sup>4</sup> Cf. WINIGER, Responsabilité, chap. II.

<sup>5</sup> KAUFMANN, Rezeption, (46ss, 53, 57s) observe, surtout dans la jurisprudence de l'*usus modernus* allemand, une extension du champ d'application de l'*actio legis Aquiliae*.

trice et l'autre conservatrice, se jouxtent, où la seconde semble souvent barer les perspectives ouvertes par la première. Il en résulte parfois une forme de contradiction entre le sens extensif des propositions générales et l'interprétation restrictive que la casuistique suggère. C'était sans doute le prix à payer pour une innovation juridique sans rupture avec la tradition établie.

Avant d'analyser l'évolution vers une clause générale de responsabilité, notons toutefois un point fondamental. La forme ancestrale de la clause générale de responsabilité est évidemment le *damnum iniuria datum*. Matériellement, ce dernier contient tous les éléments propres à la clause générale: désignation générique du dommage, d'un acte dommageable, de l'illicéité et, implicitement, du rapport de causalité entre l'acte et le dommage. C'est surtout la forme qui distingue les deux formules. Là, où le *damnum iniuria datum* est seulement une formule raccourcie, la clause générale sera coulée dans le moule d'une norme formulée intégralement<sup>6</sup>.

Les premiers pas sur le long chemin qui mènera finalement à la clause générale de responsabilité se firent déjà au 14<sup>e</sup> siècle. Baldus, par exemple, ne commenta pas seulement, dans les *In primam Digesti veteris partem Commentaria*, les différents fragments de la *lex Aquilia*, mais en donna, de temps à autre, des petits résumés qui ont la forme de règles générales<sup>7</sup>.

Ces commentaires de Baldus concernant différents fragments (*leges*) de la *lex Aquilia* sont parfois précédés ou suivis de petites remarques générales qui rendent, en quelques mots, l'essentiel du ou des fragments traités ou en formulent la question essentielle. Parmi ces remarques, certaines prennent la forme de règles générales. Par exemple, le commentaire du fragment

<sup>6</sup> Les analyses de Kaufmann montrent du reste que la pratique aussi – notamment celle de l'*usus modernus* – a étendu le champ d'application de l'*actio legis Aquiliae* à celui d'une clause générale: «Die angeführten Urteile zeigen, dass Mevius in seiner richterlichen Praxis am Tribunal zu Wismar die *actio legis Aquiliae* bewusst als Generalklausel für jeden Vermögensschaden angewendet hat», KAUFMANN, *Rezeption*, 49. En l'occurrence, il s'agit de deux jugements des années 1660 et 1665; pour la notion de dommage, voir aussi SCHRAGE, Eltjo J. H., *Negligence. A comparative and historical introduction to a legal concept*, in: SCHRAGE, Eltjo J. H. (éd.), *Negligence. The comparative legal history of the law of torts*, Berlin 2001, 7-45, 34ss.

<sup>7</sup> Pour le droit médiéval, voir notamment LANGE, Hermann, *Schadensersatz und Privatstrafe in der mittelalterlichen Rechtstheorie*, Münster 1955; ENGELMANN, Woldemar, *Die Schuldlehre der Postglossatoren und ihre Fortentwicklung. Eine historisch-dogmatische Darstellung der kriminellen Schuldlehre der italienischen Juristen des Mittelalters seit Accursius*, 2. Verb. Auflage, (1. Auflage Leipzig 1895), reprint Aalen 1965

D. 9,2,5pr<sup>8</sup>, qui traite du droit de tuer un agresseur ou un voleur, est précédé de la règle: «*Celui qui peut attraper un malfaiteur ne doit pas le tuer*»<sup>9</sup>. Si Baldus restait dans sa formulation très proche du fragment traité, il en extrayait néanmoins une règle qui n'y figure pas textuellement, puisque le fragment dit: «Si, alors qu'il aurait pu l'attraper, il a préféré le tuer, on considérera plutôt qu'il l'aura tué illicitement». De même, il tira du fragment D. 9,2,52,1<sup>10</sup> le résumé: «La faute est toujours à celui qui a commencé à donner des coups»<sup>11</sup>. Ici, plus encore que dans l'exemple précédent, il colle au texte du fragment qui dit: «Car la faute est plutôt à celui qui a frappé le premier avec le fouet». On observe ici clairement un effort d'abstraction et de contraction de la casuistique romaine. Baldus abandonna le cas particulier décrit par Alfenus, – celui du tavernier qui avait crevé un œil à un passant par un coup de fouet –, pour formuler une règle générale: «Est coupable celui qui a frappé le premier». Dans ces deux exemples, Baldus est évidemment encore loin de la clause générale de responsabilité. Mais, il fit un premier pas dans cette direction en formulant ponctuellement, pour certains problèmes particuliers de la *lex Aquilia*, quelques règles générales.

Dans un autre passage, Baldus employa un langage qui pourrait laisser entendre que lui-même songeait à une généralisation beaucoup plus étendue

<sup>8</sup> Ulp. D. 9,2,5pr

*Sed et si quemcumque alium ferro se petentem quis occiderit, non videbitur iniuria occidisse: et si metu quis mortis furem occiderit, non dubitabitur, quin lege Aquilia non teneatur. sin autem cum posset adprehendere, maluit occidere, magis est ut iniuria fecisse videatur: ergo et Cornelia tenebitur.*

<sup>9</sup> «*Malefactorem qui capere potest, eum occidere non debet*», BALDUS UBALDUS PERUSINUS, Liber nonus Ad legem Aquiliam, In primam Digesti veteris partem Commentaria, Venetiis 1616, p. 333, Lex IIII.

<sup>10</sup> Alf. D. 9,2,52,1

*Tabernarius in semita noctu supra lapidem lucernam posuerat quidam praeteriens eam sustulerat tabernarius eum consecutus lucernam reposcebat et fugientem retinebat ille flagello, quod in manu habebat, in quo dolor inerat, verberare tabernarium coeperat, ut se mitteret: ex eo maiore rixa facta tabernarius ei, qui lucernam sustulerat, oculum effoderat consulebat, num damnum iniuria non videtur dedisse, quoniam prior flagello percussus esset. respondi, nisi data opera effodisset oculum, non videri damnum iniuria fecisse, culpam enim penes eum, qui prior flagello percussit, residere sed si ab eo non prior vapulasset, sed cum ei lucernam eripere vellet, rixatus esset, tabernarii culpa factum videri.*

<sup>11</sup> «*Culpa semper videtur esse in eo, qui incipit percutere*», BALDUS UBALDUS PERUSINUS, Liber nonus Ad legem Aquiliam, In primam Digesti veteris partem Commentaria, Venetiis 1616, p. 336, Lex LIII.

des normes. Dans le fragment D. 9,2,27,11<sup>12</sup>, Proculus discute le cas des esclaves qui ont mis le feu à une maison louée par leur maître. Il se demande, quelle action pourrait être intentée contre le maître et conclut à une concurrence possible entre l'*actio locati* et l'*actio legis Aquiliae* avec, éventuellement, la possibilité pour le maître de donner les esclaves en *nox*a. Un des inconvénients de cette solution est le fait qu'un acte dommageable puisse donner lieu à plusieurs actions, mais que le responsable ne puisse, bien sûr, n'être condamné qu'une seule fois. Pour échapper à ce problème, mais aussi pour contourner le dilemme du plaignant forcé de choisir celle des actions qui lui sera la plus favorable, Baldus semble envisager une simplification sous forme d'une seule action: «Il faut imaginer une clause générale pour que tout soit ramassé de manière générale»<sup>13</sup>. Cette remarque, bien qu'elle ne vise sûrement pas l'ensemble de la *lex Aquilia*, mais seulement un problème particulier, montre évidemment une préoccupation de Baldus: Simplifier la jurisprudence romaine notamment là, où elle offre plusieurs solutions dont certaines peuvent tourner au désavantage du lésé.

Les annotations qui rassemblent en quelques mots l'essentiel d'un ou de plusieurs fragments et qui trufferont, à partir de Baldus, les commentaires ajoutent à la responsabilité aquilienne une nouvelle couche normative intermédiaire, glissée entre les deux chapitres initiaux de la *lex Aquilia* et la jurisprudence qu'ils ont générée. Ces quelques normes intermédiaires n'atteignent ni le degré de généralité du *damnum iniuria datum*, ni le degré de particularité détaillée du cas d'espèce. Elles expriment des règles générales de portée matériellement limitée.

Autrement dit, ce mouvement qui culminera dans la clause générale de responsabilité passe par une forme normative intermédiaire qui généralise non pas l'ensemble, mais quelques petites parties de la *lex Aquilia*. Baldus et ses successeurs se réappropriaient et reformulaient, peu à peu et par une voie

<sup>12</sup> Ulp. D. 9,2,27,11

*Proculus ait, cum coloni servi villam exussissent, colonum vel ex locato vel lege Aquilia teneri, ita ut colonus possit servos noxae dedere, et si uno iudicio res esset iudicata, altero amplius non agendum. sed haec ita, si culpa colonus careret ceterum si noxios servos habuit, damni eum iniuria teneri, cur tales habuit. idem servandum et circa inquilinorum insulae personas scribit quae sententia habet rationem.*

<sup>13</sup> «*Clausula generalis ut omnia complectatur generaliter est intelligenda*», BALDUS UBALDUS PERUSINUS, Liber nonus Ad legem Aquiliam, In primam Digesti veteris partem Commentaria, Venetiis 1616, p. 335, Lex XXVII.

détournée, ce que les juristes romains avaient déjà résumé dans le *damnum iniuria datum*.

Dans le chapitre «*Du dommage infligé par corruption du corps*»<sup>14</sup>, Donellus donne une description sommaire et brève des chapitres I et III de la *lex Aquilia*. En quelques mots seulement, il décrit les termes *tuer*, *brûler*, *briser* et *rompre*, pour résumer: «*Ainsi, en somme dans les deux chapitres la loi traite du dommage supérieur infligé*»<sup>15</sup>. Il met l'accent non pas sur la description des actes, mais sur leur effet qu'il saisit sous une forme générale: *damnum datum*.

Le chapitre suivant traite «*Des dommages infligés sans détruire ou corrompre les biens d'autrui*»<sup>16</sup>. Quelle sanction accorder, si un dommage a été infligé sans détruire un bien? Par exemple, si j'ai laissé tomber dans le Tibre la bague d'autrui ou si un magistrat a mal jugé une affaire? Donellus argumente avec la *ratio legis* pour soutenir, avec les juristes romains, qu'il faut suppléer à la *lex Aquilia*, trop restreinte, avec une *actio in factum*: «*Puisque l'utilité de la loi le postule*»<sup>17</sup>. Ici, ce n'est pas le texte de la *lex Aquilia* qui s'impose, mais – en l'occurrence – son *utilitas*.

La réelle intention de Donellus apparaît seulement à la fin du chapitre, lorsqu'il discute les rapports entre la *lex Aquilia* et les dommages infligés sans *corrumpere*, réglés dans différentes parties du Digeste et avec des moyens procéduraux propres<sup>18</sup>. Dans D. 50,13,6<sup>19</sup>, Gaius est d'avis que le juge imprudent, qui a mal fait son travail, répond non pas *ex maleficio*, mais *quasi ex maleficio*, et qu'il peut être poursuivi par une *actio in factum*. Pas du tout!, répond Donellus. Car, Gaius lui-même dit que le *maleficium* est à l'ori-

<sup>14</sup> «*De damno dato, quod corruptione corporis contingit*», DONELLUS, Opera IV, lib. 15, cap. 27.

<sup>15</sup> «*Ita in summa lex est utroque capite de superiore damno dato*», DONELLUS, Opera IV, lib. 15, cap. 27, 1.

<sup>16</sup> «*De damnis datis, quae integris & incorruptis rebus alienis contingunt*», DONELLUS, Opera IV, lib. 15, cap. 28.

<sup>17</sup> «*Quod utilitas legis postulabat*», DONELLUS, Opera IV, lib. 15, cap. 28, 1.

<sup>18</sup> Pour le cas de l'*anulus* d'autrui qu'un promeneur a laissé tomber dans le Tibre, cf. Alf. D. 19,5,23; pour le juge qui a mal jugé, cf. Gai. D. 50,13,6; cf. aussi D. 2,1ss.

<sup>19</sup> Gai. D. 50,13,6.

«*Si iudex litem suam fecerit, non proprie ex maleficio obligatus videtur: sed quia neque ex contractu obligatus est et utique peccasse aliquid intellegitur, licet per imprudentiam, ideo videtur quasi ex maleficio teneri in factum actione, et in quantum de ea re aequum religioni iudicantis visum fuerit, poenam sustinebit.*»

gine des dommages infligés illicitement<sup>20</sup>. Or, le juge fautif agit illicitement. Par conséquent, son acte est non pas un *quasi maleficium*, mais un *maleficium*, comme l'est tout *damnum iniuria datum*: «Ainsi, selon Gaius le dommage infligé illicitement est un méfait; & l'action de la loi aquilienne qui naît d'un dommage infligé illicitement provient d'un méfait. Et le juge qui a mal jugé a infligé illicitement un dommage. [...] Et ce qu'il a fait n'est pas moins un méfait et un délit que ce qui est revendiqué par la loi aquilienne»<sup>21</sup>. Les deux actes, celui du juge et celui poursuivi par la *lex Aquilia*, relèvent du même ordre. L'argument qui permet de poursuivre le juge fautif, l'imprudence, est également utilisé en matière de *lex Aquilia*: «Car cette imprudence est une faute; elle est une illicéité qui n'est pas moins revendiquée dans cette même loi aquilienne»<sup>22</sup>.

L'effet de l'argumentation de Donellus est surprenant. Il efface une des distinctions essentielles des juristes romains. Qu'importe que le dommage ait été infligé par *corrumpere* ou par un autre fait préjudiciable? L'essentiel est ailleurs. Dans les deux cas, un tort a été causé et il doit être réparé. Donellus met à la place du *corrumpere/non corrumpere* le critère plus général et abstrait du *damnum dare* qui permet de poursuivre toute forme de dommages que la jurisprudence romaine avait encore distingués.

Dans les chapitres de son *Commentarius* qui sont spécifiquement consacrés à la *lex Aquilia*, Donellus confirme sa vision large de la *lex Aquilia*: «La loi aquilienne a été faite pour poursuivre le dommage»<sup>23</sup> et même: «La loi aquilienne poursuit tous les dommages»<sup>24</sup>. Ici encore, il est bref dans ses

<sup>20</sup> Gai. D. 44,7,4

«*Ex maleficio nascuntur obligationes, veluti ex furto, ex damno, ex rapina, ex iniuria. ...*»

<sup>21</sup> «*Est igitur auctore Gaius maleficium damnum iniuria datum; & actio legis Aquiliae de damno iniuria dato illi ex maleficio est. At iudex qui male iudicavit, damnum dedit iniuria. [...] Quare & hoc eius factum maleficium & delictum est non minus, quam id quod vindicatur lege Aquilia.*», DONELLUS, Opera IV, lib. 15, cap. 28, 10.

<sup>22</sup> «*Nam & haec ipsa imprudentia culpa est: iniuria est, quae non minus vindicatur eadem illa lege Aquilia*», DONELLUS, Opera IV, lib. 15, cap. 28, 10.

<sup>23</sup> «*Lex Aquilia lata est de damno dato persequendo*», DONELLUS, Opera X, cap. 1, 1.

<sup>24</sup> «*... lex Aquilia omnia damna persequitur*», DONELLUS, Opera X, cap. 1, 14. Notons ici que, déjà avant Donellus, une autre distinction romaine est tombée. La *lex Aquilia* n'était en principe applicable qu'aux dommages infligés aux choses. En étaient exclues notamment les blessures ou la mise à mort d'une personne libre. La raison de cette exception était simple. Le dédommagement supposait une estimation du dommage selon le prix du marché. Or, l'homme libre n'avait pas de valeur marchande. Déjà les juristes médiévaux semblent avoir surmonté cet obstacle en se basant notamment sur

explications sur la terminologie aquilienne, se bornant essentiellement à rappeler que les deux chapitres de la *lex Aquilia* répriment le *tuer* et *corrompre* qui, selon lui, signifient en fait *détériorer une chose*<sup>25</sup>.

Mais, cette fois-ci il explique sa brièveté. A son avis, la responsabilité aquilienne est trop longue et doit être raccourcie: «*La chose est longue et doit être ramenée à certains genres et points capitaux*»<sup>26</sup>. Pas question donc de traiter toute la vaste casuistique du D. 9,2. Les problèmes qui se posent doivent être réglés à l'aide de quelques normes générales, applicables aux différents cas d'espèce.

Certes, Donellus ne formule pas de clause générale de responsabilité. Mais il exprime déjà clairement la nécessité de synthèse d'une jurisprudence trop extensive et énonce la méthode – *quelques genres et points capitaux* – qui permettra de donner une nouvelle forme à la responsabilité aquilienne<sup>27</sup>.

---

Gaius, Inst. III, 223-224, avec l'effet que, dorénavant, les hommes libres aussi pouvaient faire valoir leurs blessures corporelles. Voir à ce sujet CARBASSE, Jean-Marie et AUZARY-SCHMALTZ, Bernadette, La douleur et sa réparation dans les registres du Parlement médiéval, (XIII<sup>e</sup>-XIV<sup>e</sup> siècles), in: DURAND, Bernard, POIRIER, Jean, ROYER, Jean-Pierre, La douleur et le droit, Paris 1997, 423-437, 432; ZIMMERMANN, Obligations, 1024.

Notons ici que cette manière large de concevoir la *lex Aquila* et de mettre au centre des considérations portant sur la réparation du dommage permettra à terme de, d'abord, négliger et, ensuite, de laisser tomber la distinction entre les dommages contractuels et délictuels. Cette vision réapparaît notamment chez DOMAT (Loix civiles, liv. 2, tit. 8, sect. 4, 1 et 2) qui soumet la responsabilité contractuelle aux règles délictuelles. Cela est sans doute l'origine des normes comme ABGB 1295, mais aussi l'art. 42 de l'avant-projet suisse de loi fédérale sur la révision et l'unification de la responsabilité civile (2000).

<sup>25</sup> «*Rem mutare in deterius*», DONELLUS, Opera X, cap. 1, 3.

<sup>26</sup> «*Res longa est, ad + certa genera & capita revocanda est*», DONELLUS, Opera X, cap. 1, 2.

<sup>27</sup> KAUFMANN, Rezeption, 61, reproche notamment à Donellus d'avoir limité même l'*actio legis Aquiliae in factum* aux dommages causés à des objets. Il perd ici de vue deux aspects. Premièrement, Donellus considère le dommage causé par un juge qui a mal fait son travail comme un dommage qui tombe sous le coup de la *lex Aquilia*. Or, dans ce cas il ne s'agit évidemment pas d'un dommage concernant un objet, mais généralement d'une diminution de la fortune (DONELLUS, Opera IV, lib. 15, cap. 28, 1). Le reproche de Kaufmann est dès lors injustifié en tout cas sous cette forme générale. Deuxièmement, à côté des définitions en partie restrictives de la notion de dommage, Donellus utilise aussi des formules très ouvertes qui permettront par la suite d'élargir la notion de dommage (voir notamment DONELLUS, Opera IV, lib. 15, chap. 28, 2 *in fine*).

Grotius fut le premier à formuler une clause générale de responsabilité aquilienne<sup>28</sup>. La description des faits visés y prend une place minimale. Grotius procède en deux temps, en respectant exactement le schéma du *damnum iniuria datum*. Dans la première partie, il définit le *datum*, le type d'acte visé, commis «soit par un acte, soit par une abstention»<sup>29</sup>. Il choisit l'éventail le plus large possible de comportements qui peuvent aboutir à un méfait et admet, conformément à la jurisprudence romaine<sup>30</sup>, qu'aussi bien un acte qu'une abstention dommageables engagent la responsabilité. Dans la deuxième partie de la clause, il reprend textuellement, nous l'avons vu<sup>31</sup>, le *damnum datum*: «le dommage qu'on a infligé».

La généralité de la clause de Grotius tient surtout à la généralité des actes visés. Loin de l'énumération étroite des termes *tuer, brûler, briser et rompre*, il reformule en trois propositions l'essence de la *lex Aquilia* dont la jurisprudence avait déjà distillé le noyau conceptuel dans le *damnum iniuria datum*.

<sup>28</sup> Voir notamment ROTONDI, Dalla «Lex Aquilia», pp. 51ss; COING, Europäisches Privatrecht I, 506, 512; ZIMMERMANN, Obligations, 1032; FEENSTRA, Deliktsrecht, 429ss avec des renvois. KAUFMANN, Rezeption, 60, croit discerner dans la jurisprudence de l'*usus modernus* des sentences qui exprimeraient l'équivalent d'une clause générale. Il considère, probablement pas tout à fait à tort, que la pratique juridique avait pris l'*actio legis Aquiliae* directement pour une clause générale de responsabilité, sans cependant la formuler comme telle (63). Pour l'évolution générale de la responsabilité civile, voir aussi COING, Helmut, Europäisches Privatrecht 1500 bis 1800, München 1985, I, Älteres gemeines Recht, 503ss avec littérature; Jentsch, Hans, Die Entwicklung von den Einzeltatbeständen des Deliktsrechts zur Generalnorm und die Berechtigung einer solchen. Dogmengeschichte und rechtspolitische Bewertung, Leipzig 1939, 5ss *passim*. Voir aussi FEENSTRA, Robert, Grotius' doctrine of liability for negligence: its origin and its influence in Civil Law countries until modern codifications, in: SCHRAGE, Eltjo J. H. (éd.), Negligence. The comparative legal history of the law of torts, Berlin 2001, 129-171, avec une littérature abondante.

En ce qui concerne l'*actio legis Aquiliae* et la clause générale de responsabilité dans la pratique judiciaire de l'*usus modernus*, voir notamment KIEFER, Aquilische Haftung, 62ss.

<sup>29</sup> «Venons-en à ce qui est dû naturellement pour un méfait. Nous appelons méfait toute faute commise soit par un acte, soit par une abstention, et qui se trouve en conflit avec ce que les hommes doivent faire de manière générale ou en raison de certaines qualités. D'une telle faute naît naturellement une obligation, si un dommage a été infligé, de le réparer», GROTIUS, De jure belli, 2,17,1; cf. aussi *supra* I. B; pour la notion de dommage à partir de Grotius, voir aussi *infra* F. 3, Calcul du dommage.

<sup>30</sup> Cf. WINIGER, Responsabilité, 78ss;

<sup>31</sup> Cf. *supra* I.B.

La clause générale ne l'empêche pas d'aborder par la suite les différentes questions qui se posent notamment pour la définition du dommage. De manière générale, Grotius constate qu'il y a dommage quand «quelqu'un a moins du sien, soit du sien qui lui revient directement de la nature, soit par accession par un fait humain comme la propriété ou un pacte, soit par la loi»<sup>32</sup>. La notion de dommage est ensuite exemplifiée par une énumération qui montre la vaste extension des biens protégés: la vie, le corps, les membres, la réputation, l'honneur<sup>33</sup> et les actes propres de l'homme<sup>34</sup>. La description du dommage comme quelque chose «de moins du sien», mais aussi les exemples cités montrent que, en réalité, le dommage purement économique tombe clairement sous le coup de la clause générale de responsabilité<sup>35</sup>.

L'énumération de Grotius ne reprend pas seulement des éléments que déjà la *lex Aquilia* avait protégés, mais regroupe en même temps dans une seule proposition des biens qui, dans le Digeste, avaient été dispersés dans différents endroits. Aux dommages corporels protégés par la *lex Aquilia*, Grotius ajoute les dommages immatériels, dont Labeo disait qu'on les infligeait *verbis* et non pas *manus*<sup>36</sup>, et qui portaient atteinte à la réputation et à l'honneur, essentiellement protégés par le chapitre *De iniuriis et famosis libellis* du Digeste<sup>37</sup>.

<sup>32</sup> «*Damnum forte à demendo dictum, est [...] cum quis minus habet suo, sive illud suum ipsi competit ex mera natura, sive accedente facto humano, puta dominio, aut pacto, sive ex lege*», GROTIUS, *De Iure Belli*, 2, 17, 2.

<sup>33</sup> Un sujet largement abordé par la plupart des juristes est la flétrissure des jeunes filles qui, de ce fait, voient leur chance au mariage diminuer, ainsi que l'adultère. Généralement, les filles concernées seraient mises au bénéfice d'un dédommagement; si le séducteur a promis le mariage, la fille serait en droit de l'exiger. De même, si une femme adultère tombe en ceinte de son séducteur, l'époux a droit à un dédommagement pour les frais d'éducation de l'enfant naturel; pour le tout, voir GROTIUS, *De Iure Belli*, 2, 17, 15.

<sup>34</sup> GROTIUS, *De Iure Belli*, 2, 17, 2. Pour la notion de dommage avant Grotius, voir notamment FEENSTRA, Robert, *Théorie sur la responsabilité civile en cas d'homicide et en cas de lésion corporelle avant Grotius*, in: *Etudes d'histoire du droit privé offertes à Pierre Petot*, Paris 1959, 157-171, reproduit avec quelques modifications dans FEENSTRA, Robert, *Fata iuris romani*, Leyde 1974, 323-337 et notamment l'influence de Dominicus Soto, mais aussi du droit coutumier sur le dédommagement en cas d'homicide et de lésions corporelles.

<sup>35</sup> Dans le même sens, ZIMMERMANN, *Obligations*, 1035ss avec littérature.

<sup>36</sup> Ulp. D. 47, 10, 1, 1.

<sup>37</sup> D. 47, 10. Notons en marge que le *quis minus habet suo* est une première allusion au principe *suum cuique tribuere* que Grotius abordera dans la suite du même paragraphe et qui, dans la présente étude, sera analysé ultérieurement (voir *infra* D.3).

Mais Grotius fait un pas de plus, en incluant aussi ce qu'il appelle les *actiones propriae*, parfois traduites extensivement par «actes de volonté» ou «actes de volonté libres»<sup>38</sup>. Même si on ne retient pas l'interprétation peut-être excessive prêtant à ce passage une allusion à la volonté libre, Grotius protège néanmoins explicitement le droit de l'individu d'agir. Si, en principe, ce droit a existé dans l'ordre juridique romain, il n'y a toutefois pas été protégé explicitement dans la *lex Aquilia*, notamment en raison du fait qu'un empêchement d'agir n'était pas considéré comme un dommage.

Fidèle à son attitude de traiter du droit sous l'angle à la fois théorique et pratique, Grotius aborde ensuite des problèmes tirés de la jurisprudence romaine et quelques cas contemporains<sup>39</sup>. Comment juger celui qui donna l'ordre pour un acte préjudiciable sans l'exécuter lui-même<sup>40</sup>, ou celui qui simplement aida<sup>41</sup>? Ou encore, en cas d'homicide, quel dédommagement accorder pour des soins infructueux destinés à sauver la victime<sup>42</sup>? La clause générale ne fera pas disparaître tous les problèmes discutés jusque-là par la jurisprudence, mais les posera d'une autre façon. Le juriste ne raisonnera plus sur la base de cas particuliers qu'il rapproche ou distingue, mais à partir d'une norme générale et abstraite qu'il appliquera aux cas particuliers. Au lieu de définir l'extension de la norme particulière, il s'agira dorénavant de fixer l'extension de la norme générale. Le débat s'en trouve simplifié. Puisque la norme générale est par définition moins restrictive, le nombre de cas problématiques est plus restreint.

Dans l'*Inleiding*, Grotius combine, nous l'avons vu<sup>43</sup>, une forme de clause générale avec des délits particuliers, suggérés visiblement par la *lex Aquilia*. Dans le titre *Des Obligations suite à des méfaits en général*<sup>44</sup>, il dit du méfait

<sup>38</sup> Voir notamment la traduction de KELSEY, Francis, W., in: GROTIUS, *De Iure Belli ac Pacis libri tres*, translation (vol. 2), Oxford 1925, 430, qui parle de «acts of his will»; encore plus extensif FEENSTRA, *Deliktsrecht*, 432, qui traduit *actiones propriae* par «Freiheit zum Handeln».

<sup>39</sup> KAUFMANN, *Rezeption*, 63, soutient, un peu hâtivement et de manière trop peu nuancée, que les représentants du jusnaturalisme ignoraient la portée de l'*actio legis Aquiliae* justinienne. Si ce point de vue n'est pas entièrement insoutenable à l'égard notamment de Pufendorf et de Wolff, il est infondé concernant Grotius et Domat.

<sup>40</sup> GROTIUS, *De jure belli*, 2,17,6 et 11.

<sup>41</sup> GROTIUS, *De jure belli*, 2,17,6.

<sup>42</sup> GROTIUS, *De jure belli*, 2,17,13.

<sup>43</sup> Cf. *supra*, I.B.

<sup>44</sup> «*Van verbintnisse uit misdaed in 't gemeen*», GROTIUS, *Inleiding*, 3,32.

qu'il est «une action ou une abstention qui, en tant que telle ou par certaines règles, n'est pas autorisée»<sup>45</sup>. Comme dans le *De iure Belli*, il s'agit d'un acte ou d'une omission et, dans les deux cas, l'auteur enfreint l'ordre de la nature. Le méfait peut engendrer deux types de sanctions: une punition infligée par le pouvoir public ou, en droit privé, l'obligation de réparer le dommage<sup>46</sup>. Comme dans le *De iure Belli*, le méfait lui-même n'est pas véritablement défini, mais simplement décrit comme un acte de lésion: «Sont tenus à réparation tous ceux qui ont lésé quelqu'un par un méfait, aussi ceux qui n'ont pas commis l'acte mais qui, en agissant ou en s'abstenant, ont causé l'acte ou ses effets, par lesquels quelqu'un a été lésé»<sup>47</sup>.

Pas plus que le méfait, l'acte ne reçoit de définition. En revanche, il est illustré par plusieurs verbes: *ordonner, consentir, conseiller* ou *instiguer*<sup>48</sup>. L'abstention est elle aussi exemplifiée, en l'occurrence par celui qui n'a pas empêché ou dénoncé à temps l'acte dommageable<sup>49</sup>.

A ces considérations, qui reproduisent les idées de la clause générale de responsabilité sans leur donner une formulation aussi concise et compacte que dans le *De iure Belli*, Grotius ajoute des chapitres plus concrets qui reprennent largement les thématiques des chapitres I et III de la *lex Aquilia*. Le premier, *Des méfaits contre la vie*<sup>50</sup>, traite surtout du meurtre<sup>51</sup> qui, comme déjà dans la *lex Aquilia*, n'appelle pas d'explication sur l'effet de l'acte. Le deuxième, *Des méfaits contre le corps*<sup>52</sup>, concerne des membres *rompus, blessés* ou *rendus malades autrement*<sup>53</sup> et, finalement, le chapitre *Des méfaits contre les biens* traite des *destruction, enlèvement et endommagement*<sup>54</sup> des biens.

<sup>45</sup> «*Misdaet is een doen ofte laten, zijnde uit zich zelve ofte door eenige wet ongeoorloft*», GROTIUS, Inleiding, 3,32,3.

<sup>46</sup> GROTIUS, Inleiding, 3,32,7.

<sup>47</sup> «*Tot weder-evening dan zijn gehouden alle die iemand door misdaet hebben verkort, oock die de daed niet en hebben gedaen, maer die de daed ofte 't gevolg van dien, voor soo veel iemand daer by is verkort, eenigzins veroorzaken door doen ofte laten*», GROTIUS, Inleiding, 3,32,12.

<sup>48</sup> GROTIUS, Inleiding, 3,32,13.

<sup>49</sup> GROTIUS, Inleiding, 3,32,14.

<sup>50</sup> «*Van misdaet tegen 't leven*», GROTIUS, Inleiding, 3,33.

<sup>51</sup> «*doodslag*», GROTIUS, Inleiding, 3,33,2.

<sup>52</sup> «*Van misdaet tegen 't lichaem*», GROTIUS, Inleiding, 3,34.

<sup>53</sup> *Afgeslagen, gebloedrist, andersins gekrenckt*, GROTIUS, Inleiding, 3,34,1.

<sup>54</sup> *Goed-verderving, goed-beneming, goed-verargering*, GROTIUS, Inleiding, 3,37,1.

Dans ces chapitres, la terminologie, à nouveau très proche des *tuer, brûler, briser, rompre* et *corrompre* de la *lex Aquilia*, montre le double caractère du travail qui marie continuité et rupture. Sans se départir de la tradition, Grotius perfectionne à tel point la synthèse et la cohérence des concepts repris de ses prédécesseurs que les successeurs pourront en extraire une nouvelle base théorique pour la responsabilité aquilienne<sup>55</sup>.

Déjà chez Pufendorf on retrouve, sous une forme légèrement modifiée, le modèle de la clause générale: «*De ce précepte découle: si quelqu'un a été lésé par autrui, et que, d'une quelconque manière, un dommage lui a été infligé, qui peut à juste titre être imputé à l'autre, ce dernier doit réparer [le dommage, B.W] dans la mesure du possible*»<sup>56</sup>. Ici, la description de l'acte dommageable est encore plus succincte. Là, où la *lex Aquilia* avait énuméré les quatre termes *tuer, brûler, briser, rompre* et où Grotius avait distingué *sive in faciendo, sive in non faciendo*, Pufendorf choisit un élégant *ullo modo* qui contracte à l'extrême les formules précédentes et les étend à *tous* les modes d'agir.

Toutefois, la formule qu'il utilise n'est pas entièrement nouvelle. Elle rappelle Gaius qui décrit à deux reprises avec *quoquo modo*<sup>57</sup> certains actes

<sup>55</sup> De manière générale, KAUFMANN, *Rezeption*, 53ss, considère que, à partir de la seconde moitié du 17<sup>e</sup> siècle, les impulsions pour une transformation de la responsabilité étaient venues de la jurisprudence qui, selon lui, a fait preuve d'une grande inventivité notamment en procédant à une extension continue de la notion de dommage qui aurait englobé finalement aussi les dommages économiques (56s voir les différents cas analysés). Le moyen favori aurait été l'*actio in factum* taillée sur le modèle de l'*actio legis Aquiliae*. En revanche, pour Kaufmann, le rôle de la littérature théorique a été beaucoup plus conservateur, largement lié à la lettre du *Corpus iuris civilis*.

<sup>56</sup> «*Ex hocce porro praecepto consequitur, si cui abs aliquo laesio sit illata, damnumque datum ullo modo, qui ipsi recte potest imputari; id quantum ejus fieri potest, ab eodem esse sarciendum*», PUFENDORF, *De Jure Naturae*, 3,1, § 2. Pour des développements comparables et largement repris dans le *De Jure naturae*, voir aussi PUFENDORF, *De Officio*, 1, 6 et, antérieurement, *Elementorum Iurisprudentiae*, 1, 17.

<sup>57</sup> Gai. 3,217

*Capite tertio de omni cetero damno cavetur. itaque si quis servum vel eam quadrupedem, quae pecudum numero est, vulneraverit sive eam quadrupedem, quae pecudum numero non est, velut canem, aut feram bestiam, veluti ursum, leonem, vulneraverit vel occiderit, hoc capite actio constituitur. in ceteris quoque animalibus, item in omnibus rebus, quae anima carent, damnum iniuria datum hac parte vindicatur. si quid enim ustum aut ruptum aut fractum fuerit, actio hoc capite constituitur, quamquam potuerit sola rupti appellatio in omnes istas causas sufficere; ruptum enim intellegitur, quod quoquo modo corruptum est; unde non solum usta aut rupta aut fracta, sed et scissa et conlisa et effusa et quoquo modo vitiata aut perempta atque deteriora facta hoc verbo continentur.*

visés par la *lex Aquilia*. La démarche des deux textes reste bien sûr fondamentalement différente. Gaius se sert du *quoquo modo* pour préciser les termes spécifiques *corrompre* et *brûler, briser, rompre*, alors que Pufendorf, qui réfléchit dans des catégories générales et abstraites, résume sous *ullo modo datum* l'ensemble des actes dommageables possibles. Plus tard seulement, dans les explications ajoutées à la clause générale, Pufendorf précisera que les actes directs et indirects sont visés<sup>58</sup>, ainsi que les omissions<sup>59</sup>.

La description du dommage est aussi succincte que celle de l'acte: *si [...] laesio sit illata*. La simple expression *lésion infligée* inclut en principe toute forme de dommage, sans distinguer entre lésions corporelles, matérielles ou immatérielles. Les explications ajoutées dans le paragraphe suivant le confirmement: «*Toute lésion, corruption, diminution ou suppression de ce qui nous appartient déjà ou l'interception de ce que nous devrions avoir en vertu d'un droit parfait*»<sup>60</sup>. Et même la perte du fruit par l'endommagement du frugifère y est comprise<sup>61</sup>.

Pufendorf non plus ne se soustrait pas à l'influence de la jurisprudence romaine, mais il l'utilise à un double titre. D'abord, il s'en sert pour formuler sa clause générale. Ensuite, il confronte cette dernière aux problèmes les plus variés, parfois tirés de la tradition. On peut parler ici d'un véritable test de validité des normes. Ce test, qu'on discerne du reste déjà chez Grotius, sera réussi, si la nouvelle formule résout les problèmes posés aussi bien ou même mieux que l'ancienne.

En d'autres termes, la clause générale est immédiatement mise à l'épreuve du matériel casuistique traditionnel. D'une part, ce procédé typiquement juri-

<sup>58</sup> «*Et on peut imputer à un autre le dommage infligé immédiatement par quelqu'un.*»  
«*Potest & damnum ab aliquo immediate datum alteri imputari*», PUFENDORF, *De Jure Naturae*, 3,1, § 4.

<sup>59</sup> «*Vel faciendo, vel non faciendo*», PUFENDORF, *De Jure Naturae*, 3,1, § 4.

<sup>60</sup> «*Omnem laesionem, corruptionem, diminutionem, aut sublationem ejus, quod nostrum jam est, aut interceptionem ejus, quod ex jure perfecto debebamus habere*», PUFENDORF, *De Jure Naturae*, 3,1, § 3. Par rapport à la notion de dommage, voir aussi KUPISCH, Berthold, *La responsabilità da atto illecito nel diritto naturale*, in: VACCA, Letizia (éd.), *La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica*, Torino 1995, 123-143, 127ss, 132s, qui distingue, par rapport aux dommages personnels physiques et sociaux subis par le sujet lui-même, 5 catégories de dommages: 1. Lésions corporelles durables, 2. Douleurs endurées, 3. Frais de soins médicaux, 4. Perte de gain, 5. Ignominie.

<sup>61</sup> PUFENDORF, *De Jure Naturae*, 3,1, § 3.

dique permet de garantir la continuité entre l'ancien et le nouveau droit, puisqu'il fournit la preuve que les problèmes qui se sont posés dans le passé pourront être résolus aussi bien à l'avenir. D'autre part, le nouveau droit démontre qu'il permet de simplifier ou même de faire disparaître des problèmes juridiques.

Dorénavant, la clause générale de responsabilité aquilienne devient un élément fixe des grands projets de droit. Domat qui, nous le verrons<sup>62</sup>, va réorganiser toute la structure de la responsabilité, met la clause générale au début de la section *Des autres especes de dommages causez, par des fautes, sans crime ni délit*<sup>63</sup> et lui donne la forme suivante: «*Toutes les pertes, & tous les dommages qui peuvent arriver par le fait de quelque personne, soit imprudence, legereté, ignorance de ce qu'on doit sçavoir, ou autres fautes semblables, si legeres qu'elles puissent être, doivent être réparées par celui dont l'imprudence ou autre faute y a donné lieu. Car c'est un tort qu'il a fait, quand même il n'auroit pas eu intention de nuire. Ainsi, celui qui joüant imprudemment au mail dans un lieu où il pouvoit y avoir du péril pour les passans, vient à blesser quelqu'un, sera tenu du mal qu'il aura causé*». D'un point de vue purement formel et surtout après la lecture de celle de Pufendorf, la clause de Domat frappe d'abord par sa longueur. Plus explicite, Domat élabore une norme plus complète qui reflète à nouveau les problèmes particuliers de la jurisprudence. En même temps, il opère avec son ouvrage un changement de style. Il abandonne la rédaction en longs chapitres et subdivise le texte en petits articles qui préfigurent déjà un peu les paragraphes des codes à venir.

Le *datum* du *damnum iniuria datum* fut estropié: *qui peuvent arriver* est une expression incolore, neutre par rapport au mode d'action et applicable à tout événement dommageable. Il efface l'activité préjudiciable au point de suggérer qu'il ne s'agit pas d'attribuer un acte à un auteur, mais plutôt une responsabilité à une personne.

En revanche, le *damnum* est amplifié. Mentionné sous quatre formes différentes: d'abord *toutes les pertes, & tous les dommages*, ensuite *car c'est un tort* et finalement *sera tenu du mal*, le préjudice est clairement au centre

<sup>62</sup> Cf. *infra* II. A.2.

<sup>63</sup> DOMAT, *Loix Civiles*, liv. 2, tit. 8, sect. 4,1.

du texte, au détriment du *datum*. En même temps, la répétition souligne la diversité et la variété des formes qu'il peut prendre.

Malgré une clause générale extensive qui couvre un vaste champ de dommages, Domat ne se libère pas entièrement du mode de travail casuistique légué par la jurisprudence traditionnelle. Dans les articles suivants, il aborde, comme ses prédécesseurs, successivement quelques problèmes particuliers qui pourraient être réglés avec la clause générale, pour préciser la responsabilité par exemple en cas de dommages dus au hasard<sup>64</sup>, à l'ignorance de l'auteur<sup>65</sup> ou encore au cas fortuit<sup>66</sup>. La séparation<sup>66</sup> entre norme et casuistique, qui sera typique des codes, ne s'est pas encore imposée dans les *Loix civiles*.

Une solution double est retenue par Thomasius, qui stipule successivement un précepte et une clause générale de dédommagement. Le précepte relève, nous l'avons vu (*supra* I. B.), du droit de la nature ou du droit des Gens. Il ordonne: *Damnum datum resarci*; le dommage qui a été infligé doit être racheté<sup>67</sup>. Formellement, ce précepte répond bien sûr au *neminem laedere*. Matériellement, il en découle un impératif général de réparation. Thomasius ne fait pas seulement abstraction de toutes les modalités d'endommagement tels *occidere, urere, frangere* ou *rumpere*, mais il renonce aussi à l'exigence d'*iniuria* et de *culpa*. En d'autres termes, pris isolément, ce principe permettrait d'exiger que tout dommage soit racheté, y compris celui qui a été infligé à bon droit, par exemple au cours d'un acte de légitime défense ou encore par cas fortuit. Même si, au cours de ses développements, Thomasius discute aussi les notions comme la lésion, la corruption, la faute et le dol, la formulation de son précepte réduit la responsabilité aquilienne à son plus petit noyau conceptuel.

Dans un deuxième temps, nous l'avons dit, Thomasius formule une clause générale de responsabilité qui vise avant tout le mode de dédommagement: «Qu'il satisfasse celui qu'il a lésé d'une quelconque manière, soit par la res-

<sup>64</sup> «*Dommage causé par un fait innocent*», DOMAT, *Loix Civiles*, liv. 2, tit. 8, sect. 4, 3.

<sup>65</sup> «*Ignorance de ce qu'on doit savoir*», DOMAT, *Loix Civiles*, liv. 2, tit. 8, sect. 4, 5.

<sup>66</sup> «*Dommage arrivé par un cas fortuit, précédé de quelque fait qui y donne lieu*», DOMAT, *Loix Civiles*, liv. 2, tit. 8, sect. 4, 9.

<sup>67</sup> THOMASIIUS, Christian, *Institutionum Jurisprudentiae Divinae libri tres, in quibus Fundamenta Juris Naturalis secundum Hypotheses Illustris Pufendorffii perspicue demonstrantur*, Halae Magdeburgicae 1720, liv. II, cap. V, De non laedendis aliis, § I,15; voir aussi GROTIUS, De jure belli, 2,17,1, qui utilise l'expression *nempe ut id resarciatur*.

titution d'une même chose, soit, si cela ne peut pas se faire, par une estimation de la chose y compris tous les intérêts»<sup>68</sup>. Ici, la notion de dommage est formulée largement et, surtout, n'importe quelle attitude dommageable tombe sous le coup de la clause. Thomasius précise que toute forme d'acte médiat ou immédiat, par action ou abstention, dol, faute ou absence de diligence, dirigé contre la vie, le corps, les membres, la pudeur ou la liberté, mais aussi contre des institutions ou conventions, engage l'auteur à dédommager le lésé<sup>69</sup>.

Christian Wolff opte pour une clause générale brève: «*Celui qui, dolosivement ou par faute, détériore la chose d'autrui doit au propriétaire ce que la chose détériorée vaut de moins*»<sup>70</sup>. Si l'expression *détériore la chose* renvoie en principe à une activité ou à une attitude de l'auteur, elle ne décrit pas le mode d'agir, ni le résultat qui s'est produit. Dès lors, toutes formes d'acte et de dommage peuvent tomber sous le coup de cette norme. Ces considérations d'ordre général sont complétées par un certain nombre de définitions spécifiques. Ainsi, le dommage peut être infligé par *facere* et *non facere*<sup>71</sup>, volontairement ou par dol<sup>72</sup>, fautivement<sup>73</sup> ou encore par hasard<sup>74</sup>.

Dans son *Traité des obligations*, Pothier formule sa clause générale de responsabilité aquilienne presque par *obiter dictum*: «*La loi naturelle est la cause au moins médiate de toutes les obligations: car si les contrats, délits ou quasi-délits produisent des obligations, c'est primitivement, parce que la*

<sup>68</sup> «*Ut de damno, quocunque modo ex his dato, laeso, vel per restitutionem ipsius rei, vel, si haec fieri nequit, ejus aestimationis cum omni interesse satisfiat*», THOMASII, Christian, *Institutionum Jurisprudentiae Divinae libri tres*, in quibus *Fundamenta Juris Naturalis secundum Hypotheses Illustris Pufendorfii perspicue demonstrantur*, Halae Magdeburgicae 1720, lib. II, cap. V. § I.26.

<sup>69</sup> THOMASII, Christian, *Institutionum Jurisprudentiae Divinae libri tres*, in quibus *Fundamenta Juris Naturalis secundum Hypotheses Illustris Pufendorfii perspicue demonstrantur*, Halae Magdeburgicae 1720, lib. II, cap. V. § I.12 et 17ss.

<sup>70</sup> «*Qui rem alienam dolo vel culpa sua deteriore reddit, in tantum domino tenetur, quanto minoris est res deteriorata*», WOLFF, *Jus Naturae* 2, § 618. Jean-Jacques BURLAMAQUI, dans ses *Principes du Droit naturel*, Genève 1748 (reprint Hildesheim 1984), 2<sup>e</sup> partie, chap. 11, § 3, p. 196, utilise une formule qui, sous le titre «Des qualités naturelles», porte des traces lointaines de la clause générale de responsabilité: «Mais, on est digne de louanges, lorsque par son application & par ses soins, on perfectionne ces qualités, ou que l'on corrige ces défauts; & au contraire, on est avec justice rendu coupable des imperfections & des infirmités qui proviennent de mauvaise conduite ou de négligence».

<sup>71</sup> WOLFF, *Jus Naturae* 2, § 488.

<sup>72</sup> WOLFF, *Jus Naturae* 2, § 489.

<sup>73</sup> WOLFF, *Jus Naturae* 2, § 490.

<sup>74</sup> WOLFF, *Jus Naturae* 2, § 491.

*loi naturelle ordonne que chacun tienne ce qu'il a promis, et qu'il répare le tort qu'il a commis par sa faute*»<sup>75</sup>. A la différence des auteurs précédents, il donne ici deux clauses, dont la première: *que chacun tienne ce qu'il a promis*, est contractuelle. Pour ce qui est de la seconde: *qu'il répare le tort qu'il a commis par sa faute*, le vocabulaire est emprunté à la responsabilité aquilienne. Mais, rien n'empêche, à notre avis, de considérer que la faute puisse être soit contractuelle, soit délictuelle. La clause est très sommaire, sans aucune spécification ni de la nature de l'acte, ni du dommage lui-même.

Une fois formulée, la clause générale, nous l'avons vu, devient un élément fixe dans les projets de responsabilité aquilienne. Sa généralité réside dans une formulation abstraite, qui renonce aux particularités de l'acte et du dommage telles que la *lex Aquilia* et la jurisprudence romaine les avaient connues. La notion de *damnum* se généralise pour embrasser finalement l'ensemble des préjudices qu'on peut infliger à autrui<sup>76</sup>. Quant au *datum*, il n'est plus lié à des actes ou à des omissions spécifiques. Le rapport entre l'acte et l'auteur n'est plus du tout précisé, au point que l'auteur est rendu responsable, comme Domat le dit, de *tous les dommages qui peuvent arriver*<sup>77</sup>.

La clause générale ouvrira de nouvelles possibilités, tant sur le plan formel que matériel. Formellement, la responsabilité pourra être fondue en une seule norme générale qui modifiera le mode de raisonnement juridique. Au lieu de chercher des analogies dans la jurisprudence, le juriste raisonnera par déduction et induction pour établir si le cas particulier tombe sous le coup de la clause générale. C'est seulement en deuxième lieu et en cas de besoin qu'il consultera la casuistique pour clarifier des points précis que la clause ne règle pas.

Matériellement, la clause générale, formulée en termes abstraits, sera applicable à l'ensemble des actes dommageables. Si le principe fondamental, le dédommagement, reste le même que dans la *lex Aquilia*, la clause générale sera plus souple, puisque abstraite, concernant les modalités de l'acte et du dommage. En même temps, elle sera plus ouverte à l'évolution notamment technique qui générera, à partir du 18<sup>e</sup> siècle, de nouvelles formes de risques et dangers.

<sup>75</sup> POTHIER, Traité, part. 1, chap. 1, sect. 2, § 3, 123; pour l'obligation générale de réparation, voir aussi § 2, 121.

<sup>76</sup> Pour le dommage purement économique, voir aussi ZIMMERMANN, Obligations, 1022ss.

<sup>77</sup> DOMAT, Loix Civiles, liv. 2, tit. 8, sect. 4,1.

## 2. *Le Damnum Datum et la causalité*

Selon la *lex Aquilia*, l'acte dommageable, le *datum*, et le dommage, le *damnum*, doivent se trouver dans un rapport de causalité. L'auteur de l'acte doit également, par son acte, être l'auteur du dommage. Cela résulte de la formulation du texte de la loi: *qui occiderit* du chapitre I et *si quis alteri damnum faxit, quod usserit fregerit ruperit* du chapitre III établissent un lien de causalité directe entre celui qui a tué et la mort de la victime, respectivement entre celui qui a brûlé, brisé ou rompu et la chose brûlée, brisée ou rompue.

Déjà la jurisprudence romaine assouplissait cette notion restrictive de causalité pour admettre, dans certains cas, des formes de causalité indirecte. Ainsi, celui qui, sans la toucher, avait chassé de sa propriété une jument qui avorta par la suite, était responsable du dommage causé au propriétaire de l'animal<sup>78</sup>. Outre les dommages corporels, les juristes romains admettaient aussi des dommages incorporels, sanctionnés alors par une *actio in factum* ou *actio utilis*: «*mais si le dommage n'a pas été infligé avec un corps et si aucun corps n'a été lésé, mais que le dommage a atteint quelqu'un d'une autre manière*»<sup>79</sup>. Plus généralement, l'extension de la notion de causalité était un des instruments-clés pour élargir la responsabilité aquilienne romaine<sup>80</sup>.

Le débat sur la causalité continuait en droit commun. Toutefois, seule une partie du problème romain subsistait, l'autre partie ayant disparu avec les modifications procédurales intervenues entre-temps. Les juristes romains avaient été confrontés à une double question. D'une part, il fallait fixer l'extension de la causalité. D'autre part, ils devaient déterminer l'action à accorder. Le cas d'espèce tombait-il sous une *actio legis Aquiliae*, une *actio utilis* ou plutôt une *actio in factum*? Le système des actions ayant été modifié progressivement depuis le Moyen-Age, cette question présentait pour les juristes du droit commun un intérêt plutôt historique. En revanche, l'autre question, celle concernant l'extension de la notion de causalité, restait d'actualité. Jusqu'où un lien de causalité entre l'acte et le dommage existait-il? A partir de quand ce lien était-il rompu? Par exemple, celui qui conseille à un autre de

<sup>78</sup> Pomp. D. 9,2,39pr.

<sup>79</sup> I. 4,3,16

«... *sed si non corpore damnum fuerit datum neque corpus laesum fuerit, sed alio modo damnum alicui contigit...*».

<sup>80</sup> Cf. WINIGER, Responsabilité, 56ss.

descendre dans un puits répond-il de l'accident qui arrive à l'autre? Et le maître, est-il responsable des actes dommageables de son subordonné? Comme pour la définition du *damnum datum*, les juristes de droit commun discutaient la casuistique romaine et, parfois, en extrayaient peu à peu leurs propres solutions.

Avec la généralisation du *damnum datum* à toute forme d'actes et de dommages, la question de la causalité se posait d'une manière plus large. Sous la *lex Aquilia* qui fixait avec *tuer, brûler, briser, rompre* les modalités des actes réprimés, le juriste pouvait se limiter à un contrôle spécifique. L'auteur répond-il de *frangere*? Frapper quelqu'un et lui casser un bras présentait une unité entre l'acte et son effet qui rendait la cause évidente. Le lien entre le *damnum* et le *datum* était concret à tel point que le critère de la causalité restait implicite. Mais ce problème devenait plus complexe. Avec l'abstraction progressive du dommage et du mode d'action, le lien entre le *damnum* et le *datum* prenait également des formes plus abstraites. Si la nature même de la question n'avait pas changé, l'accent s'était déplacé des acte et dommage vers la causalité qui, subitement, pouvait poser un problème.

Un début de modification de la question par rapport aux *tuer, brûler, briser, rompre* de la *lex Aquilia* se lit déjà dans la formule du *damnum iniuria datum* lui-même qui situe le problème de la causalité dans le *datum*. *Si le dommage a été donné*, au sens de *si le dommage a été infligé*, suppose, certes, que l'auteur ait commis un acte qui a eu le dommage comme conséquence. Mais la modalité de l'acte n'étant pas spécifiée, il incombait au juge d'évaluer le lien causal. La modification s'accroît ensuite, à mesure que les juristes de droit commun s'éloignent des actes dommageables concrets.

Cujas expose la question sous une forme très proche des sources romaines, en soulignant surtout la différence entre le dommage *corpore corpori*, c'est-à-dire infligé directement avec un corps et à un corps, et le dommage *non corpore non corpori*, causé autrement que par un corps et à une chose autre qu'un corps. Le dommage *corpore corpori* par excellence proviendrait d'un coup porté à quelque chose. Pour le dommage *non corpore*, Cujas cite notamment le cas romain où l'auteur a enfermé du bétail d'autrui pour le laisser crever de faim. Pour *non corpori*, il ne donne pas d'exemple, mais le décrit abstraitement, comme Iustinien dans ses *Institutiones*<sup>81</sup>: «*mais si le*

---

<sup>81</sup> I. 4,3,16.

*dommage n'a pas été infligé avec un corps, ni qu'un corps a été lésé, mais que le dommage a atteint autrui d'une autre manière*»<sup>82</sup>. Son propos ne concerne ici pas directement les questions de causalité, mais surtout les actions à accorder en cas de dommages sans un lien quelconque avec un corps. Toutefois, la manière de traiter le problème montre que, à l'instar des juristes romains, Cujas soumet la responsabilité aquilienne à une notion de causalité vaste et, pour le *non corpore non corpori*, largement immatérialisée.

Donellus lui emboîte le pas tant pour la présentation que pour la solution du problème. A son tour, il reprend la distinction entre *corpore/non corpore* et *corpori/non corpori* pour conclure également à une responsabilité de l'auteur dans les quatre cas de figure possibles. Lui aussi maintient la solution romaine, selon laquelle le dernier cas de figure (*non corpore/non corpori*) doit être réprimé, mais avec une action auxiliaire à la place de l'*actio legis Aquiliae*<sup>83</sup>. A propos de la portée de la *lex Aquilia* et de l'action à accorder, il souligne, en faisant allusion à Ulpien, D. 9,2,7,6<sup>84</sup>, la distinction entre les actes décrits dans les deux chapitres et les autres modes d'agir: «*Par ailleurs, cela faisait une grande différence si on rompait quelque chose, ou si on donnait la cause d'un dommage, ce dernier [l'auteur de, B.W.] n'étant pas tenu par la loi [aquilienne, B.W.], mais par une action de fait*»<sup>85</sup>.

En réalité, la préoccupation pour les différentes actions est, nous l'avons dit, d'un intérêt surtout historique. Donellus se rend compte que le sujet n'est plus d'actualité et que, même pour les juristes romains, l'enjeu était de plus en plus limité: «*Mais il importe peu de quelle action il s'agisse, pourvu qu'une d'elles convienne*»<sup>86</sup>. Même s'il tempère cette affirmation par rapport au droit romain en précisant quelques différences entre les différents

<sup>82</sup> «*Sed si non corpore damnum datum, neque corpus laesum fuerit, sed alio modo damnum alicui contigerit*», CUJAS, Notae in Librum IV. Instit. Iustiniani, De lege Aquilia, caput III, § 16, Opera omnia I, 240.

<sup>83</sup> Cf. DONELLUS, Opera IV, lib. 15, cap. 28.

<sup>84</sup> Ulp. D. 9,2,7,6

*Celsus autem multum interesse dicit, occiderit an mortis causam praestiterit, ut qui mortis causam praestitit, non Aquilia, sed in factum actione teneatur ...*

<sup>85</sup> «*Porro multum interesse: utrum quis ruperit, an causam damni dederit: qui causam damni dedit: hac lege non teneri, sed in factum actione*», DONELLUS, Opera X, cap. 3, 1.

<sup>86</sup> «*Nihil autem magnopere refert, quae actio sit, modo aliqua competat*», DONELLUS, Opera X, cap. 3, 3.

moyens procéduraux<sup>87</sup>, sa remarque met sur un second plan le système des actions. Ce qui lui importe, c'est l'extension de la responsabilité aquilienne. Dans ce sens, *pourvu qu'une d'elles convienne* exprime la nécessité d'ouvrir la responsabilité délictuelle à un large éventail de cas. Un des moyens pour atteindre cet objectif est, évidemment, d'assouplir la notion de causalité.

Les dommages indirects, dont la plupart figurent dans le titre D. 9,2, sont alors regroupés dans de nouveaux systèmes de classement basés sur la nature de la cause. La première catégorie comprend les cas où l'auteur a créé l'occasion pour un dommage, mais pas le dommage lui-même, par exemple, si quelqu'un a excité un animal qui a ensuite endommagé quelque chose. La deuxième catégorie concerne des actes anodins, mais dont l'effet devait naturellement conduire à un dommage; par exemple, enfermer le bétail d'autrui sans ensuite le nourrir. La troisième rassemble les dommages par ricochet, lorsque l'un frappe le bras d'un autre qui, à son tour, blesse un tiers. Et la dernière contient les cas de dommages en chaîne, où un acte en soi préjudiciable entraîne un deuxième dommage. Donellus cite le cas du tonnelier qui, pendant des travaux de réparation, brise un tonneau et en laisse couler le vin<sup>88</sup>. Une autre classe concerne des cas de responsabilité pour auxiliaires, où le mandant est responsable de l'acte commandité, où le maître répond des actes de son esclave ou encore où il tolère que son subordonné inflige des torts<sup>89</sup>.

L'énumération détaillée des cas de figure envisagés montre que le concept de causalité et, par conséquent, de responsabilité reste en droit commun aussi large que dans la jurisprudence romaine. En même temps, elle illustre aussi le mérite de Donellus de reformuler et restructurer les différents problèmes de la responsabilité. Un des pas décisifs fut certainement de se détourner des innombrables questions particulières de la jurisprudence romaine pour se concentrer à la fois sur les lignes générales de la responsabilité et sur la définition des formes de dommages susceptibles d'être réparés. En fait, Donellus suit une double démarche qui oscille entre une règle fondamentale et la casuistique. D'une part, il réaffirme le principe général du *damnum iniuria datum* selon lequel tout dommage infligé illicitement doit être réparé. D'autre

<sup>87</sup> Par exemple, l'*actio legis Aquiliae* a, explique-t-il, un caractère pénal qui manque à l'*actio in factum*, cf. DONELLUS, Opera X, cap. 3, 4.

<sup>88</sup> DONELLUS, Opera X, cap. 3, 3 et 4.

<sup>89</sup> DONELLUS, Opera X, cap. 3, 5.

part, il illustre à l'aide d'une longue liste de cas particuliers l'extension du champ de la responsabilité. A la lumière des projets à venir, ce travail de Donellus apparaît comme une *summa* qui prépare les démarches de ses successeurs.

C'est encore Grotius qui apporta un nouveau modèle en matière de causalité. Dans sa clause générale, le problème apparaît à deux reprises. Une fois sous sa forme générique: «*si le dommage a été infligé*»<sup>90</sup>, qui suppose implicitement un rapport de cause à effet. La formulation, bien sûr, n'est pas nouvelle, mais simplement reprise du *damnum iniuria datum*. L'autre occurrence, «*soit par un faire, soit par un non-faire*»<sup>91</sup>, ajoute que le *datum* comprend aussi bien la commission que l'omission. Elle précise la première formule en l'élargissant aux actes d'abstention. Elle non plus n'est pas nouvelle. Déjà la jurisprudence romaine en avait accepté le principe.

La particularité de la nouvelle formule est d'ouvrir l'angle le plus large possible de causalité qui, dorénavant, n'impose plus aucune restriction. Ni les modalités de l'acte, ni celles du dommage, ni le degré de médieté entre les deux ne sont limités. Par conséquent, la causalité, qui reste une condition nécessaire, n'entrave plus aucunement la responsabilité aquilienne.

A l'instar de Donellus, Grotius rompt avec la procédure romaine et cesse de raisonner en termes d'actions. Sans s'encombrer des questions complexes concernant les champs d'application de chacune d'elles, il revalorise le principe, déjà consigné dans le *damnum iniuria datum*, selon lequel tout dommage infligé sans droit doit être réparé. Autrement dit, en dissociant clairement fond et procédure, Grotius fait l'économie d'un des problèmes les plus difficiles de la *lex Aquilia*, pour se concentrer exclusivement sur l'aspect matériel de la responsabilité.

Le commentaire qu'il ajoute à la clause générale reste aussi dépouillé. Grotius rappelle sommairement le principe que tout auteur d'un dommage répond de son fait: «... *tous ceux que nous avons énumérés sont tenus, s'ils ont véritablement été la cause du dommage, c'est-à-dire, s'ils ont apporté l'impulsion soit au dommage dans son entier, soit à une partie du dommage*»<sup>92</sup>. Par la même occasion, avec le *momentum attulerint* il définit la

<sup>90</sup> «*Si damnum datum est*», GROTIUS, De jure belli, 2,17,1.

<sup>91</sup> «*Sive in faciendo, sive in non faciendo*», GROTIUS, De jure belli, 2,17,1.

<sup>92</sup> «... *hos omnes quos diximus ita teneri, si vere causa fuerint damni, id est momentum attulerint, aut ad totum damnum, aut ad partem damni*», GROTIUS, De jure belli, 2,17,10.

cause dans des termes larges où la cause physique est remplacée par ce que l'on pourrait appeler l'«élément décisif» ou l'«influence déterminante» qui conduira, directement ou non, au dommage<sup>93</sup>. Il poursuit avec une brève remarque sur la responsabilité des auxiliaires et d'autres personnes impliquées indirectement, mais sans entrer dans les considérations de détail léguées par la jurisprudence romaine.

Dans l'*Inleiding*, Grotius reprend, nous l'avons vu<sup>94</sup>, une forme de clause générale<sup>95</sup> qui exige explicitement un rapport de causalité. Le dommage doit avoir été «causé par faire ou laisser»<sup>96</sup>. Comme dans le *De jure belli*, il admet une notion de causalité large. C'est seulement dans la suite qu'il énumère et exemplifie en détail différents actes visés<sup>97</sup>, retombant ainsi dans un style plus pratique et plus proche des commentaires de ses prédécesseurs.

Chez Pufendorf aussi, le problème est d'abord évoqué dans la clause générale<sup>98</sup>. Les deux expressions *laesio sit illata et damnumque datum ullo modo* supposent implicitement un rapport de cause à effet entre l'acte et le dommage. Le *ullo modo* qui, nous l'avons vu, admet en principe toute forme d'acte, souligne en même temps un concept de causalité large. Ce qui importe, ce n'est ni le mode d'agir, ni la proximité entre cause et effet, mais le dédommagement du lésé.

Comme déjà chez Grotius, l'exposé de Pufendorf à propos de la causalité fait figure d'un commentaire annexé à la clause générale. Dans un vocabulaire très proche du langage de Grotius, Pufendorf explique que la réparation du dommage incombe au véritable auteur du dommage, à celui qui a donné l'impulsion<sup>99</sup>, et non pas nécessairement à l'auteur direct: «*De tout*

<sup>93</sup> Vu la signification particulière, aussi bien dans l'emploi romain que médiéval, du terme *momentum* comme la languette de la balance, l'expression de Grotius fait penser à la balance de la justice qui est mise en mouvement ou déséquilibrée par l'intervention décisive qui conduira à un dommage. Pour l'emploi médiéval de *momentum*, voir notamment Carolus DU FRESNE, *Domino du Cange, Glossarium mediae et infimae latinitatis*, V, Niort 1885. Je tiens à remercier mon ami Christoph Lüthy pour ses recherches approfondies concernant la signification précise de la notion de *momentum* chez Grotius.

<sup>94</sup> Cf. *supra*, I.B.

<sup>95</sup> GROTIUS, *Inleiding*, 3, 32, 12.

<sup>96</sup> «*Veroorzaken door doen ofte laten*», GROTIUS, *Inleiding*, 3, 32, 12.

<sup>97</sup> GROTIUS, *Inleiding*, 3, 32, 13ss; 3, 33, 1ss; 3, 34, 1ss.

<sup>98</sup> Pour le texte de clause générale, cf. *supra* I. C. 1.

<sup>99</sup> Notamment là où Grotius écrit «*id est momentum attulerint, aut ad totum damnum, aut ad partem damni*» (GROTIUS, *De jure belli*, 2,17,10.), Pufendorf parle de «*seu momentum*

*cela, il faut savoir que ceux-là sont ainsi tenus à réparation, s'ils ont été la véritable cause du dommage*<sup>100</sup>. S'il n'est pas le premier à faire la distinction entre les auteurs immédiats et véritables, il trouve ici avec la *revera causa*, la véritable cause, une formulation précise qui résume en peu de mots le résultat d'un des grands débats de la *lex Aquilia* sur les dommages médiats.

Dans la discussion consacrée à divers problèmes liés à la causalité, Pufendorf développe une règle qu'il veut *universelle*<sup>101</sup> pour le dédommagement, mais qui délimite avant tout la causalité: «*si quelqu'un n'a pas contribué réellement à l'acte même, par lequel le dommage a été infligé, ni qu'il ait commis antérieurement quelque chose pour le soutenir; ni qu'il en ait tiré avantage de quelque manière, et bien qu'il ait commis à cette occasion un péché, il n'est tout de même pas tenu à la restitution du dommage*»<sup>102</sup>. Une fois encore, il confirme une conception large de la causalité, en visant même celui qui, sans avoir participé directement au dommage, en tire un avantage. Mais, il veut visiblement en exclure celui qui, sans y avoir réellement pris part, a été associé à l'acte dommageable, soit qu'il ait eu un lien aléatoire avec les auteurs, soit qu'il ait pris position par rapport à l'acte commis. A ce titre, il dissocie la responsabilité juridique des actes répréhensibles sur le seul plan moral. Ainsi, le simple fait de se réjouir du préjudice subi par autrui peut constituer un péché, mais n'entraîne pas d'obligation de réparation, aussi peu que la simple apologie d'un crime<sup>103</sup>.

---

*aliquid attulerint ad totum damnum, aut ejusdem partem*», PUFENDORF, De Jure Naturae, 3, 1, § 4. Pour la causalité, voir également PUFENDORF, De Officio, 1, 6, § 7. Voir aussi SCHRAGE, Eltjo J. H., Negligence. A comparative and historical introduction to a legal concept, in: SCHRAGE, Eltjo J. H. (éd.), Negligence. The comparative legal history of the law of torts, Berlin 2001, 7-45, 18ss, 41s.

<sup>100</sup> «*De his igitur omnibus sciendum, illos ita teneri ad reparationem damni, si revera causa damni fuerint*», PUFENDORF, De Jure Naturae, 3, 1, § 4.

<sup>101</sup> «*Et videtur in universum hancce regulam dare posse ...*», PUFENDORF, De Jure Naturae, 3, 1, § 4.

<sup>102</sup> «*Nempe ubi quis ad ipsum actum, quo damnum fuit datum, realis aliquid operae non contulit, neque ut ille susciperetur, antedecenter effecit; neque in partem aliquam emolumentum venit, is licet occasione istius actus aliquo peccato obstringatur, ad restitutionem tamen damni non tenebitur*», PUFENDORF, De Jure Naturae, 3, 1, § 4.

<sup>103</sup> PUFENDORF, De Jure Naturae, 3, 1, § 4.

Dans la doctrine française, la causalité devient plus explicite. Chez Domat, elle figure même dans le titre de la section («*Des autres espèces de dommages causez par des fautes, sans crime ni délit*»<sup>104</sup>) et la clause générale y fait allusion trois fois. La première des trois occurrences se trouve dans l'expression «*les dommages qui peuvent arriver par le fait de quelque personne*»<sup>105</sup>. Domat trouve ici une des formules les plus ouvertes et plus souples qui, en un certain sens, paraît même ambiguë: «*qui peuvent arriver*» semble entièrement effacer le lien causal. Seule l'expression «*par le fait de*» suppose néanmoins l'acte ou l'abstention d'un auteur.

