



UNIVERSITÀ  
DEGLI STUDI  
FIRENZE



DOTTORATO DI RICERCA IN  
SCIENZE GIURIDICHE

Ciclo XXXV – Coordinatore: Prof. Alessandro Simoni

**Entre punition et réparation**

**Pour une histoire culturelle**

**de la fonction de la responsabilité aquilienne**

Settore Scientifico Disciplinare IUS/18

Dottorando:

Francesco Saverio Tavaglione

Tutori:

Prof.ssa Patrizia Giunti

Prof. Jean-François Gerkens



## Remerciements

Il francese, lingua che amo e che considero mia ormai da tempo, mi ha accompagnato durante tutto il lavoro condensato in queste pagine. Ciononostante, mi sia permesso di scrivere queste righe in italiano: l'emozione nel ricordare e ringraziare tutte e tutti coloro i quali hanno contribuito alla realizzazione di questo progetto mi spingono a preferire la mia lingua madre.

Anzitutto, tengo a ringraziare i miei Maestri, la Prof.ssa Giunti e il Prof. Gerken. Durante i tre anni passati, la mia formazione e la mia crescita hanno tratto linfa vitale dalla loro competenza scientifica e dal loro sincero amore per la professione di Docente. Osservandoli e ammirandoli all'opera, ho toccato con mano il significato profondo dell'attività di ricerca e di insegnamento, e ho percepito che il mio sogno è seguire, nel mio piccolo, i loro passi. Ringrazio poi la Prof.ssa Chevreau, che prima ancora di partecipare attivamente al mio *comité de thèse* aveva impresso, in qualità di *discussant* della mia relazione al Laboratorio Romanistico Gardesano, un impulso fondamentale alla direzione della mia ricerca, all'epoca ancora così embrionale. Merita un ringraziamento il Prof. Simoni, che ha esercitato l'incarico di coordinatore del dottorato fiorentino con professionalità e passione. In un triennio funestato dalla pandemia, poter contare sulla sua capacità è stato un sollievo e un onore.

Infine, sento il dovere di esprimere la mia gratitudine per le colleghe e i colleghi che mi hanno circondato in questi anni. Il *service de droit romain* di Liegi e i collaboratori della Cattedra fiorentina sono stati presenze fondamentali, che mai dimenticherò e con cui spero di conservare a lungo l'amicizia che mi ha accompagnato in questo periodo.

A chi ho ricordato qui, e a quante e quanti ho dimenticato di menzionare, giunga l'espressione più vera della mia riconoscenza.







## Table des matières

Liste des abréviations .....	vii
<b>Introduction.....</b>	<b>xi</b>
1. Le choix terminologique : responsabilité « aquilienne ».....	xii
2. Le problème de la fonction de la responsabilité aquilienne .....	xiii
3. Une <i>summa divisio</i> dans le <i>genus</i> des fonctions de la responsabilité aquilienne ? .....	xx
4. Une approche « culturelle » de l'histoire de la fonction de la responsabilité aquilienne .....	xxii
5. Les limites spatiales et temporelles de l'étude. Annonce du plan.....	xxiii
<b>Première partie. La découverte progressive de la réparation du dommage en droit romain.....</b>	<b>1</b>
Chapitre I. La responsabilité <i>ex lege Aquiliā</i> : de la peine à la réparation du dommage.....	5
Section 1. De la renonciation à la vengeance à l' <i>obligatio ex delicto</i> : les origines de la répression des comportements dommageables.....	7
§1. L'héritage de la vengeance dans le droit décemviral des délits privés .	10
§2. La compatibilité de l' <i>obligatio ex delicto</i> avec la fonction punitive de la <i>lex Aquilia</i> .....	18
Section 2. L' <i>actio legis Aquiliae</i> entre <i>poena</i> et <i>rei persecutio</i> .....	29
§1. L'aménagement classique de l'action pénale <i>ex lege Aquiliā</i> .....	32
A. Une reconstruction théorique débattue .....	32
B. L'évolution jurisprudentielle tridimensionnelle de l' <i>actio legis Aquiliae</i> classique .....	39

§2. L'élasticité téléologique de l'action <i>ex lege Aquilia</i> à l'époque de Justinien .....	48
A. Un regard dynamique sur la genèse de l' <i>actio mixta legis Aquiliae</i> .....	49
B. La nature empiriquement déterminée de l' <i>actio legis Aquiliae</i> dans les Institutes de Justinien .....	53
Section 3. Punition, réparation et <i>aestimatio damni</i> .....	60
§1. Du <i>pretium rei</i> à l' <i>id quod interest</i> : l'évolution de l' <i>aestimatio damni</i> aquilienne .....	61
A. Le caractère non originaire de l' <i>id quod interest</i> .....	63
B. La liaison fonctionnelle entre réparation et <i>interesse</i> .....	68
§2. L' <i>utilitas</i> en plus du <i>pretium rei</i> .....	72
A. L' <i>aestimatio damni iniuriae</i> selon Labéon .....	75
B. L' <i>aestimatio damni iniuriae</i> selon Javolène et Julien .....	80
§3. L' <i>utilitas</i> au lieu du <i>pretium rei</i> .....	93
Chapitre II. La fonction de la <i>lex Aquilia</i> à l'épreuve de la philosophie de la justice .....	110
Section 1. La justice corrective et la fonction punitive de la responsabilité aquilienne : deux pôles opposés .....	111
Section 2. L'influence culturelle dans l'abandon de la fonction punitive de la <i>lex Aquilia</i> : <i>Graecia capta ferum victorem cepit</i> .....	119
Conclusion de la première partie .....	136
<b>Deuxième partie. La renonciation à la fonction punitive de la responsabilité aquilienne de l'école de Bologne à l'aube de la modernité juridique .....</b>	<b>141</b>
Chapitre I. La séparation entre la punition et la réparation dans la philosophie de Thomas d'Aquin .....	154
Chapitre II. La tension entre fidélité aux textes et évolution dans l'œuvre des juristes du <i>ius commune</i> .....	167



Section 1. Le principe de la réparation aquilienne du <i>damnum culpā datum</i> chez les glossateurs .....	168
§1. La qualification procédurale de l' <i>actio legis Aquiliae</i> .....	169
§2. L' <i>aestimatio damni</i> .....	174
§3. L'expansion du champ d'application de la responsabilité aquilienne	182
§4. L'élément subjectif de la responsabilité aquilienne .....	187
Section 2. Le principe de la réparation aquilienne du <i>damnum culpā datum</i> chez les postglossateurs.....	193
§1. La qualification procédurale de l' <i>actio legis Aquiliae</i> .....	193
§2. L' <i>aestimatio damni</i> et l'expansion du champ d'application de la responsabilité aquilienne.....	206
§3. L'élément subjectif de la responsabilité aquilienne .....	213
Conclusion de la deuxième partie.....	224

**Troisième partie. La réparation du dommage dans la modernité juridique continentale : une apothéose ? .....** 227

Chapitre I. La fonction de la responsabilité aquilienne dans le débat intellectuel prémoderne.....	229
Section 1. La responsabilité aquilienne dans la seconde Scolastique : la charge morale de la <i>restitutio</i> .....	230
Section 2. Responsabilité aquilienne et jusnaturalisme, entre réception et évolution.....	239
§1. Hugo Grotius.....	241
§2. Samuel Pufendorf.....	254
§3. Christian Thomasius .....	262
Chapitre II. La fonction de la responsabilité aquilienne dans l'esprit des codificateurs continentaux.....	271

Section 1. La responsabilité aquilienne <i>mixta</i> dans les codifications de Prusse ( <i>Allgemeines Landrecht</i> ) et d'Autriche (ABGB).....	272
§1. L'évaluation du comportement.....	275
§2. Les caractéristiques du dommage.....	283
§3. Responsabilité plurielle et transmissibilité passive de l'action.....	289
Section 2. La responsabilité aquilienne entre réparation et morale dans le Code civil de 1804.....	292
§1. L'évaluation du comportement.....	297
§2. Les caractéristiques du dommage.....	305
§3. Responsabilité plurielle et transmissibilité passive de l'action.....	309
Section 3. La responsabilité aquilienne entre compensation et réprobation dans le <i>Bürgerliches Gesetzbuch</i> (BGB) allemand.....	311
§1. L'évaluation du comportement.....	318
§2. Les caractéristiques du dommage.....	325
§3. Responsabilité plurielle et transmissibilité passive de l'action.....	331
Section 4. La responsabilité aquilienne au XX <sup>e</sup> siècle : le <i>Codice civile</i> italien de 1942.....	332
§1. L'évaluation du comportement.....	345
§2. Les caractéristiques du dommage.....	355
§3. Responsabilité plurielle et transmissibilité passive de l'action.....	360
Conclusion de la troisième partie.....	363
<b>Conclusion générale.....</b>	<b>365</b>
1. La montée de la réparation du dommage entre philosophie, religion et droit.....	365
2. La survivance de la fonction punitive de la responsabilité aquilienne jusqu'aux codifications modernes.....	368
3. <i>Pro futuro</i> .....	370

<b>Index des sources citées</b> .....	<b>371</b>
Sources juridiques romaines.....	371
Sources littéraires anciennes.....	381
Sources bibliques .....	384
Sources du droit canon .....	385
Sources juridiques modernes.....	386
Textes codifiés.....	386
Textes non codifiés.....	394
Jurisprudence .....	396
<b>Bibliographie</b> .....	<b>397</b>
Entrées de dictionnaires ou encyclopédies .....	444
Projets, avant-projets et travaux préparatoires de textes juridiques .....	446
<b>Summary</b> .....	<b>449</b>
1. Roman law: the evolution of tort liability <i>ex lege Aquilia</i> towards compensation .....	450
2. <i>Ius commune</i> : the marginalisation of penalty and the triumph of <i>culpa</i> .....	452
3. Modern civil codes: the apotheosis of compensation and the return of punishment.....	453
4. Conclusion.....	456
<b>Annexe : Réforme du Code civil belge</b> .....	<b>457</b>



## Liste des abréviations

AG : *Archivio giuridico*

AJ Contrat : *Actualité juridique Contrat*

AJCL : *American Journal of Comparative Law*

Ann. Fac. Giur. Camerino : *Annali della Facoltà Giuridica – Università degli Studi di Camerino*

Ann. Univ. Ferrara – Sc. Giur. : *Annali dell'Università di Ferrara. Scienze giuridiche*

ANRW : *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt*

APD : *Archives de philosophie du droit*

AUPA : *Annali del Seminario giuridico dell'Università degli Studi di Palermo*

BIDR : *Bullettino dell'Istituto di diritto romano "Vittorio Scialoja"*

BJDA : *Bulletin juridique des assurances*

Butterworths S. Afr. L. Rev. : *Butterworths South African Law Review*

Contr. impr. Eur. : *Contratto e impresa Europa*

Contr. impr. : *Contratto e impresa*

Danno e resp. : *Danno e responsabilità*

Dir. pen. e proc. : *Diritto penale e processo*

EdD : *Enciclopedia del diritto*

FIRA : S. RICCOBONO, *Fontes iuris Romani antejustiniani*, 1, Florentiae, apud G. Barbera, 1909

Foro it. : *Il Foro italiano*

GGA : *Göttingische Gelehrte Anzeigen*

ICLQ : *International and Comparative Law Quarterly*

JLE : *The Journal of Law & Economics*

JUS : *JUS. Rivista di scienze giuridiche*

JZ : *JuristenZeitung*

LQR : *The Law Quarterly Review*

NNDI : *Novissimo Digesto Italiano*

Nuova giur. civ. comm. : *La nuova giurisprudenza civile commentata*

ODCC : *Osservatorio del diritto civile e commerciale*

Pers. e merc. : *Persona e mercato*

RabelsZ : *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht / The Rabel Journal of Comparative and International Private Law*

Rass. dir. civ. : *Rassegna di diritto civile*

Rec. Dalloz : *Recueil Dalloz*

Resp. civ. prev. : *Responsabilità civile e previdenza*

Rev. crit. DIP : *Revue critique de droit international privé*

RHD : *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis / Revue d'histoire du droit / The Legal History Review*

RHDFE : *Revue historique de droit français et étranger*

RIDA : *Revue internationale des droits de l'Antiquité*

RIDC : *Rivista internazionale di diritto comune*

RISG : *Rivista italiana per le scienze giuridiche*

RISSDA : *Rivista internazionale di scienze sociali e discipline ausiliarie*

Riv. dir. civ. : *Rivista di diritto civile*

Riv. it. dir. pen. : *Rivista italiana di diritto penale*

RPA : *Revue de philosophie ancienne*

RTD civ. : *Revue trimestrielle de droit civil*

SCO : *Studi classici e orientali*

SDHI : *Studia et documenta historiae et iuris*

UMKC Law Review : *University of Missouri-Kansas City Law Review*

ZSS GA : *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte – Germanistische Abteilung*

ZSS RA : *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte – Romanistische Abteilung*





## Introduction

À propos de l'invention de l'obligation *ex delicto*, Fernand de Visscher écrit qu'il s'agit d'une véritable révolution<sup>1</sup>. L'assertion du grand romaniste n'est pas hyperbolique. Si l'on envisage la question dans le domaine de la responsabilité aquilienne, face à la détérioration de l'un de ses biens par la main d'autrui, la plus instinctive des réactions consiste en la vengeance contre l'agresseur. Étudier les conséquences d'un acte préjudiciable sur le plan du droit, c'est examiner la manière dont un ordre juridique empêche les destinataires de ses normes d'avoir recours à la vengeance, afin d'éviter une course effrénée à la violence privée.

De nos jours, la solution que les systèmes juridiques continentaux ont mise en place repose sur la notion d'obligation, le lien juridique, inventé par les Romains, par lequel nous sommes contraints de faire ou donner quelque chose selon les règles du droit<sup>2</sup>. Pour ne citer qu'une liste non exhaustive d'exemples tirés des ordres juridiques contemporains, l'article 1382 du Code civil<sup>3</sup> (devenu 1240 en France depuis 2016), le paragraphe 823 du *bürgerliches Gesetzbuch* allemand<sup>4</sup>, l'article 2043 du *Codice civile* italien<sup>5</sup>, l'article 5.146 de l'avant-projet belge paru en 2018<sup>6</sup> contiennent les normes de principe de la responsabilité extracontractuelle. En termes généraux, d'une part, la personne qui cause un dommage est débitrice, envers la victime, d'une certaine prestation ; d'autre part, celui qui subit un préjudice de la part d'autrui n'est aucunement légitimé à se venger, mais devient le créancier du responsable.

---

<sup>1</sup> F. DE VISSCHER, « Les origines de l'obligation "ex delicto" », *RHDFE* 7 (1928), p. 335-386, spéc. p. 336.

<sup>2</sup> I. 4.13.pr : « (...) *Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei, secundum nostrae civitatis iura* ».

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

<sup>4</sup> « *Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines Anderen widerrechtlich verletzt, ist dem Anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet* ».

<sup>5</sup> « *Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno* ».

<sup>6</sup> *Avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil. Rédigé par la Commission de réforme du droit de la responsabilité instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017*, art. 5.146 : « Toute personne qui, par sa faute, cause un dommage à autrui est tenu de le réparer ».

L'existence d'un tel instrument présuppose que le droit se soit emparé des relations jadis laissées à la violence privée, qu'il les ait limitées et encadrées, et qu'il les ait confiées à la branche du droit qui s'occupe des rapports entre particuliers.

À ce propos, l'étude du droit romain s'avère particulièrement précieuse. En effet, au cours des siècles, les Romains s'interrogèrent longuement sur les remèdes que le droit devait mettre en place pour éviter le recours à la violence privée en conséquence d'un dommage occasionné par autrui. Ceci déboucha sur une longue évolution, qui traversa toute l'époque romaine et dont la principale étape est constituée par un plébiscite, promu par un mystérieux tribun Aquilius dans la période tardo-républicaine<sup>7</sup>. La *lex Aquilia de damno*, dont nous tirons encore aujourd'hui la dénomination « responsabilité aquilienne », mettait en place un *delictum*, réprimé par le procès privé, à l'encontre de l'auteur de certains dommages particuliers : l'*occisio* d'un esclave ou d'un quadrupède, le fait de brûler, casser, rompre un bien et de tuer un animal appartenant à autrui.

## 1. Le choix terminologique : responsabilité « aquilienne »

Cette brève anticipation, sur laquelle nous pourrions revenir au moment opportun, est nécessaire en vue de clarifier dès à présent l'objet de notre étude, ainsi que les choix terminologiques que nous avons opérés et dont nous nous servirons au cours des prochaines pages.

La responsabilité « aquilienne » est la conséquence juridique d'un comportement qui cause un dommage évaluable en argent au détriment d'une autre personne.

Si la définition de la responsabilité « aquilienne » est bien connue, le choix d'employer cette expression à l'allure désuète pour définir la responsabilité dont nous nous occupons ici mérite néanmoins une brève explication.

Souvent, jusque dans le langage courant, l'on se réfère à cette responsabilité par la dénomination de « civile ». Ce vocable n'est pas satisfaisant si nous considérons que l'adjectif « civil » est l'antonyme de « pénal ». En effet, d'une part, nous risquons

---

<sup>7</sup> V. *infra*, première partie, ch. I, sect. 1, § 2.

de confondre la responsabilité extracontractuelle avec celle contractuelle, qui est également civile<sup>8</sup> ; d'autre part, nous donnons l'impression d'exclure la possibilité que la responsabilité aquilienne ait une fonction punitive. Il en va de même pour l'expression « responsabilité délictuelle », qui dérive de l'intitulé du chapitre du Code civil de 1804 consacré à notre matière, « Des délits et des quasi-délits<sup>9</sup> ». Ici, une potentielle ambiguïté dérive du fait que le vocable « délit » appartient également au lexique du droit pénal. En plus, la notion romaine de *delictum*<sup>10</sup> couvre également d'autres hypothèses que la production illicite d'un dommage : le *furtum*, l'*iniuria* etc.

La qualification d'« extracontractuelle » n'est pas pleinement convenable non plus. Certes, elle décrit bien le fait que la responsabilité en question est engagée en dehors d'un rapport obligatoire qui existe déjà entre les parties. Néanmoins, cet adjectif semble faire allusion à une primauté de la responsabilité contractuelle et, d'autre part, à un rôle résiduel de la catégorie juridique qui nous intéresse ici. En outre, les obligations qui dérivent d'un quasi-contrat ou de la loi sont également qualifiées d'extracontractuelles<sup>11</sup>, mais ne concernent pas la production d'un dommage.

Dès lors, c'est dans un souci de clarté et de précision que nous reprendrons du lexique du droit romain l'expression « responsabilité aquilienne » pour décrire tous les instruments juridiques qui, à partir de la *lex Aquilia*, réglèrent l'obligation qui incombe sur l'auteur d'un préjudice.

## 2. Le problème de la fonction de la responsabilité aquilienne

Si la raison pour laquelle le droit s'occupe des préjudices aquiliens est d'éviter que les rapports qui naissent de la production d'un dommage soient résolus par la vengeance privée, encore faut-il déterminer la fonction principale que le système juridique entend attribuer à sa réglementation en la matière.

---

<sup>8</sup> V. à ce propos G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Paris, Puf, 2022<sup>14</sup>, *s.v.* Responsabilité civile, a ; *s.v.* Civil, 2.

<sup>9</sup> Livre III, titre IV, ch. II.

<sup>10</sup> Sur l'origine de l'obligation *ex delicto*, v. *infra*, première partie, ch. I, sect. 1, § 2.

<sup>11</sup> G. CORNU, *op. cit.*, note 8, *s.v.* Extracontractuel.

Plus précisément, si nous examinons les normes de principe citées plus haut, nous nous apercevons que, généralement, l'objet de l'obligation qui pèse sur le responsable est la réparation du dommage qu'il a occasionné. Sur un plan exclusivement logique, nous pourrions en déduire que l'ordre juridique entend attribuer à la responsabilité aquilienne la fonction de rétablissement du *status quo ante* ; autrement dit, le remède en question est conçu comme un instrument à la disposition de la victime, qui peut l'utiliser pour récupérer la perte qu'elle a subie.

Néanmoins, les premières manifestations d'une remise en question de la primauté de la réparation du préjudice datent désormais de plus d'un siècle. Dans le débat francophone, un rôle de pionnier fut revêtu par la thèse de Louis Huguency (1882-1970), *L'idée de peine privée en droit contemporain*<sup>12</sup>. L'auteur offre ici un regard général sur la notion de peine privée, sans aborder frontalement la responsabilité aquilienne. Cependant, le mérite de ce travail est d'avoir mis en lumière un « terrain abandonné<sup>13</sup> », caché derrière le prétendu monopole du droit pénal sur le domaine de la sanction punitive.

Quatre décennies plus tard, Boris Starck (1909-1974) publia son *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*<sup>14</sup>. Le but de l'ouvrage de Starck était donc de « [r]endre à la théorie de la responsabilité civile les proportions naturelles d'une construction harmonieuse », à partir de la complexité de ses fonctions au sein de l'ordre juridique : dans le titre et le plan de l'ouvrage, la peine privée se situe sur le même plan que la garantie.

Néanmoins, dans le sillage de l'expansion des assurances responsabilité, le débat procédait vers la consécration d'une fonction réparatrice exclusive et englobante. L'instrument aquilien se voyait de plus en plus attribuer la fonction d'un remède universel contre les dommages, peu importe l'acte qui les avait occasionnés. Selon cette conception, la responsabilité que l'auteur qualifie de civile n'est plus la conséquence d'un comportement fautif mais de la production objective d'un préjudice. Nous pouvons appliquer ceci à l'exercice d'activités potentiellement dangereuses : les personnes qui en profitent sont chargées de supporter le risque lié à

---

<sup>12</sup> Paris, LGDJ, 1904, 345 p.

<sup>13</sup> *Op. ult. cit.*, p. II.

<sup>14</sup> Paris, Rodstein, 1947, 503 p.

la production de préjudices qui en dérivent, peu importe que toutes les mesures de sécurité aient été adoptées<sup>15</sup>. Une telle finalité peut bien être résumée par la notion de garantie : à travers le contrat d'assurance dont elle dispose, la personne qui profite de l'activité garantit les autres contre les risques qu'elle introduit dans la société<sup>16</sup>.