Toujours dans la clause générale, la deuxième occurrence, «*réparées par celui dont l'imprudence ou autre faute y a donné lieu*», suppose aussi un acte causal, mais sans le nommer. En revanche, le troisième passage, «*sera tenu du mal qu'il aura causé*» est formel. Domat y tire la conclusion d'un exemple<sup>106</sup> ajouté à la clause générale en soulignant que l'auteur doit avoir été à l'origine du dommage. En l'occurrence, la cause est physique, sans être nécessairement directe.

En d'autres termes, Domat choisit dans la clause générale une formulation générique, ouverte à toutes les formes de causalité. En revanche, l'illustration qu'il en fait traite d'un cas de causalité physique pour lequel un modèle causal beaucoup plus restreint aurait suffi. De toute évidence, Domat vise une causalité large. Loin de la restreindre au monde physique, il l'étend même, par exemple, aux dommages résultant de la demeure du débiteur<sup>107</sup>, aux dommages que quelqu'un aurait pu et dû empêcher<sup>108</sup> ou encore au tort causé par un cas fortuit provoqué par un fait illicite<sup>109</sup>.

Pour l'explication des hypothèses envisagées, il adopte une technique comparable à celle de Grotius. Les différents paragraphes qui suivent la clause

<sup>104</sup> DOMAT, Loix Civiles, liv. 2, tit. 8, sect. 4.

<sup>105</sup> DOMAT, Loix Civiles, liv. 2, tit. 8, sect. 4, 1.

<sup>106</sup> «*Ainsi, celui qui jouant imprudemment au mail dans un lieu où il pouvoit y avoir du péril pour les passans, vient à blesser quelqu'un, sera tenu du mal qu'il aura causé*», DOMAT, Loix Civiles, liv. 2, tit. 8, sect. 4, 1.

<sup>107</sup> DOMAT, Loix Civiles, liv. 2, tit. 8, sect. 4, 2.

<sup>108</sup> DOMAT, Loix Civiles, liv. 2, tit. 8, sect. 4, 8.

<sup>109</sup> «*Si le cas fortuit est une suite d'un fait illicite, & qu'il en arrive quelque dommage; celui dont le fait y a donné lieu, en sera tenu, à plus forte raison que si le cas fortuit n'étoit que la suite de quelque imprudence ...*» DOMAT, Loix Civiles, liv. 2, tit. 8, sect. 4, 10.

générale n'en sont en réalité que des cas spécifiques. Ils soulèvent des problèmes particuliers, à régler séparément pour délimiter la portée de la clause générale<sup>110</sup>.

Wolff aussi implante la causalité directement dans la clause générale: «*Celui qui, par dol ou par sa faute, détériore la chose d'autrui ...*»<sup>111</sup>. Ne précisant ni la nature du dommage, ni celle de l'acte qui y a conduit, il accepte une causalité qu'on peut qualifier d'englobante. Dans le passage auquel il renvoie, il précise que tout dommage – *damnum omne*<sup>112</sup> – doit être racheté. Lors de considérations plus générales, qui fondent philosophiquement la responsabilité, il va même jusqu'à énumérer les maux les plus divers: «*celui qui agit de sorte que l'autre tombe dans des maux de l'âme, ou du corps ou de la fortune, rend l'autre lui-même ou son statut extérieur plus imparfait*»<sup>113</sup>. Wolff admet ici une causalité qui va au-delà de celle de ses prédécesseurs. L'expression *agir de la sorte que l'autre tombe ...* inclut les liens de causalité les plus divers et indirects. L'énumération tant des maux physiques que métaphysiques et même des revers de fortune vise une responsabilité qui, en principe, est illimitée. L'auteur répond de toutes les conséquences de son acte, y compris des plus éloignées de la cause initiale du dommage.

Comme Domat, Pothier choisit aussi une causalité à la fois explicite et large. Dans le *Traité des Obligations*, il définit le quasi-délit comme «*le fait par lequel une personne, sans malignité, mais par une imprudence qui n'est pas excusable, cause quelque tort à un autre*»<sup>114</sup>. Une fois de plus, la nature et l'étendue de la causalité ne sont pas précisées. En principe, tout acte aux

<sup>110</sup> Samuel Stryk, dans le chapitre *de lege Aquilia* de ses *Fundamenta Iuris Iustiniani ad ordinem institutionum, succintis aphorismis in usum auditorum*, traite de manière succincte la *lex Aquilia* et le dommage qu'elle permet de poursuivre. Conformément à l'air du temps, mais sans trahir l'esprit des sources justiniennes, il soutient que toute diminution du patrimoine doit être considérée comme dommage: «*omnis deminutio patrimonii, quacunq[ue] ratione facta*», STRYKIUS, Samuelis, *Fundamenta Iuris Iustiniani ad ordinem institutionum, succintis aphorismis in usum auditorum*, Halae Magdeburgicae 1714, 120.

<sup>111</sup> «*Qui rem alienam dolo vel culpa sua deterio[re]m reddit,...*», WOLFF, *Jus Naturae*, 2, § 618.

<sup>112</sup> WOLFF, *Jus Naturae* 2, § 580.

<sup>113</sup> «*Qui id agit, ut alter incidat in mala animi, vel corporis vel fortunae, alius vel status ejusdem externi imperfectio[re]m promovet*», WOLFF, *Jus Naturae* 1, § 693.

<sup>114</sup> POTHIER, *Traité*, part. 1, chap. 2, sect. 2, § 2, 116.

conséquences directes ou non, corporelles ou non, peut conduire à une obligation de réparation.

En même temps, le langage prend peu à peu la forme normative sobre et concise que les législateurs choisiront un demi-siècle plus tard pour les Codes. Le fait d'aligner des normes générales et abstraites dispense Pothier, et plus tard le législateur, de donner des détails sur la notion de causalité. Ce nouveau style normatif garantit aussi un champ d'application étendu que de longues explications et de nombreux exemples à l'appui ne feraient que réduire. Il appartiendra à la jurisprudence de résoudre les problèmes particuliers qui surgiront.

L'analyse du *damnum datum* et de la causalité montrent à quel point la jurisprudence romaine a préparé et déterminé la formation de la responsabilité aquilienne de droit commun. Les juristes du droit commun ne reprenaient pas seulement la casuistique romaine, mais avec elle aussi le mode de pensée et les concepts juridiques. Le *damnum iniuria datum* jouait un rôle fondamental. Fruit de la jurisprudence, il reformulait et modifiait partiellement les éléments fondamentaux contenus dans le texte de la *lex Aquilia*. C'est particulièrement vrai pour le *damnum datum* qui est une expression abstraite et élargie des *tuer, brûler, briser, rompre*. C'est le *damnum iniuria datum* qui a été repris par les juristes de droit commun, au détriment du texte de la *lex Aquilia*, et c'est aussi lui qui a influencé la formation de la clause générale de responsabilité aquilienne qui en reprend les traits principaux: un acte et un dommage abstraits, et une notion large de causalité, étendue chez certains auteurs à une responsabilité en principe illimitée.

Quant à la notion de causalité, elle n'est pas seulement liée à la définition plus ou moins large du *damnum datum*, mais également à la notion de *culpa*. Nous verrons que causalité et faute se trouvent en quelque sorte dans un rapport de concurrence. Une fois que le lien de causalité naturelle est établi, c'est-à-dire le fait que A a été la cause de B, le juge devra se prononcer sur l'imputation. Il devra décider si, sur le plan juridique, le lien causal est suffisamment direct ou si l'effet est trop éloigné de la cause pour être imputable à l'auteur de l'acte. Ce problème se pose notamment dans les cas de dommages indirects ou par ricochet. L'évaluation du rapport de causalité se trouve souvent en concurrence avec l'évaluation que le juge fait de la faute. Si le juge adopte un concept large de la faute, il aura tendance à subordonner les considérations concernant le rapport de causalité à celles portant

sur la faute. Il sera tenté de vérifier simplement s'il existe un lien de causalité naturelle. Dans la négative, il niera nécessairement la responsabilité de l'auteur. Dans l'affirmative, ses considérations porteront exclusivement sur l'évaluation de la faute. De ce fait, les considérations concernant la faute absorbent souvent celles portant sur l'extension du lien causal.

## D. Le *Damnum Culpa Datum* et le droit naturel

Le texte initial de la *lex Aquilia* fait, nous l'avons vu, de l'*iniuria* une condition explicite de l'application de la loi. Pour obtenir gain de cause, le demandeur devait non seulement démontrer le dommage, mais aussi le caractère illicite de l'acte. Pour en convaincre le juge, il lui soumettait des éléments montrant que l'ordre juridique avait été enfreint. Rapidement, la jurisprudence romaine développa un catalogue d'arguments qui permettaient aux parties de faire cette démonstration en alléguant notamment la faute de l'auteur, sa négligence, son inexpérience ou encore son imprudence<sup>1</sup>. Parmi ces arguments, c'est la faute qui finira par s'imposer.

Chez Gaius surtout, la faute obtint un statut privilégié et central dans la *lex Aquilia*. Le *dolus* et la *culpa* devinrent les arguments indispensables pour aboutir à un jugement d'*iniuria*: «On considère que celui, par le dol ou la faute duquel [la mort] est arrivée, a tué illicitement [...]; ainsi celui qui, sans faute et dol, a infligé un dommage est impuni»<sup>2</sup>. Selon Gaius, le demandeur devait prouver le caractère illicite de l'acte: *iniuria occidere*. Mais, pour que le juge puisse conclure à l'*iniuria*, il fallait désormais démontrer la faute ou le dol de l'auteur.

Même si, par la suite, cette règle ne fut pas suivie dans tous les cas, elle transformait la *lex Aquilia* durablement et en profondeur. Le recours à la faute conduisait à une analyse toujours plus détaillée des personnes impliquées, où le juge s'intéressait d'abord à leur comportement, mais aussi aux motifs, intentions et même aux états d'âme qui les habitaient.

Cette tendance, qui rendait la responsabilité aquilienne toujours plus subjective, se poursuivit au deuxième millénaire. Nous montrerons que les juristes du droit civil commun suivaient principalement Gaius et mettaient progressivement la faute au centre de leurs modèles, à tel point que le *Damnum Iniuria Datum* fut reformulé en *Damnum Culpa Datum*. Cette transformation aura d'importantes conséquences. Formellement, le terme *iniuria* renvoyait au *ius*, respectivement à l'ordre juridique dans son ensemble. Une fois

---

<sup>1</sup> Cf. WINIGER, Responsabilité, 95ss.

<sup>2</sup> Gai. 3,211

*Is iniuria autem occidere intellegitur, cuius dolo aut culpa id acciderit, nec ulla alia lege damnum, quod sine iniuria datur, reprehenditur; itaque inpunitus est, qui sine culpa et dolo malo casu quodam damnum committit.*

l'*iniuria* remplacée par la *culpa*, le renvoi ne se faisait plus seulement à la norme juridique, mais à toute forme de norme. Les juristes du droit commun, et surtout les jusnaturalistes, en tireront les conséquences et étendront la notion de faute, et avec elle la responsabilité aquilienne tout entière, à l'ensemble des actes de l'homme. On ne répondra plus seulement de la transgression de normes juridiques, mais de l'ensemble des actes commis. Parallèlement, les juristes de droit commun opéraient un changement plus général qui touchait la théorie du droit dans son ensemble. L'ordre juridique reçut un fondement explicitement philosophique et parfois même théologique qui, surtout au moyen des notions de nature et *devoir*, mais aussi des principes généraux *suum cuique tribuere* et *neminem laedere*, investissait le droit de morale<sup>3</sup>.

### 1. *La transition de l'iniuria à la culpa*

Cujas, nous l'avons vu<sup>4</sup>, connaît parfaitement la formule *damnum iniuria datum* et l'emploie couramment. Néanmoins, il considère que la *lex Aquilia* assimilait *iniuria* et *culpa*: «*Dans cette loi, illicéité signifie faute*»<sup>5</sup>. Ce rapprochement, opéré pour conclure l'analyse d'un cas particulier, se trouve dans un passage où Cujas utilise tantôt le *damnum iniuria datum*, tantôt le *damnum culpa datum*<sup>6</sup>. Dans une autre occurrence, il fait un pas de plus: «*Car, dans la loi aquilienne, l'illicéité est prise pour la faute*»<sup>7</sup>. Il inverse exactement le rapport des *iniuria* et *culpa*, tel que la jurisprudence romaine l'avait défini. Contrairement à ce qu'il dit, ce n'est pas l'illicéité qui est prise pour la faute, mais bien la faute pour l'illicéité. Comment interpréter cette

<sup>3</sup> Voir aussi GAZZANIGA, Jean-Louis, Notes sur l'histoire de la faute, in: Droits, 5/1985, 17-28.

<sup>4</sup> *Supra* I B. Pour le rôle de la *culpa* surtout en droit médiéval, voir BENÖHR, Hans-Peter, Zur ausservertraglichen Haftung im gemeinen Recht, in Festschrift für Max Kaser zum 70. Geburtstag, München 1976, 689-713; pour les notions de *iniuria* et *culpa* en droit pénal médiéval, voir ENGELMANN, Woldemar, Die Schuldlehre der Postglossatoren und ihre Fortentwicklung. Eine historisch-dogmatische Darstellung der italienischen Juristen des Mittelalters seit Accursius, 2. Verb. Auflage, (1. Auflage Leipzig 1895), reprint Aalen 1965, 17ss; pour la faute concomitante, voir AUMANN, Peter, Das mitwirkende Verschulden in der neueren juristischen Dogmengeschichte, Diss. Hamburg 1964, 31-58; ZIMMERMANN, Obligations, 1033ss.

<sup>5</sup> «*In ea lege iniuria significat culpam*», CUJAS, Ad Legem IX, Opera omnia VII, 93 A.

<sup>6</sup> Voir par exemple les analyses de CUJAS, Ad Legem IX, Opera omnia VII, 92E.

<sup>7</sup> «*Nam in l. Aquilia, iniuria accipitur pro culpa*», CUJAS, Opera omnia VI, Comm. in Lib. 86 Digest. Saluij Iuliani, 480 E.

inversion, alors que Cujas ne devait pas se tromper sur le texte initial de la *lex Aquilia* qui ne mentionne que l'*iniuria*, et non pas la *culpa*? Peut-être que la substitution de l'*iniuria* par la *culpa* était déjà enracinée à un tel point dans la culture juridique du 16<sup>e</sup> siècle que même un spécialiste comme Cujas pouvait s'y méprendre sans que son erreur lui saute aux yeux.

Le même rapprochement d'*iniuria* et de *culpa* se trouve chez Donellus qui, toutefois, est beaucoup plus nuancé: «Les Anciens ont pris le dommage infligé illicitement au sens d'un dommage donné sans droit, c'est-à-dire fautive-ment»<sup>8</sup>. Donellus reprend ici le fameux fragment D. 9,2,5,1 d'Ulpien qui définit l'*iniuria* de la *lex Aquilia* trois fois de suite: non iure, contra ius, culpa. Mais Donellus se rend compte que le simple alignement de définitions ne résout pas le problème posé. Pour expliquer les conditions d'application de la *lex Aquilia*, il énumère et décrit quelques critères à disposition du juriste: l'auteur du dommage tombe sous le coup de la *lex Aquilia*, s'il a agi dolosivement, en connaissance de cause et en prévoyant le dommage, mais aussi s'il est inexpérimenté ou même s'il n'avait nullement voulu causer un tort<sup>9</sup>.

C'est alors que Donellus s'engage dans des considérations qui le conduiront à renverser une partie du raisonnement aquilien. Pour définir la faute, il reprend d'abord la plus ancienne description qui se trouve dans la *lex Aquilia*, celle de Mucius: «..., mais la faute est ce qui n'a pas été prévu, alors que cela aurait pu être prévu par le diligent»<sup>10</sup>. Donellus considère que non seu-

<sup>8</sup> «*Iniuria damnum datum sic acceperunt veteres, non iure datum, id est culpa*», DONELLUS, Opera IV, Lib. XV, Cap. XVII, II, 223/224. Pour la fonction de la faute, voir aussi CERAMI, Pietro, La responsabilità extracontrattuale dalla compilazione di Giustiniano ad Ugo Grozio, in: VACCA, Letizia (éd.) La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica, Torino 1995, 103-122, 113ss.

<sup>9</sup> «*Qui dedit sciens prudens dolo malo, sed & qui per imperitiam aut nihil minus cogitans quam damnum dare, si dedit culpa*», DONELLUS, Opera IV, Lib. XV, Cap. XXVII, II, 224.

<sup>10</sup> Paul. D. 9,2,31

*Si putator ex arbore ramum cum deiceret vel machinarius hominem praetereuntem occidit, ita tenetur, si is in publicum decidat nec ille proclamavit, ut casus eius evitari possit. sed Mucius dixit, etiam si in privato idem accidisset, posse de culpa agi: culpam autem esse, quod cum a diligente provideri poterit, non esset provisum aut tum denuntiatum esset, cum periculum evitari non possit. secundum quam rationem non multum refert, per publicum an per privatum iter fieret, cum plerumque per privata loca vulgo iter fiat. quod si nullum iter erit, dolum dumtaxat praestare debet, ne immittat in eum, quem viderit transeuntem: nam culpa ab eo exigenda non est, cum divinare non potuerit, an per eum locum aliquis transiturus sit.*

lement il est impossible de définir la faute – *quod est infiniti laboris*<sup>11</sup> – mais que, en plus, une telle entreprise serait inutile, puisque tous les jours peuvent se produire des cas limites suscitant de nouveaux doutes. Par conséquent, il propose d'inverser le problème et de fixer les critères qui excluent la faute: *sed quibus rebus fiat, ne sit culpa*<sup>12</sup>, car ceux-là peuvent être énumérés limitativement<sup>13</sup>.

A ce stade de sa réflexion, Donellus procède à un changement fondamental, en stipulant une présomption de faute en cas de dommages: «*statuons qu'on considère que tout dommage est infligé fautivement, et que, de ce fait, il se prête à la coercition de la loi aquilienne, si celui qui a infligé le dommage n'est pas défendu par une raison, pour laquelle il l'a fait*»<sup>14</sup>. En généralisant la présomption de la faute, Donellus renverse premièrement l'argumentation des parties. Si, sous la *lex Aquilia*, elles devaient démontrer l'*iniuria* de l'auteur, les parties seront dorénavant contraintes à prouver l'absence de faute. Deuxièmement, il met la faute au centre de l'argumentation et, de ce fait, au centre du raisonnement juridique de la *lex Aquilia*.

Pour contourner le problème de la preuve négative qu'il serait impossible d'apporter, Donellus est contraint de donner les critères de l'absence de *culpa*. Il en choisit deux: «*Dans cette matière, il y a seulement deux défenses justes: L'une, si quelqu'un a commis son acte à bon droit. L'autre, s'il l'a fait par un cas fortuit qui n'est précédé d'aucune faute*»<sup>15</sup>. Autrement dit, il inverse doublement le rapport entre *iniuria* et *culpa*. Sous le système romain, la *culpa* était un argument pour démontrer l'*iniuria*, alors que, chez Donellus, la *iure* devient l'argument pour prouver l'absence de faute.

Mais le fond du problème subsiste malgré cette inversion. Au lieu d'énumérer les cas de figure de *culpa*, Donellus sera obligé de dénombrer ceux qui permettent de justifier un acte commis *iure* ou *casu*. Dans l'énumération qui

<sup>11</sup> DONELLUS, Opera IV, Lib. XV, Cap. XXVII, III, 224.

<sup>12</sup> DONELLUS, Opera IV, Lib. XV, Cap. XXVII, III, 225.

<sup>13</sup> «...: *at res quibus culpa amovetur, certae & finitae, atque eadem paucae*», DONELLUS, Opera IV, Lib. XV, Cap. XXVII, III, 225.

<sup>14</sup> «*Ut statuamus omne damnum datum culpa datum videri, eoque pertinere ad coercitionem legis Aquiliae, nisi qui damnum dedit iusta aliqua ratione defendatur, cur id fecerit*», DONELLUS, Opera IV, Lib. XV, Cap. XXVII, III, 225.

<sup>15</sup> «*Iusta in hac re defensio omnino duplex. Una, si quis quod fecit, iure fecit. Altera, si fecit casu quem nulla facientis culpa praecesserit*», DONELLUS, Opera IV, Lib. XV, Cap. XXVII, III, 225.

suit, il mentionne notamment la légitime défense, les mesures de protection contre des incendies et les dommages infligés pour se protéger contre des vols commis de nuit.

Pour le cas fortuit aussi, – l’autre argument pour échapper à la *lex Aquilia* en cas de dommage –, Donellus excelle dans la conversion des concepts romains. Défini comme dommage infligé sans faute<sup>16</sup>, le cas fortuit est un événement que l’auteur «*ne pouvait pas prévoir avec la providence humaine*»<sup>17</sup> ou dont, bien que prévisible, il ne devait pas se soucier. La définition par la providence est conceptuellement identique et terminologiquement semblable à la définition que Mucius avait donnée de la *culpa*<sup>18</sup>. Malheureusement, la démarche de Donellus est circulaire, puisqu’elle décrit d’abord l’absence de faute par le cas fortuit, qui à son tour, est défini comme absence de faute.

Donellus ne met pas par hasard la faute au centre de ses raisonnements sur la *lex Aquilia*. Lui-même constate que cette question a attiré la plus grande attention et provoqué les plus importantes discussions parmi ses collègues<sup>19</sup>. Il reprend encore une fois le sujet en réaffirmant, dans les chapitres *Ad legem Aquiliam*, le lien entre *iniuria* et *culpa*: «*Iniuria ruptum, id est, non iure, sive quod idem est, cum culpa*»<sup>20</sup>. Dans cette nouvelle tentative de cerner la *culpa*, Donellus se penche à nouveau sur les sources romaines: «*La faute est un péché; on a agi fautivement, si le danger pouvait être prévu, et qu’il n’a pas été prévu; à moins que quelque chose défende le fait*»<sup>21</sup>. Le terme péché pourrait évidemment avoir une connotation morale. Cependant, Donellus peut tout aussi bien l’avoir repris des sources romaines, où déjà Ulpien l’utilise dans un fragment de la *lex Aquilia*<sup>22</sup>. Dans ce dernier cas, *peccare* désignerait plutôt une simple faute sans référence à un ordre moral ou religieux.

<sup>16</sup> «*Casus in damno dato ita excusationem habet, si eum nulla facientis culpa praecesserit*», DONELLUS, Opera IV, Lib. XV, Cap. XXVII, V, 225.

<sup>17</sup> «*Uno, si qui fecit, eum casum praevidere humana providentia non potuit*», DONELLUS, Opera IV, Lib. XV, Cap. XXVII, V, 225.

<sup>18</sup> Paul. D. 9, 2, 31; cf. *supra*.

<sup>19</sup> «*Hic est locus, in quo maxima pars disputationum iuris auctorum his titulis versatur*», DONELLUS, Opera X, Ad tit. D. Legem Aquiliam, ch. 1, 5, p. 3.

<sup>20</sup> DONELLUS, Opera X, Ad tit. D. Legem Aquiliam, ch. 1, 4, p. 3.

<sup>21</sup> «*Culpa peccatum est, culpa factum est, si praevideri periculum potuit, neque praevisum est; nisi quae res factum defendat*», DONELLUS, Opera X, Ad tit. D. Legem Aquiliam, ch. 1, 5, p. 3.

<sup>22</sup> Cf. Ulp. Coll. 12,7,7 et Ulp. D. 9,2,27,9.

Quant au critère de prévisibilité, il est tiré, nous l'avons vu<sup>23</sup>, de la définition de la faute par Mucius.

Supposant tacitement le renversement des rôles des *iniuria* et *culpa*, tel que nous l'avons vu dans le premier texte analysé<sup>24</sup>, il se demande à nouveau quelles circonstances peuvent être invoquées contre la faute. Cette fois-ci, il propose deux autres catégories d'arguments, tirés respectivement de la personne et des faits. *Ex persona*, le défendeur peut faire valoir les défauts intellectuels de l'auteur. Avec Ulpien<sup>25</sup>, Donellus considère que le fou, l'enfant et l'impubère ne répondent pas de la *lex Aquilia*. *Ex genere facti*, le problème se pose en termes de pouvoir. L'auteur aurait-il pu ne pas commettre l'acte? «*Si cela n'a pas été en son pouvoir, il n'y a pas de faute: puisque rien ne peut être imputé à celui qui, alors qu'il avait voulu prendre ses précautions, ne l'a pas pu*»<sup>26</sup>. A travers la casuistique variée qui suit ses deux critères *ex persona*, mais surtout *ex genere facti*, Donellus développe en tout quatre critères principaux pour contrer la *culpa*: Premièrement, nous l'avons vu, si l'auteur ne pouvait pas éviter le dommage; deuxièmement, s'il peut faire valoir un droit qui lui permet de commettre l'acte; troisièmement, si le dommage s'est produit par cas fortuit et, finalement, si la victime elle-même est fautive<sup>27</sup>.

Evidemment, avec sa nouvelle taxinomie, Donellus ne résout pas la plupart des problèmes contre lesquels déjà les juristes romains s'étaient battus. En revanche, il introduit un nouveau modèle de responsabilité aquilienne qui, nous l'avons déjà vu en partie, se distingue essentiellement sur trois points du

<sup>23</sup> Cf. *supra*.

<sup>24</sup> Cf. *supra*, DONELLUS, Opera IV, Lib. XV, Cap. XXVII, III, 225.

<sup>25</sup> Ulp. D. 9,2,5,2.

<sup>26</sup> «*Si non fuit in eius potestate, culpa caret: quia non est, quod imputetur ei, qui si vellet cavere, non potuit*», DONELLUS, Opera X, Ad tit. D. Legem Aquiliam, ch. 1, 6, p. 3.

<sup>27</sup> DONELLUS, Opera X, Ad tit. D. Legem Aquiliam, ch. 1, 10, p. 5. Pour la faute concomitante en général et la *culpa compensatio*, voir AUMANN, Peter, Das mitwirkende Verschulden in der neueren juristischen Dogmengeschichte, thèse Hamburg, 1964; LUIG, Klaus, Ueberwiegendes Mitverschulden, in *Ius Commune* 2/1969, 187-238, qui constate: «In Wahrheit ist aber das Prinzip der Abwägung [des fautes respectives, B.W.] wenn nicht schon im römischen Recht, so doch dann im *usus modernus* allmählich herausgearbeitet worden und war vor Wolff fester Bestandteil von Theorie und Praxis des europäischen *ius commune*», 238.

Notons que Donellus propose ici un système qui nous rappelle le Code civil italien, art. 2050, dans lequel l'auteur du dommage doit, s'il veut se libérer, prouver qu'il a pris toutes les mesures idoines pour éviter le dommage. Ici aussi, le fardeau de la preuve est renversé.

*damnum iniuria datum* romain. D'abord, il met la *culpa* à la place de l'*iniuria*. Ensuite, il instaure une présomption générale en cas de dommage. Et, finalement, il inverse la stratégie argumentative des parties qui, dorénavant, ne prouveront plus l'existence d'une *iniuria*, mais l'absence de *culpa*. En faisant du *ius* un des arguments principaux pour contrer la présomption de faute, il inverse doublement, nous l'avons vu, le rapport que la jurisprudence avait établi entre *iniuria* et *culpa*. Si, auparavant, la *culpa* était un argument pour aboutir à un jugement *iniuria*, maintenant le *ius* sera un argument pour échapper au verdict de *culpa*.

Grotius consolide partiellement ce rapport entre illicéité et faute<sup>28</sup>, mais lui donne une nouvelle forme. Le passage déterminant se trouve évidemment dans sa clause générale: «*Nous appelons méfait toute faute commise soit par un acte, soit par une abstention, et qui se trouve en conflit avec ce que les hommes doivent faire de manière générale ou en raison de certaines qualités*»<sup>29</sup>. Grotius ne saurait être plus clair. Le méfait, ou dommage infligé illicitement, se définit par la faute même qui consiste, à son tour, en une violation quelconque d'un devoir. Notons ici que le devoir jouera plus tard un rôle déterminant et envahira, surtout sous l'influence du jusnaturalisme du 18<sup>e</sup> siècle, le droit dans son ensemble (pour le rôle déterminant du devoir, voir *infra* D.3.).

Grotius met la *culpa* et le *damnum culpa datum* au centre de sa clause générale, au détriment de l'*iniuria* et du *damnum iniuria datum*. En cela, il suit Donellus qui avait déjà fait de la *culpa* le pivot de la responsabilité aquilienne. Pourquoi alors Grotius fait-il figurer l'*iniuria* dans le titre du chapitre 17? Comment interpréter cette apparente inconséquence? La réponse pourrait se trouver dans la formulation même de la clause. En réalité, celle-ci est composée de deux phrases rédigées en deux terminologies différentes<sup>30</sup>. Avec des tournures comme *quod homines communiter facere debent* et *pro*

<sup>28</sup> Pour la fonction de la faute chez Grotius, Pufendorf, Thomasius et Wolff, BENÖHR, Hans-Peter, Ausservertragliche Schadenersatzpflicht ohne Verschulden? Die Argumente der Naturrechtlehren und -kodifikationen, in ZRG Rom. Abt. Bd. 93, pp. 208-252, 209ss.

<sup>29</sup> GROTIUS, De iure Belli, 2,17,1; pour le texte latin, cf. *supra*, I. B.

<sup>30</sup> «*Veniamus ad id quod ex maleficio naturaliter debetur. Maleficio hinc appellamus culpam omnem, sive in faciendo, sive in non faciendo, pugnantem cum eo quod aut homines communiter, aut pro ratione certae qualitatis facere debent. Ex tali culpa obligatio naturaliter oritur, si damnum datum est, nempe ut id resarciatur*», GROTIUS, De iure belli, 2,17,1.

*ratione certae qualitatis*, la première phrase, conçue comme définition du méfait, dévie légèrement du vocabulaire aquilien. En revanche, la seconde phrase, qui formule la conséquence normative, reste parfaitement fidèle à la tradition de la *lex Aquilia*, à l'exception toutefois du *naturaliter*.

Autrement dit, la clause générale de Grotius réunit un élément traditionnel – la conséquence normative – et un élément plus novateur – la définition remaniée de la *culpa* qui sera, nous le verrons, étroitement liée au devoir. Notons toutefois que cette définition, dans laquelle la faute seule apparaît, alors que l'illicéité est en quelque sorte reléguée dans le titre, n'est pas réinventée *ex nihilo*, mais à partir d'éléments qu'on pouvait tirer de la jurisprudence romaine<sup>31</sup>. Elle peut être lue comme la quintessence d'une partie de la casuistique romaine, exprimée dans une terminologie partiellement renouvelée. Dans cette lumière, la clause générale dans son ensemble apparaît comme une nouvelle reformulation compacte et enrichie du titre D. 9,2.

Sous une autre forme, Pufendorf<sup>32</sup> se rallie à la solution de Grotius. Il renonce à faire figurer l'*iniuria* directement dans sa clause générale, mais la circonscrit par *recte potest imputari*<sup>33</sup>, où le *recte* précise que l'imputation se fait selon les règles de la loi et que, donc, la lésion était contraire à l'ordre normatif au sens large. La *culpa* est traitée seulement dans la discussion des critères qui peuvent conduire à une obligation de dédommagement. A la différence des gaisins Donellus et Grotius, mais conformément à une grande partie de la jurisprudence romaine, Pufendorf n'accorde pas de fonction privilégiée à la *culpa* elle-même. Pour être réprimé, le dommage ne doit pas nécessairement être infligé fautivement; aussi la lésion qui résulte, par exemple, d'un acte dolosif ou d'une négligence génère une obligation de réparation<sup>34</sup>. En revanche, le tort causé par cas fortuit en est exclu.

<sup>31</sup> Pour une analyse plus détaillée de la notion de *culpa* en rapport avec celle de *devoir*, cf. *infra* D. 3.

<sup>32</sup> Selon KAUFMANN, *Rezeption*, 74s, en droit allemand, à la différence du droit romain, la responsabilité aquilienne ne dépendait initialement pas de la faute, mais y a été introduite par la jurisprudence.

<sup>33</sup> Pour le texte, voir *supra*, I. C.

<sup>34</sup> «*Ceterum ut aliquis à nobis laedatur, aut damno afficiatur, fieri potest vel dolo malo destinatoque consilio, vel per solam culpam citra propositum quidem, non tamen absq; negligentia, eaque vel leviore, vel magis supina*», PUFENDORF, *De Jure Naturae* 3, 1, § 6.

Une voie médiane, mais déjà très proche de nos formulations contemporaines, se trouve chez Domat: «*Toutes les pertes, & tous les dommages qui peuvent arriver par le fait de quelque personne, soit imprudence, legereté, ignorance de ce qu'on doit sçavoir, ou autres fautes semblables, si legeres qu'elles puissent être, doivent être réparées par celui dont l'imprudence ou autre faute y a donné lieu. Car c'est un tort qu'il a fait, quand même il n'auroit pas eu intention de nuire*»<sup>35</sup>. La faute est ici le critère général et obligatoire pour engager la responsabilité, les *imprudence*, *légereté* et *ignorance* n'étant que des formes particulières de fautes: *ou autres fautes semblables*. La solution de Domat est en même temps enracinée dans la tradition romaine. L'énumération des différents critères, qui n'est pas limitative, rappelle la technique gaienne, dans laquelle le juriste pouvait apporter toute espèce d'arguments, mais devait impérativement démontrer la faute de l'auteur pour obtenir gain de cause.

Terminologiquement, l'*iniuria* est effacée de la clause, au bénéfice de la *culpa*. Toutefois, un problème se pose qui fait penser que l'*iniuria* n'a disparu que de la surface. Implicitement, Domat doit présupposer que l'acte fautif était contraire à l'ordre juridique, sans quoi il serait, nécessairement, conforme à la loi et ne pourrait être réprimé. Domat semble du reste y faire allusion dans la clause: «*Car c'est un tort qu'il a fait, quand même il n'auroit pas eu intention de nuire*». Le *tort* désigne certainement le dommage causé. Mais, rien n'empêche de l'interpréter aussi comme un tort juridique, au sens d'une infraction à la loi. Ici, la *culpa* ne fait en réalité pas disparaître l'*iniuria*, mais l'absorbe simplement. Si on voulait lui donner son nom entier, il faudrait l'appeler une «faute contraire à la loi»<sup>36</sup>.

Une fois de plus, la transition de l'*iniuria* à la *culpa* est justifiée principalement par le fragment D. 9,2,5,1 d'Ulpien qui définit l'*iniuria* par *non iure, contra ius* et *culpa*. Mais, avec cette référence au droit romain, Domat hérite, comme déjà Donellus, des problèmes qui y sont attachés. Avec toute la jurisprudence romaine et une bonne partie des juristes de droit commun, il

<sup>35</sup> DOMAT, *Loix civiles*, liv. 2, tit. 8, sect. 4,1.

<sup>36</sup> Selon G. BOYER, *La notion d'équité et son rôle dans la jurisprudence des Parlements*, in: *Mélanges Jacques Maury*, Paris 1960, vol. II, 257-282, 272ss, les parlements, qui avaient tendance à juger en équité des cas de responsabilité aquilienne, pouvaient conclure à l'obligation de dédommagement en dehors de toute faute de l'auteur, en tenant compte notamment des «réactions affectives de la conscience sociale».

sera contraint à définir la faute et à tracer les limites. Celui qui aura causé un fait initialement innocent aux effets ultérieurs dommageables a-t-il commis une faute? Quelles précautions faut-il avoir pris pour être libéré en cas de dommage? Jusqu'à quel point l'ignorance est-elle imputable? Ou encore, répond-on du dommage causé pour protéger ses propres intérêts? La formulation choisie pour sa clause générale, et notamment la fonction centrale concédée à la faute, contraignent Domat à répondre, dans le reste de la section 4, aux problèmes qu'elle soulève.

Certes, Domat ne se libéra visiblement pas de la casuistique romaine dont il hérita et discuta les problèmes. Néanmoins, il réussit à donner à la responsabilité aquilienne une forme qui pourra inspirer les législateurs du Code civil français, qui évacueront de la clause générale de responsabilité notamment la notion d'illicéité.

Chez Voet<sup>37</sup>, le glissement du *damnum iniuria datum* vers le *damnum culpa datum* s'inscrit dans une démarche résolument contemporaine, mais en

---

<sup>37</sup> Une forme de discussion très libre se trouve chez Johannes Voet, dont la démarche, en général et par rapport à la responsabilité aquilienne, doit être interprétée par rapport à l'ensemble du projet poursuivi dans son *Commentarius ad Pandectas*. Dans la préface, Voet annonce qu'il ne se limitera pas à l'analyse du droit romain. Les grandes questions seront également traitées à la lumière du droit contemporain. Pour clarifier des digressions occasionnées par ces comparaisons, il formulera parfois des principes généraux («*Sed cum in illis quidem misceri saepe plura aliunde debeant, ac digressiones fieri, in hisce vero feliciter excutiendis praemittenda ac subsumenda certa principia*», VOET, Johannes, *Commentarius ad Pandectas, Coloniae Allobrogum 1778, Lectori benigno*). Toujours dans la préface, Voet défend délibérément un point de vue rationaliste du droit. Il refuse tout argument d'autorité et ne reconnaît une solution juridique que si elle résiste à l'examen de la raison. Pour légitimer sa position, il se réclame un peu abusivement de Justinien C. 1,17,6 qui reconnaît précisément l'autorité des grands juristes, sans toutefois les considérer comme infaillibles. En d'autres termes, Voet voudrait, au nom des anciens eux-mêmes, soumettre le droit romain à un examen critique et en confronter les solutions à celles retenues par le droit contemporain. Il se place ainsi clairement dans une perspective qui n'admet pas exclusivement l'exégèse, mais également la discussion des sources romaines et leur éventuelle adaptation aux besoins pratiques contemporains. Son attitude d'affirmation et de réprobation du droit romain (voir notamment VOET, Johannes, *Commentarius ad Pandectas, Coloniae Allobrogum 1778, Lectori benigno, in fine*) répond à un besoin de la pratique juridique de son temps. Le droit romain reste une référence essentielle pour les avocats et les juges, car la qualité de la jurisprudence contemporaine dépend d'une meilleure compréhension des sources, y compris romaines, mais aussi de la réfutation des solutions erronées dépend la qualité de la jurisprudence contemporaine (un très bon exemple de cette confrontation entre droit romain et droit contemporain est donné par la responsabilité civile en droit maritime, VOET, Johannes, *Commentarius ad Pandectas, Coloniae Allobrogum 1778, Liber IX, titulus II, n° 15, p. 431s*).

parfaite connaissance de l'histoire conceptuelle romaine. Voet utilise, nous l'avons vu<sup>38</sup>, l'expression «*damni injuriâ dati materia*»<sup>39</sup> pour désigner, au moyen du *damnum iniuria datum*, la responsabilité aquilienne dans son ensemble. Sous ce titre générique, il résume en quelques termes différents cas de figures réglés par la *lex Aquilia*, dont notamment le dommage infligé *culpa*, mais aussi *jure, casu, dolo, imprudentiâ, imperitiâ, auxilio, impulsu*, etc. Cette énumération montre qu'il est parfaitement à l'aise dans la *lex Aquilia* et qu'il connaît la fonction clé de l'*iniuria* et le rôle auxiliaire notamment de la *culpa*. Dans un autre passage, où il discute la dérogation que la *lex Aquilia* faisait aux XII-Tables, il renvoie dans un *obiter dictum* à la mise en œuvre de la responsabilité aquilienne par ses contemporains. On y aurait eu recours au *damnum culpa datum*, en admettant l'application de la *lex Aquilia* en cas de *culpa* «en imposant la réparation du dommage à celui qui a lésé fautivement, ...»<sup>40</sup>.

A l'instar de ses prédécesseurs, Wolff inscrit dans la clause générale de responsabilité non pas le *damnum iniuria datum*, mais le *damnum culpa datum*: «*Damnum omne dolo vel culpa datum est resarciendum*»<sup>41</sup>. Sans indiquer sa source, il reprend de Gaius 3,211<sup>42</sup> à la fois la faute et le dol, ainsi que le principe du dédommagement. En revanche, alors que, au centre de son fragment, Gaius avait mis l'*iniuria*, Wolff n'y fait même pas allusion, ni dans le texte principal du paragraphe, ni dans l'explication annexe.

Sa discussion se concentre sur deux éléments: *Dolus et culpa*, d'une part, et l'obligation de réparation, de l'autre. Wolff a pour objectif de montrer, en l'occurrence avec une preuve par l'absurde, que tout dommage infligé par dol ou faute doit être réparé. Pour cette démonstration, il n'a pas directement besoin de l'*iniuria*. En réalité, il s'appuie sur une théorie générale de la faute dont il prétend trouver les origines dans le droit romain et chez les auteurs latins. Selon cette théorie, «on appelle faute en général le défaut de

<sup>38</sup> Cf. *supra* B.

<sup>39</sup> VOET, Johannes, Commentarius ad Pandectas, Colonia Allobrogum 1778, lib. IX, tit. II, n° 14, p. 431.

<sup>40</sup> «... *damni reparationem imponentibus ei, qui culpâ laeisset, ut docet...*», VOET, Johannes, Commentarius ad Pandectas, Coloniae Allobrogum 1778, lib. IX, tit. II, n° 2, p. 426.

<sup>41</sup> WOLFF, Jus Naturae 2, § 580; cf. aussi *supra* I. B.

<sup>42</sup> Cf. *supra*.

*rectitude d'une action qu'on peut contrôler*»<sup>43</sup>. Dans le commentaire annexé, Wolff précise que la *culpa* latine a deux sens, l'un général et l'autre particulier. Le sens général désigne toute forme d'entorse à la rectitude<sup>44</sup> ou, autrement dit, toute violation de la loi. Celui qui enfreint une loi agit fautivement. Pour le sens particulier de la faute, Wolff développe une casuistique largement appuyée sur la terminologie juridique romaine, et structurée par sa propre théorie philosophique de la faute, dont voici les grandes lignes.

Selon Wolff, l'acte contraire à la rectitude a sa cause dans l'impuissance de l'homme à se servir de ses facultés<sup>45</sup>. L'homme ne répond évidemment pas du fait de son incapacité qui, par nature, est invincible<sup>46</sup>. En revanche, il est fautif s'il dévie de la rectitude, alors qu'il aurait pu s'y conformer: «*Si quelqu'un n'a pas été attentif à toutes les circonstances du cas donné, l'action n'est pas suffisamment déterminée, et la faute d'un manque d'attention doit lui être attribuée*»<sup>47</sup>. Il est responsable du fait de ne pas avoir pesé l'ensemble des circonstances qu'il aurait dû prendre en compte. Cette définition intermédiaire de la faute fournira la base théorique pour aborder les cas particuliers, très proches des concepts romains.

L'*incogitantia*<sup>48</sup>, que Wolff traduit lui-même par *Unachtsamkeit*, désigne l'inattention fautive de l'homme, l'*inconsideratio*<sup>49</sup> le manque de réflexion, et les deux ensemble l'*improvidentia*: «*Incogitans & inconsideratus improvide agit*»<sup>50</sup>.

A part ces trois termes qui se confondent du moins partiellement, Wolff aborde surtout les *neglegentia* et *diligentia*. «*La négligence est l'omission d'actions qui doivent être entreprises à une certaine fin, c'est-à-dire, qui*

<sup>43</sup> «*Defectus rectitudinis actionis vincibilis dicitur in genere culpa*», WOLFF, PPU 1, § 696.

<sup>44</sup> Pour la notion de rectitude et son rapport à la loi, cf. WOLFF, PPU 1, § 134. Cf. aussi *infra*, I. E.

<sup>45</sup> «*Defectus rectitudinis actionis quicunque invincibilis impotentiae utendi facultatibus nostris tribuendus*», WOLFF, PPU 1, § 745.

<sup>46</sup> Cf. WOLFF, PPU 1, § 738ss.

<sup>47</sup> «*Si quis animum non attendit ad omnes circumstantias in caso dato; notio actionis sufficienter determinata deficit & culpa defectui attentionis tribuenda*», WOLFF, PPU 1, § 747.

<sup>48</sup> WOLFF, PPU 1, § 748.

<sup>49</sup> WOLFF, PPU 1, § 766.

<sup>50</sup> WOLFF, PPU 1, § 766.

doivent être faites en vue d'un certain but, et [omission] qui n'est pas due [imposable, B.W.] à l'usage des facultés de connaissance»<sup>51</sup>.

La *diligentia* est définie par opposition à la *neglegentia*<sup>52</sup>. Mot pour mot, la négation de la négligence, elle désigne l'acte commis en vue d'un certain but imposé<sup>53</sup>. Comme déjà Gaius<sup>54</sup>, mais à nouveau sans en indiquer la source que, du reste, il ne connaissait pas nécessairement, Wolff distingue des degrés de diligence: *diligens*, *diligentior* et *diligentissimus* (ou *summa diligentia*). A la différence du *diligens*, qui entreprend tout ce qu'il faut pour atteindre un certain but, le *diligentior* s'investit davantage et le *diligentissimus* fait même tout ce que l'on peut: «Celui qui n'omet rien de ce qu'il faut pour atteindre un but a la plus grande diligence»<sup>55</sup>. Inversement, si le *négligent* omet certains actes pour atteindre un but prescrit, le plus négligent n'entreprend rien pour y parvenir: «Si l'acteur omet tout ce qu'il faut faire pour atteindre un certain but, sa négligence est la plus grande»<sup>56</sup>.

Par rapport à la faute, c'est surtout la gradation de la négligence qui nous intéresse. Le comportement négligent est, selon Wolff, une forme particulière de faute: «La négligence est une faute & l'action du négligent est fautive»<sup>57</sup>. Par conséquent, le degré de négligence détermine également le

<sup>51</sup> «*Negligentia est omissio actionum certo fine edendarum, seu eorum, quae certo fine fieri debent, non usui facultatum cognoscendi debita*», WOLFF, PPU 1, § 750.

<sup>52</sup> Pour la notion de *neglegentia*, voir notamment les articles de Bernadette AUZARY-SCHMALTZ, J. H. BAKER, Peter BIRKS, Robert FEENSTRA, Jan HALLEBEEK ainsi que de Hector L. MACQUEEN et W. David H. SELLAR, in: SCHRAGE, Eltjo J. H. (éd.), *Negligence. The comparative legal history of the law of torts*, Berlin 2001.

<sup>53</sup> WOLFF, PPU 1, § 751.

<sup>54</sup> Gai. D. 19,2,25,7

*Qui columnam transportandam conduxit, si ea, dum tollitur aut portatur aut reponitur, fracta sit, ita id periculum praestat, si qua ipsius eorumque, quorum opera uteretur, culpa acciderit: culpa autem abest, si omnia facta sunt, quae diligentissimus quisque observaturus fuisset. idem scilicet intellegemus et si dolia vel tignum transportandum aliquis conduxerit: idemque etiam ad ceteras res transferri potest.*

<sup>55</sup> «*Si agens nihil eorum omittit, quae certo fine fieri debent; ejus diligentia summa est*», WOLFF, PPU 1, § 753.

<sup>56</sup> «*Si agens omnia ista omittit, quae certo fine fieri debent; negligentia ejus summa est*», WOLFF, PPU 1, § 754.

<sup>57</sup> «*Negligentia culpa est & actio negligentis culposa est*», WOLFF, PPU 1, § 758.

degré de faute de l'acteur: «*Qui a commis une plus grande negligence a commis une plus grande faute*»<sup>58</sup>.

Wolff reprend à beaucoup d'égards le droit aquilien romain et surtout l'interprétation qu'en fait Gaius. Il n'admet pas seulement une gradation de la faute (voir *infra*) et même de la diligence, mais il met également au centre la *culpa* dont les différentes formes sont, outre les négligence ou manque de diligence, notamment l'imprévoyance et l'inattention. En même temps, il accentue une tendance que nous avons relevée à partir de Gaius. Si ce dernier avait déclaré que l'argumentation pour l'*iniuria* passait nécessairement par la preuve du dol ou de la faute, Wolff fait un pas de plus. Il met l'*iniuria* à part et la sépare même entièrement de la *culpa*.

Un revirement important se produit avec Pothier. Meilleur juriste et bon connaisseur des sources romaines, il rappelle d'abord, dans les *Pandectae*, le texte des chapitres I<sup>59</sup> et III<sup>60</sup> de la *lex Aquilia*, en détermine les champs d'application respectifs et précise que l'*iniuria* est une condition nécessaire: «*il est exigé que le dommage ait été infligé illicitement*»<sup>61</sup>. Cependant, l'*iniuria* doit aussi être définie. A cet effet, Pothier se sert comme ses prédécesseurs de la définition d'Ulpien<sup>62</sup>, selon laquelle l'illicéité signifierait *contra ius et culpa*<sup>63</sup>. La suite d'exemples qu'il traite pourrait faire croire que lui aussi remplace l'*iniuria* par la *culpa*. Or, à la fin de la casuistique étendue qu'il aborde, il conclut dans un autre sens: «*Ce qui précède montre clairement de quelle manière il faut voir le dommage infligé illicitement*»<sup>64</sup>. La définition reprise d'Ulpien ne lui sert pas de prétexte pour éjecter l'*iniuria*, mais pour en fixer un sens plus précis. Autrement dit, la *culpa* ne remplace pas l'*iniuria*, mais en est une catégorie auxiliaire.

<sup>58</sup> «*Quo major itaque fuerit negligentia, eo major etiam culpa est*», WOLFF, PPU 1, § 759. Pour la notion d'illicéité dans l'*usus modernus* allemand, voir aussi SCHRÖDER, Jan, Die zivilrechtliche Haftung für schuldhaftes Schadenszufügung im deutschen Usus Modernus, in VACCA, Letizia (éd.) La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica, Torino 1995, 144-167, 149ss.

<sup>59</sup> POTHIER, *Pandectae*, Lib. 9, tit. 2 Ad legem Aquiliam, sect. 1, art. 1, 2.

<sup>60</sup> POTHIER, *Pandectae*, Lib. 9, tit. 2 Ad legem Aquiliam, sect. 1, art. 2, 6.

<sup>61</sup> «*Requiri damnum datum esse injuriâ*», POTHIER, *Pandectae*, Lib. 9, tit. 2 Ad legem Aquiliam, sect. 1, art. 3, § 3.

<sup>62</sup> Ulp. D. 9,2,5,1.

<sup>63</sup> POTHIER, *Pandectae*, Lib. 9, tit. 2 Ad legem Aquiliam, sect. 1, art. 3, § 3, 17.

<sup>64</sup> «*Ex dictis abundè liquet quodnam damnum datum injuriâ videri debeat*», POTHIER, *Pandectae*, Lib. 9, tit. 2 Ad legem Aquiliam, sect. 1, art. 3, § 23.

A son tour, la *culpa* doit être précisée: «*Il faut voir quand on peut concevoir que quelqu'un est fautif*»<sup>65</sup>. Pothier énumère alors en cinq points les différentes formes de fautes. Le premier critère est lié à la prévoyance dont l'auteur d'un acte doit faire preuve: «*On est fautif du seul fait de ne pas avoir prévu ce qu'il fallait prévoir*»<sup>66</sup>. Les deux exemples principaux cités à l'appui sont tirés du Digeste. D'abord celui où un agriculteur avait brûlé des arbustes sur un champ et laissé le feu se propager sur le fonds voisin<sup>67</sup>, ensuite le cas de l'élagueur qui avait tué un passant en jetant d'un arbre les branches qu'il venait de couper<sup>68</sup>. La faute des deux acteurs est mesurée à la possibilité de prévoir l'événement dommageable. Si, en principe, les deux sont tenus par la *lex Aquilia*, le paysan pourrait exciper, le cas échéant, d'un vent imprévisible et violent qui emportait le feu et l'élagueur pourrait faire valoir qu'il avait pris toutes les dispositions pour éviter le dommage ou encore que, à l'endroit en question, il ne devait pas s'attendre au passage d'un promeneur.

Pothier range dans la deuxième catégorie les auteurs qui acceptent consciemment des dangers<sup>69</sup>, illustrée par le propriétaire d'esclaves nuisibles qui incendie une maison louée par leur maître<sup>70</sup>. Ce dernier répond du dommage simplement parce qu'il tient des esclaves dont il sait qu'ils sont dangereux.

La troisième catégorie, formulée de manière générale comme la première, vise les auteurs d'actes illicites intentionnels: «*On considère surtout que celui-ci a commis une faute, qui a infligé un dommage lorsqu'il a commis intentionnellement un acte illicite*»<sup>71</sup>. L'intentionnalité aggrave la faute de l'auteur: *Maxime culpa videtur*. Par exemple, chasser en posant des pièges

<sup>65</sup> «*Videndum autem quando quis in culpâ fuisse intellegi debeat*», POTHIER, Pandectae, Lib. 9, tit. 2 Ad legem Aquiliam, sect. 1, art. 3, § 3, 18.

<sup>66</sup> «*Vel ex eo solo quis in culpâ est, quòd non praeviderit hoc quod debebat praevidere*», POTHIER, Pandectae, Lib. 9, tit. 2 Ad legem Aquiliam, sect. 1, art. 3, § 3, 18.

<sup>67</sup> Paul. D. 9,2,30,3.

<sup>68</sup> Paul. D. 9,2,31.

<sup>69</sup> «*Pour la même raison est fautif celui qui avait des esclaves nuisibles sur son fonds loué; il devait en quelque sorte prévoir le dommage qu'ils causeront*», «*Pari ratione in culpâ est qui in fundo conducto noxios servos habuit; quasi debuerit praevidere damnum quod ab his daretur*», POTHIER, Pandectae, Lib. 9, tit. 2 Ad legem Aquiliam, sect. 1, art. 3, § 3, 19.

<sup>70</sup> Ulp. D. 9,2,27,11.

<sup>71</sup> «*Maxime culpâ damnum dedisse videtur, qui damnum dedit dum dat operam rei illicitae*», POTHIER, Pandectae, Lib. 9, tit. 2 Ad legem Aquiliam, sect. 1, art. 3, § 3, 20.

dans des lieux où passent les bêtes du voisin<sup>72</sup> représente un danger que l'auteur n'a pas pu ignorer. Remarquons cependant, que, ici, les sources romaines ne parlent pas d'une faute qualifiée et que c'est Pothier qui la désigne en tant que telle. Ni Paul<sup>73</sup> ni Ulpien<sup>74</sup> ne la considèrent comme particulièrement grave.

Les catégories quatre et cinq traitent de critères auxiliaires non pas de l'*iniuria*, mais de la *culpa*. Conformément à la jurisprudence romaine, l'ignorance et l'inexpérience, *imperitia*<sup>75</sup>, mais aussi une sévérité exagérée, *nimia saevitia*<sup>76</sup>, sont des formes de *culpa*, illustrées notamment par le médecin qui dispensait des soins inappropriés<sup>77</sup> et par le maître-apprenti qui, lors d'une réprimande, avait crevé un œil à l'un de ses apprentis<sup>78</sup>.

Sur le fond, Pothier reste très proche des sources romaines. Il reconstruit avec exactitude le rapport romain entre *iniuria* et *culpa* tel qu'il s'est développé à partir des chapitres I et III de la *lex Aquilia*. Il ne suit pas le mouvement, engagé par Gaius et rejoint par de nombreux juristes au deuxième millénaire, qui aboutit au remplacement du *damnum iniuria datum* par le *damnum culpa datum*.

Au contraire, avec sa présentation de la *lex Aquilia* Pothier réussit un véritable tour de force. Nous avons vu que la doctrine de Gaius n'était pas partagée par tous les juristes romains. Une analyse détaillée des fragments de la *lex Aquilia* montre que, malgré l'influence de la théorie de Gaius, un nombre important de cas continuaient à être jugés selon le schéma du *damnum iniuria datum*<sup>79</sup>. Le mérite de Pothier est d'avoir rendu une unité à cette jurisprudence éclatée, en réconciliant largement le *damnum iniuria datum* et le *damnum culpa datum*. Il admet le *damnum iniuria datum* comme le principe de la *lex Aquilia*, mais reconnaît la prépondérance pratique du *damnum culpa datum*. Le *damnum iniuria datum* fournit la base à la fois historique et théorique, alors que le *damnum culpa datum* est – fréquemment – appliqué lorsqu'il s'agit de trancher un cas précis.

<sup>72</sup> Ulp. D. 9,2,29pr.

<sup>73</sup> Paul. D. 9,2,28.

<sup>74</sup> Ulp. D. 9,2,29pr.

<sup>75</sup> POTHIER, Pandectae, Lib. 9, tit. 2 Ad legem Aquiliam, sect. 1, art. 3, § 3, 21.

<sup>76</sup> POTHIER, Pandectae, Lib. 9, tit. 2 Ad legem Aquiliam, sect. 1, art. 3, § 3, 22.

<sup>77</sup> Ulp. D. 9,2,7,8.

<sup>78</sup> Ulp. D. 19,2,13,4.

<sup>79</sup> Cf. WINIGER, Responsabilité, 116ss.

Cette accentuation du moins pratique du rôle de la *culpa* marque du reste, au 18<sup>e</sup> siècle, le droit en France. Claude Serres, dans ses *Institutions du droit français*, explique le droit de son temps en établissant systématiquement un lien avec le droit romain. Il traite de l'application de la *lex Aquilia* dans la pratique juridique française sans même évoquer l'illicéité. Lui aussi ne mentionne que la faute et le dol<sup>80</sup>. Conformément à la *lex Aquilia*, il distingue entre cas fortuit, imprudence, négligence, incapacité, ignorance ou impéritie, infirmité et faiblesse et ajoute même la témérité. Tout ce vocabulaire nuancé, tiré directement de la casuistique romaine, sert toujours à qualifier la faute, légère ou non, qui justifie l'application de la *lex Aquilia*. Serres suit en détail et raffine peut-être même la jurisprudence romaine qu'il transpose directement dans le droit français. Prenons comme exemple sa manière d'aborder le fameux fragment de l'élagueur: «ainsi, si un bucheron émondant un arbre en pleine campagne & dans un lieu où il n'y avoit aucun chemin, ni public ni particulier, quelque branche tombe sur un passant & le blesse ou le tue, il ne sera pas responsable de cet accident, quoiqu'il n'ait pas crié de prendre garde; mais il en seroit tenu, si ayant apperçu le passant dessous l'arbre il n'avait pas laissé de faire tomber la branche, ou bien s'il y avoit tout-au-près de ce lieu un chemin, soit public, soit particulier, & qu'il n'eût pas crié qu'on prît garde, ou qu'il eut crié de prendre garde, mais dans un temps qu'on ne pouvoit pas éviter le danger.

*De-là il résulte aussi que la simple imprudence ou faute légère rend responsable de l'homicide & des dommages*»<sup>81</sup>.

Ce récit plus ou moins libre du fragment D. 9,2,31, auquel il renvoie, montre que Serres transpose ici le cas du droit romain directement en droit français. Formellement, la manière de relater les faits ne se distingue en rien des résumés qu'il donne de cas concrets qui ont été tranchés par la justice de son temps. La conclusion qu'il tire à la fin nous montre même la technique de transposition qu'il applique. Il n'écrit pas seulement un récit qui pourrait être repris par analogie dans un cas actuel plus ou moins proche. En outre, il établit une règle générale. La simple imprudence ou faute légère, conclut-il, est un élément suffisant à la fois sur le plan pénal et civil. Pénalement, l'auteur répond d'homicide, et civilement du dommage causé.

<sup>80</sup> «... la Loi Aquiliâ, concernant les pertes ou dommages causés par son dol ou par sa faute à une autre personne», SERRES, *Institutions*, liv. IV, tit. III, p. 386.

<sup>81</sup> SERRES, *Institutions*, liv. IV, tit. III, p. 387-388.

Cette utilisation souple du droit romain pour former des règles et trancher des cas concrets explique peut-être la raison pour laquelle on trouve en droit français si peu de dispositions sur la responsabilité aquilienne. On serait tenté de dire que, à titre supplétif, le droit romain comblait ces lacunes des droits locaux (pour le rapport entre le droit romain et la tradition juridique française, voir *infra* E.1.). Toutefois, avant de généraliser pour l'ensemble de la France, il sied ici de souligner que Serres travaillait avant tout avec la tradition méridionale qui est de droit écrit; il était avocat et professeur en droit français à l'Université de Montpellier et les arrêts qu'il cite proviennent surtout du Parlement de Toulouse. Il n'est pas impossible que l'attitude à l'égard du droit romain ait été moins favorable dans les pays septentrionaux qui étaient de droit coutumier. En revanche, le titre de son ouvrage «Institutions du droit français» pourrait laisser entendre qu'une grande ouverture aux sources romaines se pratiquait dans l'ensemble du Royaume.

Cette attitude très ouverte envers le droit romain n'est évidemment pas isolée. Jean Manassé Cramer (1701-1787), professeur de droit à l'Académie de Genève, rédigea un texte intitulé «Examen de la question Si le Droit romain mérite à Genève le titre de Droit commun»<sup>82</sup>. Cramer y constate que, en matière civile, le droit romain est appliqué subsidiairement aux Edits civils genevois de 1713. Dans les considérations qu'il ajoute, il remarque notamment: «Quelle imperfection dans nos Edits civils si l'on ne trouvoit ailleurs de quoi y suppléer – où chercher ce Supplement que dans le Dr. R – comment entendre nos Edits sans la compréhension du Dr. R. [...] Conclusion – le Dr. R. de toute ancienneté dans Genève fait le fonds & la base de notre jurispr. & sert de règle lorsque nos Edits se taisent»<sup>83</sup>. Cramer n'explique pas seulement que, en fournissant une clé indispensable à la lecture des Edits, le droit romain joue un rôle déterminant dans la pratique juridique genevoise, mais il laisse entendre que l'Edit lui-même s'appuyait sur le droit romain. Autrement dit, si, formellement, le droit romain jouait un rôle supplétif, matériellement il constituait la souche de l'Edit.

<sup>82</sup> CRAMER, Manassé, Examen de la question Si le Droit romain mérite à Genève le titre de Droit commun, in: Mélanges de Jurisprudence et d'Histoire, MS CRAMER 176, pp. 25-26, Bibliothèque publique et universitaire de Genève.

<sup>83</sup> CRAMER, Manassé, Examen de la question Si le droit romain mérite à Genève le titre de droit commun, in: Mélanges de Jurisprudence et d'Histoire, MS CRAMER 176, p. 26 verso. Pour l'application du droit à Genève pendant cette période, voir ROTH-LOCHNER, Barbara, De la banche à l'étude. Le notariat genevois sous l'Ancien Régime, thèse 1997, 27ss, avec littérature.

Certes, Cramer respecte scrupuleusement la hiérarchie des corps normatifs et ne laisse subsister aucun doute sur le fait que les Edits civils primaient sur le droit romain: «Aux Edits civils de 1713 je crois que nous devons ajouter le Dr. Romain, mais comme une Jurisprudence dont l'usage n'est que subsidiaire, suppleant au défaut de nos Edits lorsqu'ils se taisent entièrement; et encor comme un droit dont l'autorité n'est pas aussi respectable que celle de notre Loi municipale»<sup>84</sup>.

Mais il constate que, historiquement aussi bien que conceptuellement, le droit romain constitue la base sur laquelle les Edits ont été posés: «Bien loin cependant que telle ait été l'intention, il résulte au contraire de toutes les compilations de nos Edits, que ceux qui y ont travaillé ont regardé le Dr. Rom. comme étant notre Dr. Commun; qu'ils le supposent comme la source & la base de nos Loix & comme celui auquel on doit recourir lorsque Les Edits gardent le silence»<sup>85</sup>.

Nul doute que bon nombre de juristes à Genève qui, à l'époque considérée, était également un pays de droit écrit, ont été particulièrement bien disposés à l'égard du droit romain. Mais au-delà de ce constat, Cramer expose ici un problème qui concernait aussi les pays de droit coutumier. Quel rapport établir entre le droit indigène et le droit romain? Sa réponse est claire et pourrait aussi être celle d'un pays de droit coutumier. La priorité va clairement au droit local. Mais rien n'empêche de recourir au droit romain si le droit du lieu reste muet. Reste encore, bien sûr, la tentation de s'inspirer du droit – écrit ou coutumier – du voisin.

Etonnamment, le codificateur français n'a pas repris la conception de Pothier. Il a suivi les auteurs qui remplaçaient le *damnum iniuria datum* par le *damnum culpa datum* et a retenu, dans CCF 1382, uniquement la faute. Toutefois, son choix pourrait s'expliquer par le fait que, dans son *Traité des obligations* que les codificateurs connaissaient parfaitement, Pothier lui-même modifia le vocabulaire. Au lieu de la *culpa*, il parle d'une *imprudence inexcusable*: «Le quasi-délit est le fait par lequel une personne, sans malignité, mais par une imprudence qui n'est pas excusable, cause quelque tort à un

<sup>84</sup> CRAMER, Manassé, Recherches Historiques sur les Loix de Geneve, et sur ceux qui ont administré la Justice, in: Mélanges de Jurisprudence et d'Histoire, MS CRAMER 176, Bibliothèque publique et universitaire de Genève, p. 2, p. 28; 20v.

<sup>85</sup> CRAMER, Manassé, Recherches Historiques sur les Loix de Geneve, et sur ceux qui ont administré la Justice, in: Mélanges de Jurisprudence et d'Histoire, MS CRAMER 176, Bibliothèque publique et universitaire de Genève, p. 2, p. 29; 21.

autre»<sup>86</sup>. De même, en français, il appelle l'*iniuria* un *fait condamnable*: «Les délits ou quasi-délits diffèrent des quasi-contrats, en ce que le fait d'où résulte le quasi-contrat, est un fait permis par les lois; au lieu que le fait qui forme le délit ou quasi-délit est un fait condamnable»<sup>87</sup>. Dans le *Traité des obligations*, Pothier maintient l'essentiel du concept des *Pandectae*. Le quasi-délit, qui est en l'occurrence le *damnum iniuria datum* romain<sup>88</sup>, garde ses éléments fondamentaux: le *damnum* s'appelle un *tort*; le *datum* est expliqué par le verbe *causer*; l'*iniuria* devient un *fait condamnable* et, finalement, la *culpa* est décrite comme *une imprudence qui n'est pas excusable*. Si le concept reste le même, la modification du vocabulaire en délave les contours. Surtout, le terme *fait condamnable* ne se réfère pas directement à un ordre de droit, ni à une violation normative, mais exprime simplement le caractère répréhensible du fait visé. Ne relevant pas de la terminologie juridique comme c'était le cas de l'*iniuria*, il a pu être négligé par les codificateurs.

## 2. *La notion de culpa levissima*

Depuis que la faute était reconnue comme un des éléments qui pouvaient conduire à l'application de la *lex Aquilia*, les juristes se demandaient s'il ne fallait pas en distinguer des degrés de gravité qui mériteraient peut-être un traitement juridique différent. La réponse était facile, bien sûr, pour la faute ordinaire ou même grave et, *a fortiori*, pour le dol. Paul et plus tard Justinien dirent clairement que la faute aussi bien que le dol tombaient sous le coup de la *lex Aquilia*<sup>89</sup>. En revanche, la faute légère posait problème. Un écart minimal du comportement exigé justifiait-il que l'auteur soit contraint à réparer le dommage causé? Ulpien répondit par l'affirmative: «*In lege Aquilia et levissima culpa venit*»<sup>90</sup>.

Si la question de la gradation de la faute refit surface chez certains auteurs humanistes et jusnaturalistes, la clarté du point de vue d'Ulpien leur facilitait

<sup>86</sup> POTHIER, *Traité*, part. 1, chap. 1, sect. 2, § 2, 116.

<sup>87</sup> POTHIER, *Traité*, part. 1, chap. 1, sect. 2, § 2, 117.

<sup>88</sup> Notons que, pour Gaius et Justinien, la *lex Aquilia* entrait dans la catégorie des délits; voir notamment Gai. 3,88 et 3,182 et I. 4,1pr.

<sup>89</sup> Paul. D. 9,2,30,3; I. 4,3,3 et 14.

<sup>90</sup> Ulp. D. 9,2,44.

la réponse sur le principe même de la *culpa levissima*, mais pas toujours sur les critères distinctifs de celle-ci et sur son champ d'application.<sup>91</sup>

Dans son commentaire sur la *lex Aquilia*, Zasius définit la *culpa* d'une manière qui rappelle immédiatement Mucius<sup>92</sup>: «*On parle ici de faute, si ce qu'un diligent peut prévoir n'a pas été prévu*»<sup>93</sup>. Si Zasius ne mentionne pas la *culpa levissima* ici, il admettrait probablement qu'elle s'applique aussi dans la *lex Aquilia*, étant donné le fragment très clair d'Ulpien D. 9,2,44. C'est par rapport à un autre problème juridique – la dissolution du mariage – qu'il définit aussi bien la *culpa levis* que la *culpa levissima*: «*Commet une faute légère celui qui ne fait pas ce que communément les pères de famille ont l'habitude de faire. Ces fautes arrivent souvent aux hommes. Et la faute la plus légère est celle où quelqu'un ne fait pas ce qu'un père de famille ferait qui est si diligent qu'il ne négligerait rien. Celui qui n'est pas diligent à ce degré est dans la faute la plus légère*»<sup>94</sup>. Les trois définitions montrent toute la difficulté à distinguer *culpa*, *culpa levis* et *levissima*. Quelle est la différence entre *culpa* et *culpa levis*? C'est-à-dire, quelle différence, sur la base des définitions citées, entre l'homme très diligent et celui qui a un comportement de *pater familias* normal? On comprend bien la tentation d'introduire ici une gradation fine et continue des fautes. Mais, on comprend tout aussi bien que certains juristes refusent d'en tenir compte pour l'application de la *lex Aquilia*. En effet, ils risquent de s'empêtrer dans des débats interminables pour qualifier *in casu* les degrés de faute<sup>95</sup>. Cependant, le problème

<sup>91</sup> Voir notamment ROTONDI, Giovanni, Dalla «lex Aquilia» all'art. 1151 Cod. Civ. In: *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle obbligazioni*, anno XIV/n° 12, parte I, 40, 52; pour une analyse de la question de la *culpa* du droit romain au droit contemporain, voir aussi HOFMANN, Hans-Joachim, *Die Abstufung der Fahrlässigkeit in der Rechtsgeschichte*, Berlin 1968; pour la notion de *culpa lata* chez les post-glossateurs, aussi ENGELMANN, Woldemar, *Die Schuldlehre der Postglossatoren und ihre Fortentwicklung. Eine historisch-dogmatische Darstellung der italienischen Juristen des Mittelalters seit Accursius*, 2. Verb. Auflage, (1. Auflage Leipzig 1895), reprint Aalen 1965, 139ss.

<sup>92</sup> Paul. D. 9,2,31.

<sup>93</sup> «*Et dicitur hic culpa, cum ea quae à diligenti provideri poterant, non sunt provisae*», ZASIUS, Opera 1, lib. IX, tit. II, Ad L. Aquiliam, p. 208,5.

<sup>94</sup> «*Est etiam culpa levis, quando aliquis non facit quod communiter solent facere patres familias. Hanc culpam saepe incidunt homines. + Est & culpa levissima, quando aliquis non facit quod faceret diligens paterfam. qui ita est diligens ut nihil negligat. Et qui ad eum modum non est diligens, is est in culpa levissima*», ZASIUS, Opera 2, Solutio matrimonio, l. Si mora, p. 62,4.

<sup>95</sup> Selon KAUFMANN, *Rezeption*, 76s, le droit allemand reprend la distinction entre *culpa lata*, *levis* et *levissima*. Cependant, la *culpa levissima* semble avoir reçu une définition restreinte dans la pratique et y avoir eu, par conséquent, une portée limitée.

n'est bien sûr pas entièrement résolu avec la décision que même la faute légère ouvre la voie à l'action de la *lex Aquilia*. Car, si le débat est un peu simplifié, il est surtout déplacé. Il s'agira alors de faire la différence, tout aussi délicate, entre la *culpa levissima* et le comportement du *pater familias* le plus diligent.

Donellus résume en quelques mots la jurisprudence romaine: toute personne fautive, qu'elle ait été dolosive ou qu'elle n'ait rien cherché de moins qu'infliger un dommage, est tenue en cas de dommage par la *lex Aquilia*; pour préciser ensuite et même répéter que cette règle s'applique aussi en cas de *culpa levissima*<sup>96</sup>. Sa justification limpide est tirée directement de la définition romaine de la faute. Est fautif celui qui n'a pas été aussi prévoyant qu'un homme diligent. Or, ce dernier n'aurait, par définition, pas commis de faute même légère<sup>97</sup>.

Pufendorf aussi nuance les degrés de la défaillance de comportement. Toutefois, au lieu de la *culpa*, il prend la *negligentia*, un des critères traditionnels, nous l'avons dit, servant à démontrer l'existence d'une faute. La négligence peut être plus ou moins grave. Pour s'expliquer, il utilise l'étrange image d'une «négligence plus ou moins tournée vers le haut»<sup>98</sup>. La solution de Pufendorf montre bien la gradation fine et continue qui va du *dolus malus* à la négligence la plus infime. Elle montre aussi le problème auquel les juristes sont confrontés. Peut-on mettre dans le même panier ces deux extrêmes? Sa réponse est claire. Seul le cas fortuit ne saurait être imputé de bon droit<sup>99</sup>. Mais, en même temps, Pufendorf adopte une attitude souple dans l'appréciation des négligence et diligence. Est interdite la négligence qui aurait été «facile à éviter», respectivement est exigée une *accurata diligentia*<sup>100</sup>.

<sup>96</sup> DONELLUS, Opera IV, lib. XV, chap. XXVII, II, p. 224. Accursius accepte le principe de la *culpa levissima*, mais considère que, dans certains cas, la *culpa levissima* reste sans conséquences: *Levissima, nisi in duobus casibus*. Une des deux exceptions concerne la *lex Aquilia*. Il s'agit du cas de l'élagueur (D. 9,2,31), in: ACCURSIUS, Corpus iuris civilis Iustiniani, cum commentariis Accursii, Scholiis Conti, et D. Gothofredi lucubrationibus ad Accursium, Lugduni 1627, ad 9,2,44, p. 1047. Voir aussi GAZZANIGA, Jean-Louis, Notes sur l'histoire de la faute, in: Droits, 1987, p. 24.

<sup>97</sup> Par rapport au calcul du dommage en fonction de la gravité de la faute, voir aussi DUMOULIN, Charles (MOLINAEUS, Carolus), Tractatus De Eo Quod Interest, pp. 815-934, 914, n° 177 et 180, in Opera 2, Lutetiae Parisiorum, 1612.

<sup>98</sup> «*Negligentia eaque vel levioere, vel magis supina*», PUFENDORF, De Jure Naturae, III, I, §6.

<sup>99</sup> PUFENDORF, De Jure Naturae, III, I, §6.

<sup>100</sup> PUFENDORF, De Jure Naturae, III, I, §6.

Voet aussi reprend l'expression romaine de *culpa levissima*. Il souligne d'abord que «*in jure nostro*», on connaissait comme en droit romain deux formes de faute, l'une par commission et l'autre par omission. Toutefois, il souligne que l'auteur est tenu à réparation s'il a *causé* un dommage par commission ou par commission et omission. En revanche, dit Voet, il serait trop sévère de le rendre responsable d'une simple omission<sup>101</sup>. Cette conception qui écarte la simple omission revient en réalité à faire une distinction entre bonnes et mauvaises fautes. Il ne suffira alors pas de démontrer l'existence d'une faute ou de l'inobservation d'une règle de diligence. De plus, pour obtenir l'application de la *lex Aquilia*, il faudra apporter la preuve qu'il ne s'agissait pas d'une simple abstention.

Ulrich Huber donne de la notion de *culpa levissima* une définition qui permet en même temps de faire la distinction avec le *casus*: «*Car il suffit que le dommage ait été infligé de manière telle, que quelqu'un d'autre dans la même situation aurait pu l'éviter ...*»<sup>102</sup>. Si personne d'autre n'aurait pu éviter le dommage, on l'aurait considéré comme cas fortuit, sinon il s'agit d'une faute, *levissima* ou non.

C'est Domat qui fera de la *culpa levissima* un élément central, en la plaçant dans la clause générale même: «*Toutes les pertes, & tous les dommages qui peuvent arriver par le fait de quelque personne, soit imprudence, legereté, ignorance de ce qu'on doit sçavoir, ou autres fautes semblables, si legeres qu'elles puissent être, ...*»<sup>103</sup>. Après avoir illustré sa règle générale avec un cas concret, Domat motive son point de vue avec la définition romaine de l'*iniuria*. La *lex Aquilia* s'applique si un dommage résulte d'un acte illicite. Or, pour statuer sur l'illicéité, il n'y a pas lieu de distinguer entre les degrés de faute. Par conséquent, la *lex Aquilia* vise aussi les fautes les plus légères. Avec sa solution, Domat revient exactement au fragment D. 9,2,44 d'Ulpien<sup>104</sup>, auquel il renvoie du reste à la fin du passage, et qui stipule la

<sup>101</sup> VOET, Johannes, *Commentarius ad Pandectas, Coloniae Allobrogum 1778*, lib. IX, tit. II, 3, p. 426. Pour la distinction entre les différents degrés de diligence, voir notamment Wolff, PPU 1, § 751*supra* D. 1.

<sup>102</sup> «*Sufficit enim, ita damnum esse commissum, ut alius id in simili occasions devitare potuisset, quae est descriptio levissimae culpae §I infin. Inst. de oblig. ex quasi contract*», HUBER, Ulrich, *Praelectionum Juris civilis pars prior, quae est secundum Institutiones Justinianaenas, Franequerae, 1698*, lib. VI, tit. III. De lege Aquilia, p. 453.

<sup>103</sup> DOMAT, *Loix civiles*, liv. 2, tit. 8, sect. 4, 1.

<sup>104</sup> Cf. *supra*.

règle la plus simple selon laquelle la faute même la plus légère contraint l'auteur à réparer le dommage causé.

Le point de vue de Samuel Coccejus, le fils de Henrius, n'est pas très éloigné de celui de Domat. S'il avoue que l'application de la *lex Aquilia* également en cas de *culpa levissima* n'est pas immédiatement évidente, il explique qu'il découle *ex rigore naturali* que chacun réponde de ce que son esprit pouvait prévoir<sup>105</sup>. Par conséquent, l'homme est tenu à une *exactissimam diligentiam*. Malgré la rigueur peut-être excessive de son point de vue, Coccejus laisse entendre que chacun répondrait selon ses propres capacités intellectuelles – *intellectu suo* –, soulignant ainsi l'aspect subjectif de l'appréciation de la faute<sup>106</sup>.

Notre analyse montre que la transition du *damnum iniuria datum* au *damnum culpa datum* constitue l'un des courants majeurs dans l'évolution de la responsabilité aquilienne de droit commun. Progressivement, la *culpa* est mise à la place de l'*iniuria* et en absorbe, du moins chez certains auteurs, la fonction. Pour obtenir gain de cause, le demandeur ne démontrera plus, outre le dommage et le lien de causalité, le caractère illicite de l'acte, mais simplement la faute de l'auteur.

Pour expliquer l'évolution du *damnum iniuria datum* vers le *damnum culpa datum*, il faut encore tenir compte d'un autre point, étroitement lié à l'apparition de la clause générale de responsabilité et au caractère succinct du *damnum iniuria datum*. Essence de la responsabilité aquilienne romaine, le *damnum iniuria datum* continuait à conduire le raisonnement juridique. Toutefois, il était un concept trop abstrait et rudimentaire pour satisfaire di-

<sup>105</sup> «*Hominem obligari ex omni eo, quod intellectu suo providere potuit*», COCCEJUS, Samuel, *Jus civile controversum*, Francofurti & Lipsiae 1740, lib. IX, tit. II, Ad legem Aquiliam, Quaest. III, p. 548.

<sup>106</sup> Coccejus se demande aussi si, en cas de concurrence d'actions, par exemple si un dommage a été causé à une chose déposée, le dépositaire répond de la *culpa lata* conformément à l'*actio depositi* ou de *culpa levissima* selon l'*actio legis Aquiliae*. Etant donné que tant l'*actio ex contractu*, & *facto licito* que l'*actio ex quasi delicto*, & *facto illicito* sont principales, Coccejus ne voit pas de raison de modifier plutôt l'une que l'autre. Dès lors, chacune des deux actions garde ses particularités et le défendeur répond des conséquences de celle des actions que le demandeur lui intente (voir COCCEJUS, Samuel, *Jus civile controversum*, Francofurti & Lipsiae 1740, lib. IX, tit. II, Quaest. IV, pp. 548ss). Notons en passant que Coccejus aussi reprend le vocabulaire romain classique qui se sert à la fois, par rapport à la *lex Aquilia*, du *damnum iniuria datum* et du *damnum culpa datum*.

rectement aux exigences complexes d'une application. Les juristes de droit commun ont alors étoffé le *damnum iniuria datum* avec les éléments indispensables à la pratique juridique. Ces travaux ont culminé, à partir de Grotius, dans la clause générale de responsabilité aquilienne. Si celle-ci est construite, nous l'avons montré, sur le schéma du *damnum iniuria datum*, elle est enrichie, à l'aide de la casuistique romaine, de tous les éléments nécessaires à une norme concrètement applicable, tout en restant une règle générale et abstraite. Comment alors, concrètement, le *damnum iniuria datum/damnum culpa datum* a-t-il été adapté aux impératifs pratiques? Les éléments ajoutés au *damnum iniuria datum* ne concernent pas principalement le *damnum datum* qui, nous l'avons vu, devint en droit civil commun plus abstrait. Les ajouts et modifications se font surtout autour de la notion de *culpa* qui se trouvera progressivement au centre de la clause générale. C'est autour d'elle que sera regroupé l'ensemble des arguments indispensables à une application concrète, tels la négligence, l'imprudence ou l'ignorance. Et surtout, c'est la *culpa* qui aura désormais la double signification de faute et d'illicéité. Elle exprime à la fois qu'un acte est reprochable à son auteur et qu'il est contraire à la loi.

Quant à la clause générale, elle est une synthèse de la casuistique abondante du titre D. 9,2 et du substrat que les juristes romains en avaient tiré sous forme du *damnum iniuria datum*. Mais elle est aussi un pas décisif vers une nouvelle *forme normative* générale et abstraite qui mettra la loi en première ligne et la jurisprudence sur un second plan.

L'évolution de l'*iniuria* vers la *culpa* est accompagnée, nous le verrons, d'une autre transformation qui modifie entièrement l'*étendue* de la notion de responsabilité aquilienne. Plus large que l'*iniuria* dont le terme même renvoie à un ordre juridique, la *culpa* dépasse ce cadre restreint et se réfère à toute forme de normativité.

### 3. *L'ordre de la nature, suum cuique tribuere, neminem laedere et le devoir*

La transition du *damnum iniuria datum* au *damnum culpa datum* fut accompagnée, en droit civil commun, d'un changement plus général qui touchait, nous l'avons dit, la théorie du droit dans son ensemble. Contrairement aux juristes romains qui discutaient des cas concrets issus de la pratique, certains des grands juristes du deuxième millénaire ne se limitèrent plus, dans leurs

ouvrages, à une analyse purement juridique, mais se livraient aussi à des considérations philosophiques et même théologiques. Éparses et peu méthodiques au départ, ces réflexions prirent progressivement corps pour culminer dans les grands systèmes juridico-philosophiques des jusnaturalistes.

Au cours de cette évolution, la responsabilité du droit civil commun fut insérée, schématiquement, dans une théorie qui réunit trois éléments: la *nature*, les principes *suum cuique tribuere* et *neminem laedere* et le *devoir*.

Les trois éléments ont bien sûr déjà joué un rôle en droit romain et, partiellement, même dans la *lex Aquilia*. En ce qui concerne la nature, dans le fragment D. 9,2,50<sup>107</sup>, Ulpien défend un propriétaire lésé avec deux moyens, dont l'un – le principe *superficies ad dominum soli pertinet* – relève selon Ulpien du droit naturel, alors que l'autre – l'*actio legis Aquiliae* – découle du droit civil romain. Ulpien ne réduit pas l'une à l'autre, mais met les deux sources en parallèle: *praeter naturale ius*. En d'autres termes, pour défendre les intérêts du lésé, il place côte à côte deux ordres normatifs différents, le droit naturel et le droit positif.

Quant aux *suum cuique tribuere*<sup>108</sup> et *neminem laedere*<sup>109</sup>, qui figurent notamment comme principes généraux au premier livre des *Institutiones Iustiniani*, ils n'apparaissent pas directement dans la *lex Aquilia*. Si l'interdiction de tuer ou d'infliger un dommage a évidemment comme but de protéger la propriété<sup>110</sup> et d'éviter toute forme de lésion, ni le texte de la *lex Aquilia*, ni la jurisprudence qui s'est formée autour n'ont recouru directement à ces principes. En réalité, la *lex Aquilia* a généré ses propres règles de portée plus ou moins générale, dont la plus importante est le *damnum iniuria datum*.

Le troisième des termes, le *devoir*, se développe déjà dans la jurisprudence des *veteres*. Sans le nommer, Mucius en élabore le concept: «..., la

<sup>107</sup> Ulp. D. 9,2,50.

*Qui domum alienam invito domino demolit et eo loco balneas exstruxit, praeter naturale ius, quod superficies ad dominum soli pertinet, etiam damni dati nomine actioni subicitur.*

<sup>108</sup> I. 1,1pr; 1,1,3; Tryph. D. 16,3,31,1, etc.

<sup>109</sup> I. 1,3.

<sup>110</sup> Voir les textes des deux chapitres de la *lex Aquilia* (Gai. D. 9,2,2pr et Ulp. 9,2,27,5) qui confèrent l'action aquilienne au propriétaire. Parmi d'autres fragments, voir surtout Ulp. D. 9,2,13,2 où Celse précise que le but de la *lex Aquilia* était de mettre le propriétaire à l'abri de dommages. Dès lors, la *lex Aquilia* était dès le départ conçue comme un moyen de protection de la propriété. La jurisprudence romaine est restée très largement fidèle à cette conception initiale.

*faute est ce qui n'a pas été prévu, alors qu'il aurait pu être prévu par le diligent*»<sup>111</sup>. Pour échapper à la faute, l'acteur doit anticiper les conséquences de son acte. Il est tenu de prendre toutes les mesures propres à éviter un éventuel dommage futur. Pour décider si une personne est fautive, le juge déterminera les précautions qu'on pouvait exiger d'un homme diligent. Si l'auteur les a prises, il n'a pas commis de faute, sinon il répond de son acte. Autrement dit, le juge définit le comportement attendu d'une personne dans une situation donnée et l'octroie comme un *devoir*. S'y conformer permet d'échapper au coup de la *lex Aquilia*, le négliger expose l'auteur à la sanction de la loi.

Les trois éléments, la nature, les deux principes *suum cuique tribuere* ou *neminem laedere* et le devoir ont été repris et développés en droit civil commun. Nous montrerons qu'ils deviendront les concepts principaux autour desquels la responsabilité aquilienne du *damnum culpa datum* se construira. Le devoir, initialement un accessoire de la responsabilité aquilienne, en sera, conjointement avec la *culpa*, l'instrument principal. Débordant le cadre strictement juridique, il se transformera sous la plume des jusnaturalistes en exigence générale de comportement pour toute activité humaine. Cette évolution est soutenue par un changement paradigmatique. Le *neminem laedere*, initialement un *praeceptum* romain, devient dans le jusnaturalisme<sup>112</sup> l'*officium*, qui sera au centre non seulement de la responsabilité aquilienne, mais aussi de l'ordre juridique entier et de la morale.

Au départ, le lien entre les trois éléments était ténu. Cujas, par exemple, établit explicitement un rapport entre nature et droit, mais sans le prolonger jusque dans la responsabilité aquilienne. Il constate qu'il y a deux formes de droit naturel, l'un pour tous les êtres vivants, l'autre propre aux humains: «*Ce droit naturel, qu'on appelle Droit des Gens, la nature l'a enseigné seulement aux hommes*»<sup>113</sup>. Le Droit des Gens découle de la nature, elle-même expression de Dieu: *ius naturale esse divina providentia constitutum*<sup>114</sup>. En

<sup>111</sup> Paul. D. 9,2,31

«... *culpam autem esse, quod cum a diligente provideri poterit, non esset provisum aut tum denuntiatum esset, cum periculum evitari non possit*».

<sup>112</sup> Surtout chez Pufendorf et Wolff.

<sup>113</sup> «*Hoc vero ius naturale, quod gentium dicitur, natura docuit homines solos*», CUJAS, Commentarius in tit. Digest. de iustitia et iure, Opera omnia VII, 16 E.

<sup>114</sup> CUJAS, Commentarius in tit. Digest. de iustitia et iure, Opera omnia VII, 16 E.

tant que tel, il est aussi la *ratio naturalis* et l'*aequitas rationalis*<sup>115</sup>. Ainsi, Cujas, qui se réclame tant de la tradition antique que médiévale<sup>116</sup>, construit une chaîne déductive complète allant de Dieu à la nature et au droit. Mais ces considérations restent à part, sans approfondissement du lien entre la nature et les concepts juridiques de responsabilité.

Aussi les principes *suum cuique tribuere* et *neminem laedere* ne sont-ils pas encore rapprochés de la responsabilité aquilienne. Ils sont discutés au cours d'une longue analyse que Cujas consacre au titre *De Iustitia et Iure* du Digeste<sup>117</sup>, et plus particulièrement au fragment D. 1,1,10<sup>118</sup>. Le *suum cuique*, selon Ulpien le concept-clé pour définir la justice, est reformulé en termes légèrement modifiés: «*La justice est une manière d'être de l'âme, de vouloir attribuer à chacun son droit, ce qui est le sens de la définition posée dans la loi 10*»<sup>119</sup>. Cujas souligne déjà le caractère du moins partiellement subjectif du principe de justice qui devrait être inscrit dans la volonté individuelle de chacun<sup>120</sup>. Mais surtout, il conçoit le *suum cuique* comme un instrument pour protéger la propriété: «*Avec le précepte d'attribuer à chacun le sien, on nous ordonne d'attribuer à chacun le sien, par exemple la chose de chacun, que nous possédons, détenons ou devons*»<sup>121</sup>. Comme le *suum cuique*, le *neminem laedere* aussi définit l'attitude de l'homme envers les tiers. Mais, à la différence du premier, qui est formulé comme une sauvegarde de droits, il défend explicitement la personne et ses biens: «*Le précepte de ne léser autrui est dérivé du dommage infligé à un autre, du vol, du rapt et de la violence*»<sup>122</sup>.

<sup>115</sup> CUJAS, Commentarius in tit. Digest. de iustitia et iure, Opera omnia VII, 17 A.

<sup>116</sup> Voir CUJAS, Commentarius in tit. Digest. de iustitia et iure, Opera omnia VII, 17 A ss.  
<sup>117</sup> D. 1,1.

<sup>118</sup> Ulp. D. 1,1,10.

«*Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi. Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*».

<sup>119</sup> «*Iustitia est habitus animi ita affecti, ut velit ius suum cuique distribuere, quae est mens definitionis positae in l. 10*», Recitationes solemnes. Ad titulum Digestorum de Iustitia & Iure, CUJAS, Opera omnia VII, 1.

<sup>120</sup> CUJAS, Recitationes solemnes. Ad titulum Digestorum de Iustitia & Iure, CUJAS, Opera omnia VII, 4.

<sup>121</sup> «*Praecepto ut suum cuique tribuamus, iubemur suum cuique tribuere, puta rem cuique suam, quam possidemus, vel tenemus, vel debemus*», Recitationes solemnes. Ad titulum Digestorum de Iustitia & Iure, CUJAS, Opera omnia VII, 53.

<sup>122</sup> «*Praecepto ne laedamus alterum, deterremur à damno inferendo alteri, à furto, rapina, violentia*», Recitationes solemnes. Ad titulum Digestorum de Iustitia & Iure, CUJAS, Opera omnia VII, 4.

Notons au passage que, ici, l'interdiction de léser est dérivée des maux infligés à l'autre. Étonnamment, Cujas semble prêter au *neminem laedere* une origine inductive et non pas déductive. L'interdiction de léser autrui découlerait d'une violation au sens large, plutôt que d'une protection qui la précède. Logiquement, cette conception, telle que Cujas la présente, est surprenante puisque la règle en question, par exemple le droit de propriété, a dû exister avant l'interdiction de la violer. Pratiquement, en revanche, il est certain que ce sont des dommages concrets qui ont invité à adopter une norme de protection.

Le troisième terme, le devoir, ne joue pas encore ici de rôle central dans la responsabilité aquilienne. Même s'il discute de manière approfondie la notion de *culpa*, Cujas ne relève pas ou très peu le devoir de l'auteur d'anticiper les conséquences de son acte. Même dans la discussion du cas de l'élagueur, qui a donné lieu à la fameuse définition de la *culpa* par Mucius et qui ouvrira la porte à la notion de devoir<sup>123</sup>, il y fait à peine allusion: «*Si un élagueur a tué ton esclave qui passait, en jetant une branche d'un arbre, [...], et s'il ne l'a pas averti pour éviter l'accident, il sera accusé d'une faute*»<sup>124</sup>. Si l'expression *pour éviter l'accident* contient bien l'élément décisif qui génère le devoir, Cujas ne discute pas ce problème. Il lui préfère, comme plus tard Pothier<sup>125</sup>, la question accessoire que ce fragment avait posée concernant le lieu du drame. Certains juristes romains s'étaient demandé si l'auteur répondrait du dommage aussi au cas où l'accident se serait déroulé dans un lieu privé ou loin de tout chemin. Mais déjà selon Paulus, la question était dénuée de pertinence. Il est d'autant plus étonnant que Cujas reprenne cette polémique au détriment du vrai problème posé.

Une approche comparable se trouve dans son interprétation de la *lex Cornelia de sicariis et veneficis*, dans laquelle Cujas reprend une nouvelle fois le fragment de l'élagueur<sup>126</sup>. Là également, il mentionne brièvement l'obli-

<sup>123</sup> Cf. Paul. D. 9,2,31 *supra*.

<sup>124</sup> «*Item si putator ex arbore deiecto ramo servum tuum transeuntem occiderit, [...], neque proclamavit, ut casus evitari possit, culpa reus est*», CUJAS, Notae in Librum IV. Instit. Iustiniani, CUJAS, Opera omnia I, 238 B.

<sup>125</sup> Cf. *infra*.

<sup>126</sup> «*Si l'élagueur, qui jetait une branche d'un arbre, ne l'a pas proclamé pour qu'on l'évite, ...*», «*Si putator ex arbore cum ramum deiiceret, non proclamaverit ut vitaretur, ...*», CUJAS, Interpretationes in Iul. Pauli recept. Sentent. Lib. V, CUJAS, Opera omnia I, 498 C.

gation pour l'auteur de signaler le danger qu'il crée, mais toujours sans aborder la question de son devoir.

Donellus aussi sépare clairement les réflexions sur la nature et les considérations sur la responsabilité aquilienne. Comme Cujas, il établit un lien clair entre Dieu, nature et droit naturel. Dieu a créé la nature et y a inscrit ses propres principes. Le droit naturel, expression des règles de la nature et de la *ratio naturalis*, est le reflet de la lumière divine<sup>127</sup>. Immuable par essence, le droit naturel est opposé au droit civil qui, lui, peut être modifié.

L'analyse des principes *suum cuique tribuere* et *neminem laedere*, abordés dans un chapitre général consacré aux *ius*, *iustitia* et aux préceptes romains, reste largement isolée du droit positif et notamment de la responsabilité aquilienne. La distinction entre les deux principes paraît claire et simple. Le *alterum non laedere* se réfère à la personne: «*Ne pas léser l'autre signifie de ne pas léser la personne de l'autre ou sa vie, en lésant ou violant son salut, sa liberté ou son honneur*»<sup>128</sup>. En revanche, le *suum cuique tribuere* se rapporte à la chose: «*Attribuer à chacun le sien signifie d'admettre que la chose d'autrui, c'est-à-dire, ce qui lui appartient, lui revienne; de ne pas toucher aux choses d'autrui*»<sup>129</sup>. Dans l'acception proposée par Donellus, c'est le *suum cuique tribuere* qui servirait de base à la responsabilité aquilienne. Le *neminem laedere* en serait pratiquement exclu puisqu'il se limite aux personnes.

Quant au devoir, Donellus y fait allusion en rapport avec la responsabilité aquilienne, mais pose le problème davantage en termes de pouvoir. Il s'intéresse avant tout à la question de savoir si l'auteur avait *pu* prévoir le dommage et se préoccupe moins du devoir qui lui incombait. Il discute la *culpa* surtout du fragment de l'élagueur: «*La faute doit être comprise par l'expression: ce qui pouvait être prévu par le diligent, pour qu'aucun dommage n'arrive à la chose, n'a pas été prévu*»<sup>130</sup>. Il reste proche de la formu-

<sup>127</sup> DONELLUS, Opera I, Lib. I, Cap. XII, IVs, pp. 76s.

<sup>128</sup> «*Alterum non laedere est non laedere alterius personam aut vitam eius petendo, aut violando incolumitatem, libertatem, existimationem*», DONELLUS, Opera I, Lib. II, Cap. IX, p. 189.

<sup>129</sup> «*Suum cuique tribuere est res alterius, seu quod cuiusque est, id cuique esse permittere: res alienas non attingere*», DONELLUS, Opera I, Lib. II, Cap. I, X, p. 189s.

<sup>130</sup> «*Ea autem culpa hoc verbo intelligenda est, cum quod a diligente provideri potuit, ne quid damni ex re aliqua accideret, non est provisum*», DONELLUS, Opera IV, Lib. XV, Cap. XXVII, 2, p. 224.

lation initiale de Mucius. Les deux ouvrent implicitement la porte à un double devoir en supposant, d'une part, que ce qui pouvait être prévu devait l'être et, d'autre part, que chacun devait avoir un comportement comparable à celui du *diligens*.

Le devoir, jusque-là jamais clairement désigné, prend des contours plus précis en rapport avec le dommage résultant d'un cas fortuit. Donellus, nous l'avons vu<sup>131</sup>, considère le *casus* comme un motif d'exemption de la *lex Aquilia*. Il envisage deux hypothèses. Ou bien la prévision humaine ne permettait pas de prévoir le dommage, ou bien, prévisible, ce dernier ne devait pas être pris au sérieux<sup>132</sup>. C'est dans la discussion de ce deuxième cas de figure que le verbe *debere* apparaît: «*Si un dommage se produit, celui qui pouvait le prévoir, mais ne devait pas s'en soucier, n'est pas fautif dans deux cas de figure*»<sup>133</sup>. Le *curare tamen non debuerit* présuppose que, outre les cas dont il ne devait pas se soucier, il y a aussi des cas qui devaient retenir l'attention de l'auteur. Le concept en lui-même, selon lequel il y a des situations de danger dont l'auteur doit tenir compte et d'autres qu'il peut négliger, renvoie à un horizon normatif qui définit une attitude à adopter et impose, *ipso facto*, à tout acteur un devoir de diligence, désigné ici par le *debuerit*.

C'est avec Grotius que le champ de la responsabilité aquilienne s'élargit. La phrase introductive de sa clause générale<sup>134</sup> situe le nouveau cadre théorique du débat: «*Venons-en à ce qui est dû naturellement pour un méfait*». Grotius rappelle d'abord le fondement philosophique de son concept: La nature. Dorénavant, la répression des méfaits ne repose plus sur un ordre juridique positif, comme c'était le cas en droit romain, mais explicitement sur un ordre naturel évoqué à la fin de la clause: «*... naît naturellement une obligation ...*»<sup>135</sup>.

<sup>131</sup> Cf. *supra* D.1.

<sup>132</sup> DONELLUS, Opera IV, Lib. XV, Cap. XXVII, 2, p. 225

<sup>133</sup> «*Ut quis casum quem praevidere poterat, curare tamen non debuerit, & si inciderit, sit extra culpam, duobus modis consequitur*», DONELLUS, Opera IV, Lib. XV, Cap. XXVII, 5, p. 225.

<sup>134</sup> «*Veniamus ad id quod ex maleficio naturaliter debetur. Maleficio hinc appellamus culpam omnem, sive in faciendo, sive in non faciendo, pugnantem cum eo quod aut homines communiter, aut pro ratione certae qualitatis facere debent. Ex tali culpa obligatio naturaliter oritur, si damnum datum est, nempe ut id resarciatur*», GROTIUS, De jure belli, 2,17,1; pour la traduction, cf. *supra*, I. B.

<sup>135</sup> GROTIUS, De jure belli, 2,17,1.

Le rôle central de la nature<sup>136</sup> se manifeste, dans la clause générale de responsabilité, dans l'emploi répété du terme *naturaliter*. La première fois, Grotius l'utilise pour indiquer la source normative de la responsabilité. La deuxième fois, il s'en sert pour fonder les conséquences juridiques attachées au méfait: «*D'une telle faute naît naturellement une obligation de réparer le dommage qu'on a infligé*». Non seulement l'interdiction de léser, mais aussi la sanction, l'obligation de réparer le dommage, repose directement sur l'ordre naturel.

La nature génère un devoir décrit comme «*ce que les hommes doivent faire de manière générale ou en raison de certaines qualités*». Grotius distingue deux ordres de devoirs. Les uns sont généraux et incombent à tous en vertu de leur qualité d'hommes. Les autres naissent des qualités particulières ou individuelles de chacun. Celui qui enfreint un des deux devoirs et cause un dommage tombe sous le coup de l'obligation de réparation.

La notion de devoir occupe chez Grotius une nouvelle place au centre de la responsabilité. L'homme est soumis, au moyen du devoir, à l'ordre de la nature qui lui prescrit ses actes par l'intermédiaire du droit positif. Tout également engage sa responsabilité et crée une obligation de réparation. Le mérite de Grotius est d'avoir formulé ce devoir – ne serait-ce que sous forme du verbe *debere* – que Mucius n'avait suggéré qu'implicitement. Grotius procède, comme plus tard surtout Domat<sup>137</sup>, en opposant les deux notions qui caractérisent la responsabilité aquilienne commune: la *faute* et le *devoir*. L'homme est soumis à certains devoirs: *quod aut homines [...]facere debent*<sup>138</sup>. S'il les enfreint, il commet une faute: *appellamus culpam omnem [...] pugnans cum eo quod [...]*.

Chez Grotius, on peut parler à un double titre d'une clause générale de responsabilité. D'une part, cette dernière réunit dans une seule norme générale l'ensemble des comportements (matériellement) dommageables à réprimer: *culpam omnem*. D'autre part, elle postule un *devoir général* d'agir selon certains principes: *quod aut homines communitate, aut pro ratione certae qualitatis facere debent*. Certes, déjà le *damnum iniuria datum* recouvre un certain degré de généralité surtout concernant les dommages réprimés. Mais

<sup>136</sup> Pour le *jus naturae* voir aussi GROTIUS, De iure Belli, 1, 2, § 10s.

<sup>137</sup> Cf. *infra*.

<sup>138</sup> GROTIUS, De iure Belli, 2,17,1.

il sanctionne seulement la transgression ponctuelle d'un ordre juridique positif, et non pas un ordre complet de devoirs.

Le troisième élément, le *suum cuique tribuere*, figure dans le même chapitre. Mais il est mentionné seulement dans le paragraphe suivant et de manière indirecte. Sous une première forme, le *suum cuique* apparaît en rapport avec la définition du dommage. Grotius constate, nous l'avons vu (*supra* B.), qu'il y a dommage lorsque quelqu'un a moins que ce qui lui revient: *cum quis minus habet suo*<sup>139</sup>. Sous une deuxième forme, le dommage réapparaît un peu plus loin dans le même paragraphe, ajouté comme *obiter dictum*: «*De manière similaire, le droit de chacun au sien naît de la loi, puisque la loi peut autant ou plus que chacun en particulier*»<sup>140</sup>. Grotius en modifie légèrement la formulation. Le *suum cuique tribuere* devient *ius suum cuique oritur ex lege*. Ce dernier principe n'a pas ici la fonction de précepte général comme en droit romain. Au contraire, généré par la loi – *ex lege oritur* – il ne confère que la protection ponctuelle d'un droit particulier. Formellement, le rapport entre la responsabilité aquilienne et le *suum cuique* reste ici ténu, puisque Grotius ne le mentionne qu'en marge. Sur le fond, le *suum cuique* perd son statut de principe général. Il se trouve subordonné à la loi qui garantit au propriétaire – ou à tout autre titulaire – le respect de son droit<sup>141</sup>.

Chez Pufendorf, les notions de nature, *neminem laedere* et devoir sont de véritables concepts, reliés de manière systématique notamment dans la

<sup>139</sup> Grotius, *De Iure Belli*, 2, 17, 2.

<sup>140</sup> «*Simili modo ex lege ius suum cuique oritur, quia idem, aut plus lex potest, quam in se ac sua singuli*», GROTIUS, *De iure Belli*, 2, 17, 2.

<sup>141</sup> Dans les *Inleiding*, consacrés à la coutume hollandaise, Grotius présente la responsabilité aquilienne d'une autre manière. D'abord, le *suum cuique* ne semble pas y avoir son équivalent. En revanche, la nature et le devoir jouent apparemment des rôles ressemblant à ceux dans le *De iure Belli*. Grotius répète que: «*La dette de réparation [provenant] de dommages [onevenheids, B.W.] découle d'un droit inné, aussi, cette même dette est précisée par le droit civil*» («*Maer de schuld van weder-evening des onevenheids komt uit het aengheboren recht, hoe wel de zelve schuld naerder werd verklaert by de burgher-wet*», GROTIUS, *Inleidinge*, 3,32,7; cf. aussi *Inleidinge*, 3,32,11). Sans le dire, il reprend, avec le concept de *aengheboren recht*, l'idée d'un droit naturel commun à tous les hommes (*Inleidinge*, 3,32,6). De même, la *schuld van weder-evening*, la dette de réparation, rappelle le devoir de venir en aide au lésé. Toutefois, dans le *Inleidinge* le vocabulaire varie légèrement. Dans d'autres passages, le devoir est exprimé différemment: «*On est tenu à la réparation par un droit inné*» («*Tot weder-evening is iemand ghehouden uit het aengheboren recht*», *Inleidinge*, 3,32,9; cf. aussi *Inleidinge*, 3,32,15.). Ici, la notion de devoir est renfermée dans la forme verbale *ghehouden*, expression neutre – traduisible par «être tenu» – pour désigner l'obligation de réparer le dommage causé.

responsabilité aquilienne. Après avoir expliqué ce que le droit naturel impose à l'homme comme devoir envers lui-même<sup>142</sup>, Pufendorf se tourne vers les devoirs entre les hommes: «*Il faut déjà passer aux préceptes, qui contiennent les devoirs envers d'autres hommes. Plus haut, nous les avons divisés en absolus et hypothétiques. Dans la classe des absolus, qui obligent tous les hommes en deçà de toute institution humaine, nous accordons avec raison la place principale à celui-ci: Que personne ne lèse autrui, et, s'il a donné un dommage à un autre, qu'il le répare. Celui-ci est certainement le plus large de tous, qui concerne tous les hommes en tant que tels*»<sup>143</sup>. En ce qui concerne la notion de nature, c'est sans doute elle qui est désignée par les deux formulations *quae citra omne antegressum humanum institutum omnes homines obligant* et *omnes homines ut tales complexum*. Sinon, quel autre concept aurait pu engager tous les hommes en dehors de toute institution et en vertu de leur qualité même d'être des hommes?

La nature figure aussi comme source des préceptes. Repris du droit romain et restructurés, les préceptes sont des principes premiers. Classés par degrés de généralité, ils ont des effets impératifs divers; les uns sont absolus, les autres hypothétiques. Le premier en est le *neminem laedere: merito principem locum huic deferimus*. De valeur absolue et antérieur à toute institution humaine, il stipule une obligation de réparation des dommages infligés: *Ut ne quis alterum laedat, utque, si quod damnum alteri dederit, id reparat*. A la différence de ses prédécesseurs qui réservaient le *neminem laedere* aux dommages contre des personnes, Pufendorf en fait le précepte le plus général, qui découle directement de l'ordre de la nature et s'applique à l'ensemble des comportements de l'homme. Le *neminem laedere* est la source directe d'un double devoir, négatif et positif. D'abord, il est interdit à l'homme de léser autrui. Ensuite, si néanmoins un dommage se produit, il doit être réparé.

<sup>142</sup> Cf. PUFENDORF, *De Jure Naturae*, 2, 3 et 2, 4. Pour les différents ordres de devoirs chez Pufendorf, voir notamment DENZER, Horst, *Moralphilosophie und Naturrecht bei Samuel Pufendorf*, München 1972.

<sup>143</sup> «*Jam transeundum est ad illa praecepta, quibus officia adversus alios homines obeunda continentur. Ea supra divisimus in absoluta & hypothetica. In classe absolutorum, quae citra omne antegressum humanum institutum omnes homines obligant, merito principem locum huic deferimus: Ut ne quis alterum laedat, utque, si quod damnum alteri dederit, id reparat. est quippe hoc omnium latissimum, omnes homines ut tales complexum*», PUFENDORF, *De Jure Naturae*, 3, 1, § 1.

Tout à fait général lui-même, le *neminem laedere* génère un *devoir général* de réparation. Virtuellement, l'homme répond de l'ensemble des dommages causés, quelles qu'en soient la nature et l'ampleur: «*Par ce précepte est protégé non seulement ce dont on affirme par exemple qu'il est sacro-saint et qui nous est immédiatement concédé par la nature même, comme la vie, le corps, les membres, la pudeur, la simple réputation, la liberté; mais, on s'aperçoit que la force de ce même précepte s'étend aussi à tous les instituts et conventions avec lesquels l'homme acquiert des choses, sans quoi ceux-ci seraient complètement inutiles. De telle sorte que, si une chose nous appartient à quelque titre que ce soit, ce précepte interdit aussi de l'arracher, corrompre, léser ou de le soustraire entièrement ou partiellement par notre utilisation*»<sup>144</sup>. Outre les biens conférés directement par la nature<sup>145</sup>, comme la vie de la personne ou l'intégrité de son corps, Pufendorf protège avec le *neminem laedere* également les biens acquis par des rapports juridiques de droit civil. De la sorte, le *suum cuique tribuere* est *de facto* absorbé par le *neminem laedere*. En effet, dans le passage cité, Pufendorf souligne que la protection du bien en question ne dépend ni de la nature de l'institut, ni du type de titre juridique que le lésé peut faire valoir: *per omnia instituta ac conventiones et quocunque titulo*. De ce fait, le *neminem laedere* garantit également les droits civils dont la propriété, traditionnellement mise sous la protection du *suum cuique*. Toutefois, l'exemplification par des verbes et non pas par des droits spécifiques confirme que Pufendorf tient avant tout à garantir la réparation des dommages infligés, indépendamment du titre dont le lésé dispose: *aufferri, corrumpi, laedi, usibus nostris ex toto, aut ex parte subtrahi vetetur*. La même conception large, nous l'avons vu<sup>146</sup>, ressort aussi

<sup>144</sup> «*Muniuntur autem hocce praecepto, & velut sacrosancta esse jubentur non illa tantum, quae immediate nobis ipsa natura concessit, uti est vita, corpus, membra, pudicitia, existimatio simplex, libertas: sed etiam ejusdem praecepti vis sese per omnia instituta ac conventiones, quibus aliquid homini acquiritur, diffundere intellegitur, tanquam sine quo illa plane inutilia forent. Sic ut quocunque titulo aliquid nostrum sit, hoc praecepto idem aufferri, corrumpi, laedi, usibus nostris ex toto, aut ex parte subtrahi vetetur*», PUFENDORF, *De Jure Naturae*, 3, 1, § 1.

<sup>145</sup> Notons que Pufendorf crée dans ce passage une légère ambiguïté. Dans la première partie, il laisse entendre, par *non illa tantum*, que les biens conférés par la nature ne sont pas, ou pas en premier lieu, protégés par le *neminem laedere*. Dans la deuxième partie seulement, il clarifie sa proposition, par *sed etiam*, qui implique clairement que, à part les droits naissant par *instituta ac conventiones*, les biens distribués directement par la nature sont aussi compris dans la protection du *neminem laedere*.

<sup>146</sup> Cf. I. C.

de la clause générale pufendorfienne qui précise que tout dommage, infligé d'une quelconque manière, doit être réparé: *damnumque datum ullo modo*<sup>147</sup>.

Pufendorf précise aussi le rapport entre le *neminem laedere* et la clause générale de responsabilité. Celle-ci découle directement de celui-là: «Puis, de ce précepte suit: si quelqu'un a été lésé par autrui, et que, d'une quelconque manière, un dommage lui a été infligé, qui peut à juste titre être imputé à l'autre, ce dernier doit le réparer dans la mesure du possible»<sup>148</sup>. Si on reconstruit la chaîne déductive complète, la cause première est le Créateur qui imprime ses principes à la nature et au droit naturel. Ensuite, la première règle de droit naturel est le principe *neminem laedere* qui stipule, sous forme de devoir négatif, l'interdiction de léser autrui. Finalement, la clause générale de responsabilité, qui en découle, formule le devoir – *officium adversus alios* – de ne léser personne et, le cas échéant, de réparer le dommage causé.

En d'autres termes, Pufendorf établit un rapport explicite entre les trois termes nature, *neminem laedere* et devoir. En outre, il y rattache la clause générale. La nature génère différents préceptes, dont le plus général est le *neminem laedere*; stipulant une interdiction de léser autrui, ce dernier impose un devoir général de réparation des dommages infligés, exprimé sous la forme de la clause générale de responsabilité.

Le rapport entre le devoir général, développé dans le premier paragraphe du chapitre<sup>149</sup>, et la clause générale de responsabilité, qui suit dans le paragraphe deux<sup>150</sup>, est étroit. Les deux supposent une violation du *neminem laedere* et postulent une réparation du dommage infligé. Seule différence importante, la clause générale, qui est plus spécifiquement juridique, exige l'illicéité de l'acte dommageable.

Dans le *De Officio*, Pufendorf maintient une structure hiérarchique des normes, mais la bouleverse par rapport à son *Jus Naturae*. Les devoirs naissent soit d'une obligation commune, imposée initialement par le Créateur,

<sup>147</sup> PUFENDORF, *De Jure Naturae*, 3, 1, § 2.

<sup>148</sup> «*Ex hocce porro praecepto consequitur, si cui abs aliquo laesio sit illata, damnumque datum ullo modo, qui ipsi recte potest imputari; id quantum ejus fieri potest, ab eodem esse sarciendum*», PUFENDORF, *De Jure Naturae*, 3,1, § 2.

<sup>149</sup> PUFENDORF, *De Jure Naturae*, 3,1, § 1.

<sup>150</sup> PUFENDORF, *De Jure Naturae*, 3,1, § 2.

soit d'un certain institut juridique créé par les hommes, soit encore du statut personnel choisi par l'homme<sup>151</sup>.

Le premier parmi les devoirs absolus créés par Dieu est toujours le *neminem laedere*: «Parmi les devoirs absolus, c'est-à-dire, de n'importe qui envers n'importe qui, la première place est occupée par celui-ci: que personne ne lèse autrui: celui-ci est en fait le devoir le plus large de tous, qui embrasse tous les hommes comme tels»<sup>152</sup>. A la différence de la solution adoptée dans le *De Jure Naturae*, le *neminem laedere* est subordonné au devoir, dont il est simplement la première expression. Néanmoins, les trois termes nature, *neminem laedere* et devoir sont toujours étroitement liés et forment ensemble le cadre conceptuel autour de la responsabilité aquilienne.

A l'instar de Grotius, Pufendorf fonde, dans le *De Jure Naturae* implicitement et dans le *De Officio* explicitement, sa clause générale de responsabilité dans la métaphysique. *Ex hoc(ce) porro consequitur*<sup>153</sup>, qui précède dans les deux textes la clause générale de responsabilité<sup>154</sup>, renvoie au *neminem laedere*, déduit lui-même de la nature et, initialement, de la volonté du Créateur. Repris du droit romain<sup>155</sup>, le *neminem laedere* devient un principe général de droit naturel, destiné à mettre chacun à l'abri des différentes formes de dommage que l'homme peut infliger. L'extension de la portée du *neminem laedere* entraîne inévitablement une extension de la notion de responsabilité aquilienne qui, au-delà du domaine strictement juridique dans lequel le droit romain

<sup>151</sup> «Parmi les devoirs les uns proviennent d'une obligation par laquelle le Créateur voulait que les hommes soient liés entre eux; d'autres découlent d'un certain institut introduit ou reçu par les hommes, ou d'un statut des hommes», «Eorum aliqua proveniunt ex communi obligatione, qua Creator omnes homines ut tales inter se devinctos voluit: aliqua autem ex certo instituto per homines introducto aut recepto, vel ex certo hominum statu adventitio promanant», PUFENDORF, *De Officio*, 1,6, § 1.

<sup>152</sup> «Inter officia absoluta seu quorumlibet erga quoslibet primum locum obtinet: nequis alterum laedat; Est quippe hoc officium omnium latissimum, omnes homines ut tales complexum», PUFENDORF, *De Officio*, 1,6, § 2.

<sup>153</sup> PUFENDORF, *De Officio*, 1,6, § 4; *De Jure Naturae*, 3,1, § 2.

<sup>154</sup> PUFENDORF, *De Jure Naturae*, 3,1, § 2; *De Officio*, 1,6, § 4.

<sup>155</sup> «Les préceptes du droit sont les suivants: vivre honnêtement, ne pas léser autrui, attribuer à chacun le sien».

«Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere», I. 1,1,3.

l'avait confinée, portera dorénavant aussi sur les actes qui relèvent de la vie dans son ensemble<sup>156</sup>.

Dans les *Loix civiles* de Domat, la responsabilité aquilienne est largement déterminée par le devoir. En revanche, il n'y a aucune allusion ni au *neminem laedere* ou à un autre précepte, ni à la nature qui, pourtant, figure dans le titre même de l'ouvrage. Comme déjà chez Mucius, l'acteur est soumis à un devoir de prévoyance qui détermine sa faute<sup>157</sup>. Aussi Domat stipule un double devoir. Premièrement, l'acteur doit se conformer à un certain type de comportement, sans quoi il est considéré comme responsable du dommage infligé. Deuxièmement, il doit réparer le dommage causé. C'est le premier des deux devoirs qui nous intéresse principalement, précisé comme «*imprudence, legereté, ignorance de ce qu'on doit sçavoir*». Celui qui savait qu'un dommage allait se produire, comme aussi celui qui aurait dû le savoir, répond du dommage. Domat s'en prend explicitement autant à celui qui savait ou aurait pu savoir, qu'à celui qui était ignorant ou inconscient. Il impose à chacun de disposer d'une certaine expérience et de s'en servir lorsqu'il entreprend un acte. Tout auteur d'un dommage est confronté à la fois à un standard minimal<sup>158</sup> de connaissances qu'il doit appliquer et à un devoir de prévoyance des conséquences de son acte.

Le devoir de prévoyance occupe aussi largement la suite des développements. Comment définir ce que la personne aurait dû savoir? Domat opte pour une solution souple, adaptée aux cas d'espèce. Outre la base générale de connaissances que chacun doit avoir en vertu d'une expérience commune de la vie, l'auteur est en même temps jugé selon sa situation particulière: «*Il faut*

---

<sup>156</sup> Notons ici que Gottfried Wilhelm LEIBNIZ, dans son texte *Méditation sur la notion commune de la justice*, qui dépasse de loin, en originalité et en inventivité, tous les autres auteurs des Lumières, propose une autre hiérarchie. Le *honeste vivere*, précepte suprême, marquerait la justice universelle, le *suum cuique tribuere* la justice distributive et le *neminem laedere* la justice commutative (in: MOLLAT, Georg, *Rechtsphilosophisches aus Leibnizens ungedruckten Schriften*, Leipzig 1885, 56-81, 76).

<sup>157</sup> Rappelons une nouvelle fois le texte central de Domat: «*Toutes les pertes & tous les dommages qui peuvent arriver par le fait de quelque personne, soit imprudence, legereté, ignorance de ce qu'on doit sçavoir, ou autres fautes semblables, si legeres qu'elles puissent être, doivent être réparées par celui dont l'imprudence ou autre faute y a donné lieu*», DOMAT, *Loix Civiles*, liv. 2, tit. 8, sect. 4, 1.

<sup>158</sup> Pour les standards de comportement en Common Law du 18<sup>e</sup> siècle, voir BIRKS, Peter, *Negligence in the Eighteenth Century Common Law*, in: SCHRAGE, Eltjo J. H. (éd.), *Negligence. The comparative legal history of the law of torts*, Berlin 2001, 173-227, 191.

*mettre au nombre des dommages causez par des fautes, ceux qui arrivent par l'ignorance des choses que l'on doit sçavoir*<sup>159</sup>. Si la formule choisie ne délimite pas la notion d'ignorance, les exemples qui suivent tiennent explicitement compte des compétences spécifiques requises. L'artisan qui commet une faute de métier ou le médecin qui pratique contrairement aux règles de l'art répondent des dommages en vertu de leurs qualifications spécifiques. Notons en passant que Domat ne sépare ici pas rigoureusement les responsabilité contractuelle et délictuelle, puisque normalement l'artisan et le médecin sont liés à leur clientèle par un contrat<sup>160</sup>.

La notion de devoir impose une prévoyance au sens large du terme. L'auteur n'est pas seulement tenu de prévoir les conséquences de ses actes et d'éviter qu'un dommage se produise. Dans certains cas, Domat impose en plus, à l'instar du droit romain<sup>161</sup>, un devoir de prévention à l'égard des actes d'autrui: «*Ceux qui pouvant empêcher un dommage, que quelque devoir les engageoit de prévenir, y auront manqué, pourront en être tenus selon les circonstances*»<sup>162</sup>. L'exemple ajouté traite d'un maître qui n'est pas intervenu, alors qu'il était en mesure d'empêcher son domestique de causer un dommage. Son devoir de prévoyance est ici doublé d'un devoir de prévention concernant non pas ses propres actes, mais ceux d'un tiers<sup>163</sup>.

Inversement, la limite du devoir se trouve notamment dans l'imprévisibilité du fait dommageable: «*S'il arrive quelque dommage par une suite imprévuë d'un fait innocent, sans qu'on puisse imputer de faute à l'auteur de ce fait; il ne sera pas tenu d'une telle suite*»<sup>164</sup>. Domat fixe trois conditions cumulatives pour exciper: le fait initial doit avoir été innocent, c'est-à-dire sans danger, le dommage doit avoir été imprévisible et l'auteur doit avoir agi sans faute. La sévérité des conditions montre une nouvelle fois à quel point la responsabilité aquilienne est étendue. Le moindre manquement à son devoir contraint l'auteur à la réparation du dommage.

A la différence de Pufendorf, qui n'accorde pas de fonction particulière à la *culpa*, Domat construit sa clause générale de responsabilité sur un rapport

<sup>159</sup> DOMAT, Loix Civiles, liv. 2, tit. 8, sect. 4, 5.

<sup>160</sup> Concernant le rapport entre la *lex Aquilia* et les dommages contractuels, voir *infra* F.2.

<sup>161</sup> Voir par exemple Ulp. D. 9,2,44,1.

<sup>162</sup> DOMAT, Loix Civiles, liv. 2, tit. 8, sect. 4, 8.

<sup>163</sup> Nous laissons ici de côté l'analyse sous l'angle de la responsabilité pour auxiliaires.

<sup>164</sup> DOMAT, Loix Civiles, liv. 2, tit. 8, sect. 4, 3.

étroit entre faute et devoir: «soit imprudence, legereté, ignorance de ce qu'on doit savoir, ou autres fautes semblables»<sup>165</sup>. Autrement dit, le manquement au devoir est une faute. Le rapport entre les deux concepts nous permet de mieux saisir l'étendue de la clause générale de responsabilité. Le devoir, nous l'avons dit, est ici une notion générale. Tout acteur doit faire preuve de la prévoyance attendue d'un homme qui dispose d'une expérience normale de la vie. En outre, on tient compte de ses connaissances particulières, notamment professionnelles. La faute désigne toute transgression d'une des règles imposées par le devoir. En tant qu'infraction à une de ces compétences, la notion de faute est aussi générale que celle du devoir.

Historiquement, l'extension des notions de faute et de devoir s'est certainement faite simultanément. En revanche, la prépondérance conceptuelle s'est inversée au fil du temps. A partir de Mucius, la *culpa* a été l'un des éléments centraux du raisonnement aquilien. Le devoir, implicitement présent comme contrepartie de la faute, n'a pas été discuté ouvertement. Le rapport entre devoir et faute s'est équilibré au cours du deuxième millénaire pour finalement basculer dans la doctrine jusnaturaliste où c'est le devoir qui reçoit un statut central. En droit commun du 17<sup>e</sup> siècle, Pufendorf, nous l'avons vu, a joué un rôle déterminant dans ce basculement qui marquera tant les juristes comme Domat que les juristes-philosophes comme Wolff.

Mais, avant d'en venir à Wolff, voyons le point de vue de Christian Thomasius. Lui aussi tisse un lien étroit entre la nature, le *neminem laedere* et, du moins en principe, le devoir<sup>166</sup>. Dans le chapitre *De non laedendis aliis, et de damno dato resarciendo* de ses *Institutiones jurisprudentiae divinae*<sup>167</sup>, Thomasius fonde le *neminem laedere* notamment dans la nature qu'au lieu d'appeler de son nom il circonscrit comme *status humanitatis*, expression qui désigne le droit des Gens, tel qu'il découle de la nature<sup>168</sup>.

<sup>165</sup> DOMAT, *Loix Civiles*, liv. 2, tit. 8, sect. 4, 1.

<sup>166</sup> Voir aussi chez GUNDLING, Nicolaus, *Ius Naturae ac Gentium*, Geneva 1751, chap. IX, pp. 80ss, élève de THOMASIIUS, qui accentue notamment le rapport entre droit, morale et théologie (voir aussi chap. VIII, pp. 75ss).

<sup>167</sup> THOMASIIUS, Christian, *Institutiones Jurisprudentiae divinae*, Halae Magdeburgicae, 1720, Lib. II, cap. V, § I ss.

<sup>168</sup> «*Alerum (a) praeceptum, quod ex statu humanitatis & praecepto de custodia aequalitatis profluit, est: NEMINEM LAEDE*». «L'autre (a) précepte négatif qui découle du statut de l'humanité & du précepte de la sauvegarde de l'égalité est de ne léser personne.», THOMASIIUS, Christian, *Institutiones Jurisprudentiae divinae*, Halae Magdeburgicae, 1720, Lib. II, cap. V, § I.

Il souligne le caractère générique et ambigu de la notion de *laesio*, qui renvoie notamment à toute forme de dénégation d'un droit, qu'il s'agisse d'une obligation imparfaite, d'un droit parfait ou encore d'un pacte ou d'un bien protégé par le droit. Celle des significations possibles de *laesio* qui intéresse Thomasius et qui donnerait son véritable sens au précepte est la suivante: «*Ne corromps ou n'enlève pas le bien corporel ou la fortune qu'autrui possède dans un pacte avec toi, et n'entrave pas son usage de cette chose*»<sup>169</sup>. L'allusion au pacte donne à Thomasius l'occasion de reprendre largement Pufendorf<sup>170</sup> dans l'énumération des biens protégés par la *neminem laedere*: d'une part la vie, le corps, les membres, la pudeur et la liberté, d'autre part les droits découlant de certaines conventions et portant souvent sur la fortune matérielle du lésé: «Je dis notamment 'ce qu'il possède dans le cadre de ton pacte'. Car, par ce précepte n'est pas tellement protégé ce qui nous provient de la nature même, tels la vie, le corps, les membres, la pudeur, la liberté, mais le précepte s'étend également à tous les instituts et conventions par lesquels l'homme acquiert quelque chose, généralement des biens de fortune qui ne sont pas dus de manière précise par l'auteur du dommage sur la base de la convention»<sup>171</sup>. Thomasius souligne que les biens protégés ne sont pas seulement ceux que la nature nous a donnés, mais aussi ceux auxquels nous avons droit en vertu du droit positif et des conventions et contrats conclus individuellement.

---

<sup>169</sup> «*Non corrumpas aut auferas alterius bonum corporis vel fortunae, quod citra tuum pactum possidet, neve eum in usu ejusdem impediās*», THOMASIUS, Christian, *Institutiones Jurisprudentiae divinae*, Halae Magdeburgicae, 1720, Lib. II, cap. V, § I, 11. Nous traduisons *citra tuum pactum* par «dans le cadre d'un pacte avec toi». Une traduction littérale du terme *citra* serait: «en dehors d'un pacte avec toi». Cependant, la suite du texte, et notamment le § I, 12 (cf. *infra*), montre que Thomasius pense ici au cas de figure où des prestations «ne sont pas dues de manière précise». Autrement dit, nous pensons qu'il faut interpréter le *citrum tuum pactum* comme une clause qui tombe bien sous le pacte, mais seulement de manière ambiguë.

<sup>170</sup> PUFENDORF, *De Jure Naturae*, 3, 1, § 1, cf. *supra* n. 38.

<sup>171</sup> «*Notanter dico, quod citra tuum pactum possidet. Muniuntur enim hoc praecepto non illa tantum, quae immediate nobis ipsa natura concessit, uti est vita, corpus, membra, pudicitia, libertas, sed & idem praeceptum se diffundit ad omnia instituta & conventiones, quibus aliquid homini acquiritur, ut sunt regulariter divitiae, modo non debeantur praecise ex conventionem laedentis*», THOMASIUS, Christian, *Institutiones Jurisprudentiae divinae*, Halae Magdeburgicae, 1720, Lib. II, cap. V, § I, 12.

Notons en passant l'étonnante proximité avec BGB 823 qui protège contre tout acte illicite «la vie, le corps, la santé, la liberté, la propriété et tout autre droit»<sup>172</sup>.

Dans ce même passage, Thomasius donne ensuite avec le *neminem laedere* un seul et unique fondement aux différentes formes de responsabilité, sans distinguer entre les domaines contractuel et délictuel. Si cette position n'est évidemment pas nouvelle, car on en trouve déjà les traces chez Domat (voir *infra* F.2.), Thomasius a le mérite d'avoir mis en évidence la racine commune des deux types de responsabilité.

A son tour, le *neminem laedere* est générateur d'un autre précepte: *damnum datum resarci*<sup>173</sup>. Celui-ci contraint l'auteur à réparer le dommage causé. Une fois de plus, Thomasius puise dans Pufendorf<sup>174</sup> pour motiver son point de vue. Sans sanction dissuasive, le précepte *neminem laedere* n'aurait aucune chance d'être respecté. Il resterait sans effet si l'auteur du dommage pouvait jouir des avantages que son acte lui confère sans être inquiété par une obligation de réparation<sup>175</sup>.

Quant au devoir, Thomasius adopte deux solutions différentes. Dans les *Fundamenta Juris Naturae*, il propose comme Pufendorf une théorie tripartite des devoirs de l'Homme envers Dieu, envers soi-même et envers les autres<sup>176</sup>. En revanche, dans les *Institutiones Jurisprudentiae Divinae* la notion de devoir joue un rôle subordonné. Elle n'y apparaît pas directement, mais seulement sous sa première forme romaine de *culpa et diligentia*: «[Le dommage] est infligé soit dolosivement [...], ou par faute, soit par une omission de diligence due»<sup>177</sup>. L'expression «diligence due» renvoie à un devoir de se

<sup>172</sup> On ne peut pas s'empêcher de penser que, ici, il y a une confrontation tardive entre, d'une part, un droit commun «moderne» qui tend vers une généralisation normative et, d'autre part, un droit commun «ancien» toujours empêtré dans une lourde casuistique romanisante.

<sup>173</sup> THOMASIUS, Christian, *Institutiones Jurisprudentiae divinae*, Halae Magdeburgicae, 1720, Lib. II, cap. V, § I, 15.

<sup>174</sup> PUFENDORF, *De Jure Naturae*, 3,1,§2.

<sup>175</sup> THOMASIUS, Christian, *Institutiones Jurisprudentiae divinae*, Halae Magdeburgicae, 1720, Lib. II, cap. V, § I, 16.

<sup>176</sup> Voir notamment THOMASIUS, Christian, *Fundamenta Juris Naturae et Gentium ex sensu communi deducta, in quibus ubique secernuntur principia honesti, justitiae ac decori*, Halae & Lipsiae 1718 (4. Ed.), lib. II et III.

<sup>177</sup> «[*Damnum*] datur vel dolo seu ex proaeresi, vel culpa sive ex omissione diligentiae debita», THOMASIUS, Christian, *Institutiones Jurisprudentiae divinae*, Halae Magdeburgicae, 1720, Lib. II, cap. V, § I, 20.

comporter de manière adéquate par rapport à la situation donnée. Celui qui ne respecte pas l'attitude à laquelle on peut s'attendre de la part d'un *bonus vir* commet une faute. Ainsi, dans les *Institutiones Jurisprudentiae Divinae*, Thomasius rese attaché à la conception romaine des *veteres*, sans faire du devoir une notion centrale de ses considérations sur la responsabilité aquilienne, alors que, dans les *Fundamenta Juris Naturae et Gentium*, il reproduit, à l'instar de Pufendorf, le schéma des trois cercles de devoirs, propre à la philosophie du devoir de son époque.

Dans son modèle de la responsabilité aquilienne, Wolff lui aussi conjugue nature, *neminem laedere* et devoir<sup>178</sup>. Voyons d'abord brièvement le lien entre les deux premiers concepts et la perfection. La nature est l'expression de la perfection divine. Pour mener une vie parfaite qui corresponde aux intentions du Créateur, l'homme doit déterminer ses actes d'après les règles dictées par la nature, consignées dans le *Jus Naturae*: «Plus l'homme conforme ses actes aux lois de la nature, plus il s'approche de la vie parfaite»<sup>179</sup>. Si la conformité entre l'acte et le *jus naturae* augmente la perfection, l'absence de conformité lui porte préjudice. Le manque de perfection peut provenir d'un dommage infligé à l'homme lui-même, à l'un de ses biens ou à un droit quelconque: «Tout dommage que nous subissons rend notre statut plus imparfait»<sup>180</sup>. Le principe qui interdit toute lésion d'autrui est précisément le *neminem laedere*: «*Obligatio alterum non laedendi perfecta est*»<sup>181</sup>.

Le lien entre le *neminem laedere* et le devoir est direct. Dans le vocabulaire de Wolff, toute obligation parfaite donne à son titulaire le moyen juridique de contraindre les autres à respecter son droit<sup>182</sup>. Pour ceux qui sont soumis à cette contrainte, l'obligation génère un *devoir*: «On appelle des devoirs parfaits ceux auxquels tu obliges parfaitement un autre»<sup>183</sup>. En d'autres termes, le *neminem laedere*, qui est une obligation parfaite, génère un devoir parfait, opposable à tous. Celui qui est au bénéfice du *neminem*

<sup>178</sup> Pour la fonction du *suum cuique tribuere* chez Wolff, voir *infra* F.3.

<sup>179</sup> «*Quo magis homo actiones suas legi naturae conformat; eo propius ad vitam perfectam accedit*», WOLFF, PPU 2, § 18.

<sup>180</sup> «*Omne damnum, quod patimur, statum nostrum imperfectiorem reddit*», WOLFF, Jus Naturae 2, § 492.

<sup>181</sup> WOLFF, Jus Naturae 1, § 915.

<sup>182</sup> WOLFF, Jus Naturae 1, § 915.

<sup>183</sup> «*Nimirum Perfecta dicuntur officia, ad quae perfecte alteri obligaris*», WOLFF, Jus Naturae 1, § 663.

*laedere* peut le faire valoir à l'égard d'autrui pour lui interdire toute violation de ses droits et il peut, le cas échéant, exiger la réparation du dommage subi.

Le devoir est d'après Wolff *un acte conforme à la loi*: «On appelle un *devoir un acte déterminé selon la loi, dans la mesure où nous sommes obligés de le déterminer selon elle*»<sup>184</sup>. Celui qui fait son devoir commet un acte qu'il a dû déterminer selon la loi et, en l'occurrence, selon le *neminem laedere*. En nous abstenant d'infliger un dommage à autrui, nous nous trouvons en réalité constamment sous la pression d'un devoir. Selon cette conception, le devoir devient une exigence générale et permanente de suivre en toutes circonstances le principe général de ne léser personne.

La généralisation du devoir est accompagnée chez Wolff d'une autre modification qui concerne spécifiquement le *damnum iniuria datum*. L'*iniuria* est définie comme un «*acte quelconque qui est contre un droit parfait d'autrui*»<sup>185</sup>. En même temps, Wolff précise le rapport étroit entre *iniuria* et lésion: «*Celui qui inflige à autrui une illicéité le lèse, c'est-à-dire, toute illicéité est une lésion*»<sup>186</sup>. Toute *iniuria* étant une violation du droit, elle amoindrit la perfection de l'état juridique du lésé. Parallèlement, tout *damnum dare* est un *laedere*<sup>187</sup>. Wolff opère ici un glissement de l'*iniuria* vers la lésion et le *neminem laedere*. Amorcé par la clause générale chez Grotius et continué par Pufendorf, ce glissement élargit la responsabilité aquilienne au-delà des dommages proprement dits à toute activité humaine.

Wolff fait encore un pas de plus en transformant le *neminem laedere*, qui est initialement un principe d'abstention, en un impératif positif. Il ne suffit pas de ne pas léser autrui. En outre, chacun doit promouvoir activement sa propre perfection et celle des autres: «*Nous sommes tenus de faire de nos facultés tout usage qui peut être fait pour la perfection de l'âme, du corps & du statut des autres hommes et pour contenir toute imperfection de leur âme, corps et statut, dans la mesure où cela peut être fait sans négliger les*

<sup>184</sup> «*Officium dicitur actio juxta legem determinata, quatenus ad eam ita determinandam obligamur*», WOLFF, PPU 1, § 224.

<sup>185</sup> «*Injuria generaliter est actio quaecunque, quae est contra jus perfectum alterius*», Wolff, Jus Naturae 1, § 859.

<sup>186</sup> «*Qui alteri injuriam facit, eum laedit, seu injuria omnis laesio est*», Wolff, Jus Naturae 2, § 530.

<sup>187</sup> WOLFF, Jus Naturae 2, § 532 et 533.

*devoirs envers soi-même*»<sup>188</sup>. Sous réserve de sa propre perfection, l'homme a pour devoir d'entreprendre tout ce qu'il peut pour rendre les autres parfaits.