Ensuite, les rapports entre le risque et la responsabilité aquilienne ont été étudiés sous l'angle de l'analyse économique du droit<sup>17</sup>. Du point de vue de cette branche de la science juridique, la constitution d'une obligation du fait d'un comportement dommageable répond à une exigence d'équilibre des intérêts. En effet, il existe des activités statistiquement dangereuses, mais que le droit ne saurait interdire purement et simplement, en raison de leur utilité sociale : les prestations médicales, la circulation routière, l'industrie, etc. Par conséquent, la licéité de ces comportements s'accompagne de la mise en place de mesures qui frappent directement la production de dommages, pour rééquilibrer les rapports entre l'auteur et la victime du préjudice<sup>18</sup>. Il a même été proposé d'employer le remède aquilien en tant qu'outil de redistribution des richesses, à la manière du système fiscal<sup>19</sup>. En tout cas, malgré les progrès scientifiques à cet égard, le trait principal de la responsabilité aquilienne mise en place par les codes en vigueur est encore la réparation du dommage<sup>20</sup>.

---

<sup>15</sup> Ce phénomène a été étudié dans la thèse de G. VINEY (*Le déclin de la responsabilité individuelle*, Paris, LGDJ, 1965, 416 p. Sur le rapport entre l'assurance et la responsabilité aquilienne, v. C. VITERBO, *L'assicurazione della responsabilità civile*, Milano, Giuffrè, 1936, 223 p. ; S. LANDINI, *Assicurazione e responsabilità*, Milano, Giuffrè, 2004, 390 p. V. aussi B. MARKESINIS, « La perversion des notions de responsabilité civile délictuelle par la pratique de l'assurance », *RIDC* 35 (1983), p. 301-317 ; D. NOGUÉRO, « La réparation intégrale à l'épreuve de l'assurance », *BJDA* 61 (2019), 3.

<sup>16</sup> G. VINEY, *op. cit.*, note 15, p. 213-303.

<sup>17</sup> R. H. COASE, « The Problem of Social Cost », *JLE* 3 (1960), p. 1-44 ; P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, Giuffrè, 1961, p. 19-23 ; G. CALABRESI, *The Costs of Accidents. A Legal and Economical Analysis*, New Haven, Yale University Press, 1970, *passim* ; *Id.*, « Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts », *Yale Law Journal* 70 (1971), p. 499-553 ; G. MAITRE, « La responsabilité civile à l'épreuve de l'analyse économique du droit », Paris, LDGJ, 2005, p. 153-226.

<sup>18</sup> Mathématiquement parlant, il est socialement utile d'engager la responsabilité aquilienne lorsque le coût total de cette intervention est inférieur à la somme de tous les coûts que la société devrait supporter si cette responsabilité n'était pas engagée. Autrement dit, tant que les frais à endurer pour prévenir un certain dommage sont supérieurs à ceux que la production de ce préjudice engendre, il est plus utile pour les citoyens de n'adopter aucune mesure préventive. V. à ce propos G. CALABRESI, *The Costs of Accidents*, *op. cit.*, note 17, p. 31-33 ; M. BUSSANI, « Le funzioni delle funzioni della responsabilità civile », *Riv. dir. civ.* 68 (2022), 2 p. 264-306, spéc. p. 300-301.

<sup>19</sup> En ce sens, *op. ult. cit.*, p. 296-297.

<sup>20</sup> V. en ce sens, *ex plurimis*, H. DE PAGE, *Traité élémentaire du droit civil belge*, 2, Bruxelles, Bruylant, 1964<sup>3</sup>, p. 864 ; R. SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile en droit français*, 2, Paris, LGDJ, 1951<sup>2</sup>, p. 177 ; P. PERLINGIERI, « Le funzioni della responsabilità civile », *Rass. dir. civ.* 1

Toutefois, au cours des dernières décennies, un débat qui investit directement la finalité de ce remède a revu le jour. Le point de départ est la tradition anglosaxonne, notamment américaine, des *punitive damages* : accordés à la victime d'un *tort*, soit d'un comportement illicite et préjudiciable, ils n'ont néanmoins pas une fonction compensatrice, mais tendent directement à la punition du responsable<sup>21</sup>.

La question s'est donc posée de savoir dans quelle mesure les décisions de justice qui accordaient des *punitive damages* auraient dû être accueillies dans les ordres juridiques européens lorsque l'*exequatur* de ces instruments d'outre-Atlantique était demandé. Au Considérant 32 du Règlement « Rome II<sup>22</sup> », qui s'occupe du conflit de lois en matière d'obligations dont l'origine n'est pas un contrat, il est fait référence à la possibilité pour les juges nationaux d'opposer l'ordre public international « à l'octroi de dommages et intérêts exemplaires ou punitifs non compensatoires excessifs ». Désormais, il suffisait que le montant de ces obligations ne fût pas disproportionné par rapport à l'acte dommageable commis pour que l'*exequatur* de ces instruments pût être accordé au sein de l'Union. Nous pouvons citer deux exemples : d'une part, un arrêt rendu le 1<sup>er</sup> décembre 2010 par la Cour de cassation française, dans lequel il est affirmé que « le principe d'une condamnation à des dommages-intérêts punitifs n'est pas, en soi, contraire à l'ordre public<sup>23</sup> » ; d'autre part, une décision rendue à chambres réunies par la Cour de cassation italienne le 5 juillet 2017<sup>24</sup>. Cette dernière estime, en admettant la reconnaissance des jugements étrangers qui accordent des *punitive damages*, que la responsabilité aquilienne

---

(2011), p. 115-123 ; C. SARTORIS, « La responsabilità civile tra funzione riparatoria e funzione sanzionatoria », in D. BIANCHI, M. RIZZUTI, *Funzioni punitive e funzioni ripristinatorie. Combinazioni e contaminazioni tra sistemi*, Torino, Giappichelli, 2020, p. 1-22, spéc. p. 11.

<sup>21</sup> Pour une bibliographie de base sur les *punitive damages*, v. G. SCARCHILLO, « La natura polifunzionale della responsabilità civile: dai *punitive damages* ai risarcimenti punitivi. Origini, evoluzioni giurisprudenziali e prospettive di diritto comparato », *Contr. impr.* 34 (2018), p. 289-327, spéc. n. 1. À ce propos, v. par ex. : M. M. BELLI, « Punitive Damages: Their History, Their Use and Their Worth in Present-Day Society », *UMKC Law Review* 49 (1980), p. 1-23 ; G. PONZANELLI, « I *punitive damages* nell'esperienza nordamericana », *Riv. dir. civ.* 29 (1983), 1, p. 435-487 ; C. M. SHARKEY, « Punitive Damages as Societal Damages », *Yale Law Journal* 113 (2003), p. 347-453 ; G. CALABRESI, « The Complexity of Torts. The case of punitive damages », in M. STUART MADDEN, *Exploring Tort Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, p. 333-351 ; T. H. DUPREE JR., « Punitive Damages and the Constitution », *Louisiana Law Review* 70 (2010), p. 421-434 ; T. EISENBERG, M. HEISE, N. L. WATERS, M. T. WELLS, « The Decision to Award Punitive Damages: An Empirical Study », *JLA* 2 (2010), p. 577-620 ; Y. ADAR, « Touring the Punitive Damages Forest: A Proposed Roadmap », *ODCC* 2 (2012), p. 301-349.

<sup>22</sup> Règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement européen et du Conseil, du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (« Rome II »).

<sup>23</sup> Civ. 1<sup>e</sup>, 1 déc. 2010, 09-13303, Publié au bulletin.

<sup>24</sup> Cass. Sez. Un. 5 juillet 2017, n. 16601.

présente une « *natura polifunzionale* », au-delà de la finalité réparatrice « *preponderante e primaria* ».

Parallèlement, le débat s'est étendu à l'opportunité d'insérer directement des dispositions punitives dans nos systèmes, au niveau du droit interne : les doctrines francophone<sup>25</sup> et italienne offrent des exemples parlants à cet égard<sup>26</sup>.

---

<sup>25</sup> Les travaux de S. CARVAL (*La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, Paris, LGDJ, 1995, 417 p.) et de M.-S. BONDON (*Le principe de réparation intégrale du préjudice. Contribution à une réflexion sur l'articulation des fonctions de la responsabilité civile*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2020, 522 p.) offrent un regard jusqu'alors inédit sur notre question, à la lumière de l'évolution juridique et culturelle. V. aussi, *ex plurimis*, H. GAUDEMET-TALLON, « De la conformité des dommages-intérêts punitifs à l'ordre public », *Rev. crit. DIP* 1 (2011), p. 93-101 ; F.-X. LICARI, « La compatibilité de principe des *punitive damages* avec l'ordre public international : une décision en trompe-l'œil de la Cour de cassation ? », *Rec. Dalloz* 6 (2011), p. 423-427 ; G. CATTALANO-CLOAREC, « Lo stato dell'arte del risarcimento punitivo nel diritto francese », *Contr. impr. Eur.* 22 (2017), p. 12-27 ; T. D'ALÈS, L. TERDJMAN, « L'introduction envisagée de mécanismes répressifs dans le droit de la responsabilité civile : le Rubicon sera-t-il franchi ? », *AJ Contrat* 2 (2017), p. 69-73 ; E. JUEN, « Vers la consécration des dommages-intérêts punitifs en droit français », *RTD civ.* 3 (2017), p. 565-586 ; S. CARVAL, « Les manifestations occultes », in D. FENOUILLET (dir.), *Flexibles notions. La responsabilité civile*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2020, p. 159-162 ; E. DREYER, « Propos critiques sur l'amende civile », in *op. ult. cit.*, p. 163-171 ; S. WHITTAKER, « L'amende civile et *punitive damages*. Réflexions comparatives d'un juriste anglais sur le projet de réforme de la responsabilité civile », in *op. ult. cit.*, p. 173-185.

<sup>26</sup> V. en ce sens P. SIRENA, « Dalle pene private ai rimedi ultracompensativi », in *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, 4, Milano, Giuffrè, 2006, p. 825-863 ; G. VETTORI, « La responsabilità civile tra funzione compensativa e deterrente », in *Liber amicorum per Francesco D. Busnelli. Il diritto civile tra principi e regole*, 1, Milano, Giuffrè, 2008, p. 691-711 ; F. D. BUSNELLI, « La funzione deterrente e le nuove sfide della responsabilità civile », in P. SIRENA (dir.), *La funzione deterrente della responsabilità civile alla luce delle riforme straniere e dei Principles of European Tort Law*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 37-60 ; G. ALPA, « Le funzioni della responsabilità civile e i danni "punitivi": un dibattito sulle recenti sentenze della Suprema Corte di Cassazione », *Contr. impr.* 33 (2017), 4 p. 1084-1106 ; A. CIATTI CAIMI, « I danni punitivi e quello che non vorremmo sentirci dire dalle Corti di *common law* », *Contr. impr. Eur.* 22 (2017), p. 1-11 ; M. DELLACASA, « *Punitive damages*, risarcimento del danno, sanzioni civili: un punto di vista sulla funzione deterrente della responsabilità aquiliana », *Contr. impr.* 33 (2017), 4, p. 1142-1186 ; M. FRANZONI, « Quale danno punitivo », *Contr. impr.* 33 (2017), 4, p. 1107-1121 ; M. GRONDONA, *La responsabilità civile tra libertà individuale e responsabilità sociale. Contributo allo studio sui «risarcimenti punitivi»*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2017, 204 p. ; A. JANSSEN, « The Recognition and Enforceability of US-American Punitive Damages Awards in Germany and Italy: Forever Divided? », *Contr. Impr. Eur.* 22 (2017), p. 43-51 ; S. LANDINI, « La condanna a danni punitivi tra penale e civile: la questione rimane attuale », *Dir. pen. e proc.* 23 (2017), 2, p. 262-267 ; A. MALOMO, *Responsabilità civile e funzione punitiva*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2017, 155 p. ; P. G. MONATERI, « Le Sezioni Unite e le molteplici funzioni della responsabilità civile », *Nuova giur. civ. comm.* 2 (2017), p. 1410-1412 ; G. PONZANELLI, « Le Sezioni Unite sui danni punitivi tra diritto internazionale privato e diritto interno », *Nuova giur. civ. comm.* 33 (2017), p. 1413-1415 ; C. SCOGNAMIGLIO, « Quale futuro per i danni punitivi? (aspettando la decisione delle Sezioni Unite) », *giustiziacivile.com* 3 (2017), p. 1-44 ; *Id.*, « Le Sezioni Unite e i danni punitivi: tra legge e giudizio », *Resp. civ. prev.* 4 (2017), p. 1109-1122 ; C. SARTORIS, « Riflessioni sulle funzioni della responsabilità aquiliana alla luce delle Sezioni Unite n. 16601/2017 », *Pers. e merc.* 3 (2017), p. 316-330 ; M. TESCARO, « Il *revirement* "moderato" sui *punitive damages* », *Contr. impr. Eur.* 22 (2017), p. 52-67 ; M. ASTONE, « Responsabilità civile e pluralità di funzioni nella prospettiva dei rimedi. Dall'*astreinte* al danno punitivo », *Contr. impr.* 34 (2018), 1, p. 276-288 ; N. RIZZO, « Le funzioni della responsabilità civile tra concettualizzazioni e regole operative », *Resp. civ. prev.* 6 (2018), p. 1811-1825 ; M. SESTA, « Risarcimenti punitivi e legalità costituzionale », *Riv. dir. civ.* 64 (2018), 1, p. 305-316 ; E. NAVARRETTA, « Il risarcimento in forma specifica e il dibattito sui danni

Nous ne citerons, à nouveau, que quelques exemples. L'article 10:101 des *Principles of European Tort Law*, dont l'édition commentée est parue en 2005, prévoit que, outre la fonction compensatrice, « [d]amages also serve the aim of preventing harm<sup>27</sup> ». Le commentaire est pour le moins laconique : selon les membres du *European Group on Tort Law*, la notion ne nécessite guère une explication, car la perspective de l'imposition d'une obligation force, ou au moins encourage, le potentiel auteur d'un comportement préjudiciable à éviter de produire un dommage dans le chef d'autrui<sup>28</sup>.

Dans l'exposé des motifs qui accompagne l'avant-projet belge de réforme de la responsabilité extracontractuelle<sup>29</sup>, il est précisé que, bien que la finalité punitive ne soit pas poursuivie, « la fonction préventive est aussi mise en avant<sup>30</sup> », outre la réparation du dommage. Ensuite, le projet français de réforme de la responsabilité civile présenté par le Ministre de la Justice le 13 mars 2017<sup>31</sup> inclut un article 1266-1, d'après lequel le juge peut condamner l'auteur d'un dommage aquilien à une amende civile<sup>32</sup>. Cette obligation peut être infligée au profit de fonds d'indemnisation (ou du Trésor public) si le comportement dommageable a été intentionnel et commis dans

---

punitivi tra effettività, prevenzione e deterrenza », *Resp. civ. prev.* 1 (2019), p. 6-26 ; C. DE MENECH, *Le prestazioni pecuniarie sanzionatorie. Studio per una teoria dei danni punitivi*, Padova, CEDAM, 2019, 658 p. ; P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danni*, Milano, Giuffrè, 2021<sup>3</sup>, p. 3-20 ; C. SALVI, « Quali funzioni per la responsabilità civile? », *Danno e resp.* 27 (2022), 2, p. 137-139.

<sup>27</sup> European Group on Tort Law, *Principles of European Tort Law. Text and Commentary*, Wien, Springer, 2005, p. 149-150.

<sup>28</sup> *Ibid.* : « This notion needs hardly explanation. It means that by the prospect of the imposition of damages a potential tortfeasor is forced or at least encouraged to avoid doing harm to others ».

<sup>29</sup> Royaume de Belgique, Service public fédéral Justice, *Exposé des motifs. Avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le Code civil*. À la date du 20 janvier 2023, ce document est accessible à l'adresse [www.justice.belgium.be/sites/default/files/expose\\_des\\_motifs\\_-\\_memorie\\_van\\_toelichting-\\_livre\\_boek\\_5.pdf](http://www.justice.belgium.be/sites/default/files/expose_des_motifs_-_memorie_van_toelichting-_livre_boek_5.pdf).

<sup>30</sup> *Op. ult. cit.*, p. 5-6.

<sup>31</sup> À la date du 20 janvier 2023, le texte intégral du projet est accessible à l'adresse [www.justice.gouv.fr/publication/Projet\\_de\\_reforme\\_de\\_la\\_responsabilite\\_civile\\_13032017.pdf](http://www.justice.gouv.fr/publication/Projet_de_reforme_de_la_responsabilite_civile_13032017.pdf).

<sup>32</sup> *Op. ult. cit.*, art. 1266-1 : « En matière extracontractuelle, lorsque l'auteur du dommage a délibérément commis une faute en vue d'obtenir un gain ou une économie, le juge peut le condamner, à la demande de la victime ou du ministère public et par une décision spécialement motivée, au paiement d'une amende civile.

Cette amende est proportionnée à la gravité de la faute commise, aux facultés contributives de l'auteur et aux profits qu'il en aura retirés.

L'amende ne peut être supérieure au décuple du montant du profit réalisé.

Si le responsable est une personne morale, l'amende peut être portée à 5 % du montant du chiffre d'affaires hors taxes le plus élevé réalisé en France au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel la faute a été commise.

Cette amende est affectée au financement d'un fonds d'indemnisation en lien avec la nature du dommage subi ou, à défaut, au Trésor public ».



un but lucratif : pour les mêmes comportements, un avant-projet présenté onze ans avant, soit le 22 septembre 2005 (« avant-projet Catala ») proposait d’infliger au responsable de véritables dommages-intérêts punitifs<sup>33</sup> au profit de la victime.

Un parallélisme pur et simple entre tous ces documents serait imprécis et superficiel. Néanmoins, l’observateur est en mesure de remarquer que la fonction réparatrice a désormais perdu son monopole dans la responsabilité aquilienne et que, quoiqu’elle reste la première finalité de cet instrument, elle cède parfois le pas à l’exigence d’éviter que les conduites préjudiciables se vérifient ou se réitèrent. Ce besoin peut être poursuivi soit, comme dans le cas des *European Principles* ou de l’avant-projet belge, en reconnaissant une fonction également préventive à un régime juridique calqué sur le dédommagement, soit – c’est le cas de l’avant-projet ministériel français – en rajoutant à la responsabilité aquilienne un instrument ouvertement sanctionnateur, tel que l’amende civile.

En somme, la question de la finalité de la responsabilité aquilienne est épineuse : c’est pourquoi nous proposons une approche historique du problème, ce que nous pensons être une stratégie efficace pour l’approfondir. Tout d’abord, il s’agit de remonter à l’origine du monopole de la fonction réparatrice de la responsabilité aquilienne, qui n’a pas encore été démontré. Ensuite, nous examinerons si la réaffirmation actuelle de finalités autres que le dédommagement présente des précédents dans l’histoire de l’instrument aquilien, du droit romain à l’époque des grandes codifications.

De nombreux auteurs se sont déjà occupés de l’histoire de la responsabilité aquilienne : en la matière, la littérature est copieuse et de haute qualité<sup>34</sup>. Néanmoins,

---

<sup>33</sup> *Avant-projet de réforme du droit des obligations (Articles 1101 à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (Articles 2234 à 2281 du Code civil)*, Rapport à Monsieur Pascal Clément, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, 22 septembre 2005, art. 1371 : « L’auteur d’une faute manifestement délibérée, et notamment d’une faute lucrative, peut être condamné, outre les dommages-intérêts compensatoires, à des dommages-intérêts punitifs dont le juge a la faculté de faire bénéficier pour une part le Trésor public. La décision du juge d’octroyer de tels dommages-intérêts doit être spécialement motivée et leur montant distingué de celui des autres dommages-intérêts accordés à la victime. Les dommages-intérêts punitifs ne sont pas assurables ». À la date du 20 janvier 2023, le texte intégral de cet avant-projet est disponible à l’adresse [http://www.justice.gouv.fr/art\\_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf](http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf).

<sup>34</sup> V. en ce sens G. ROTONDI, « Dalla ‘lex Aquilia,, all’art. 1151 cod. civ. Ricerche storico-dogmatiche », *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni* 14 (1916), p. 942-970, 15 (1917), p. 236-295 = *Id.*, *Scritti giuridici*, Milano, Hoepli, 1922, p. 465-578 ; B. WINIGER, *La responsabilité aquilienne romaine. Damnum Iniuria Datum*, Bâle et Francfort-sur-le-Main, Helbing &

les ouvrages dédiés à ce sujet visent à tracer un cadre général, où tous les éléments qui composent le remède aquilien sont pris en compte. En revanche, notre but principal sera de vérifier si la responsabilité aquilienne a une fonction punitive ou réparatrice au cours du temps.

### 3. Une *summa divisio* dans le *genus* des fonctions de la responsabilité aquilienne ?

Tout d'abord, il est nécessaire de clarifier ce que nous entendons par « fonction » de la responsabilité aquilienne.

Comme nous l'avons vu, l'accent a récemment été mis sur la pluralité des finalités qu'elle peut poursuivre, regroupées en trois catégories : réparation du dommage, prévention des comportements dommageables, sanction punitive de la conduite du responsable.