En réalité, le statut entier du droit se trouve modifié chez Wolff. Défini comme une *faculté morale* – «*Jus esse facultatem agendi & non agendi moralem*»<sup>189</sup> –, le droit dépasse l'ordre strictement juridique pour devenir un instrument de la morale. De même, celui qui fait son *devoir* n'agit pas seulement conformément au droit, mais participe à un ordre moral entier. Tout acte étant soumis aux critères non pas seulement d'un ordre juridique, mais métaphysique, le devoir règle le moindre détail de la vie humaine. Par conséquent, *le droit du devoir* ou *Pflichtenrecht* de Wolff dicte à l'homme non seulement des comportements d'ordre juridique, mais aussi moraux, allant jusqu'à imposer la miséricorde face aux démunis: «*Puisque nous devons empêcher, tant que nous le pouvons, que d'autres subissent des dommages dans leur âme, leur corps ou leur bonheur (§ 134) [nous devons, B.W.] par conséquent aussi nous soucier qu'ils soient libérés de leur mal, ou, au moins le leur rendre plus supportable; nous devons être miséricordieux*»<sup>190</sup>. Mélange d'impératifs juridiques, éthiques et parfois même religieux, le droit de Wolff ressemble à certains égards à un catéchisme. À côté de normes proprement juridiques, il impose des devoirs de bonne conduite qui dépassent largement toute notion de droit. Notons ici que cette conception influencera à terme le droit positif. Le *Allgemeines Preussisches Landrecht*, exigera, par exemple, du clergé un comportement miséricordieux à l'égard des ouailles<sup>191</sup>.

<sup>188</sup> «*Omnem facere tenemur facultatum nostrarum usum, qui ad perficiendum animam, corpus & statum hominum aliorum & ad arcendum omnem imperfectionem ab eorum anima, corpore & statu requiritur, quatenus id absque neglectu officii erga seipsum fieri potest*», WOLFF, *Jus Naturae* 1, § 609.

<sup>189</sup> PPU 1, § 156.

<sup>190</sup> «*[...] Derowegen da wir, so viel wir können, verhüten sollen, dass andere nicht Schaden an ihrer Seele, oder an ihrem Leibe, oder an ihrem Glücke leiden (§ 134.), folglich auch davor besorgt seyn, dass sie von ihrem Uebel befreyet werden, oder ihnen dasselbe wenigstens erträglicher gemacht werde; so sollen wir bamhertzig seyn*», WOLFF, *Grundsätze des Natur- und Völkerrechts*, Halle im Magdeburgischen, 1754, reprint Hildesheim 1980, § 492. Pour la notion de devoir chez Wolff, voir notamment LUIG, Klaus, *Die Pflichtenlehre des Privatrechts in der Naturrechtsphilosophie von Christian Wolff*, in *Libertas, Grundrechtliche und rechtsstaatliche Gewährungen in Antike und Gegenwart*. Symposium aus Anlass des 80. Geburtstages von Franz Wieacker, Ebelsbach 1991, 209-261, 214ss.

<sup>191</sup> Voir ALR II, 11,2, § 70ss.

Juriste peu enclin aux spéculations métaphysiques de type wolffien, Pothier, qui s'inscrit largement dans la tradition de Domat, ne fait pas directement allusion au *neminem laedere*. Chez lui, la contrainte de réparer le dommage causé est fondée directement sur la nature: «*La loi naturelle est la cause au moins médiate de toutes les obligations: car si les contrats, délits ou quasi-délits produisent des obligations, c'est primitivement, parce que la loi naturelle ordonne que chacun tienne ce qu'il a promis, et qu'il répare le tort qu'il a commis par sa faute*»<sup>192</sup>. La nature et la loi naturelle sont la source originaire des obligations aussi bien contractuelles que délictuelles et quasi délictuelles.

Dans son modèle, Pothier propose une double déduction; l'une sur le plan des règles générales, l'autre de nature plus juridique. D'une part, la nature dicte directement le principe de réparation: «*la loi naturelle ordonne que chacun [...] répare le tort ...*». D'autre part et par l'intermédiaire des institutions juridiques précises des contrats, délits et quasi-délits, la nature crée des *obligations*, dont celle de réparation: «*La loi naturelle est la cause au moins médiate de toutes les obligations*». La combinaison des deux aboutit à une obligation juridique complète de responsabilité aquilienne.

A la différence de Domat qui attribue, nous l'avons vu, un rôle central au *devoir*, Pothier choisit un vocabulaire plus juridique et parle d'une *obligation* qu'il met en rapport direct avec la faute: «*si les [...] quasi-délits produisent des obligations [...], la loi naturelle ordonne que chacun [...] répare le tort qu'il a commis par sa faute*». Il fait de la faute une condition pour la naissance de l'obligation de réparation.

La formule de Pothier préfigure déjà clairement la solution que le législateur français retiendra ultérieurement dans le Code civil français. Débarassé du terme nature et placé dans le chapitre «*Des délits et des quasi-délits*», CCF 1382 reproduira dans une terminologie comparable les grands traits de la clause de Pothier: «*Tout fait quelconque de l'homme, cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer*»<sup>193</sup>.

<sup>192</sup> POTHIER, *Traité*, part. 1, chap. 1, sect. 2, § 3, 123.

<sup>193</sup> CCF art. 1382.

La responsabilité aquilienne de droit commun, construite sur le modèle du *damnum culpa datum*, s'articule essentiellement autour des trois éléments nature, *neminem laedere/suum cuique tribuere* et *devoir*. Chez la plupart des auteurs, le devoir continue à jouer, comme déjà en droit romain, la contrepartie de la faute. Ensemble, ils apparaissent comme les deux faces de la même médaille. Le devoir a, surtout chez les jusnaturalistes, la fonction de principe général, alors que la faute en désigne une transgression ponctuelle. Définie comme une violation de ce que l'homme devrait faire, la faute suppose un ordre de devoirs, dont elle dépend conceptuellement. Elle désigne une simple déviance normative par rapport à un ordre de devoirs de droit naturel ou positif.

Conceptuellement, le devoir, généré par la nature et le *neminem laedere*, occupe une fonction de plus en plus centrale dans le raisonnement de responsabilité aquilienne et supplante même chez certains auteurs l'illicéité. Simultanément, il se généralise pour devenir, sous Wolff, un impératif de ne causer aucun tort *et* de promouvoir le bien-être et la perfection de soi-même et des autres. Fondé dans la métaphysique, le devoir se transforme alors d'une notion purement juridique en un principe moral général qui fait exploser la responsabilité aquilienne. Caractéristique du jusnaturalisme surtout de Pufendorf et Wolff, l'extension de la responsabilité vers la morale n'est pas ou peu suivie dans les modèles français de Domat et Pothier où le devoir reste ponctuel, attaché au cas d'espèce.

Les préceptes *suum cuique tribuere* et *neminem laedere*, repris du droit romain, se partagent dans un premier temps leur rôle défensif. Le premier protège les biens, alors que le second doit mettre la personne à l'abri des dommages. Chez Pufendorf, le *neminem laedere* devient le principe premier qui absorbe la fonction du *suum cuique tribuere*. Cette évolution, qui préfère le principe de protection de la personne à celui qui, initialement, préservait les droits de propriété, généralise simultanément les devoirs du sujet de droit qui se trouve dorénavant au centre de la responsabilité aquilienne. De plus en plus protégée, la personne subit une charge toujours plus lourde de devoirs, eux-mêmes conçus comme moyens de préservation de ses droits.

La nature, finalement, constitue l'élément constant qui sert, explicitement ou implicitement, à fonder le droit, et notamment la responsabilité, dans un ordre supérieur.

## E. *Excursus*: La responsabilité aquilienne romaine et les traditions juridiques régionales

Les structures juridiques de l’Ancien Régime étaient composées d’une pluralité d’ordres normatifs qui se jouxtaient et, parfois, se complétaient. Le droit romain revêtait alors la forme d’un droit savant et académique. A son opposé se trouvaient les droits locaux, souvent coutumiers, qui étaient les droits principalement appliqués devant les tribunaux.

Si le droit romain exerçait une influence constante sur les droits appliqués, son emprise variait selon les régions. Il soumettait les ordres juridiques établis à une pression constante, notamment à travers l’enseignement universitaire, alors seule voie qui ouvrait l’accès à la haute magistrature. Jouant un rôle toujours plus dominant notamment sur le plan conceptuel<sup>1</sup>, il suscitait régulièrement des réactions vives et se heurtait, sur le plan pratique, à des résistances tenaces.

### 1. *Le rapport entre le droit romain et la tradition juridique française*<sup>2</sup>

Parmi les humanistes, ce fut notamment François Hotman qui, peut-être à l’instigation du chancelier de France Michel de l’Hospital<sup>3</sup>, critiquait le rôle du droit romain en France. Ces critiques allaient bien au-delà de quelques

---

<sup>1</sup> Selon VOPPEL, Reinhard, *Der Einfluss des Naturrechts auf den Usus modernus*, Köln, etc. 1996, 220, 227, le droit naturel a renforcé la position du droit germanique contre le droit romain.

<sup>2</sup> Pour le rapport entre le droit romain et la tradition juridique française, voir aussi *supra* I. D. 1.

<sup>3</sup> En réalité, ce n’est pas seulement le droit romain, mais l’ensemble de l’ordre juridique français du 16<sup>e</sup> siècle qui est remis en question. De l’Hospital lui-même porte un jugement sévère sur l’état à la fois de la législation et de la pratique juridique de son époque: «Depuis que nous avons reçu les loix, qui est environ trois cent ans, et pensions avoir trouvé un grand trésor, comme il estoit en bien usant, il est tourné en dommage, en ruine, et en donnant poison». Pour L’Hospital, la faute est aux études universitaires du droit qui mettent les étudiants en contact avec «pleine de parafes de loix, sans sçavoir comme il en faut user». Harangue au parlement de Paris. Le 7 septembre 1560, in: Michel de L’HOSPITAL, *Œuvres complètes*, Genève 1968, vol. I, p. 354. A ce prétendu désordre général, L’Hospital oppose une conception rationaliste, monarchiste et néanmoins particulariste du droit. Chaque province, contrée ou même cité peut être au bénéfice de sa propre loi, qui *nota bene* est imposée par le monarque, et qui doit répondre aux critères de la raison. (Traité de la réformation de la Justice, seconde partie, in: Michel de L’HOSPITAL, *Œuvres complètes*, Genève 1968, vol. IV, p. 60s.

remaniements formels, pour toucher les fondements même du droit<sup>4</sup>. Hotman partit de l'idée que la législation devait être adaptée à la forme de gouvernement en place: «Car les loix qui sont propres à une republique populaire, c'est à dire qui se gouverne par la commune & sont accommodees à l'estat & forme d'icelle, sont pour la pluspart inutiles à un Royaume, comme l'habillement d'un bossu à un homme droit»<sup>5</sup>. De même, les lois devraient également correspondre à l'évolution des mœurs et conditions de vie d'un peuple<sup>6</sup>. Par conséquent, le *Corpus Iuris Civilis*, dont l'étude était récente et ressentie comme un exercice largement néfaste<sup>7</sup>, ne saurait être repris tel quel dans le droit français qui disposait de sa propre tradition remontant à la loi salique<sup>8</sup>. Dans les propositions de réformation des lois françaises, Hotman proposa néanmoins de tenir compte du droit romain, mais de le transformer: «Donques apres une telle conference & rapport, il s'ensuiroit que les deputez dresseroient un ou deux beaux volumes en langage vulgaire & intelligible, tant du droit public, qui concerne les affaires d'Estat & de la Couronne, que toutes les parties du droit des particuliers; suivant en ce que bon leur sembleroit, l'ordre & continuation desdits liures de Iustinian, & accommodant le tout ainsi que du commencement a esté dit estre necessaire à l'état & forme de la republique Françoisse. Et à fin que l'on ne pense que ce soit une inuention nouvelle & trop hardie ....» Hotman établit ici un rapport très nuancé avec la tradition. Dans ces propositions, le droit romain ne fait évidemment plus autorité. Il est réduit à une source utile dans laquelle le législateur puise à sa guise, libre d'en modifier l'ordre et le contenu. Sans prêcher un abandon immédiat de la tradition romaine, il aménagea au législateur toute la latitude nécessaire aux adaptations. En même temps, la référence au droit romain permit d'éviter une rupture nette qui aurait pu paraître précipitée.

En réalité, la critique de Hotman concerne largement le rapport entre le droit romain et les coutumes françaises. S'il ne s'agit pas, ici, d'en faire une

---

<sup>4</sup> Doublement critique, à la fois envers le droit romain et son traitement par les juristes de sa propre époque, Jean BODIN notamment, dans sa *Juris universi distributio* de 1580 (réédition et traduction sous le titre *Exposé du droit universel*, Paris 1985) accuse dans la dédicace les romanistes de «dispenser ça et là les membres arrachés et lacérés du droit romain» (p. 9). Conformément au projet qu'il poursuit dans cet ouvrage, Bodin ne fait que renvoyer sommairement à la *lex Aquilia* (p. 48).

<sup>5</sup> HOTMAN, *Antitribonian*, 6 s; cf. aussi *lex Aquilia* chapitre III.

<sup>6</sup> HOTMAN, *Antitribonian*, 12.

<sup>7</sup> HOTMAN, *Antitribonian*, 136, 138s.

<sup>8</sup> HOTMAN, *Antitribonian*, 138.

étude systématique, rappelons que, en matière de responsabilité aquilienne, les liens entre les traditions romaine et française changent selon les régions. Le principe même de la réparation du dommage était bien sûr admis dans tout le Royaume. Iean Imbert, par exemple, le dit dans son *Enchitidion ou bref Recueil* à propos des parties civiles à un procès pénal où l'une d'elles «demande réparation de son intérêt civil et pécuniaire»<sup>9</sup>. Il affirme le même principe dans sa *Practique iudiciaire*<sup>10</sup>.

Certains coutumiers, par exemple le Droit civil ou Coutume de la Ville, Prévosté et Vicomté de Paris de 1580, n'abordent pas la responsabilité aquilienne dans un chapitre séparé<sup>11</sup>. Une application par analogie du droit romain n'est alors pas exclue<sup>12</sup>. Par exemple, si un mur mitoyen ne supporte pas la charge d'un nouveau bâtiment érigé par un des voisins, les art. 196ss de la Coutume de Paris n'évoquent pas d'obligation de réparation du dommage causé. Lovis Le Caron, dans son édition commentée de la Coutume de Paris, cite alors dans son commentaire le fragment D. 39,2,40,1, consacré à la responsabilité du propriétaire immobilier, pour imposer au voisin qui a trop chargé le mur mitoyen de réparer le dommage causé à l'autre<sup>13</sup>.

D'autres Coutumiers, en revanche, traitent du moins partiellement de la responsabilité civile et permettent parfois même de voir certains liens avec le

<sup>9</sup> IMBERT, Iean, *Enchitidion ou bref Recueil du Droict escrit, gardé et observé ou abrogé en France*, (Genève 1625 ?), p. 8.

<sup>10</sup> IMBERT, Iean, *Practique iudiciaire, tant civile que criminelle, receve et observée partout le Royaume de France*, Genève 1625, liv. III, chap. I,13, p. 573. Voir aussi *infra* E.1. Pour le *damnum datum* et l'*interesse* prononcé contre le *petitor*, voir aussi *Quaestiones Johannis Galli* n° 50, in: BOULET, Marguerite, *Quaestiones Johannis Galli*, Paris 1944, 61.

<sup>11</sup> Pour la Coutume de Paris, voir notamment OLIVIER-MARTIN, François, *Histoire de la Coutume de la Prévôté et Vicomté de Paris*, Paris 1922-1930; plus généralement pour la hiérarchie normative (subsidiarité) et le contenu des différentes législations, accompagnés d'une bibliographie abondante, IMMEL, Gerhard, *Typologie der Gesetzgebung des Privatrechts und Prozessrechts*, in: COING, Helmut (éd.), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, München 1976, II/2, 3-96, 61ss.

<sup>12</sup> KAUFMANN, Rezeption, 26, fait un constat comparable pour le *usus modernus* allemand. Selon lui, différentes législations de villes allemandes (Francfort/Main de 1509, Freiburg/Breisgau de 1520) ou de régions (Solms Landrecht de 1571, Würtemberger Landrecht de 1555 et 1610, etc.) ne traitent pas de la responsabilité aquilienne. D'autres (Wormser Reformation de 1499) renverraient aux sources romaines. Kaufmann en déduit que ces législations acceptent le droit romain comme droit subsidiaire.

<sup>13</sup> LE CARON, Lovis, *Coutume de la Ville, Prévosté et Vicomté de Paris: ou Droit civil Parisien*, Paris 1637, vol. 1, deuxième partie, p. 157.

droit romain. L'ancienne Coutume du Hérault de 1534, par exemple, règle notamment les dommages civils en cas d'homicide: «... l'offensant satisfera l'offensé civilement, à l'arbitrage de iustice, s'ils ne s'en puissent accorder par ensemble. ...»<sup>14</sup>. La même disposition abolit explicitement le Talion et maintient en même temps la possibilité pour les parties de chercher un accord extrajudiciaire. Cette deuxième partie de la solution n'est bien sûr pas sans rappeler le *ni cum eo pacit, talio esto* des XII-Tables<sup>15</sup>, où les parties sont également incitées à s'arranger entre elles avant de saisir le magistrat. Dans le nouveau coutumier de l'Hainaut de 1619, d'autres dispositions visent la légitime défense, les dommages infligés collectivement par plusieurs auteurs, les frais médicaux en cas de blessure et les dommages-intérêts pour mutilation<sup>16</sup>. On va même jusqu'à adapter les sanctions aux circonstances personnelles des parties concernées: «Et neantmoins se pourront toutes les amendes ci-dessus augmenter ou diminuer, selon la qualité des personnes, la faculté des biens des facteurs, & la gravité des cas, à la discretion de Justice».<sup>17</sup>

<sup>14</sup> «Des crimes, délits & homicides.

Item, auons aboly & abolissons la Coustume ou loy, dont l'on a par cy devant usé en nonredit pays touchant la peine de talion & de coup pour coup. Et avons ordonné & ordonnons, que és crimes & delicts, dont mort ne seroit ensuiuie, l'offensant satisfera l'offensé ciuilement, à l'arbitrage de iustice, s'ils ne s'en puissent accorder par ensemble. Et au cas que ledit offensant fust trouué insolvent & impuissant de payer les amendes, tant de partie comme de iustice, il en deura estre puny au corps & en sa personne, soit par prison, fustigation, voyages, bannissement, & autrement, à l'ordonnance du iuge, & selon l'exigence des cas sans diminution ou mutilation de membre.», Loix, Chartres, et Coustumes Du Noble Pays Et Comté De Haynaut, Qui Se Doivent Observer Et Garder En La Souveraine & Haute Cour de Mons, & iuridictions dudit pays, ressortissans à ladite Cour de Mons, in: DU MOULIN, Charles, Les Coustumes Generales et Particulières de France et des Gaulles, Tome 1, Paris 1615, p. 781.

<sup>15</sup> XII-Tables VIII,2 (Roman Statutes I, 13).

<sup>16</sup> XXI, V. «Qui auroit son bras ou jambe entierement coupée, sera approuvandé de dix muids de bled a l'an, au rachapt que dessus, comme excédant plaine affolure». Chartes Nouvelles du Pays et Comté De Hainaut, 5 mars 1619, chap. 21,5, in: BOURDOT DE RICHEBOURG, Charles A., Nouveau Coutumier General ou Corps des Coutumes Generales et Particulieres De France, Et Des Provinces Connues sous le nom des Gaulles, Paris 1724, vol. 2, pp. 41ss.

<sup>17</sup> Chartes Nouvelles du Pays et Comté De Hainaut, 5 mars 1619, in: BOURDOT DE RICHEBOURG, Charles A., Nouveau Coutumier General ou Corps des Coutumes Generales et Particulieres De France, Et Des Provinces Connues sous le nom des Gaulles, Paris 1724, vol. 2, pp. 41ss, 59.

Dans les coutumiers de Bretagne, on peut même suivre une véritable évolution en la matière. Si «La Tres-Ancienne Coustume de Bretagne» l'évoque à peine<sup>18</sup>, «Les Coustumes Generalles Des Pays Et Duché de Bretagne» de 1539 (dites «Anciennes Coutumes») consacrent à la responsabilité civile quelques dispositions du chapitre «Des crimes, amendes & confiscations». Comme déjà en droit romain<sup>19</sup>, les voisins ont, en cas d'incendie, le droit d'abattre la maison avoisinante pour éviter que le feu ne se propage. En revanche, ceux qui ont pu sauver leur maison par cette mesure devront ensemble dédommager les propriétaires des maisons abattues.<sup>20</sup>

La formulation de certaines dispositions trahit en outre une première tendance à généraliser les normes: «Si les chevaux ou charrettes, ou autres choses mesfaisoient, reparation en seroit faite sur la valeur. ...»<sup>21</sup> Avec les expressions «ou autres choses», nous trouvons ici une ancienne technique romaine de généralisation que nous avons déjà observée dans le chapitre III de la *lex Aquilia*, où le passage «les choses autres que l'esclave ou quadrupède»<sup>22</sup> contient déjà une note générale. *In nuce*, les éléments essentiels pour une généralisation sont réunis dans cette norme du coutumier breton de 1539:

---

<sup>18</sup> Voir notamment la disposition CLXXVII: «Quand feu ard maison, ou autruy biens».; BOURDOT DE RICHEBOURG, Charles A., Nouveau Coutumier General ou Corps des Coutumes Generales et Particulieres De France, Et Des Provinces Connues sous le nom des Gaulles, Paris 1724, vol. IV, pp. 199ss, 240.

<sup>19</sup> Cf. notamment Ulp. D. 9,2,49,1; 43,24,7,4; 47,9,3,7.

<sup>20</sup> Coustumes Generalles Des Pays Et Duché de Bretagne (de 1539), Chap. 24, disp. 604, in: BOURDOT DE RICHEBOURG, Charles A., Nouveau Coutumier General ou Corps des Coutumes Generales et Particulieres De France, Et Des Provinces Connues sous le nom des Gaulles, Paris 1724, vol. IV, pp. 291ss, 324.

<sup>21</sup> Coustumes Generalles Des Pays Et Duché de Bretagne (de 1539), Chap. 24, art. 599, in: BOURDOT DE RICHEBOURG, Charles A., Nouveau Coutumier General ou Corps des Coutumes Generales et Particulieres De France, Et Des Provinces Connues sous le nom des Gaulles, Paris 1724, vol. IV, p. 323; voir la même disposition dans le Coutumier de 1580, tit. 25, art. 640 (p. 402).

<sup>22</sup> «*Ceterarum rerum praeter hominem et pecudem occisos si quis alteri damnum faxit, ...*», D. 9,2,27,5 (cf. aussi *supra* I.A.).

<sup>23</sup> Notons que le principe de réparation apparaît, dans la coutume bretonne, aussi à d'autres endroits. Les art. 188 des Anciennes Coutumes de 1539 (*op. cit.* p. 302) et 175 du Coutumier de 1580 (*op. cit.* p. 371, tit. 10, art. 175) précisent par rapport aux successions: «Celui pour endommager son voisin, sa chose, ou son état, fait vilénies en son héritage ou pourpris, comme chambres coyees ou autres viles choses, le doit amender à Justice et partie, & mettre les choses par lui ainsi faites au premier état & dû», in: Coustumes Generales Des Pays Et Duché de Bretagne, tit. 10, art. 175, in: BOURDOT DE RICHEBOURG, Charles A., Nouveau Coutumier General ou Corps des Coutumes Generales

(i) Une chose qui cause un dommage; (ii) un méfait, autre expression pour l'acte illicite et (iii) le principe de dédommagement<sup>23</sup>. Certes, l'évocation du cheval ou de la charrette interdit de parler d'une véritable clause générale de responsabilité, mais la tendance à se départir du cas particulier au bénéfice d'une norme plus abstraite est indéniable<sup>24</sup>. Une autre norme de dédommagement, tirée des coutumes de Bayonne, mérite d'être signalée: «Outre ladicté amende de l'infracteur par soy ou autres interposées personnes, doit estre condamné à reparer le dommage selon les soustumes par cy devant escrites, & autrement comme le droit & raison, & en peine corporelle si le cas le requiert»<sup>25</sup>. Si la formulation est véritablement générale et abstraite, la portée matérielle reste limitée aux actes décrits dans les articles précédents du coutumier.

La fin du 16<sup>e</sup> siècle semble amorcer un certain rapprochement entre la coutume et le droit romain. La troisième génération du coutumier breton, les «Coutumes Générales des Pays Et Duché de Bretagne» de 1580 fait par exemple une plus grande place non seulement à l'intentionnalité, mais aussi, par endroits, à la responsabilité pour faute. En cas d'incendie, le locataire répond

---

et Particulieres De France, Et Des Provinces Connues sous le nom des Gaulles, Paris 1724, vol. IV, p. 360ss, 371.

Si le principe de réparation est clairement accepté dans la Coutume de Bretagne (voir aussi le Tit. 19 «Des assises, amendes, & des dommages deuz par une cause de bestail», p. 386 du coutumier breton de 1580 qui contient des dispositions séparées pour des dommages infligés par des animaux), il n'est cependant pas centralisé dans un chapitre comparable au D. 9,2 de la *lex Aquilia*, mais dispersé dans les différentes matières. Notons que, ici, le principe de réparation prend une forme particulière. Outre le paiement d'une amende, l'auteur du dommage doit une réparation sous forme de *remise en état* du bien endommagé.

<sup>24</sup> Ce cas n'est pas isolé. La disposition suivante (600) est rédigée selon un mode comparable: «Si par moulins ou autres semblables choses, est fait dommage à autrui, ceux à qui appartiennent lesdits moulins ou autres choses n'en sont tenus, s'ils ne sont en coulpe», in: BOURDOT DE RICHEBOURG, Charles A., Nouveau Coutumier General ou Corps des Coutumes Generales et Particulieres De France, Et Des Provinces Connues sous le nom des Gaulles, Paris 1724, vol. IV, p. 323.

La même tendance se voit dans les disp. 615 et 616 concernant la responsabilité du père pour les actes de ses enfants et de sa femme.

<sup>25</sup> Covstumes De La Ville Et Cité De Bayonne, & De La Jurisdiction d'icelle, tit. 26 «De amendes, & punitions de blessure, & autres battemens ou exces faitz à personne», art. 17, in: DUMOULIN, Charles, Les Covstumes Generales Et Particulieres De France Et des Gaulles, Paris 1615, tome 2, pp. 699, 720.

dorénavant de son comportement fautif: «Si le feu prend en maison & la brusle, celui qui y demeure, verifiant qu'il n'y ait eu de sa faute, ne sera responsable de la maison, ni des meubles qui y estoient»<sup>26</sup>. Le coutumier précédent de 1539 contenait une disposition comparable sur ce dernier point, mais différente par rapport à la faute. En effet, le locataire ne répondait que d'actes commis consciemment, voir avec dol: «Si le feu prent en la maison, & il n'y est mis à escient de celui qui l'a en garde ou de ses adherens...»<sup>27</sup>. Ce changement de vocabulaire n'aurait rien d'étonnant si, à la même époque, il n'y avait pas eu, chez la plupart des grands juristes, un mouvement terminologique qui conduisait à un renforcement de la notion de faute. Peut-être est-ce un indice d'une évolution qui s'étendait au-delà de la doctrine savante latine à la Coutume.

Toutefois, cette observation appelle deux remarques. D'abord, la notion de faute n'était pas entièrement absente du chapitre «Des crimes, amendes & confiscations» du Coutumier de 1539. Notamment la responsabilité pour des dommages causés par des «moulins ou autres semblables choses» dépendait de la «coulpe»<sup>28</sup> du propriétaire. La même disposition a du reste été reprise par le coutumier de 1583<sup>29</sup>. Ensuite, le champ d'investigation choisi – en l'occurrence la seule Coutume de Bretagne – est certainement trop étroit pour tirer des conclusions générales. Notons néanmoins que Jean Bouteiller aussi, dans sa *Somme rurale ou Le Grand Coustumier General de Pratique civil ou canon*, reprend le principe de l'intentionnalité: «*Et s'il advient qu'aucun face dommage à autre homme non escient, pour-ce ne demeure pas que tenu*

---

<sup>26</sup> Coutumes Generales des Pays et Duché de Bretagne (1580), tit. 25, art. 643, in: BOURDOT DE RICHEBOURG, Charles A., Nouveau Coutumier General ou Corps des Coutumes Generales et Particulieres De France, Et Des Provinces Connues sous le nom des Gaules, Paris 1724, vol. IV, p. 402. Notons aussi que le locataire non fautif ne répond pas des biens pris en gage qui ont péri dans le feu.

<sup>27</sup> Coutumes Generalles des Pays Et Duché De Breitaigne (1539), chap. 24, art. 602, in: BOURDOT DE RICHEBOURG, Charles A., Nouveau Coutumier General ou Corps des Coutumes Generales et Particulieres De France, Et Des Provinces Connues sous le nom des Gaules, Paris 1724, vol. IV, p. 323.

<sup>28</sup> Cf. chap. 24, art. 600, mais aussi art. 598, in: BOURDOT DE RICHEBOURG, Charles A., Nouveau Coutumier General ou Corps des Coutumes Generales et Particulieres De France, Et Des Provinces Connues sous le nom des Gaules, Paris 1724, vol. IV, p. 323.

<sup>29</sup> Cf. chap. 25, art. 641, in: BOURDOT DE RICHEBOURG, Charles A., Nouveau Coutumier General ou Corps des Coutumes Generales et Particulieres De France, Et Des Provinces Connues sous le nom des Gaules, Paris 1724, vol. IV, p. 402.

<sup>30</sup> Boveiller, Iean, *Somme rurale ou le Grand Coustumier General de Pratique civil et canon*, revu et corrigé par Lovys le Caron, Paris 1611, liv., II, tit. XXXVIII, p. 266.

*ne soit celuy qui ce fait, d'amander le dommage tant seulement, & l'iniure non si elle estoit, ...*»<sup>30</sup>. Les annotations, qui suivent le titre XXXVIII et qui renvoient à la *lex Aquilia* et surtout à l'interprétation de Gaius, font un pas de plus. Elles accentuent non pas l'intention, mais sa petite sœur, la faute: «*Cecy se peut rapporter à la loy Aquilienne, laquelle parle du dommage faict par iniure, c'est à dire, ci celuy qui l'a faict, l'aurait commis par sa faute & contre le droict*»<sup>31</sup>.

Ces passages confirment deux constats. Premièrement, le principe de dédommagement est clairement exprimé dans la tradition juridique française au 16<sup>e</sup> siècle et s'appliquait sans doute déjà bien avant<sup>32</sup>. Deuxièmement, à défaut d'une norme coutumière explicite, le titre 9,2 du Digeste a été utilisé comme source parallèle par les juridictions françaises aussi bien de droit écrit que de droit coutumier (voir aussi *infra* D.)<sup>33</sup>.

Ajoutons que la même tendance à la romanisation des coutumes peut être observée au 18<sup>e</sup> siècle. Denisart, dans sa «Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence»<sup>34</sup>, transpose largement la terminologie romaine dans le droit coutumier français. Le discours préliminaire à ses

---

Bouteiller affirme le principe de réparation de manière encore plus générale dans le chapitre consacré aux dommages infligés par des animaux, «Dommage que beste peut commettre, et qui en est tenu», domaine traité dans le D. 9,1 et séparé de la responsabilité aquilienne: «Pource que selon le droict nul ne peut estre dommagé ne iniurié par quelque voye que ce soit, qu'il n'en soit recompensé, supposé encore que le dommage luy fust fait à non escient ou par adventure, ou par beste qui autre fiert (liv. II, tit. XXXVII, p. 263). Voir aussi AUZARY-SCHMALTZ, Bernadette, Liability in tort in France before the Civil Code: The origins of art. 1382 ff. Code Civil, in: SCHRAGE, Eltjo J. H. (éd.), Negligence. The comparative legal history of the law of torts, Berlin 2001, 309-339, 327ss, 331.

<sup>31</sup> BOVTEILLER, Jean, Somme rurale ou le Grand Coustumier General de Pratique civil et canon, revu et corrigé par Lovys le Caron, Paris 1611, liv., II, tit. XXXVIII, Annotations du Tiltre trente huictiesme, p. 270.

<sup>32</sup> Voir à ce sujet notamment AUZARY-SCHMALTZ, Bernadette, La responsabilité délictuelle dans l'ancien droit français. Les origines des articles 1382 et suivants du Code Civil, in: Revue historique de droit français et étranger 2/1999, 163-190.

<sup>33</sup> Voir également BOYER, G., La notion d'équité et son rôle dans la jurisprudence des Parlements, in: Mélanges Jacques Maury, Paris 1960, vol II, 265. Notons toutefois que toute généralisation est dangereuse ici. Le recours au droit savant et au droit romain mérite une appréciation nuancée selon les régions. Voir notamment LÉVY, Jean-Philippe, La pénétration du droit privé savant dans «Le Vieux Coustumier de Poitou», in: Etudes d'histoire du droit privé offertes à Pierre Petot, Paris 1959, 371-383.

<sup>34</sup> DENISART, Collection, Paris 1783.

Œuvres en donne même le motif. Si les trois corps du droit français sont le droit coutumier, le droit romain pour les pays de droit écrit et les ordonnances royales<sup>35</sup>, le droit romain fournit néanmoins les principes du droit<sup>36</sup>, les tomes du *Corpus iuris civilis* étant devenus «des especes de livres classiques du barreau»<sup>37</sup>. Cette influence pratique du droit romain sur le droit français se montre clairement dans la responsabilité aquilienne. La présentation, chez Denisart, de la notion de *dommage* se lit comme un traité succinct de la *lex Aquilia*, avec quelques renvois aux jusnaturalistes Grotius et Pufendorf, sans même mentionner le droit coutumier. Aussi le fondement du dédommagement, le *neminem laedere*, est tiré du droit romain, même si Denisart, de même que Thomasius (cf. *infra*), le considèrent comme un principe de droit naturel: «Tout dommage est en général une infraction à la loi naturelle qui

<sup>35</sup> Discours préliminaire, § 11, in: DENISART, Collection, vol. 1, Paris 1783, p. 65. Un exemple cité, dans un autre lieu, par Denisart est l'Ordonnance des Eaux et Forêts de 1699 qui dispose, au titre 32, art. 7: «Demeureront les marchands, maîtres de forges, fermiers, usagers, riverains & autres occupant les maisons, fermes, & autres héritages dans l'enclos, & à deux lieux de nos forêts, responsables civilement de leurs commis, charretiers, pâtres & domestiques» Délit, § 3,3, in: DENISART, Collection, vol. 6, Paris 1787, p. 151ss.

<sup>36</sup> Discours préliminaire, § VI, in: DENISART, Collection, vol. 1, Paris 1783, p. 39.

<sup>37</sup> Discours préliminaire, § VI, in: DENISART, Collection, vol. 1, Paris 1783, p. 41. L'interprétation, et sans doute aussi la rédaction des normes, notamment des ordonnances royales, a clairement été influencée par la doctrine qui, de son côté, puisait dans toute la tradition juridique, y compris romaine. Par exemple en cas de mort d'homme, la remise de peine pour légitime défense est motivée par la doctrine notamment avec le fragment D. 9,2,45,4 qui innocente celui qui a tué autrui par légitime défense, mais seulement s'il ne pouvait pas se protéger d'une autre manière. M. GUYOT, dans son «Répertoire universel et raisonné de Jurisprudence civile, criminelle, canonique et bénéficiale», Paris 1784 (nouvelle édition corrigée & augmentée), précise dans le discours préliminaire (tome I, p. vij) que, dans le Languedoc, la Provence, le Dauphiné et le Lyonnais, on considérait le droit romain comme loi et que: «Dans le reste de la France, les coutumes ont prévalu: on n'y observe point le droit romain dans les cas où elles lui sont opposées, & ces cas sont en très grand nombre». Il poursuit cette explication sur le caractère subsidiaire du droit romain en ajoutant que le droit applicable est constitué, en outre, du droit canonique et des ordonnances royales; voir aussi ROUSSEAUD DE LA COMBE, Philippe, Conférences Des Ordonnances De Louis XIV. Roy De France Et De Navarre Avec Les Anciennes Ordonnances Du Royaume, Le Droit Ecrit Et Les Arrests, nouvelle édition, Paris 1755, tome 1, tit. 16 «Lettres d'Abolition», pp. 227ss, art. 2, p. 231ss, 234; cf. aussi AUTOMNE, Bernard, La Conférence Du Droit François, Avec Le Droit Romain, 3. Edition Paris 1629, tome 1, Ad Titulum II. Ad Legem Aquiliam, pp. 219ss et tome 2, Ad Titulum 35 De Lege Aquilia, pp. 134ss, qui, le titre de l'ouvrage le dit, cherche à comparer les solutions des droits romain et français.

<sup>38</sup> Dommage, § 3,1, in: DENISART, Collection, vol. 6, Paris 1787, p. 692. M. GUYOT, dans son «Répertoire universel et raisonné de Jurisprudence civile, criminelle, canonique et bénéficiale», Paris 1784 (nouvelle édition corrigée & augmentée), commence de la

défend de nuire à autrui, *neminem laedere*; c'est pourquoi il est dû une réparation, toutes les fois qu'il se trouve un coupable»<sup>38</sup>.

Dans l'article consacré à la notion de *faute*, Denisart rappelle que les droits romain et français prêtent à celle-ci le même sens: «Suivant l'acception adoptée par le droit romain et par notre droit, le mot *faute* est restreint à une action ou à une omission qui est l'effet ou de la négligence & du défaut de soin, ou de l'ignorance à l'égard des choses que l'on pouvoit ou que l'on devoit savoir»<sup>39</sup>. Ce concept est en réalité largement celui de Gaius (cf. *supra* D. 1.), pour qui notamment la *neglegentia* et l'*ignorantia* étaient des arguments pour démontrer l'existence de la *culpa*<sup>40</sup>. Ici à nouveau, la notion de *faute* est essentiellement romaine, enrichie par les réflexions non seulement des jusnaturalistes, mais surtout de Pothier<sup>41</sup>.

---

manière suivante l'article consacré à la notion de «Dommage»: «Perte, détirement, préjudice. Celui qui cause du dommage à autrui est obligé de le réparer» (tome VI, p. 120). Notons ici que ce résumé de la jurisprudence française est à quelques détails près la formulation de l'art. 745 du Projet de Code Civil de 1796 de Cambacérès et du Projet de Code Civil de la République romaine de 1798 (voir *supra*, Introduction, note 2). Par ailleurs, Guyot reprend ici, ainsi que dans l'article consacré à la *faute* (tome VII, pp. 297ss), différents fragments du Digeste (p. ex. Paul. D. 9,2,31, le cas de l'élagueur) qu'il adapte, *in casu*, à des accidents de chantier (d'ailleurs également évoqués dans le fragment romain). De manière générale, la terminologie de Guyot est très largement romaine (p. ex. ignorance, impéritie, négligence, etc.) Dans une démarche largement analytique et critique, Guyot se penche sur des concepts romains et en suit l'évolution et la transormation en droit français.

<sup>39</sup> *Faute*, 1, in: DENISART, Collection, vol. 8, Paris 1789, p. 441.

<sup>40</sup> L'influence du droit romain sur le droit français est aussi clairement attestée par ROUSSEAUD DE LA COMBE qui traite, dans son «Recueil de la jurisprudence civile, du país de droit écrit et coutumier», Paris 1762, non seulement la jurisprudence de son époque, mais aussi, et extensivement, les fragments correspondants du Digeste. Voir notamment les articles consacrés au délit, au dommage et à la *faute*. Par endroits, Rousseaud signale aussi des différences entre droit romain et français. C'est notamment le cas pour les dommages causés à un tiers par des animaux domestiques où Rousseaud précise que le lésé a droit, selon la coutume française, à des dommages et intérêts, mais que la *nox*a est exclue (Dommage, p. 155)

<sup>41</sup> Pour le rapport entre la notion de délit et la *lex Aquilia*, voir par exemple Délit, § 2,2, in: DENISART, Collection, vol. 6, Paris 1787, p. 150.

Notons toutefois que le droit français ne s'est évidemment pas limité au droit romain, mais connu aussi sa propre évolution, par exemple en matière de responsabilité pour tierces personnes, notamment la responsabilité pour auxiliaires, celle des parents pour leurs enfants ou du mari pour sa femme; cf. DENISART, Collection, vol. 6, Paris 1787, p. 151ss.

Il est certain que des auteurs comme Hotman ont eu raison, du moins partiellement, de souligner la différence entre les deux traditions coutumière et romaine. Toutefois, la première n'était pas imperméable à la seconde. Toute formation juridique approfondie passant nécessairement par l'étude du droit romain, les praticiens du droit réfléchissaient évidemment, et parfois contre leur gré, en termes romains, même lorsqu'ils avaient affaire au droit coutumier (cf. *infra*). Ils finissaient par transposer les concepts romains dans leur jurisprudence et, lors des nouvelles rédactions des coutumes, dans les coutumiers eux-mêmes.

## 2. *Le rapport entre le droit romain et la tradition juridique germanique*

Comme pour le chapitre précédent, il ne s'agit pas ici de faire une étude systématique et approfondie du rapport entre les deux traditions juridiques. Ponctuellement, de tels travaux comparatifs existent déjà<sup>42</sup>.

L'influence massive du droit romain sur la doctrine savante germanique a suscité des réactions visant à corriger une conception erronée de la réception surtout du Digeste ou à mettre en valeur la tradition germanique. Les intentions des différents auteurs, nous le verrons, varient considérablement et vont d'un intérêt purement scientifique à une polémique parfois virulente qui prépare, à certains égards, le terrain aux nationalismes naissants. Hermann Conring avait cherché, dans son *De Origine iuris Germanici*, à retracer l'histoire du droit allemand, des tribus germaniques au 17<sup>e</sup> siècle, et notamment à mieux élucider le rapport entre le droit romain et le droit germanique. Conring

<sup>42</sup> Notamment KAUFMANN, *Rezeption*; KIEFER, *Aquilische Haftung*, 22ss et 29ss concernant le droit allemand avant et au cours de la réception; 39ss concernant les traces de la *lex Aquilia* notamment dans le «Klagspiegel» de ~1425, le «Laienspiegel», etc.; concernant la juridiction de l'*usus modernus* 58ss; pour une présentation des grandes lignes du droit germanique du Miroir de Saxe au 17<sup>e</sup> siècle, notamment HAMMER, Otto, *Die Lehre vom Schadensersatz nach dem Sachsenspiegel und den verwandten Rechtsquellen. Ein Beitrag zur Geschichte der Schadensersatzverbindlichkeit in Deutschland*, Breslau 1885.

<sup>43</sup> Cf. notamment CONRINGUS, Hermannus, *De Origine iuris Germanici*, Helmstadii 1643, chap. XXI. Voir aussi VOPPEL, Reinhard, *Der Einfluss des Naturrechts auf den Usus modernus*, München 1996, 44ss *passim*; pour la question de l'influence du droit romain en Europe, voir notamment KOSCHAKER, Paul, *Europa und das römische Recht*, München, etc., 1966 (4<sup>e</sup> éd.) et LECA, Antoine, *La genèse du droit*, Aix-en-Provence 2000.

y dénonce notamment la légende selon laquelle le droit romain aurait été introduit dans l'enseignement universitaire et dans les tribunaux allemands sur demande de l'Empereur Lothar III<sup>43</sup>. Il souligne que le lien entre le droit allemand et le droit romain n'avait rien d'obligatoire et que les Allemands n'avaient pas repris le droit justinien dans son ensemble, mais seulement – et en toute liberté – certaines dispositions qui pouvaient leur être utiles<sup>44</sup>.

Dans le dernier chapitre de son ouvrage, Conring se prononce pour un droit allemand unifié, succinct et compréhensible pour tous, composé de règles générales réunies dans un seul ouvrage<sup>45</sup>. A l'origine de cette idée était notamment la nécessité de remédier à la diversité matérielle du droit allemand qui, au 17<sup>e</sup> siècle, changeait de région en région, était composé à la fois de droit romain, lombard, canon et coutumier, et reconnaissait en même temps les décisions prises aux diètes impériales.

Samuel Stryk emboîta le pas à Conring et s'interrogea à son tour sur les origines du droit allemand. Dans le discours préliminaire *De Usu & Auctoritate Juris Romani in Foris Germaniae* de son *Usus modernus Pandectarum*<sup>46</sup>, il vit dans la *Lex Salica* une première loi germanique: «*Sola ergo Francorum lex Salica & ratione Autorum, & ratione loci, ubi lata, Germana est*»<sup>47</sup>. La question qui le préoccupa avant tout et qui le conduisit à se pencher sur l'histoire du droit germanique était liée à la situation juridique en Allemagne. Il constata, comme Conring, que le *Corpus iuris germanici* était hétéroclite et éclaté en une multitude d'ordres juridiques différents. D'où la question de savoir s'il fallait revoir et éventuellement restructurer l'ensemble du droit allemand. La réponse de Stryk est claire: *Corporis Iuris Germanici nova*

<sup>44</sup> Cf. aussi CONRINGUS, Hermannus, De Origine iuris Germanici, Helmstadii 1643, chap. XXXIII.

<sup>45</sup> CONRINGUS, Hermannus, De Origine iuris Germanici, Helmstadii 1643, chap. XXXV.

<sup>46</sup> STRYKIUS, Samuel, Specimen Usus Moderni Pandectarum, ad libros V. Priores, Francofurti & Witebergae, 1690.

<sup>47</sup> STRYKIUS, Samuel, Specimen Usus Moderni Pandectarum, ad libros V. Priores, Francofurti & Witebergae, 1690, Discursus praeliminaris, p. 4, § V.

Par rapport à la *lex Aquilia*, ce constat demande à être précisé. Les dispositions de responsabilité aquilienne dans la *lex salica* portent des traces clairement romaines. En effet, ce n'est pas seulement leur terminologie, mais aussi le contenu normatif qui rappelle largement la jurisprudence de la *lex Aquilia*. S'il serait évidemment faux d'assimiler la *lex salica* à la *lex Aquilia*, il serait également impossible de les séparer entièrement. Stryk ne propose du reste ni l'un ni l'autre.

<sup>48</sup> STRYKIUS, Samuel, Specimen Usus Moderni Pandectarum, ad libros V. Priores, Francofurti & Witebergae, 1690, Discursus praeliminaris, p. 35, § XLII.

*compilatio nec speranda, nec necessaria*<sup>48</sup>. Une nouvelle compilation de ce corps de lois n'était selon lui ni souhaitable, ni nécessaire. Ses considérations sont à la fois d'ordre politique et juridique. Sur le plan politique, quel Empereur oserait-il contraindre tous ses sujets à se soumettre à une seule loi? Sur le plan juridique, il serait plus facile de chercher une solution aux problèmes non pas dans leur ensemble, mais ponctuellement et en fractionnant les points litigieux<sup>49</sup>. Quant aux controverses entre les Princes de l'Empire, elles pourraient se résoudre avec le droit commun de l'Empire. En d'autres termes, Stryk propose une solution pragmatique aux problèmes juridiques de son temps, sans s'enfermer dans une opposition artificielle entre droit romain et droit germanique.

Par rapport à la *lex Aquilia*, cette attitude mesurée se retrouve également dans son manuel de droit romain *Fundamenta Iuris Iustiniani ad ordinem institutionum*<sup>50</sup>. La *lex Aquilia* y est exposée, de manière brève et fidèle à la terminologie romaine, non pas selon l'ordre du Digeste, mais selon l'ordre du manuel de Justinien, et sans lien avec le droit du 17<sup>e</sup> siècle<sup>51</sup>.

<sup>49</sup> «*Facilior omnino via patet praescindendis litium anfractibus: Notae sunt illae, quibus in Germania se macerant Jcti, controversiae. Quid vetat, illas communi calculo in Imperii Comitibus, hodie procul dubio ad perpetuitatem adspirantibus, componere. [...] Minuentur ita litigia, & otiosis Dd. controversiis ponetur obex.*» STRYKIUS, Samuel, Specimen Usus Moderni Pandectarum, ad libros V. Priores, Francofurti & Witebergae, 1690, Discursus praeliminaris, p. 35s, § XLII.

Notons que, peu après, Coccejus défend un point de vue largement différent concernant le rapport entre droit romain et droit germanique. Selon lui, le droit romain est sans doute accepté comme droit écrit (son texte date de 1713, donc une dizaine d'années après celui de Thomasius) et il ajoute: «*Apparet id quoque ex praxi singularum fere provinciarum totius Germaniae, utpote in quibus jus Romanum plenissime receptum est*» (COCCEJUS, Samuel, Jus civile controversum, Francofurti & Lipsiae 1740, Praefatio, Quaest. I, p. 4.

<sup>50</sup> C'est, du reste, un véritable manuel destiné aux étudiants, où le verso de chaque page est vierge afin de laisser de la place pour les annotations personnelles.

<sup>51</sup> Pour une sorte de conspectus de la doctrine du 17<sup>e</sup> siècle concernant la *lex Aquilia* voir BENÖHR, Wolfgang Adam, Thesaurus Juris Civilis sive Succinta Explanatio Compendii Digestorum Schützio-Lauterbachiani, Lemgociae 1717, lib. IX, tit. II ad legem Aquiliam, 366ss.

<sup>52</sup> Concernant le rapport entre droit romain et germanique, voir aussi BENÖHR, Hans-Peter, Ausservertragliche Schadenersatzpflicht ohne Verschulden? Die Argumente der Naturrechtlehren und- kodifikationen, in: ZRG Rom. Abt. Bd. 93, pp. 208-252, 218ss; sur la théorie du droit de Thomasius, voir aussi DRIES, Karl-Heinz, Die Rechtslehre des Thomasius unter besonderer Berücksichtigung der Veränderungen seines Rechtsbegriffs,

L'attitude de son disciple Christian Thomasius, en revanche, fut nettement plus radicale. Le style analytique de ses prédécesseurs fit place à un langage franchement polémique, exprimé déjà dans le titre de son texte *Larva legis Aquiliae detracta actioni de damno dato, in foris Germanorum* de 1703, où Thomasius se propose d'arracher à l'*actio de damno dato* utilisée devant la justice allemande le masque de ses origines aquiliennes<sup>52</sup>. Il y soutient une double thèse. Premièrement, le principe de dédommagement, le *damnum datum*, ne relève pas du droit romain, mais du droit des Gens. Deuxièmement, la seule partie proprement romaine dans l'*actio legis Aquiliae* est le mode de calcul du dommage. Or, le droit allemand retient un autre type de calcul. Par conséquent, l'action judiciaire *de damno dato* en droit allemand n'est pas identique à l'*actio legis Aquiliae* romaine<sup>53</sup>. Sa démonstration est construite en une suite de pas qui conduisent du *Jus Gentium* à la *lex Aquilia*, au droit canon et aux lois allemandes anciennes et contemporaines, dans le but de démontrer que «notre action diffère plus de l'*actio legis Aquiliae* que l'oiseau du quadrupède»<sup>54</sup>.

---

Diss. Köln 1963; aussi KUPISCH, Berthold, La responsabilità da atto illecito nel diritto naturale, in: VACCA, Letizia (éd.), La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica, Torino 1995, 123-143, 127ss, 138ss; ZIMMERMANN, Reinhard, Christian Thomasius, the reception of roman law and the history of the *lex Aquilia*, in: THOMASIIUS, Christian, *Larva legis aquiliae*, The mask of the *lex Aquilia* torn off the action for the damage done. A legal treatise, edited and translated by HEWETT, Margaret, Oxford 2000, avec une bibliographie extensive.

<sup>53</sup> «*Ulterius vero sequitur ex hactenus dictis, si actio forensis hodierna, de damno dato, non est actio Legis Aquiliae, ...*» THOMASIIUS, Christian, *Larva Legis Aquiliae detractata actioni de damno dato, in foris germanorum, Halae Magdeburgicae 1703, § LVII*. Pour une traduction en anglais, voir HEWETT, Margaret (*supra*). Pour la réception du droit romain en droit allemand par la voie du législateur, voir KAUFMANN, 25ss. Pour la séparation entre droit civil et pénal et pour l'influence du droit romain sur le droit allemand médiéval tardif, voir KAUFMANN, Ekkehard, Das spätmittelalterliche deutsche Schadensersatzrecht und die Rezeption der «*actio iniuriarum aestimatoria*», in: ZRG 78/1961, Germ. Abt., 93-139, qui soutient, contre Thomasius, que c'était seulement la science romaniste du 16<sup>e</sup> siècle qui avait limité l'application de la peine privée à l'*actio iniuriarum*. Pour le système médiéval allemand des actions délictuelles, voir GUDIAN, Gunter, Zur Klage mit Schadensformel. Ein Beitrag zum mittelalterlichen Klagsystem, in: ZRG 90/1973, Germ. Abt., 121-148.

<sup>54</sup> «*... ostendere, quod actio nostra, quam utimur, ab actione legis Aquiliae magis differat, quam avis à quadrupede, ...*» THOMASIIUS, Christian, *Larva Legis Aquiliae detractata actioni de damno dato, in foris germanorum, Halae Magdeburgicae 1703, § I*.

<sup>55</sup> «*Damnum alteri à nobis datum esse resarciendum, ita cordibus hominum inscriptum est, ut nemo unquam, quodcumque etiam primum Juris Naturae vel Gentium principium supposuerit, ea de re dubitaverit*». THOMASIIUS, Christian, *Larva Legis Aquiliae detractata actioni de damno dato, in foris germanorum, Halae Magdeburgicae 1703, § II*.

Thomasius commence sa démonstration par un argument d'innéité: «Que le dommage que nous avons infligé à autrui doit être réparé est inscrit dans le cœur des hommes, de telle sorte que personne ne puisse en douter, quoi qu'il suppose comme premier principe du droit naturel ou des Gens»<sup>55</sup>. Dans le droit des Gens, cette affirmation trouve son expression dans les préceptes *suum cuique tribuere et neminem laedere*. Autrement dit, si l'*actio legis Aquiliae* stipule le principe de dédommagement, elle ne fait en réalité que copier le droit naturel ou le droit des Gens. Pour la différence avec l'*actio legis Aquiliae*, qui est du moins partiellement pénale ou mixte, Thomasius souligne aussi que l'obligation de réparation en droit naturel et dans le droit des Gens n'a aucun caractère punitif. L'obligation de réparation aurait ses véritables fondements dans la protection de la propriété<sup>56</sup>. Elle serait ainsi purement *rei persecutoria*, portant sur la valeur exacte du dommage au moment où il est survenu.

C'est précisément ce dernier point qui sera décisif dans l'argumentation de Thomasius. Il lui permettra de mettre en évidence les spécificités de l'*actio legis Aquiliae*: «... car la loi aquilienne diffère du droit des Gens en ce qu'elle ne veut pas que la simple estimation du dommage infligé soit restituée au propriétaire, selon ce que la chose valait bien sûr au moment de l'acte dommageable, mais selon ce que la chose valait au plus durant l'année précédente pour les choses mancipées et les quadrupèdes tués, ou durant un mois ou les trente jours les plus proches pour les autres espèces de dommages»<sup>57</sup>. En imposant un calcul souvent défavorable à l'auteur du dommage, la *lex Aquilia* abandonnerait selon Thomasius le simple principe du rachat propre aux droits

<sup>56</sup> «*Damni in re sua dati reparationem petere ex Dominio fluit*», THOMASIUS, Christian, Larva Legis Aquiliae detractata actioni de damno dato, in foris germanorum, Halae Magdeburgicae 1703, § X.

<sup>57</sup> «... *quod lex Aquilia in eo à Jure Gentium recesserit, quod non voluerit simplicem damni dati aestimationem domino restitui, quanti videlicet res fuerit tempore damni dati, sed quanti plurimi retro fuerit vel in anno, quando mancipium aut quadrupes fuerint occisae, vel in mense seu proximis triginta diebus, in reliquis damnorum speciebus*». THOMASIUS, Christian, Larva Legis Aquiliae detractata actioni de damno dato, in foris germanorum, Halae Magdeburgicae 1703, § XVIII.

<sup>58</sup> THOMASIUS, Christian, Larva Legis Aquiliae detractata actioni de damno dato, in foris germanorum, Halae Magdeburgicae 1703, § XXIX.

<sup>59</sup> THOMASIUS, Christian, Larva Legis Aquiliae detractata actioni de damno dato, in foris germanorum, Halae Magdeburgicae 1703, §§ XXXIX et XL.

de la Nature et des Gens. Et surtout, elle trahirait l'idée d'équité qui est à la base même du principe du rachat<sup>58</sup>.

L'argumentation de Thomasius devient fragile lorsqu'il aborde les Miroirs de Souabe et de Saxe. Certes, il affirme à juste titre que ces derniers ne connaissent pas le même mode de calcul que la *lex Aquilia*. En effet, selon les extraits qu'il reproduit<sup>59</sup> on n'y recourt pas à une période de calcul antérieure au fait dommageable. En revanche, Thomasius est téméraire lorsqu'il affirme que, selon les deux Miroirs, «celui qui a infligé un dommage fautivement ne sera pas contraint à une peine»<sup>60</sup>. De toute évidence, certains des exemples qu'il cite lui-même le contredisent. Si on a occis un homme en abattant un arbre qui tombe sur un chemin, on risque, selon le Miroir de Souabe, la décapitation. De même, celui qui tue un chien qui l'agresse doit non seulement le prix de l'animal, mais en plus une amende d'un Pfennig. Ou encore, selon le Miroir de Saxe, celui qui a semé sur le champ d'autrui doit réparer le dommage et payer une amende. Aucune des trois dispositions ne mentionne le dol (qui, selon l'interprétation de Thomasius, est seul amendé), mais les trois imposent une amende<sup>61</sup>.

<sup>60</sup> «*Culpa damnum dantis non coërcetur poena; Dolus coërcetur quidem, sed poenâ certâ et determinatâ, non incerta, uti in L. Aquilia*», THOMASIUS, Christian, *Larva Legis Aquiliae detractata actioni de damno dato, in foris germanorum, Halae Magdeburgicae 1703, § XLI*.

<sup>61</sup> A titre d'exemple: «*Und ist/dass ein Mann ein Baum zu Wald hauet dem Weg so nahen/ dass er uff den Weg fallen mag/schlecht der Baum ein Menschen zu tod/man soll ihm das Haupt abschlahen*»; «*Und ist dass ein Hund einen Mann anlauffet und ihm in sein Gewand beisset/oder in sein blosse Haut/wo das an seinem Lybe ist/und wehret er sich/ und schlecht ihm zu todte/er soll Ihm einen als guten wieder geben/als jener was/und einen Pfennig und nicht mehr*», cité par THOMASIUS du Miroir de Souabe; «*Wer besäet Land eines andern Mannes anderweit eeret/der soll Ihm den Schaden gelten als recht ist/und Ihm dazu sein Buss geben*», cité par Thomasius du Miroir de Saxe, THOMASIUS, Christian, *Larva Legis Aquiliae detractata actioni de damno dato, in foris Germanorum, Halae Magdeburgicae 1703, § XL*.

<sup>62</sup> «*Fluit etiam ex dictis, quod plane nullus sit Legis Aquiliae Usus in foris Germaniae*», THOMASIUS, Christian, *Larva Legis Aquiliae detractata actioni de damno dato, in foris germanorum, Halae Magdeburgicae 1703, §§ XLVII*.

<sup>63</sup> «*So iemand ein vierfüssig oder ander Thier zur Ungebühr umgebracht: oder sonst/ ausser dieser Fälle ungebührlicher Weise Schaden gethan/als so einer dem andern etwas verbrandt/zerbrochen/zerrissen, da mag er der Beschädigte diese Klage L. Aquiliae anstellen/und darinnen bitten/dess er/der Thäter/das Viehe bezahle/auffs theuerste/als es das nechste Jahr/andere Sachen aber (wenn nemlich einem sonst an einem Dinge Schaden geschehen) als solche binnen den nechsten 30. Tagen hätte gelten können*», THOMASIUS, Christian, *Larva Legis Aquiliae detractata actioni de damno dato, in foris germanorum, Halae Magdeburgicae 1703, § LXV*.

Aussi, par rapport au droit allemand du 17<sup>e</sup> siècle, Thomasius n'arrive pas à démontrer entièrement sa thèse. Il fournit même les éléments qui le contredisent. Il conclut: «il découle aussi de ce qui a été dit qu'il n'y a clairement pas d'emploi de la *lex Aquilia* dans les fors de l'Allemagne»<sup>62</sup>. Mais, il mentionne lui-même une exception de taille. La législation prussienne, nous le verrons (*cf. infra*) reprend largement la *lex Aquilia*, dont elle fond les chapitres I et III en une seule disposition<sup>63</sup>. Vu que cette disposition reprend de la *lex Aquilia* non seulement le schéma du *damnum iniuria datum*, traduit en allemand par l'expression «zu ungebührlicher Weise Schaden gethan», mais aussi la terminologie du *urere*, *frangere*, *rumpere* (du brûler, briser, rompre) et même le mode de calcul du dommage, les différences que Thomasius discerne entre les solutions prussienne et romaine relèvent du détail.

Or, ce sont précisément ces détails qui intéressent Thomasius, puisque les grandes structures comme le *damnum iniuria datum* participeraient, nous l'avons dit, du droit des Gens<sup>64</sup>. Thomasius voit les véritables origines de l'action *de damno dato* allemande dans le droit médiéval allemand, notamment dans les Miroirs de Souabe et de Saxe ainsi que dans le droit canon qui aurait tempéré la dureté du droit germanique par le principe de l'équité<sup>65</sup>.

La critique de Thomasius, nous l'avons dit, ne convainc pas à tous les égards. Avant tout, sa démonstration est basée sur une confusion de départ. S'il paraît soutenable que le principe de dédommagement relève du droit des Gens, il est certainement erroné de le confondre avec le *damnum iniuria datum* qui est une expression très spécifique. D'autres formes du même principe se trouvent, par exemple, dans les Miroirs de Souabe et de Saxe qui postulent le dédommagement sans s'appuyer sur la formule romaine. Dès lors, dans la mesure où le droit allemand reprend le *damnum iniuria datum*, il ne s'inscrit pas seulement dans la tradition du droit des Gens, mais il est du moins partiellement tributaire de la tradition romaine de la *lex Aquilia*.

---

<sup>64</sup> Cf. notamment THOMASIUS, Christian, *Larva Legis Aquiliae detractata actioni de damno dato*, in *foris germanorum, Halae Magdeburgicae 1703*, § L.

<sup>65</sup> THOMASIUS, Christian, *Larva Legis Aquiliae detractata actioni de damno dato*, in *foris germanorum, Halae Magdeburgicae 1703*, § LI.

<sup>66</sup> Pour la confusion qui a régné, selon Thomasius, par rapport au calcul du dommage, THOMASIUS, Christian, *Larva Legis Aquiliae detractata actioni de damno dato*, in *foris germanorum, Halae Magdeburgicae 1703*, § LIV.

En revanche, avec ses prédécesseurs, Thomasius a le mérite d'avoir rendu attentif à une tendance exagérée de voir dans la responsabilité civile allemande exclusivement le modèle romain. Sans apport du droit allemand, le modèle romain ne serait pas assez nuancé notamment pour le praticien appelé à calculer, *in concreto*, le dommage qu'il peut faire valoir devant une Cour<sup>66</sup>. En effet, le calcul romain, qui portait sur une période précédant d'un mois ou d'une année le fait dommageable, avait été remplacé depuis longtemps par un autre calcul qui se référait à la valeur de la chose au moment de la lésion.

De manière plus générale, Thomasius est obligé, pour les besoins de sa démonstration, de citer intégralement les chapitres I et III de la *lex Aquilia*<sup>67</sup>. La critique virulente qu'il formule à l'égard du droit romain le rend prisonnier du langage juridique romain. Comble de dépendance, il a recours, pour démontrer l'indépendance du droit germanique, non seulement aux préceptes comme *neminem laedere* et *suum cuique tribuere* ou aux principes généraux comme *casum sentit dominus*, mais également aux *damnum datum*, *iniuria*, *culpa*, *neglegentia*, etc. Paradoxalement, Thomasius est en quelque sorte condamné à emprunter à son ennemi les armes qu'il veut combattre.

Un bref regard sur quelques législations particulières montre que les règles de la responsabilité aquilienne et l'influence de la *lex Aquilia* varièrent fortement selon les villes et régions d'Allemagne<sup>68</sup>.

C'est notamment le droit prussien qui s'est ouvert du moins partiellement à la réception de la *lex Aquilia*. Le *Verbessertes Landrecht des*

<sup>67</sup> THOMASIIUS, Christian, *Larva Legis Aquiliae detractata actioni de damno dato, in foris germanorum, Halae Magdeburgicae 1703*, §§ XXXIX et XL.

<sup>68</sup> Voir SCHRÖDER, Jan, *Die zivilrechtliche Haftung für schuldhafte Schadenszufügung im deutschen Usus Modernus*, in: VACCA, Letizia (éd.), *La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica*, Torino 1995, 144-167, 145 *passim*.

<sup>69</sup> «*Ingemein aber davon zu setzen/ ordnen und wollen Wir/ dass derjenige/ welcher einem andern irgend einen Schaden oder Nachtheil am Leib oder Gütern boshaffiglich/ arglistiger Weise/ aus Fahrlässigkeit/ für sich selbst/ oder in andere Wege/ wie es geschehen mag/ zufüget/ solle allen Schaden und Nachtheil abzulegen und zu erstatten schuldig seyn*», Friedrich Wilhelms/Königes in Preussen/verbessertes Land=Recht/des Königreichs Preussen, Königsberg 1721, P. 3, liv. 6, art. 1, § 1, 188s. Voir également ce même texte dans le «*Churfürstlich-brandenburgisches, revidirtes Land-Recht des Herzogsthumbs Preussen*», Friedrich Wilhelm Churfürst von Brandenburg, 1685-1687, lib. VI, tit. X, art. 1, § 1. Pour les législations particulières allemandes voir aussi KAUFMANN, *Rezeption et KIEFER, Aquilische Haftung*, 45ss.

*Königreichs Preussen* de 1721 évoque sous différentes formes le concept du *damnum iniuria datum*: «Mais, de manière générale, nous ordonnons et voulons que celui, qui a causé à autrui, par méchanceté de manière dolosive, par négligence, pour lui-même ou par d'autres voies quelconques, un quelconque dommage ou désavantage au corps ou aux biens, doit arrêter et restituer tout dommage et désavantage»<sup>69</sup>. Dans ce passage, la notion d'*iniuria* est paraphrasée sous forme notamment de dol et de négligence. Cette dernière est l'un des éléments qui, à partir de Mucius, seront utilisés, nous l'avons vu, comme argument pour démontrer que l'auteur du dommage a agi *iniuria*. Mais les deux autres éléments du *damnum iniuria datum*, le dommage et l'acte dommageable, sont également repris: *einem andern irgend einen Schaden oder Nachtheil ... zugefüget*.

Malgré cette clause qui permettrait en principe de saisir toute forme de dommage ou de désavantage subi, le *Land=Recht* aborde dans les paragraphes suivants des cas de figure précis qui rappellent la casuistique romaine. Il renvoie même directement à la *lex Aquilia* dont il reprend en partie la terminologie. La disposition qui traite des blessures d'animaux est complétée ainsi: «Cette plainte *legis Aquiliae* s'étend aussi non seulement sur l'endommagement d'animaux vivants, mais aussi aux cas où quelqu'un subit une illicéité dans son bien par le feu, le briser ou rompre; comme si on allumait à quelqu'un son bois, ou lui brisait sa demeure, cassait des vitres, poussait des portes et portails ou dérivait ou détournait l'eau de son domaine»<sup>70</sup>. Si les termes *Feuer*, *Brechen* et *Zerreissen* sont évidemment les *urere*, *frangere*, *rumpere* du chapitre III de la *lex Aquilia*, dans ce paragraphe, avec le terme *unrecht*, le code reprend textuellement l'*iniuria* romaine. En d'autres termes, le législateur a ici mis côte à côte deux générations différentes de normes. Une première, dont la formulation libre du principe de dédommagement mar-

<sup>70</sup> «*Es strecket sich auch diese Klage Legis Aquiliae nicht allein auf Beschädigung der lebendigen Thiere/ sondern wo einem auch sonst an seinem Guth/ mit Feuer/ Brechen oder Zerreissen unrecht geschieht; Als wenn einem sein Gehöltz angezündet/ oder seine Behausung zerbrochen/ Fenster ausgeworffen/ Thür und Thor ausgestossen/ oder das Wasser von seinen Gütern abgeleitet oder abgekehret würde*», Friedrich Wilhelms/ Königes in Preussen/verbessertes Land=Recht/des Königreichs Preussen, Königsberg 1721, P. 3, liv. 6, art. 1, § 3, 190.

<sup>71</sup> «*Derowegen so dann jemand ein vierfüßig oder ander Thier zur Ungebühr umgebracht; Oder sonst ausser diesen Fällen/ ungebührlicher Weise Schaden gethan/ als so einer dem andern etwas verbrannt/ zerbrochen/ zerrissen/ etc. Da mag der Beschädigte diese*

que une certaine indépendance par rapport aux sources romaines et une seconde qui reprend directement les termes centraux de la *lex Aquilia*.

Le paragraphe suivant construit une synthèse étonnante des chapitres I et III de la *lex Aquilia*: «Ainsi, si quelqu'un a tué illicitement un animal, quadrupède ou autre; ou si autrement, en dehors de ces cas, il a fait illicitement un dommage, comme s'il avait brûlé, brisé ou rompu etc. quelque chose de l'autre. Alors, le lésé peut intenter cette plainte *legis Aquiliae* et demander que l'auteur paie l'animal au prix le plus élevé de l'année la plus proche: Mais d'autres choses (si quelqu'un subit un dommage dans une autre chose) que celles-ci, au prix qu'elles auraient pu valoir dans les trente jours les plus proches»<sup>71</sup>. Cette disposition vise à la fois l'*occidere* des quadrupèdes (chapitre I) et d'autres animaux (chapitre III), mais aussi les cas d'*urere*, *frangere*, *rumpere* (chapitre III), ainsi que toute autre forme de dommages, résumés par la jurisprudence romaine dans le verbe *corrumpere*<sup>72</sup>. Le vocabulaire utilisé révèle une terminologie juridique encore flottante, puisque, le § 5 parle de *Ungebühr*, le § 1 de négligence et le § 4 de *unrecht* pour désigner l'*iniuria*. Mais c'est surtout le mode de calcul du dommage qui est adopté tel quel. Le droit prussien est peut-être le seul droit particulier allemand qui reprend fidèlement les deux périodes de référence, un an respectivement 30 jours précédant le dommage, pour déterminer le montant dû au lésé.

Toutefois, les forts traits romains, dont nous n'avons mentionné que les plus importants sans nous attarder notamment sur une forme de *noxarum* renver-

---

*Klage Legis Aquiliae anstellen und darin bitten/ dass der Thäter das Vieh bezahle aufs theureste als es das nechste Jahr: Andere Sachen aber/ (wenn nehmlich einem sonst an einem Dinge Schaden geschehen/) als solche binnen den nechsten dreyssig Tagen hätten gelten können», Friedrich Wilhelms/Königes in Preussen/verbessertes Land=Recht/des Königreichs Preussen, Königsberg 1721, P. 3, liv. 6, art. 1, § 5, 190.*

<sup>72</sup> Concernant le rapport entre la *lex Aquilia* et le droit prussien, voir aussi KAUFMANN, *Rezeption*, 27, et KIEFER, *Aquilische Haftung*, 45ss, 122ss, 137ss.

<sup>73</sup> Le § 5 prévoit que la victime a le choix entre une action en justice et une réparation en nature: «... Wir wollen auch dem Kläger hiemit die Wahl lassen/ dergestalt/ wie jetzt gesetzt/ zu klagen/ oder aber zu bitten/ dass ihm ein anders mit seines gleichen/ so ihm umgekommen oder verdorben/ vergolten werde. ...», Friedrich Wilhelms/Königes in Preussen/verbessertes Land=Recht/des Königreichs Preussen, Königsberg 1721, P. 3, liv. 6, art. 1, § 5, 190.

<sup>74</sup> Friedrich Wilhelms/Königes in Preussen/verbessertes Land=Recht/des Königreichs Preussen, Königsberg 1721, P. 3, liv. 6, art. 1, § 5, 188s.

<sup>75</sup> Friedrich Wilhelms/Königes in Preussen/verbessertes Land=Recht/des Königreichs Preussen, Königsberg 1721, P. 3, liv. 6, art. 1, § 5, 188s.

sée<sup>73</sup>, qui institutionnalise en même temps la réparation en nature, ou encore le doublement de la peine envers celui qui nie être l'auteur du dommage<sup>74</sup>, ne doivent pas faire oublier que le *Land=Recht* de 1721 s'écarte sur plusieurs points de la *lex Aquilia*. Une différence importante concerne le champ d'application. Le § 1, nous l'avons vu, ne traite pas seulement des dommages matériels, mais aussi des dommages causés par la mort d'hommes. Là où la *lex Aquilia* s'appliquait seulement aux dommages causés à des esclaves et des choses, le *Land=Recht* inclut les lésions corporelles y compris létales de tous les hommes, sans distinguer entre esclaves et hommes libres: *einem andern irgend einen Schaden am Leib oder Gütern*<sup>75</sup>. Le législateur prussien a abandonné l'hésitation des Romains qui refusaient d'accorder un dédommagement pour la mort d'un homme libre, au motif que l'homme libre n'a pas de prix. Il semble admettre que la mort d'un homme peut causer un dommage, par exemple à sa famille qui peut exiger un dédommagement (pour le *occidere*, voir *infra* F.4). Conséquemment, la séparation en deux chapitres des *occidere* et *urere, frangere, rumpere* n'avait plus de pertinence pour le législateur prussien. Il pouvait les aborder ensemble dans les mêmes paragraphes.

Sur le plan structurel aussi, le *Land=Recht* diffère de la *lex Aquilia*. Cette dernière était initialement composée, nous l'avons vu<sup>76</sup>, de trois chapitres (dont le deuxième est rapidement tombé en désuétude) qui cernaient des états de faits précis. C'est la jurisprudence qui, dans une casuistique détaillée, précisait ensuite la teneur de la loi. Le *Land=Recht*, en revanche, aligne une série de paragraphes susceptibles de régler la plupart des cas prévisibles de responsabilité aquilienne. Par conséquent, les normes sont plus nombreuses et changent de nature. Elles ne sont plus des cas d'espèce réduits à l'essentiel, mais portent déjà des traces de normes générales et abstraites, même si, dans l'ensemble, le style du *Land=Recht* reste narratif. Son langage n'est évidemment encore en rien comparable avec celui des grandes codifications qui naîtront un siècle plus tard.

Le *Land=Recht* juxtapose deux types de normes: une norme plutôt générale qui figure en principe en première place et des normes particulières qui suivent celle-là, à la manière de la jurisprudence romaine, et en précisent la teneur. Ainsi, la clause générique du § 1 du *Land=Recht* est suivie de diffé-

---

<sup>76</sup> Voir *supra* A.

rents paragraphes qui reprennent et explicitent des points particuliers. Par exemple, le § 2 précise à l'instar de la jurisprudence romaine que, en cas de lésion corporelle grave avec séquelles durables, l'auteur ne s'expose pas seulement à des sanctions pénales, mais doit aussi payer les frais médicaux et le manque à gagner passé et futur de la victime.

Un autre ordre juridique qui établit explicitement un lien avec le droit romain est le *Lübeckische Stadt-Recht*, dont le troisième titre du livre 4 s'appelle *De Lege Aquilia: Von zugefügtem Schaden*. Les cinq articles qui composent le titre n'ont toutefois qu'un rapport ténu avec les dispositions de la *lex Aquilia*. Les trois premiers règlent des cas particuliers de dommages infligés à ou par des animaux, alors que les deux derniers sont consacrés à la responsabilité pour bâtiments. On trouve amalgamés dans le livre 4 des éléments de la *lex Aquilia* (D. 9,2) ainsi que des titres *Si quadrupes pauperiem fecisse dicatur* (D. 9,1) et *De damno infecto et de suggrundis et proiectionibus* (D. 39,2).<sup>77</sup>

Le premier article reprend de la *lex Aquilia* le cas de figure d'un dommage infligé à un animal: «Si quelqu'un fait [à autrui] un dommage au cheval ou animal, quel que soit l'animal ...»<sup>78</sup>. Là où la *lex Aquilia* traite séparément les quadrupèdes de troupeau et les autres animaux, le droit de Lübeck les réunit dans un seul article. David Mevius, qui commente en 1664 ce titre 4 dans son *Commentarius in Ius Lubecense*, y aborde notamment la question du mode de calcul du dommage. Mais surtout, il donne une information précieuse sur les principes d'interprétation: «Si notre droit ne prend pas de mesure particulière dans ce domaine, nous suivons le droit commun»<sup>79</sup>. Cette remarque montre à la fois l'indépendance du droit de Lübeck et sa proximité avec le droit commun. Si le droit de la ville se tait, le juriste s'aligne sur le droit commun qui a une fonction supplétive.

L'article 2 aborde, comme le § 7 du *Land=Recht* prussien, le cas particulier du maréchal-ferrant qui blesse au cours de son travail le cheval d'un

<sup>77</sup> Pour le rapport entre la *lex Aquilia* et *De damno infecto*, voir aussi KIEFER, *Aquilische Haftung*, 42ss.

<sup>78</sup> «*Thut einer dem andern Schaden an seinem Pferde oder Vieh, es sey was es für Viehe wolle ...*», *Das Lübeckische Stadt-Recht*. Nach der letzten, im Jahre 1728 erschienenen Ausgabe unverändert abgedruckt, Lübeck 1829.

<sup>79</sup> «*Nostro jure de eâ specie nihil speciatim cavetur, ideòque jus commune sequimur*», MEVIUS, David, *Commentarius in Ius Lubecense*, Rostochii, 1664, lib. 4, tit. 3, p. 21,2.

client. La réparation peut prendre deux formes, l'une en nature ou l'autre pécuniaire. Si le maréchal-ferrant réussit à rétablir le cheval, à ses frais et dans son écurie, le propriétaire doit reprendre celui-ci. Sinon, le maréchal-ferrant doit la valeur du cheval au jour où il lui a été amené. S'il peut paraître étonnant que les deux lois reprennent exactement le même cas de figure et, en plus, lui donnent la même solution, cet exemple montre à quel point les ordres juridiques particuliers pouvaient s'influencer réciproquement. Dans son commentaire de cet article, Mevius se réfère à nouveau à la jurisprudence romaine, mais aussi à la littérature de droit commun pour expliquer des problèmes traités dans la jurisprudence romaine, dont notamment le rapport entre la faute de l'artisan, son inexpérience, le vice de la matière mise à sa disposition et le cas fortuit.

L'article 3 est d'un grand intérêt parce qu'il est composé d'éléments typiquement romains mélangés avec des dispositions qui ne sont ni romaines, ni de droit commun<sup>80</sup>. Le premier cas envisagé dans l'art. 3 (voir note 79) entre parfaitement dans le champ d'application de la *lex Aquilia*. En vertu de cette dernière, le cocher est tenu de réparer le dommage causé à autrui. Aussi la condition suivante s'accorde avec la *lex Aquilia: aus seiner Verwarlosung und arge gefährde* désigne, selon Mevius, la faute du cocher ou une négligence périlleuse<sup>81</sup>. A l'instar de la jurisprudence classique, le cocher ne répond de son acte qu'à condition d'avoir agi fautivement ou par négligence, mais non pas s'il a respecté le devoir de diligence qui lui incomrait. En revanche, le cas suivant rompt clairement avec la *lex Aquilia*. Si le cocher prend la fuite après le fait dommageable, le propriétaire de l'attelage

---

<sup>80</sup> «*Wurde jemand beschädigt von einem Fuhrmann, Kutzscher und Wagentreiber, und solches aus seiner Verwarlosung und argen gefehrde, den Schaden muss er bessern und gelten, es wäre denn, dass er schweren könnte, und wolte, dass es nicht mit seinem Willen geschehen: Da aber der Fuhrmann flüchtig, dass man seiner nicht mächtig werden könnte, so ist der, welchem der Wage und Pferde zugehörig, zu dem Schaden zu antworten schuldig, wil er nicht, so muss Wage und Pferde dafür selbst halten. Gleicher gestalt sol es auch gehalten werden, wann jemand mit Pferden reitend oder rennend Schaden zufügt, ausgenommen, wann es auf dem Pferdemarckt auf Marcktagen, und sonsten da eine grosse Versammlung an Pferden wäre, geschehen möchte: Dann auff dies beyde Fälle sich ein jeglicher für Schaden zu hüten selbst pflichtig*», Das Lübecksche Stadt-Recht. Nach der letzten, im Jahre 1728 erschienenen Ausgabe unverändert abgedruckt, Lübeck 1829, lib. 4, tit. 3, art. 3, p. 70s.

<sup>81</sup> MEVIUS, David, Commentarius in Ius Lubecense, Rostochii, 1664, lib. 4, tit. 3, pp. 21-26, 24,8.

<sup>82</sup> Voir Alf. D. 9,2,52,2.

<sup>83</sup> Gai. D. 19,2,25,7.

et du véhicule répond à sa place. Cette hypothèse ne se trouve pas dans la jurisprudence de la *lex Aquilia* qui, en outre, ne fournirait pas de base légale à la solution envisagée. Pour que le propriétaire soit contraint de répondre du dommage, il faudrait que le dommage soit dû à un défaut des animaux ou de la charrette<sup>82</sup>, ou alors, que le cocher soit un auxiliaire du propriétaire<sup>83</sup>. Ni l'une, ni l'autre des deux hypothèses n'est clairement envisagée dans l'article cité du droit de Lübeck. En revanche, la suite de l'article concernant des accidents qui se produisent notamment au marché de chevaux est à nouveau plus facile à mettre en rapport avec la *lex Aquilia*.

Mevius commente abondamment cet article. D'abord, il précise que le dédommagement du lésé est la véritable *ratio legis* de cette disposition, pour ensuite suivre point par point le texte de l'article et en expliquer la teneur exacte. Il établit systématiquement les liens possibles avec le droit romain et le droit commun, mais souligne aussi les éléments qui en divergent. Ce commentaire est l'occasion de passer en revue un grand nombre de questions que la jurisprudence romaine et commune se sont posées et de les raccrocher librement à la législation de Lübeck. Mevius discute quelques grandes questions comme celle de la faute et de ses gradations, mais aussi du calcul du dommage, pour préciser par exemple que les cicatrices et déformations physiques n'entrent pas dans le calcul. En passant, il se moque des avocillons braillards – *indocti rabulae* – qui réclameraient parfois même la réparation de la douleur subie par la victime: *wenn sie vor erlittenen Schmerzen Abtrag begehren*<sup>84</sup>. Remarque, du reste, qui trahit une position plutôt conservatrice de Mevius, hostile à une extension généreuse des dommages couverts par la responsabilité aquilienne.

Le texte de Lübeck est très succinct. S'il n'est à première vue pas particulièrement proche de la *lex Aquilia*, c'est surtout Mevius dans son commentaire qui le rapproche de la source romaine, mais aussi du droit commun et des commentateurs juridiques. Le lien matériel que Mevius tisse entre ces ordres normatifs répond à un besoin impératif de la pratique juridique. En l'absence d'une disposition adéquate dans la loi, le droit commun et la doctrine, et à travers eux le droit romain, ont une fonction supplétive. Ils devien-

<sup>84</sup> MEVIUS, David, *Commentarius in Ius Lubecense*, Rostochii, 1664, lib. 4, tit. 3, pp. 21-26, 24,6.

<sup>85</sup> *Hamburger Stadt-Recht*, in: *Der Stadt Hamburg Statuta und Gerichtsordnungen*, Hamburg 1603.

ment des éléments indispensables dans le raisonnement du juriste. Cette fonction supplétive du droit commun est d'autant plus importante que les ordres juridiques ne sont pas exhaustifs, mais règlent seulement de manière ponctuelle les problèmes les plus importants. Par conséquent, le recours au droit commun et, éventuellement, au droit coutumier est pour le juriste une démarche fréquente qui fournit ici à Mevius la justification théorique pour se référer à la fois aux sources de droit commun et romain.

Parmi les droits locaux et régionaux qui règlent du moins ponctuellement la responsabilité civile, le *Hamburger Stadt-Recht* de 1603<sup>85</sup> s'est éloigné davantage de la responsabilité aquilienne que le droit de Lübeck et le droit prussien. L'article (aussi appelé titre) 43, qui traite de dommages corporels infligés à des hommes, ne porte pas de trace particulière de la *lex Aquilia*, sauf que le lésé a droit à la réparation du dommage et des frais médicaux<sup>86</sup>. Le passage «Autrement, si quelqu'un blessait autrui dans un accès de colère ou l'endommagerait dans sa santé avec des couteaux ou autres armes, ...»<sup>87</sup> évoque seulement des cas particuliers de *frangere* et *corrumpere*, mais sans porter de trace d'une généralisation du *damnum iniuria datum* telle que nous la connaissons.

En revanche, le *droit de la ville de Hambourg* procède à un regroupement des matières initialement dispersées dans le Digeste. Le titre de la 4<sup>e</sup> Partie en indique la structure matérielle: «*Von Peinlichen Sachen/ Injurien/ und andern zugefügten Schäden/ auch Straffe und Busse*». Des normes pénales comme homicide et assassinat, séquestre et inceste y sont réunies avec des dispositions portant sur la responsabilité aquilienne et la responsabilité du détenteur d'animaux.

---

<sup>86</sup> «*Würde sonst einer den andern/ mit Messern/ oder andern Wehren/ aus hitzigem Gemüthe verwunden/ oder an seiner Gesundheit verletzen/ dabey keine Gefahr des Lebens zu besorgen/ welches wol in acht zu nehmen: so sol der Thäter solchen zugefügten Schaden/ dem Beleidigten/ neben dem Arztlohn zufforderst erstatten/ und dann/ nach billicher Ermässigung dem Gerichts=Verwalter wetten*», *Hamburger Stadt-Recht*, in: *Der Stadt Hamburg Statuta und Gerichtsordnungen*, Hamburg 1603, 4. Teil, Art. 43, p. 380.

<sup>87</sup> «*Würde sonst einer den andern/ mit Messern/ oder andern Wehren/ aus hitzigem Gemüthe verwunden/ oder an seiner Gesundheit verletzen.*»

<sup>88</sup> «*Von erstattung des Schadens/ der einem durch eines andern Ochsen oder Pferde wiederfähret. Wird jemand von eines andern Pferd/ Ochsen/ oder dergleichen Thiere/ die ihrer Eigenschaft nach nicht Wild seyn/ ohne Uhrsache getreten/ gestossen/ oder sonst beschädiget: So sol die billige Erstattung und Unkost des erlittenen Schadens/ dem*

Si on peut déceler une forte influence romaine dans ce titre, cette dernière ne vient pas de la *lex Aquilia* (D. 9,2), mais du *Si quadrupes pauperiem fecisse dicatur* (D. 9,1), dont les extraits sont mélangés librement avec des éléments qui n'ont rien avoir avec le droit romain. Selon la première partie de l'article (aussi appelé titre) 67, celui qui a subi un dommage par le chariot d'autrui a également droit au dédommagement. Ce principe est déjà consigné dans D. 9,1,1,9. En revanche, à la différence de la source romaine, la deuxième partie de l'art. 67 prévoit que, en cas de fuite du charretier, l'attelage et le véhicule serviront à dédommager le lésé. Cette disposition rappelle évidemment l'art. 3 du *Lübeckische Stadt-Recht* qui, toutefois, est plus développé.

Mais l'article 68 aussi<sup>88</sup> s'appuie directement sur D. 9,1,1 et 9,1,3. Le propriétaire répond du dommage que son animal domestique a infligé à un tiers. Celui-ci a droit à un dédommagement équitable et au remboursement des frais: *die billige Erstattung und Unkost des erlittenen Schadens*. Comme dans D. 9,1,1pr, le propriétaire a comme alternative la *noxa*. L'art. 68 reprend même des détails de la source romaine. Ainsi, l'expression *ohne Ursache* fait sans doute allusion au fragment D. 9,1,1,7, selon lequel le lésé ne peut pas exiger le dédommagement s'il était lui-même à l'origine du comportement nuisible de l'animal, par exemple parce qu'il l'a frappé, blessé ou excité.

L'article 69<sup>89</sup> règle le même problème par rapport aux animaux sauvages, sans toutefois reprendre exactement l'hypothèse romaine. Il envisage notamment le cas où un ours blesse un tiers. Si le dommage s'est produit par

---

*Beschädigten von dem Besitzer des Ochsen oder Pferdts wiederfahren. Da aber der Besitzer lieber des Pferdts/ Ochsen/ oder des Thiers/ das den Schaden gethan/ wil entrathen/ als die Erstattung dafür thun: So ist er auch der Ansprüch damit gefreyet*», *Hamburger Stadt-Recht*, in: *Der Stadt Hamburg Statuta und Gerichtsordnungen*, Hamburg 1603, 4. Teil, Art. 68, p. 397s. Notons que le terme «Besitzer» a ici, comme du reste aussi dans l'art. 69, sans doute la signification non pas de possesseur, mais de propriétaire. Preuve en est que la *noxa* est en principe dirigée contre le propriétaire.

<sup>89</sup> «*Von erstattung des Schadens/ der einem durch des andern wilde Thiere zugefüget. Da aber jemand von eines andern Bären/ Hirschen/ oder dergleichen wilden Thiere wird verwundet oder beschädiget: So sol derselbe/ dem das Thier gehörig/ seiner Verwarlosung halben/ nach Gelegenheit und Umständen des Schadens/ denselben zu bessern/ und billige Erstattung zuthun schuldig seyn. Würde aber jemand durch solchen empfangenen Schaden Tods verfahren. So sol der Besitzer des Thiers/ nach ermässigung des Gerichts/ den Erben Abtrag zu thun verpflichtet seyn/ und dazu nach gestalt der Sachen gestraffet werden*», *Hamburger Stadt-Recht*, in: *Der Stadt Hamburg Statuta und Gerichtsordnungen*, Hamburg 1603, 4. Teil, Art. 69, p. 398s.

la faute du propriétaire, celui-ci doit réparer le dommage. Le fragment D. 9,1,1,10, par contre, stipule le principe que l'*actio de pauperie* ne s'applique pas aux dommages infligés par des animaux sauvages. Si l'animal sauvage s'est échappé, les jurisconsultes estiment qu'il a retrouvé sa liberté. Le propriétaire a perdu son bien qui devient *res nullius*. Par conséquent, il ne répond pas du dommage.

Si, pour une simple blessure, le dédommagement de la victime dépend de la faute du propriétaire, cette condition tombe en cas de mort de la victime. Si celle-ci a été tuée, le propriétaire même non fautif doit, selon la deuxième partie de l'art. 69, un dédommagement aux héritiers.

A la fin de la 4<sup>e</sup> Partie, le *Hamburger Stadt-Recht* donne une indication très précieuse concernant la hiérarchie normative en vigueur<sup>90</sup>. Si les dispositions du *Stadt-Recht* sont insuffisantes ou lacunaires, c'est selon le droit commun impérial – *nach gemeinen beschriebenen Kayserlichen Rechten* – et les constitutions impériales – *denen im Heiligen Römischen Reich publicirten Constitutionen* – que le juge doit trancher<sup>91</sup>. Parallèlement, les parties peuvent aussi se prévaloir des coutumes de la ville, sauf si elles sont contraires au droit écrit ou abolies. De ce passage ressort à la fois une hiérarchie normative et une technique d'application du droit. En premier lieu, le juge appliquera le *Stadt-Recht*. En deuxième lieu, il tiendra compte des coutumes de la ville, à condition qu'elles soient encore en vigueur, qu'elles ne contredisent pas le droit écrit, et, finalement, que les parties en aient

<sup>90</sup> «Als auch künfftiger Zeit/ in dieser guten Stadt sich Fälle zutragen würden/ welche in diesem vorgesatztem Stadt Rechte nicht specificirt, oder davon disponirt und Verordnungen gethan: So sollen dieselben/ nach gemeinen beschriebenen Kayserlichen Rechten/ und denen im Heiligen Römischen Reich publicirten Constitutionen erörtert werden/ Jedoch da sich jemand auff eine redliche in dieser Stadt wol hergebrachte Gewohnheit (die durch dieses Stadt Recht und beliebte Recesse nicht aufgehaben/ oder deroelben zu wieder Verordnung geschehen were) gründen würde/ sol der Parthey solche angezogene Gewohnheit zu beweisen zugelassen seyn/ Wie Wir dann Krafft dieses/ solche alte redliche Gewohnheiten Confirmiren und bestätigen/ une hiemit verordnen/ dass solche vorgedachte erwiesene Ehrbare Gewohnheiten/ diesem Stadt Recht gleich gelten/ und in erörterung der streitigen Sachen in acht genommen werden sollen», *Hamburger Stadt-Recht*, in: *Der Stadt Hamburg Statuta und Gerichtsordnungen*, Hamburg 1603, 4. Teil, p. 399.

<sup>91</sup> Voir aussi KIEFER, *Aquilische Haftung*, 47s, concernant notamment le droit de la ville de Hamburg de 1497 et de celui de Freiburg i. B. de 1520, rédigé par Zasius, qui ne réglerait pas exhaustivement la responsabilité aquilienne, mais admettrait le droit commun comme droit subsidiaire au droit de la ville (48).

prouvé l'existence et la teneur. Le passage précise en outre que le droit coutumier de la ville vaut au même titre que le droit écrit: *dass solche vorgedachte erwiesene Ehrbare Gewohnheiten/ diesem Stadt Recht gleich gelten*. Troisièmement, si aucun de ces deux ordres normatifs équivalents ne permet de résoudre le cas d'espèce, le droit impérial commun et les constitutions impériales trouvent application. Cette méthode et cette hiérarchie permettaient de tenir compte en premier lieu du droit local, mais aussi de redescendre, à travers les différents filets normatifs, au droit romain qui constituait alors sans doute le plus complet des ordres juridiques disponibles.

En même temps, ce passage décrit de manière précise l'ambition du législateur hambourgeois qui n'aspire pas du tout à un ordre normatif exhaustif, mais seulement à un règlement des cas les plus fréquents. Pour le surplus, il se contentait d'indiquer au juriste le mode de procéder pour résoudre le problème posé.

<sup>92</sup> Fürsten zu Anhalt/ Grafen zu Ascanien/ Herren zu Zerbst und Bernburg. Erneuerte und verbesserte Landes und Process=Ordnung. Cöthen 1666.

<sup>93</sup> *«Demnach das schänden/ schmähen/schelten/ und injuriiren/ beydes unter Mannes und Weibes Personen/ so gemein geworden/ dass auch vielmals daraus Mord= und Todschlag/ und andere ungelegenheit erfolget; sintemal die Verleumbdung und Verletzung an Ehren beschwerlicher/ als Leibes Beschädigung gehalten wird. [...]*

*Ordnen une wollen demnach hiermit/ dass die gemelte Verordnung der Sächsischen Rechte von injurien in unseren Landen aufgehoben und abgethan/ dargegen aber jenige/ der einen andern/ Mann oder Weibes Person vorsetzlicher Weise an Ehren schmähet/ lästert/schändet/oder injuriiret/ und desswegen beklaget/ und überführet wird/ dem injuriirten Theil/ eine christliche Abbitte/ oder den Umständen nach/ einen öffentlichen Wiederruff/ vor Gerichte zuthun schuldig sein/ auch über dieses/mit einer Geldstraffe/ seinen Vermögen/ und dem Verbrechen nach/ oder auch mit Gefängnis und Landes Verweisung/ ia auch wol mit öffentlichen Staupenschlägen/ nachdem die Verbrechen wegen der Umstände/des Orts/ der Personen/ der Zeit/ der Erwiederung/ und dergleichen sich befindet/ ernstlich gestraffet werden sollen.*

*Welche Verordnung wir dann gleichfals von den realinjurien verstanden haben wollen/ dergestalt/ dass wo Jemand freventlich geschlagen/ oder verwundet worden/ und derselbe peinlich klaget/ oder die Obrigkeit ex officio verführet/ als dann der beklagte mit Leibes Straffe nach Gelegenheit des Verbrechens belegt werden solle/ und darff er weiter nicht büssen: Wolte aber der Kläger civiliter auff die Busse oder Erstattung des Schadens/ Schmerzens/ Arztlohn/ Interesse/ oder Verseümnis und Unkosten klagen/ so werden ihm dieselbe billich zu erkand/ und stehet in solchen Fall dass arbitrium bey den Richter/ wie er nach Gelegenheit der Umstände/ der Personen/ auch des zu gfügten Schadens/ die Busse setzen wolte/ darbey ihm dennoch unbenommen/ den beklagten mit Gelt/ Gefängnis oder Verweisung zu straffen/ ungeachtet was wegen Vebüssung der Wunden und Schläge/ in Sachsen Recht verordnet/ welches wir hiermit so fern in unsern Landen nicht weniger aufgehoben haben wollen», Fürsten zu Anhalt/ Grafen zu Ascanien / Herren zu Zerbst und Bernburg. Erneuerte und verbesserte Landes und Process=Ordnung. Cöthen 1666, Tit. 40, pp. 103-106.*

La *Landes=Ordnung* de Anhalt<sup>92</sup> montre encore une autre forme de rapport avec les sources romaines. Le titre 40 «*Von Schmähungen und Injurien*» regroupe sous le mot clé d'injures aussi bien des faits verbaux et matériels. Puisque l'insulte est fréquemment accompagnée de coups et blessures, les deux états de faits sont réglés dans le même titre. C'est ce que laissent entendre les lignes introductives du titre<sup>93</sup> qui mettent côte à côte les infamie, insultes, gifles, injures et, lorsque les conflits dégénèrent, homicide et assassinat.

Ensuite, la première partie du titre règle les injures verbales, sanctionnées non seulement par l'amende honorable, mais, selon les circonstances et la gravité des faits, aussi par une punition pécuniaire ou corporelle, l'emprisonnement ou l'expulsion.

La deuxième partie règle les «*realinjurien*» qui désignent les atteintes non pas verbales, mais matérielles, les coups et blessures: *wo Jemand freventlich geschlagen/ oder verwundet worden*. La description du dommage reste parfaitement générique et désigne tout acte qui a atteint le lésé dans son propre corps. Le terme *freventlich* fait sans doute allusion au caractère illite de l'acte, de sorte que, en filigrane, on trouve dans cette disposition une structure qui rappelle le *damnum iniuria datum*.

Les sanctions pour coups et blessures se décomposent en une partie civile et une partie pénale. Cette dernière prévoit une peine corporelle exclusive de toute autre amende, sans préciser s'il s'agit du Talion: *Mit Leibes Straffe nach Gelegenheit des Verbrechens*.

Sur le plan civil, le lésé peut demander des dommages et intérêts étendus qui vont de la réparation du dommage à celle de la douleur, de l'intérêt, du gain manqué et des frais en général, y compris les soins médicaux: *Erstattung des Schadens/ Schmerzens/ Arztlohn/ Interesse/oder Verseümnis und Unkosten*. Le juge peut en outre condamner l'auteur du dommage à une amende ou à une peine de prison, ou même l'expulser. Le texte ne donne pas d'information très précise sur le rapport entre la sanction pénale et la sanction civile. Si le juge peut les cumuler selon son *arbitrium*, une première sanction pure-

<sup>94</sup> Ulp. D. 47,10,7,1

[...] *Nam ibi principaliter de damno agitur quod domino datum est: at in actione iniuriarum de ipsa caede vel veneno, ut vindicetur, non ut damni sarcietur. [...]*

ment pénale et une deuxième sanction pénale combinée avec le civil semble exclue.

Le rapport de ce texte avec la *lex Aquilia*, on le voit du premier coup d'œil, est ténu. L'état de fait réprimé ressemble davantage à celui du D. 47,10 *De Iniuriis et famosis libellis* qui s'applique selon le fragment D. 47,10,1,2 aux attaques contre le corps, la dignité ou l'honneur. En revanche, la sanction civile prévue par le droit d'Anhalt relèverait, en droit romain, de la *lex Aquilia*. C'est ce qu'exprime le D. 47,10,7,1: [La *lex Aquilia*] *traite principalement du dommage infligé au propriétaire: et l'action pour injures traite de l'homicide et de l'empoisonnement, afin qu'il soit puni, et non pas pour que le dommage soit réparé*<sup>94</sup>. En d'autres termes, la disposition qui nous occupe est une forme de refonte d'éléments des D. 9,2 et D. 47,10. La partie prépondérante vient évidemment du *De iniuriis*, enrichi en quelque sorte des sanctions civiles aquiliennes pour le cas où le lésé a subi des atteintes ou dommages corporels et, consécutivement, d'autres dommages matériels. Du *De iniuriis* pourrait aussi venir la large compétence du juge. Là où la source romaine demande au juge de trancher *ex bono et aequo*, le juge d'Anhalt décide selon son *arbitrium ... nach Gelegenheit der Umstände/ der Personen/ auch des zu gefügten Schadens*. Mais aussi la combinaison entre une sanction véritablement pénale et une action civile pourrait être le résultat de cette contraction des deux formes d'illicéité de D. 9,2 et 47.

Une démarche comparable se trouve dans la *Württembergischer Hofgerichts-Ordnung*<sup>95</sup> qui réunit également dans le même titre *Schmach= unnd Schlaghandlungen*<sup>96</sup>. Toutefois, les dispositions sont moins détaillées que dans le droit d'Anhalt. Mais aussi la législation de la ville de *Schweinfurth*<sup>97</sup> rassemble des parties des D. 9,2 et D. 47, 10 et, même, en amplifie la liste: *Von*

<sup>95</sup> *Dess Herzogthumbs Württemberg hievor aussgangene/ und jetzo widerumb von newem revidirte Hofgerichts-Ordnung*, Stuttgart 1667. Notons en passant que le siège de la matière semble être *Des Herzogthumbs Württemberg erneivert gemein Land=Recht*, Stuttgart 1680 qui fait, en sa première partie, tit. 27 (Von Schmach/Sachen/Schlaghandlungen), pp. 220ss, 223, un renvoi au 25. *Titul des 5. (sic! recte: 3.) Theils Unserer Hof Gerichts-Ordnung/ wie auch Unserer Landes-Ordnung im 198. Und 199. Blat begriffenen Disposition*.

<sup>96</sup> *Dess Herzogthumbs Württemberg hievor aussgangene/ und jetzo widerumb von newem revidirte Hofgerichts-Ordnung*, Stuttgart 1667, 3. Partie, Tit. 25, pp. 63ss.

<sup>97</sup> *Des Heiligen Römischen Reichs freyen Stadt Schweinfurth vornehmste Pflichten und Ordnungen*, Schweinfurth 1720.

*Injurien/ Schänden/ Schmähen/ Affterreden/ Verleumbden/ Pasquilliren/ Schelmen= und Dieb=Schelten/ Lügen=straffen/ Rauffen/ Schlagen/ Verwunden/ Vergewaltigen/ etc.* La première partie de cette énumération, qui n'est pas exhaustive, est tirée plutôt de D. 47,10, alors que la seconde rappelle avec *schlagen* et *verwunden* les *frangere* et *rumpere* de la *lex Aquilia*.

D'autres exemples de législations des villes et *Länder* allemands, comme la *Bayrische Landrechtsreformation* de 1518, auraient pu suivre. Pour notre étude, ce bref aperçu permet de montrer que l'influence de la *lex Aquilia* varie fortement selon les différentes villes et régions. Si le droit prussien et celui de la ville de Lübeck font textuellement allusion à la source romaine, d'autres en portent clairement des traces sans toutefois l'avouer ouvertement. D'autres encore en subissent une certaine influence qui ne les marque pas véritablement, sans parler des nombreux ordres juridiques régionaux et locaux qui ne règlent pas la responsabilité aquilienne<sup>98</sup>. Ce sont les dernières législations citées surtout qui montrent un mélange complexe d'influences. Le droit romain y apparaît souvent comme une source de laquelle le législateur s'inspire librement et en reprend, ponctuellement ou en bloc, des éléments qu'il retranche, complète ou transforme selon ses besoins. Le lien constant et puissant avec la tradition romaine faisait, nous l'avons vu, du droit commun une source normative subsidiaire<sup>99</sup>. Aussi, les nombreux juristes qui avaient bénéficié d'une solide formation de droit romain et commun étaient évidemment tentés, on le sait, de recourir de manière extensive aux sources latines.

Déjà les jurisconsultes romains avaient fait du *damnum iniuria datum*, pendant plus de six siècles, le principe de base de la responsabilité aquilienne. D'abord, la souplesse de la formule leur avait permis les adaptations nécessaires à l'évolution continue de la société. Ensuite, sa simplicité constituait un trait indispensable à une application cohérente, même par des juges souvent profanes. Finalement, la structure solide du *damnum iniuria datum* faisait de la casuistique aquilienne un corps de jurisprudence bien articulé qui

<sup>98</sup> Voir notamment KAUFMANN, *Rezeption*, 26s.

<sup>99</sup> Pour le rôle du droit romain et du droit commun comme droit supplétif à partir du 15<sup>e</sup> siècle, KIEFER, *Aquilische Haftung*, 38ss, 45ss; KRAUSE, Hermann, *Kaiserrecht und Rezeption*, Heidelberg 1952; SCHOLZ, Johannes-Michael, *Der brandenburgische Landrechtsentwurf von 1594*, Köln, etc. 1973.

pouvait servir à la postérité de point de référence dans l'élaboration de concepts ultérieurs de responsabilité.

Ces qualités ont certainement été décisives non pas pour les législations particulières, mais surtout pour la doctrine savante du droit commun. Pour développer leurs propres concepts, les auteurs pouvaient s'appuyer sur une source qui est d'une rigueur exceptionnelle et qui documente un raisonnement mûri à travers des siècles.

Mais les qualités exceptionnelles du titre D. 9,2 ont, en tout cas dans un premier temps, constitué un obstacle majeur à l'évolution de la responsabilité aquilienne de droit commun. D'une part, il était difficile et souvent sans grande utilité d'approfondir le raisonnement. Pour la plupart des cas, les solutions mises à disposition par la jurisprudence romaine permettaient de résoudre, directement ou par analogie, les problèmes qui se posaient. D'autre part, hormis les manuels destinés à l'enseignement qui reprenaient bien sûr en détail la totalité des fragments, les auteurs ne reproduisaient pas dans leurs traités la profondeur des sources – sous peine, évidemment, de simplement les recopier. Malgré leur connaissance détaillée du D. 9,2, leurs commentaires en représentent souvent un appauvrissement et un nivellement, ou encore, une dissolution de la substance juridique dans un flux intarissable de commentaires pointillistes.

C'est sur un socle juridique simplifié et aplati que les juristes de droit commun bâtissaient leurs propres concepts de responsabilité aquilienne. Leur base de raisonnement était précisément faite du substrat conceptuel du titre D. 9,2, dont avant tout le *damnum iniuria datum*, auquel ils ajoutaient d'autres grands principes tels, nous l'avons vu, les *neminem laedere*, *suum cuique tribuere* et le devoir, souvent après en avoir modifié ou adapté la fonction ou l'importance. Dans leurs propres modèles, ils mirent de nouveaux accents et ils inventèrent de nouvelles formes juridiques qui modifiaient progressivement la responsabilité aquilienne.

## F. Champ d'application de la *lex Aquilia* et calcul du dommage

### 1. Sanction ou dédommagement?

La séparation entre droit pénal et droit civil n'a pas toujours été telle que nous la connaissons aujourd'hui<sup>1</sup>; le droit archaïque romain notamment ne distinguait souvent pas nettement entre les deux. Les XII-Tables, par exemple, prévoient que, en cas de lésion corporelle, les parties trouvent entre elles un règlement à l'amiable. Si elles n'y parviennent pas, le lésé s'adresse au juge qui appliquera la loi du Talion: *Si membrum rupit, ni cum eo pacit, talio esto*<sup>2</sup>. Selon la conception moderne, l'arrangement à l'amiable par un dédommagement appartiendrait au droit civil, alors que l'acte de vengeance du Talion relèverait du droit pénal.

Cette particularité d'une norme à cheval entre deux catégories distinctes se retrouve, du moins partiellement, dans la *lex Aquilia*. Bien que le caractère civil soit clairement prépondérant et le seul à être mentionné dans le texte de la loi, la jurisprudence a conféré à la *lex Aquilia* un aspect pénal puisque, par exemple en cas de dommage infligé par un esclave, elle ouvre la voie à l'action noxale<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Pour les droits allemand et français, voir notamment KAUFMANN, Rezeption 119, 122; AUZARY-SCHMALTZ, Bernadette, La responsabilité délictuelle dans l'ancien droit français. Les origines des articles 1382 et suivants du code civil, in: *Revue historique de droit français et étranger*, 2/1999, 163-190, 180; KIEFER, Aquilische Haftung, 22ss; SCHRAGE, Eltjo J. H., Negligence. A comparative and historical introduction to a legal concept, in: SCHRAGE, Eltjo J. H. (éd.), *Negligence. The comparative legal history of the law of torts*, Berlin 2001, 7-45, 13ss.

Notons ici que Jean IMBERT, dans sa *Pratique judiciaire, tant civile que criminelle, revue et observée par tout le Royaume de France*, Genève 1625, constate que le Talion «n'a point lieu en ce Royaume ordinairement» et d'ajouter «mais seulement la réparation des dommages & intérêts que l'accusé a souffert par la calomnieuse accusation & par fois adjudication d'amende honorable estre faite à l'accusé», (liv. III, chap. I, 13, p. 573). Le droit procédural ajoute ici une autre forme de responsabilité – celle qui tend à réparer le dommage résultant pour l'accusé lorsque l'accusateur, qui est généralement la partie civile, ne réussit pas à démontrer le bien-fondé de son accusation. Il s'agit ici, bien entendu, surtout du procès criminel au cours duquel l'accusé risque par exemple la détention préventive qui, on le sait, peut causer des dommages majeurs aussi bien sur les plans économique que personnel.

<sup>2</sup> XII-Tables, VIII,2 (I,13 selon Roman Statutes II).

<sup>3</sup> Pour KAUFMANN, Rezeption, 12ss, 17s, l'aspect pénal joue un rôle principal dans la *lex Aquilia*. Il s'exprimerait notamment dans le mode de calcul (365 ou 30 jours avant l'événement dommageable), mais aussi dans le dédoublement de la somme due si l'auteur nie son acte, etc.

Chez les théoriciens de droit commun, le débat autour du caractère civil ou pénal de la *lex Aquilia* occupe, selon les auteurs, une place plus ou moins importante<sup>4</sup>. Cujas, par exemple, considère que la *lex Aquilia* est accidentellement pénale: «*Actio l. Aquiliae poenalis est ex casu, ex accidente tantum, non origine sua*»<sup>5</sup>. Il voit un élément punitif surtout dans le fait de se référer, pour le calcul du dommage, non pas à la valeur de la chose au moment de l'endommagement, mais à sa valeur la plus élevée pendant l'année ou le mois précédent. Cela a bien sûr de l'importance si, au moment de l'endommagement, la chose vaut moins que pendant la période de référence<sup>6</sup>.

Donellus décèle un double aspect pénal dans la *lex Aquilia*. Comme Cujas, il constate que la référence non pas à la valeur de la chose au moment de la lésion, mais à la valeur la plus haute dans l'année ou dans le mois qui précède revient à pénaliser l'auteur. L'autre élément pénal se trouverait dans la règle selon laquelle l'*infilians*, celui qui nie avoir causé le dommage, devra payer le double si, au cours du procès, sa culpabilité est avérée<sup>7</sup>. Selon Voet, qui se réclame surtout d'Ulpian, déjà pour les juristes romains l'aspect pénal de la *lex Aquilia* était secondaire par rapport à l'indemnisation du lésé: «Car, même si les Romains étaient d'avis que l'action de cette loi soit en un certain

<sup>4</sup> Rotondi considère qu'il s'agit d'un problème qui mérite un examen attentif. Toutefois, à notre avis il ne faut pas perdre de vue que l'aspect pénal non seulement ne se trouve pas dans les *chapitres* I et III de la *lex Aquilia*, mais que, surtout, il ne touche en rien le point central et révolutionnaire de la *lex Aquilia*, à savoir, le principe de dédommagement qui remplaçait notamment le Talion des XII-Tables. Une autre question, évidemment, est celle de l'ampleur que la discussion au sujet de l'aspect pénal a prise chez les auteurs de la réception. A ce propos, Rotondi souligne à juste titre que le caractère pénal de la jurisprudence autour de la *lex Aquilia* a eu des effets importants, notamment celui de l'intransmissibilité de l'*actio legis Aquiliae* qui empêchait le lésé à poursuivre les héritiers de l'auteur du dommage (voir ROTONDI, *Lex Aquilia*, 45ss; KAUFMANN, *Rezeption*, 95ss) Cet inconvénient a bien sûr été corrigé par la doctrine de droit commun (voir p. ex. COCCEJUS, Samuel, *Jus civile controversum, Francofurti & Lipsiae* 1740, lib. IX, tit. II ad legem Aquiliam, Quaest. XIV, p. 555) qui soutient que, de son temps, l'héritier était tenu à raison de sa quote-part pour les dommages infligés par le de cuius; voir aussi parmi beaucoup d'autres ZASIUS, *Opera* I, p. 208). Voir aussi DONDORP, Harry, *Crime and punishment. Negligentia for the canonists and moral theologians*, in: SCHRAGE, Eltjo J. H. (éd.), *Negligence. The comparative legal history of the law of torts*, Berlin 2001, 101-128, 103ss.

<sup>5</sup> CUJAS, Iacobi Cujacii iurisconsulti ad libros XC Digestorum Saluij Iuliani, *Recitationes solemnes*, Ad § I.I. Item veniunt 20. de petit. hereditatis, in *Opera omnia* VI, 1-276, 33.

<sup>6</sup> CUJAS, *Opera omnia* I, Lib. IV, cap. III, § IX et X, pp. 238s.

<sup>7</sup> DONELLUS, *Opera ad tit. D ad legem Aquiliam*, cap. IV, 4, in: *Opera omnia* vol. 10, p. 13s; cf. aussi DONELLUS, *Opera* 4, lib. XV, cap. XXVII, VI, p. 226.

sens pénale, elle servait néanmoins davantage à l'indemnisation qu'à la revanche»<sup>8</sup>.

À notre avis, le mode de calcul lui-même, dont on sait qu'il ne tient pas compte de la valeur de la chose au jour de l'événement dommageable, mais de sa valeur la plus élevée dans l'année ou le mois précédent, ne revêt pas de caractère pénal. Ceux qui prêtent à la responsabilité aquilienne un aspect pénal et qui se fondent pour cela sur le mode de calcul du dommage doivent résoudre un problème délicat. *Quid*, si le prix de la chose n'a pas varié pendant la période de calcul? En d'autres termes, prétendre que le mode de calcul renferme un aspect pénal revient à donner à la peine un caractère essentiellement aléatoire, lié aux variations des prix du marché. Ne serait puni que celui qui a eu le malheur de détruire ou endommager une chose dont la valeur subit des fluctuations du marché, alors qu'un dommage concernant un objet à prix stable resterait impuni. Probablement, la référence au prix le plus élevé dans l'année ou le mois précédents servait surtout à mettre le lésé à l'abri des aléas commerciaux. Ainsi, si le lésé a acheté la chose au prix fort qui a baissé dans l'intervalle, il aura avec le mode de calcul de la *lex Aquilia* plus de chances de rentrer dans ses frais.

Toutefois, mis à part ces réflexions liminaires qui se trouvent aussi chez d'autres auteurs comme Grotius, Pufendorf ou Pothier, la doctrine savante suit surtout l'intuition première de la *lex Aquilia* et met au centre de l'intérêt la nécessité de dédommager le lésé<sup>9</sup>.

## 2. *Lex Aquilia et dommages contractuels*

Le champ d'application de la *lex Aquilia* a, depuis l'Antiquité, posé des problèmes aux juristes. Une des questions principales portait, et porte encore aujourd'hui, sur le rapport entre les règles aquiliennes et les dommages

<sup>8</sup> «*Nam etsi Romanis placuerit, poenalem aliquo modo esse legis hujus actionem, eam tamen magis ad indemnitatem, quam ad ultionem pertinuisse*», VOET, Johannes, Commentarius ad Pandectas, I, Coloniae Allobrogum 1778, Lib. 9, tit. II, n° 13, p. 431; voir aussi THOMASIIUS, Larva, § 10, qui souligne le caractère civil de l'*actio legis Aquiliae*.

<sup>9</sup> Voir aussi SCHRÖDER, Jan, Die zivilrechtliche Haftung für schuldhafte Schadenszufügung im deutschen Usus Modernus, in: VACCA, Letizia (éd.), La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica, Torino 1995, 144-167, 144ss, 160.

contractuels. Les dommages consécutifs à une mauvaise exécution d'un contrat tombent-ils sous le régime de la *lex Aquilia*, sous le régime contractuel ou sous les deux?

Le texte même des chapitres I et III de la *lex Aquilia* ne permet pas de répondre à la question. Les trois conditions d'application – dommage, illicéité et causalité – peuvent être réalisées aussi bien dans un rapport contractuel que quasi délictuel ou délictuel.

Les juristes romains ne tiraient le critère de délimitation pas directement du texte de la *lex Aquilia*, mais du système romain des actions. Ce n'est pas le lieu ici d'aborder les problèmes extrêmement délicats de la concurrence des actions en droit romain, discutés de manière approfondie dans la littérature<sup>10</sup>. Notons simplement que la jurisprudence et la doctrine romaines ne donnaient pas toujours des réponses claires quant aux voix procédurales à disposition du lésé. Si le médicament qu'un obstétricien avait administré de ses propres mains avait provoqué la mort d'une patiente, Labeo accordait l'*actio legis Aquiliae* malgré le rapport contractuel qui liait les parties<sup>11</sup>. De même, l'artisan, qui brise par inexpérience un calice qu'il était chargé de transformer, répond de l'*actio legis Aquiliae*, alors que les parties ont conclu un contrat d'entreprise<sup>12</sup>. Un maître d'apprentissage, qui blesse ou tue son élève lorsqu'il lui inflige une correction, répond selon Ulpien, malgré le rapport de *locatio/conductio*, de l'*actio legis Aquiliae*, mais probablement pas de l'*actio* contractuelle<sup>13</sup>. Si les esclaves d'un locataire mettent le feu à l'objet locatif, le locataire répond soit de l'*actio locati*, soit de l'*actio legis Aquiliae*<sup>14</sup>. Ces quelques fragments montrent que la présence d'un contrat n'excluait pas toujours l'application des règles aquiliennes et que, sur le plan procédural, il pouvait y avoir, parfois, une hésitation – et même un concours – entre actions contractuelles et extracontractuelles. De ce fait, le champ d'application des

<sup>10</sup> Voir notamment LIEBS, Detlef, *Die Klagenkonkurrenz im römischen Recht. Zur Geschichte der Scheidung von Schadensersatz und Privatstrafe*, Göttingen 1972; pour plus de littérature, voir WINIGER, *Responsabilité*, 154ss.

<sup>11</sup> Ulp. D. 9,2,9pr; notons ici la subtilité du problème. Si la patiente a pris de ses propres mains le médicament que le médecin lui a donné, ce dernier s'expose non pas à une *actio legis Aquiliae*, mais à une action parallèle, une *actio in factum*. Car, dans ce cas, le médecin n'a pas tué, mais provoqué une situation qui conduisait à la mort de la patiente seulement avec le concours de cette dernière. Voir aussi I. 4,3,6 et 7.

<sup>12</sup> Ulp. D. 9,2,27,29.

<sup>13</sup> Ulp. D. 9,2,5,3.

<sup>14</sup> Ulp. D. 9,2,27,11.

règles de la *lex Aquilia* se trouvait étendu du moins ponctuellement au domaine contractuel.

Cette tendance à l'extension du champ d'application des règles de la *lex Aquilia* sur le domaine contractuel se renforçait en droit commun<sup>15</sup>. Donellus, nous l'avons vu, considérait comme trop long le chapitre du Digeste consacré à la *lex Aquilia*<sup>16</sup>. Dans son effort constant de donner une vue synthétique de la jurisprudence aquilienne romaine, il accentuait l'importance du dommage en faisant abstraction des différentes formes qu'il peut revêtir «..., car la loi aquilienne poursuit tous les dommages»<sup>17</sup>.

Plus loin dans le même texte, Donellus revint sur cette formulation qui exprime sans doute exactement son propre point de vue. Il reconnut que sa position ne respectait pas entièrement les sources romaines. Il érigea alors en principe que tous les dommages infligés par autrui tombent sous le coup du droit civil: «Quels que soient les dommages qui nous sont infligés par autrui, ils tombent sous le droit civil; ceux qui ne sont pas revendiqués par la loi aquilienne, soit par ses termes, soit par son sens, tombent sous l'action du fait»<sup>18</sup>. Il conforta sa position par un renvoi aux Institutiones de Justinien qui prévoient des actions parallèles pour les dommages qui ne remplissent pas exactement les conditions de la *lex Aquilia*<sup>19</sup>.

Cette vieille astuce technique permit à Donellus non seulement de ne pas distinguer entre dommages délictuels et contractuels, mais elle l'aidera aussi à dépasser la notion aquilienne de dommage qui est essentiellement physique – par *occidere, urere, frangere, rumpere*. Donellus reformulera plus librement les principes du dédommagement et préconisera qu'il y a deux types de dommages: celui par la corruption d'une chose et celui par la simple perte d'une chose intacte<sup>20</sup>. Cela permettait de saisir aussi, avec des moyens aquiliens

<sup>15</sup> Voir aussi CERAMI, Pietro, La responsabilità extracontrattuale dalla compilazione di Giustiniano ad Ugo Grozio, in: VACCA, (éd.), La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica, Torino 1995, 103-122, 119, qui étudie le rôle de Baldus par rapport aux dommages contractuels et extracontractuels.

<sup>16</sup> DONELLUS, Opera X, Ad tit. D. ad Legem Aquiliam, ch. 1, 1, p. 2.

<sup>17</sup> «... quia lex Aquilia omnia damna persequitur», DONELLUS, Opera X, Ad tit. D. ad Legem Aquiliam, ch. 1, 14, p. 6.

<sup>18</sup> «Quaecunque damna sunt nobis ab aliis, iure civili tenentur; quae lege Aquilia non vindicantur, vel ex verbis vel sententia, + in factum actione tenentur», DONELLUS, Opera X, Ad tit. D. ad Legem Aquiliam, ch. 4, 11, p. 16.

<sup>19</sup> I. 4,3,16.

<sup>20</sup> DONELLUS, Opera X, Ad tit. D. ad Legem Aquiliam, ch. 1, 10, p. 16.

étendus, les dommages nombreux et variés où la chose restait intacte, mais était simplement perdue pour le propriétaire. Donellus établit une longue liste d'exemples, allant de la bague que quelqu'un avait fait perdre au propriétaire<sup>21</sup>, aux «sentences judiciaires erronées» – «*cum iudex male iudicavit*» – qui représentent souvent un dommage pour la partie qui succombe<sup>22</sup>, ou encore aux dommages que les parties s'infligent au cours d'une procédure judiciaire, par exemple en faisant disparaître l'objet du litige<sup>23</sup>. Ici aussi, ce n'est pas l'*actio legis Aquiliae*, mais une action subsidiaire comme l'*actio in factum* qui est envisagée.

Dès lors qu'on admettait comme principe général que tout dommage infligé par un tiers tombait sous le droit civil, les problèmes procéduraux – par exemple celui de savoir s'il fallait donner une *actio legis Aquiliae* ou plutôt une action contractuelle – passaient sur un second plan, puisqu'on était assuré de trouver un moyen de poursuivre l'auteur du dommage.

Jean Domat est un des auteurs chez qui cette même tendance est très marquée. Dans les *Loix civiles*, la clause générale de responsabilité est immédiatement suivie d'une section consacrée aux «Défauts de délivrance». Domat y analyse la demeure et l'inexécution du contrat: «Le défaut de s'acquitter d'un engagement est aussi une faute qui peut donner occasion à des dommages & intérêts dont on sera tenu»<sup>24</sup>. Les exemples qu'il aligne par la suite sont tirés de différents contrats comme la vente et le dépôt<sup>25</sup>, mais aussi du droit successoral. Par ailleurs, il renvoie à ses propres dispositions sur le contrat de vente<sup>26</sup> et le dépôt<sup>27</sup> où il règle les dommages-intérêts en cas de demeure. Plus loin dans la même section, il aborde aussi le contrat d'entreprise, où un artisan qui travaille un objet qui lui a été remis cause un dommage par sa propre inexpérience<sup>28</sup>.

Le fait que Domat aborde d'un seul trait la clause générale de responsabilité et différentes formes de dommages contractuels est d'un grand intérêt.

<sup>21</sup> DONELLUS, Opera IV, lib. 15, cap. 28,1, pp. 229.

<sup>22</sup> DONELLUS, Opera IV, lib. 15, cap. 28,1, pp. 229; voir aussi notamment HOCHSTEIN, Reiner, Obligationes ex delicto, Stuttgart, etc. 1971, 44ss, 59 *passim*, 80ss.

<sup>23</sup> DONELLUS, Opera IV, lib. 15, cap. 28,6, pp. 233.

<sup>24</sup> DOMAT, Loix civiles, liv. 2, tit. 8, sect. 4, 2, p. 180.

<sup>25</sup> Pour le crédit, Domat cite D. 12,1,5.

<sup>26</sup> DOMAT, Loix civiles, liv. 1, tit. 2, sect. 2, 17, p. 35s et liv. 1, tit. 2, sect. 7, 3, p. 41.

<sup>27</sup> DOMAT, Loix civiles, liv. 1, tit. 7, sect. 3, 10, p. 80.

<sup>28</sup> DOMAT, Loix civiles, liv. 2, tit. 8, sect. 4, 5, p. 181.

Certes, les formulations utilisées par Domat ne permettent pas d'affirmer purement et simplement que la clause générale de responsabilité s'applique aux dommages contractuels. En revanche, l'angle d'attaque choisi suggère une fusion des règles contractuelles et délictuelles de la responsabilité. La simplicité du critère rajoute à la puissance de la proposition que, à défaut de l'avoir formulée, Domat laisse du moins entrevoir: Tous les cas de dommages infligés fautivement obéissent aux mêmes règles.

Ce système trouvera diverses formes d'application<sup>29</sup> et séduira les législateurs même les plus récents<sup>30</sup>. Dorénavant, les juristes et les législateurs auront le choix entre au moins trois modèles. (i) Les règles de la responsabilité aquilienne s'appliquent à la fois aux dommages extracontractuels et contractuels. (ii) Elles sont confinées aux dommages extracontractuels, la responsabilité contractuelle ayant ses propres normes. (iii) Elles s'appliquent partiellement, par exemple par analogie ou par une forme restreinte de délégation, aux dommages contractuels. La première solution est la plus proche du texte initial de la *lex Aquilia* qui comprend tous les dommages infligés illicitement. La deuxième se rapproche le plus du système des actions romaines qui distribue les moyens procéduraux selon la base contractuelle ou délictuelle du rapport entre les parties. La troisième est celle qui s'éloigne le plus de la systématique romaine et trouve un vague parallèle dans les quelques fragments romains cités (*supra*) qui offrent un certain choix des moyens.

### 3. *Calcul du dommage*

Le calcul du dommage, davantage encore que les autres questions liées à la responsabilité aquilienne, a déclenché depuis le début de la réception du droit romain une véritable avalanche de réflexions et de commentaires. Le propos du présent travail n'est pas d'aborder ce débat dans toute son ampleur, mais d'en suivre, dans les grandes lignes, l'évolution dogmatique et historique des humanistes à la veille des codifications nationales. Si ce parti pris ne permet pas de déployer la problématique dans toute son ampleur, il permet de mettre en évidence la mise en place d'une conception toujours plus abstraite du dé-

<sup>29</sup> Notamment § 1295 ABGB.

<sup>30</sup> Art. 42 de l'Avant-Projet de loi fédérale suisse sur la révision du droit de la responsabilité civile de 2000.

dommagement, accompagnée bien sûr d'un débat abondant pour concrétiser le calcul<sup>31</sup>.

Pour déterminer le mode de calcul, Donellus se réfère directement aux textes des chapitres I et III de la *lex Aquilia* et en fait une interprétation prétendument littérale: «par ces termes est désignée l'estimation non pas de la chose rompue, mais du dommage infligé; c'est-à-dire, et l'estimation de la chose et l'utilité perdue par sa corruption»<sup>32</sup>. Donellus amorce ici une instruction de calcul qui consisterait, premièrement, à estimer la chose à sa valeur la plus haute dans la période de référence et, deuxièmement, à en évaluer la perte d'utilité par l'endommagement.

Son premier souci est de préciser le texte surtout du chapitre III de la *lex Aquilia* dont la formulation: *quanti ea res erit..., tantum aes domino dare damnas esto* pourrait prêter à confusion. Que faut-il évaluer, la chose ou le dommage? Le texte de la loi fait croire que c'est la chose. Pas du tout, affirme Donellus. Il s'agit non pas de payer la valeur de la chose, mais simplement le dommage infligé<sup>33</sup>.

Si Donellus accentue non pas la valeur de la chose, mais sa moins-valeur, il saisit justement l'intention de la *lex Aquilia*, tout en laissant dans le flou la manière exacte d'établir la perte d'utilité. En réalité, cette dernière résulte, pratiquement, toujours de la différence entre la valeur pendant la période de référence et la valeur résiduelle après l'acte dommageable.

Un autre élément de la discussion concerne la période de référence pour le calcul. Dans les sources romaines, aucune controverse n'apparaît à cet égard. Chez les juristes de droit commun, deux tendances se manifestent. Les uns prenaient le droit romain à la lettre et basaient leurs calculs sur la période antérieure de 365 ou 30 jours. Les autres, comme nous venons de le voir chez Donellus, suivaient simplement l'intention ou l'utilité de la *lex Aquilia* et calculaient le montant du dommage actuel. C'est surtout cette solution qui a

<sup>31</sup> Pour le calcul du dommage, voir aussi PENNRICH, Walter, *Der Inhalt des Schadensersatzes im Naturrecht des 17. Und 18. Jahrhunderts*, Göttingen 1952 (thèse dactylographiée).

<sup>32</sup> «*His verbis significatur, non aestimatio rei ruptae, sed damni dati: idest & rei aestimatio & utilitatis, quae propter corruptionem rei amissa est*», DONELLUS, *Opera ad tit. D ad legem aquiliam*, cap. IV, 1, in: *Opera omnia* vol. 10, p. 13.

<sup>33</sup> Pour ce débat, voir WINIGER, *Responsabilité*, 147ss.

fini par s'imposer, soutenue sans doute par la clause générale de responsabilité qui ne fait aucune mention du délai de référence pour le calcul<sup>34</sup>.

Notons en marge que, dans une polémique récente, les romanistes contemporains s'interrogent surtout sur le terme *erit* du chapitre III de la *lex Aquilia*. Les uns considèrent que ce passage est corrompu et qu'il s'agit de remplacer *erit* par *fuit*<sup>35</sup>. D'autres pensent que le calcul du dommage porte sur les 30 jours non pas avant, mais *après* l'événement dommageable<sup>36</sup>. A notre connaissance, un élément n'a pas été retenu dans la discussion qui est toujours en cours. Dans D. 50, 16, 123, Pomponius précise que la forme verbale *erit* peut parfois désigner un événement qui se situe dans le passé: «*Verbum 'erit' interdum etiam praeteritum nec solum futurum tempus demonstrat*». De même, l'emploi du présent «*est*» ne désignerait pas nécessairement un événement présent, mais renverrait parfois aussi au passé. Appliqué au chapitre III de la *lex Aquilia*, deux conséquences en résulteraient pour les deux thèses qui s'affrontent. Premièrement, ceux qui prétendent que le passage est corrompu pourraient renoncer à cette hypothèse qui affaiblit leur position. Ils pourraient simplement donner au *erit* le sens de *fuit* ou *erat* qu'il peut revêtir selon Pomponius. Deuxièmement et en défaveur du camp qui défend que le calcul du dommage se réfère à la période *postérieure* à l'événement dommageable, le terme «*erit*» ne pourrait pas être interprété de manière rigide. Le seul emploi du futur ne peut en aucun cas justifier des interprétations acrobatiques pour expliquer le mode du calcul du dommage<sup>37</sup>.

Mais revenons à Donellus qui reprend aussi une vieille question de la jurisprudence romaine. Retient-on la valeur objective ou la valeur subjective de la chose? Le propriétaire particulièrement attaché à une esclave, peut-il, par exemple en cas d'*occidere*, en faire valoir la valeur affective ou est-il limité par sa valeur commerciale? Comme déjà la jurisprudence romaine<sup>38</sup>, Donellus s'en tient à une *aestimatio communis* qui interdit de faire intervenir des préférences personnelles dans le calcul.

<sup>34</sup> Selon KAUFMANN, *Rezeption*, 85s, le *usus modernus* allemand semble avoir adopté finalement cette même solution, à l'exception, toutefois, de la Prusse qui adoptait dans une large mesure les modalités romaines du calcul retrospectif.

<sup>35</sup> Voir notamment BEHREND, Okko et al., *Corpus iuris civilis. Text und Uebersetzung II*, Heidelberg 1995, 747.

<sup>36</sup> Pour l'état de la discussion, voir ZIMMERMANN, *Obligations*, 968.

<sup>37</sup> Pour le tout, voir aussi WINIGER, *Responsabilité*, 147ss.

<sup>38</sup> Par exemple Paul. D. 9,2,33.

C'est surtout dans l'*Inleiding* que Grotius se penche sur les questions de calcul du dommage. A la différence de Cujas et de Donellus qui se limitent largement à commenter les sources romaines, Grotius s'intéresse aux solutions données par la tradition hollandaise. Le principe du dédommagement provient selon Grotius du droit naturel: «Mais le devoir d'aplanir les inégalités vient du droit inné; [...] mais ont droit à l'aplanissement ceux qui ont été lésés»<sup>39</sup>. L'image d'un aplanissement des inégalités créées par un acte dommageable trahit l'idée de remettre le lésé dans la situation ordonnée dans laquelle il se trouvait auparavant<sup>40</sup>.

Il est utile, ici, de distinguer le dédommagement dû en cas de mort d'homme de celui dû en cas d'autres dommages, et notamment de blessure. En cas de mort d'homme, il est naturellement impossible de recréer les conditions *ex ante* des victimes. L'auteur est alors tenu non pas de réparer, mais de compenser le dommage: «ainsi, il doit rendre ce qu'il peut à ceux qui sont lésés par la mort de l'homme»<sup>41</sup>. Cette obligation comprend à la fois une compensation des frais occasionnés, par exemple par l'enterrement, mais aussi la compensation des dommages futurs, comme la perte de soutien pour le conjoint, les descendants et toute autre personne qui dépendait de la victime, ou encore le gain futur manqué. L'auteur du dommage devra une rente viagère à ceux qui ont perdu leur soutien: *ghereekent by maniere van lijfrente*<sup>42</sup>.

Ainsi, dans le *De iure belli ac pacis*, Grotius défend une conception large du dédommagement: «Celui qui a injustement commis un homicide est tenu de payer les impenses qui ont été faites pour les médecins & il doit donner à ceux que la victime devait nourrir, par exemple les parents, les épouses et enfants, autant que leur espoir d'aliments valait en raison de l'âge de la victime»<sup>43</sup>. Certains interprètes ont vu dans le passage du *De Iure*

<sup>39</sup> «Maer de schuld van weder-evening des onevenheids komt uit het aengheboren recht [...]: maer tot de weder-evening hebben recht die verkort zijn», GROTIUS, *Inleiding* III, XXXII, 7, p. 460.

<sup>40</sup> Pour les différents éléments du dédommagement chez Grotius, mais aussi chez Pufendorf et d'autres, voir aussi PENNRICH, Walter, *Der Inhalt des Schadensersatzes im Naturrecht des 17. und 18. Jahrhunderts*, Göttingen 1952 (thèse dactylographiée).

<sup>41</sup> «Zoo moet hy weder-gheven dat hy kan, aen ghenen die door sijn dood zijn verkort», GROTIUS, *Inleiding* III, XXXII, 16, p. 468.

<sup>42</sup> GROTIUS, *Inleiding* III, XXXIII, 2, p. 470.

<sup>43</sup> «Homicida injustus tenetur solvere impensas si quae factae sunt in medicos, & iis quos occisus alere ex officio solebat, puta parentibus, uxoribus, liberis dare tantum quantum illa spes alimentorum, ratione habita aetatis occisi, valebat», GROTIUS, *De iure*

*Belli* 2,17,13 et 14 de Grotius des éléments, par rapport au principe de dédommagement, qui ne seraient pas conformes aux principes de droit romain<sup>44</sup>. Notamment l'élargissement du dédommagement aux conjoints survivant, parents et descendants aurait été puisé chez des auteurs comme Dominicus Soto<sup>45</sup> qui renvoie à son tour à Duns Scot<sup>46</sup>. Un autre point mérite d'être rappelé à ce propos. Conceptuellement, la création d'un nouveau cercle de bénéficiaires de dédommagements était peut-être liée à une évolution tout à fait générale de la responsabilité aquilienne. Les chapitres I et III de la *lex Aquilia* prévoyaient une réparation seulement en cas de dommages infligés à des esclaves et à des choses, à l'exclusion des hommes libres qui, nous l'avons vu, n'avaient pas de prix marchand, puisque un homme libre n'était pas un objet de commerce<sup>47</sup>. Une modification importante du champ d'application intervint après la redécouverte du droit romain au 11<sup>e</sup> siècle, lorsque le dédommagement par les règles de la *lex Aquilia* s'ouvrit à l'homicide de l'homme libre lui-même. C'est à ce moment que se posa dans toute son ampleur le problème du dédommagement des conjoints, parents et descendants, pour lesquels la personne tuée pouvait représenter une valeur économique. En droit romain, cette question était dénuée de pertinence par rapport aux descendants de la victime, nous l'avons vu, parce qu'on refusait d'attribuer une valeur à l'homme libre, y compris la valeur qu'il pouvait représenter pour ses descendants ou proches. Quant à l'esclave qui s'était fait tuer, la question du dédommagement des descendants ne se posait pas non plus, puisque, appartenant à son *dominus*,

---

*belli*, 2,17,13. Voir aussi FEENSTRA, Robert, Réparation du dommage et prix de la douleur chez les auteurs du droit savant, du droit naturel et du droit romano-hollandais, in: DURAND, Bernard (et. al.), éd., La douleur et le droit, Paris 1997, 411-421, 417, qui soupçonne que Grotius ait été inspiré par Dominique Soto; voir aussi FEENSTRA, Deliktsrecht, 436s, concernant l'homicide et le calcul du dommage.

<sup>44</sup> Voir FEENSTRA, Robert, Théorie sur la responsabilité civile en cas d'homicide et en cas de lésion corporelle avant Grotius, in: Etudes d'histoire du droit privé offertes à Pierre Petot, Paris 1959, 157-171, reproduit avec quelques modifications dans FEENSTRA, Robert, *Fata iuris romani*, Leyde 1974, 323-337.

<sup>45</sup> En cas d'homicide, Soto exige: «*Si l'occis nourrissait sa famille à la sueur de son front, l'auteur de l'homicide sera tenu de compenser ce dommage, en nourrissant cette famille*» «*Si occisus familiam sudore proprio alebat, tenetur tunc homicida, illud damnum compensare, alendo eandem familiam*», SOTO, Dominicus, *De Iustitia et iure*, Lugundi 1559, liv. IV, quaest. VI, art. III, arg. III, p. 248.

<sup>46</sup> SOTO, Dominicus, *De Iustitia et iure*, Lugundi 1559, liv. IV, quaest. VI, art. III, arg. III, p. 249.