Néanmoins, il semble possible de réduire ces catégories au nombre de deux. D'une part, l'ordre juridique peut viser à sanctionner le responsable. Ainsi, les fonctions de la peine, notamment la prévention et la rétribution, sont en jeu, et le but principal d'un droit de la responsabilité aquilienne conçu de cette manière est d'éviter en amont la production de dommages patrimoniaux ou personnels. D'autre part, la finalité du remède peut consister dans la réparation du dommage : dans ce cas, le système juridique ne vise pas à punir la conduite du responsable, mais à offrir à la victime du dommage une compensation apte à restaurer la perte subie. Lorsque cette fonction est remplie, la raison ultime de la dette qui pèse sur l'auteur du préjudice est moins l'illicéité de son comportement que le fait qu'une diminution patrimoniale ait eu lieu à cause de lui. Dès lors, la réparation du dommage vise au rééquilibrage des fortunes respectives du responsable et de la victime. La prévention des comportements dommageables peut également être poursuivie lorsque cette dernière fonction est prédominante : comme le *European Group on Tort Law* le remarque

---

Lichtenhahn, 1997, 193 p. ; *Id.*, *La responsabilité aquilienne en droit commun. Damnum culpa datum*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2002, 240 p. ; *Id.*, *La responsabilité aquilienne au 19<sup>ème</sup> siècle. Damnum iniuria et culpa datum*, Genève, Schulthess, 2009, 577 p. ; M. F. CURSI, « Dalla tipicità della tutela del danno extracontrattuale alle clausole generali di responsabilità », in G. SANTUCCI (dir.), *Fondamenti del diritto europeo. Seminari trentini*, Napoli, Jovene, 2012, p. 5-91 ; *Ead.*, *Danno e responsabilità extracontrattuale nella storia del diritto privato*, Napoli, Jovene, 2021<sup>2</sup>, 369 p.

bien, la crainte de l'imposition d'une obligation – qu'elle soit punitive ou réparatrice – dissuade de commettre des actes potentiellement dommageables<sup>35</sup>.

Par conséquent, la fonction préventive ne semble pas dépendre de l'option du régime juridique de la responsabilité aquilienne pour un système punitif ou réparateur. Dès lors, nous écarterons l'étude de cette fonction, et nous nous concentrerons plutôt sur celles dont l'impact sur l'évolution normative de notre matière est direct<sup>36</sup>.

À notre sens, la pléthore<sup>37</sup> de finalités de la responsabilité aquilienne, que l'on pourrait abstraitement identifier, peut être réduite à deux grandes catégories : celle de la punition et celle de la réparation. Elles correspondent, comme nous l'avons anticipé, à deux conceptions opposées de cette responsabilité. En effet, nous verrons que la primauté de l'une ou de l'autre finalité engendre d'importantes différences au niveau de son régime juridique. Néanmoins, malgré cette divergence radicale, il ne s'agit pas d'une véritable *summa divisio*, puisque les deux fonctions que nous avons identifiées ne s'excluent pas mutuellement. Au contraire, tant la sanction du comportement préjudiciable que le dédommagement sont poursuivis dans plusieurs systèmes juridiques que nous examinerons : il faudra, alors, vérifier si l'une des deux finalités peut être qualifiée de principale et dans quelle mesure l'autre intervient pour compléter le cadre juridique étudié.

*In abstracto*, le problème de la fonction de la responsabilité aquilienne peut être observé de manière statique ou dynamique. La première se contente de déterminer cette finalité dans un système donné. La seconde la place dans une évolution historique ou dans la comparaison de plusieurs systèmes juridiques.

Dans les prochaines pages, les deux approches seront utilisées pour tenter d'approfondir l'histoire de la fonction de la responsabilité aquilienne. Encore une fois, plusieurs méthodes sont abstraitement utilisables pour cette recherche.

---

<sup>35</sup> *Op. cit.*, note 27, p. 150.

<sup>36</sup> V. à ce propos la critique mûe par M. BUSSANI (*op. cit.*, note 18, p. 305), selon lequel « [o]ltre a essere il fascinoso esercizio intellettuale di cui talora si ha bisogno, ogni tentativo di assegnare alla responsabilità civile una singola, generale e definita funzione, se volesse risultare concretamente fruttuoso, dovrebbe necessariamente passare per una riforma della legislazione e (oppure) attraverso una mutazione profonda del serbatoio di riflessi culturali e tecnici che fanno capo agli attori protagonisti del sistema ».

<sup>37</sup> Dans l'arrêt 16601 du 5 juillet 2017, la Cour de cassation italienne remarque elle-même, à propos de la responsabilité aquilienne, qu'« un autore ha contato più di una decina di funzioni ».

#### 4. Une approche « culturelle » de l'histoire de la fonction de la responsabilité aquilienne

Selon une approche déterministe, l'évolution historique est soumise à des lois impératives. Il nous conviendrait, dans ce cas, de rechercher celles qui s'appliquent à la fonction de la responsabilité aquilienne.

Un juriste appartenant à l'école des pandectistes, Rudolf von Jhering (1818-1892), affirma que l'histoire de la peine est un dépérissement constant de celle-ci (« *Die Geschichte der Strafe ist ein fortwährendes Absterben derselben*<sup>38</sup> »). Appliquer la thèse de Jhering à notre matière signifie vérifier que, au cours de l'histoire, la réparation du dommage a été de plus en plus au centre de la responsabilité aquilienne, jusqu'à un moment où la punition de l'auteur du comportement préjudiciable a complètement disparu pour ne plus jamais resurgir. Or, il semble que la recherche de telles règles limite l'approfondissement de l'évolution historique, puisqu'elle empêche de mettre en exergue les nuances que chaque système attribua à son régime de la responsabilité aquilienne, ainsi que leurs répercussions sur l'équilibre entre les deux fonctions. Cependant, nous ne manquerons pas de vérifier si le développement historique procède dans un seul sens ou si, au contraire, il est possible d'observer des oscillations entre la punition et la réparation.

Pour autant, le rejet d'une lecture déterministe de l'histoire ne doit pas nous cantonner à une approche limitée à l'étude des sources du droit : autrement dit, nous ne saurions nous limiter à une comparaison à deux dimensions entre ordres juridiques. D'ailleurs, une analyse de ce type ne pourrait prétendre à l'exhaustivité que si elle prenait en considération un très large nombre de systèmes de la responsabilité aquilienne, et ne parviendrait qu'indirectement à montrer les raisons des mutations dans la fonction du remède.

C'est pourquoi, dans les prochaines pages, nous tenterons d'aborder l'histoire de la fonction de la responsabilité aquilienne selon une troisième approche. Comme nous l'avons anticipé, tout système juridique doit intervenir en cas de survenance d'un préjudice : pour reprendre l'enseignement de Santi Romano, nous pourrions

---

<sup>38</sup> R. VON JHERING, *Das Schuldmoment im römischen Privatrecht*, Giessen, Emil Roth, 1867, p. 4.

soutenir que la vengeance privée est radicalement incompatible avec la notion de communauté organisée en ordre juridique<sup>39</sup>. Il en dérive que la responsabilité aquilienne est l'un des éléments distinctifs de toute culture juridique, et qu'elle peut subir, dès lors, une forte influence de la part des tendances intellectuelles, philosophiques et religieuses de la communauté et de la période historique de référence<sup>40</sup>.

C'est de ce point de vue que nous aborderons le problème. Une tentative sera faite de démontrer le lien entre le développement des problèmes philosophiques et religieux qui gravitent autour de la production d'un dommage (justice, équité, expiation, etc.) et l'évolution de la responsabilité aquilienne dans sa fonction punitive ou réparatrice. Pour ce faire, nous nous servirons tant de textes juridiques que de sources relevant de l'histoire de la pensée et de la religion.

## 5. Les limites spatiales et temporelles de l'étude. Annonce du plan

Pour ce faire, il est nécessaire de délimiter notre réflexion dans le temps et dans l'espace. À ce propos, nous nous concentrerons sur quelques expériences juridiques du continent européen<sup>41</sup>, du droit romain aux systèmes modernes. Par conséquent, nous excluons dès à présent les ordres juridiques qualifiés de *common law* : la complexité du droit des *torts*, ainsi que le parcours autonome qu'il suivit par rapport à l'évolution de la responsabilité aquilienne « continentale » rendraient nécessaire une étude également autonome par rapport à la nôtre, sous peine d'inévitable superficialité.

Le même constat peut être formulé sur le plan chronologique. La complexité de la culture juridique de la période immédiatement postérieure aux codifications, la

<sup>39</sup> S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, éd. Macerata, Quodlibet, 2018, p. 44-50.

<sup>40</sup> La relation entre la responsabilité aquilienne en général et la philosophie a été étudiée dans plusieurs ouvrages. V. à cet égard, par ex. : F. PARISI, « *Alterum non laedere*: An Intellectual History of Civil Liability », *The American Journal of Jurisprudence* 39 (1994), p. 317-351 ; D. G. OWEN (dir.), *The Philosophical Foundations of Tort Law*, Oxford, Clarendon Press, 1995, 510 p. ; J. GORDLEY, « The Moral Foundations of Private Law », *The American Journal of Jurisprudence* 47 (2002), p. 1-23 ; J. OBERDIEK (dir.), *Philosophical Foundations of the Law of Torts*, Oxford, Oxford University Press, 2014, 447 p.

<sup>41</sup> Une étude générale sur le fonctionnement – plutôt que la fonction – de la responsabilité aquilienne dans des cultures juridiques différentes de celles que nous aborderons est présentée in M. BUSSANI, M. INFANTINO, « Tort Law and Legal Cultures », *AJCL* 63 (2015), p. 77-108.

rapidité de son évolution et les nombreuses questions encore ouvertes rendraient superficielle toute tentative d'analyse des derniers développements de notre question dans ces pages. En effet, sur les questions actuelles, il semble préférable que l'analyse historique cède le pas à l'étude du droit positif et à la réflexion *de iure condendo*.

À ce stade, nous pouvons donc commencer par l'identification de trois grandes étapes dans l'histoire de la fonction de la responsabilité aquilienne. La première est constituée par l'ancienne Rome. D'une part, nous chercherons à identifier le rapport entre punition et réparation dans l'évolution juridique antérieure et postérieure à la *lex Aquilia*, jusqu'à la compilation de Justinien, qui clôt l'expérience juridique romaine. D'autre part, nous comparerons les résultats de l'étude avec les constructions des principaux courants philosophiques connus par la civilisation romaine, ainsi qu'avec l'essor du christianisme.

La deuxième étape coïncide, sur le plan juridique, avec l'étude et l'interprétation du droit de la compilation par une pluralité de juristes disséminés sur tout le continent européen, ce qui donna lieu au célèbre *ius commune*, le droit en vigueur jusqu'aux codifications promulguées à partir de la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle. Nous confronterons ceci avec les élaborations théoriques de Thomas d'Aquin, qui modela la réflexion théologique chrétienne pendant plusieurs siècles.

En effet, la seconde Scolastique, l'école philosophique dont le but était le renouvellement de la pensée thomiste, ouvre la troisième étape que nous considérons. Il s'agit de la période qualifiée de modernité juridique : le droit romain céda la place à de nouveaux systèmes, et une pluralité de régimes inédits de la responsabilité remplacèrent les constructions basées sur la *lex Aquilia*. Du point de vue de la philosophie, l'étude des codes modernes sera précédée d'un aperçu sur les théories de la responsabilité aquilienne promues par les représentants des écoles jusnaturaliste, historique et pandectiste, qui influencèrent directement les codificateurs européens.

Ces trois étapes seront approfondies au cours de trois parties.

## **Première partie.**

### **La découverte progressive de la réparation du dommage en droit romain**

Comme le lecteur pourra le remarquer, l'évolution de la finalité de la responsabilité aquilienne jusqu'à nos jours est loin d'être linéaire et ne tend pas sans cesse à la consécration définitive de la réparation. Dès lors, la présente partie poursuit l'intention d'adopter un point de vue plus neutre sur la question, afin de démontrer que l'avènement de la réparation du dommage en droit romain n'est pas le résultat d'une démarche immanente au *damnum iniuriā*, mais dérive de la combinaison de plusieurs facteurs juridiques, culturels et philosophiques.

Les Romains traitèrent juridiquement les préjudices patrimoniaux occasionnés entre particuliers dès la période archaïque. D'ailleurs, comme nous l'avons anticipé, l'encadrement des rapports engendrés par un dommage répond à l'exigence primordiale d'éviter que les individus, ou les groupes auxquels ils appartiennent, aient recours à la vengeance incontrôlée pour résoudre leurs conflits. Preuve en est que plusieurs dispositions décenvirales qui associent des peines à certains comportements illicites se placent directement dans la perspective de la vengeance<sup>42</sup>, pour en fixer une limite « quantitative » – c'est le cas du talion – ou imposer de lui

---

<sup>42</sup> En ce sens, v. par ex. : R. VON JHERING, *Geist des römischen Rechts*, trad. fr. O. DE MEULENAERE, *L'esprit du droit romain*, 1, Paris, Marescq, 1880, p. 119 : « Les premiers mouvements du sentiment du droit lésé, consistent inévitablement dans une violente réaction contre l'injustice causée, dans la défense privée et la vengeance » ; T. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, Leipzig, Duncker & Humblot, 1899, p. 12 : « [*das Privatstrafrecht*] ruht auf dem Grundgedanken der gerechten und von Gemeinde wegen gebilligten Vergeltung, welche entweder unmittelbar genommen wurde im Wege der Capitalstrafe oder der Talion oder für welche der Verletzte sich abfinden liess » ; F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, Paris, Rousseau, 1906<sup>4</sup>, p. 391-395, spéc. p. 391 : l'auteur distingue l'histoire de tout droit pénal en quatre phases : la vengeance privée, les compositions volontaires, les compositions légales et la répression par l'État ; F. DE VISSCHER, *op. cit.*, note 1, p. 335 : « Ce que les historiens du droit romain nous apprennent des origines du système classique des délits privés peut tenir en quelques mots : substitution d'une obligation pécuniaire au droit de vengeance » ; G. F. FALCHI, *Diritto penale romano (dottrine generali)*, Treviso, Vianello, 1930, p. 10 : « solo nel più vetusto diritto romano la pena è concepita con funzione vendicatrice » ; E. BETTI, *La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi*, Milano, Giuffrè, 1955, p. 87-108 ; B. ALBANESE, « Illecito (storia) », *EdD* 20 (1970), p. 55 : « Non è improbabile, a nostro avviso, che ci si debba rappresentare una concezione [...] tale da importare una totale corrispondenza originaria tra fenomeni avvertiti come illeciti [...] e conseguenze afflittive » ; C. FERRINI, *Diritto penale romano*, éd. Roma, "l'Erma" di Bretschneider, 1976, p. 9 : « Nelle origini la pena per le offese recate all'individuo od alla famiglia si confonde colla vendetta; è anzi vendetta ».

préférer une composition pécuniaire du différend<sup>43</sup>. Dans d'autres cas, les peines que la loi des XII Tables établit pour certains comportements dommageables sont fixes, et ne tiennent donc aucun compte de l'étendue concrète du préjudice dans le chef de la victime<sup>44</sup>.

Le régime mis en place, en matière de préjudices patrimoniaux, par la *lex Aquilia* s'éloigne considérablement de la perspective de la composition grâce à laquelle l'on renonce à la vengeance. La satisfaction obtenue par la victime du dommage ne résidait certainement plus sur le seul plan moral<sup>45</sup>, vulgairement résumable par l'expression « Justice est faite ». En revanche, la volonté d'accorder au propriétaire du bien endommagé une compensation économique du préjudice qu'il a souffert est à l'origine notamment du souci de calquer le montant de l'obligation due par le responsable sur la valeur du bien atteint.

Néanmoins, cette évolution ne semble pas permettre à l'observateur d'affirmer que la *lex Aquilia* exclut toute fonction punitive. Malgré les difficultés éprouvées en doctrine dans la reconstruction de la nature juridique des *delicta*, ce qui nous occupera par la suite, nous verrons qu'en droit romain, les comportements visés par le plébiscite aquilien subissaient des conséquences pénales. Conformément à la

---

<sup>43</sup> La loi des XII Tables, dont nous citerons l'édition *FIRA*, témoigne à plusieurs reprises de l'ancienne exigence de limiter la vengeance : le talion est ouvert à la victime de la rupture d'un membre à défaut de composition pécuniaire avec l'auteur de l'atteinte (Tab. VIII.2 : « *Si membrum rup[s]it, ni cum eo pacit, talio esto* ») ; ensuite, la réaction meurtrière de la part de la victime, héritage de l'ancienne *vindicta*, est légitimée dans les hypothèses du *furtum nocturnum* (Tab. VIII.12), du vol à main armée (*fur qui telo se defendit*, Tab. VIII.13), du *furtum manifestum* (Tab. VIII.14). En ce sens, B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, Milano, Giuffrè, 1998<sup>2</sup> *passim* ; M. TALAMANCA, « Delitti e pena privata nelle XII Tavole », in L. CAPOGROSSI COLOGNESI, M. F. CURSI (dir.), *Forme di responsabilità in età decemvirale*, Napoli, Jovene, 2008, p. 41-100, spéc. p. 50-51.

<sup>44</sup> C'est le cas, par exemple, de *pos fractum* (Tab. VIII.3 : « (...) *Manu fustive si os fregit libero, CCC, [si] servo, CL poenam subito* »), de la lésion corporelle (*iniuria*) générale (Tab. VIII.4 : « *Si iniuriam [alteri] faxsit, viginti quinque poenae sunt* »), de la coupe d'arbres *iniuriā* (Plin. *Nat. Hist.* 17.1.7 = Tab. VIII.11 : « *cautum est XII tabulis ut, qui iniuria cecidisset alienas (arbores), lueret in singulas aeris XXV* »).

<sup>45</sup> À ce propos, il est intéressant de rappeler la notion de *delictum* que T. MOMMSEN (*op. cit.*, note 42, p. 11) fournit, où l'élément moral ressort au premier plan : « *Das Wort, eigentlich die Entgleisung, die Verfehlung, ist, da es ohne Beziehung auf eine einzelne Straftat die allen gemeinsame sittliche Grundlage hervorhebt und in ethischer Verwendung schon bei Plautus häufig gefunden wird, durchaus geeignet im Strafrecht das Verbrechen als solches zu bezeichnen* ». Dans le même sens, E. BETTI, *op. cit.*, note 42, p. 43-44 : « *Il delitto privato commesso tra membri della medesima gente o del medesimo Stato, dava luogo, sin dai primordi, alla reazione violenta della parte lesa [...]. Scopo della reazione era di infliggere male per male. Codesta vindicta da prima, finché fu rimessa completamente, anche nelle forme, all'arbitrio del privato lesa e consisté, come quasi sempre, nell'uccisione immediata, non fu altro che un atto di esercizio arbitrario delle proprie ragioni tollerato dalla comunità gentilizia o statale* ».



catégorie générale des *delicta*, le *damnum iniuriā* était régi par le droit privé ; sa peine consistait dans la remise d'une somme d'argent à la victime.

Toutefois, si telle était la situation aux temps de l'adoption de la *lex Aquilia*, son application a très fortement évolué au cours des siècles suivants et jusqu'à la présentation qu'en font les Institutes de Justinien :

I. 4.6.19 : « (...) *legis Aquiliae actio de damno mixta est, non solum si adversus infitiantem in duplum agatur, sed interdum et si in simplum quisque agit* (...) ».

L'*actio legis Aquiliae* est mixte, non seulement si l'on agit pour le double contre l'*infittians*, mais parfois aussi lorsque l'on vise à la seule valeur du préjudice.

Comme nous le verrons plus loin<sup>46</sup>, en qualifiant l'*actio legis Aquiliae* de *mixta* (soit pénale et répersécutoire à la fois) dans deux seules hypothèses particulières, et uniquement répersécutoire dans toutes les autres, le manuel juridique impérial attestait que, désormais, le *damnum iniuriā* ne contemplait la punition du responsable que dans un nombre strictement limité de cas.

Ceci nous portera à affronter deux grandes questions. La première est celle du bouleversement de la fonction de la responsabilité aquilienne. Nous pensons qu'elle ne saurait se borner à une simple donnée procédurale. Il y a donc lieu de l'étudier à travers l'aménagement de certains éléments de la *lex Aquilia* témoignant de la volonté d'en limiter la fonction pénale, tout en mettant symétriquement les potentialités réparatrices en exergue<sup>47</sup>.

La deuxième grande question que nous aborderons concerne justement le rapport entre le développement juridique et les changements culturels intervenus au

---

<sup>46</sup> V. *infra*, ch. I, sect. 2, § 2.

<sup>47</sup> T. FINKENAUER, « Pönale Elemente der *lex Aquilia* », in R. GAMAUF (dir.), *Ausgleich oder Buße als Grundproblem des Schadenersatzrechts von der lex Aquilia bis zur Gegenwart. Symposium zum 80. Geburtstag von Herbert Hausmaninger*, Wien, Manz, 2017, p. 35-71, spéc. p. 36 : « Die Rede vom pönalen „Wesen“ oder „Charakter“ einer Klage verdeckt eher die Zusammenhänge, als sie sie erhellt. Es ist vielmehr, wo immer möglich, auf die absoluten oder relativen Zwecke abzustellen, die mit der Verhängung einer Strafe verfolgt werden ».

fil du temps quant à la perception de la fonction de la responsabilité aquilienne. Le point de repère de cette analyse sera constitué par le débat philosophique importé à Rome du monde hellénique, et dont l'influence sur l'évolution du droit fut, elle, inévitable. Comme dans la célèbre métaphore hégélienne de la chouette de Minerve, selon laquelle la philosophie ne comprend un processus qu'au moment où il est achevé<sup>48</sup>, le droit ne traduit les exigences de la société qu'au crépuscule des changements culturels, en reprenant les nouveautés introduites et en les transposant sous forme de règles.

Ces deux questions seront traitées au cours de deux chapitres séparés.

---

<sup>48</sup> G. W. F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Leipzig, Felix Meiner, 1911, p. 17 : « *die Eule der Minerva beginnt erst mit der einbrechenden Dämmerung ihren Flug* ».

## Chapitre I. La responsabilité *ex lege Aquiliā* : de la peine à la réparation du dommage

Le présent chapitre est consacré à l'évolution du traitement juridique des *damna iniuriā*, du point de vue de la fonction punitive ou réparatrice de la responsabilité, tout au long de l'expérience romaine. En la matière, la *lex Aquilia* peut être qualifiée de véritable pierre angulaire. Elle n'en est pas pour autant le point de départ, puisque le besoin de sanctionner un comportement dommageable illicite fut ressenti dès la période la plus archaïque.

Grâce à la sanction juridique de certaines conduites préjudiciables, le rapport conflictuel qui s'instaurait entre le responsable et la victime put être soustrait au cercle vicieux de la vengeance privée entre familles et confié à une punition préétablie par le droit. À la base de cette renonciation à la vengeance se trouve justement la fonction punitive des règles en question.