<sup>47</sup> Abstraction faite du dédommagement pour frais médicaux en cas de blessure d'un homme libre.

il était coupé juridiquement de ses liens de filiation et ne pouvait établir de véritables liens matrimoniaux. Que le principe même du dédommagement des descendants ait fini par s'imposer en droit commun pourrait être la conséquence ultime de la tendance, que nous avons suivie pas à pas (voir *supra*), à dédommager la victime de toutes formes de dommages. Vu la ténacité des juristes à rechercher les différentes formes de dommages – et, *nota bene*, à en obtenir réparation pour leurs clients –, il aurait été étonnant que le dommage des survivants qui perdaient leur soutien économique ait échappé à leur perspicacité.

En cas de lésions corporelles, la victime a droit, selon l'*Inleiding*, à une compensation des frais, qu'ils soient occasionnés immédiatement, comme les frais médicaux, judiciaires et le gain manqué, ou pour une longue durée, en cas notamment de dommages physiques irréparables. Douleurs et défigurement peuvent donner lieu à une compensation unique en espèce<sup>48</sup>. Le *De Iure Belli* rappelle aussi, toujours pour lésions corporelles: «Celui qui a mutilé [quelqu'un] sera tenu de payer les impenses & l'estimation de ce que le mutilé pourra gagner de moins. Mais, de même, il n'y aura pas d'estimation de la vie et des cicatrices d'un homme libre»<sup>49</sup>. Si Grotius semble ici admettre une forme de compensation des pertes de gain, suite, par exemple, à une mutilation définitive, il semble en revanche refuser, comme déjà les Romains, l'estimation de la vie ou des séquelles d'un homme libre. Toutefois, il n'est pas tout à fait clair s'il parle uniquement du droit romain ou aussi de sa propre conception du dédommagement. Quoi qu'il en soit, ces propositions de Grotius ne diffèrent pas des critères d'application que donne Gaius dans le fragment D. 9,1,3 du chapitre *Si quadrupes pauperiem fecisse dicatur* et qui permettaient sans autres d'obtenir le paiement des frais médicaux, y compris ceux d'un homme libre<sup>50</sup>, aussi bien que la moins-value d'un esclave ou d'un

<sup>48</sup> GROTIUS, *Inleiding* III, XXXIV, 2, p. 474.

<sup>49</sup> «*Qui mutilavit similiter tenebitur ad impensas & ad aestimationem ejus, quod jam qui mutilatus est minus poterit lucrari. Sed sicut ibi vitae, ita & hinc cicatricis in libero homine aestimatio non sit*», GROTIUS, *De Iure Belli*, 2, 17, 14.

<sup>50</sup> Voir aussi Ulp. D. 9,2,7pr, Gai. D. 9,3,7. Voir aussi à ce sujet KAUFMANN, *Rezeption*, 35s, selon lequel dès le milieu du 17<sup>e</sup> siècle, en Allemagne, les survivants pouvaient également être dédommagés des dommages patrimoniaux subis par la mort du soutien de famille; voir aussi FEENSTRA, *Deliktsrecht* 439.

homme libre dont, par exemple, les facultés de travail avaient été compromises<sup>51</sup>.

Comme ses prédécesseurs, Pufendorf adopte, nous l'avons vu, le principe du dédommagement intégral du lésé<sup>52</sup>. Pour en indiquer le mode de calcul, il s'appuie largement sur les travaux de Grotius dont il discute certains exemples. En cas d'homicide, mais sûrement aussi pour les dommages relevant du chapitre III de la *lex Aquilia*, l'auteur doit au lésé ou à ses héritiers les frais et impenses, et aux parents, conjoint et enfants survivants la *spes alimentorum*, dont il reprend le mode de calcul de la *lex Falcidia*. Cependant, sur un point il s'oppose à Grotius. Ce dernier veut aussi, nous l'avons vu, compenser le gain manqué que la victime aurait pu réaliser si elle avait vécu plus longtemps. Sobrement, Pufendorf constate que ce gain est aléatoire et que la vie génère souvent des pertes. Or, un gain incertain ne saurait être

<sup>51</sup> Notons en passant une probable influence du droit romain sur le droit hollandais (voir Feenstra *supra* qui souligne ce type d'influence). Dans la partie historique de son exposé des obligations générées par des délits, Grotius rappelle que, pendant la première moitié du XV<sup>e</sup> siècle, des lésions corporelles de moindre importance devaient se compenser par une somme d'argent, calculée selon différents paramètres et proportionnellement à la gravité de la blessure. Mais, «si quelqu'un n'avait pas de biens, il devait s'amender par une souffrance pareille» («*ende wie des niet hadde aen goed, most het beteren met gelijcke leden*», GROTIUS, Inleiding III, XXXII, 7, p. 466). Cette disposition ne manque pas de rappeler le Talion. Même si Grotius se réfère dans le même alinéa aux lois judaïques (GROTIUS, Inleiding III, XXXII, 7, pp. 460) qui stipulent également, mais sous une autre forme, le Talion, la proximité conceptuelle avec les XII-Tables (XII-Tables, VIII,2 (I,13 selon Roman Statutes II) est évidente. Comme ces dernières, le droit hollandais retient étonnamment une formule en deux temps. D'abord, les parties doivent s'entendre entre elles et, seulement en cas d'échec, le Talion peut s'appliquer.

<sup>52</sup> Voir notamment sa clause générale, PUFENDORF, De Jure Naturae 3,1, § 2 *supra* C.1. Voir aussi Struve, Georg Adam, soulignant par rapport au dommage et selon les *mores hodierni*: «Mais, par l'interprétation, cette estimation est étendue à tout dommage qui a été infligé par le corps détruit» (*sed ex interpretatione [in ipsa directa actione] extenditur aestimatio haec ad omne damnum, peremtō corpore illatum*). Syntagma Jurisprudentiae, secundum ordinem Pandectarum concinnatum, Jenae 1682, tome I, Exerc. XIV, lib. 9, tit. II, XXV, p. 517. Cette formulation très ouverte laisse entendre que tout dommage accompagnant la destruction du corps stricto sensu est intégré dans l'estimation, y compris par exemple la perte de soutien, etc. Selon KAUFMANN, Rezeption, 29ss, pour l'*usus modernus*, le Wergeld permet aussi de compenser la douleur subie. Au cours du 17<sup>e</sup> siècle, les tribunaux auraient été de plus en plus enclins à dédommager aussi les cicatrices défigurantes (32). Mais aussi la douleur que subissait un père par la mort de son fils aurait conduit, dans une décision du Tribunal de Wismar, du milieu du 17<sup>e</sup> siècle, à un dédommagement: quod inde dolet (33).

En revanche, selon KAUFMANN, Rezeption, 33, 41s la doctrine savante semble être restée opposée, jusqu'à la fin du 17<sup>e</sup> siècle, à la compensation de la douleur et, jusqu'à la fin du 18<sup>e</sup> siècle, à celle pour cicatrices défigurantes.

compté parmi les biens du lésé et ne pourrait, par conséquent, être intégré dans le calcul<sup>53</sup>.

Domat aussi reste succinct et général dans ses réflexions concernant le mode de calcul. Il insère dans sa clause générale le principe d'une réparation intégrale du dommage (*supra* C.1.). Il se contente ensuite de discuter quelques exemples spécifiques, et notamment le cas de l'inexécution du contrat: «Le défaut de s'acquitter d'un engagement est aussi une faute qui peut donner occasion à des dommages & intérêts dont on sera tenu»<sup>54</sup>. Le vendeur et le dépositaire en demeure ou un héritier qui retient une chose léguée répondent à la fois des dommages engendrés par le retard ainsi que de la valeur de la chose qui périt dans l'intervalle. A noter, par ailleurs, la terminologie moderne: «dommages & intérêts» deviendra le terme technique consacré dans les codifications.

La pratique du dédommagement était évidemment plus complexe que les principes analysés en théorie. La source des complications ne réside pas directement dans le texte de la *lex Aquilia*, mais dans l'extension interprétative qui s'est installée peu à peu. Les chapitres I et III fixent comme mode de dédommagement *quanti id ... fuit [erit], tantum aes domino damnas esto*. C'est le *id* qui posait à des générations de juristes un vaste problème que nous évoquons ici brièvement à l'aide d'un texte de Charles Dumoulin. Dans certains cas, nous dit Dumoulin, il n'est pas évident de savoir quels éléments entrent dans le calcul du *quantum*: «Du reste, [...] les termes 'combien cette chose vaut' comprennent non seulement le principal, mais aussi tout ce qui est d'intérêt ensemble avec la chose principale»<sup>55</sup>. Avec le changement de perspective qui tient compte non seulement de la valeur principale – sous-entendue objective –, mais aussi de la situation particulière du lésé, les juristes ouvrent la porte aux interminables discussions autour de l'*interesse*, du *damnum emergens* et du *lucrum cessans* pour ne mentionner que ceux-ci<sup>56</sup>.

<sup>53</sup> PUFENDORF, *De Jure Naturae*, III, I, § 7.

<sup>54</sup> DOMAT, *Loix Civiles*, liv. II, tit. VIII, sect. IV, II, p. 180.

<sup>55</sup> «*Ceterum pro ratione materiae subiectae verba quanti ea res est, non solum rem principalem, sed etiam quicquid iuste interest simul cum principali comprehendunt*», MOLINAEUS, *Carolus, Tractatus de eo quod interest*, n° 173, *Operae quae extant omnia*, Paris 1612, vol. II, pp. 816-934, 912.

<sup>56</sup> Voir aussi MOLINAEUS, *id.*, n° 187.

Autant de problèmes qui, jusqu'à aujourd'hui, n'ont jamais trouvé de solutions satisfaisantes<sup>57</sup>.

Thomasius aussi s'intéresse au calcul du dommage en droit allemand pour en démontrer les différences avec le droit romain. Après une analyse détaillée du mode de calcul de la *lex Aquilia*, il souligne que le droit germanique prend comme référence non pas la valeur dans le mois ou l'année précédents, mais celle du moment même des faits. Par la même occasion, il insiste sur le caractère du moins partiellement pénal de l'*actio legis Aquiliae*, alors que l'action en réparation du droit allemand serait purement réipersécutoire<sup>58</sup>. Sur ce point, Samuel Coccejus lui emboîte le pas. Il constate que, de son temps, les peines privées n'existaient plus: «*Quia poenae privatae hodie cessant*»<sup>59</sup>. De plus, il précise également le nouveau mode de calcul qui diffère de celui de la *lex Aquilia*. Au lieu de prendre en compte la valeur la plus élevée de l'année ou des 30 jours avant l'événement dommageable, il propose de prendre la valeur du jour: «*quanti die damni dati est*»<sup>60</sup>. Ce mode de calcul se trouve aussi dans certaines lois locales. Le droit municipal de la Ville de Lübeck fixe, pour le maréchal-ferrant qui a blessé un cheval pendant qu'il le ferrait, le montant du dédommagement au jour même où l'animal lui a été remis<sup>61</sup>. Notons que, pour l'homicide et les lésions infligées à une personne, la même loi prévoit, en cas de fuite de l'auteur, que les deux tiers de sa

<sup>57</sup> Voir aussi BOYER, G., La notion d'équité et son rôle dans la jurisprudence des Parlements, in: Mélanges Jacques Maury, Paris 1960, vol. II, 257-282, 264ss, qui soutient que les parlements, en recourant à la notion d'équité plutôt qu'aux sources matérielles en vigueur, développaient une nouvelle conception de la réparation du dommage, mieux adaptée aux circonstances concrètes du cas d'espèce (270s). Cette évolution aurait aussi conduit à une notion de dommage plus étendue, allant des différentes formes de dommages corporels au *pretium doloris* (272). Voir également CARBASSE, Jean-Marie et AUZARY-SCHMALTZ, Bernadette, La douleur et sa réparation dans les registres du parlement médiéval (XIII<sup>e</sup>-XIV<sup>e</sup> siècles), in: DURAND, Bernard (*et al.*), éd., La douleur et le droit, Paris 1997, 423-437; aussi FEENSTRA, Robert, Réparation du dommage et prix de la douleur chez les auteurs du droit savant, du droit naturel et du droit romano-hollandais, in: DURAND, Bernard (*et al.*), éd., La douleur et le droit, Paris 1997, 411-421.

<sup>58</sup> THOMASIUS, Christian, Larva Legis Aquiliae detractata actioni de damno dato, in foris germanorum, Halae Magdeburgicae 1703, § IIss.

<sup>59</sup> COCCEJUS, Samuel, Jus civile controversum, Francofurti & Lipsiae 1740, lib. IX, tit. II ad legem Aquiliam, Quaest. X, p. 553.

<sup>60</sup> COCCEJUS, Samuel, Jus civile controversum, Francofurti & Lipsiae 1740, lib. IX, tit. II ad legem Aquiliam, Quaest. X, p. 553.

<sup>61</sup> Das Lübeckische Stadt-Recht. Nach der letzten, im Jahre 1728 erschienenen Ausgabe unverändert nachgedruckt. Lübeck 1829, lib. 4, tit. 3,2, p. 70.

fortune soient alloués à la communauté et au lésé, le derniers tiers revenant aux héritiers de ce dernier<sup>62</sup>.

Wolff aborde la question du mode de calcul par le biais d'une formule compacte qui résume le travail de ses prédécesseurs: «Si un dommage infligé est racheté, c'est comme si aucun [dommage] n'avait été infligé»<sup>63</sup>. L'idée est simple. L'auteur du dommage a l'obligation de remettre le lésé dans la situation antérieure: «*in pristinum statum restituere*»<sup>64</sup>.

Cette règle est insérée dans la chaîne déductive qui caractérise le système normatif hiérarchique de Wolff. Celui-ci rappelle ici brièvement les principes supérieurs qui permettent la déduction de la règle citée. Le principe le plus proche en amont est l'obligation négative de ne pas diminuer les biens d'autrui: «Personne ne doit faire en sorte, par dol ou par sa faute, que l'autre ait moins que ce qu'il doit avoir»<sup>65</sup>. A son tour, ce principe est rattaché au *suum cuique tribuere* qui est un des préceptes de base du système wolffien.

Ce rappel permet à Wolff de rattacher directement, et avec une nouvelle règle, au *suum cuique tribuere* l'obligation de réparer le dommage: «Celui qui rachète le dommage infligé attribue son bien à l'autre»<sup>66</sup>. En d'autres termes, celui qui a violé le principe du *suum cuique tribuere* en infligeant un dommage à autrui peut se racheter en remettant le lésé dans la situation dans laquelle il se serait trouvé si aucun dommage n'avait été infligé.

Johann Gottlieb Heineccius, après un exposé didactique des traits principaux de la *lex Aquilia*, rappelle aux étudiants le *usus hodiernus* du calcul du dommage: «Dans nos mœurs on agit simplement sur l'intérêt et il faut fournir une vraie estimation de la chose»<sup>67</sup>. Selon Heineccius, le *usus hodiernus* ne

<sup>62</sup> Das Lübeckische Stadt-Recht. Nach der letzten, im Jahre 1728 erschienenen Ausgabe unverändert nachgedruckt. Lübeck 1829, lib. 4, tit. 8,3, pp. 80ss.

<sup>63</sup> «*Si damnum datum resarcitur, perinde est ac si nullum datum fuisset*», WOLFF, Jus Naturae 2, § 578.

<sup>64</sup> WOLFF, Jus Naturae 2, § 580.

Pour le *quantum* du dédommagement, Wolff dispose aussi: «*Celui qui, par dol ou faute, détériore la chose d'autrui, est tenu envers le propriétaire à concurrence de la moins-value de la chose*», «*Qui rem alienam dolo vel culpa sua deteriore reddit, in tantum domino tenetur, quanto minoris est res deteriorata*», WOLFF, Jus Naturae 2, § 618.

<sup>65</sup> WOLFF, Jus Naturae Pars II, § 579.

<sup>66</sup> «*Qui damnum datum resarcit, alteri suum tribuit*», WOLFF, Jus Naturae Pars II, § 581.

<sup>67</sup> «*Moribus nostris simpliciter agitur ad id, quod interest, praestandamque veram rei aestimationem*», HEINECCIUS, Elementa Iuris Civilis secundum ordinem Institutionum

tenait plus compte des différents critères de la *lex Aquilia*, pour se concentrer sur le dommage subi par le lésé. Par conséquent, le moyen procédural ne serait plus l'*actio legis Aquiliae*, mais on agirait *ex iure patrio* ou en vertu de l'équité naturelle. Heineccius distingue ici clairement entre droit romain et droit contemporain et procède même, en fin de chapitre, à ce qu'on pourrait appeler une protoforme de droit comparé. Si la *lex Aquilia* reste certes la référence juridique principale, elle est néanmoins traitée comme une source historique clairement distincte de l'ordre juridique contemporain. Dans ce sens, le droit romain n'est plus traité comme un droit en vigueur, mais comme un droit ancestral. Et comme pour souligner la différence des deux ordres juridiques, Heineccius rappelle à la fin du paragraphe que, en Allemagne, le lésé peut même être dédommagé de la douleur subie: «*In Germania tamen etiam pro dolore aliquid adiudicatur vulnerato*»<sup>68</sup>.

Conformément aux caractères respectifs de ses deux ouvrages principaux, Pothier traite la question du calcul de deux manières différentes. Dans les *Pandectae Justinianae*, il rappelle brièvement les règles de calcul des chapitres I et III de la *lex Aquilia*<sup>69</sup> pour établir, ensuite, ce que l'on pourrait appeler un miroir de la jurisprudence romaine et des différentes extensions qui résultaient de ses interprétations. Il y souligne notamment que le dédommagement doit avant tout compenser l'*interesse* du lésé et l'utilité que la chose a représentée pour lui. Il partage avec Pufendorf une conception restrictive des dommages futurs: *Non venit autem in hac actione incerta utilitas*<sup>70</sup>. Des poissons que le lésé manquera de capturer à l'avenir, par exemple, ne sauraient entrer dans l'estimation du dommage, puisque le résultat de la pêche est aléatoire. Mais le propos de l'ouvrage étant de mettre le droit romain

---

commoda auditoribus methodo adornato, in: Opera, Genevae 1748, Lib. III, Tit. III, De lege Aquilia, § 1095, pp. 276.

<sup>68</sup> HEINECCIUS, *Elementa Iuris Civilis secundum ordinem Institutionum commodi auditoribus methodo adornato*, in: Opera, Genevae 1748, Lib. III, Tit. III, De lege Aquilia, § 1095, pp. 276; voir aussi KAUFMANN, *Rezeption*, 30ss, 36ss. WESENER, Gunter, *Die privatrechtlichen Normen des Usus modernus*, in: SIMON, Dieter (éd.), *Akten des 26. Deutschen Rechtshistorikertages*, Frankfurt am Main 22. bis 26. September 1986, Frankfurt/M. 1987, 279-297, souligne l'importance, à partir du 16<sup>e</sup> siècle, des dommages-intérêts pour douleurs subies (290s). Par ailleurs, dans les *Elementa iuris germanici*, HEINECCIUS (Opera vol. VI et *supra* I. B.) met la différence entre droit romain et droit germanique systématiquement en évidence.

<sup>69</sup> Pour le chapitre I selon Pothier: *Quanti id in eo anno plurimi fuit* et pour le chapitre III: *Quanti ea res erit in diebus triginta proximis*.

<sup>70</sup> POTHIER, *Pandectae*, Lib. 9, tit. 2 ad legem Aquiliam, sect. 3, 45.

dans un nouvel ordre, Pothier ne retient pas l'évolution matérielle de la doctrine postérieure à Justinien. Par conséquent, les formulations jusnaturalistes, notamment wolffiennes, du calcul n'y figurent pas.

C'est dans son autre ouvrage principal, dans le *Traité des obligations*, qu'il tient compte des dernières évolutions du calcul du dommage. La règle générale du calcul est renfermée dans la clause générale de responsabilité: «... qu'il répare le tort qu'il a commis par sa faute»<sup>71</sup>. Le plus succinctement possible, elle statue implicitement l'obligation wolffienne de remettre le lésé dans la situation dans laquelle il s'était trouvé avant le dommage. Quant à la pratique juridique française du 18<sup>e</sup> siècle, elle paraît nuancer le calcul. Claude Serres souligne d'abord que «*les peines portées par la Loi Aquilia, concernant les pertes ou dommages causés par son dol ou par sa faute à une autre personne, sont abrogées parmi nous*»<sup>72</sup>. En d'autres termes, le juge a abandonné – évidemment depuis longtemps – l'aspect pénal et notamment la possibilité de la *nox*a que le droit romain avait offerte, pour se concentrer sur le dédommagement. Ce dernier, en revanche, pouvait se faire de manière très précise. Si le juge ne choisissait pas la solution de prononcer lui-même un certain montant à titre de dommages et intérêts, il pouvait charger des experts qui «liquidai» le dommage<sup>73</sup>. Le verdict civil n'empêchait bien sûr pas la prononciation parallèle d'une sanction pénale, soumise elle, et elle seule, à une éventuelle grâce royale.

On peut se demander pourquoi le mode de calcul du dommage, traité avec nuance par la jurisprudence romaine, ne retient plus la même attention de la plupart des auteurs, étudiés ici, de la doctrine savante du *ius commune*. Les raisons à ce changement sont nombreuses. Tout d'abord, cette modification apparente tient du moins partiellement aux choix des auteurs retenus dans le présent travail. Si les juristes abordés ici représentent sans doute le courant majeur qui fait évoluer la responsabilité aquilienne, ils ne sont évidemment pas représentatifs de l'ensemble de la littérature juridique de l'époque. À côté de ces courants qu'on pourrait appeler théoriques ou savants, il existait également une littérature nettement plus orientée vers la pratique. En

<sup>71</sup> POTHIER, *Traité*, part. 1, chap. 1, sect. 2, § 3, 123.

<sup>72</sup> SERRES, Claude, *Institutions du droit français suivant l'ordre de celles de Justinien*, Paris 1760, liv. IV, tit. III, p. 386.

<sup>73</sup> SERRES, Claude, *Institutions du droit français suivant l'ordre de celles de Justinien*, Paris 1760, liv. IV, tit. III, p. 386., liv. IV, tit. III, p. 386s.

effet, premièrement, il faut distinguer entre différentes formes de doctrines, dont les unes s'occupaient surtout de questions de doctrine savante, alors que les autres se tournaient résolument vers la pratique et la jurisprudence. Si les théoriciens analysaient avant tout les principes généraux des institutions, les praticiens procédaient par analyse casuistique. Notons toutefois que les deux techniques ne peuvent pas être séparées rigoureusement dans les différents ouvrages.

Deuxièmement et sous réserve de ce qui précède, entre les deux époques l'optique de travail s'est modifiée. Pour les juristes romains, il s'agissait de résoudre des problèmes pratiques qu'on leur soumettait, alors que les auteurs surtout théoriques du *ius commune*, professeurs pour la plupart d'entre eux, étudiaient le droit romain d'abord d'un point de vue systématique, sans être nécessairement sollicités par un problème concret à résoudre. Or, pour ceux-ci, un traitement casuistique exhaustif, tel que les juristes romains l'avaient fait, et tel que les praticiens du 16<sup>e</sup> au 18<sup>e</sup> siècle continuaient à le faire avec la même intensité<sup>74</sup>, ne s'imposait pas.

Cela nous amène à la troisième et probablement principale raison de ce changement. Au lieu de traiter la casuistique romaine dans son ensemble, la doctrine savante du *ius commune* n'en abordait que les cas les plus importants et cherchait des formulations concises qui restituaient l'essentiel des sources léguées. Souvent destinées à l'enseignement, ces formulations prenaient progressivement la forme de règles générales et abstraites, accompagnées de quelques exemples choisis parmi les fragments romains.

Appliqué au mode de calcul du dommage, ce procédé conduisait progressivement à des règles qui, au lieu de définir le mode de calcul, en définissaient l'objectif. Donellus, nous l'avons vu, désigne déjà le but du calcul: l'estimation du dommage infligé. Mais en même temps, il donne encore un véritable mode de calcul: l'estimation de la chose et de l'utilité perdue. Grotius ne donne plus de règle de calcul, mais une image de ce qu'il vise: aplanir les inégalités créées par le dommage. Pufendorf aussi, suivi par Domat, n'a pas non plus recours à la règle de calcul proprement dite. Il retient simple-

---

<sup>74</sup> Voir notamment KAUFMANN, *Rezeption*, 29ss, qui semble soutenir que les nouvelles impulsions pour le calcul du dommage venaient essentiellement de la pratique et de la jurisprudence alors que, en Allemagne du moins, la doctrine savante restait beaucoup plus réservée envers toute évolution du mode de calcul et notamment envers le dédommagement pour douleurs et cicatrices défigurantes.

ment un principe de dédommagement intégral, inséré dans la clause générale de responsabilité. C'est Wolff qui définit le plus complètement, mais aussi le plus idéalement et de façon irréaliste, le sens du dédommagement: revenir à l'état *ex ante*. Pothier, finalement, souligne avec l'*interesse* et l'*utilitas* perdue la *ratio legis* de la *lex Aquilia*. Aussi, dans le *Traité des obligations*, il se concentre sur la finalité de la disposition: le dédommagement du lésé.

L'évolution du mode de calcul suit l'évolution générale de la responsabilité aquilienne. Les Romains s'attachaient à l'objet singulier et concret pour fixer le dédommagement: *quanti id ... fuit* et *quanti ea res ... erit* désignent «cet objet précis» et la perte de sa valeur. La doctrine du *ius commune*, en revanche, développe un principe toujours plus général et abstrait qui se détache progressivement de l'objet pour définir le but de la règle et saisir le dommage dans son ensemble. Matériellement, le *ius commune* n'invente, par rapport au mode de calcul du dommage, rien de fondamentalement nouveau que la jurisprudence romaine n'aurait pas au moins esquissé. Mais, il prépare pour l'ensemble du droit civil une nouvelle forme normative, celle de la règle générale et abstraite, qui permet de détacher la norme de l'objet concerné et qui, surtout, assouplit la norme, applicable dorénavant à un nombre plus important de cas.

Cette nouvelle forme normative peut être considérée comme un précurseur des règles abstraites qui se trouveront dans les codes nationaux à venir. Bien sûr, les problèmes patiemment analysés par la jurisprudence romaine ne disparaîtront pas et se reposeront, avec d'autres, dans les nouveaux ordres juridiques. Mais le juriste, nous le verrons, y répondra par une autre technique, imposée par une nouvelle structure juridique.

#### 4. *Un cas particulier: l'homicide*

L'homicide et les conséquences souvent gravissimes qu'il entraîne pour les proches de la victime occupent depuis l'Antiquité une place à part et influenceront le calcul du dommage. Les chapitres I et III de la *lex Aquilia* introduisent une distinction qui marquera de manière décisive et durable la responsabilité aquilienne. Le chapitre I mentionne les esclaves et quadrupèdes et le chapitre III les «autres choses». Si on considère les deux chapitres ensemble, la première catégorie nommée est celle des «esclaves» et la deuxième celle

des «choses». La troisième catégorie, qui sera mentionnée seulement par la jurisprudence, regroupe les hommes libres.

Le problème crucial, qui est bien sûr plus ancien que la *lex Aquilia* elle-même, concerne les critères d'assujettissement de ces trois groupes en cas de dommages. Quels dommages faut-il réparer? Ceux infligés à des choses, des êtres humains ou des hommes libres? La *lex Aquilia* applique un principe purement économique. Puisque la réparation porte sur la diminution de la valeur marchande, seules les choses et les esclaves tombent sous la *lex Aquilia*, à l'exclusion des hommes libres.

Le droit commun reprendra ce principe de base, mais aménagera les catégories. Comme nous l'avons vu, la notion de dommage sera progressivement élargie et la catégorie des esclaves sera absorbée, du moins théoriquement, par celle des hommes libres<sup>75</sup>.

Toutefois, même avec une catégorie en moins, le problème initial survivra. En cas d'homicide, quels dommages sont-ils sujets à réparation? Comme la *lex Aquilia* et la jurisprudence romaine, le droit commun distinguera entre les dommages infligés à la personne physique de l'homme libre et les autres dommages.

Cette distinction aboutira à deux statuts différents. D'abord l'homme, qui n'a pas de valeur marchande intrinsèque, mais qui peut représenter une valeur économique pour ses proches; ensuite les choses qui ont une valeur intrinsèque. Cette vision limitée à la valeur marchande aura – et a toujours – une conséquence particulière. Les proches n'obtiendront rien pour la disparition, par exemple, de leur époux ou père. En revanche, ils pourront obtenir la réparation des dommages matériels consécutifs comme la perte de soutien ou le manque de gain futur.

Le principe de réparation atteint ici ses limites. Puisque la situation *ex ante* ne peut en principe pas être rétablie, la réparation se fera toujours par un *aliud* qui sera généralement d'ordre matériel. De ce fait, la réparation de la perte d'un homme sera particulièrement limitée, puisque la valeur sentimen-

---

<sup>75</sup> Pour l'homicide dans la pratique de l'*usus modernus*, voir notamment KIEFER, *Aquilische Haftung*, 69ss. Voir aussi SCHRAGE, *Eltjo J. H., Negligence. A comparative and historical introduction to a legal concept*, in: SCHRAGE, *Eltjo J. H. (éd.), Negligence. The comparative legal history of the law of torts*, Berlin 2001, 7-45, 37ss.

tale ou l'attachement personnel n'a pas d'équivalent matériel. Dans ce sens, le principe de ne retenir que la perte marchande protège aussi l'auteur du dommage contre des demandes en réparation de valeurs individuelles qui n'ont pas de prix.

Pour réduire néanmoins l'écart entre la perte subie et la réparation, le droit commun déploie un double effort. D'une part, il généralise la notion de dommage et d'autre part, nous l'avons vu, il assouplira les principes pour le calcul du dommage (*supra* E. 3).

## G. Qualités pour agir en justice

La légitimation active et passive est, évidemment, un des points cruciaux pour les parties d'un procès en responsabilité civile. A qui appartient le droit de se faire dédommager et contre qui diriger la demande? Le texte même de la *lex Aquilia* donne une réponse sommaire. Les chapitres I et III désignent le propriétaire de la chose endommagée comme le créancier du dédommagement et l'auteur du dommage comme le débiteur: *Celui ... qui a tué sans droit ... doit donner au propriétaire ...* (chapitre I) et *Si quelqu'un a infligé illicitement un dommage à autrui ... il doit au propriétaire* (chapitre III). Si, en principe, les deux parties sont clairement désignées, un grand nombre de questions subsistent.

Pour la légitimation active, la question est plus simple et a sollicité moins de débats, du fait que la notion de propriétaire est une notion juridique. Par rapport à la *lex Aquilia*, l'application posait moins de problèmes parce que, généralement, il n'y avait pas de doute sur l'identité du propriétaire.

En revanche, il s'avérait beaucoup plus délicat de déterminer qui il fallait viser comme défendeur. Cette difficulté était en partie liée à ce que la notion d'auteur n'est pas seulement une notion juridique, mais d'abord une notion de fait. Il fallait d'abord trancher les questions complexes relevant de l'état de fait pour, ensuite, qualifier juridiquement les faits établis. Si plusieurs personnes ont battu à mort un esclave, qui est-ce qui l'a tué? Tous ensemble? Un seul et, dans l'affirmative, qui? Si A, poussé par B, bouscule C qui tombe dans le Tibre et se noie, qui a causé le dommage? A ou B, chacun ou aucun des deux? En raffinant leurs analyses avec le but soit de soutirer leur client à l'emprise du demandeur soit de lui trouver un responsable qui réparera le dommage, les juristes romains, mais aussi leurs successeurs du 16<sup>e</sup> au 18<sup>e</sup> siècle, sillonneront inlassablement une tradition riche et variée d'arguments qu'ils compléteront au fur et à mesure.

### 1. *Légitimation active*

Si les considérations sur la légitimation active ne prennent généralement pas beaucoup de place, Donellus consacre néanmoins à cette question un chapitre entier. Il rappelle d'abord le principe de la *lex Aquilia*, selon lequel l'action

en justice appartient au propriétaire dont la chose a été tuée ou détériorée<sup>1</sup>. Il en tire deux conclusions: Premièrement, les choses sans maître ne sont pas protégées par la *lex Aquilia*. Deux cas l'intéressent plus particulièrement. Le premier traite de la masse successorale qui serait endommagée avant le partage. On pourrait considérer qu'elle n'ait pas de véritable propriétaire jusqu'au moment où l'héritier recueillera son bien. Comme déjà les juristes romains, Donellus pense, nous le verrons, que l'action reviendra à l'héritier dès qu'il sera propriétaire de ses biens. Le second cas concerne l'homme libre. Même s'il peut paraître étonnant que l'homme libre soit traité dans ce contexte, il est vrai qu'il n'a pas de maître et ne pourrait, au sens strict du terme, être considéré comme le propriétaire de ses propres membres. Mais surtout, il n'a pas de valeur commerciale, puisqu'il ne peut (en principe) pas être mis en vente. D'où le problème de savoir combien vaut une blessure physique qui lui a été infligée, étant donné que la valeur de référence pour calculer le dommage est toujours le prix du marché. Pour résoudre ce problème, Donellus s'inspira du droit romain et ouvrit à l'homme libre la voie au dédommagement non pas avec *l'actio legis Aquiliae*, mais par un moyen parallèle, en l'occurrence une *actio utilis*<sup>2</sup>.

La seconde conclusion que tira Donellus concerne les choses qui appartiennent à un propriétaire. Celui-ci est le seul titulaire de l'action de la *lex Aquilia*. Donellus reprend ici à nouveau le cas de figure du légataire dont la chose a été endommagée avant qu'il n'en soit devenu propriétaire et explique par quelle astuce on peut le protéger. Il considère que, une fois que le légataire a recueilli le legs, son droit de propriété remonte rétroactivement au moment du dommage. Cette fiction permet de mettre le légataire au bénéfice de *l'actio legis Aquiliae*.

Le principe selon lequel le propriétaire de la chose endommagée est le seul à avoir la légitimation active est généralement partagé. Grotius, Pufendorf et Domat l'admettent implicitement et Thomasius le souligne brièvement: «[Le droit, B.W.] d'exiger la réparation du dommage infligé à sa chose découle [du droit, B.W.] de la propriété»<sup>3</sup>. Par conséquent, l'action appartient au seul propriétaire de la chose<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> DONELLUS, Opera X, Ad tit. D. ad Legem Aquiliam, Cap. II, pp. 7s.

<sup>2</sup> DONELLUS, Opera X, Ad tit. D. ad Legem Aquiliam, Cap. II, pp. 7s

<sup>3</sup> «*Damni in re sua dati reparationem petere ex Dominio fluit*», THOMASIUS, Larva, §10.

<sup>4</sup> THOMASIUS, Larva, §11.

Avec Donellus, Pothier est sans doute l'un des juristes qui s'est le plus occupé des questions de légitimation active et passive. Il rappelle d'abord la règle généralement acceptée, selon laquelle la *lex Aquilia* accorde la légitimation active au propriétaire<sup>5</sup>. Pour certains cas spécifiques, il propose toutefois une modification de la notion de propriétaire: «La *lex Aquilia* appelle propriétaire non pas toujours celui qui l'était au moment où le dommage a été infligé...»<sup>6</sup>. Cette solution habile que nous avons aussi trouvée chez Donellus permet de trancher notamment les cas de procédures successorales en cours dans lesquels l'héritier n'a pas encore acquis les droits nécessaires pour tenter une action ou ceux dans lesquels, au moment du dommage, le propriétaire est par exemple empêché d'agir parce qu'il se trouve entre les mains de l'ennemi. En distinguant entre l'acquisition du droit réel sur la chose (ou la possibilité d'exercer l'action) et le moment où la chose est endommagée, Pothier sauve, dans certains cas de figure, les droits du lésé.

Dans sa discussion relativement approfondie des problèmes de légitimation, Pothier retient délibérément certains cas délicats. Il se demande, par exemple, quelle action est à disposition si on endommage mon aqueduc situé sur le sol d'autrui? Il met alors en évidence une distinction intéressante entre les moyens procéduraux du propriétaire *stricto sensu*, qui est le seul à être protégé par l'*actio legis Aquiliae*, et d'autres personnes lésées. Même si les matériaux de construction m'appartiennent – *caementa mea sunt* –, je ne suis pas réellement propriétaire de l'aqueduc, et cela, ajoutons-le, en vertu du principe *superficies solo cedit*. Par conséquent, dit Pothier, il est préférable de m'accorder une *actio utilis* qui est plus souple et qui peut être adaptée aux particularités du cas concret<sup>7</sup>. La même astuce procédurale – dont les juristes romains s'étaient déjà largement servis – peut du reste aussi sauver l'homme libre qui a été blessé. N'étant pas propriétaire de son corps, il n'a en principe pas la légitimation active. C'est à nouveau l'*actio utilis* qui permet de contourner la rigidité procédurale découlant de la *lex Aquilia*<sup>8</sup> et de mettre l'homme libre au bénéfice d'un dédommagement.

<sup>5</sup> POTHIER, Pandectae lib. 9, tit. 2 Ad legem Aquiliam, sect. 2, §1,30ss.

<sup>6</sup> «*Dominum enim lex Aquilia appellat, non utique eum qui tunc fuerit quum damnum daretur ...*», POTHIER, Pandectae lib. 9, tit. 2 Ad legem Aquiliam, sect. 2, §1,31.

<sup>7</sup> POTHIER, Pandectae lib. 9, tit. 2 Ad legem Aquiliam, sect. 2, §1,34.

<sup>8</sup> POTHIER, Pandectae lib. 9, tit. 2 Ad legem Aquiliam, sect. 2, §1,36.

## 2. *Légitimation passive*

Les problèmes de légitimation passive sont plus nombreux et sans doute plus difficiles à résoudre. Donellus considère, avec toute la tradition juridique qui le précède et celle qui le suit, que l'action est en principe dirigée contre celui qui a rompu ou détruit la chose. Mais ce principe général laisse ouverte une longue liste de questions qui, héritées du droit romain, alimenteront les discussions en droit commun.

Une première difficulté relève des faits. Comment savoir qui est l'auteur du dommage: «Car, il se peut qu'il soit certain qu'une chose a été rompue, mais qu'on doute qui l'a rompue»<sup>9</sup>. Pour établir l'identité de l'auteur, le juriste est souvent confronté à des problèmes de causalité. Selon la règle de base des chapitres I et III de la *lex Aquilia*, la légitimation passive tombe sur celui qui a directement causé le dommage, par exemple en étranglant de ses propres mains la victime. Mais souvent le lien de causalité est beaucoup plus indirect. Donellus distingue, nous l'avons vu<sup>10</sup>, différentes catégories d'auteurs: (i) Celui qui a créé l'occasion pour un dommage. Par exemple, il effraye, sans le toucher, un animal qui prendra la fuite et se blessera. (ii) Celui qui provoque un état de faits qui conduira ultérieurement à un dommage. Il enferme, par exemple, du bétail et le laisse crever de faim. (iii) Un auteur pousse son voisin qui fait tomber un tiers qui se blesse. (iv) Finalement, l'auteur détruit un objet et provoque indirectement un dommage consécutif. C'est le cas du tonnelier qui perce un tonneau rempli de vin. Dans aucun de ces cas il n'y a de rapport direct de causalité. Dans les trois premiers exemples, ni l'acte lui-même ni les conséquences immédiates ne sont illicites. En effet, il n'est en principe pas interdit de chasser un animal de son propre fonds, ni d'enfermer le bétail d'autrui ou de bousculer un voisin, pour autant qu'il ne soit pas blessé. Dans ces trois cas, ce sont seulement les conséquences ultérieures qui créent un dommage. La même considération vaut pour le tonneau. Le vin n'est pas directement détruit par le percement, mais parce qu'il s'est déversé. La question de fond soulevée ici concerne non pas le rapport de causalité physique, qui est indispensable pour l'application de la *lex Aquilia*,

<sup>9</sup> «*Quia fieri potest, ut constet aliquid ruptum esse, dubitetur quis ruperit*», DONELLUS, Opera X, Ad tit. D. ad Legem Aquiliam, Cap. III, pp. 9, 1.

<sup>10</sup> Cf. *supra* C. 2.).

mais le degré d'extension qu'on veut donner, sur le plan juridique, à la chaîne causale (voir *supra* C.2).

Une autre difficulté concerne le cas où l'auteur du dommage est parfaitement connu, mais ne répond pas nécessairement lui-même de son acte. Donellus énumère une série d'exemples où le dommage a été infligé pour le compte d'autrui: Si A demande à B d'infliger un dommage à un tiers, qui répond de l'acte, lui-même ou l'exécutant? La jurisprudence romaine donne une réponse nuancée. Elle s'en prend à A, à condition qu'il ait eu le droit de donner un ordre: *si modo ius imperandi habuit*<sup>11</sup>. Sinon, c'était l'exécutant qui répondait. D'autres cas traitent d'esclaves qui causent un dommage. Si le maître connaissait le projet de l'esclave ou aurait dû le connaître, il répond à la place de l'esclave. Sinon, il peut donner l'esclave en *nox*<sup>12</sup>. Un dernier cas de figure aborde les problèmes liés à une pluralité d'acteurs: Qui a la légitimation passive si plusieurs personnes ont causé ensemble un dommage, par exemple en poussant ensemble un chariot ou en transportant une poutre?<sup>13</sup> Donellus considère que les différents acteurs ont infligé un *quasi-damnum* duquel ils répondent solidairement. Si plusieurs esclaves ont agi ensemble, leur maître répond de leurs actes et sera tenu soit de réparer le dommage, soit de donner les esclaves en *nox*.

Les réflexions de Donellus, qui sont pour une grande partie reprises des sources romaines, mettent en évidence que le texte des chapitres I et III de la *lex Aquilia* avait été largement dépassé par la jurisprudence et la doctrine. Même si, dans un nombre important de cas, elles pouvaient être appliquées directement, les formules *celui qui a tué ...* et *si quelqu'un a infligé ...* étaient insuffisantes.

Sur le plan des faits, les descriptions de la loi étaient trop restreintes pour saisir les cas de causalité médiate. Si on avait appliqué à la lettre les deux chapitres de la *lex Aquilia*, le véritable auteur du dommage aurait souvent échappé à l'obligation de réparation et le demandeur se serait trouvé soit sans partie adverse, soit en face d'une personne impliquée par hasard dans la chaîne causale.

---

<sup>11</sup> Iav. D. 9,2,37pr.

<sup>12</sup> DONELLUS, Opera X, Ad tit. D. ad Legem Aquiliam, Cap. III, pp. 12 et, par exemple, Ulp. D. 9,4,2.

<sup>13</sup> Voir notamment Alf. D. 9,2,52,2 ou Ulp. D. 9,2,11,4.

Sur le plan juridique, ensuite, la formulation de la *lex Aquilia* ne tient pas compte du statut juridique de l'auteur du dommage. A défaut de personnalité juridique, l'esclave par exemple ne peut pas être cité en justice. La situation est plus complexe encore si un homme libre cause un dommage sur ordre d'autrui. Donellus utilise le verbe *mandare*, laissant entendre que l'auteur aurait agi sur mandat<sup>14</sup>. Le fragment D. 9,2,37pr, qui traite le même problème, ne qualifie du reste pas le rapport juridique, mais le décrit comme un rapport entre personnes libres, ou l'une donne un ordre à l'autre<sup>15</sup>. Si la personne qui a infligé le dommage était soumise à un rapport général de subordination, c'est le donneur d'ordre qui répond du dommage. Sinon, l'action sera dirigée contre l'auteur lui-même.

Non seulement les juristes romains, mais encore leurs successeurs, assouplissaient progressivement la *lex Aquilia* et corrigeaient sa rigueur à l'aide de principes généraux comme notamment l'équité. Juridiquement, rien ne les aurait empêché, dans le cas cité (D. 9,2,37pr), d'appliquer la *lex Aquilia* à la lettre et d'intenter l'action à l'auteur, sauf que ce dernier n'avait été que l'instrument de son supérieur. Ce raisonnement confirme que les critères pour déterminer la légitimation passive sont de plus en plus nombreux et échappent, aussi bien en droit romain qu'en droit commun, à un schématisme rigide.

Grotius aussi analyse la légitimation passive<sup>16</sup>. Toutefois, à la différence de Donellus, qui raisonne ouvertement en termes d'actions, Grotius cherche à déterminer les responsabilités au sens large. Il procède à une analyse systématique en développant plusieurs catégories d'auteurs et de degrés de responsabilité. Il distingue entre, d'une part, ceux qui agissent par et pour eux-mêmes, et qui répondent personnellement de leurs actes, et, d'autre part, ceux qui travaillent avec ou pour d'autres. Les deux groupes peuvent causer des

<sup>14</sup> Rappelons en passant que, formellement, il est exclu qu'un mandat puisse avoir un contenu illicite.

<sup>15</sup> Iav. D. 9,2,37pr.

«Si un homme libre a infligé de sa main et sur ordre un dommage à autrui, il y a [pour le lésé, B.W.] une *actio legis Aquiliae* contre celui qui lui a donné l'ordre, si seulement il avait le droit de donner un ordre; s'il ne l'avait pas, il faut agir contre celui qui a causé le dommage.»

«*Liber homo si iussu alterius manu iniuriam dedit, actio legis Aquiliae cum eo est qui iussit, si modo ius imperandi habuit: quod si non habuit, cum eo agendum est qui fecit.*»

<sup>16</sup> GROTIUS, *De jure belli*, 2,17,6ss.

dommages par un *facere* ou *non facere* qui conduiront à une responsabilité primaire ou secondaire.

Parmi ceux qui interviennent activement, outre celui qui agit *per se*, le premier responsable est celui qui donne l'ordre, adhère, aide, recèle, ou participe d'une autre manière au forfait<sup>17</sup>. En deuxième ligne se trouve celui qui conseille, fait des louanges ou consent à l'acte<sup>18</sup>.

Pour l'attitude passive, le premier responsable est celui qui a laissé faire ce que, par la loi, il devait interdire ou qui, au mépris de son devoir, n'a pas assisté la victime<sup>19</sup>. Le deuxième responsable est celui qui n'a pas dissuadé l'auteur d'un acte dommageable ou a gardé cet acte sous silence, alors qu'il aurait dû intervenir. Toutefois, les obligations de ce deuxième responsable, précise Grotius un peu mystérieusement, naissent d'un droit particulier qui relève de la justice explétive et sont issues soit de la loi, soit d'une qualité spéciale<sup>20</sup>. Un tel droit particulier serait par exemple une norme de charité, dont la violation, considérée seulement comme un péché, ne contraindrait pas à réparer le dommage.

Bien que, en général, Grotius exclue de l'obligation de réparation les infractions contre des devoirs moraux, un cercle extrêmement vaste de personnes entrera en ligne de compte comme responsables d'un acte dommageable. On pourrait notamment s'étonner qu'on puisse, dans certaines circonstances, engager sa responsabilité pour avoir fait la *laudatio* d'un méfait. Comment, dans ces cas, évaluer le rapport de causalité entre les louanges et le forfait qui sera commis? Grotius prend ici ses précautions. Il exige un véritable rapport de causalité entre l'acte et le dommage. Le conseiller répond seulement s'il a eu une véritable influence sur l'auteur. Il va de soi que, dans ce cas, l'auteur lui-même répond également de son acte<sup>21</sup>. En revanche, si l'auteur aurait agi de la même manière sans le soutien du conseiller, ce dernier n'est pas responsable.

La clé de cette théorie est, d'abord, une conception extrêmement large du devoir et, ensuite, une délimitation souple entre devoirs juridiques et moraux.

<sup>17</sup> GROTIUS, *De jure belli*, 2,17,6.

<sup>18</sup> GROTIUS, *De jure belli*, 2,17,7.

<sup>19</sup> GROTIUS, *De jure belli*, 2,17,8.

<sup>20</sup> «*Illud autem debere in his omnibus referimus ad ius proprium quod justitia expletrix respicit, sive illud ex lege, sive ex qualitate exoritur*», GROTIUS, *De jure belli*, 2,17,9.

<sup>21</sup> GROTIUS, *De jure belli*, 2,17,10.

Grotius s'intéresse ici en premier lieu à la responsabilité dans son ensemble et, en second lieu seulement, à sa nature légale ou générale.

Cette structure lui permet de fixer un ordre de légitimation passive en cas de pluralité d'auteurs<sup>22</sup>. Le premier responsable, dit-il, est celui qui a donné l'ordre ou a poussé autrui à agir. En deuxième lieu et dans l'hypothèse qu'il n'y ait pas eu d'instigateur, c'est à l'auteur de l'acte de répondre. Dans la troisième catégorie se trouvent tous les autres participants. Ils sont solidairement responsables et chacun répond individuellement de l'ensemble, même s'il n'était que partiellement à l'origine du dommage.

Les questions de légitimation sont abordées plus directement, mais plus succinctement, dans l'*Inleiding*. Pour la légitimation active, Grotius retient le critère de la majorité. Si les enfants mineurs sont représentés par leurs parents, les servantes et servants adultes défendent eux-mêmes leurs droits<sup>23</sup>. Pour la légitimation passive, toute personne raisonnable répond en principe de ses actes. Ainsi, tout mineur qui n'est plus un enfant doit réparer les dommages infligés fautivement<sup>24</sup>.

Une conception également très large de la légitimation se trouve chez Pufendorf<sup>25</sup>. Visiblement imprégné de Grotius, Pufendorf utilise non seulement des catégories similaires ou identiques<sup>26</sup>, mais va jusqu'à citer les mêmes exemples et s'exprimer dans les mêmes termes insolites. L'exemple le plus frappant est sans doute l'expression *momentum attulere*<sup>27</sup> (voir *supra* C.2.), tournure rarissime en droit pour désigner le lien de causalité entre l'acte et le dommage. Notons en marge que Christian Thomasius reprendra cette expression dans les *Institutionum Jurisprudentiae Divinae libri tres* de 1720<sup>28</sup>.

<sup>22</sup> GROTIUS, De jure belli, 2,17,11; voir aussi *Inleiding*, 3, 32, 12ss, p. 469ss.

<sup>23</sup> GROTIUS, *Inleiding*, 3, 34, 3, p. 475.

<sup>24</sup> GROTIUS, *Inleiding*, 3, 32, 19ss, p. 469s.

<sup>25</sup> PUFENDORF, De Jure Naturae, 3,1, §4.

<sup>26</sup> Par exemple la distinction entre *facere* et *non facere* ou la gradation entre responsabilité primaire et secondaire (cf. *infra*).

<sup>27</sup> GROTIUS, De jure belli, 2,17,10; PUFENDORF, De Jure Naturae, 3,1, §4. Par ailleurs, à l'instar de Grotius (De jure belli, 2,17,7), Pufendorf cite aussi la deuxième Philippique de Cicéron, pour, toutefois, en tirer de plus amples conclusions.

<sup>28</sup> Lib. 2, cap. 5, 40.

Pufendorf, nous l'avons vu, développe une règle qu'il considère comme universelle<sup>29</sup> et qui lui sert à définir l'étendue de la causalité (voir *supra* C.2). En même temps, cette règle fournit des informations sur la responsabilité des auteurs et, indirectement, sur leur légitimation passive. Est exempt de toute obligation de réparation, et par conséquent de légitimation passive, celui qui n'a pas participé à l'acte dommageable, ni directement, ni par une quelconque forme de soutien des auteurs, ni en tirant un avantage du méfait: «*si quelqu'un n'a pas contribué réellement à l'acte même, par lequel le dommage a été infligé, ni qu'il ait commis antérieurement quelque chose pour le soutenir; ni qu'il en ait tiré avantage de quelque manière, et bien qu'il ait commis à cette occasion un péché, il n'est tout de même pas tenu à la restitution du dommage*»<sup>30</sup>.

C'est de cette règle presque évidente que Pufendorf déduit les catégories de personnes obligées (ou non) de réparer le dommage infligé. Il commence par exclure tous ceux qui se réjouissent des malheurs des autres, font l'éloge d'un dommage qui est déjà infligé ou le défendent, ou encore suggèrent en termes généraux des actions dommageables. Certes, ils commettent un péché, mais n'encourent aucune sanction légale. En revanche, celui qui donne des conseils concrets et précis ou n'empêche pas un méfait, alors qu'il aurait eu une obligation légale d'intervenir, devra réparer le dommage qui résulte même indirectement de son acte ou abstention. Par contre, celui qui a simplement une obligation en vertu d'un *lex caritatis* ou *humanitatis* ne répond évidemment pas du dommage.

Comme Grotius, Pufendorf retient aussi un ordre dans la réparation. Si plusieurs auteurs sont impliqués dans un acte dommageable, celui qui a donné l'ordre à d'autres ou les a contraints d'agir répond en premier. L'exécutant serait alors considéré comme un simple instrument. En revanche, si l'exécutant n'a pas agi par véritable contrainte, *citra necessitatem* comme le dit Pufendorf, il répond en premier, suivi de ceux qui ont contribué par ailleurs à l'acte. Entre les premiers et deuxièmes responsables, Pufendorf admet une forme de subsidiarité dans la réparation. Si le premier responsable a réparé le

<sup>29</sup> PUFENDORF, De Jure Naturae, 3, 1, §4.

<sup>30</sup> «*Nempe ubi quis ad ipsum actum, quo damnum fuit datum, realis aliquid operae non contulit, neque ut ille susciperetur, antecederet effecit; neque in partem aliquam emolumentum venit, is licet occasione istius actus aliquo peccato obstringatur, ad restitutionem tamen damni non tenebitur*», PUFENDORF, De Jure Naturae, 3, 1, §4.

dommage, ceux qui sont engagés en deuxième ligne sont libérés sur le plan civil, sans toutefois qu'on préjuge d'une éventuelle sanction pénale.

Pufendorf se livre aussi à une analyse nuancée des cas où plusieurs auteurs se trouvent dans la même classe. Si trois auteurs ont balancé des torches dans une maison pour l'incendier, ils sont solidairement responsables parce que l'acte de chacun aurait suffi pour causer le dommage dans son entier, mais aussi parce que les effets des trois actes se confondent. En revanche, si trois individus s'acharnent sur une victime et si l'un la blesse à la tête, l'autre lui casse un bras et le troisième lui crève un œil, chacun répond non pas de l'ensemble, mais individuellement de l'effet de son acte, puisque les dommages peuvent être évalués séparément.

Ces exemples conduisent Pufendorf à distinguer entre les actes indivisibles et divisibles. Un acte est indivisible si les effets auraient été les mêmes indépendamment du nombre d'auteurs. Il entraîne une responsabilité solidaire, avec la conséquence que la victime peut faire valoir l'ensemble de la réparation au choix envers un ou plusieurs des coauteurs. Les actes divisibles, en revanche, sont ceux qui ont à chaque fois un effet précis. Chaque auteur répond alors à concurrence du dommage qu'il a causé individuellement.

Comme Grotius, Pufendorf ne s'exprime pas ici dans un vocabulaire de procédure. Avec sa règle universelle et les explications qui suivent, il cherche surtout à établir les responsabilités respectives des auteurs. Les problèmes typiquement procéduraux comme la légitimation passive des mineurs, des personnes dépendantes ou auxiliaires s'effacent devant des préoccupations qui relèvent de l'équité.

Quant à Domat, étonnement et contrairement au discours en vogue, il n'aborde, par rapport à la responsabilité aquilienne, même pas indirectement les questions de légitimation, ni les problèmes qui se posent lorsqu'une pluralité d'auteurs est collectivement à l'origine d'un ou de plusieurs dommages.

Johannes Voet traite des questions de légitimation de manière extrêmement ramassée. A partir du principe général «Ces actions directes ou utiles s'appliquent contre ceux qui ont infligé le dommage»<sup>31</sup>, Voet évoque dans un

---

<sup>31</sup> «*Competunt vero hae actiones directae vel utiles adversus eos, qui damnum dederunt; ...*», VOET, Johannes, *Commentarius ad Pandectas, Coloniae Allobrogum 1778*, lib. 9, tit. 2, 12, p. 430.

style presque télégraphique les cas de figure principaux du droit classique ou des discussions de son époque, comme la responsabilité entre époux, la transmissibilité des actions aux héritiers ou encore le caractère civil, pénal ou mixte des actions<sup>32</sup>. Par rapport à cette dernière question, Voet constate, en référence à l'*Inleiding* de Grotius<sup>33</sup>, et par opposition à la jurisprudence romaine, que l'action aquilienne de son temps est reipersécutoire et non pas pénale «de telle sorte que l'auteur est poursuivi seulement pour l'estimation du dommage infligé et l'intérêt»<sup>34</sup>. Fidèle à sa double préoccupation de commentateur des Pandectes et de praticien du droit, il tisse constamment des liens entre le droit romain, la littérature et la pratique de son temps. Dans ses réflexions, il se penche régulièrement sur la tradition juridique et en tire des éléments pour résoudre les problèmes contemporains. Toutefois, par rapport aux questions de légitimation, Voet ne s'intéresse plus qu'aux grands principes et néglige les questions techniques de procédure.

Christian Thomasius entreprend une analyse comparative de différentes sources juridiques et aborde, lui aussi, quelques grandes questions classiques de légitimation passive. Il souligne que, d'après le droit des Gens, la légitimation passive ne concerne pas seulement l'auteur lui-même, mais aussi ses successeurs. Selon le principe que les héritiers ne reprennent pas seulement les actifs, mais aussi les dettes du défunt, ils répondent des obligations de réparation au moins à hauteur de l'héritage<sup>35</sup>.

Pour les cas où une pluralité d'auteurs a causé le dommage, Thomasius retient, toujours pour le droit des Gens, une solution comparable à celle de Pufendorf. Si l'on peut établir la part du dommage que chacun des auteurs a infligée, chacun répond individuellement de ses actes. Sinon, ils répondent solidairement. Toutefois, si un d'eux répare l'ensemble du dommage, les autres sont libérés de leur obligation envers le propriétaire<sup>36</sup>.

Pour Thomasius, les réflexions sur la légitimation active et passive sont un des moyens pour étayer sa thèse sur la rupture entre la *lex Aquilia* et la

<sup>32</sup> VOET, Johannes, *Commentarius ad Pandectas, Coloniae Allobrogum 1778*, lib. 9, tit. 2, 12, p. 430s.

<sup>33</sup> GROTIUS, *Inleiding*, 3, 32, 17 et 18, p. 469.

<sup>34</sup> «..., *sic ut solam damni vere illati & ejus quod interest aestimationem actor consequatur*», VOET, Johannes, *Commentarius ad Pandectas, Coloniae Allobrogum 1778*, lib. 9, tit. 2, 12, p. 430.

<sup>35</sup> THOMASIIUS, *Larva*, §13.

<sup>36</sup> THOMASIIUS, *Larva*, §14.

responsabilité civile germanique de son temps. Le centre de sa préoccupation n'est pas le droit procédural romain ou contemporain, ni les règles de la *lex Aquilia*, mais la démonstration que le droit germanique est un ordre juridique distinct avec ses racines et son histoire propres. Thomasius soutient notamment, nous l'avons vu, que le droit de la responsabilité civile appliqué à son époque *in foris Germanorum* n'est pas d'origine romaine et prétend que ce droit résulte du croisement d'influences du droit canon et du droit des Gens<sup>37</sup>. Même si les apports respectifs de ces deux ordres ne ressortent pas très clairement de son analyse, c'est la séparation canonique entre civil et pénal qui aurait rendu l'action en responsabilité purement reipersécutoire<sup>38</sup>. De même, la légitimation passive devant les tribunaux germaniques serait devenue transmissible aux héritiers surtout sous l'influence commune du droit canon et du droit des Gens<sup>39</sup>.

Dans les Pandectae, Pothier s'en tient principalement à la règle *datur haec actio adversus eum qui damnum dedit*<sup>40</sup>. Comme ses prédécesseurs, il limite aussitôt ce principe général. A cet effet, il se sert du fragment D. 50,17,169 du jurisconsulte Paul<sup>41</sup>, considérant que celui qui donne l'ordre inflige lui-même le dommage, à moins que l'exécutant n'eût pas la possibilité de pas obtempérer.

Pothier souligne notamment que la *lex Aquilia* s'applique à toute personne, indépendamment de sa fonction. Sont tenus par la loi aquilienne non seulement le magistrat qui, dans l'exercice de sa fonction, endommage sans nécessité un bien d'autrui, mais aussi l'épouse qui détruit ce qui appartient à son mari ou encore l'esclave putatif qui cause, au cours de ses travaux, un dommage à celui qu'il croit être son maître<sup>42</sup>.

A la question de l'hérédité de l'action, en revanche, Pothier ne consacre que cinq lignes. Si la légitimation active est transmise aux héritiers, la légiti-

<sup>37</sup> THOMASIUS, Larva, §51 et 58.

<sup>38</sup> THOMASIUS, Larva, §51.

<sup>39</sup> THOMASIUS, Larva, §58.

<sup>40</sup> *L'action est accordée à l'égard de celui qui a infligé le dommage*, POTHIER, Pandectae lib. 9, tit. 2 Ad legem Aquiliam, sect. 2, §2, 37.

<sup>41</sup> Paul. D. 50,17,169

*Is damnum dat, qui iubet dare: eius vero nulla culpa est, cui parere necesse sit.*

<sup>42</sup> POTHIER, Pandectae lib. 9, tit. 2 Ad legem Aquiliam, sect. 2, §2, 39.

mation passive est réservée à l'auteur, en raison du caractère pénal de l'action – *cum sit poenalis*<sup>43</sup>.

Dans son traité des obligations, Pothier change de perspective et aborde beaucoup plus librement les questions de légitimation. Il énonce à peine le principe selon lequel c'est à l'auteur qu'incombe la réparation du dommage<sup>44</sup> et s'intéresse davantage aux figures particulières, dont notamment l'enfant et le fou, l'homme ivre et le prodigue. Privés de raison, les deux premiers ne peuvent pas commettre de délit ou de quasi-délict et ne répondent par conséquent pas des dommages qu'ils causent<sup>45</sup>. Par contre, l'homme qui inflige un dommage en état d'ivresse est tenu à le réparer. Certes, il n'avait pas toute sa raison lorsqu'il commettait le méfait. Mais il répond néanmoins du dommage, parce qu'il s'était privé de sa raison par sa propre faute<sup>46</sup>. Le prodigue aussi est obligé de réparer le dommage causé. Pothier distingue ici habilement entre incapacité contractuelle et capacité délictuelle et quasi délictuelle. Celui qui contracte avec un prodigue néglige l'interdiction publique de son cocontractant. Par conséquent, il agit à ses propres risques. En revanche, s'il se fait infliger un dommage par un prodigue, il n'a, évidemment, pas choisi préalablement de prendre ou non ce risque. Il se justifie donc qu'il bénéficie, à l'égard du prodigue, de la même protection légale qu'envers toute autre personne<sup>47</sup>.

La dernière catégorie, et en même temps celle qui a eu une influence directe sur le Code civil français<sup>48</sup>, concerne la responsabilité des pères, mères, tuteurs et précepteurs qui répondent des dommages causés, en leur présence, par leurs protégés. Toutefois, leur responsabilité est engagée seulement s'ils avaient pu empêcher le dommage. Les maîtres sont soumis à un

<sup>43</sup> POTHIER, *Pandectae* lib. 9, tit. 2 *Ad legem Aquiliam*, sect. 2, §3, 41.

<sup>44</sup> «...; et la personne qui l'a [le délit, B.W.] commis, [...] contracte l'obligation de réparer le tort qu'elle a causé», POTHIER, *Traité part.* 1, chap. 1, sect. 2, §2,118.

<sup>45</sup> POTHIER, *Traité part.* 1, chap. 1, sect. 2, §2,118.

<sup>46</sup> POTHIER, *Traité part.* 1, chap. 1, sect. 2, §2,119.

<sup>47</sup> POTHIER, *Traité part.* 1, chap. 1, sect. 2, §2,120.

<sup>48</sup> Voir CCF 1384. Certaines jurisprudences régionales de la fin du 17<sup>e</sup> siècle admettraient que «le maître n'est tenu civilement de son domestique, hors les lieux & fonctions où il l'emploie», ROUSSEAU DE LA COMBE, Guy du, *Recueil de jurisprudence civile*, 1762, article Délict, p. 123. A noter aussi combien, au milieu du 18<sup>e</sup> siècle, la référence à la jurisprudence romaine reste importante, au point que Rousseau la traite extensivement dans son recueil. Voir aussi l'article consacré au Dommage, p. 154s.

régime plus sévère puisqu'ils répondent des dommages causés par leurs domestiques même s'ils n'auraient pas été en mesure de les prévenir<sup>49</sup>.

Dans sa brève analyse du traité des obligations, Pothier ne s'échappe pas seulement de la tutelle du droit romain. Comme ses proches prédécesseurs, lui aussi aborde la légitimation de manière indirecte. La question n'est plus de savoir contre qui une action doit être dirigée. Pothier se demande quelles sont les personnes capables de commettre un délit ou quasi-délit et quels sont les éventuels répondants si l'auteur du dommage n'avait pas les capacités requises. Dès lors, les questions proprement procédurales passent sur un second plan.

Les textes que nous venons de parcourir abordent les questions de légitimation comme des variations d'un même thème. Le thème de base reste toujours celui-ci: En cas de dommage, qui peut demander réparation et vers qui doit-il se tourner? Les solutions, en revanche, varient fortement selon les auteurs. Donellus, qui fait probablement l'analyse la plus virtuose, se place résolument sur le terrain judiciaire. Qui est titulaire de quelle action contre quel défendeur? Fortement enraciné dans la tradition romaine, Donellus déploie toute la complexité de la jurisprudence romaine à laquelle il apporte ponctuellement des modifications ou des simplifications.

Un changement majeur se manifeste chez Grotius qui se place non pas sur le terrain procédural, mais s'intéresse de manière plus générale à la responsabilité. Qui est responsable d'un dommage? Grotius distingue notamment les auteurs du dommage selon leur implication dans l'acte, soit selon les degrés de leur activité ou passivité. La gradation fine des responsabilités dépasse le cadre strictement juridique pour tenir compte aussi d'éléments moraux. Cette façon de voir va desserrer pour les générations suivantes de juristes les liens avec la tradition romaine et ouvrira à la responsabilité des perspectives beaucoup plus larges. Déjà Pufendorf, mais aussi d'autres jusnaturalistes comme Wolff, aborderont la responsabilité sous un angle plus philosophique que juridique. Un deuxième – et cette fois double – tournant intervient avec Pothier. Dans son œuvre latine, les *Pandectae*, il retrace en toute clarté quelques lignes centrales de la légitimation romaine et rappelle ainsi des éléments proprement juridiques que les jusnaturalistes avaient tendance à négliger. Ensuite, dans le *Traité des obligations*, rédigé en français,

---

<sup>49</sup> POTHIER, *Traité* part. 1, chap. 1, sect. 2, §2,121.

Pothier écrit librement et propose, entre autres, un concept de responsabilité pour tiers préfigurant déjà l'article 1384 du Code civil français.

Il paraît difficile, et peut-être même vain, de distinguer une ligne conductrice dans ce foisonnement d'idées et d'arguments qui conduiront, par des chemins sinueux, de Donellus au parrain de la codification française. On voit surtout comment les juristes, en proposant leurs points de vue, balisent un champ de plus en plus vaste. Peu à peu, ils accumulent un vaste fond de raisonnements, considérations, questions et réponses possibles. Ce fond sera à disposition du législateur qui y puisera, s'en inspirera ou le rejettera pour composer sa propre loi. Dans ce sens, il n'y a précisément pas de ligne claire qui relierait les auteurs des différents siècles. Néanmoins, on voit nettement que l'évolution de la pensée juridique du droit commun est imprégnée d'une double attitude. D'une part, les juristes doivent libérer leur esprit de la puissante emprise du droit romain. D'autre part, ils puisent continuellement dans cette même tradition pour ne pas tomber, dans la résolution de leurs propres problèmes, en deçà du niveau juridique atteint dans les Pandectes. Ce mariage entre ouverture vers le passé et inventivité pour répondre aux défis présents et futurs laisse apparaître les débats juridiques comme d'incessants avancements et reculs. En même temps, c'est aussi ce mariage qui permet non seulement d'assurer une continuité normative, mais surtout de préparer, à partir du passé, la naissance de nouveaux ordres juridiques qui rompront avec la tradition.

Néanmoins, considérée dans son ensemble, l'évolution conceptuelle de la responsabilité aquilienne en droit commun se caractérise par deux traits majeurs: Premièrement, l'élaboration d'une clause générale de responsabilité. Certes, chacun des auteurs la façonne à sa manière. Mais l'essentiel est qu'ils reprennent tous l'idée de généralisation et d'abstraction normative et en font, ensemble, un courant doctrinal vigoureux qui entraînera les législateurs même les plus récents. Deuxièmement, le fondement de la responsabilité aquilienne sur le précepte *neminem laedere*. Dorénavant, c'est la *laesio* qui sera au centre de l'intérêt. Il peut s'agir d'une lésion de l'ordre juridique au sens strict ou, plus généralement, d'un devoir dicté par ou déductible de la loi. La *laesio* répond, au fond, à la même exigence que la clause générale avec laquelle elle partage son caractère générique. En faisant du *neminem laedere* le principe premier de la responsabilité, la distinction entre *iniuria* et *culpa* perd, du moins partiellement, de l'importance. Les deux notions parta-

gent l'essentiel, à savoir une forme d'infraction contre une règle qui aurait dû être respectée. Les distinctions catégorielles et techniques qui les séparent sont alors considérées comme secondaires.

## II. STRUCTURE ET RAISONNEMENT DE LA RESPONSABILITÉ AQUILIENNE EN DROIT COMMUN

### A. Modification de l'ordre matériel

#### 1. L'ordre matériel du Digeste et de la *lex Aquilia*

Le Digeste, compilation de la jurisprudence romaine en 50 livres est, selon Justinien, divisé en sept parties, dont l'énumération dans les constitutions «*Dedoken*»<sup>1</sup> et «*Tanta*»<sup>2</sup> témoigne d'une organisation qui se voulait harmonieuse et matériellement cohérente: «Nous les avons divisés [les livres B.W.] en sept parties, non pas de travers et sans raison, mais selon la nature et l'art des nombres et en accomplissant une division rationnelle des parties»<sup>3</sup>. Inspiré partiellement de la structure de l'Edit perpétuel<sup>4</sup>, le Digeste ne devait pas suivre un ordre rigoureux, mais regrouper les matières juridiques avoisinantes: «puisque'il était opportun de placer à proximité les choses qui parlent presque de la même chose»<sup>5</sup>.

La même règle souple a aussi été appliquée à la *lex Aquilia*. Avec les titres «Si un quadrupède a causé un dommage»<sup>6</sup>, «De ceux qui ont déversé ou jeté»<sup>7</sup> et «Des actions noxales»<sup>8</sup>, la *lex Aquilia* forme le livre 9, consacré à différents types de dommages infligés sans droit et aux actions qui peuvent en résulter. Si ces titres ont une certaine proximité matérielle, on peut se deman-

---

<sup>1</sup> *Constitutio «Dedoken»* 2-8c, in: Corpus iuris civilis, BEHRENDIS et al. (éd.), Heidelberg 1995, 1ss,

<sup>2</sup> *Constitutio «Tanta»* 2-8.

<sup>3</sup> «*et in septem partes eos digessimus, non perperam neque sine ratione, sed in numerorum naturam et artem respicientes et consentaneam eis divisionem partium conficientes*», *Constitutio «Tanta»*, 1; voir aussi *Constitutio «Dedoken»* 1.

<sup>4</sup> POTHIER, *Pandectae, Praefatio, Pars tertia*, cap. 2, 1, 3, p. XCVIII; KASER, Max, *Römische Rechtsgeschichte*, Göttingen 1993, 5. reprint de la 2<sup>e</sup> édit., 248.

<sup>5</sup> «*... cum oportuerat ea quae de eodem paene loquuntur in confinio ponere*», *Constitutio «Tanta»* 5.

<sup>6</sup> *Si quadrupedes pauperiem fecisse dicatur*, D. 9, 1.

<sup>7</sup> *De his, qui effuderint vel deiecerint*, D.9, 3.

<sup>8</sup> *De noxalibus actionibus*, D.9, 4.

der si certains autres, comme celui «Des injures et libelles diffamatoires» qui se trouve tout à la fin du Digeste<sup>9</sup>, n'auraient pas tout aussi bien rempli les critères retenus par Justinien.

De même, matériellement il n'y a pas de raison contraignante de placer le livre 9, consacré, nous l'avons dit, aux dommages causés sans droit à des tiers, entre les servitudes du livre 8 et les actions en bornage, partage, division et exhibition du livre 10.

## 2. L'ordre matériel dans le ius commune

C'est précisément l'ordonnancement de la matière dans le Digeste qui est l'un des premiers éléments à avoir suscité la critique des auteurs du *ius commune*. Donellus, nous l'avons vu, conteste par exemple l'existence d'une quelconque raison de placer la *lex Aquilia* à l'endroit où elle se trouve<sup>10</sup>. Plus généralement, il remet en question l'ensemble de l'ordre du Digeste, dans lequel il voit surtout une «*summam rerum confusionem*»<sup>11</sup>, qu'il veut remplacer par un ordre basé sur la raison et sur la nature du droit<sup>12</sup>.

Cette critique se prolongera. Les titres des grands ouvrages de doctrine annoncent souvent la volonté de poser le droit sur des nouvelles bases. Si Pufendorf lui-même choisit simplement le titre *De Jure Naturae et Gentium libri octo*, dans l'ordre matériel il s'éloigne définitivement du *Corpus Iuris Civilis*. Jean Barbeyrac, en revanche, ajoute dans sa traduction du *Jus Naturae* de Pufenforf un sous-titre révélateur: *Système général des principes de la morale, de la jurisprudence et de la politique*. Domat, qui est plus juriste que Pufendorf et qui reste beaucoup plus fidèle à la tradition romaine, annonce explicitement qu'il cherche à donner au droit un nouvel ordre: *Les Loix civiles dans leur ordre naturel*. Wolff, plus proche de Pufendorf dont il reprend des éléments d'ordonnancement matériel, veut conférer au droit, outre sa structure systématique, un caractère scientifique: *Jus Naturae methodo*

<sup>9</sup> D. 47, 10.

<sup>10</sup> DONELLUS, Opera 10, Ad tit. D. ad legem Aquiliam, cap. 1, 1, p. 1.

<sup>11</sup> DONELLUS, Opera 1, cap. 1, De compositione & collocatione Pandectarum, 1, 10, p. 9; voir aussi sa préface *Ad amplissimos et nobilissimos dominos consules senatusque inclytæ urbis Norimbergæ, Praefatio*, in: DONELLUS, Opera 1, XXIII – XXXI.

<sup>12</sup> DONELLUS, Opera 1, cap. 2, operis, & iuris civilis partitio, 2, pp. 13s.

*scientifica pertractatum*<sup>13</sup>. Pothier, finalement, emboîte le pas à Domat et appelle son traité du droit romain *Pandectae Justinianae, in novum ordinem Digestae*. Sans parler de Grotius qui a influencé tous ces auteurs et dont le *De iure belli ac pacis* n'a, en raison de sa thématique, plus de lien avec l'ordre matériel du *Corpus Iuris Civilis*.

Parmi les ordonnancements matériels, très divers, développés par les auteurs cités, ce sont surtout les interventions de Domat et de Pothier qui ont conduit ce mouvement à son point de maturité et qui, du fait d'avoir influencé de manière décisive les grandes codifications européennes, méritent ici quelques observations.

Domat donne une appréciation très nuancée des sources romaines. Il reconnaît que la richesse casuistique du Digeste, qui impose l'estime et le respect, nous permet d'«admirer les lumières que Dieu à données aux Infidelles, dont il a voulu se servir pour composer une science du Droit naturel»<sup>14</sup>.

En revanche, il critique la forme retenue par les codificateurs de Justinien. Ces derniers ont ramassé une «infinité de réflexions»<sup>15</sup> juridiques sur les éléments les plus divers, sans les mettre dans un ordre adéquat. Le Codex et le Digeste «étaient principalement faits pour conserver ce dépôt de loix & de regles qui y sont recueillies, & que l'ordre naturel qui les lie entr'elles, n'a pas été la vûë qu'on s'y est proposée»<sup>16</sup>.

Outre ces réserves par rapport à l'agencement des matières, Domat formule une critique de principe qui, en filigrane, laisse déjà entrevoir les premières démarches vers les codifications à venir. Il constate que Justinien n'a

---

<sup>13</sup> Précisons toutefois que, à part la modification de l'ordre matériel qui était une préoccupation importante des juristes de cette époque, certains praticiens du droit cherchaient par d'autres moyens à rendre le droit romain plus accessible. Johannes Voet notamment suivait dans son *Commentarius ad Pandectas* l'ordre des livres et titres du Digeste. Son intervention se situait sur un autre plan. Conformément à la méthode de travail de *l'usus modernus*, il comparait délibérément le droit romain avec le droit de son époque et confrontait sans cesse les solutions des anciens à celles retenues par le droit de son temps. Ce contrôle, qui concernait davantage le fond que la forme, reconnaissait le droit romain comme une source privilégiée, mais le poussait définitivement de son piédestal pour en faire un texte sujet à examen, modifications et corrections. En un certain sens, Voet anticipait une partie du travail de l'école historique du droit, en cherchant à formuler un droit contemporain à partir du droit romain. Voir VOET, Johannes, *Commentarius ad Pandectas*, Coloniae Allobrogum 1778, *Lectori benigno*.

<sup>14</sup> DOMAT, *Loix civiles*, Préface, Sur le dessein de ce livre.

<sup>15</sup> DOMAT, *Loix civiles*, Préface, Sur le dessein de ce livre.

<sup>16</sup> DOMAT, *Loix civiles*, Préface, Sur le dessein de ce livre.

pas, ou pas suffisamment, extrait les règles juridiques des décisions particulières: «il faut les en tirer, en y considérant par de différentes reflexions, les raisons de douter, pour y reconnoître celles qui décident, & qui doivent former les regles»<sup>17</sup>. Plus fondamentalement, Domat semble ici remettre en doute l'adéquation du matériel casuistique avec le but poursuivi. Un ordre juridique clairement structuré suppose avant tout des principes et des règles généraux et abstraits, détachés des circonstances du cas particulier. C'est seulement en se débarrassant de la confusion des détails qu'on pourra «former un système net & précis de chaque matière»<sup>18</sup>.

Le programme esquissé se lit comme une instruction succincte de codification: «Le dessein qu'on s'est proposé dans ce Livre est donc de mettre les Loix Civiles dans leur ordre, de distinguer les matières du Droit, & les assembler selon le rang qu'elles ont dans le corps qu'elles composent naturellement: diviser chaque matière selon ses parties; & ranger en chaque partie le détail de ses définitions, de ses principes & de ses regles, n'avançant rien qui ne soit ou clair par soi-même, ou précédé de tout ce qui peut être nécessaire pour le faire entendre»<sup>19</sup>. En mettant au centre de son projet les définitions, principes et règles de droit, il relègue la casuistique sur un deuxième plan et lui substitue une nouvelle forme normative, systématique celle-ci, et composée de normes générales et abstraites. Toutefois, l'exécution concrète de ce vaste programme sera réservée à Christian Wolff qui jettera, avec son immense *Jus Naturae*, les bases pour les grandes codifications nationales.

Relevons en marge un détail, dans cette préface, qui nous éclaire sur le rapport entre droit romain et droit coutumier. Après avoir justifié sa critique par les problèmes rencontrés par les étudiants dans l'étude du droit romain, Domat observe que les praticiens aussi éprouvent des difficultés. Le manque de clarté, notamment du Digeste, permet aux avocats d'y puiser des règles souvent contraires aux coutumes et de les faire valoir en justice. Inversement, ils écartent, souvent par ignorance, des règles de droit naturel romain qui pourraient suppléer aux coutumes<sup>20</sup>. A en croire Domat, dans la pratique juridique la séparation entre coutume et droit romain ne fut pas toujours rigoureuse. Dans des procès soumis en principe au droit coutumier, les parties

<sup>17</sup> DOMAT, *Loix civiles*, Préface, Sur le dessein de ce livre.

<sup>18</sup> DOMAT, *Loix civiles*, Préface, Sur le dessein de ce livre.

<sup>19</sup> DOMAT, *Loix civiles*, Préface, Sur le dessein de ce livre.

<sup>20</sup> DOMAT, *Loix civiles*, Préface, Sur le dessein de ce livre.

purent se servir d'une argumentation inspirée de droit romain pour motiver leur cause, et cela même dans des ordres juridiques qui, en principe, refusaient au droit romain une fonction supplétive. Cette attitude, certainement pas isolée à l'époque, rappelle du reste une démarche fréquente de notre droit contemporain, où le juge s'inspire de plus en plus des solutions retenues dans les ordres juridiques d'autres pays.

Domat revoit l'ensemble du Digeste en abandonnant l'ordonnancement matériel romain. Par rapport au livre 9 du Digeste, il distingue d'abord, dans le titre VIII du livre II des Loix civiles, entre trois sortes de fautes qui peuvent conduire à un dommage: Celles liées à un crime ou un délit, celles qui surviennent dans un rapport contractuel et celles qui n'ont de rapport ni avec le premier ni avec le deuxième de ces deux groupes. Ces critères lui permettent à la fois de regrouper et de distinguer entre elles trois catégories juridiques différentes: la faute pénale, l'inexécution fautive du contrat et la responsabilité aquilienne.

Le dernier de ces trois groupes porte le titre «Des dommages causez par des fautes qui ne vont pas à un crime, ni à un délit»<sup>21</sup>. Il est subdivisé en quatre sections qui reprennent, du moins partiellement et dans un nouvel ordre, la structure du livre 9 du Digeste dont les quatre titres sont, nous l'avons vu: *Si quadrupes pauperiem fecisse dicatur* (D. 9,1); *Ad legem Aquiliam* (D. 9,2); *De his qui effuderint vel deiecerint* (D. 9,3); *De noxalibus actionibus* (D. 9,4). Faute d'institution de l'esclavage au sens romain du terme, Domat laisse tomber le dernier de ces quatre titres, consacré à l'action noxale<sup>22</sup>. Des trois autres, il traite d'abord «De ce qui est jetté d'une maison, ou qui en peut tomber & causer du dommage»<sup>23</sup>, et poursuit avec «Des dommages causez par des animaux»<sup>24</sup>, «Du dommage qui peut arriver de la chute d'un bâtiment, ou de quelque nouvelle œuvre»<sup>25</sup> et «Des autres especes de dommages causez par des fautes, sans crime ni délit»<sup>26</sup>.

<sup>21</sup> DOMAT, Loix civiles, liv. II, tit. VIII, sect. IV, p. 175.

<sup>22</sup> Gai. D. 9, 4, 1

*Noxales actiones appellantur, quae non ex contractu, sed ex noxa atque maleficio servorum adversus nos instituuntur; quarum actionum vis et potestas haec est, ut, si damnati fuerimus, liceat nobis deditone ipsius corporis quod deliquerit evitare litis aestimationem.*

<sup>23</sup> DOMAT, Loix civiles, liv. II, tit. VIII, sect. I, p. 175.

<sup>24</sup> DOMAT, Loix civiles, liv. II, tit. VIII, sect. II, p. 176.

<sup>25</sup> DOMAT, Loix civiles, liv. II, tit. VIII, sect. III, p. 178.

<sup>26</sup> DOMAT, Loix civiles, liv. II, tit. VIII, sect. IV, p. 180.

La simple inversion de l'ordre des sections est ici combinée avec un véritable regroupement thématique des matières. Dans le Digeste, les dispositions concernant les dommages résultant de la chute de bâtiments se trouvent dans un tout autre endroit. Sous le titre *De damno infecto et de suggrundis et proiectionibus*, elles y forment le titre D. 39, 2. Aujourd'hui, ce regroupement ne nous étonnera pas, parce que nos codes ont maintenu cet ordre et traitent de la responsabilité pour des bâtiments et ouvrages dans le cadre de la responsabilité aquilienne<sup>27</sup>.

Plus étonnant, en revanche, est le commentaire de Domat par rapport aux dommages causés par des bâtiments. Il remarque que «notre usage est différent de la disposition du droit romain». Coutumier ou romain à l'origine, l'usage, ou mieux, les usages qu'il constate à son époque se sont éloignés de la solution romaine. Raison pour laquelle il décide «de tourner et accommoder à notre usage les règles du droit romain, selon qu'elles peuvent s'y rapporter»<sup>28</sup>. En d'autres termes, il ne s'agit plus du tout, ici, de donner un nouvel ordre au droit romain. Domat dévoile un projet beaucoup plus ambitieux, annoncé du reste au moins partiellement dans le titre de l'ouvrage. Tout en reconnaissant le poids prépondérant du droit romain dans la tradition juridique française, il veut proposer un droit civil à la fois réorganisé et applicable. Son souci est bien celui que nous avons entrevu dans sa préface. Les *Loix civiles* doivent répondre au double besoin du scientifique qui enseigne la matière et du praticien – juge ou avocat – chargé de résoudre les litiges qui lui sont soumis. Pour atteindre ce but, pas question de revenir simplement à un droit romain réorganisé. Au contraire, pour satisfaire les exigences décrites, il s'agit de retenir la solution qui remplit à la fois les critères théoriques et pratiques, même au prix de plier le droit romain aux usages qui ont cours<sup>29</sup>.

---

<sup>27</sup> CO art. 58.

<sup>28</sup> DOMAT, *Loix civiles*, liv. II, tit. VIII, sect. III, p. 178.

<sup>29</sup> Le regroupement matériel opéré par Domat nous contraint aussi à une précision terminologique. Confinée en droit romain au D. 9,2 *Ad legem Aquiliam* qui traite uniquement de la *lex Aquilia* et de la jurisprudence qu'elle a générée, la responsabilité aquilienne au sens strict du terme est limitée aux dommages extracontractuels, causés à autrui de manière illicite ou fautive, à l'exclusion de la responsabilité des détenteurs d'animaux et propriétaires de bâtiments et autres ouvrages. *A fortiori*, les dommages résultant d'actes de concurrence déloyale n'en faisaient pas partie. L'extension de la notion de responsabilité aquilienne à ces champs-ci est postérieure aux *Loix civiles* mais, pour les deux premiers, clairement suggérée par les regroupements matériels opérés par Domat.

La responsabilité aquilienne au sens romain du terme, présentée dans la section IV du titre VIII sous le libellé «Des autres especes de dommages causez par des fautes, sans crime ni délit», subit des modifications importantes. Domat ne reprend qu'une petite partie des fragments de *la lex Aquilia* et les subdivise en dix groupes thématiques<sup>30</sup> entièrement différents de l'ordonnement romain. Toujours en ce qui concerne la forme, il choisit une présentation qui, nous l'avons dit, fait figure de précurseur des codifications. Il formule, en quelques lignes et en langue française, des textes qui portent par endroits déjà les traces de règles générales et abstraites. A l'appui, il cite ensuite en latin des fragments choisis du Digeste. Ici encore, le projet de Domat va bien au-delà d'une simple réorganisation des sources. Il formule ses propres règles et solutions juridiques, inspirées surtout du droit romain, mais aussi du droit coutumier annoncé au début de la section III, ainsi que de la raison naturelle affichée dans le titre de l'ouvrage.

Pothier, qui reconnaît en principe l'excellence des sources romaines, affiche lui aussi d'emblée sa distance critique, en intitulant la dernière partie de la préface des *Pandectae*: «Les défauts qui ont pénétré la composition des Pandectes de Justinien: & de la méthode d'un nouvel ordre et de son application dans le reste de notre ouvrage»<sup>31</sup>.

Il y formule trois griefs. Premièrement, les textes du Digeste sont partiellement interpolés et corrompus. Ils proviennent de couches historiques diverses, du droit antique au droit germanique, dont les éléments sont parfois difficiles à distinguer<sup>32</sup>. Deuxièmement, le Digeste contient une multitude d'opinions contradictoires «*quae nullâ probabili ratione possint conciliari*»<sup>33</sup>. Ces antinomies irréductibles ayant toutes la même force de loi, on ne réussit pas toujours à savoir laquelle des opinions l'emporte. Troisièmement, le dé-

<sup>30</sup> 1. Dommages causez par des fautes sans dessein de nuire 2. Défaut de délivrance 3. Dommage causé par un fait innocent 4. Précaution dans les ouvrages & travaux d'où il peut arriver quelque dommage 5. Ignorance de ce qu'on doit sçavoir 6. Incendies 7. Dommage causé pour éviter un péril 8. Dommage qu'on pouvait empêcher 9. Dommage arrivé par un cas fortuit, précédé de quelque fait qui y donne lieu 10. Dommage causé par un cas fortuit précédé d'une faute, DOMAT, Loix civiles, liv. II, tit. VIII, sect. IV, p. 180.

<sup>31</sup> «*Qua in Pandectarum Justinianearum compositione vitia irreperint: & de methodo quam in illis novo ordine disponendis, & in reliquo Opere nostro adhibuimus*», POTHIER, Pandectae, Praefatio, pars tertia, caput secundum, p. XCVII.

<sup>32</sup> POTHIER, Pandectae, Praefatio, pars tertia, caput secundum, 1, 1, p. XCVII.

<sup>33</sup> POTHIER, Pandectae, Praefatio, pars tertia, caput secundum, 1, 2, p. XCVIII.

faut le plus grave réside dans l'absence de méthode: «dans tout l'ouvrage, presque aucune méthode n'a été appliquée»<sup>34</sup>. Même si l'Edit perpétuel avait servi de modèle, la plupart du temps la répartition du matériel a été faite maladroitement (*inconcinne*).

Ces critiques dépassent de loin le simple agencement des matières et s'attaquent à la substance même du Digeste. Comment considérer ce dernier comme une véritable source, alors qu'il est une composition hétérogène de fragments juridiques datant de différents siècles, de surcroît corrompus par les interventions des codificateurs? Comment lui reconnaître une autorité de loi, alors que les solutions jurisprudentielles sont contradictoires? Et finalement, comment s'en servir et dans quel but, étant donné le manque de méthode qui le caractérise?

C'est ce regard sans complaisance qui conduit Pothier à se demander, de manière rhétorique, s'il faut abandonner l'étude du droit romain. Bien sûr que non! Mais la source doit être remaniée: «Que ainsi, par la lecture même des lois du droit civil, l'expérience puisse facilement être appariée, par [d'une part, B.W.] la méthode reconstruite qui est réclamée dans les Pandectes de Justinien, et [d'autre part, B.W.] en même temps par ce qui a été ajouté et inséré qui [nous, B. W.] rend plus apte(s) à la compréhension; tel est le but déclaré de notre travail dans le présent ouvrage»<sup>35</sup>. Derrière cette déclaration alambiquée se cache un programme pédagogique simple. Pothier veut, notamment avec une nouvelle présentation plus méthodique, rendre les Pandectes plus accessibles. En même temps, son regard évolue. Il approche le droit romain en historien, intéressé à enrichir son expérience juridique par l'expérience d'autres époques, mais loin de songer à une application pratique du *Corpus Iuris Civilis*. Si cela ne l'empêchait bien sûr pas de s'inspirer, ponctuellement, d'une règle romaine pour résoudre un cas actuel, les Pandectes dans leur ensemble ne répondaient plus aux exigences, notamment de méthode, que l'évolution juridique récente était en train d'imposer.

Malgré ces griefs, Pothier reste respectueux des sources. Pour ne pas trop se démarquer de l'ouvrage qu'il veut rendre plus accessible, il maintiendra la subdivision originale en 7 parties<sup>36</sup>, ainsi que l'ordre des 50 livres et

<sup>34</sup> «..., quòd nulla ferè in toto Opere fuerit adhibita Methodus», POTHIER, Pandectae, Praefatio, pars tertia, caput secundum, 1, 3, p. XCVIII.

<sup>35</sup> POTHIER, Pandectae, Praefatio, pars tertia, caput secundum, 2, 2, p. XCIX.

<sup>36</sup> Cf. *Constitution «Tanta»* 2-8.

des titres qu'ils contiennent. En revanche, le contenu des différents titres peut être modifié et le texte des différentes lois, qui sera maintenu, peut changer de place ou de titre<sup>37</sup>.

Pour une meilleure compréhension, le texte lui-même est complété par des fragments des XII-Tables, des *Institutes* de Gaius et des textes d'autres juristes, ainsi que du *Codex* et des *Novellae* de Justinien. Par ailleurs, Pothier privilégie les sources plus anciennes au détriment des plus récentes, déjà influencées par les lois «gothiques à l'odeur barbare»<sup>38</sup>.

En outre, il enrichit le texte de notes explicatives qui, basées sur les meilleurs commentaires disponibles, corrigent des lectures et interprétations erronées.

C'est dans ce même esprit que Pothier revoit aussi le livre 9 et, plus particulièrement, le titre *2 Ad legem Aquiliam*. Il respecte l'ordre des livres D. 9, 1 – 9, 4 du Digeste<sup>39</sup>, mais remanie l'intérieur des titres. Il reprend presque la totalité des fragments du titre 9,2, mais les met dans un nouvel ordre, en les subdivisant en trois sections, dont chacune est consacrée à un problème spécifique. En premier lieu, il discute quand les actions de *la lex Aquilia* peuvent entrer en ligne de compte: *Quando locus sit actionibus Legis Aquiliae*<sup>40</sup>. La deuxième section est consacrée aux légitimations active et passive: *Cui & adversus quem actio Legis Aquiliae competat*<sup>41</sup> et la section trois traite des prétentions que le demandeur peut faire valoir: *Quid veniat in actione Legis Aquiliae*<sup>42</sup>.

La subdivision des sections, en articles et paragraphes pour la première et en paragraphes pour les deux autres qui sont de moindre taille, trahit la dextérité pédagogique de Pothier. Comme dans un manuel de droit destiné aux étudiants, chacun des articles et paragraphes porte un titre qui annonce et délimite le problème abordé: «Quand l'action de la loi aquilienne peut avoir lieu à partir du premier chapitre»<sup>43</sup>, «Quand l'action de la loi aquilienne peut

<sup>37</sup> POTHIER, *Pandectae, Praefatio, pars tertia, caput secundum*, 2, 2, 1, p. XCIX.

<sup>38</sup> POTHIER, *Pandectae, Praefatio, pars tertia, caput secundum*, 2, 2, 4°, p. C.

<sup>39</sup> *Si quadrupes pauperiem fecisse dicatur; Ad legem Aquiliam; De his qui effuderint vel deiecerint; De noxalibus actionibus.*

<sup>40</sup> POTHIER, *Pandectae, lib. 9, tit. 2, Ad legem Aquiliam, sect. 1.* p. 255ss.

<sup>41</sup> POTHIER, *Pandectae, lib. 9, tit. 2, Ad legem Aquiliam, sect. 2.* p. 261s.

<sup>42</sup> POTHIER, *Pandectae, lib. 9, tit. 2, Ad legem Aquiliam, sect. 3.* p. 263s.

<sup>43</sup> «*Quando sit locus actioni legis Aquiliae ex primo Capite*», POTHIER, *Pandectae, lib. 9, tit. 2, Ad legem Aquiliam, sect. 1. art. 1.* p. 255.

avoir lieu à partir du troisième chapitre»<sup>44</sup>, «Ce qui est commun aux chapitres un et trois de la *lex Aquilia* et comment on est tenu par eux»<sup>45</sup>, etc.

Le nouvel ordre annoncé dans le titre de l'ouvrage révèle ici toute sa portée. Pothier donne à la matière un ordre méthodique dicté par la pratique juridique. Comment empoigner une affaire de responsabilité aquilienne? *Primo*, déterminer le champ d'application de la loi pour savoir si, *in casu*, les conditions d'application sont remplies. *Secundo*, vérifier la légitimation active et passive des parties. *Tertio*, calculer les prétentions que le lésé peut faire valoir.

Pour cet exercice, le Digeste est une formidable mine de jurisprudence qui permet au juriste d'exercer et d'affiner son raisonnement à l'aide d'une casuistique nuancée. Toutefois, si le Digeste fournit de précieuses catégories juridiques, celles-ci revêtent une forme périmée qui, même après remaniement, ne répond plus aux exigences énoncées par la doctrine de l'époque.

Le caractère propédeutique des *Pandectae* ressort encore plus clairement si l'on considère le *Traité des Obligations*, autre ouvrage majeur de Pothier. Il s'agit du premier d'une série de traités consacrés à divers types de contrats (contrat de vente, de constitution de rente, de louage, de bail, de société, etc.) ainsi qu'à un certain nombre d'autres institutions (Traité de la communauté, du Douaire, du droit d'habitation, des donations entre mari et femme, etc.). A la différence des *Pandectae*, les traités n'ont pas de caractère spécifiquement historique. Pothier puise largement dans les concepts romains, par exemple pour définir le contrat de vente, mais s'en sépare allègrement là où bon lui semble<sup>46</sup>. Il ne s'agit pas de rendre une matière historique plus transparente, mais de fournir une analyse détaillée des concepts juridiques contemporains.

Sur le plan systématique, les bases de la responsabilité aquilienne y sont conçues de façon entièrement différente que dans les *Pandectae Justinianae*. Pothier part de la question suivante: Quels sont les éléments essentiels des obligations? Ils sont au nombre de trois. Toute obligation doit avoir (i) une

<sup>44</sup> «*Quando locus sit actioni ex tertio Capite Legis Aquiliae*», POTHIER, *Pandectae*, lib. 9, tit. 2, Ad legem Aquiliam, sect. 1. art. 2, p. 256.

<sup>45</sup> «*Quid commune sit tam primo quàm tertio Capiti Legis Aquiliae, ut quis ex his teneatur*», POTHIER, *Pandectae*, lib. 9, tit. 2, Ad legem Aquiliam, sect. 1. art. 3, p. 257.

<sup>46</sup> POTHIER, *Traité du contrat de vente*, Œuvres, tome 3, article préliminaire, 1, p. 1s.

cause d'où elle naît, (ii) des partenaires qu'elle lie et (iii) un objet<sup>47</sup>. De manière parfaitement méthodique, il reprend le premier élément de la réponse pour continuer son investigation. Quelles sont les causes des obligations? Les *contrats*, les *délits* et les *quasi-délits*; quelquefois la *loi*<sup>48</sup>. Le contrat étant la cause la plus fréquente, il est traité en premier<sup>49</sup>. C'est en deuxième lieu seulement que Pothier aborde les autres causes des obligations, parmi lesquelles les *délits et les quasi-délits* dont fait partie la responsabilité aquilienne<sup>50</sup>.

Le Digeste, ordonné selon Justinien par association de sujets juridiques proches et par des critères d'harmonie et de beauté, est ici fractionné. Pothier procède par une démarche analytique qui cherche à saisir les éléments essentiels de chacun des instituts abordés et à formuler des définitions. A la différence du Digeste, c'est leur enchaînement méthodique qui détermine l'ordre et le développement de la matière<sup>51</sup>.

Mais les théoriciens ne sont pas seulement attirés par des questions d'ordre et de structure du droit romain. Ils s'intéresseront aussi, nous le verrons, à la *méthode juridique* dont les transformations affecteront durablement le droit continental.

## B. Mode de raisonnement

Parallèlement à l'ordre matériel, le raisonnement juridique romain et, dans son sillage, la hiérarchie normative subissaient aussi des modifications. Dans cette réorganisation du droit, à laquelle participaient à la fois les juristes et les philosophes du droit, les projets les moins connus, mais certainement les plus innovateurs, sont ceux de Leibniz. Qu'il s'agisse de nouvelles méthodes pour l'apprentissage et l'enseignement du droit<sup>52</sup> ou de l'analyse des sources ro-

<sup>47</sup> POTHIER, Traité, 1<sup>re</sup> partie, chap. 1, 2, p. 3.

<sup>48</sup> POTHIER, Traité, 1<sup>re</sup> partie, chap. 1, n° 2, p. 3.

<sup>49</sup> POTHIER, Traité, 1<sup>re</sup> partie, chap. 1, sect. 1, n° 2ss, pp. 4ss.

<sup>50</sup> POTHIER, Traité, 1<sup>re</sup> partie, chap. 1, sect. 2, § 2, 116ss, pp. 57ss; voir aussi § 3, 123ss, pp. 59s.

<sup>51</sup> POTHIER, Traité, part. 1, chap. 1, sect. 2, § 3, 123; voir aussi *supra*.

<sup>52</sup> Cf. LEIBNIZ. Le droit de la raison. Textes réunis et présentés par René SEVE, Paris 1994, 189.

maines<sup>53</sup>, Leibniz se distingue des autres auteurs par des projets tellement insolites que les contemporains ne les saisissaient pas immédiatement. Dans son texte «Pour mettre en ordre le droit romain»<sup>54</sup>, Leibniz propose une subdivision en chapitres thématiques: Grammaire du droit, logique du droit, métaphysique du droit, physique du droit, mathématique du droit. Le chapitre concernant la grammaire du droit aurait comme objet l'interprétation et l'étude de la syntaxe; celui de la logique du droit devrait expliquer les formes des raisonnements juridiques; la métaphysique du droit serait consacrée à l'étude de l'un et du multiple, de la cause et de l'effet, du tout, de la partie et des choses semblables; la physique du droit aurait comme objet l'analyse de la nature des objets concernés par le droit, comme la nature des animaux, des champs, etc.; la mathématique du droit, finalement, s'occuperait des mesures, du poids et des notations des temps<sup>55</sup>. En contact avec la pratique juridique tout au long de sa vie, Leibniz fait une contribution théorique qui n'aura que peut d'écho sur le moment, mais qui marquera indirectement l'évolution du droit.

C'est avant tout Wolff qui, profondément influencé par Leibniz, avec lequel il échangea entre 1704 et 1716 une bonne centaine de lettres,<sup>56</sup> tenta de mettre en œuvre, dans son *Jus Naturae*, l'idée d'un système juridique *methodo scientifica pertractatum*, tel que Leibniz l'avait esquissé. Certes, cet ouvrage en huit volumes brise la pointe exaltante de l'esquisse de Leibniz et ses déductions et répétitions innombrables vaudront à Wolff la réputation de distiller l'ennui. Néanmoins, il marquera profondément la théorie juridique et, avant tout, les rédacteurs des premiers codes nationaux<sup>57</sup>.

---

<sup>53</sup> LEIBNIZ. Le droit de la raison. Textes réunis et présentés par René SEVE, Paris 1994, 208.

<sup>54</sup> LEIBNIZ. Le droit de la raison. Textes réunis et présentés par René SEVE, Paris 1994, 210-212.

<sup>55</sup> Pour la traduction du texte latin, voir LEIBNIZ. Le droit de la raison. Textes réunis et présentés par René SEVE, Paris 1994, 210ss.

<sup>56</sup> Cf. GERHARDT, J.C., Briefwechsel zwischen Leibniz und Christian Wolff, Halle 1860 (reprint Hildesheim 1971).

<sup>57</sup> Voir SCHRÖDER, Jan, Die privatrechtliche Methodenlehre des Usus modernus, in: SIMON, Dieter (éd.), Akten des 26. Deutschen Rechtshistorikertages, Frankfurt am Main 22. bis 26. September 1986, Frankfurt/M. 1987, 253-278, qui souligne que les méthodes analytique et topique gardent leur importance tout au long du 18<sup>e</sup> siècle. La rupture avec le raisonnement topique se produirait, selon Schröder, seulement au 19<sup>e</sup> siècle (267).

Pour Wolff, la vérité et la justice sont les deux fondements sans lesquels toute vie en société est en péril. Elles sont indissociables, car, sans vérité, la justice ne serait qu'un leurre qui menacerait la vie communautaire. Par conséquent, le droit qui est l'instrument pour mettre en œuvre la justice doit être mis dans une forme qui permette la preuve de sa vérité<sup>58</sup>.

La conjugaison de la vérité et de la justice, marque distinctive du jusnaturalisme, annonce toute une démarche juridique qui relie tradition et modernité.

La tradition met à disposition le fond juridique matériel. Pour définir la justice, Wolff reprend ici le précepte romain du *suum cuique tribuere* que déjà Justinien avait placé en tête des *Institutiones*: «Es bestehet die Gerechtigkeit in einem beständigen und unwandelbaren Willen einem jeden sein Recht widerfahren zu lassen, [...]»<sup>59</sup>. Le lien matériel avec la tradition romaine ne se limite bien sûr pas à quelques principes généraux. Au contraire, les jusnaturalistes, et avec eux Wolff, reprennent la plupart des institutions romaines, mais leur donnent une nouvelle forme juridique<sup>60</sup>.

Formellement, il s'agissait avant tout de donner au droit la fermeté et la précision des sciences exactes. Wolff, qui connaissait les développements (aujourd'hui reconnus comme révolutionnaires<sup>61</sup>) de Leibniz en logique pratique, en appliquait les principes dans le *Jus Naturae* pour transformer le

<sup>58</sup> «Wahrheit und Gerechtigkeit sind die Stützen des gemeinen Wesens: fehlen jene, so fällt dieses über den Haufen. Die Wahrheit kann von der Gerechtigkeit nicht getrennet werden, wenn anders nicht die Stotten, welche die gemeine Meynung gut heisset, den betriegerischen Schein derselben annehmen sollen.», WOLFF, Grundsätze, Adresse à Auguste Guillaume, Prince de Prusse, 3.

<sup>59</sup> WOLFF, Grundsätze, Adresse à Auguste Guillaume, Prince de Prusse, 3. «*Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*», I. 1, 1pr.

<sup>60</sup> Notons ici en marge que Wolff ne s'embarrasse pas, comme du reste aussi certains de ses prédécesseurs, d'une analyse détaillée des concepts qu'il puise dans les *Institutiones* de Justinien. Il part de l'idée que la raison est inscrite dans et issue de la nature. Justinien allait plus loin en admettant, non sans regret, que la raison se trouve du côté du droit des Gens qui peut se mettre en contradiction avec le droit naturel; «[...] *quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur*» I. 1, 2, 1. «*Ius autem gentium omni humano generi commune est. Nam usu exigente et humanis necessitatibus gentes humanae quaedam sibi constituerunt: bella etenim orta sunt et captivitates secutae et servitutes, quae sunt iuri naturali contrariae*». I. 1, 2, 2.

<sup>61</sup> KALINOWSKI, Georges et GARDIES, Jean-Louis, Un logicien déontique avant la lettre: Gottfried Wilhelm Leibniz, in: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, 1974/LX, 79-112.

droit en une science démonstrative, dans laquelle justice et vérité sont indissociablement liées.

Une norme n'est juste que si elle répond à des critères précis de vérité. En l'occurrence, dans son *Jus Naturae*, Wolff retient les critères de vérité logique, ontologique et morale<sup>62</sup>. Wolff exige explicitement que l'ensemble du droit soit soumis au mode démonstratif: *Quae in Jure Naturae traduntur, demonstranda sunt, ex ipsa quidem essentia & natura hominis atque rerum*<sup>63</sup>. Formellement, la démonstration suit les règles du syllogisme. Matériellement, elle est basée sur l'essence de l'homme et des choses. En d'autres termes, Wolff voulait partir des principes fondamentaux de la nature et en extraire, par preuves successives, le droit.

De manière plus spécifiquement juridique, il prétend que toute *obligatio naturalis*, toute obligation qui découle de l'ordre de la nature, a une raison suffisante dans l'essence même de l'homme et des choses<sup>64</sup>. La véracité de l'obligation naturelle est précisément garantie par la raison suffisante qui lie l'obligation à l'essence de l'homme et des choses.

Si ce projet relie la tradition et la modernité, il propose en réalité un mariage nouveau de techniques anciennes. Aussi bien les premières théories de droit naturel que les théories du syllogisme remontent à l'Antiquité grecque. En revanche, l'application systématique du syllogisme au droit naturel est beaucoup plus récente.

Comme déjà Grotius, mais aussi Pufendorf et Leibniz, Wolff tentait de conférer au droit un statut universel. Surtout Leibniz, mais aussi Wolff, parlaient de l'idée que la création dans son ensemble repose sur un seul et premier principe qui fonde à la fois les sciences théoriques comme les mathématiques, la métaphysique et la géométrie, mais aussi les sciences naturelles et l'éthique. Cette conviction nourrissait l'espoir que les mêmes méthodes qui avaient permis les grandes découvertes des sciences naturelles aux 16<sup>e</sup> et 17<sup>e</sup> siècles pouvaient durablement être appliquées au droit.

<sup>62</sup> WINIGER, Bénédict, *Das rationale Pflichtenrecht Christian Wolffs*, Berlin 1992.

<sup>63</sup> WOLFF, *Jus Naturae Pars I*, § 2; pour le système wolffien, voir aussi VOPPEL, Reinhard, *Der Einfluss des Naturrechts auf den Usus modernus*, Köln etc. 1996, 189ss.

<sup>64</sup> «*Enimvero obligatio naturalis in ipsa hominis rerumque essentia atque natura rationem sufficientem habet [...] cumque jus naturale vi legis naturalis homini competat*», WOLFF, *Jus Naturae Pars I*, § 2.

Pour Leibniz et Wolff, ce premier principe de la création était la *perfection*<sup>65</sup>. Puisque tous les éléments du monde et de l'Univers dans son ensemble découlaient rigoureusement du principe de perfection qui était le miroir d'un créateur parfait, il ne pouvait pas y avoir de contradiction ni entre les éléments qui composent le monde, ni entre les différentes sciences. Par conséquent, les différents ordres de connaissance devaient aussi partager les mêmes méthodes de travail. D'où précisément l'idée d'appliquer au droit les méthodes de la preuve par syllogisme.

De même, sur le plan matériel, la notion de justice, mais aussi les normes particulières, devaient se déduire, directement ou indirectement, du principe suprême et unificateur de la perfection. En d'autres termes, le système juridique tel qu'il était conçu par Leibniz et exécuté par Wolff, devait à la fois découler directement de la perfection comme premier principe unificateur de l'ensemble de la création et constituer l'ordre juridique de toute l'espèce humaine.

Le but que poursuivait Wolff dans son *Jus Naturae* dépasse de loin celui assigné à l'ordre juridique romain. Si le droit romain était essentiellement un droit pragmatique destiné, selon Justinien, à promouvoir la justice, le *Jus Naturae* devait en plus promouvoir, à travers la perfection, la *felicitas* et le *summum bonum* de tous. Mais la loi naturelle n'était pas seulement la clé pour atteindre le bien suprême et la félicité, elle était le seul moyen pour y parvenir: «*Qui summum bonum consequi & felicitatis compos fieri voluerit; ei Juris naturae cognitio necessaria*»<sup>66</sup>. L'unique manière d'atteindre le bonheur et le bien suprême était de respecter les règles du droit naturel. Wolff étend la fonction du *Jus Naturae* encore bien au-delà. L'homme qui veut avoir la conscience tranquille et qui veut se libérer de tout sentiment de culpabilité n'a pas d'autre choix que de respecter les règles du droit naturel<sup>67</sup>.

---

<sup>65</sup> «...; ce terme ou ce mot, *justice*, aura quelque définition ou notion intelligible: et de toute définition on peut tirer des conséquences certaines, en employant les règles incontestables de la logique; et c'est justement ce qu'on fait en fabriquant les sciences nécessaires et démonstratives, qui ne dépendent point des faits, mais uniquement de la raison, comme sont la Logique, la Métaphysique, l'Arithmétique, la Géométrie, la Science des mouvements, et aussi la science de droit», LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm, Méditations sur la notion commune de justice, in: MOLLAT, G., Rechtsphilosophisches aus Leibnizens ungedruckten Schriften, Leipzig 1885, 61.

<sup>66</sup> WOLFF, *Jus Naturae Pars I*, § 7.

<sup>67</sup> WOLFF, *Jus Naturae Pars I*, § 9 et 10.

Avec ce projet de *Jus Naturae*, la responsabilité aquilienne et notamment la notion de dommage changea de nature. Causer un dommage à quelqu'un revient désormais non seulement à détériorer la situation matérielle de quelqu'un, mais à causer un préjudice à son degré personnel de perfection. En même temps, le dommage n'est plus limité à l'individu lésé, mais constitue un amoindrissement de la perfection de la création entière. D'où la conséquence que le dommage comporte dorénavant un élément métaphysique. Tout dommage causé à autrui est en même temps un dommage infligé à l'œuvre du créateur. Dès lors, infliger un dommage est, sur le plan juridique, un acte contraire au droit et, sur le plan métaphysique, un péché: «On appelle un péché une action contraire à la loi naturelle et divine»<sup>68</sup>.

Le programme annoncé par Wolff bouleversa bien sûr le raisonnement juridique. De manière générale, le lien explicite avec les règles de la logique provoque un changement profond. Non pas que, auparavant, les juristes auraient bafoué la logique, mais les considérations théoriques de la logique n'avaient, comme du reste aujourd'hui, pas ou peu de place dans le discours juridique.

Sur le plan formel, Wolff définit, à l'aide de la logique, un certain nombre de critères auxquels la terminologie, le raisonnement, mais aussi les normes doivent répondre. D'abord, il reprend de sa *Philosophia rationalis sive logica* trois définitions de la vérité logique: une définition nominale (*nominalis*), réelle (*realis*) et génétique (*genetica*). C'est surtout la définition réelle de la vérité qui intéresse en droit: «*Veritas est determinabilitas praedicati per notionem subjecti*»<sup>69</sup>. C'est-à-dire qu'une proposition est vraie lorsque le prédicat peut être attribué au sujet. Par exemple, la proposition «un triangle a trois angles» est vraie, parce que le prédicat «trois angles» peut être attribué au sujet «triangle».

Wolff définit ainsi un critère de vérité logique qui permet de décider si une proposition donnée remplit les conditions de vérité: «Le critère de vérité est intrinsèque à la proposition de laquelle on reconnaît qu'elle est vraie; par conséquent, il offre les marques suffisantes pour reconnaître la vérité dans n'importe quel cas et pour distinguer une proposition vraie d'une [proposi-

<sup>68</sup> WOLFF, «*Peccatum dicitur actio legi naturae ac divinae contraria*», PPU I, § 440.

<sup>69</sup> WOLFF, *Logica latina*, Pars II, § 513.

tion] fausse; il est une notion distincte de la vérité»<sup>70</sup>. Autrement dit, une proposition est vérifiable sous l'angle de la logique seulement si la chose sur laquelle elle porte contient des marques distinctives et si la proposition est formée de notions claires.

Cette définition de la vérité logique établit en même temps le lien avec l'ontologie. Dans la philosophie pratique de Wolff, le critère de vérité logique ne peut en effet être vérifié sans une définition claire des termes utilisés et, par conséquent, sans une connaissance ontologique précise.

En même temps, Wolff adopte évidemment le principe de non-contradiction, selon lequel nous ne pouvons dire d'une chose et sous le même rapport que, simultanément, elle possède et ne possède pas une certaine qualité. Nous devons admettre que  $A$  n'est pas égal à  $\neg A$ .

La troisième règle, qui relève de l'ontologie et non pas de la logique, est le principe de la raison suffisante<sup>71</sup>. Wolff part de l'idée que toute chose a une raison: «Ce qui est ou ce qui se passe ne peut pas être séparé de la raison, par laquelle on peut concevoir pourquoi cela est ou se passe»<sup>72</sup>. La raison suffisante d'une chose nous permet de connaître cette dernière dans tous ses détails. La raison suffisante est la somme de toutes les raisons particulières qui expliquent un état de faits. Par exemple, celui qui sait qu'une plante a besoin d'eau pour grandir connaît une des raisons du développement de celle-ci. En revanche, pour disposer de la raison suffisante qui explique qu'elle grandit, il faudrait connaître tous les facteurs de la croissance de la plante.

Le principe de la raison suffisante joue un rôle central dans la philosophie pratique et dans la philosophie du droit de Wolff, notamment pour contrôler si le prédicat d'une proposition peut être attribué au sujet. En droit naturel, il permet, selon Wolff, de vérifier si le contenu d'une norme correspond à la nature. Dans un sens plus large, il garantit, avec le principe de non-contradiction, la correspondance formelle et matérielle entre le droit naturel

---

<sup>70</sup> «*Criterium veritatis est propositioni intrinsecum, unde agnoscitur, eam esse veram, consequenter offert notas ad veritatem in casu quolibet dato agnoscendam, adeoque veram propositionem a falsa discernendam sufficientes, estque notio veritatis distincta*», WOLFF, *Logica latina*, Pars II, § 523.

<sup>71</sup> «*Weil von nichts sich nichts gedencken lässet; so muss alles, was seyn kan, einen zureichenden Grund (oder eine raison) haben, daraus man sehen kan, warum es vielmehr ist als nicht ist*», WOLFF, *Deutsche Logik* (Vorbericht, § 4, p. 115).

<sup>72</sup> «*Ea quae sunt vel fiunt, sua non destituuntur ratione, unde intellegitur, cur sint, vel fiant*», WOLFF, *Logica latina* I, Disc. Prael. § 4.

et l'ordre de la nature. Tout ce qui ne répond pas au principe de la raison suffisante doit être éliminé du droit naturel.

Ces prémisses logiques et ontologiques conduisent Wolff à adopter un système de création de normes basé sur la déduction. Pour qu'une norme soit recevable en droit naturel, elle doit être déduite, directement ou indirectement, de l'ordre de la nature. Inversement, à partir de toute norme particulière, il doit être possible, par induction, de remonter aux premiers principes de la nature. En d'autres termes, de près ou de loin, toute disposition du droit naturel est déduite, logiquement et ontologiquement, de la volonté du créateur.

Ce projet proposé par Wolff s'adresse en premier lieu au législateur qui, lorsqu'il rédige des normes, doit respecter le lien déductif entre la nature et la norme.

Cette démarche ne se limite évidemment pas au législateur. Dans l'application concrète, le juriste est tenu de procéder de la même manière. Pas question d'inventer librement des normes. Pour garantir la cohérence entre l'ensemble des normes du droit naturel, tout verdict doit être déduit d'une norme adoptée par le législateur.

Le *Jus Naturae* de Wolff provoqua une forme de révolution copernicienne en droit. Généralement, le législateur romain rédigeait des lois succinctes et éparées qui réglaient de manière ponctuelle des points précis. Ces lois restreintes laissaient une importante marge d'interprétation. La jurisprudence volumineuse qui se formait autour d'elles constituait rapidement une deuxième couche normative indispensable à leur application.

Ces deux sources normatives parallèles, lois et jurisprudence, contraignaient le juriste à deux démarches logiques différentes. S'il se référait à la loi, le juriste remontait par induction du cas particulier à la norme générale ou descendait par déduction de la norme générale au cas particulier. Si le texte de la loi ne lui permettait pas de résoudre le cas d'espèce, il consultait la jurisprudence. Dans ce cas, il recherchait le cas de figure le plus proche et en transposait le raisonnement sur la cause à trancher. Dans ce cas, il procédait non pas par induction ou déduction, mais par analogie.

Dans les sources romaines et surtout dans le Digeste, la plupart des raisonnements sont analogiques et, en conséquence des lois brèves et ponctuel-

les soutenues par une jurisprudence abondante, la déduction et l'induction sont beaucoup moins fréquentes.

Le projet de Wolff renverse ces proportions. Il octroie aussi bien au législateur qu'au juge une démarche déductive ou inductive pour garantir le lien logique et ontologique entre la norme particulière et la règle générale. De ce fait, le raisonnement par analogie n'a, dans le projet de Wolff, pratiquement plus de raison d'être.

Si la solution de Wolff n'a évidemment pas été reprise telle quelle par la pratique juridique, elle a du moins laissé des traces profondes. D'une part, les codifications nationales qui, sur le plan systématique, ont été largement influencées par Wolff, offriront un tissu normatif beaucoup plus complet que la casuistique romaine et le juriste recourt régulièrement aux induction et déduction. D'autre part, la primauté de la loi contraint le juge à contrôler d'abord si la loi offre une solution adéquate, avant de consulter d'autres sources<sup>73</sup>.

Evidemment, l'analogie n'a pas été écartée entièrement du raisonnement juridique. Mais c'est dans un deuxième temps seulement et si la loi n'offre pas de solution que le juriste va chercher dans la jurisprudence et, donc, raisonner par analogie.

Dans le *Jus Naturae*, la responsabilité aquilienne n'échappe évidemment pas à la réorganisation. Wolff tente de faire une déduction systématique du *damnum iniuria datum* et du *damnum culpa datum*. Le principe général qui lui sert de base à la déduction est le précepte romain *neminem laedere*<sup>74</sup> qui interdit de léser autrui. Le caractère répréhensible de la *laesio* résulte de sa définition qui la rattache directement au principe métaphysique suprême: «La lésion est un acte par lequel autrui ou son statut extérieur est rendu moins parfait»<sup>75</sup>. La *laesio* est répréhensible du fait qu'elle amoindrit la perfection d'une personne individuelle et, à travers elle, celle de la création dans son entier.

La prochaine étape concerne l'*iniuria* qui est directement rattachée à la *laesio*: «Celui qui commet un acte illicite contre autrui le lèse, c'est-à-dire,

<sup>73</sup> Voir notamment ABGB 7, CCS I.

<sup>74</sup> Cf. notamment Inst. 1, 1, 3.

<sup>75</sup> «*Laesio est actio, qua alter vel status ejus externus redditur imperfectior*», WOLFF, *Jus Naturae* I, § 669.

tout acte illicite est une lésion»<sup>76</sup>. Deux paragraphes plus loin, Wolff reprend la même formule pour le *damnum datum*, la deuxième partie du *damnum iniuria datum*: «Celui qui inflige un dommage à autrui le lèse, c'est-à-dire, tout acte qui inflige un dommage est une lésion»<sup>77</sup>. A titre de justification, Wolff renvoie à nouveau à la diminution du degré de perfection résultant de tout dommage<sup>78</sup>.

La diminution du degré de perfection justifie en même temps l'interdiction d'infliger des dommages: «Personne ne doit infliger des dommages à autrui, mais plutôt, chacun doit, tant qu'il peut, détourner tout dommage d'autrui»<sup>79</sup>. L'argumentation, à nouveau, est basée sur la perfection. Notons que, ici, l'interdiction de léser est directement transformée en un impératif de promouvoir la perfection d'autrui.

Finalement, l'interdiction d'infliger des dommages oblige l'auteur à réparer le dommage infligé: «Tout dommage qui a été infligé, soit par dol soit fautivement, doit être réparé, c'est-à-dire, si tu as infligé un dommage à autrui, soit par dol soit par ta faute, tu es tenu de le réparer»<sup>80</sup>.

Cette déduction laborieuse ne mérite bien sûr pas tout à fait son nom. Il lui manque notamment la rigueur qui autoriserait la comparaison que Wolff aime faire avec les démonstrations géométriques. La terminologie n'a pas la précision exigée par Wolff lui-même et les liens entre les différentes normes sont plutôt d'ordre associatif ou relèvent, au mieux, d'une forme d'argumentation libre, sans contraintes déductives strictes.

Néanmoins, à travers cet exemple le projet de Wolff apparaît clairement. Il s'agit de développer un ordre juridique cohérent, non seulement sans contradictions internes entre les différentes normes, mais aussi sans contradictions externes, notamment avec des supra-structures philosophiques et théologiques. En même temps, en fondant son droit sur la nature, Wolff espère,

<sup>76</sup> «*Qui alteri injuriam facit, eum laedit, seu injuria omnis laesio est*», WOLFF, Jus Naturae II, § 530.

<sup>77</sup> «*Qui alteri damnum dat, eum laedit, seu, omnis damni illatio laesio est*». WOLFF, Jus Naturae II, § 532.

<sup>78</sup> Cf. aussi WOLFF, Jus Naturae II, § 492.

<sup>79</sup> «*Nemo alteri damnum dare, sed omne potius damnum unusquisque, quantum in se est, ab altero avertere debet*». WOLFF, Jus Naturae II, § 495.

<sup>80</sup> «*Dammum omne dolo vel culpa datum est resarciendum, seu si tu alteri sive dolo, sive culpa tua damnum dedisti, id eidem resarcire teneris*», WOLFF, Jus Naturae II, § 580.

comme tous ses prédécesseurs depuis l'Antiquité grecque, mettre un terme aux discussions concernant le contenu normatif.

Wolff ne propose pas seulement une nouvelle structure formelle du droit. En même temps, il adopte aussi d'autres structures matérielles pour la responsabilité aquilienne. Située dans un contexte entièrement différent de celui dans lequel se trouve la *lex Aquilia* dans le Digeste, la responsabilité est traitée dans un des chapitres consacrés à la propriété et, plus précisément, dans les obligations qui peuvent naître de la propriété: *De Obligationibus & Juribus ex dominio oriundibus*. Le dommage y est conçu comme une lésion infligée à la propriété. Cette dernière génère une obligation de laquelle découle, pour le lésé, un droit à la réparation. Comme le possesseur qui doit restituer la chose sur demande du propriétaire,<sup>81</sup> l'auteur doit restituer au propriétaire la valeur dont il l'a privé par le dommage qu'il lui a infligé. Dans les deux cas, le propriétaire fait valoir un droit qui découle de son titre.

Le concept wolffien de la responsabilité aquilienne peut être considéré comme le dernier pas d'une longue marche qui affranchit la science juridique de la tutelle romaine. Matériellement toujours présent, le tissu conceptuel romain a été transformé à un tel point que les auteurs des codifications à venir pouvaient se croire libres dans la composition des codes nationaux. Si libres qu'ils reprenaient, avec d'excellents arguments tirés des sources romaines et du droit commun, la géométrie de base et parfois même les détails de la responsabilité aquilienne romaine.

---

<sup>81</sup> WOLFF, *Jus Naturae Pars II*, § 471.



## Conclusions: *Opinio communis* en matière de responsabilité aquilienne

Sur quels concepts de responsabilité civile les auteurs des grands codes nationaux pouvaient-ils s'appuyer à la fin du 18<sup>e</sup> siècle? Malgré la diversité des points de vue défendus par les juristes que nous avons analysés, on peut clairement parler d'une *responsabilité aquilienne de droit commun*.

### (i) *Transformation et conceptualisation de la lex Aquilia*

La responsabilité aquilienne que les juristes développèrent du 16<sup>e</sup> au 18<sup>e</sup> siècles forme, dans les grandes lignes, une unité conceptuelle. De même, elle n'est pas un simple pastiche de la responsabilité aquilienne romaine, mais une transformation ingénieuse des concepts hérités.

Un premier acte de transformation concerne le texte même de la *lex Aquilia*. Celle-ci règle au chapitre I les cas où un esclave ou un quadrupède de troupeau a été tué et au chapitre III les cas où une chose a été brûlée, brisée ou rompue, ainsi que les cas d'*occidere* qui ne tombaient pas sous le chapitre I. Selon Ulpien, le deuxième chapitre est tombé en désuétude<sup>1</sup>. Les juristes du droit commun n'ont pas repris cette structure bipartite de la *lex Aquilia*, essentiellement pour des raisons liées à la fois à la subsidiarité matérielle du chapitre I et à l'abandon progressif de toute forme d'énumérations des biens juridiquement protégés, mais aussi parce qu'on ne voulait plus mentionner l'esclavage, institution honnie depuis l'Antiquité. Ils ont préféré une structure réduite à une seule disposition qui devait s'appliquer à tous les dommages infligés.

Cette restructuration offrait en même temps l'occasion pour une extension fondamentale du champ d'application de la responsabilité aquilienne. Rappelons que la *lex Aquilia* ne protégeait directement que les *choses*, dont notamment l'esclave, à l'exclusion de l'homme libre<sup>2</sup>. En refusant de recréer un chapitre séparé pour l'esclave et les quadrupèdes de troupeau, les juristes

---

<sup>1</sup> Ulp. D. 9,2,27,4.

<sup>2</sup> La protection de l'homme libre fut introduite ultérieurement par la *jurisprudence* romaine, par le biais de moyens procéduraux particuliers (notamment l'*actio utilis* selon Ulp. D. 9,2,13pr).

de droit commun regroupèrent dans une seule norme les choses visées initialement par les chapitres I et III. En même temps, ils émancipèrent en quelque sorte l'esclave de sa condition de chose et lui accordèrent le statut d'homme, mais sans le priver de la protection sous laquelle il se trouvait dans la responsabilité aquilienne romaine. Avec l'effet que la responsabilité aquilienne de droit commun ne s'appliquera pas seulement aux choses. Dorénavant, non seulement les biens de l'homme, mais aussi lui-même, sa vie, son corps, ses membres, sa réputation et son honneur<sup>3</sup> seront protégés directement par la responsabilité aquilienne. Cette modification est par ailleurs révélatrice d'une exceptionnelle dextérité juridique. Deux aménagements mineurs – contraction de deux normes en une seule et réévaluation du statut d'esclave – conduisirent à une extension majeure du champ d'application de la responsabilité aquilienne (voir *supra* I.A.).

La responsabilité aquilienne développée du 16<sup>e</sup> au 18<sup>e</sup> siècles résulte largement, nous l'avons dit, d'une transformation et, à beaucoup d'égards, même d'une transfiguration du droit romain. Le lien le plus fort entre ces deux droits concerne sans doute la géométrie de base. L'unité conceptuelle de la responsabilité en droit commun est évidemment tirée du droit romain. Attentifs davantage à la jurisprudence qu'au texte même de la *lex Aquilia*, les juristes du droit commun en reprenaient le *damnum iniuria datum*, l'articulation centrale développée par les jurisconsultes, et lui associaient progressivement, et selon le schéma de Gaius, le *damnum iniuria/culpa datum*<sup>4</sup>. Ce double noyau conceptuel emprunté tel quel au droit romain offrait des atouts décisifs. Il concentrait dans une formule compacte tous les éléments essentiels de la responsabilité: un dommage, un acte dommageable, l'illicéité de l'acte, la faute de l'auteur et un rapport de causalité entre l'acte et le dommage. Il pouvait servir, malgré ou peut-être à cause de sa simplicité, de concept de base garantissant la stabilité de la responsabilité. En même temps, il était suffisamment indéterminé pour laisser de la place aux développements et adaptations exigés par la pratique juridique. Comme déjà les jurisconsultes romains, les juristes du droit commun faisaient du *damnum iniuria/culpa datum* la colonne vertébrale qu'ils habillaient d'une doctrine dense et nuancée abordant l'ensemble des problèmes de responsabilité aquilienne de leur temps (voir *supra* I. B.).

<sup>3</sup> Notamment GROTIUS, *De Iure Belli*, 2,17,2.

<sup>4</sup> Gai. 3,211.

(ii) *Naissance de la clause générale*

Le choix du *damnum iniuria/culpa datum* comme fondement de la responsabilité ne répondait pas seulement à des critères conceptuels, mais aussi formels. Depuis la redécouverte du droit romain au 11<sup>e</sup> siècle, les juristes étaient confrontés à un problème spécifique dont la solution allait modifier radicalement et durablement non seulement la responsabilité, mais le droit continental dans son ensemble. Ce problème était lié à la forme normative romaine. Comment s'approprier, voire même appliquer, et surtout comment enseigner un droit composé d'une multitude de fragments casuistiques? L'étude détaillée des fragments isolés fut rapidement accompagnée d'un effort de synthèse. Souvent à l'intention des étudiants, les juristes résumaient en quelques mots des passages entiers, surtout du Digeste, et formulaient même parfois des petites règles abstraites qui reproduisaient l'essentiel d'un groupe de textes. La responsabilité aquilienne n'échappait pas à ce mouvement. Déjà Baldus avait exigé que la jurisprudence aquilienne soit formulée plus brièvement: «Il faut imaginer une clause générale pour que tout soit ramassé de manière générale»<sup>5</sup>.

Donellus en suggérait la réduction à quelques genres et points capitaux: «*Res longa est, ad + certa genera & capita revocanda est*»<sup>6</sup>. Ce travail de concentration culmina dans la formulation d'une clause générale de responsabilité qui réunissait tous les éléments essentiels. L'analyse détaillée de cette clause, qui apparut pour la première fois chez Grotius et devint ensuite la pièce maîtresse de la responsabilité, montre que l'articulation de base reste le *damnum iniuria/culpa datum*. Toutefois, la clause générale se distingue sur un point capital de sa protoforme antique. Elle constitue une norme complète qui permettrait de trancher un cas concret, alors que le *damnum iniuria/culpa datum* n'est qu'un squelette conceptuel destiné principalement à la doctrine.

<sup>5</sup> «*Clausula generalis ut omnia complectatur generaliter est intelligenda*», BALDUS UBALDUS PERUSINUS, Liber nonus Ad legem Aquiliam, In primam Digesti veteris partem Commentaria, Venetiis 1616, p. 335, Lex 27. Baldus écrit cela non pas à propos de la *lex Aquilia* dans son ensemble, mais au sujet du fragment Ulp. D. 9,2,27,11 dont l'interprétation pose des problèmes délicats notamment concernant les actions à intenter (voir aussi I. C. 1).

<sup>6</sup> DONELLUS, Opera X, cap. 1,2.

Ajoutons que la formulation de la clause générale n'était évidemment pas le fruit d'un projet, mais doit sans doute beaucoup au hasard. Mieux que ses prédécesseurs, sur les épaules desquels il est d'ailleurs monté, Grotius a réussi à comprimer dans une seule phrase tous les éléments constitutifs de la responsabilité civile et à en faire une norme complète et applicable. Encore loin de la formulation lisse de l'art. 1382 CCF, la clause de Grotius passa aux 17<sup>e</sup> et 18<sup>e</sup> siècles par les mains de tous les grands juristes qui la retravaillaient patiemment et l'épuraient.

Quelle était la démarche de fond qui conduisit à la clause générale? Comme son nom l'indique, la clause se réduit à des termes généraux et abstraits, à l'exclusion de toute mention d'un état de faits concrets ou spécifiques. Les deux termes concernés par cette réduction sont le *damnum* et le *datum*, dont les sources romaines mettent à disposition trois types de formulations: l'énumération de la *lex Aquilia* (*occidere, urere, frangere, rumpere*), la casuistique qui décrivait des cas concrets et, mêlés à cette casuistique, le *damnum datum* de la formule *damnum iniuria/culpa datum*. La prouesse de la clause générale était d'attraper par une seule proposition tous les actes et dommages qui tombaient sous les deux premiers groupes de formulation, la *lex Aquilia* et la jurisprudence, et de couler l'ensemble dans une forme normative applicable par le juge. Le résultat obtenu par la clause générale était remarquable. Celle-ci permettait d'abandonner toute forme de restriction et de soumettre au dédommagement tous les dommages, même purement économiques, résultant de toute forme d'acte. Si le droit romain avait, initialement, limité l'application de la *lex Aquilia* aux dommages infligés *corpore corpori*, c'est-à-dire par un corps à un corps, le droit commun finissait par couvrir le spectre le plus large possible d'actes et dommages, y compris ceux infligés *non corpore non corpori*. Mais sur le plan normatif formel aussi, cette évolution marque une étape majeure. Le fondement de la responsabilité aquilienne ne sera plus une loi, mais une clause générale mise à la place de la vénérable *lex Aquilia*.

Rétrospectivement, il est difficile d'imaginer l'effort intellectuel caché derrière cette démarche, dont le résultat, une fois trouvé, paraît si évident qu'on se demande pourquoi il ne s'est pas imposé d'emblée. Vue de notre perspective, la complexité de la tâche se lit notamment dans l'abondance des solutions proposées qui reflètent l'ampleur de l'hésitation théorique (voir *supra* I. B et C.1).

*(iii) Extension du rapport de causalité: damnum datum*

Avec la généralisation de la norme, le rapport de causalité entre l'acte préjudiciable et le dommage se trouvait au centre des réflexions. Le principe même d'exiger un tel rapport pour donner droit au dédommagement relève du simple bon sens et n'a jamais été contesté. Toute la difficulté était – et est encore aujourd'hui – de fixer la longueur que ce rapport pouvait avoir. L'auteur, répond-t-il de tous les dommages consécutifs à son acte ou seulement des dommages directs? On aperçut rapidement le lien direct qui existe entre, d'une part, la généralisation des notions de *damnum datum* et, d'autre part, l'extension du rapport de causalité: Moins les premières sont restrictives, plus le second s'allonge. Initialement, nous l'avons dit, le droit romain ne sanctionnait que les dommages infligés *corpore corpori*. L'acte et le dommage devaient être concrets; en même temps, le rapport de causalité était direct. Si A rompait une chose de B, il devait un dédommagement. En adoptant la formule *non corpore non corpori* qui avait déjà été évoquée en droit romain, les juristes de droit commun rendaient aussi le rapport de causalité plus abstrait. La meilleure illustration en est peut-être le dommage purement économique où A commet un acte illicite (faute) qui cause, souvent indirectement, une perte économique à B. Le jusnaturalisme pousse ici le concept de causalité à l'extrême en admettant, en principe, une responsabilité causale illimitée où l'auteur répond non seulement des dommages physiques, mais aussi des pertes purement économiques et même des maux métaphysiques infligés au lésé<sup>7</sup>. Parallèlement, la causalité prend textuellement sa place. Surtout grâce à Domat et Pothier, qui, préparant en cela le terrain à l'art. 1382 CCF, inclurent le terme «causer» directement dans leur clause générale, alors que la plupart des autres auteurs n'y faisaient allusion qu'implicitement.

L'extension vertigineuse de la notion de causalité, proposée surtout par les juristes-philosophes et moins par les juristes restés en contact avec la pratique du droit, témoigne d'une période où la doctrine juridique ressemblait à un véritable laboratoire. Les anciens moyens juridiques, et notamment la casuistique, ne répondaient plus aux exigences doctrinales. En même temps, les nouvelles formes juridiques ne résistaient pas encore aux tests pratiques

<sup>7</sup> «Il est évident qu'autrui est lésé si on agit [...] de telle sorte qu'on inflige un mal à son âme, son corps ou sa fortune», «*evidens est alterum laedi, si quis per se, vel per alios id agit, ut alter in mala animi, vel corporis, vel fortunae incidat*», WOLFF, *Jus Naturae* 1, § 693.

auxquels on les soumettait. La généralité des normes proposées et l'extension de la causalité devaient conduire à une responsabilité débordante. La clause générale de responsabilité ne pouvait servir de norme pratiquement applicable tant qu'elle n'était pas endiguée par la jurisprudence qui permettait d'en limiter le champ d'application. C'est cet équilibre technique entre la clause générale et la jurisprudence que les juristes mirent du temps à mettre en place (voir *supra* I. C.2).