Dans une première section, nous tenterons de reconstruire le lien entre les normes archaïques dont nous disposons (notamment décenvirales) et l'*obligatio ex delicto*, dont il importe de démontrer la fonction de punition du responsable.

Au cours des deux sections suivantes, la *lex Aquilia* sera au centre de la réflexion. Dans la deuxième section, nous nous pencherons sur le bouleversement que la qualification procédurale de l'action aquilienne subit. La troisième section aura pour objet l'évolution jurisprudentielle de l'*aestimatio* du dommage aquilien.

S'il est vrai que la responsabilité aquilienne fit l'objet, en droit romain, d'une sorte de dépenalisation progressive, il est nécessaire d'identifier les éléments qui caractérisent cette évolution et, surtout, qui permettent d'affirmer avec un degré suffisant de précision qu'effectivement un glissement dans la fonction de la responsabilité aquilienne eut lieu.

En effet, de nombreuses mutations concernant plusieurs éléments de la responsabilité aquilienne romaine contribuèrent à dessiner, au cours des périodes classique et postclassique, un cadre juridique remarquablement différent de celui des origines. À titre d'exemple, il suffit de mentionner la prise en compte de l'élément subjectif de la *culpa*, l'extension des comportements appréhendés par la responsabilité et l'évolution dans l'appréciation du lien de causalité.

Néanmoins, pour autant que ces éléments aient contribué à une véritable métamorphose de la responsabilité aquilienne, ils ne constituent pas des indices univoques de la volonté de faire de la *lex Aquilia* un instrument réparateur. En effet, si notre intention est de placer la responsabilité aquilienne entre les deux pôles de la punition du responsable et de la restauration du patrimoine de la victime, ni l'élément subjectif ni le lien de causalité ne nous permettent d'établir avec certitude que la responsabilité aquilienne poursuit l'une ou l'autre de ces finalités, puisqu'ils concernent exclusivement l'analyse du comportement et de ses conséquences, à l'exclusion de la sanction. Quant à l'extension jurisprudentielle du *damnum iniuriā*, elle ne tend pas plus à accroître son caractère répressif qu'à le réduire à un rôle réparateur<sup>49</sup>.

En revanche, cette ambiguïté ne semble pas avoir lieu lorsque nous examinons deux éléments particuliers, qui firent, eux aussi, l'objet d'une longue évolution. Il s'agit, en premier lieu, de la nature procédurale attribuée à l'*actio legis Aquiliae*. En vertu du droit romain, cette nature était pénale (*actiones poenales*) ou réipersécutoire (*actiones qui rei persecutionem continent*). À ces deux catégories d'actions, celle des *actiones mixtae* s'est ajoutée dans un second temps.

Ensuite, dans la troisième section, le critère d'évaluation économique du dommage (*aestimatio damni*) et d'estimation de l'obligation aquilienne sera étudié. Si une obligation pécuniaire établie par la loi vise à punir le débiteur, l'évaluation du montant qu'il doit payer ne tiendra pas compte des exigences subjectives du créancier, puisque seul le comportement sanctionné est évalué, peu importe la manière dont celui-ci a frappé la victime. En revanche, si l'obligation en question vise à réparer le préjudice subi par cette même victime, son montant devra être précisément calibré pour compenser la perte concrètement occasionnée, afin de rétablir, autant que possible, le *status quo ante*.

---

<sup>49</sup> Ce n'est pas le cas de la généralisation des comportements appréhendés par la responsabilité aquilienne, soit de la mise en place d'une norme au sens de laquelle *tout* comportement est en mesure d'engager la responsabilité de son auteur pour le seul fait d'avoir produit un dommage (c'est le cas typiquement de l'article 1382 du Code Napoléon). À la différence de la simple extension, ce type de norme est bien un indice d'une fonction principalement réparatrice attribuée à la responsabilité pour *damnum* : nous nous en occuperons dans la partie suivante. En droit romain, « *the ninth book of the Digest, collecting the fragmented sources of the classical age, still lacks a general notion of fault-based liability* » (F. PARISI, *op. cit.*, note 40, p. 317-351, spec. p. 325).

## Section 1. De la renonciation à la vengeance à l'*obligatio ex delicto* : les origines de la répression des comportements dommageables

L'étude de la fonction sociale des normes qui répriment les comportements dommageables nécessite que, préalablement, nous nous attardons brièvement sur l'objet de la sanction, ce *damnum* causé de manière illicite qui justifie l'exigence même d'une réaction adéquate de la part de l'ordre juridique<sup>50</sup>.

La doctrine s'est longuement interrogée sur l'origine du concept romain de *damnum*<sup>51</sup>, dont la signification de perte matérielle de nature économique et patrimoniale<sup>52</sup> semblerait remonter au cœur de la période archaïque<sup>53</sup>. Du point de vue étymologique, selon la thèse la plus partagée par les linguistes, *damnum* est à lier à une racine indo-européenne *dap-*, qui donna notamment naissance au latin archaïque *daps*, le banquet sacré ou la nourriture<sup>54</sup>, et aux termes grecs δάπτω, déchirer, et δαπάνη, la dépense<sup>55</sup>. Une parenté avec ζημία, la perte, a également été supposée<sup>56</sup>.

---

<sup>50</sup> À ce propos, v. par ex. : la définition générale d'acte illicite privé in B. ALBANESE, « Cenni sullo svolgimento storico dell'illecito privato in Roma », in A. GUARINO, L. LABRUNA (dir.), *Syntelesia Vincenzo Arangio-Ruiz*, 1, Napoli, Jovene, 1964, p. 104-122, spéc. p. 104 : « *illicito giuridico privato è ogni comportamento assunto dal diritto privato come riprovevole, e quindi sottoposto a una reazione* ».

<sup>51</sup> V., entre autres, P. G. CASTELLARI, « Della lex Aquilia ossia del danno dato », *AG* 22 (1879), p. 305-433, spéc. p. 316-318 ; H. F. JOLOWICZ, « The Original Scope of the *Lex Aquilia* and the Question of Damages », *LQR* 38 (1922), p. 220-230, spéc. p. 222 ; D. DAUBE, « On the use of the term *Damnum* », in *Studi in onore di Siro Solazzi*, Napoli, Jovene, 1949, p. 93-156 ; D. LIEBS, « *Damnum, damnare und damnas* », *ZSS RA* 85 (1968), p. 173-252 ; C. A. CANNATA, « Sul testo della *lex Aquilia* e sulla sua portata originaria », in L. VACCA (dir.), *La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica. Congresso internazionale ARISTEC, Madrid 7-10 ottobre 1993*, Torino, Giappichelli, 1995, p. 25-57 = *Scritti scelti di diritto romano*, 2, Torino, Giappichelli, 2012, p. 153-182 ; G. VALDITARA, *Sulle origini del concetto di damnum*, Torino, Giappichelli, 1998<sup>2</sup>, 81 p. ; S. GALEOTTI, « *Rupit, rupitias, noxia, damnum*: il danneggiamento nella normativa preaquiliana », *SDHI* 80 (2014), p. 229-273, spéc. p. 266-271.

<sup>52</sup> Cette signification exclut toute perte de nature exclusivement morale. En ce sens, D. DAUBE, *op. cit.*, note 51, p. 93-95, où la première signification retenue de *damnum* est « *wasteful expenditure* », « *loss* » ; D. LIEBS, *op. cit.*, note 51, p. 252, selon lequel *damnum* signifie « *Verlust konkreter Vermögensgegenstände* » ; U. VON LÜBTOW, *Untersuchungen zur lex Aquilia de damno iniuria dato*, Berlin, Duncker & Humblot, 1971, p. 25 : « *Damnum bedeutet also nicht die Beschädigung einer Sache, sondern den von einer Person erlittenen Vermögensverlust* ».

<sup>53</sup> V. à ce propos les attestations du terme *damnum* dans les comédies de Plaute : *Menaechmi* 133 ; *Cistellaria* 106 ; *Captivi* 327 (où *damnum* est utilisé en tant qu'opposé de *lucrum*, v. A. ERNOUT, A. MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine*, Paris, Klincksieck, 2001<sup>4</sup>, s.v. *damnum* ; D. DAUBE, *op. cit.*, note 51, p. 93).

<sup>54</sup> G. VALDITARA (*op. cit.*, note 51, p. 25) rappelle à cet égard que tant la libation que la nourriture renvoient à la destruction de la chose sacrifiée ou consommée.

<sup>55</sup> E. BENVENISTE, *Le vocabulaire des institutions indo-européennes. I: Économie, parenté, société*, Paris, Les Éditions de Minuit, 1969 p. 75 ; *II. Pouvoir, droit, religion*, p. 226-229 ; P. CHANTRAINE,

Deux autres témoignages de la signification du terme en question viennent, à différentes périodes, de Varron et du juriste Paul. Dans son traité *De lingua latina*, Varron revient sur l'opposition entre *damnum* et *lucrum*. Plus précisément, il soutient que le premier, qui dérive de *demptio*, survient lorsqu'un bien est vendu à un prix moindre que sa valeur ; en revanche, *lucrum* dérive du verbe *luere* et désigne la situation où l'on obtient de la vente une valeur plus haute que le prix d'achat<sup>57</sup>. Trois siècles plus tard, dans le sillage de la théorie de Varron, Paul détache la signification de *damnum* de la référence à la valeur d'un bien déterminé, pour mettre en exergue l'idée générale de diminution du patrimoine :

D. 39.2.3 (Paul. 47 *ad ed.*) : « *Damnum et damnatio ab ademptione et quasi deminutione patrimonii dicta sunt* ».

« Les vocables *damnum* et *damnatio* dérivent d'*ademptio*, soustraction, tout comme de *deminutio patrimonii*, perte patrimoniale ».

Ce n'est pas tout. Dans le vocabulaire des XII Tables, *damnum* ne serait pas la perte que subit la victime d'un acte illicite, mais la peine imposée par l'ordre juridique au responsable de ce même comportement. Nous retrouvons cette signification dans l'expression *damnum decidito*, utilisée pour identifier les conséquences juridiques du *furtum nec manifestum* et de la *vindicia falsa* :

Tab. VIII.16 : « *Si adorat furtum, quod nec manifestum erit —, [duplione damnum decidito]* ».

« S'il invoque un vol qui n'est pas manifeste, que la peine soit tranchée dans la mesure du double ».

Tab. XII.3 : « *Si vindiciam falsam tulit, si velit is ... tor arbitros tris dato, eorum arbitrio ... fructus duplione damnum decidito* ».

---

*Dictionnaire étymologique de la langue grecque*, 1, Paris, Klincksieck, 1968, s.v. δάπτω ; A. ERNOUT, A. MEILLET, *op. cit.*, note 53, s.v. *damnum*, *daps*. Pour des références bibliographiques supplémentaires, v. D. DAUBE, *op. cit.*, note 51, p. 95 ; G. VALDITARA, *op. cit.*, note 51, p. 23-27.

<sup>56</sup> D. DAUBE, *op. cit.*, note 51, p. 93.

<sup>57</sup> Varr. *De lingua latina* 5.176 : « *Damnum a demptione, cum minus re factum quam quanti constat. Lucrum ab luendo, si amplius quam ut exsolveret, quanti esset, <re>ceptum* ».

« S'il a intenté une action fausse, s'il le veut, que trois arbitres soient nommés, et que la peine soit tranchée, selon leur décision, dans la mesure du double du profit ».

Dans ces dispositions, *damnum* désigne justement la diminution patrimoniale infligée à titre de peine au responsable d'un acte illicite<sup>58</sup> : il ne s'agit pas d'une perte, mais d'une dépense. Ceci explique également l'emploi de *damnum* pour établir une sanction pécuniaire dont le montant est le double du préjudice occasionné : il ne s'agit pas d'une simple remise en l'état (pour celle-ci, l'expression est *noxiam sarcito*<sup>59</sup>), mais, comme l'a écrit David Daube<sup>60</sup> : « *there is to be some punishment in addition [...] on the part of the offender* ». C'est en raison de l'illicéité de l'acte qu'il a commis que le responsable est tenu de payer plus que le préjudice qu'il a occasionné<sup>61</sup> : ce surplus est justement identifié par le terme *damnum*.

En conclusion, nous pouvons affirmer que, par le mot *damnum*, la langue latine désigne une situation où une personne subit un appauvrissement dans sa fortune, peu importe qu'il soit illicite ou licite aux yeux de l'ordre juridique, voire imposé par le droit.

Le but de la présente section est donc, à partir de cette ambivalence, de reconstruire la fonction originellement punitive de la sanction du *damnum iniuriæ*. S'il est vrai, comme l'affirme Ulpien, que la *lex Aquilia* dérogea à toutes les lois, décenvirales ou non, qui avaient traité la matière du *damnum*<sup>62</sup>, c'est sur la loi des XII Tables (§ 1) qu'il y a lieu de s'attarder, avant de se pencher sur les innovations apportées par le plébiscite aquilien (§ 2).

---

<sup>58</sup> En ce sens, D. DAUBE, *op. cit.*, note 51, p. 96-98. V. aussi T. MOMMSEN, *op. cit.*, note 42, p. 13 n. 1 : « pro fure *damnum* *decidere* = *als Dieb die Lösung vergleichen* » ; R. LA ROSA, *La repressione del furtum in età arcaica. Manus iniectio e duplione damnum decidere*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1990, p. 9 n. 9 ; p. 71 ; G. VALDITARA, *op. cit.*, note 51, p. 5.

<sup>59</sup> V. *infra*.

<sup>60</sup> D. DAUBE, *op. cit.*, note 51, p. 97.

<sup>61</sup> À ce propos, v. aussi B. ALBANESE, *op. cit.*, note 42, p. 58-61.

<sup>62</sup> D. 9.2.1.pr. (Ulp. 18 *ad ed.*) : « *lex Aquilia omnibus legibus, quae ante se de damno iniuria locutae sunt, derogavit, sive duodecim tabulis, sive alia quae fuit* ».

## §1. L'héritage de la vengeance dans le droit décemviral des délits privés

Dans quelle mesure les XII Tables contenaient-elles une réglementation sanctionnant les atteintes illicites à l'intégrité patrimoniale d'autrui ? Ce système de normes présentait-il une fonction punitive ou réparatrice ?

À titre liminaire, il convient de rappeler que l'examen de la législation décemvirale permet déjà d'identifier une *summa divisio* au sein des infractions punies par une peine : les *crimina*, poursuivis et sanctionnés de manière publique, et les *delicta*, poursuivis par la victime et soumis à une peine privée, à payer uniquement à la personne lésée<sup>63</sup>. Dans le présent paragraphe, seuls les *delicta* feront l'objet de notre réflexion. Il importe ici de montrer que, bien qu'il s'agisse de la répression de préjudices privés par le biais d'un procès également privé, la perspective de la réparation du dommage telle que nous l'entendons de nos jours est étrangère aux *delicta* sanctionnés par les XII Tables : leur but reste l'infliction d'une peine en raison de l'illicéité du comportement.

Comme anticipé, la loi des XII Tables est postérieure à une première évolution du droit romain. Dans un premier temps, la réaction vengeresse de la victime d'un acte illicite avait été progressivement limitée sur le plan de la proportion avec l'offense subie et en substituant la violence physique par une sanction économique. Il n'en reste pas moins que les normes décemvirales contiennent aussi les vestiges d'une réaction privée immédiate, autorisant parfois le meurtre du délinquant. C'est le cas du vol nocturne ou à main armée :

Tab. VIII.12 : « *Si nox furtum faxsit, si im occisit, iure caesus esto* »

« S'il commet un vol pendant la nuit, s'il est tué sur place, il aura été tué licitement ».

---

<sup>63</sup> V., *ex plurimis*, B. SANTALUCIA, *op. cit.*, note 43, p. 43 ; A. ARNESE, *Maleficium. Le obbligazioni da fatto illecito nella riflessione gaiana*, Bari, Cacucci, 2011, p. 33-49 ; M. F. CURSI, « La formazione delle obbligazioni *ex delicto* », *RIDA* 58 (2011), p. 143-173, spéc. p. 143-145. Sur la dangerosité du rapprochement entre les catégories romaines de *iudicia privata* et *publica* et les concepts modernes de procès civil et pénal, v. G. NICOSIA, *Il processo privato romano. I. Le origini*, Torino, Giappichelli, 1986<sup>2</sup>, p. 15.



Tab. VIII.13 : « *Luci ... si se telo defendit, ... endo(que)plorato*<sup>64</sup> »

« Si le voleur se défend par une arme, quoiqu'en plein jour, la victime (qui l'a tué) pourra invoquer cela en sa faveur ».

Concernant ces fragments, il convient de remarquer que le lien avec la vengeance privée réside moins dans la référence à la mort du coupable que dans la justification *a posteriori* d'une réaction rapide et violente. En d'autres termes, les *verba legis* ne punissent pas le vol nocturne ou à main armée par la sanction capitale, mais se bornent à faire sortir un éventuel acte meurtrier du domaine de l'illicéité, pourvu qu'il ait été commis dans les circonstances prévues par la loi<sup>65</sup>. Par conséquent, il ne semble ici même pas s'agir d'une peine proprement dite : pour que la vengeance soit qualifiée de sanction pénale, quoique rudimentaire et imparfaite, il faut qu'elle soit *iusta*, c'est-à-dire autorisée et réglée par l'ordre juridique, peu importe si, *in concreto*, l'initiative de la procédure et l'intérêt poursuivi restent entre les mains des particuliers<sup>66</sup>. Hormis les cas évoqués, il semble cependant que les dispositions décenvirales tendaient à offrir une voie de composition des différends, que ce soit une peine fixe ou une somme déterminée entre les deux parties, afin d'éviter la réaction violente de la victime. C'est à cette logique que répondent les *delicta* décenviraux<sup>67</sup>.

À partir de ce constat, il a été conclu que la loi des XII Tables témoigne d'une « *degradazione della penalità*<sup>68</sup> », qui répond à la loi historique du *fortwährendes*

---

<sup>64</sup> V. également Cic. *Pro Tull.* 20.47 : « (...) *atque ille legem mihi de xii tabulis recitavit, quae permittit ut furem noctu liceat occidere et luce, si se telo defendat* (...) ».

<sup>65</sup> V. à ce propos M. HUMBERT, *La loi des XII Tables. Édition et commentaire*, Rome, École française de Rome, 2018, p. 525 : « La loi a posé les conditions de la mort 'juste', au sens de légitime ou de conforme au droit ».

<sup>66</sup> En ce sens, E. BETTI, *op. cit.*, note 42, p. 44 : « *Allorché, però, poi divenne un procedimento autorizzato e regolato dalla gente o dallo Stato (iusta vindicta) [...], la vindicta, quantunque [...] continuasse ad esser rimessa all'iniziativa del privato leso e dominata dal suo esclusivo interesse, assunse la funzione di sanzione penale, per quanto rudimentale e imperfetta* ». Sur le problème de la qualification juridique de l'acte meurtrier, v. l'analyse et les références bibliographiques présentées par M. HUMBERT, *op. cit.*, note 65, p. 526-528.

<sup>67</sup> C'est le cas du *membrum ruptum* (Tab. VIII.2, v. *supra*, note 44), de *Pos fractum* (Tab. VIII.3, v. *supra*, note 44), de *Piniuria* (Tab. VIII.4, v. *supra*, *ibid.*), de *Pincendium* (D. 47.9.9 (Gai. 4 *ad XII Tab.*) = Tab. VIII.10 : « *qui aedes acervumve frumenti iuxta domum positum combusserit, vincius verberatus igni necari (xii tabulis) iubetur, si modo sciens prudensque id commiserit ; si vero casu, id est negligentia, aut noxiam sarcire iubetur, aut, si minus idoneus ist, levius castigatur* »), du *furtum nec manifestum* (Tab. VIII.16, v. *supra*), de la *vindicia falsa* (Tab. XII.3, v. *supra*).

<sup>68</sup> B. ALBANESE, *op. cit.*, note 42, p. 58-61.

*Absterben (der Strafe*<sup>69</sup>). Or, l'évolution visible dans la législation décenvirale ne semble pas réaliser une diminution de la fonction punitive ; au contraire, la punition fut elle-même progressivement soustraite à l'arbitraire des particuliers ou de leurs groupes familiaux par le biais de l'encadrement juridique. Plus précisément, à travers le processus que nous venons de décrire, la simple légitimation de la vengeance privée fut transformée en une norme pénale, grâce à laquelle l'ordre juridique était désormais en mesure de remplir une fonction punitive sans recourir à la vengeance privée.

Cependant, une question reste ouverte : y a-t-il une place pour la réparation du dommage subi dans la loi des XII Tables ? À cet égard, deux passages de Festus nécessitent une attention particulière.

Fest. *s.v.* *Rupitias* : « *Rupitias in XII significat damnum dederit* »

« Dans les XII Tables, *rupitias* signifie qu'il a produit un dommage ».

Fest. *s.v.* *Sarcito* : « *Sarcito in XII Ser. Sulpicius ait significare damnum solvito, praestato* »

« Servius Sulpicius soutient que, dans les XII Tables, *sarcito* signifie que le dommage soit réparé, payé ».

La combinaison de ces lemmes offrit l'occasion de supposer la présence, dans la loi des XII Tables, d'une norme générale<sup>70</sup> disposant que tout dommage doit être réparé. Malgré leurs bases probablement fragiles<sup>71</sup>, les hypothèses de reconstruction sont nombreuses<sup>72</sup>. Le problème est épineux, et ses enjeux sont bien plus radicaux

---

<sup>69</sup> V. *supra*, note 38. B. ALBANESE (*ibid.*) semble rendre hommage à Jhering en affirmant que « *la storia evolutiva del diritto privato romano, sotto il profilo dell'illecito, potrebbe concepirsi come la storia di una degradazione progressiva delle penalità* ».

<sup>70</sup> V. Tab. VIII.5 : « ...*rupit[ias]... sarcito* ».

<sup>71</sup> En ce sens, S. GALEOTTI, *op. cit.*, note 51, p. 240 : « *una costante interpretativa [...] trae la disposizione da una semplice operazione sillogistica* ».

<sup>72</sup> V. à cet égard C. A. CANNATA, *op. cit.*, note 51, p. 155-156 (spéc. n. 5). Parmi les auteurs qui se sont occupés de la question, il y a lieu de rappeler A. PERNICE, *Zur Lehre von den Sachbeschädigungen nach römischen Rechte*, Weimar, Hermann Böhlau, 1867, p. 1-5 ; C. SELL, *Die actio de rupitiis sarcicendis der XII Tafeln und ihre Aufhebung durch die lex Aquilia*, Bonn, Adolph Marcus, 1877, 32 p. ; P. G. CASTELLARI, *op. cit.*, note 51, p. 305-312 ; M. VOIGT, *Die XII Tafeln. Geschichte und System des Civil- und Criminalrechtes, wie -processes der XII Tafeln nebst deren Fragmenten*, 2, Leipzig, Liebeskind, 1883, p. 540-541 ; E. GRUEBER, *The Roman Law of Damage to Property*,

qu'une simple réfutation de la théorie de l'abolition constante de la peine élaborée par Jhering et citée plus haut. En effet, à partir de cette hypothèse, la nature pénale de la sanction du *damnum iniuriā*, loin d'être originaire, aurait été prévue par dérogation à une disposition qui obligeait le responsable d'un dommage à le réparer. Par conséquent, si l'on acceptait l'existence d'une telle norme, l'histoire de la fonction de la responsabilité aquilienne nécessiterait une réécriture complète.

Il faut prendre cette conjecture avec précaution. Comme l'écrit Carlo Augusto Cannata, « *l'esistenza di una norma come quella attribuita alla tab. 8,5 resta ancora tutta da dimostrare*<sup>73</sup> ». Sur les plans linguistique et philologique, Festus associe au substantif *rupitias* la signification d'un verbe (« *damnum dederit* »), ce qui peut légitimer la correction en *rupit* ou *rupsit*. Cependant, ceci rompt le lien existant entre les deux lemmes, car le verbe *rupit* renverrait directement au cas du *membrum ruptum*, et *sarcito* à plusieurs endroits des XII Tables où il fait référence au vocable *noxia*<sup>74</sup>.

Justement, il y a lieu de considérer que *noxia*, plutôt que *rupitia*, était utilisé pour se référer de manière générale aux hypothèses de dommage : Ulpien, en citant Julien, aborde la responsabilité noxale en mentionnant le principe « *si servus furtum faxit noxiamve nocuit*<sup>75</sup> », ce qui a permis d'estimer que, puisque *furtum facere* désignait en général le comportement du voleur, *noxiam nocere* identifiait toute conduite préjudiciable<sup>76</sup>.

Il est probablement hors de propos de s'attarder sur tous les arguments que la doctrine a avancés pour interpréter la norme *ex Tab. VIII.5*. Toutefois, il en est un en particulier qui concerne directement la fonction de la responsabilité engagée par les auteurs d'un comportement dommageable avant la *lex Aquilia*, et mérite que l'on s'y attarde.

---

Oxford, Clarendon Press, 1886, p. 189-193 ; N. NATALI, *La legge Aquilia ossia il damnum iniuria datum*, Roma, "l'Erma" di Bretschneider, 1896, p. 2-9 ; B. ALBANESE, *op. cit.*, note 42, p. 60-61.

<sup>73</sup> C. A. CANNATA, *op. cit.*, note 51, p. 156-157.

<sup>74</sup> V. *infra*. Sur la différence entre *noxia* et *damnum* dans le langage des XII Tables, D. LIEBS, *op. cit.*, note 51, p. 195.

<sup>75</sup> D. 9.4.2.1 (Ulp. 18 *ad ed.*).

<sup>76</sup> En ce sens C. A. CANNATA, *op. cit.*, note 51, p. 156-157 ; M. HUMBERT, *op. cit.*, note 65, p. 458-463.

Plus précisément, une norme générale ayant pour objet la réparation des préjudices causés à autrui ne serait pas compatible avec la mentalité juridique dont la loi des XII Tables constitue le produit<sup>77</sup>.

Comme il a été affirmé à juste titre, aucune de ces dispositions ne semble avoir pour but de mettre en place une obligation à la charge du responsable<sup>78</sup>. Au-delà de la fonction punitive de ces règles, le paiement de la somme d'argent prévue par la loi constituait, durant la période archaïque, une simple charge (« *onere* ») qui pesait sur le responsable, pour empêcher que la vengeance ultime, la mort du coupable, se produisît<sup>79</sup>. À cet égard, l'exemple de la *pactio*, qualifiée in *Tab. VIII.2* de condition négative de l'application du talion dans l'hypothèse du *membrum ruptum* (« (...) *ni cum eo pacit, talio esto* »), est flagrant. La structure de l'exécution forcée dans les XII Tables montre que le paiement n'était pas tant l'exécution d'une obligation que la condition à remplir pour éviter l'exécution corporelle. C'est ce que montre l'emploi, dans le passage suivant, de la conjonction *ni* :

Tab. III.3 : « *Ni iudicatum facit [...], secum ducito, vincito aut nervo aut compedibus XV pondo, ne minore, aut si volet maiore vincito* »

« Si la partie perdante n'exécute pas l'objet de la condamnation, que le créancier le ramène avec lui, le lie par une corde ou une entrave du poids minimal de 15 livres, ou s'il le veut, d'un poids supérieur ».

Dès lors, le processus de « *patrimonializzazione della pena*<sup>80</sup> », soit la métamorphose progressive de la punition physique en peine pécuniaire, se traduit ici par une modification de la signification du paiement d'une somme d'argent. Alors qu'il était le moyen servant à éviter une sanction corporelle, il devint l'objet ultime du

<sup>77</sup> S. GALEOTTI, *op. cit.*, note 51, p. 271.

<sup>78</sup> En ce sens, C. A. CANNATA, « Delitto e obbligazione », in *Illecito e pena privata in età repubblicana*, Atti del convegno internazionale di diritto romano, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1992 = L. VACCA (dir.), *Scritti scelti di diritto romano*, 1, Torino, Giappichelli, 2011, p. 587-604, spéc. p. 589 ; S. GALEOTTI, *op. cit.*, note 51, p. 255-256.

<sup>79</sup> V. à cet égard, au sein d'une réflexion générale sur la naissance du concept d'obligation, E. BETTI, *op. cit.*, note 42, p. 44 ; C. A. CANNATA, *op. cit.*, note 78, p. 589 ; M. TALAMANCA, *op. cit.*, note 43, p. 81-82 ; M. F. CURSI, *op. cit.*, note 63, p. 162-163 ; S. GALEOTTI, *op. cit.*, note 51, p. 255.

<sup>80</sup> B. ALBANESE, *op. cit.*, note 50, p. 108 ; *Id.*, *op. cit.*, note 42, p. 60-61 n. 14. L'auteur associe cette évolution à la substitution graduelle de la *manus iniectio* par les voies d'exécution forcée de caractère patrimonial, notamment l'*actio iudicati*, et à une dégradation générale de la pénalité dans le système judiciaire romain.

devoir imposé par le droit. En d'autres termes, au fil du temps, le paiement de la *poena* serait devenu une obligation, soit un devoir juridique (*oportere*) de *dare, facere, praestare*.

À cet égard, le témoignage le plus ancien, en matière de *sponsio*, nous est fourni par la formule de la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*<sup>81</sup> :

Gai. 4.17a : « *Per iudicis postulationem agebatur, si qua de re ut ita ageretur lex inisset sicuti lex XII tabularum de eo quod ex stipulatione petitur. Eaque res talis fere erat. Qui agebat sic dicebat: EX SPONSIONE TE MIII X MILIA SESTERTIORVM DARE OPORTERE AIO: ID POSTVLO AIAS AN NEGES. Adversarius dicebat non oportere. Actor dicebat: QVANDO TV NEGAS, TE PRAETOR IVDICEM SIVE ARBITRVM POSTVLO VTI DES. (...)* »

« L'on agissait *per iudicis postulationem* si la loi imposait d'intenter cette action pour le différend en question, comme c'est le cas dans les XII Tables pour ce qui est demandé à cause d'une *stipulatio*. L'action se déroulait comme suit. Le demandeur disait « en raison de la *sponsio*, je dis que tu dois me remettre dix-mille sesterces : je demande si tu dis oui ou non ». Le défendeur disait ne pas être obligé. Le demandeur répliquait : « puisque tu nies, je te demande, préteur, que tu nommes un juge ou un arbitre » ».

Les nouveaux moyens procéduraux autres que la *legis actio sacramento* introduisirent l'étape autonome de l'appréciation du fond du litige (en ce cas, l'*an oporteat*). Auparavant, le juge n'évaluait, lors du *sacramentum*, que la véracité des serments prononcés par les deux parties, de telle sorte qu'il était impossible de scinder le fond de la *poena sacramenti* qui dérivait du parjure<sup>82</sup>. Le défi que le demandeur lançait au défendeur, résumé par l'expression *te provoco*<sup>83</sup>, consistait à risquer l'état maudit de *sacer* en cas de faux serment. Dès lors, le différend pouvait être tranché soit à partir du silence gardé par le destinataire du défi, soit en évaluant *utrius sacramentum iustum, utrius iniustum* : aucune référence n'était faite au fond de la situation juridique litigieuse. Comme le dit Carlo Gioffredi, « *[L]a pronuncia dell'arbitrio non decide direttamente la controversia, ma si riporta a quanto non si è*

<sup>81</sup> C. A. CANNATA, *op. cit.*, note 78, p. 590.

<sup>82</sup> B. ALBANESE, *op. cit.*, note 50, p. 106-107 ; *Id.*, *op. cit.*, note 42, p. 59.

<sup>83</sup> Gai. 4.16.

*svolto in sua presenza, a quel comportamento cioè tenuto in iure e che solo può determinare quale delle parti abbia ragione*<sup>84</sup> ».

Bien que cette évolution ait été interprétée comme l'un des indices d'un prétendu rétrécissement de la peine dans les XII Tables<sup>85</sup>, il importe de souligner que les dispositions décenvirales qui visaient à sanctionner les préjudices illicites n'en furent pas influencées. Justement, à partir du schéma de ces dispositions punitives, où la peine épargne au coupable une vengeance violente, il a été conclu que l'*obligatio ex delicto* est absente de la loi des XII Tables<sup>86</sup>. La démonstration en question est convaincante, et permet d'exclure la présence, parmi les dispositions décenvirales, de normes conçues pour avoir une fonction purement réparatrice : une telle disposition postulerait que l'acte illicite produisit un rapport obligatoire entre le responsable et la victime du préjudice. Tout au plus, il se peut que *Tab. VIII.5* ait prévu une peine accessoire (ou alternative, ajouterions-nous) plutôt qu'une sanction autonome, conformément à d'autres infractions punies par les XII Tables<sup>87</sup>.

De manière plus générale, l'absence de mécanisme de type *obligatio ex delicto* dans la loi des XII Tables même dans les cas où la loi commande de remettre à la victime un montant correspondant, sans majoration, au préjudice occasionné (*noxia*) nous impose d'exclure le recours à la fonction réparatrice dans cette loi. Souvent qualifiées de « préaquilienne », les dispositions en question sanctionnaient, avant la *lex Aquilia*, certaines formes de dommages<sup>88</sup>. De telles dispositions suscitent, dans

---

<sup>84</sup> C. GIOFFREDI, *Contributi allo studio del processo civile romano (note critiche e spunti ricostruttivi)*, Milano, Giuffrè, 1947, p. 49. À ce propos, le débat doctrinal a pu formuler l'hypothèse de la présence, en droit romain archaïque, d'un véritable système d'ordalies : à cet égard. v. R. DEKKERS, « Des ordalies en droit romain », *RIDA* 1 (1948), p. 55-78. Sur ce sujet, v. aussi H. LEVY-BRUHL, *Quelques problèmes du très ancien droit romain*, Paris, Domat-Montchrestien, 1934, p. 109-113 ; P. NOAILLES, *Du droit sacré au droit civil. Cours de droit romain approfondi*, Paris, Sirey, 1949, p. 275-277 ; P. FREZZA, « Ordalia e legis actio sacramento », *SCO* II (1953), p. 63-68.

<sup>85</sup> B. ALBANESE, *op. cit.*, note 42, p. 59. L'auteur se montre tout de même prudent par rapport à cette interprétation : « *Di per sé, non è un fatto [...] che elimini la prospettiva penale dell'illecito privato* ».

<sup>86</sup> V. à ce propos M. F. CURSI, *op. cit.*, note 63, p. 146-147.

<sup>87</sup> B. ALBANESE, *op. cit.*, note 50, p. 107. C'est le cas de *Tab. VIII.9* et *Tab. VIII.14* (v. *infra*).

<sup>88</sup> D. 9.1.1.pr (Ulp. 18 *ad ed.*) = *Tab. VIII.6* : « *Si quadrupes pauperiem fecisse dicetur, actio ex lege duodecim tabularum descendit: quae lex voluit aut dari id quod nocuit, id est id animal quod noxiam commisit, aut aestimationem noxiae offerre* » ; Plin. *Nat. Hist.* 18.3.12 = *Tab. VIII.9* : « *Frugem quidem aratro quaesitam furtim noctu pavisse ac secuisse puberi xii tabulis capital erat, suspensumque cereri necari iubebant gravius quam in homicidio convictum, inpubem praetoris arbitrato verberari noxiamve duplionemve decerni* » ; D. 47.9.9 (Gai. 4 *ad l. XII Tab.*) = *Tab. VIII.10* : « *Qui aedes acervumve frumenti iuxta domum positum conbusserit, vincus verberatus igni necari iubetur, si modo sciens prudensque id commiserit. Si vero casu, id est neglegentia, aut noxiam sarcire iubetur aut, si minus idoneus sit, levius castigatur. Appellatione autem aedium omnes species aedificii continentur* » ; Gell. 11.8.8 = *Tab. VIII.14* : « *Ex ceteris autem manifestis furibus liberos*

l'esprit de l'observateur, la tentation de considérer que leur première finalité soit justement la réparation du dommage : elles auraient été conçues pour que la victime puisse s'en prévaloir au cas où elle subirait l'un des préjudices envisagés<sup>89</sup>. À dire vrai, il serait injuste de qualifier une telle interprétation de fausse. En effet, tant que la valeur de la *noxia* est à remettre à la victime, le premier remède mis en place par la loi des XII Tables permettait effectivement à celui qui avait souffert une perte de la compenser par la somme d'argent remise par le responsable.

Cependant, il s'agit ici de vérifier si l'intention ultime du système juridique était d'offrir à la victime la possibilité de restaurer son intégrité patrimoniale ou si cette exigence était outrepassée par la nécessité de punir le coupable d'un acte illicite. Constatons à ce propos qu'il suffisait que le paiement du montant correspondant à la *noxia* n'eût pas lieu pour que la perspective timidement réparatrice que nous venons d'énucléer cédât la place à l'exigence d'infliger au responsable un mal correspondant au méfait commis.

Tout d'abord, comme nous l'avons déjà indiqué, le paiement de la valeur de la *noxia* est accessoire ou alternatif à des sanctions : c'est le cas, respectivement, de la *noxae deditio* de l'animal ayant causé une *pauperies*, du paiement du *duplum* pour l'impubère qui a fait paître son troupeau sur le fonds d'autrui, de la *laevior castigatio* pour le responsable négligent d'un incendie, de la *verberatio* pour l'auteur impubère d'un vol flagrant. Ce cadre, suffisant à écarter une fonction exclusivement réparatrice des instruments juridiques prévoyant le paiement de la *noxia*, permettrait tout de même de formuler la conclusion que les hypothèses de responsabilité pour dommage visaient une finalité mixte – de réparation et punition – différemment calibrée selon les cas<sup>90</sup>. De plus, les normes décenvirales où la réparation de la *noxia* est présente identifient la personne chargée de dédommager la victime, alors que le préjudice a été causé par une force naturelle, une personne incapable, ou qu'il est dû au hasard. Dès lors, le débiteur de la réparation n'engage pas sa responsabilité puisqu'il a agi de

---

*verberari addicique iusserunt ei cui furtum factum esset, si modo id luci fecissent neque se telo defendissent; servos item furti manifesti prensos verberibus adfici et e saxo praecipitari, sed pueros inpuberes praetoris arbitrato verberari voluerunt noxiamque ab his factam sarciri* ». V., plus récemment, M. F. CURSI, « Gli illeciti privati », in *Ead.* (dir.), *XII Tabulae. Teste e commento*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2018, p. 561-646, spéc. p. 605.

<sup>89</sup> À ce propos, même M. F. CURSI, tout en insérant ces hypothèses parmi les *illeciti privati*, se voit, pour des raisons pratiques, contrainte d'employer à plusieurs reprises le vocabulaire de la réparation du dommage (« *risarcimento del danno* ») : *op. ult. cit.*, p. 607, 614, 626-627, 634.

<sup>90</sup> En ce sens, v. *ibid.* ; M. HUMBERT, *op. cit.*, note 65, p. 458-460.

manière contraire au droit, mais est tenu de payer en vertu d'un certain rapport avec le dommage – soit il est *paterfamilias* ou propriétaire de l'auteur matériel du préjudice, soit il a accidentellement causé un incendie<sup>91</sup>.

En conclusion, il y a lieu d'estimer que la fonction la plus saillante des dispositions des XII Tables sanctionnant les préjudices illicitement produits était la punition de l'agent. D'une part, elles ne fournissaient aucun instrument juridique à la victime pour qu'elle puisse être dédommée, mais se bornaient à laisser au responsable le choix entre le paiement pécuniaire et le châtement corporel. Ne jouissant d'une réparation pécuniaire que si le responsable décidait en ce sens, celui qui subissait un préjudice risquait de recevoir uniquement la satisfaction morale dérivant de la juste soumission du coupable à une punition violente.

D'autre part, le comportement préjudiciable – plus que le dommage même – se trouvait au centre de la réglementation décenvirale de la responsabilité pour acte illicite. En effet, au-delà des hypothèses de *pactio*, de *noxiam sarcire/decernere/offerre* et de *damnum decidere*, où l'étendue de la perte patrimoniale soufferte par la victime était employée pour calibrer la gravité de la sanction<sup>92</sup>, la référence au résultat dommageable restait dans l'ombre de l'identification du comportement anti-juridique appréhendée par la norme punitive.

## §2. La compatibilité de l'*obligatio ex delicto* avec la fonction punitive de la *lex Aquilia*

Cette prééminence du comportement illicite sur le préjudice de la victime d'un *delictum* constitue le cadre juridique dans lequel intervint la *lex Aquilia*. Bien que le débat autour de la date de ce plébiscite ait été long et animé<sup>93</sup>, nous pouvons affirmer

---

<sup>91</sup> V. *op. ult. cit.*, p. 458, 496.

<sup>92</sup> En ce sens, A. MAGDELAIN, « Aspects arbitraux de la justice civile archaïque », *RIDA* 27 (1980), p. 205-281, spéc. p. 210 : l'obligation de *damnum decidere* [...] aboutit à une *litis aestimatio*.

<sup>93</sup> Parmi les auteurs qui se sont occupés du problème, il y a lieu de signaler A. PERNICE, *op. cit.*, note 72, p. 11-25, suivi, dans la conclusion selon laquelle la *lex Aquilia* daterait de 286 avant J.-C., par de nombreux chercheurs (à ce propos, v. la bibliographie proposée dans la critique mue par A. BIGNARDI, « Theophr. Par. 4.3.15 : ancora sulla data della lex Aquilia », *Ann. Univ. Ferrara – Sc. Giur.* 3 (1989), p. 3-38, spéc. p. 3 n. 1) ; B. BEINART, « Once More on the Origin of the Lex Aquilia », *Butterworths S. Afr. L. Rev.* (1956), p. 70-80 ; A. BISCARDI, « Sulla data della "lex Aquilia" », in *Scritti in memoria di Antonino Giuffrè*, 1, Milano, Giuffrè, 1967, p. 75-88 ; C. A. CANNATA, *op. cit.*, note 78, p. 595-596 ; A. M. HONORÉ, « Linguistic and social context of the *Lex Aquilia* », *The Irish*



avec certitude que la loi est postérieure aux XII Tables. En effet, la jurisprudence classique ressentit la nécessité de mettre les dispositions qu'elle contient en relation immédiate avec la réglementation décemvirale des *delicta* :

D. 9.2.1.pr. (Ulp. 18 *ad ed.*) : « *Lex Aquilia omnibus legibus, quae ante se de damno iniuria locutae sunt, derogavit, sive duodecim tabulis, sive alia quae fuit: quas leges nunc referre non est necesse* »

« La *lex Aquilia* dérogea à toutes les lois qui avaient traité le *damnum iniuriā*, tant les XII Tables que les autres. Maintenant, il n'est plus nécessaire de se référer à ces lois ».

La nature de ce rapport entre sources mérite une précision liminaire. Ulpien résume par le vocable « *derogavit* » l'évolution normative introduite par le plébiscite aquilien sur la réglementation préexistante, tant décemvirale que tirée d'autres sources. Si cette affirmation a pu être réduite à un simple constat non technique, dans la mesure où elle importerait uniquement aux fins de la situation chronologique de la loi<sup>94</sup>, une interprétation plus récente permet de relier directement le fragment en question à la fonction revêtue par la responsabilité mise en place par la *lex Aquilia*<sup>95</sup>.

Plus précisément, en dépit de la référence commune à la *rogatio*, le verbe *derogare* n'équivaut pas à *abrogare*<sup>96</sup>. Le juriste Modestin le précise bien :

---

*Jurist* 7 (1972), p. 138-150, spéc. p. 145-150 ; W. M. GORDON, « Dating the *Lex Aquilia* », *Acta Juridica* (1976), p. 315-321 ; J. A. CROOK, « Lex Aquilia », *Athenaeum* 62 (1984), p. 67-77, spéc. p. 68-69 ; R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford, Clarendon, 1996, p. 955-957 ; M. F. CURSI, *Iniuria cum damno. Antigiuridicità e colpevolezza nella storia del danno aquiliano*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 147-165 ; G. VALDITARA, *Damnum iniuria datum*, Torino, Giappichelli, 2005<sup>2</sup>, p. 5-8 ; M. F. CURSI, *Danno, op. cit.*, note 34, p. 5-6. Nous pouvons tirer de l'ensemble de ces contributions que la *lex Aquilia* serait entrée en vigueur autour de la seconde moitié du III<sup>e</sup> siècle avant J.-C.