(iv) *Imputation morale du dommage: culpa*

La redéfinition du *damnum datum* fut accompagnée d'une autre transformation fondamentale, amorcée, elle aussi, déjà par la jurisprudence romaine et parachevée en droit commun. Très tôt, les jurisconsultes romains constatèrent que la responsabilité objective de la *lex Aquilia* pouvait conduire à des résultats manifestement injustes. La géométrie simple des chapitres I et III, que l'on pourrait résumer comme suit: celui qui a causé illicitement un dommage doit le réparer, méritait une correction, si l'auteur du dommage avait tout entrepris pour empêcher que ce dernier ne se produise. Techniquement, le moyen pour assouplir ce schéma rigide était la notion de faute, définie par Mucius comme *ce qui n'a pas été prévu, alors qu'il aurait pu l'être par un homme diligent*<sup>8</sup>. Elle permettait à celui qui avait fait preuve de la diligence nécessaire de se soustraire à l'obligation de réparation. Traversant toute la jurisprudence romaine, cette définition de la faute reste centrale non seulement en droit commun, mais encore en droit actuel. Parmi les innombrables questions que les juristes se posent depuis Mucius, deux surtout ont marqué le débat: Qu'est-ce qu'une faute et quel est le rapport entre *iniuria* et *culpa*? Quant à la première question, une définition définitive de la faute est impossible et déjà Mucius devait s'en apercevoir. La «diligence» qu'il utilisa pour circonscrire la faute n'est qu'un critère général et abstrait qui demande à être précisé *in casu* selon les critères de la prévisibilité. Son caractère générique fera de la notion de faute un terme parfaitement adapté à la clause générale qui se passe précisément de tout élément concret. Quant à la seconde question, les juristes de droit commun connaissaient, pour la plupart d'entre eux, exactement la fonction auxiliaire de la *culpa*. Ils se rappelaient que, en droit

---

<sup>8</sup> Paul. D. 9,2,31.

romain, la faute servait essentiellement d'argument pour prouver le caractère illicite de l'acte dommageable. Dans leurs propres développements, ils modifièrent ce statut. Donellus, qui prouve ici une fois de plus son génie, propose une présomption générale de faute en cas de dommage et renverse le fardeau de la preuve. Pour apporter la preuve libératoire, l'auteur aura le choix entre seulement deux arguments. Il devra prouver soit qu'il a agi de bon droit, par exemple par légitime défense, soit que le dommage résulte d'un cas fortuit qui n'est pas précédé d'une faute. De ce fait, Donellus mit la faute au centre et l'illicéité en marge de la responsabilité aquilienne. Cette tendance se poursuivit notamment chez Grotius et se généralisa au point que, dans l'art. 1382 CCF, le législateur renoncera au terme «illicéité».

L'accentuation de la *culpa* au détriment de l'*iniuria* eut rapidement des conséquences profondes. Au lieu de se demander si l'acte commis était conforme à l'ordre juridique (illicéité), les juristes discutaient s'il était imputable à l'auteur (faute). Désormais, la question était de savoir quel comportement on pouvait attendre de l'auteur du dommage et, de plus en plus, quel comportement on pouvait attendre de *tel* auteur. La nature même de la question incitait à un élargissement dans deux sens différents. D'une part, l'auteur lui-même et les détails de sa situation personnelle devenaient des éléments indispensables pour évaluer la faute qui, inévitablement, se transformait en une notion excessivement subjective. L'auteur du dommage était la proie d'analyses qui n'épargnaient aucun aspect de son intimité. D'autre part, la définition matérielle de la faute présupposait la définition du comportement attendu de l'individu. En fixant le degré de diligence imposé à chacun, les juristes élargissaient progressivement leur horizon d'attente au-delà du droit pour retenir des critères toujours moins juridiques. Wolff, par exemple, ne visait pas seulement les actes pragmatiques de la vie quotidienne, mais la perfection de l'existence humaine dans son ensemble, la *vita perfecta*<sup>9</sup>.

L'extension de la faute affectait aussi son rapport avec la causalité. Si, nous l'avons dit, le principe même d'un rapport de cause à effet entre l'acte et le dommage restait intouchable, la causalité s'effaçait néanmoins devant la *culpa*, du fait notamment que le lien de causalité offrait moins de résistance que la faute. Reprise du droit romain, la formule *non corpore non corpori*

<sup>9</sup> «Celui qui t'empêche de te libérer d'une quelconque imperfection te lèse», «*Qui impedit, quo minus ab aliqua imperfectione libereris, is te laedit*», WOLFF, *Jus Naturae* 1, §690.

résolvait la plupart des problèmes, en ouvrant le dédommagement aux formes de causalité les plus variées. Ainsi, au fur et à mesure que l'analyse *in casu* se concentrait sur la faute, elle se détournait du lien de causalité qui se distendait. Pothier, qui est pourtant respectueux de la tradition romaine, donne une formulation significative pour l'ensemble de cette évolution où la faute l'emporte à la fois sur l'illicéité et la causalité. S'il appelle l'*iniuria* un «fait condamnable», la *culpa* devient «une imprudence qui n'est pas excusable [et qui, B.W.] cause quelque tort à un autre»<sup>10</sup>. Le seuil de l'«inexcusable» étant beaucoup plus bas que celui du «condamnable», c'est en vertu de la faute que le jugement se fera, et non pas en vertu de l'illicéité. En même temps, Pothier exige, certes, à la fois une faute et un rapport de causalité, mais c'est la faute qui sera au centre de l'intérêt, parce que c'est surtout à travers elle qu'on pourra définir, à l'aide de la notion de diligence, les comportements acceptables.

L'accentuation de la faute créait une tentation majeure, à laquelle surtout les jusnaturalistes résistaient mal. En étendant le champ d'application de la faute, les plus téméraires parmi ceux-ci effaceront les limites entre droit, morale et même théologie<sup>11</sup>. De manière générale, on peut observer que, par sa prépondérance au détriment de l'illicéité et de la causalité, la faute dirigera l'attention du juriste sur la *personne* qui a causé le dommage. Pour juger du caractère reprochable des actes, les juristes se servaient alors de critères non seulement juridiques, mais aussi moraux et théologiques (voir *supra* I. D.).

(v) *Le nouveau fondement éthico-juridique de la lex Aquilia: neminem laedere*

La redéfinition du rapport entre illicéité, faute et causalité était accompagnée d'un changement fondamental qui s'opérait autour des quatre éléments de nature, *suum cuique tribuere, neminem laedere* et devoir. Les réflexions,

<sup>10</sup> POTHIER, Traité, part. 1, chap. 1, sect. 2, § 2, 116.

<sup>11</sup> Les conséquences de cette confusion se liront plus tard notamment dans le Preussisches Allgemeines Landrecht (ALR). Un exemple particulièrement frappant de cette confusion se trouve dans les dispositions concernant les Eglises et associations religieuses. Le ALR exigeait des prêtres de gagner l'amour et la confiance de leurs ouailles par une attitude prudente et miséricordieuse, de leur enseigner la modestie et de travailler à leur élévation morale. Voir ALR, 2. Theil, 11. Titel, §§ 70ss.

surtout de l'humanisme juridique, concernant l'ordonnement des sources romaines ne conduisaient pas seulement à des nouvelles systématiques matérielles, mais à l'élaboration de systèmes juridiques complexes, posés explicitement sur des bases philosophiques. Si les quatre éléments avaient déjà joué un rôle en droit romain, ils furent modifiés en droit commun pour devenir les concepts principaux sur lesquels la responsabilité aquilienne du *damnum culpa datum* s'appuiera (voir *supra* I. D.1 et 2).

Comme déjà dans la philosophie médiévale, la *nature* était considérée comme une œuvre divine et le droit de la nature comme l'expression de la providence: *ius naturale esse divina providentia constitutum*, selon Cujas<sup>12</sup>. La nature devint la référence principale pour déterminer le contenu normatif. Chaque norme devait correspondre matériellement à l'ordre naturel que, en vertu de son origine divine, il fallait respecter impérativement. De ce fait, l'homme était soumis à un *devoir général* d'agir selon l'ordre naturel. Cette constellation, où la nature est la source de droit, contribuait à son tour à effacer la distinction entre les ordres juridique et moral. Le droit finissait par imposer tous les devoirs déduits de la nature, qu'ils portent sur des points proprement juridiques, par exemple le droit de propriété, ou sur des éléments extrajuridiques, comme l'éducation religieuse des paroissiens<sup>13</sup>.

Les deux autres éléments, le *neminem laedere* et le *suum cuique tribuere*, également repris du droit romain, subirent une transformation en profondeur qui soulignait également l'importance de la faute. Initialement, le *neminem laedere* était surtout un moyen de protection de la personne, alors que le *suum cuique tribuere* servait à défendre le patrimoine. Ces préceptes étaient distincts et aucun des deux n'était soumis à l'autre. Pufendorf modifia leur statut réciproque en intégrant le second au premier. Le *neminem laedere* devint un principe découlant directement de la nature. Il interdisait à l'homme de léser autrui et l'obligeait, le cas échéant, à réparer le dommage causé. Ce double impératif ne défendait pas seulement la personne, mais aussi, et en deuxième lieu, le patrimoine, jadis protégé par le *suum cuique tribuere*. La liste des biens sous protection du *neminem laedere* témoigne de sa position dominante, mais aussi de la hiérarchie entre les biens. Pufendorf énumère d'abord la vie, le corps, la pudeur, la réputation et la liberté et ensuite seule-

<sup>12</sup> CUJAS, Commentarius in tit. Digest. De iustitia et iure, Opera VII, 16 E.

<sup>13</sup> Voir *supra* note 11.

ment les droits que nous avons sur des choses<sup>14</sup>. Notons en passant que cette énumération rappelle évidemment le § 823 BGB.

En d'autres termes, en droit commun, la responsabilité aquilienne versa doublement dans la subjectivité. D'abord, en accentuant la faute, elle s'intéressait avant tout à la personne de l'auteur du dommage et à ses traits individuels. Ensuite, en mettant le *neminem laedere* sur le premier plan, elle protégeait d'abord la personne et, en second lieu seulement, les choses. Cela nous conduit à la quatrième notion. Le moyen par excellence pour s'imposer à l'individu et en même temps pour le protéger sera le *devoir* qui finira par être omniprésent. Philosophiquement, l'homme était pris surtout chez les jusnaturalistes dans les trois cercles de devoirs: envers soi-même, les autres et Dieu. Il ne pouvait commettre aucun acte qui n'était pas imposé par un devoir, lui-même fruit d'une déduction à partir de l'ordre de la nature. Cette philosophie du devoir, poussée à son extrême par Pufendorf et Wolff, marquera surtout les codifications de la fin du 18<sup>e</sup> siècle et en particulier le ALR prussien qui, en cherchant à énumérer l'ensemble des actes permis, prendra les traits d'un catéchisme. C'est la philosophie de Kant qui fera sauter ce couvercle écrasant de devoirs innombrables et mettra à sa place comme premier principe la liberté. Sur le plan conceptuel, notons que l'ascension du devoir est accompagnée du déclin proportionnel de l'illicéité. En effet, à mesure que le devoir débordait sur la morale et la métaphysique, l'*iniuria* perdait de sa pertinence, puisqu'elle est *per definitionem* limitée à l'ordre juridique (voir *supra* I. D.3).

#### (vi) *L'évolution pratique et doctrinale de la lex Aquilia*

Un bref regard sur les droits français et allemand du 16<sup>e</sup> au 18<sup>e</sup> siècles montre que la responsabilité aquilienne prenait des formes régionales très différentes. Les coutumiers français ne règlent souvent pas du tout ou de manière lacunaire et dispersée les questions d'endommagement, alors que le principe même de réparation était sans doute reconnu dans le Royaume entier. Dans certaines régions du Nord, notamment en Bretagne, les traces romaines semblent s'approfondir au 16<sup>e</sup> siècle. Les *Coutumes Générales des Pays Et Duché de Bretagne* de 1580, qui règlent partiellement la responsabilité civile,

<sup>14</sup> PUFENDORF, De Jure Naturae, 3, 1, § 1.

font une plus grande place à l'intentionnalité et, ponctuellement, à la faute. On ne peut pas, ici, exclure une influence de la doctrine de droit commun qui souligne ces éléments au même moment. La reprise des concepts romains par la pratique devient évidente dans les recueils de jurisprudence du 18<sup>e</sup> siècle. Denisart se sert largement de la terminologie romaine, retravaillée par le *ius commune*, pour systématiser les arrêts collectionnés. En cela, il ne fait qu'épouser la pratique de son temps, pour laquelle les volumes du *Corpus Iuris civilis* sont devenus, dit-il, «des especes de livres classiques du barreau»<sup>15</sup>.

Le droit allemand aussi offre un tableau très varié. Comme en France, certains droits régionaux n'abordent pas la responsabilité aquilienne, alors que d'autres la règlent en détail. C'est surtout le *Landrecht des Königreichs Preussen* qui subit l'influence romaniste et se réfère même explicitement à la *lex Aquilia*. La double influence du droit romain et de la doctrine de droit commun y généra même une véritable clause générale de responsabilité dont certaines formes remontent au 17<sup>e</sup> siècle.

Les analyses des droits particuliers confirment un constat qui vaut également pour la doctrine des 16<sup>e</sup> et 17<sup>e</sup> siècles: le droit commun est en réalité un droit multiforme. Issu des sources romaines qui sont elles-mêmes hétéroclites, le droit commun est constitué de quelques principes communs autour desquels se sont formées des doctrines et pratiques diverses. Pour la responsabilité aquilienne, nous l'avons vu, le principe commun est le *damnum iniuria/culpa datum* qui fournit à la fois le noyau matériel (dommage, illicéité/faute, causalité) et la méthode ([i] analyse en fait, [ii] analyse en droit, [iii] calcul du dommage). S'y ajoute un autre élément en commun qui est le rôle prépondérant de la faute.

En dehors de ces lignes de force, les différents auteurs que nous avons étudiés, ainsi que les pratiques juridiques régionales ont développé leurs particularités. Schématiquement, on peut distinguer deux grandes traditions, l'une française et l'autre germanique. La première, représentée par Cujas, Donellus, Domat et Pothier, garde un accent essentiellement juridique, contrairement à la tradition germanique formée par Grotius, Pufendorf et Wolff, orientée – en tout cas en ce qui concerne ces deux derniers – davantage vers la philosophie. Scientifiquement, les auteurs français puiseront dans les sources juridiques

<sup>15</sup> DENISART, Collection, vol. 1, Paris 1783, p. 41; voir aussi GUYOT, M., Répertoire universel et raisonné de Jurisprudence civile, criminelle et bénéficiale, Paris 1784.

romaines et, naturellement, dans leur propre tradition juridique, alors que Pufendorf et Wolff chercheront en premier lieu à trouver des fondements métaphysiques au droit naturel, au détriment, parfois, de la qualité proprement juridique de leurs raisonnements. Les résultats des travaux diffèrent fondamentalement. La tradition française mettait à disposition des ouvrages sur lesquels les codificateurs pouvaient aisément s'appuyer pour la rédaction du Code civil français. La tradition germanique, en revanche, avait culminé avec le *Jus Naturae* de Christian Wolff dans un système philosophico-juridique hautement complexe et difficile à manier. La première codification véritablement inspirée de ce système, le ALR prussien, croulait sous les présupposés philosophiques et moraux légués par Wolff. Il fallut une nouvelle génération de codificateurs, ceux de l'ABGB autrichien, et l'influence décisive de Kant, pour délester le droit de la surcharge métaphysique et pour rédiger un Code de qualité juridiquement comparable au Code civil français (voir *supra* I. E.).

Toutefois, il serait erroné de voir une séparation rigide entre les deux traditions, qui ont exercé des influences croisées sur les codifications. La tradition française a dégagé, sous la plume de Domat, des éléments indispensables à la rédaction des codes, en proposant notamment une division thématique plus cohérente et la formation de règles et de principes généraux. Rappelons que Domat résume, sous forme théorique et en quelques lignes, les remaniements à effectuer, en suggérant de «diviser chaque matière selon ses parties; & ranger en chaque partie le détail de ses définitions, de ses principes & de ses règles»<sup>16</sup>. Par ailleurs, la tradition française a aussi restructuré la matière plus concrètement. Pothier notamment anticipait parfois l'ordonnement du Code civil français, par exemple, en abordant la responsabilité aquilienne sous le titre «Des délits et des quasi-délits»<sup>17</sup>.

La contribution de la tradition germanique concerne principalement le mode de raisonnement et la hiérarchie normative. Surtout Wolff, qui cherchait à mettre en œuvre les idées géniales de Leibniz, transforma le mode de raisonnement juridique. Déterminé, selon ses propres mots, à fonder une

<sup>16</sup> DOMAT, Préface, Sur le dessein de ce livre.

<sup>17</sup> POTHIER, Traité des obligations, 1<sup>re</sup> partie, chap. 1, sect. 2, § 2, n° 116ss, pp. 57ss; CCF, 1382ss.

<sup>18</sup> WOLFF, Grundsätze des Natur- und Völkerrechts, Halle 1754 (reprint Hildesheim 1980), Vorrede.

«gründliche und wahre Rechtswissenschaft»<sup>18</sup>, il définit des critères de vérité auxquels toute norme doit obéir. Son projet le conduisit à développer un véritable système de calcul des normes selon les règles du syllogisme. Ce mode déductif révolutionna le raisonnement juridique parce que l'analogie, principal instrument utilisé en droit romain, fut reléguée sur un arrière-plan.

Parallèlement, la modification du mode de raisonnement nécessita la création d'une nouvelle structure normative, adaptée au syllogisme. L'ensemble des normes est déduit à partir de premiers principes matériels fondés dans la nature. Pour assurer que chaque norme particulière respecte les impératifs de la nature, Wolff construisit un système hiérarchique et pyramidal prescrivant l'ordre de déduction des normes.

Comme toutes les autres normes chez Wolff, celles réglant la responsabilité aquilienne sont déduites systématiquement. Le précepte de base est le *neminem laedere* qui sert de fondement au *damnum iniuria/culpa datum*. Quant au droit à la réparation, il est déduit de l'obligation de promouvoir la perfection de chacun (voir *supra* II. A. et B.)

Il va de soi que ce système prétendument déductif sera reproduit par l'école de Wolff, mais ne sera repris ni par la pratique juridique de l'époque, ni par les législateurs. Cependant, la pensée systématique de Wolff a sans doute influencé les codifications. Les structures adoptées dans le ALR prussien<sup>19</sup>, mais aussi celles du Code civil français<sup>20</sup>, auront une rigueur et une cohésion jamais atteintes par la casuistique du droit commun.

Formellement, l'évolution de la responsabilité aquilienne répond à des règles observables également dans d'autres domaines du droit civil. Aussi bien en droit romain qu'en droit commun, les juristes ont extrait d'une casuistique foisonnante une formule excessivement brève et générale. Peut-être sans le vouloir, ils ont, de ce fait même, inversé le rapport entre la casuistique et la règle générale. Fruit essentiel de l'expérience pratique, la règle générale s'imposera à la jurisprudence à venir et en canaliserà les interprétations. Aussi bien le *damnum iniuria datum* que la clause générale de responsabilité ont été extraits de la responsabilité aquilienne pour, à leur tour, la structurer.

<sup>19</sup> ALR, 1. Teil, 6. Titel, §§ 1ss.

<sup>20</sup> CCF art. 1382ss.

Par ailleurs, ce mouvement oscillatoire entre, d'une part, une jurisprudence toujours plus abondante et disparate et, d'autre part, des règles générales et abstraites, introduites périodiquement soit par la doctrine, soit par le législateur pour restructurer une matière, caractérise encore aujourd'hui l'évolution du droit. Les projets de loi les plus récents s'appuient sur les données empiriques de la jurisprudence que, à l'aide de la doctrine, ils mettent dans une forme juridique cohérente.

Prise dans son ensemble, la doctrine concernant la responsabilité aquilienne de droit commun doit être considérée comme un processus dynamique, et souvent débordant, qui s'articule autour d'un noyau conceptuel stable. C'est le *damnum iniuria/culpa datum* romain qui fournissait la matrice et la méthode juridiques à partir desquelles les juristes, de génération en génération, développaient leurs propres formes de responsabilité. Cette évolution ne se dirigeait pas dans une seule direction, mais ressemblait à une exploration de pistes partant dans tous les sens. Peu à peu, des lignes de force se dégagèrent, privilégiant une clause générale de responsabilité, la faute et, pour certains auteurs, la notion de devoir. Les concepts centraux, dont les juristes du droit commun se servaient, étaient certes tous repris du droit romain, dont notamment le dommage et l'acte dommageable, la causalité, l'illicéité, la faute, le devoir, les *neminem laedere* et *sum cuique tribuere*, mais ils étaient recomposés brillamment. Sans en nier les origines, les juristes de droit commun reprirent les thèmes romains et en écrivirent une nouvelle orchestration dont les variations et timbres sonnent encore dans nos codes.

# Index

## I. Sources juridiques

### A. Sources pré-justiniennes

Les chiffres en caractères normaux renvoient aux pages, ceux en italiques renvoient aux notes de bas de page

#### *Lex XII- Tabularum*

XII-Tables 86, 126, 155, 156, 201  
*167<sup>51</sup>*

XII-Tables *126<sup>15</sup>, 155<sup>2</sup>, 167<sup>51</sup>*  
VIII,2

#### *Collatio legum Mosaicarum et Romanarum*

Coll. 12,7,7 80<sup>22</sup>

Coll. 7,3 *47<sup>51</sup>*

#### *Gai Institutiones*

Gai. 3,88 95<sup>88</sup>

Gai. 3,182 95<sup>88</sup>

Gai. 3,211 86

*76<sup>2</sup>, 216<sup>4</sup>*

Gai. 3,215 23<sup>1</sup>

Gai. 3,217 59<sup>57</sup>

### B. Corpus Iuris Civilis

*Constitutio* 193

*Dedoken* *193<sup>1</sup>, 193<sup>3</sup>*

*Constitutio* 193

*Tanta* *193<sup>2</sup>, 193<sup>3</sup>, 193<sup>5</sup>, 200<sup>36</sup>*

#### *Institutiones*

I. 1,1pr *101<sup>108</sup>, 205<sup>59</sup>*

I. 1,1,3 *101<sup>108</sup>, 112<sup>155</sup>*

I. 1,2,1 *205<sup>60</sup>*

I. 1,2,2 *205<sup>60</sup>*

I. 3,14,2 *47<sup>52</sup>*

I. 4,1pr 95<sup>88</sup>

I. 4,3,3 95<sup>89</sup>

I. 4,3,6 *158<sup>11</sup>*

I. 4,3,7 *158<sup>11</sup>*

I. 4,3,16 *65<sup>79</sup>, 66<sup>81</sup>, 159<sup>19</sup>*

I. 14 95<sup>89</sup>

#### *Digesta*

D. 1,1 *103<sup>117</sup>*

D. 1,1,10 103

*103<sup>118</sup>*

D. 1,5,4pr *27<sup>19</sup>*

D. 2,1 *52<sup>18</sup>*

D. 2,47 152

D. 7,1,68pr *31<sup>39</sup>*

D. 9, 1-9, 4 201

D. 9,1 144, 147, 197

*130<sup>30</sup>, 193<sup>6</sup>*

D. 9,1,1 147

D. 9,1,1pr 148

D. 9,1,1,7 148

D. 9,1,1,9 147

D. 9,1,1,10 148

D. 9,1,3 147, 166

INDEX

- D. 9,2 25, 54, 68, 143, 147,  
151-154, 197  
*198*<sup>29</sup>
- D. 9,2,1 *39*<sup>12</sup>
- D. 9,2,2pr *23*<sup>2</sup>, *25*<sup>6</sup>, *101*<sup>110</sup>
- D. 9,2,5,1 78, 84  
*89*<sup>62</sup>
- D. 9,2,5,2 *81*<sup>25</sup>
- D. 9,2,5,3 38  
*38*<sup>6</sup>, *158*<sup>13</sup>
- D. 9,2,5pr 50  
*50*<sup>8</sup>
- D. 9,2,7,6 67  
*67*<sup>84</sup>
- D. 9,2,7,8 *91*<sup>77</sup>
- D. 9,2,7pr *166*<sup>50</sup>
- D. 9,2,9pr *158*<sup>11</sup>
- D. 9,2,11 *31*<sup>43</sup>
- D. 9,2,11,4 *181*<sup>13</sup>
- D. 9,2,13,2 *101*<sup>110</sup>
- D. 9,2,13pr *215*<sup>2</sup>
- D. 9,2,27,4 39  
*23*<sup>1</sup>, *215*<sup>1</sup>
- D. 9,2,27,5 *23*<sup>3</sup>, *25*<sup>6</sup>, *39*<sup>12</sup>, *101*<sup>110</sup>,  
*127*<sup>22</sup>
- D. 9,2,27,9 *32*<sup>44</sup>, *80*<sup>22</sup>
- D. 9,2,27,11 51  
*51*<sup>12</sup>, *90*<sup>70</sup>, *158*<sup>14</sup>, *217*<sup>5</sup>
- D. 9,2,27,13 *48*<sup>2</sup>
- D. 9,2,27,28 46  
*46*<sup>50</sup>
- D. 9,2,27,29 *158*<sup>12</sup>
- D. 9,2,28 *91*<sup>73</sup>
- D. 9,2,29pr *91*<sup>72</sup>, *91*<sup>74</sup>
- D. 9,2,30,3 *90*<sup>67</sup>, *95*<sup>89</sup>
- D. 9,2,31 92  
*78*<sup>10</sup>, *80*<sup>18</sup>, *90*<sup>68</sup>, *96*<sup>92</sup>,  
*97*<sup>96</sup>, *102*<sup>111</sup>, *104*<sup>123</sup>,  
*132*<sup>38</sup>, *220*<sup>8</sup>
- D. 9,2,32 38
- D. 9,2,33 *163*<sup>38</sup>
- D. 9,2,37pr 182  
*181*<sup>11</sup>, *182*<sup>15</sup>
- D. 9,2,39pr *65*<sup>78</sup>
- D. 9,2,44 96, 98  
*95*<sup>90</sup>
- D. 9,2,44,1 32  
*114*<sup>161</sup>
- D. 9,2,45 *32*<sup>46</sup>
- D. 9,2,45,4 *131*<sup>37</sup>
- D. 9,2,45pr 32
- D. 9,2,49,1 *127*<sup>19</sup>
- D. 9,2,50 101  
*101*<sup>107</sup>
- D. 9,2,52,1 50  
*37*<sup>2</sup>, *50*<sup>10</sup>
- D. 9,2,52,2 *145*<sup>82</sup>, *181*<sup>12</sup>
- D. 9,3 197  
*193*<sup>7</sup>
- D. 9,3,7 *166*<sup>50</sup>
- D. 9,4 197  
*193*<sup>8</sup>
- D. 9,4,1 *197*<sup>22</sup>
- D. 9,4,2 *181*<sup>12</sup>
- D. 47,9,3,7 *127*<sup>19</sup>
- D. 47,10,1,1 *56*<sup>36</sup>
- D. 47,10,1,2 151
- D. 47,10,7,1 151  
*151*<sup>94</sup>
- D. 50,13,6 52  
*52*<sup>18</sup>, *52*<sup>19</sup>
- D. 50,16,123 163
- D. 50,17,160 188  
*188*<sup>41</sup>
- Codex** 195, 201
- Novellae** 201

## C. Sources post-justiniennes

- ABGB**, 226  
*54<sup>24</sup>, 161<sup>29</sup>, 211<sup>73</sup>*
- Allgemeines Preussisches Landrecht (ALR)**, 16, 18, 120, 224, 226, 227  
*16<sup>4</sup>, 120<sup>191</sup>, 222<sup>11</sup>, 227<sup>19</sup>*
- Bayrische Landrechtsreformation**, 152
- BGB**, 117, 224
- CCF**, 32, 94, 121, 218, 219, 221  
*15<sup>3</sup>, 121<sup>193</sup>, 189<sup>48</sup>, 226<sup>17</sup>, 227<sup>20</sup>*
- CCS/CO**, 198<sup>27</sup>, 211<sup>73</sup>
- Code noir**, 25<sup>9</sup>
- Coutumes de Bretagne**, 126, 129, 224  
*127<sup>23</sup>, 129<sup>26</sup>*
- Coutumes de Paris**, 125  
*125<sup>11</sup>*
- Coutumes du Hérault**, 126
- Coutumes de Bayonne**, 128  
*128<sup>25</sup>*
- Coutumes de Beauvaisis**, 26
- Grand Coustumier General**, 129  
*129<sup>30</sup>, 128<sup>31</sup>*
- Hamburger Stadt-Recht**, 146, 149  
*146<sup>85</sup>, 147<sup>86</sup>, 148<sup>88</sup>, 148<sup>89</sup>, 149<sup>90</sup>*
- Landes = Ordnung de Anhalt**, 150
- Landrecht des Königreichs Preussen**, 140, 225
- Lübeckisches Stadt-Recht**, 143, 144, 145, 146s, 152, 169  
*144<sup>79</sup>, 145<sup>80</sup>, 169<sup>61</sup>, 170<sup>62</sup>*
- Miroir de Saxe**, 26, 138  
*133<sup>42</sup>, 138<sup>61</sup>*
- Miroir de Souabe**, 138  
*138<sup>61</sup>*
- Projet de Code Civil de la République romaine de 1798**, 15<sup>2</sup>, 132<sup>38</sup>
- Projet de Code Civil, Paris, an cinquième**, 15  
*15<sup>2</sup>, 132<sup>38</sup>*
- Sachsenspiegel**, 26<sup>10</sup>, 133<sup>42</sup>
- Solmsér Landrecht**, 125<sup>12</sup>
- Somme rurale**, 129  
*129<sup>30</sup>, 128<sup>31</sup>*
- Stadt Schweinfurth vornehmste Pflichten und Ordnung**, 152<sup>97</sup>
- Württembergéer Hofgerichts-Ordnung**, 152
- Württembergéer Landrecht**, 125<sup>12</sup>

## D. Auteurs

## B

**Beaumanoir**, 26  
26<sup>11</sup>, 26<sup>12</sup>, 26<sup>13</sup>

## C

**Cambacérés**, 15, 18  
15<sup>2</sup>, 132<sup>38</sup>

**Cujas**, 20, 38, 66, 67, 77, 78,  
102-105, 156, 164, 223, 225  
25<sup>5</sup>, 38<sup>5</sup>, 38<sup>7</sup>, 77<sup>5</sup>, 77<sup>6</sup>, 77<sup>6</sup>, 102<sup>113</sup>,  
102<sup>114</sup>, 103<sup>115</sup>, 103<sup>116</sup>, 103<sup>119</sup>, 103<sup>120</sup>,  
103<sup>121</sup>, 103<sup>122</sup>, 104<sup>124</sup>, 104<sup>126</sup>, 156<sup>5</sup>,  
156<sup>6</sup>, 223<sup>12</sup>

## D

**Denisart**, 19, 130-132, 225  
19<sup>6</sup>, 130<sup>34</sup>, 131<sup>35</sup>, 131<sup>36</sup>, 131<sup>37</sup>,  
131<sup>38</sup>, 132<sup>39</sup>, 132<sup>41</sup>, 225<sup>15</sup>

**Domat**, 20, 25, 31, 32, 43, 61, 62, 64,  
72, 73, 84, 85, 98, 99, 107, 113,  
116-120, 122, 160, 161, 168, 173,  
178, 186, 194-199, 219, 225, 226  
31<sup>40</sup>, 31<sup>41</sup>, 32<sup>44</sup>, 32<sup>45</sup>, 32<sup>46</sup>, 43<sup>32</sup>,  
43<sup>33</sup>, 54<sup>24</sup>, 57<sup>39</sup>, 61<sup>63</sup>, 62<sup>64</sup>, 62<sup>65</sup>,  
62<sup>66</sup>, 64<sup>77</sup>, 72<sup>104</sup>, 72<sup>105</sup>, 72<sup>106</sup>, 72<sup>107</sup>,  
72<sup>108</sup>, 72<sup>109</sup>, 84<sup>35</sup>, 98<sup>103</sup>, 113<sup>157</sup>,  
114<sup>159</sup>, 114<sup>162</sup>, 114<sup>164</sup>, 115<sup>165</sup>, 160<sup>24</sup>,  
160<sup>25</sup>, 160<sup>26</sup>, 160<sup>27</sup>, 160<sup>28</sup>, 168<sup>54</sup>,  
195<sup>14</sup>, 195<sup>15</sup>, 195<sup>16</sup>, 196<sup>17</sup>, 196<sup>18</sup>,  
196<sup>19</sup>, 196<sup>20</sup>, 197<sup>21</sup>, 197<sup>23</sup>, 197<sup>24</sup>,  
197<sup>25</sup>, 197<sup>26</sup>, 198<sup>28</sup>, 198<sup>29</sup>, 199<sup>30</sup>,  
226<sup>16</sup>

**Donellus**, 20, 24, 27, 28, 38, 39, 52-  
54, 67-69, 78-84, 97, 105, 106, 156,  
159, 160, 162-164, 173, 177-182,  
190, 191, 194, 217, 221, 225  
17<sup>5</sup>, 24<sup>4</sup>, 25<sup>6</sup>, 27<sup>21</sup>, 27<sup>22</sup>, 28<sup>23</sup>, 28<sup>24</sup>,  
39<sup>10</sup>, 39<sup>11</sup>, 39<sup>8</sup>, 39<sup>9</sup>, 52<sup>14</sup>, 52<sup>15</sup>, 52<sup>16</sup>,  
52<sup>17</sup>, 53<sup>21</sup>, 53<sup>22</sup>, 53<sup>23</sup>, 53<sup>24</sup>, 54<sup>25</sup>,

54<sup>26</sup>, 54<sup>27</sup>, 67<sup>83</sup>, 67<sup>85</sup>, 67<sup>86</sup>, 68<sup>87</sup>,  
68<sup>88</sup>, 68<sup>89</sup>, 78<sup>8</sup>, 78<sup>9</sup>, 79<sup>11</sup>, 79<sup>12</sup>, 79<sup>13</sup>,  
79<sup>14</sup>, 79<sup>15</sup>, 80<sup>16</sup>, 80<sup>17</sup>, 80<sup>19</sup>, 80<sup>20</sup>,  
80<sup>21</sup>, 81<sup>24</sup>, 81<sup>26</sup>, 81<sup>27</sup>, 97<sup>96</sup>, 105<sup>127</sup>,  
105<sup>128</sup>, 105<sup>129</sup>, 105<sup>130</sup>, 106<sup>132</sup>,  
106<sup>133</sup>, 156<sup>7</sup>, 159<sup>16</sup>, 159<sup>17</sup>, 159<sup>18</sup>,  
159<sup>20</sup>, 160<sup>21</sup>, 160<sup>22</sup>, 160<sup>23</sup>, 162<sup>32</sup>,  
178<sup>1</sup>, 178<sup>2</sup>, 180<sup>9</sup>, 181<sup>12</sup>, 194<sup>10</sup>,  
194<sup>11</sup>, 194<sup>12</sup>, 217<sup>6</sup>

## G

**Grotius**, 20, 25, 26, 28, 34, 39, 40,  
41, 44, 55-60, 69, 70, 72, 82, 83,  
100, 106-108, 112, 119, 131, 157,  
164-167, 173, 178, 182-187, 190,  
195, 206, 217, 218, 221, 225  
17<sup>5</sup>, 25<sup>7</sup>, 26<sup>15</sup>, 26<sup>16</sup>, 26<sup>17</sup>, 26<sup>18</sup>, 28<sup>25</sup>,  
29<sup>27</sup>, 29<sup>28</sup>, 29<sup>29</sup>, 29<sup>30</sup>, 36<sup>64</sup>, 40<sup>14</sup>,  
41<sup>18</sup>, 41<sup>19</sup>, 41<sup>20</sup>, 41<sup>21</sup>, 41<sup>22</sup>, 41<sup>23</sup>,  
41<sup>24</sup>, 41<sup>25</sup>, 55<sup>28</sup>, 55<sup>29</sup>, 56<sup>32</sup>, 56<sup>33</sup>,  
56<sup>34</sup>, 56<sup>37</sup>, 57<sup>38</sup>, 57<sup>39</sup>, 57<sup>40</sup>, 57<sup>41</sup>,  
57<sup>42</sup>, 57<sup>44</sup>, 58<sup>45</sup>, 58<sup>46</sup>, 58<sup>47</sup>, 58<sup>48</sup>,  
58<sup>49</sup>, 58<sup>50</sup>, 58<sup>51</sup>, 58<sup>52</sup>, 58<sup>53</sup>, 58<sup>54</sup>,  
62<sup>67</sup>, 69<sup>90</sup>, 69<sup>91</sup>, 69<sup>92</sup>, 70<sup>93</sup>, 70<sup>95</sup>,  
70<sup>96</sup>, 70<sup>97</sup>, 70<sup>99</sup>, 82<sup>28</sup>, 82<sup>29</sup>, 82<sup>30</sup>,  
106<sup>134</sup>, 106<sup>135</sup>, 107<sup>136</sup>, 107<sup>138</sup>,  
108<sup>139</sup>, 108<sup>140</sup>, 108<sup>141</sup>, 164<sup>39</sup>, 164<sup>40</sup>,  
164<sup>41</sup>, 164<sup>42</sup>, 164<sup>43</sup>, 165<sup>44</sup>, 166<sup>48</sup>,  
166<sup>49</sup>, 167<sup>51</sup>, 182<sup>16</sup>, 183<sup>17</sup>, 183<sup>18</sup>,  
183<sup>19</sup>, 183<sup>20</sup>, 183<sup>21</sup>, 184<sup>23</sup>, 184<sup>22</sup>,  
184<sup>24</sup>, 184<sup>27</sup>, 187<sup>33</sup>, 216<sup>3</sup>

## H

**Hotman**, 20, 123, 124, 132  
124<sup>5</sup>, 124<sup>6</sup>, 124<sup>7</sup>, 124<sup>8</sup>

## K

**Kant**, 34, 224, 226  
35<sup>59</sup>, 35<sup>60</sup>

**L**

**Locke**, 33, 34  
33<sup>50</sup>, 33<sup>51</sup>

**P**

**Pothier**, 20, 46, 47, 63, 73, 74, 89-91,  
94, 95, 104, 121, 122, 132, 157,  
171, 172, 174, 179, 188-191, 195,  
199-203, 219, 222, 225, 226  
25<sup>8</sup>, 46<sup>47</sup>, 46<sup>48</sup>, 46<sup>49</sup>, 47<sup>53</sup>, 47<sup>55</sup>,  
64<sup>75</sup>, 73<sup>114</sup>, 89<sup>59</sup>, 89<sup>60</sup>, 89<sup>61</sup>, 89<sup>63</sup>,  
89<sup>64</sup>, 90<sup>65</sup>, 90<sup>66</sup>, 90<sup>69</sup>, 90<sup>71</sup>, 91<sup>75</sup>,  
91<sup>76</sup>, 95<sup>86</sup>, 95<sup>87</sup>, 121<sup>192</sup>, 171<sup>69</sup>, 171<sup>70</sup>,  
172<sup>71</sup>, 179<sup>5</sup>, 179<sup>6</sup>, 179<sup>7</sup>, 179<sup>8</sup>, 188<sup>40</sup>,  
188<sup>42</sup>, 189<sup>43</sup>, 189<sup>44</sup>, 189<sup>45</sup>, 189<sup>46</sup>,  
189<sup>47</sup>, 190<sup>49</sup>, 193<sup>4</sup>, 199<sup>31</sup>, 199<sup>32</sup>,  
199<sup>44</sup>, 200<sup>34</sup>, 200<sup>35</sup>, 201<sup>37</sup>, 201<sup>38</sup>,  
201<sup>40</sup>, 201<sup>41</sup>, 201<sup>42</sup>, 201<sup>43</sup>, 202<sup>44</sup>,  
202<sup>45</sup>, 202<sup>46</sup>, 203<sup>47</sup>, 203<sup>48</sup>, 203<sup>49</sup>,  
203<sup>50</sup>, 203<sup>51</sup>, 222<sup>10</sup>, 226<sup>17</sup>

**Pufendorf**, 20, 25, 29, 30, 31, 42, 44,  
59-61, 70, 71, 83, 97, 108-112, 114,  
115, 117-119, 122, 131, 157, 167,  
171, 173, 178, 184-187, 190, 194,  
206, 223-226  
29<sup>31</sup>, 29<sup>32</sup>, 29<sup>33</sup>, 30<sup>34</sup>, 30<sup>35</sup>, 30<sup>36</sup>,  
30<sup>37</sup>, 31<sup>38</sup>, 31<sup>39</sup>, 42<sup>27</sup>, 42<sup>28</sup>, 42<sup>29</sup>,  
42<sup>30</sup>, 43<sup>31</sup>, 57<sup>39</sup>, 59<sup>56</sup>, 60<sup>58</sup>, 60<sup>59</sup>,  
60<sup>60</sup>, 60<sup>61</sup>, 62<sup>67</sup>, 63<sup>68</sup>, 63<sup>69</sup>, 70<sup>99</sup>,  
71<sup>100</sup>, 71<sup>101</sup>, 71<sup>102</sup>, 71<sup>103</sup>, 82<sup>28</sup>, 83<sup>34</sup>,  
97<sup>100</sup>, 97<sup>98</sup>, 97<sup>99</sup>, 102<sup>112</sup>, 109<sup>142</sup>,  
109<sup>143</sup>, 110<sup>144</sup>, 110<sup>145</sup>, 111<sup>147</sup>, 111<sup>148</sup>,  
111<sup>149</sup>, 111<sup>150</sup>, 112<sup>151</sup>, 112<sup>152</sup>, 112<sup>153</sup>,  
112<sup>154</sup>, 116<sup>170</sup>, 117<sup>174</sup>, 164<sup>40</sup>, 167<sup>52</sup>,  
168<sup>53</sup>, 184<sup>25</sup>, 184<sup>27</sup>, 185<sup>29</sup>, 185<sup>30</sup>,  
224<sup>14</sup>

**S**

**Serres**, 92, 93, 172  
92<sup>80</sup>, 92<sup>81</sup>, 172<sup>72</sup>, 172<sup>73</sup>

**T**

**Thomasius**, 20, 45, 62, 63, 115, 116,  
117, 118, 131, 135-140, 169, 178,  
184, 187, 188  
63<sup>68</sup>, 63<sup>69</sup>, 82<sup>28</sup>, 115<sup>166</sup>, 115<sup>167</sup>,  
115<sup>168</sup>, 116<sup>169</sup>, 116<sup>171</sup>, 117<sup>173</sup>, 117<sup>175</sup>,  
117<sup>176</sup>, 117<sup>177</sup>, 135<sup>49</sup>, 135<sup>52</sup>, 136<sup>53</sup>,  
136<sup>54</sup>, 136<sup>55</sup>, 137<sup>56</sup>, 137<sup>57</sup>, 137<sup>59</sup>,  
138<sup>60</sup>, 138<sup>61</sup>, 138<sup>62</sup>, 138<sup>63</sup>, 139<sup>64</sup>,  
139<sup>65</sup>, 139<sup>66</sup>, 157<sup>8</sup>, 178<sup>3</sup>, 178<sup>4</sup>,  
187<sup>35</sup>, 187<sup>36</sup>, 188<sup>37</sup>, 188<sup>38</sup>, 188<sup>39</sup>,  
140<sup>67</sup>, 62<sup>67</sup>, 169<sup>58</sup>, 137<sup>58</sup>

**W**

**Wolff**, 15, 20, 33, 44, 45, 63, 73, 86,  
87, 88, 89, 115, 118-120, 122, 170,  
174, 190, 194, 196, 204-213, 221,  
224-227  
15<sup>1</sup>, 17<sup>5</sup>, 33<sup>47</sup>, 33<sup>48</sup>, 33<sup>49</sup>, 44<sup>37</sup>, 44<sup>38</sup>,  
44<sup>39</sup>, 44<sup>40</sup>, 44<sup>41</sup>, 44<sup>42</sup>, 45<sup>43</sup>, 57<sup>39</sup>,  
63<sup>70</sup>, 63<sup>71</sup>, 63<sup>72</sup>, 63<sup>73</sup>, 63<sup>74</sup>, 73<sup>111</sup>,  
73<sup>112</sup>, 73<sup>113</sup>, 81<sup>27</sup>, 82<sup>28</sup>, 86<sup>41</sup>, 87<sup>43</sup>,  
87<sup>44</sup>, 87<sup>45</sup>, 87<sup>46</sup>, 87<sup>47</sup>, 87<sup>48</sup>, 87<sup>49</sup>,  
87<sup>50</sup>, 88<sup>51</sup>, 88<sup>53</sup>, 88<sup>55</sup>, 88<sup>56</sup>, 88<sup>57</sup>,  
89<sup>58</sup>, 98<sup>101</sup>, 102<sup>112</sup>, 118<sup>178</sup>, 118<sup>179</sup>,  
118<sup>180</sup>, 118<sup>181</sup>, 118<sup>182</sup>, 118<sup>183</sup>, 119<sup>184</sup>,  
119<sup>185</sup>, 119<sup>186</sup>, 119<sup>187</sup>, 120<sup>188</sup>, 120<sup>190</sup>,  
170<sup>63</sup>, 170<sup>64</sup>, 170<sup>65</sup>, 170<sup>66</sup>, 204<sup>56</sup>,  
205<sup>57</sup>, 205<sup>59</sup>, 205<sup>60</sup>, 206<sup>62</sup>, 206<sup>63</sup>,  
206<sup>64</sup>, 207<sup>66</sup>, 207<sup>67</sup>, 208<sup>68</sup>, 208<sup>69</sup>,  
209<sup>70</sup>, 209<sup>71</sup>, 209<sup>72</sup>, 211<sup>75</sup>, 212<sup>76</sup>,  
212<sup>77</sup>, 212<sup>78</sup>, 212<sup>79</sup>, 212<sup>80</sup>, 213<sup>81</sup>,  
219<sup>7</sup>, 221<sup>9</sup>, 226<sup>18</sup>

**Z**

**Zasius**, 96  
27<sup>18</sup>, 38<sup>4</sup>, 96<sup>93</sup>, 96<sup>94</sup>, 149<sup>91</sup>, 156<sup>4</sup>

## II. Matières

### A

**abstention**, 40, 55, 58, 63, 82, 98, 185  
55<sup>29</sup>

**acte dommageable**, 19, 49, 51, 58,  
59, 65, 71, 111, 137, 140, 162, 164,  
183, 185, 216, 221, 228

**acte illicite**, 42, 44, 47, 90, 98, 117,  
211, 212, 219

**actio in factum**, 52, 65, 160  
59<sup>55</sup>, 68<sup>87</sup>, 158<sup>11</sup>

**actio legis Aquiliae**, 65, 160, 201  
49<sup>6</sup>, 53<sup>21</sup>, 136<sup>53</sup>, 158<sup>11</sup>, 182<sup>15</sup>

**actio locati**, 51, 158

**actio utilis**, 65

**action(s) noxale(s)**, 155, 193, 197  
26<sup>14</sup>

**action pénale**, 187

**action reipersécutoire**, 187, 188

**actiones propriae**, 57  
57<sup>38</sup>

**adultère**, 56<sup>33</sup>

**analogie**, 64

**assassinat**, 147, 150

**auteur du dommage**, 16, 17, 65, 70,  
78, 81, 116, 117, 137, 140, 142,  
151, 156, 160, 164, 170, 176, 177,  
180, 181, 182, 190  
128<sup>23</sup>, 156<sup>d</sup>

**auxiliaire**, 32, 67, 68, 70, 86, 89, 91,  
145, 186, 220  
114<sup>63</sup>, 132<sup>41</sup>

### B

**briser**, 23, 24, 36, 37, 39, 41, 48, 52,  
55, 59, 60, 66, 74, 139, 141

**brûler**, 23, 24, 36, 37, 39, 41, 48, 52,  
55, 59, 60, 66, 74, 139

### C

**calcul du dommage**, 19, 28, 39, 46,  
136, 139, 142, 144, 146, 155, 156,  
157, 161, 163, 164, 169, 170, 172,  
173, 174, 176, 225  
55<sup>29</sup>, 97<sup>97</sup>, 139<sup>66</sup>, 162<sup>31</sup>, 165<sup>43</sup>, 173<sup>74</sup>

**cas fortuit**, 62, 72, 79, 80, 81, 83, 92,  
97, 98, 106, 144, 221  
42<sup>28</sup>, 62<sup>66</sup>, 72<sup>109</sup>, 199<sup>30</sup>

**casum sentit dominus**, 140

**causalité**, 16, 19, 40, 49, 65, 66, 67,  
68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 99,  
158, 180, 181, 183, 184, 185, 216,  
219, 220, 221, 222, 225, 228  
40<sup>15</sup>, 71<sup>99</sup>

**cause**, 27, 30, 32, 33, 47, 63, 66, 67,  
68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 76, 78,  
84, 87, 94, 99, 111, 160, 182, 197,  
203, 204, 210, 216, 221, 222  
128<sup>23</sup>

**clause générale**, 40, 41, 48, 49, 50,  
51, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61,  
62, 63, 64, 69, 70, 72, 73, 74, 82,  
83, 85, 86, 98, 99, 100, 107, 111,  
112, 114, 115, 119, 128, 160, 161,  
163, 168, 172, 174, 191, 217, 218,  
219, 220, 225, 227, 228  
49<sup>6</sup>, 55<sup>28</sup>, 63<sup>70</sup>, 70<sup>98</sup>, 167<sup>52</sup>

**coauteur**, 186

**commission**, 41, 69, 98

**compensation**, 29, 164, 166  
167<sup>52</sup>

**conjoint(s)**, 164, 165, 167

**conseiller**, 58, 183

**consentir**, 58

**contra ius**, 78, 84, 89

**contrat**, 33, 34, 114, 116, 121, 197,  
202, 203  
34<sup>57</sup>, 34<sup>58</sup>, 202<sup>46</sup>

**corpore**, 67  
120<sup>188</sup>, 167<sup>52</sup>

**corpore corpori**, 15, 66, 218, 219

**corrumpere**, 39, 48, 52, 53, 142, 147

**corruption**, 52, 60, 62, 159, 162

**critères d'assujettissement**, 175

**culpa**, 18, 19, 37, 39, 40, 42, 45, 62,  
74ss, 81ss, 94ss, 104, 105, 107,  
114ss, 122, 132, 140, 191, 211,  
216ss, 225, 227, 228  
43<sup>31</sup>, 45<sup>43</sup>, 45<sup>44</sup>, 50<sup>10</sup>, 50<sup>11</sup>, 51<sup>12</sup>,  
53<sup>22</sup>, 63<sup>70</sup>, 73<sup>111</sup>, 76<sup>2</sup>, 77<sup>4</sup>, 77<sup>5</sup>, 77<sup>7</sup>,  
78<sup>8</sup>, 78<sup>9</sup>, 78<sup>10</sup>, 79<sup>13</sup>, 79<sup>14</sup>, 79<sup>15</sup>, 80<sup>16</sup>,  
80<sup>21</sup>, 81<sup>26</sup>, 81<sup>27</sup>, 82<sup>30</sup>, 83<sup>31</sup>, 83<sup>34</sup>,  
87<sup>43</sup>, 87<sup>47</sup>, 88<sup>54</sup>, 88<sup>57</sup>, 89<sup>58</sup>, 96<sup>91</sup>,  
96<sup>93</sup>, 96<sup>94</sup>, 96<sup>95</sup>, 97<sup>96</sup>, 98<sup>102</sup>, 99<sup>106</sup>,  
102<sup>111</sup>, 104<sup>124</sup>, 105<sup>130</sup>, 106<sup>133</sup>,  
106<sup>134</sup>, 138<sup>60</sup>, 170<sup>64</sup>, 188<sup>41</sup>, 212<sup>80</sup>

**culpa lata**, 42<sup>29</sup>, 96<sup>91</sup>, 96<sup>95</sup>, 99<sup>106</sup>

**culpa levis**, 96  
42<sup>29</sup>, 96<sup>95</sup>

**culpa levissima**, 95, 96, 97, 98, 99  
96<sup>94</sup>, 96<sup>95</sup>, 97<sup>96</sup>, 99<sup>106</sup>

## D

**damnum**, 18, 19, 48, 49, 51, 53, 55,  
61ss, 70, 73, 74  
50<sup>10</sup>, 53<sup>21</sup>, 56<sup>32</sup>, 23<sup>3</sup>, 59<sup>56</sup>, 59<sup>57</sup>,

60<sup>58</sup>, 65<sup>79</sup>, 67<sup>82</sup>, 69<sup>90</sup>, 69<sup>92</sup>, 70<sup>99</sup>,  
71<sup>102</sup>

**damnum datum**, 19, 40, 42, 43, 45,  
47, 48, 52, 55, 62, 65, 66, 74, 100,  
117, 136, 140, 212, 218ss  
45<sup>44</sup>, 46<sup>48</sup>, 46<sup>49</sup>, 67<sup>82</sup>, 69<sup>90</sup>, 79<sup>14</sup>,  
82<sup>30</sup>, 89<sup>61</sup>, 89<sup>64</sup>, 106<sup>134</sup>, 125<sup>10</sup>, 170<sup>63</sup>,  
170<sup>66</sup>

**damnum iniuria datum**, 37ss, 76, 77,  
82, 85, 86, 91, 94, 95, 99, 100, 101,  
107, 119, 216, 227  
19<sup>7</sup>, 43<sup>31</sup>, 99<sup>106</sup>

**dédommagement**, 57, 62, 64, 70, 71,  
83, 86, 127, 128, 130, 131, 136,  
137, 139, 141ss, 147, 148, 155, 156,  
159, 161, 164ss, 174, 177ss, 218ss,  
53<sup>24</sup>, 56<sup>33</sup>, 56<sup>34</sup>, 84<sup>36</sup>, 156<sup>4</sup>, 164<sup>40</sup>,  
165<sup>47</sup>, 167<sup>52</sup>, 170<sup>64</sup>, 173<sup>74</sup>

**déduction**, 64, 121, 170, 210ss, 224,  
227

**défigurement**, 166

**délit**, 27, 53, 57, 61, 63, 72, 95, 121,  
197, 199, 203, 226  
95<sup>88</sup>

**dépositaire**, 168  
99<sup>106</sup>

**descendants**, 164, 165, 166

**destruction**, 58  
167<sup>52</sup>

**détériorer**, 54, 63, 73, 208

**détruire**, 52, 157

**devoir** (cf. aussi *officium*), 16, 44, 77,  
82, 83, 100, 101, 102, 104ss, 145,  
154, 164, 222ss, 228  
83<sup>31</sup>, 108<sup>141</sup>, 109<sup>142</sup>, 112<sup>151</sup>, 120<sup>190</sup>

**Dieu**, 28, 29, 34, 102, 103, 105, 112,  
117, 195, 224  
15<sup>1</sup>

**diligence**, 63, 88, 89, 97, 98, 106,  
117, 145, 220<sup>ss</sup>,  
96<sup>9d</sup>, 98<sup>101</sup>

**diligentia**, 87, 88, 97, 99, 117  
88<sup>55</sup>, 117<sup>177</sup>

**diligentior**, 88

**diligentissimus**, 88

**diminution**, 15, 60, 175, 212  
30<sup>36</sup>, 54<sup>27</sup>, 60<sup>60</sup>, 73<sup>110</sup>, 126<sup>14</sup>

**dol**, 45, 47, 62, 63, 73, 76, 86, 89, 95,  
97, 129, 138, 140, 170, 172, 212  
37<sup>2</sup>, 45<sup>43</sup>, 45<sup>44</sup>, 50<sup>10</sup>, 63<sup>70</sup>, 73<sup>111</sup>,  
92<sup>80</sup>, 138<sup>60</sup>, 170<sup>64</sup>, 212<sup>80</sup>

**dominus**, 140, 165

**dommage économique**, 16, 56, 219  
64<sup>76</sup>

**dommage abstrait**, 74

**dommage médiat**, 71

**dommage par ricochet**, 68

**dommages-intérêts**, 126, 160, 168  
155<sup>1</sup>, 171<sup>68</sup>

**douleurs**, 166  
60<sup>60</sup>, 171<sup>68</sup>, 173<sup>74</sup>

**droit des Gens**, 62, 102, 115, 136,  
137, 139, 187, 188  
171<sup>68</sup>, 173<sup>74</sup>, 205<sup>60</sup>

**droit germanique**, 45, 133, 134, 135,  
139, 140, 169, 188, 199  
123<sup>1</sup>, 133<sup>42</sup>, 135<sup>49</sup>, 171<sup>68</sup>

**droit impérial**, 149

**droit inné**, 33, 34, 164  
108<sup>141</sup>

**droit parfait**, 60, 116, 119

## E

**égalité**, 30  
115<sup>168</sup>

**enfant**, 31, 81, 128, 164, 167, 184,  
189  
29<sup>28</sup>, 31<sup>39</sup>, 56<sup>33</sup>, 132<sup>41</sup>

**enlèvement**, 58

**équité**, 137, 139, 171, 182, 186  
84<sup>36</sup>, 130<sup>33</sup>, 169<sup>57</sup>

**esclavage**, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31,  
33, 34, 35, 36, 197, 215  
25<sup>9</sup>, 26<sup>10</sup>, 29<sup>33</sup>

**estimation**, 28, 53, 63, 137, 162, 166,  
170, 171, 173, 187  
167<sup>52</sup>

**ex iure patrio**, 171

**ex maleficio**, 52  
40<sup>14</sup>, 40<sup>16</sup>, 52<sup>19</sup>, 53<sup>20</sup>, 53<sup>21</sup>, 82<sup>30</sup>,  
106<sup>134</sup>

## F

**facere**, 63, 183  
184<sup>26</sup>

**faiblesse**, 45, 92

**faute de métier**, 114

**faute grave**, 42, 91, 95

**faute légère**, 42, 45, 92, 95, 96, 97,  
99

**felicitas**, 207

**filiation**, 166

**fou**, 81, 189

**frais d'éducation**, 56<sup>33</sup>

**frais médicaux**, 126, 143, 147, 166  
165<sup>47</sup>

**frangere**, 23, 62, 66, 139, 141, 142,  
143, 147, 152, 159, 218

**furtum**, 53<sup>20</sup>, 103<sup>122</sup>

**H**

**hasard**, 62, 63, 80, 181, 218  
**héritier**, 18, 148, 156, 167, 168, 170,  
 178, 179, 187, 188  
 156<sup>4</sup>  
**homicide**, 57, 92, 126, 147, 150, 151,  
 164, 165, 167, 169, 174, 175  
 36<sup>64</sup>, 56<sup>34</sup>, 126<sup>14</sup>, 165<sup>33</sup>, 165<sup>44</sup>,  
 165<sup>45</sup>, 175<sup>75</sup>  
*honeste vivere*, 103<sup>118</sup>, 112<sup>155</sup>, 113<sup>156</sup>  
**honneur**, 30, 105

**I**

**ignorance**, 43, 61, 84, 85, 91, 92, 98,  
 113, 115, 196  
 62<sup>65</sup>, 113<sup>157</sup>, 132<sup>38</sup>, 199<sup>30</sup>  
**illicéité**, 15, 17, 19, 47, 49, 53, 77,  
 82, 83, 85, 89, 92, 98, 100, 111,  
 119, 122, 141, 152, 158, 216, 221ss  
 42<sup>28</sup>, 89<sup>58</sup>  
**impenses**, 164, 166, 167  
 40<sup>15</sup>  
*imperitia*, 39, 92  
 45<sup>44</sup>, 132<sup>38</sup>  
*improvidentia*, 87  
**imprudence**, 43, 47, 53, 61, 73, 76,  
 84, 92, 94, 95, 98, 113, 115, 222  
 72<sup>109</sup>, 113<sup>157</sup>  
**impubère**, 81  
**imputation**, 17, 74, 83, 220  
**incapacité**, 87, 92, 189  
**incendie**, 32, 80, 90, 127, 128, 186  
 199<sup>30</sup>  
*incogitantia*, 87  
*inconsideratio*, 87  
**inexpérience**, 76, 91, 144, 158, 160

**infamie**, 150  
*infirmitas*, 92  
 45<sup>44</sup>, 63<sup>70</sup>  
*infitiants*, 156  
*iniuria occidere*, 76  
**injures**, 150, 151, 194  
**instiguer**, 58  
**insultes**, 150  
**intention**, 43, 52, 61, 76, 84, 90, 94,  
 118, 162, 217  
**intentionnalité**, 47, 90, 129, 225  
*interesse*, 151, 168, 171, 174  
 63<sup>68</sup>, 67<sup>84</sup>, 67<sup>85</sup>, 125<sup>10</sup>, 150<sup>93</sup>  
*ius imperandi*, 181  
 182<sup>15</sup>  
*iustitia*, 105  
 103<sup>118</sup>, 103<sup>119</sup>, 205<sup>49</sup>

**L**

*laesio*, 60, 70, 116, 191, 211  
 43<sup>31</sup>, 44<sup>37</sup>, 59<sup>56</sup>, 60<sup>60</sup>, 111<sup>148</sup>, 119<sup>186</sup>,  
 211<sup>75</sup>, 212<sup>76</sup>, 212<sup>77</sup>  
*laudatio*, 183  
**légèreté**, 43, 84  
**légitimation active**, 39, 177, 178,  
 179, 184, 187, 188  
**légitimation passive**, 39, 180ss, 184ss  
**lésion**, 44, 58, 60, 62, 83, 101, 118,  
 119, 139, 143, 155, 156, 191, 211ss,  
 36<sup>64</sup>, 42<sup>27</sup>, 56<sup>34</sup>, 165<sup>44</sup>  
*lex caritatis*, 185  
*lex humanitatis*, 185  
**liberté**, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 33ss,  
 63, 105, 110, 116, 117, 134, 148,  
 223, 224

## M

**maître**, 26, 29, 30, 31, 32, 38, 51, 66,  
68, 90, 91, 114, 158, 178, 181, 188,  
189

26<sup>11</sup>, 40<sup>15</sup>, 131<sup>35</sup>, 189<sup>48</sup>

**maleficium**, 52, 53

40<sup>14</sup>, 40<sup>16</sup>, 53<sup>21</sup>, 82<sup>30</sup>, 106<sup>134</sup>

**malignité**, 47, 73, 94

**mandat**, 182

182<sup>14</sup>

**manus**, 56

**méfait**, 40, 41, 53, 55, 57, 58, 82, 83,

106, 107, 127, 183, 185, 189  
55<sup>29</sup>

**méfaits contre la vie**, 41, 58

**méfaits contre le corps**, 41, 58

**mineurs**, 184, 186, 216

**misdaed**, 41

29<sup>29</sup>, 41<sup>18</sup>, 41<sup>19</sup>, 41<sup>20</sup>, 41<sup>21</sup>, 41<sup>22</sup>,  
57<sup>44</sup>, 58<sup>47</sup>, 58<sup>50</sup>, 58<sup>52</sup>

**miséricordieux**, 120

**mode de calcul**, 28, 136, 137, 139,

142, 144, 157, 162, 167, 168, 169,  
170, 172, 173, 174  
155<sup>3</sup>, 173<sup>74</sup>

**momentum attulere**, 184

**motif(s)**, 76, 106, 130, 142

**mutilation**, 126, 166

## N

**neglegentia**, 76, 83, 87, 88, 89, 92,

97, 100, 132, 140, 142, 145  
63<sup>70</sup>, 83<sup>34</sup>, 88<sup>51</sup>, 88<sup>52</sup>, 88<sup>56</sup>, 88<sup>57</sup>,  
89<sup>58</sup>, 97<sup>98</sup>, 132<sup>38</sup>, 156<sup>4</sup>

**neminem laedere**, 30, 44, 62, 77,  
100ss, 108ss, 131, 136, 140, 154,  
191, 211ss  
110<sup>145</sup>, 113<sup>156</sup>

**non corpore**, 66, 67

65<sup>79</sup>, 67<sup>82</sup>

**non corpore non corpori**, 16, 66, 67,

218, 219, 221

**non corpori**, 66, 67

**non facere**, 63, 183

184<sup>26</sup>

**non iure**, 78, 80, 84

45<sup>44</sup>

**normes générales**, 54, 74, 143, 196

**noxa**, 51, 142, 148, 172, 181

132<sup>40</sup>, 148<sup>88</sup>, 197<sup>22</sup>

## O

**obligatio naturalis**, 206

206<sup>64</sup>

**occidere**, 23, 35, 39, 62, 76, 141, 143,

159, 163, 215, 218  
50<sup>8</sup>, 50<sup>9</sup>, 76<sup>2</sup>

**occupatio**, 44

**officium** (cf. aussi **devoir**), 102, 111

112<sup>152</sup>, 119<sup>184</sup>

**omission**, 41, 58, 88, 98, 117, 132

**ordonner**, 58, 74

## P

**pacte**, 56, 116

116<sup>169</sup>

**parents**, 164, 165, 167, 184

132<sup>41</sup>

**pater familias**, 96, 97

*peccare*, 80  
80<sup>21</sup>, 208<sup>68</sup>

**péché**, 71, 80, 183, 185, 208

**perfection**, 15, 44, 59, 118ss, 122,  
207, 208, 211, 212, 221, 227  
15<sup>1</sup>

**personnes dépendantes**, 186

**perte(s)**, 43, 60, 61, 84, 98, 159, 162,  
164, 166, 167, 172, 174ss, 219  
60<sup>60</sup>, 92<sup>80</sup>, 113<sup>157</sup>, 132<sup>38</sup>, 167<sup>52</sup>

**pluralité d'auteurs**, 184, 186, 187

*praeceptum*, 102  
115<sup>168</sup>, 116<sup>171</sup>

**précepte**, 30, 59, 62, 103, 105, 108ss,  
116, 117, 122, 170, 191, 205, 211,  
223, 227  
112<sup>155</sup>, 113<sup>156</sup>, 115<sup>168</sup>

**présomption**, 79, 82, 221

**preuve(s)**, 36, 59, 61, 79, 86, 89, 90,  
98, 115, 205ss, 220, 221  
81<sup>27</sup>

**prévoyance**, 90, 113ss

**principe de la raison suffisante**, 209,  
210

**principe de non-contradiction**, 209

**procédure**, 69, 160, 179, 186, 187

**propriétaire**, 31, 46, 63, 65, 90, 101,  
108, 125, 127, 129, 137, 144ss, 160,  
163, 177ss, 187, 213  
23<sup>2</sup>, 23<sup>3</sup>, 101<sup>110</sup>, 148<sup>88</sup>, 170<sup>64</sup>, 198<sup>29</sup>

**providence**, 80, 223

**pudeur**, 30, 63, 110, 116, 223

## Q

*quasi*, 38, 47, 52, 53, 63, 73, 94, 95,  
99, 121, 158, 181, 189, 190, 203,  
226  
38<sup>6</sup>, 40<sup>16</sup>, 47<sup>56</sup>, 52<sup>19</sup>, 90<sup>69</sup>,  
98<sup>102</sup>, 205<sup>60</sup>

*quasi ex maleficio*, 40, 52  
52<sup>19</sup>

**quasi-contrat**, 95

*quasi-damnum*, 181

**quasi-délits**, 95, 121, 203

## R

**rapport de subordination**, 182

*ratio legis*, 52, 145, 174

**réception**, 37, 46, 133, 140, 161  
133<sup>42</sup>, 136<sup>53</sup>, 156<sup>4</sup>

**rectitude**, 87  
87<sup>44</sup>

**réparation**, 15ss, 29, 41, 42, 58, 62,  
68, 70, 71, 74, 83, 86, 98, 107,  
109ss, 121, 125, 131, 137, 142,  
144ss, 151, 165ss, 175, 176, 178,  
181ss, 213, 220, 224, 227  
54<sup>24</sup>, 64<sup>75</sup>, 108<sup>141</sup>, 127<sup>23</sup>, 130<sup>30</sup>,  
142<sup>73</sup>, 155<sup>1</sup>, 165<sup>43</sup>, 169<sup>57</sup>

**réparer**, 15, 17, 40, 42, 58, 59, 95,  
99, 107, 111, 113, 117, 121, 125,  
138, 145, 148, 164, 170, 175, 177,  
181ss, 189, 212, 220, 223  
15<sup>2</sup>, 15<sup>3</sup>, 55<sup>29</sup>, 108<sup>141</sup>, 132<sup>38</sup>, 155<sup>1</sup>,  
189<sup>44</sup>

**réputation**, 56, 110, 204, 216, 223

*res nullius*, 148

**responsabilité entre époux**, 187

**responsabilité objective**, 15

**responsabilité pour auxiliaires**, 32,  
68  
114<sup>163</sup>, 132<sup>4</sup>

**responsabilité subjective**, 15, 17

**restitution**, 62, 71, 185

*revera causa*, 71  
71<sup>100</sup>

**rompre**, 23, 24, 36, 37, 39, 41, 52,  
55, 59, 60, 66, 74, 139, 141

**rumpere**, 23, 48, 62, 139, 141, 142,  
143, 152, 159, 218

## S

**séduction**, 56<sup>33</sup>

**séquelles**, 143, 166

**sévérité exagérée**, 91

**subsidiarité**, 185, 215  
125<sup>11</sup>

**summa diligentia**, 88

**superficies solo cedit**, 179

**suppression**, 60

**suum cuique tribuere**, 28, 77, 100,  
101, 102, 103, 105, 108, 110, 122,  
136, 140, 154, 170, 205, 222, 223,  
228  
28<sup>24</sup>, 42<sup>26</sup>, 56<sup>37</sup>, 103<sup>118</sup>, 103<sup>121</sup>,  
105<sup>129</sup>, 108<sup>141</sup>, 112<sup>155</sup>, 113<sup>156</sup>, 118<sup>178</sup>,  
205<sup>59</sup>

## T

**Talion**, 15, 126, 151, 155, 156  
126<sup>14</sup>, 167<sup>51</sup>

**témérité**, 92

**tort**, 26, 43, 47, 53, 61, 64, 68, 72,  
73, 78, 83, 84, 94, 95, 121, 122,

172, 222  
26<sup>12</sup>, 55<sup>28</sup>, 155<sup>1</sup>, 189<sup>44</sup>

**tuer**, 23, 24, 36ss, 41, 48, 50, 52, 54,  
55, 59, 66, 74, 101, 165

## U

**ullo modo**, 59, 60, 70  
59<sup>56</sup>, 111<sup>148</sup>

**Unachtsamkeit**, 87

**urere**, 23, 62, 139, 141, 143, 159, 218

**usus hodiernus**, 170

**utilitas**, 52, 153  
52<sup>17</sup>

## V

**vendeur**, 168

**verbis**, 56  
159<sup>18</sup>, 162<sup>32</sup>

**vérité logique**, 206, 208, 209

**veteres**, 48, 101, 118  
48<sup>2</sup>, 78<sup>8</sup>

**vol**, 103

**voleur**, 50

**vulnerare**, 171  
38<sup>6</sup>, 44<sup>35</sup>, 59<sup>57</sup>