<sup>94</sup> En ce sens A. BIGNARDI, *op. cit.*, note 93, p. 4 n. 3.

<sup>95</sup> Il s'agit de l'analyse que propose C. A. CANNATA (*op. cit.*, note 51, p. 26-27).

<sup>96</sup> À cet égard, C. A. CANNATA (*ibid.*, spéc. n. 3) affirme que l'usage d'*abrogare* apparaît « *più elastico* ». Tant l'acte d'un magistrat qu'une convention privée pourraient *derogare* au droit, d'où la nécessité d'exclure ces hypothèses : v., respectivement, D. 2.12.1.1 (Ulp. 4 *de omn. trib.*) : « (...) *neque enim praetoris factum iuri derogare oportet* (...) » ; D. 50.17.45.1 (Ulp. 30 *ad ed.*) : « *Privatorum conventio iuri publico non derogat* ». En outre, le verbe *derogare* est employé pour traiter du principe de spécialité : D. 48.19.41 (Pap. 2 *def.*) : « (...) *Nec ambigitur in cetero omni iure speciem generi derogare* (...) » ; D. 50.17.80 (Pap. 33 *quaest.*) : « *In toto iure generi per speciem derogatur et illud potissimum habetur, quod ad speciem directum est* ». Pour un aperçu des usages de *derogare*, v. aussi C. 1.14.12.5 a. 529 : « *Explosis itaque huiusmodi ridiculosis ambiguitatibus tam conditor quam interpres legum solus imperator iuste existimabitur: nihil hac lege derogante veteris iuris conditoribus,*

D. 50.16.102.pr (Mod. 7 reg.) : « "*Derogatur*" *legi aut "abrogatur"*. *Derogatur legi, cum pars detrahitur: abrogatur legi, cum prorsus tollitur* »

« L'on peut déroger à une loi ou l'abroger. L'on déroge à une loi lorsqu'une partie est remplacée ; l'on abroge une loi, lorsqu'on l'abolit complètement ».

La modification normative désignée par *derogare* n'est que partielle<sup>97</sup>, contrairement à *abrogare*, qui identifie, pour sa part, le remplacement complet des anciennes règles par un nouveau système, qui recouvre l'entièreté de la matière en question.

Dans le cas de la *lex Aquilia*, l'emploi du verbe *derogare* indique qu'en présence d'une réglementation jadis fragmentaire, le plébiscite ne remplaça pas tous les *delicta* prévus notamment par la loi des XII Tables<sup>98</sup> (ce qui aurait rendu nécessaire l'emploi du vocable « *abrogavit* »), mais seules les règles qui envisageaient des cas ponctuels dans le domaine des préjudices patrimoniaux<sup>99</sup>. Par conséquent, « *quas leges nunc referre non est necesse* » : désormais, en matière de *damnum iniuriā*, il n'y a plus lieu de se référer à ces anciennes dispositions.

C'est justement sur le plébiscite aquilien qu'il y a maintenant lieu de s'attarder. Il ne s'agit pas d'offrir une tentative de reconstruction du texte de la *lex Aquilia*, ce

---

*quia et eis hoc maiestas imperialis permisit* » ; C. 2.4.7 a. 238 : « *Transactionis placitum ab eo interpositum, cui causae actionem, non decisionem litis mandasti, nihil petitioni tuae derogavit* ». En revanche, *abrogare* fait référence à une démarche dont l'effet sur la réglementation préexistante est plus large : par exemple, v. D. 1.3.32.1 (Iul. 84 dig.) : « (...) *Quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legis latoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur* » ; C. 1.17.1.7 a. 530 : « (...) *Cum enim lege antiqua, quae regia nuncupabatur, omne ius omnisque potestas populi Romani in imperatoriam translata sunt potestatem, nos vero sanctionem omnem non dividimus in alias et alias conditorum partes, sed totam nostram esse volumus, quid possit antiquitas nostris legibus abrogare? (...)* » ; dans un sens non technique, v. par ex. : D. 26.5.8 (Ulp. *de omn. trib.*) : « *Si praetor vel praeses provinciae in furore aut dementia constitutus dederit tutorem, non puto valere: quamvis enim praetor vel praeses sit nec furor ei magistratum abroget, attamen datio nullius erit momenti* ».

<sup>97</sup> Fest. *s.v.* *Derogare* : « *Derogare proprie est, quam quid ex lege vetere, quo minus fiat, sancitur lege nova. Derogare ergo detrahere est* ».

<sup>98</sup> V. aussi, à cet égard, N. NATALI, *op. cit.*, note 72, p. 14 : « *accanto all'azione della legge Aquilia continuarono a sussistere alcune azioni speciali concesse in casi di danneggiamenti, come, ad esempio, l'actio arborum furtim caesarum, l'actio noxalis nomine servi, l'actio aedium incensarum* ».

<sup>99</sup> En ce sens, C.A. CANNATA, *op. cit.*, note 51, p. 154 ; *Id.*, « *Sul testo originale della lex Aquilia: premesse e ricostruzione del primo capo* », *SDHI* 58 (1992) = L. VACCA (dir.), *Scritti scelti, op. cit.*, note 51, p. 1-22, spéc. p. 10 ; une conclusion similaire est retenue par G. VALDITARA, *op. cit.*, note 51, p. 16 ; v. aussi S. GALEOTTI, *op. cit.*, note 51, p. 272.

qui a fait l'objet d'un débat plus que centenaire<sup>100</sup>, mais de se concentrer plutôt sur l'instrument mis en place par cette loi, afin d'en analyser la fonction au sein de l'ordre juridique.

Il s'agit bien de l'*obligatio ex delicto*<sup>101</sup>. Dans le plébiscite, le paiement d'une somme d'argent du fait du dommage provoqué fait directement l'objet d'un lien juridique entre le responsable et la victime, sans plus constituer simplement le moyen d'échapper à la punition physique. Cette conclusion est tirée de la formule « *tantum aes domino dare damnas esto* », que l'on retrouve tant au premier qu'au troisième chapitre de la *lex* tels que cités par Gaius et Ulpien<sup>102</sup>, et qui renverrait directement au

<sup>100</sup> Dans le cadre de la foisonnante littérature sur le texte et la portée de la *lex Aquilia*, il y a lieu de citer, outre les ouvrages mentionnés jusqu'à présent, C. H. MONRO, *Digest IX. 2. Lex Aquilia*, Cambridge, University Press, 1898, p. 2, 35-37 ; D. DAUBE, « On the Third Chapter of the Lex Aquilia », *LQR* 52 (1936), p. 253-268 ; F. SCHULZ, *Classical Roman Law*, Oxford, Clarendon, 1951, p. 587-589 ; J. A. ILIFFE, « Thirty days hath Lex Aquilia », *RIDA* 5 (1958), p. 493-506 ; H. LEVY-BRUHL, « Le deuxième chapitre de la loi Aquilia », *RIDA* 5 (1958), p. 507-517 ; G. GROSSO, « La distinzione tra "res corporales" e "res incorporales" e il secondo capo della "lex Aquilia" », in A. GUARINO, L. LABRUNA (dir.), *Synteleia Arangio-Ruiz*, 2, Napoli, Jovene, 1964, p. 791-793 ; J. M. KELLY, « The Meaning of the Lex Aquilia », *LQR* 80 (1964), p. 73-83 ; D. PUGSLEY, « Damni iniuriae », *RHD* 36 (1968), p. 371-386 ; S. SCHIPANI, *Responsabilità "ex lege Aquilia". Criteri di imputazione e problema della "culpa"*, Torino, Giappichelli, 1969, p. 29-44 ; G. MACCORMACK, « On the Third Chapter of the lex Aquilia », *The Irish Jurist* 5 (1970), p. 164-178 ; C. S. TOMULESCU, « Les trois chapitres de la lex Aquilia », *Iura* 21 (1970), p. 191-196 ; J.M. KELLY, « Further Reflections on the 'Lex Aquilia' », in *Studi in onore di Edoardo Volterra*, 1, Milano, Giuffrè, 1971, p. 235-241 ; G. CARDASCIA, « La portée primitive de la Loi Aquilia », in *Daube Noster. Essays in Legal History for David Daube*, Edinburgh and London, Scottish Academic Press, 1974, p. 53-75 ; A. VÖLKL, « *Quanti ea res erit in diebus triginta proximis*. Zum dritter Kapitel der *lex Aquilia* », *RIDA* 24 (1977), p. 461-486 ; P. VAN WARMELO, « À propos de la loi Aquilia », *RIDA* 27 (1980), p. 333-348 ; D. PUGSLEY, « On the Lex Aquilia and Culpa », *RHD* 50 (1982), p. 1-17 ; H. ANKUM, « Quanti ea res erit in diebus XXX proximis dans le troisième chapitre de la *lex Aquilia* : un fantasma florentin », in *Religion, société et politique. Mélanges en hommage à Jacques Ellul*, Paris, Puf, 1983, p. 171-183 ; A. WATSON, *The Law of Obligations in the Later Roman Republic*, Aalen, Scientia, 1984, p. 234-236 ; H. HAUSMANINGER, *Das Schadenersatzrecht in der lex Aquilia*, Wien, Manz, 1987, p. 7-8 ; C. A. CANNATA, « Considerazioni sul testo e la portata originaria del secondo capo della «lex Aquilia» », *Index* 22 (1994) = L. VACCA (dir.), *Scritti scelti, op. cit.*, note 49 p. 119-129 ; *Id.* ; « Il terzo capo della *lex Aquilia* », *BIDR* 98-99 (1995-1996) = *op. ult. cit.*, p. 239-274 ; B. WINIGER, *La responsabilità aquilienne romaine, op. cit.*, note 34, p. 23-25 ; P. ZILLOTTO, *L'imputazione del danno aquiliano tra iniuria e damnum corpore datum*, Padova, CEDAM, 2000, p. 1-6 ; A. CORBINO, *Il danno qualificato e la lex Aquilia*, Padova, CEDAM, 2008<sup>2</sup>, p. 42-58 ; M. MIGLIETTA, « «Il terzo capo della lex Aquilia è, ora, il secondo». Considerazioni sul testo del plebiscito aquiliano alla luce della tradizione giuridica bizantina », *AUPA* 55 (2012), p. 403-442.

<sup>101</sup> À cet égard, la définition de C. A. CANNATA (*op. cit.*, note 78, p. 602) se distingue pour sa clarté : « la prestation prevista dalla lex Aquilia, di pagare al proprietario il valore della cosa, è oggetto di obbligazione. Si tratta – e si trattava fin dall'origine – di un'obbligazione vera e propria, cioè di un rapporto costruito volontariamente ed espressamente dal legislatore secondo questa struttura ».

<sup>102</sup> D. 9.2.2.pr (Gai. 7 ad ed. prov.) : « *Lege Aquilia capite primo cavetur: "Ut qui servum servamve alienamve quadrupedem vel pecudem iniuria occiderit, quanti id in eo anno plurimi fuit, tantum aes dare domino damnas esto"* » ; D. 9.2.27.5 (Ulp. 18 ad ed.) : « *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"* ». Dès lors, il y a lieu de supposer que cette même formule fût également employée dans

schéma obligatoire du legs *per damnationem*<sup>103</sup>, épuré de la référence au droit des successions *mortis causa*<sup>104</sup>. Dès lors, dans les cas où la *lex Aquilia derogavit* au droit préexistant, la composition pécuniaire et les peines fixes, jadis conçues pour éviter le châtement corporel du coupable, furent remplacées par un rapport obligatoire directement engendré par l'acte préjudiciable<sup>105</sup>.

C'est donc à cause de la nature particulière et innovante de l'*obligatio ex delicto* par rapport aux peines prévues au sein des XII Tables qu'il faut en établir à nouveau la fonction punitive ou réparatrice.

Sur le plan des sources des obligations, de nombreux efforts doctrinaux ont été consacrés au *delictum* et à l'antériorité de son aptitude à produire des effets obligatoires par rapport au *contractus*, dans une sorte de dilemme de l'œuf et de la poule qui a pu donner lieu à des réponses discordantes<sup>106</sup>. Cependant, et quelle que

---

le deuxième chapitre du plébiscite, tombé en désuétude (v. D. 9.2.27.4 (Ulp. 18 *ad ed.*) ; I. 4.3.12) et dont nous ne possédons aucune citation directe. Le témoignage le plus clair de ce chapitre est offert par Gaius (Gai. 3.215-216 : « *Capite secundo adversus adstipulatorem, qui pecuniam in fraudem stipulatoris acceptam fecerit, quanti ea res est, tanti actio constituitur. Qua et ipsa parte legis damni nomine actionem introduci manifestum est; sed id caveri non fuit necessarium, cum actio mandati ad eam rem sufficeret; nisi quod ea lege adversus infitiantem in duplum agitur* »).

<sup>103</sup> V. Gai. 2.201 : « *Per damnationem hoc modo legamus: HERES MEVS STICHVM SERVVM MEVM DARE DAMNAS ESTO; sed et si DATO scriptum fuerit, per damnationem legatum est* ».

<sup>104</sup> En ce sens, C. A. CANNATA, *op. cit.*, note 78, p. 603 : « *il richiamo alla struttura del legato, contenuto nelle parole damnas esto, appare veramente un puro richiamo al modello di una struttura obbligatoria* » ; l'auteur exclut que la formule *damnas esto* introduise la possibilité de soumettre le responsable à la *manus iniectio* : *contra*, V. ARANGIO-RUIZ, « La répression du vol flagrant et du non flagrant dans l'ancien droit romain », in *Id.*, *Rariora*, Roma, Edizioni di «Storia e Letteratura», 1946, p. 197-230, spéc. p. 218-223 ; M. KASER, *Das römische Zivilprozessrecht*, München, Beck, 1996<sup>2</sup>, p. 133 n. 13. V. aussi J. PAOLI, *Lis infitiano crescit in duplum*, Paris, Domat-Montchrestien, 1933, p. 95-99 ; M. F. CURSI, *op. cit.*, note 63, p. 171.

<sup>105</sup> C. A. CANNATA, *op. cit.*, note 51, p. 181.

<sup>106</sup> La définition des termes de la question reprend E. BETTI, « Le fonti d'obbligazione e i problemi storici della loro classificazione », *AG* 93 (1925), p. 267-318, spéc. p. 269 : « *La questione non è di vedere se il delitto sia più antico del contractus, bensì se il delitto generasse obbligazione prima che la generasse il contractus* ». À partir de l'idée selon laquelle la catégorie originaire de l'obligation aurait un caractère international et une fonction pénale, la première source d'obligation a été identifiée dans le *delictum* : en ce sens, le cours de droit romain de P. BONFANTE, dont nous avons pu consulter une réimpression (*Corso di diritto romano. IV. Le obbligazioni (dalle lezioni)*, Milano, Giuffrè, 1979, p. 35-44) ; G. I. LUZZATTO, *Per un'ipotesi sulle origini e la natura delle obbligazioni romane*, Milano, Giuffrè, 1934<sup>2</sup>, p. 23-26 ; plus récemment, J.-F. GERKENS, « De l'origine criminelle des obligations », in M. BORN, F. KÉFER, A. LEMAÎTRE, G. KELLENS, *Une criminologie de la tradition à l'innovation : en hommage à Georges Kellens*, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 131-138 ; M. F. CURSI, *op. cit.*, note 63, p. 163-173. En sens contraire, à partir de l'exclusion d'une primitive obligation *ex delicto*, dont le caractère pénal exclurait l'existence d'un rapport obligatoire, la définition de l'obligation originaire comme étant une « *prigionia redimibile a scopo di garanzia* » a été formulée par E. BETTI, *La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi. Discorso inaugurale pronunziato nell'apertura dell'anno accademico 1918-19 nell'Università di Camerino*, Camerino, Mercuri-Miconi, 1919 (= Milano, Giuffrè, 1955<sup>2</sup>), p. 48-72 ; *Id.*, *Teoria generale delle obbligazioni*.

soit l'orientation suivie, encore faut-il comprendre si la naissance d'une obligation à partir d'un *delictum* préjudiciable tend plutôt au dédommagement de la victime ou à la sanction du responsable.

Nous sommes en mesure d'identifier plusieurs éléments à l'appui de chacune des deux hypothèses, au point que – nous le verrons par la suite – tant l'hypothèse de la fonction originellement pénale que celle de la poursuite, *ab initio*, d'un but uniquement réparateur par la *lex Aquilia* recueillent d'éminents partisans<sup>107</sup>.

Il nous faut maintenant vérifier si la mise en place d'une obligation à charge du responsable exclut nécessairement que la *lex Aquilia* assume également un rôle punitif. En effet, dans les expériences juridiques continentales contemporaines, la peine pécuniaire ne saurait être versée que dans les caisses de l'État : le réflexe de relier l'obligation, relevant du seul droit privé, plus à la réparation qu'à la punition est forte, et transparaît parfois même inconsciemment<sup>108</sup>.

Sans doute, la présence d'une obligation est-elle une condition nécessaire à la prise en compte par l'ordre juridique de l'exigence de réparation des dommages. C'est la conclusion que nous pouvons tirer, *a contrario*, de l'analyse des dispositions décenvirales : dans ces dernières, le dédommagement de la victime est subordonné à la volonté du responsable de payer la peine pécuniaire pour se soustraire à l'exécution corporelle<sup>109</sup>.

Pourtant et bien que le *damnum iniuriā* doive nécessairement constituer une source d'obligation, il se semble pas que cela suffise pour qualifier le *damnum iniuriā* d'instrument de réparation dépourvu d'une composante punitive. Plusieurs éléments permettent de démontrer cette affirmation.

---

III. *Fonti e vicende dell'obbligazione*, Milano, Giuffrè, 1954, p. 12-53. Dans le même sens, F. DE VISSCHER, *op. cit.*, note 1, p. 382-386.

<sup>107</sup> L'affirmation du caractère pénal de la responsabilité aquilienne étant étroitement lié à la nature procédurale de l'*actio legis Aquiliae*, la doctrine qui s'exprime en ce sens, sûrement majoritaire, sera analysée dans la section suivante. Parmi les contributions qui adoptent l'orientation contraire, il y a lieu de signaler G. CARDASCIA, *op. cit.*, note 100, p. 53-75 ; B. WINIGER, *La responsabilità aquilienne romaine*, *op. cit.*, note 34, p. 33 ; F. M. DE ROBERTIS, *Damnum iniuria datum*, 1, Bari, Cacucci, 2000, p. 88-90 ; *Id.*, *Damnum iniuria datum*, 2, Bari, Cacucci, 2002, p. 161.

<sup>108</sup> V. à ce propos, par exemple, G. ROSSETTI, « Alle origini della moderna responsabilità extracontrattuale. L'*actio ex lege Aquilia* tra “natura penale” e “funzione reipersecutoria” », *Forum historiae iuris*, 22 mai 2020, § 1-2.

<sup>109</sup> V. *supra*.

Le premier argument relève de l'héritage historique de la *lex Aquilia*, tel que nous venons de le présenter. Ceci pourrait être bien résumé par une reconstruction, proposée par de nombreux auteurs<sup>110</sup>, dont le lien avec la présente analyse est immédiat. Selon cette doctrine, l'obligation délictuelle naît non pas d'un estompement de la fonction punitive des *delicta*, mais plutôt de l'interdiction de choisir entre la composition pécuniaire et la peine corporelle. La première finalité de la prestation pécuniaire fut donc la rançon du responsable (*ποινή* en grec, *poena* en latin). Ce n'est qu'ensuite que la composition pécuniaire fut rendue obligatoire, et que l'offensé put désormais en exiger le paiement dans les formes du procès privé. Autrement dit, la *poena* dans le sens de *ποινή* se transforma progressivement en *poenae obligatio*<sup>111</sup> ou *obligatio ex delicto*<sup>112</sup>.

Il semble donc que l'on puisse écarter un changement de fonction au vu de cette évolution : le développement paraît porter plutôt sur le moyen utilisé pour punir le responsable, désormais uniquement économique, sans concerner le but poursuivi par la norme.

Cependant, nous pourrions objecter à cette conclusion que la victime du préjudice, étant créancière du responsable, dispose désormais d'un moyen de satisfaction économique capable de compenser la perte subie. D'ailleurs, la possibilité pour la victime de n'obtenir qu'une réparation sur le plan moral<sup>113</sup> est justement l'argument principal évoqué *supra* pour exclure une fonction réparatrice dans les *delicta* décemviraux.

C'est donc bien sur le plan « économique » que nous pouvons vérifier la persistance de la fonction punitive. Encore une fois, la doctrine a pu fournir des

---

<sup>110</sup> R. MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain*, 2, Paris, Domat-Montchrestien, 1944<sup>4</sup>, p. 42-45 ; B. H. BIRKS, « The Early History of *iniuria* », *RHD* 37 (1969), p. 173-208, spéc. p. 187 ; A. VÖLKL, *Die Verfolgung der Körperverletzung im frühen römischen Recht: Studien zum Verhältnis von Tötungsverbrechen und Injuriendelikt*, Wien, Böhlau, 1984, p. 194-198 ; M. TALAMANCA, *op. cit.*, note 43, p. 81-82 ; M. F. CURSI, *op. cit.*, note 88, p. 572.

<sup>111</sup> Cette expression n'est présente qu'une seule fois dans les sources à notre disposition : D. 47.2.57.pr (Iul. 22 *dig.*). Sur ce point, v. M. TALAMANCA, *op. cit.*, note 43, p. 67 n. 79.

<sup>112</sup> Cette locution est attestée in Gai. 3.88 ; Gai. 3.182 ; Gai. 4.2 ; D. 4.5.7.1 (Paul. 11 *ad ed.*) ; I. 4.1.R ; Epit. Gai. 2.11.1. Quant à sa variante « *obligatio ex maleficio* », v. D. 44.7.1.pr (Gai. 2 *aur.*) ; D. 44.7.4 (Gai. 3 *aur.*) ; D. 44.7.5.2 (Gai. 3 *aur.*) ; D. 44.7.5.5 (Gai. 3 *aur.*) ; D. 50.13.6 (Gai. 3 *aur.*) ; I. 3.13.2 ; I. 3.27.5 ; I. 4.1 ; I. 4.5.pr ; I. 4.5.1 ; I. 4.6.1.

<sup>113</sup> V. *supra*, note 45.

réponses différentes quant au mode de calcul du préjudice<sup>114</sup>. Néanmoins, la référence au *plurimi* dans le plébiscite aquilien<sup>115</sup> entraîne la possibilité que le responsable soit condamné à rendre à la victime un montant nettement supérieur à la valeur du bien endommagé ou du préjudice occasionné, sur la base de la fluctuation de la dernière année ou des 30 jours précédents.

Certes, dans un système économique relativement fermé tel que celui de la période archaïque romaine, il faut considérer que la majoration punitive, quoique potentiellement illimitée, risquait de se produire dans une faible minorité des cas. La critique mûe par Guillaume Cardascia, selon qui le législateur aurait introduit, en fait de système 'pénal', une véritable loterie avec un petit nombre de numéros perdants<sup>116</sup>, mérite, dès lors, la plus grande attention.

Cet auteur, qui exclut catégoriquement que le plébiscite proposé par Aquilius eût une finalité pénale, explique le syntagme « *quanti id in eo anno plurimi fuit* » du premier chapitre<sup>117</sup> de la *lex* par le cycle annuel des saisons qui ramène périodiquement les mêmes conditions économiques<sup>118</sup>. Par conséquent, les seuls cas où l'on pourrait effectivement retracer une obligation *ex lege Aquilia* plus élevée que le prix de la chose sont ceux où, dans l'année ou le mois qui précèdent le *damnum iniuriā*, la valeur de la *res* détériorée avait fortuitement baissé. Toutefois, c'est bien en

---

<sup>114</sup> Nous nous attarderons sur le rapport entre la fonction de la responsabilité aquilienne et l'*aestimatio damni* dans la troisième section de la présente partie. Par conséquent, nous nous bornerons ici à faire renvoi à la riche bibliographie présentée par G. VALDITARA, *op. cit.*, note 51, p. 9 n. 54.

<sup>115</sup> Bien que *plurimi* n'apparaisse que dans le premier chapitre de la *lex Aquilia* tel que cité par Gaius dans son commentaire à l'édit provincial (D. 9.2.2.pr), et non pas dans la citation du troisième chapitre in D. 9.2.27.5 (Ulp. 18 *ad ed.*), il y a lieu d'estimer que la référence au *plurimi* était également considérée dans l'application de ce dernier *caput*, en raison de la précision fermement formulée par Ulpien lui-même, et que Gaius avait présentée en citant Sabinus. V. à cet égard Gai. 3.218 : « *Hoc tamen capite non quanti in eo anno, sed quanti in diebus XXX proxumis ea res fuerit, damnatur is, qui damnum dederit. Ac ne 'plurimi' quidem verbum adicitur; et ideo quidam putaverunt liberum esse iudici ad id tempus ex diebus XXX aestimationem redigere, quo plurimi res fuit, vel ad id, quo minoris fuit. Sed Sabino placuit proinde habendum ac si etiam hac parte 'plurimi' verbum adiectum esset; nam legis latorem contentum fuisse, quod prima parte eo verbo usus esset* » ; D. 9.2.29.8 (Ulp. 18 *ad ed.*) : « *Haec verba: "quanti in triginta diebus proximis fuit", etsi non habent "plurimi", sic tamen esse accipienda constat* ». V. aussi D. 9.2.21.pr (Ulp. 18 *ad ed.*). En ce sens, v. aussi les récentes reconstructions de C. A. CANNATA (« Il terzo capo », *op. cit.*, note 100, p. 274). *Contra*, v. par ex. : D. DAUBE, *op. cit.*, note 100, p. 255-256, qui propose de garder le verbe *erit* conjugué au futur, selon la citation d'Ulpien, et de viser, par conséquent, les trente jours suivants à la réalisation du dommage, au lieu de ceux précédents.

<sup>116</sup> G. CARDASCIA, *op. cit.*, note 100, p. 59.

<sup>117</sup> Quant au troisième chapitre, l'auteur suit l'opinion de DAUBE (*op. cit.*, note 58). V. aussi T. FINKENAUER, *op. cit.*, note 47, p. 48.

<sup>118</sup> G. CARDASCIA, *op. cit.*, note 100, p. 63.

faisant valoir le caractère pénal de la responsabilité aquilienne que les juristes présentent ces hypothèses :

Gai. 3.214 : « *Quod autem adiectum est in hac lege 'quanti in eo anno plurimi ea res fuerit', illud efficit, si clodum puta aut luscum seruum occiderit, qui in eo anno integer fuerit, ut non quanti clodus aut luscus, sed quanti integer fuerit, aestimatio fiat; quo fit, ut quis plus interdum consequatur, quam ei damnum datum est* ».

« Le fait que, dans cette loi, la formule « *quanti in eo anno plurimi ea res fuerit* » soit employée entraîne que, si par exemple un esclave boiteux ou borgne est tué, mais qu'il avait été en bonne santé dans cette année, l'évaluation est faite non pas sur la valeur qu'il avait en tant que boiteux ou borgne, mais sur celle qu'il avait lorsqu'il était sain. Par conséquent, parfois quelqu'un peut obtenir un montant plus haut que le dommage qui a été produit ».

D. 9.2.23 (Ulp. 18 *ad ed.*): « 3. *Idem Iulianus scribit aestimationem hominis occisi ad id tempus referri, quo plurimi in eo anno fuit: et ideo et si pretioso pictori pollex fuerit praecisus et intra annum, quo praecideretur, fuerit occisus, posse eum Aquilia agere pretioque eo aestimandum, quanti fuit priusquam artem cum pollice amisisset. 4. Sed et si servus, qui magnas fraudes in meis rationibus commiserat, fuerit occisus, de quo quaestionem habere destinaveram, ut fraudium participes eruerentur, rectissime Labeo scribit tanti aestimandum, quanti mea intererat fraudes servi per eum commissas detegi, non quanti noxa eius servi valeat. 5. Sed et si bonae frugi servus intra annum mutatis moribus occisus sit, pretium id aestimabitur, quanto valeret, priusquam mores mutaret. 6. In summa omnia commoda, quae intra annum, quo interfectus est, pretiosorem servum facerent, haec accedere ad aestimationem eius dicendum est. 7. Si infans sit occisus nondum anniculus, verius est sufficere hanc actionem, ut aestimatio referatur ad id tempus, quo intra annum vixit* »

« 3. Julien écrivit aussi que l'évaluation de l'esclave tué se réfère au temps dans lequel il fut de plus haute valeur dans cette année : partant, si un peintre de prix avait vu son pouce coupé et est tué dans l'année où il a reçu la blessure, la *lex Aquilia* dispose que son propriétaire peut agir et que l'évaluation doit être faite selon le prix que cet esclave avait avant de perdre son pouce. 4. Labéon écrit à très juste titre que, si un esclave qui avait commis de graves tromperies dans mes comptes, et que j'avais décidé de le torturer pour découvrir ses complices, est tué, il doit être évalué non pas selon la valeur du dommage qu'il avait produit, mais dans la mesure de mon intérêt à dévoiler les tromperies de l'esclave. 5. Mais si c'était un esclave de grande honnêteté qui était tué, mais qui avait changé ses bonnes mœurs, l'obligation sera évaluée sur la base de la valeur qu'il avait avant de dégénérer. 6. En somme, il faut affirmer que tous les avantages qui augmentaient la valeur de l'esclave dans l'année où il a été tué



doivent rentrer dans son évaluation. 7. Si un enfant est tué avant d'avoir atteint l'âge d'un an, il suffit pour cette action que l'évaluation se réfère à la période où il a vécu durant l'année ».

I. 4.3.9 : « *His autem verbis legis 'quanti id in eo anno plurimi fuerit' illa sententia exprimitur, ut si quis hominem tuum, qui hodie claudus aut luscus aut mancus erit, occiderit, qui in eo anno integer aut pretiosus fuerit, non tanti teneatur quanti is hodie erit, sed quanti in eo anno plurimi fuerit. Qua ratione creditum est, poenalem esse huius legis actionem, quia non solum tanti quisque obligatur quantum damni dederit, sed aliquando longe pluris: ideoque constat, in heredem eam actionem non transire, quae transitura fuisset si ultra damnum numquam lis aestimaretur* »

« Par les termes de la loi « *quanti id in eo anno plurimi fuerit* », il est disposé que si quelqu'un a tué ton esclave, qui était boiteux ou borgne ou manchot aujourd'hui, mais qui était en forme ou de grande valeur au cours de cette année, le responsable ne sera pas tenu de la valeur que l'esclave avait aujourd'hui, mais à la plus haute valeur qu'il avait eue dans l'année. Par conséquent il est considéré que l'action de cette loi est pénale, puisque non seulement l'on est obligé dans la mesure du préjudice produit, mais parfois l'on doit payer beaucoup plus ; il est donc évident que l'action ne peut pas être intentée contre l'héritier, et que ceci serait possible si l'évaluation du montant litigieux ne dépassait jamais la valeur du dommage ».

Il convient donc d'affirmer que, dans la majorité des cas, l'équivalence entre le dommage occasionné et le montant faisant l'objet de l'*obligatio* constitue un constat convaincant. Cependant, l'argument en question paraît trop faible pour écarter radicalement la dimension punitive de la responsabilité aquilienne. En effet, l'exclusion complète de la composante punitive de la *lex Aquilia* à partir du montant de la condamnation reviendrait à contredire les opinions des juristes romains qui se basent, parmi les autres éléments, sur ce critère « économique » pour mettre en exergue la fonction pénale remplie par le plébiscite.

À ceci s'ajoute, comme nous le préciserons dans la section suivante, la nature pénale de l'*actio legis Aquiliae*, qui est explicitement affirmée par les juristes et se reflète dans la solidarité cumulative, l'intransmissibilité passive et la noxalité de l'action<sup>119</sup> :

---

<sup>119</sup> Sur ces trois éléments distinctifs des actions pénales, v., *ex plurimis*, V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, Jovene, 1943<sup>7</sup>, p. 365-368.

D. 9.2.11.2 (Ulp. 18 *ad ed.*): « (...) *si cum uno agatur, ceteri non liberantur: nam ex lege Aquilia quod alius praestitit, alium non relevat, cum sit poena*<sup>120</sup> »

« si l'on agit contre l'un des coauteurs, les autres ne sont pas libérés : en effet, ce que l'un a payé au sens de la *lex Aquilia* ne libère pas l'autre, puisque c'est une peine ».

Gai. 4.112 : « (...) *est enim certissima iuris regula ex maleficiis poenales actiones in heredem nec competere nec dari solere, velut furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum, damni iniuriae*<sup>121</sup> (...) »

« une norme très certaine dispose que les actions pénales qui dérivent d'un *maleficium*, tel que le vol simple ou violent, les blessures, le *damnum iniuriā* ne relèvent pas des héritiers du responsable et ne sont pas accordées contre eux ».

Gai. 4.76 : « *Constitutae sunt autem noxales actiones aut legibus aut edicto praetoris: legibus, uelut furti lege XII tabularum, damni iniuriae lege Aquilia* (...) »

« Les actions noxales furent mises en place soit par des lois soit par l'édit du préteur : par des lois, comme par exemple la loi des XII Tables, la *lex Aquilia* à propos du *damnum iniuriā* ».

Certes, lorsqu'on discute de la portée de la *lex Aquilia* au moment de son entrée en vigueur, et notamment de sa fonction pénale ou réparatrice, toute conclusion mérite le plus haut degré de prudence<sup>122</sup>. C'est pourquoi nous nous focaliserons ici sur l'interprétation jurisprudentielle de ce plébiscite. En effet, en premier lieu, c'est sur le travail des juristes romains que nous possédons le plus de

---

<sup>120</sup> V. aussi le cas où l'un des deux agents blesse mortellement la victime, qui est ensuite tuée par le second : Ulp. 18 *ad ed.* D. 9.2.11.3 (« *si alius mortifero vulnere percusserit, alius postea exanimaverit, priorem quidem non teneri quasi occiderit, sed quasi vulneraverit, quia ex alio vulnere periit, posteriorem teneri, quia occidit* ») et Iul. 86 *dig.* D. 9.2.51.pr (« *Ita vulneratus est servus, ut eo ictu certum esset moriturum: medio deinde tempore heres institutus est et postea ab alio ictus decessit: quaero, an cum utroque de occiso lege Aquilia agi possit* »). La question abordée par ces deux passages, ainsi que les problèmes de *ius controversum* que ces fragments soulèvent, ont récemment fait l'objet d'une étude approfondie par W. ERNST (*Justinian's Digest 9.2.51 in the Western Legal Canon. Roman Legal Thought and Modern Causality Concepts*, Cambridge, Intersentia, 2019, 180 p.).

<sup>121</sup> V. aussi D. 9.2.23.8 (Ulp. 18 *ad ed.*): « *Hanc actionem et heredi ceterisque successoribus dari constat: sed in heredem vel ceteros haec actio non dabitur, cum sit poenalis, nisi forte ex damno locupletior heres factus sit* ».

<sup>122</sup> En ce sens, l'avertissement de C. A. CANNATA (*op. cit.*, note 78, p. 603-604) est clair : « *La lex Aquilia è sempre stata intesa, da tutta la giurisprudenza che noi conosciamo, come una legge penale. Più esattamente, l'actio ex lege Aquilia è stata considerata un'azione penale. [...] Ma, nella mente del legislatore, la lex Aquilia era già veramente una legge penale? [...] Non so se questo problema sia solubile, e comunque io non saprei risolverlo* ».

sources. En second lieu, la plus récente doctrine a distingué les intentions qui animaient les rédacteurs du plébiscite, reconstruites à travers le contexte politique et social dans lequel il fut promulgué, de la fonction que les juristes lui attribuèrent<sup>123</sup>.

Le caractère punitif que nous avons évoqué constitue donc le point de départ de l'interprétation de la *lex Aquilia*. Dès la section suivante, une perspective dynamique, visant à appréhender l'évolution de la fonction du remède aquilien à travers l'histoire du droit romain, sera adoptée. C'est justement à partir de la qualification procédurale de l'*actio legis Aquiliae* qu'il convient d'opérer notre reconstruction.

## Section 2. L'*actio legis Aquiliae* entre *poena* et *rei persecutio*

Si l'on regarde la responsabilité *ex lege Aquilia* avec les yeux de l'observateur moderne, la présence d'une réparation du dommage, au moins *de facto*, est indéniable. En effet, dès lors que la peine pécuniaire, calquée sur la valeur du dommage produit, est remise à la victime, la dogmatique a beau exclure toute perspective réparatrice en mettant en exergue les éléments punitifs de cette obligation : celui qui subit un dommage obtiendra, en vertu de la *lex Aquilia*, une somme d'argent lui permettant de compenser la perte qu'il a essuyée.

Est-ce suffisant pour établir que la responsabilité aquilienne a, au moins partiellement, une finalité réparatrice ? La réponse à cette question impose d'observer l'évolution de la perception romaine de la *lex Aquilia*, à partir de l'instrument procédural qu'elle mit en place. La qualification de l'*actio legis Aquiliae* est l'un des éléments nécessaires pour comprendre en quelle mesure, au cours de l'expérience romaine, le droit s'empara des considérations pratiques que nous venons d'énucléer.

Au sein de notre réflexion, deux passages tirés respectivement des Institutes de Gaius et de Justinien méritent une attention particulière, puisqu'ils mettent en

---

<sup>123</sup> W. ERNST, « The politics of the *lex Aquilia*. Reparation disputes in the battle of the orders: the quest for fair trials », *RHD* 90 (2022), p. 1-38. Selon l'auteur, la *lex Aquilia* avait été conçue pour faire face aux dégâts produits lors de la sécession plébéienne du Janicule (287 avant J.-C.), par l'emploi d'une procédure plus rapide et moins coûteuse que la *legis actio sacramento*. La réflexion autour du caractère punitif ou réparateur de cette *lex* ne relèverait que de l'interprétation jurisprudentielle (p. 32-33).

lumière, dans deux périodes différentes de l'expérience romaine, la coexistence, au sein de l'*actio legis Aquiliae*, de la punition et du dédommagement.

Gai. 4 : « 6. *Agimus autem interdum, ut rem tantum consequamur, interdum ut poenam tantum, alias ut rem et poenam.* 7. *Rem tantum persequimur velut actionibus, quibus ex contractu agimus.* 8. *Poenam tantum persequimur velut actione furti et iniuriarum et secundum quorundam opinionem actione vi bonorum raptorum; nam ipsius rei et vindicatio et condictio nobis competit.* 9. *Rem vero et poenam persequimur velut ex his causis, ex quibus aduersus infitiantem in duplum agimus; quod accidit per actionem indicati, depensi, damni iniuriae legis Aquiliae, aut legatorum nomine, quae per damnationem certa relicta sunt »*

« 6. Nous agissons parfois pour obtenir la seule chose, parfois pour la seule peine, d'autres fois pour la chose et la peine à la fois. 7. Par exemple, nous visons seulement à la chose dans les actions que nous intentons sur la base d'un contrat. 8. Nous visons seulement à la peine, par exemple, dans l'*actio furti*, dans l'*actio iniuriarum* et, selon l'opinion de certains, dans l'*actio vi bonorum raptorum* ; en effet, (à côté des actions pénales) nous avons droit à la *vindicatio* et à la *condictio* de la chose elle-même. 9. En revanche, nous visons tant à la chose qu'à la peine dans les différends où nous agissons en paiement du double contre l'*infittians*, ce qui est le cas des actions *indicati*, *depensi*, *legis Aquiliae*, ou lorsque nous agissons en vertu d'un legs *per damnationem* pour obtenir des choses déterminées qui nous ont été laissées ».

I. 4.6 : « 16. *Sequens illa divisio est, quod quaedam actiones rei persequendae gratia comparatae sunt, quaedam poenae persequendae, quaedam mixtae sunt.* [...] 19. *Vi autem bonorum raptorum actio mixta est, quia in quadruplo rei persecutio continetur, poena autem tripli est. Sed et legis Aquiliae actio de damno mixta est, non solum si aduersus infitiantem in duplum agatur, sed interdum et si in simplum quisque agit. Veluti si quis hominem claudum aut luscum occiderit, qui in eo anno integer et magni pretii fuerit; tanti enim damnatur, quanti is homo in eo anno plurimi fuerit, secundum iam traditam divisionem. (...) »*

« 16. Voici la subdivision suivante : certaines actions ont été mises en place pour poursuivre la chose, certaines pour poursuivre la peine, certaines sont mixtes. [...] 19. L'action *vi bonorum raptorum* est mixte, puisque la *rei persecutio* est contenue dans le quadruple, et la peine est dans la mesure du triple. L'*actio legis Aquiliae* est également mixte, non seulement si l'on agit pour le double contre l'*infittians*, mais parfois aussi lorsqu'on agit sans multiplier la valeur de la chose. Par exemple, si quelqu'un tue un esclave boiteux ou borgne, mais qui avait été en parfaite santé et de grande valeur au

cours de cette année, il sera condamné à payer la plus haute valeur de cet homme dans l'année en question, selon la subdivision déjà mentionnée ».

Les deux textes qui précèdent, semblables à première vue, présentent les traits communs de l'intention (au moins apparente) de classer les actions selon les paramètres de la *poena* ou de la *rei persecutio*, et de montrer l'appartenance de certaines actions, parmi lesquelles l'*actio legis Aquiliae*, à une catégorie intermédiaire, qui relève à la fois du pénal et du « réipersécutoire ».

Sur ce point, de manière préliminaire, il y a lieu de mettre l'accent sur deux éléments susceptibles de désorienter l'observateur. En premier lieu, les textes en question divergent radicalement de la multitude de sources classiques qui qualifient l'*actio legis Aquiliae* de *poenalis* et s'occupent des enjeux de ce caractère sur le régime juridique de l'action, notamment en termes d'intransmissibilité passive, solidarité cumulative et noxalité.

En deuxième lieu, il sera possible de constater que la ressemblance que nous venons d'évoquer est loin de constituer une interprétation convaincante. Au contraire, dans les pages qui suivent, nous examinerons les profondes différences entre les constructions théoriques de Gaius et des rédacteurs justiniens : cet écart constitue le symptôme d'une évolution qui se développa au cours des périodes classique et postclassique et qui eut pour objet la conception même de la fonction revêtue par les actions en justice. Les critères inédits de distinction des actions, sur lesquels ce mouvement déboucha, marquent une distance non négligeable entre les juriconsultes classiques et les fonctionnaires impériaux de Constantinople.

L'ambiguïté de la qualification en question trouble depuis longtemps la systématisation et la catégorisation des *actiones* : en la matière, les analyses doctrinales modernes sont fort nombreuses et examinent de plusieurs points de vue la question du caractère pénal ou réipersécutoire de l'action aquilienne, que les juristes romains eux-mêmes abordent de différentes manières (§ 1). Il y a lieu (§ 2) de compléter l'analyse à partir de l'extrait des Institutes de Justinien reporté *supra* et de l'expression inédite *actio mixta* : il est question de savoir, d'une part, en quels termes se manifeste la classification postclassique des actions ; d'autre part, quelle place occupe l'action *damni iniuriae* en son sein.

## §1. L'aménagement classique de l'action pénale *ex lege Aquiliā*

Pendant la période classique, l'*actio legis Aquiliae* fit l'objet d'une évolution quelque peu surprenante : sa nature d'*actio poenalis* fut secouée. Le débat de la doctrine moderne sur ce point est florissant et encore partiellement ouvert (A). Effectivement, par leur interprétation, les juristes classiques firent progressivement de cette action un outil efficace pour obtenir une réparation du préjudice souffert (B).

### A. Une reconstruction théorique débattue

Peu de questions animent le débat doctrinal autant que celui de la nature juridique des actions *ex delicto*, et notamment de l'*actio* dont disposait la victime d'un *damnum iniuriā* à l'encontre du prétendu responsable. Les travaux de reconstruction les plus récents à ce propos<sup>124</sup> offrent un cadre limpide de l'ensemble des opinions doctrinales qui se sont succédées au fil du temps et dont on essaiera de rendre compte dans les pages qui suivent.

Le point de départ du travail scientifique en question est à rechercher dans la construction pandectiste<sup>125</sup> de la classification des actions *in personam* selon leurs nature, but et effet<sup>126</sup> : dans son *System des heutigen römischen Rechts*, Friedrich Karl von Savigny (1779-1861) les distingue en pénales bilatérales, pénales unilatérales et conservatrices.

Rentrent dans la première catégorie les actions qui modifient le patrimoine des deux parties par rapport à la situation antérieure au fait litigieux : le demandeur gagnant percevra un enrichissement, correspondant à une diminution patrimoniale au

---

<sup>124</sup> G. ROSSETTI, « Problemi e prospettive in tema di “struttura” e “funzione” delle azioni penali private », *BIDR* 96-97 (1993-1994), p. 364-394 ; *Ead.*, 'Poena' e 'rei persecutio' nell'*actio legis Aquiliae*, Napoli, Jovene, 2013, 261 p.

<sup>125</sup> V. à ce propos G. ROSSETTI, « Problemi », *op. cit.*, note 124, p. 347-348 ; *Ead.*, 'Poena', *op. cit.*, note 124, p. 11-15.

<sup>126</sup> F. C. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, 5, Berlin, Veit und Comp, 1841, p. 37 : « Auch die nun folgende Eintheilung bezieht sich auf das innere Wesen der Klagen, auf ihren Gegenstand, Zweck, Erfolg; sie erscheint sogar zunächst nur als eine Untereintheilung der persönlichen Klagen ».

détriment du défendeur responsable<sup>127</sup>. Les actions qui relèvent de la deuxième catégorie entraînent une sanction à l'égard du défendeur sans que ceci coïncide avec un gain du demandeur : du point de vue de la victime de l'acte illicite, il ne s'agira selon Savigny que de la réparation du dommage précédemment subi ; seul le responsable subira un appauvrissement à la suite du préjudice occasionné<sup>128</sup>. Toute action qui résulte d'un *delictum* est classée dans l'une ou l'autre de ces *species*<sup>129</sup>. La troisième catégorie comprend, quant à elle, les actions qui ne modifient point l'équilibre patrimonial des parties et ne présentent, par conséquent, aucun élément d'affliction ou de sanction<sup>130</sup>.

Selon Savigny, les actions conservatrices et pénales unilatérales concordent vers un but commun : rétablir, au profit du créancier, une situation juridique altérée, le protéger contre une diminution de son patrimoine. En revanche, les actions pénales bilatérales tendent à une peine privée, et, dès lors, à l'augmentation du patrimoine du créancier lésé<sup>131</sup>.

Pour cette raison, cet auteur réunit les actions conservatrices et pénales unilatérales sous le nom unique d'actions de dédommagement (*Entschädigungsklagen*<sup>132</sup>) : ce faisant, il rattache au schéma de la réparation du préjudice non seulement des actions classiquement qualifiées de réipersécutoires, mais aussi des *actiones poenales in simplum*, telle l'*actio legis Aquiliae*, incluse parmi les actions pénales unilatérales. Plus précisément, Savigny affirme que cette action a pour but surtout le dédommagement : la peine s'y ajoute de manière indéterminée et seulement éventuelle<sup>133</sup> (la référence est à la *repetitio temporis*, selon laquelle le responsable sera condamné au paiement de la plus haute valeur de la chose dans la période considérée).

---

<sup>127</sup> *Ibid.* V. aussi *Id.*, *Das Obligationenrecht als Theil des heutigen römischen Rechts*, trad. fr. C. GÉRARDIN, p. JOZON, *Le droit des obligations*, 2, Paris, Thorin, 1873<sup>2</sup>, p. 464 : « Dans ce cas l'offenseur se trouve plus pauvre qu'il ne l'était avant l'offense, de la somme qu'il débourse, et dont l'offensé se trouve en revanche d'autant plus riche. La somme à payer est la peine privée, qui amène des deux côtés un changement dans l'étendue du patrimoine ».

<sup>128</sup> F. C. VON SAVIGNY, *op. cit.*, note 126, p. 37-44. V. aussi *Id.*, *op. cit.*, note 127, p. 464 : « Dans ce cas l'offensé ne devient ni plus riche, ni plus pauvre qu'il ne l'était avant le délit. Mais l'offenseur doit dans tous les cas réparer le préjudice causé, même dans celui où il ne doit retirer du délit aucun avantage, ou seulement un avantage minime en comparaison de la réparation ».

<sup>129</sup> Ex. : *Op. ult. cit.*, p. 465.

<sup>130</sup> *Id.*, *op. cit.*, note 126, p. 41.

<sup>131</sup> *Id.*, *op. cit.*, note 127, p. 466.

<sup>132</sup> *Id.*, *op. cit.*, note 126, p. 41 n. (e).

<sup>133</sup> *Op. ult. cit.*, p. 67-69.

En dépit de son harmonie systématique et bien qu'elle ait été reproposée et aménagée par plusieurs Pandectistes<sup>134</sup>, la construction de Savigny a également fait l'objet de critiques : axée sur la variation du patrimoine de la victime et sur la réparation du dommage qu'elle subit plutôt que sur la situation juridique de l'offenseur, elle ne parvient pas à expliquer la notion classique de peine privée. À ce propos, Rossetti remarque à juste titre que, dans la perspective de Savigny, toute *actio poenalis* remplit également une fonction réparatrice. En effet, la *poena* infligée à l'auteur d'un *delictum* consiste toujours dans une somme d'argent à verser à la victime<sup>135</sup> : puisque la *condemnatio* ne peut jamais se placer en dessous du *simplum*, l'on ne saurait concevoir que des actions pénales qui dédommagent l'offensé en même temps<sup>136</sup>. Par conséquent, il n'existerait plus aucune action uniquement pénale : l'élément punitif ne constituerait plus qu'un accessoire dont certaines actions sont pourvues mais qui n'est point suffisant à leur faire perdre leur nature de remèdes réparateurs.

À cette constatation s'ajoute la circonstance que l'intention de formuler une *summa divisio* est mise à mal en elle-même par les caractéristiques de la jurisprudence classique. Cette dernière ne recourt guère aux classifications<sup>137</sup>, et les exemples d'actions pénales *quibus rem et poenam persequimur* ne manquent pas : c'est justement le cas de l'*actio legis Aquiliae* dans l'extrait des *Institutiones* de Gaius<sup>138</sup> cité plus haut<sup>139</sup>.

Dogmatiquement incohérente pour ces raisons, la théorie pandectiste rencontra plusieurs critiques dès le début du XXe siècle : dès lors, la recherche sur la

---

<sup>134</sup> Ex. : K. L. ARNDTS, *Lehrbuch der Pandekten*, Stuttgart, Cotta'schen, 1883<sup>12</sup>, p. 607-618 ; J. BARON, *Pandekten*, Leipzig, Duncker & Humblot, 1879, p. 121-123 ; H. DERNBURG, *Pandekten*, 2, Berlin, Müller, 1889<sup>2</sup>, p. 339-355 ; O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, 2.1, Leipzig, Veit & comp., 1901, p. 793-806. Sur ce point, G. ROSSETTI (*Poena*, *op. cit.*, note 124, p. 14-15) remarque la tendance pandectiste à pousser à l'extrême l'exigence de classification : dès lors, les concepts classiques de *delictum* et d'*actio poenalis* perdent leur sens d'origine. Leur interprétation chez les pandectistes, selon laquelle le *delictum* n'est que le fait générateur d'un préjudice et l'*actio poenalis* le moyen permettant d'en obtenir réparation, serait erronée. Il y a lieu de partager les critiques formulées par l'auteure, au moins jusqu'au niveau des actions pénales unilatérales : les pandectistes, concentrés sur la situation patrimoniale de la victime plutôt que du responsable, n'arrivent ici à retracer aucun élément punitif.

<sup>135</sup> Dans l'histoire archaïque des conséquences juridiques d'un dommage patrimonial, nous assistons à une évolution progressive de l'affliction corporelle à la peine pécuniaire.

<sup>136</sup> G. ROSSETTI, *Poena*, *op. cit.*, note 124, p. 14-15.

<sup>137</sup> L'heureuse affirmation est de P. VOCI, « Azioni penali e azioni miste », *SDHI* 64 (1998) p. 1-46, spéc. 15. : « *L'intento di classificare era (...) poco perseguito* ».

<sup>138</sup> Gai. 4.6-9.

<sup>139</sup> V. à ce propos G. ROSSETTI, *Poena*, *op. cit.*, note 124, p. 15-20.



classification romaine des *actiones* se poursuit notamment à partir des études qu'il y a lieu d'analyser, pour la clarté du présent exposé, en les divisant selon deux orientations fondamentales<sup>140</sup>.

La première de ces théories, soutenue en premier lieu par Ernst Levy<sup>141</sup>, prône un dédoublement du problème (« *Doppelung des Problems*<sup>142</sup> ») du caractère juridique, entre autres, de l'*actio legis Aquiliae*.

Dans le sillage d'une construction désormais bien établie, selon laquelle il suffit qu'une *actio* dérive d'un *delictum* pour qu'elle soit *poenalis*<sup>143</sup>, peu importe son contenu<sup>144</sup> ou l'objet de sa *condemnatio*, Levy propose de distinguer, au sein de la notion d'*actio poenalis*, entre « *Natur* » et « *Funktion* ». La première ne constitue que le caractère dogmatique de l'action que nous considérons : elle est pénale (« *Strafnatur*<sup>145</sup> ») lorsqu'une *actio* mise en place par le *ius civile* dérive d'un *delictum*<sup>146</sup>. Par ailleurs, ceci entraîne les éléments de régime que nous avons déjà identifiés et qui permettent aux juristes classiques de qualifier une action de *poenalis*<sup>147</sup>. Cependant, la nature n'est pas liée à la fonction de l'action. Par conséquent, Levy reconnaît la possibilité qu'une action dotée de *Strafnatur* puisse pour autant avoir une fonction répersécutoire, décelable, quant à elle, à partir du contenu de la *condemnatio* : c'est bien le cas de l'action aquilienne<sup>148</sup>, à propos de

---

<sup>140</sup> Ceci reprend la limpide distinction opérée *in op. ult. cit.*, p. 20-27.

<sup>141</sup> V. notamment E. LEVY, *Privatstrafe und Schadenersatz im klassischen römischen Recht*, Berlin, Franz Vahlen, 1915, *passim*.

<sup>142</sup> *Op. ult. cit.*, p. 139.

<sup>143</sup> V. à ce propos, expressément dans le cadre de l'*actio legis Aquiliae*, A. PERNICE, *op. cit.*, note 72, p. 116-117; O. KARLOWA, *op. cit.*, note 134, p. 802. V. plus généralement P. DE FRANCISCI, *Studi sopra le azioni penali e la loro intramissibilità passiva*, Milano, Cogliati, 1912, p. 10, repris par E. ALBERTARIO (« Nota sulle azioni penali e sulla loro trasmissibilità passiva », *BIDR* 26 (1913) p. 90-132 = *Studi di diritto romano*, 4, Milano, Giuffrè, 1946, p. 369-408).

<sup>144</sup> Ceci est expressément souligné par DE FRANCISCI, *op. cit.*, note 143, p. 12 : « *io credo che possa considerarsi come dimostrato che il carattere di azione penale nel diritto classico è indipendente dal contenuto della azione* ».

<sup>145</sup> E. LEVY, *op. cit.*, note 141, p. 139.

<sup>146</sup> Quant aux remèdes honoraires, selon l'auteur les *actiones in factum* ont toutes une *Strafnatur* : *op. ult. cit.*, p. 22-33 ; v. aussi G. ROSSETTI, 'Poena', *op. cit.*, note 124, p. 22.

<sup>147</sup> V. *supra*, note 119. Il s'agit à nouveau de l'intransmissibilité passive avant la *litis contestatio*, de la solidarité cumulative en cas de pluralité de responsables, de la noxalité pour le cas où le dommage a été occasionné par le comportement d'une personne non libre (v. *supra*).

<sup>148</sup> Suivant ce raisonnement, il est possible d'attribuer une fonction répersécutoire à toutes les actions *poenales* dont la *condemnatio* n'est qu'*in simplum* : v. à ce propos G. ROSSETTI, « *Problemi* », *op. cit.*, note 124, p. 351.

laquelle Gaius soutient que « *rem et poenam persequimur*<sup>149</sup> ». Selon Giovanni Rotondi, qui reprend et affine la théorie de Levy et que nous mentionnerons à nouveau par la suite, toute action *ex delicto* serait pénale, et toute condamnation qui dérive d'une telle action serait à qualifier de *poena*, alors même que, par hasard, elle ne contient aucune majoration punitive<sup>150</sup> et ne vise, par conséquent, rien de plus qu'au dédommagement.

Cette théorie mérite notre considération notamment en raison de sa tentative de reconstruire la conception classique des actions pénales, sans perdre de vue ni la conformité aux textes, le problème principal de la thèse pandectiste, ni la cohérence systématique : tous les écrits des juristes faisant référence à la distinction entre *poenae* et *rei persecutio* peuvent être expliqués à la lumière du principe général. Levy et Rotondi étudient la question à partir de la séparation nette de deux concepts, la nature et la fonction, insécables dans la culture juridique contemporaine : cet abandon des conceptions habituelles de son temps au nom de la rigueur scientifique est sans doute à saluer<sup>151</sup>. Néanmoins, cette orientation doctrinale a été critiquée justement à partir du refus de considérer la nature et la fonction d'une action comme étant deux entités séparées. Plus précisément, Pasquale Voci s'est opposé frontalement à la position de Levy, en soutenant que le droit classique n'attribue une fonction réipersécutoire à aucune action pénale. Il appelle *poenalis* toute action

---

<sup>149</sup> Justement, LEVY (*op. cit.*, note 141, p. 140) présente la séparation entre nature et fonction comme étant la seule interprétation possible pour admettre la cohérence de Gai. 4.6-9 : « *Denn wenn es dort heißt [...], so ist damit vorausgesetzt, daß man nach der Meinung anderer mit der actio vi bonorum raptorum nicht „poenam tantum“, sondern, wie aus dem Zusammenhang hervorgeht, „rem et poenam“ verfolge, daß also diese actio nicht nur „poenam“, sondern auch „rem“ continet, obwohl sie doch von demselben Gaius unter den vier hauptsächlichen zivilen Strafklagen aufgeführt wird: das ist nur zu begreifen, wenn Gaius innerhalb einer actio Pönalnatur und Pönalfunktion auseinanderhält* ». L'auteur démontre davantage sa thèse à partir de la jurisprudence classique visant à empêcher le cumul de l'*actio legis Aquiliae* avec plusieurs actions contractuelles, de telle sorte que le demandeur ne saurait les intenter à la fois (*Id.*, *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht*, 2, Berlin, Franz Vahlen, 1918, p. 36-78 ; v. aussi *Id.*, *Nachträge zur Konkurrenz der Aktionen und Personen*, Weimar, Hermann Böhlhaus, 1962, p. 20-26 ; H. HAUSMANINGER, *op. cit.*, note 100, p. 37-38).

<sup>150</sup> G. ROTONDI, *op. cit.*, note 34, p. 497-498.

<sup>151</sup> En doctrine, la théorie de la séparation entre nature et fonction, surtout par rapport à l'*actio legis Aquiliae*, fut suivie par de nombreux auteurs, parmi lesquels M. KASER, '*Quanti ea res est*'. *Studien zur Methode der Litis aestimatio im klassischen römischen Recht*, München, Beck, 1935, p. 167. Plus récemment, elle a été reprise, entre autres, par C. A. CANNATA (*Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*, Catania, Torre, 1996, p. 10), qui prône « *il carattere reipersecutorio (sostanziale) dell'azione di illecito aquiliano* », et par B. SIRKS (« The delictual origin, penal nature and reipersecutory function of the *actio damni iniuriae legis Aquiliae* », *RHD* 77 (2009), p. 303-353) : ce dernier auteur veut démontrer (p. 311) que la possibilité d'intenter une *actio poenalis* épuisait en soi le contenu punitif de l'action même, qui était en mesure de ne viser, une fois le magistrat saisi, qu'à la *rei persecutio*.

vraiment et exclusivement telle par sa source, sa structure, sa fonction : à son avis, le droit classique est autant précis dans le concept qu'univoque dans la terminologie<sup>152</sup>. La responsabilité délictuelle romaine, quoique pécuniaire, descend directement de la punition corporelle archaïque, où le coupable était délivré au groupe dont la victime faisait partie. Cette origine est confirmée par le régime juridique des *actiones poenales*, dont les caractéristiques<sup>153</sup> s'inspirent plus de la sanction que de la réparation du dommage<sup>154</sup>.

Sur la base de ce postulat dogmatique, Voci reconstruit l'intégralité de la responsabilité délictuelle en vigueur au cours de la période classique. D'une part, les écrits jurisprudentiels qui se réfèrent aux actions pénales avec le langage de la *rei persecutio* seraient le résultat d'interpolations postclassiques influencées par la notion jusque-là inédite d'*actio mixta*<sup>155</sup>. D'autre part, l'extrait des Institutes de Gaius, dans lequel il est clairement affirmé que le demandeur poursuit, par l'*actio legis Aquiliae*, tant la peine que la *res*, serait le résultat d'une véritable erreur de ce juriste<sup>156</sup>.

Dans le paragraphe 9 de son quatrième *Commentarius*, Gaius mentionne quatre actions (*iudicati, depensi, damni iniuriae legis Aquiliae, legatorum nomine*) qui se distinguent par la litiscroissance *in duplum* en cas d'*infitiatio* de la part du défendeur. Cependant, si les trois autres actions citées visent, quant à elles, à la *rei persecutio*, de telle sorte que la majoration est le résultat de l'ajout à la *res* d'un surplus punitif (*rem et poenam*), ceci n'est pas le cas de l'*actio legis Aquiliae*, dont la nature est pénale alors même que seul le *simplum* est demandé. D'après Voci, Gaius aurait donc commis deux erreurs : en premier lieu, il ne se serait pas aperçu du fait que, pour l'une des actions susceptibles de poursuivre *rem et poenam*, il était en train d'ajouter *poenam et poenam*. En second lieu, sans que rien ne soit annoncé par Gaius, le terme *poena* au paragraphe 9 présente une signification différente de celle retenue dans les lignes immédiatement précédentes : il ne s'agit plus de la peine

---

<sup>152</sup> P. VOCI, *Risarcimento e pena privata nel diritto romano classico*, Milano, Giuffrè, 1939, p. 5-6 : « Il diritto classico non attribuisce funzione reipersecutoria ad alcuna azione penale, e chiama poenalis ogni azione che sia veramente ed esclusivamente tale per la sua fonte, per la sua struttura, per la sua funzione: come è preciso nel concetto, così è univoco nella terminologia ».

<sup>153</sup> À nouveau, nous faisons référence au triptyque intrasmissibilité passive, solidarité cumulative, noxalité : en ce sens, *op. ult. cit.*, p. 10.

<sup>154</sup> P. VOCI, *op. cit.*, note 152, p. 5-6 ; v. aussi *Id.*, *op. cit.*, note 137, p. 2-14.

<sup>155</sup> *Id.*, *op. cit.*, note 152, p. 103-109. V. *infra*, § 2.

<sup>156</sup> *Op. ult. cit.*, p. 98-103; *Id.*, *op. cit.*, note 137, p. 14-15.

privée mais d'une sanction visant à punir un comportement illicite au sein du procès, c'est-à-dire l'*infinitio*<sup>157</sup>, par le redoublement de la *condemnatio*.

Cette argumentation, qui restitue à la *poena* son rôle non seulement sur le plan du régime juridique, mais aussi sur celui de la fonction sociale de l'action, a été en mesure de recueillir plusieurs partisans<sup>158</sup>. Cela étant, les plus récentes études en la matière, qui portent la signature de Giulietta Rossetti, ont dirigé leurs critiques tant contre la séparation entre *Pönalnatur* et *Sachverfolgende Funktion* que contre la théorie de l'interpolation et de l'erreur de Gaius.

En effet, selon cette auteure, la reconstruction promue à partir de Levy est peu convaincante précisément dans la mesure où elle admet l'existence d'actions dont la nature est pénale mais qui remplissent une fonction différente de la *poenae persecutio* : la structure d'une action, donc sa nature, est idoine à assurer l'infliction de la peine, non pas la réparation du préjudice<sup>159</sup>. En même temps, Rossetti reproche à la théorie de l'interpolation un manque d'indices qui confirment le remaniement postclassique des passages jurisprudentiels considérés<sup>160</sup>.

---

<sup>157</sup> *Ibid.*

<sup>158</sup> U. BRASIELLO, *Corso di diritto romano. Atto illecito, pena e risarcimento del danno*, Milano, Giuffrè, 1957, p. 71-85 ; C. SANFILIPPO, *Corso di diritto romano. Gli atti illeciti. Pena e risarcimento*, Catania, Tipografia dell'Università, 1960, p. 35-36 ; U. VON LÜBTOW, *op. cit.*, note 52, p. 37-41 ; H. ANKUM, « Actions by Which We Claim a Thing (*res*) and a Penalty (*poena*) in Classical Roman Law », *BIDR* 85 (1982), p. 15-39 ; *Id.*, « Gaius, Theophilus and Tribonian and the *Actiones Mixtae* », in P. STEIN, A.D.E. LEWIS (dir.), *Studies in Justinian's Institutes in memory of J. A. C. Thomas*, London, Sweet&Maxwell, 1983, p. 4-17 ; *Id.*, « El carácter jurídico de la *actio legis Aquiliae* en el derecho romano clásico », in *Id.*, J. E. SPRUIT, *Extravagantes. Scritti sparsi sul diritto romano*, Napoli, Jovene, 2007, p. 99-112. La théorie de l'erreur de Gaius obtient également les faveurs de B. ALBANESE, *op. cit.*, note 42, p. 78-82.

<sup>159</sup> G. ROSSETTI, 'Poena', *op. cit.*, note 124, p. 26-27 : « un'azione, che ha struttura penale, non potrà non avere anche funzione penale, in quanto la sua struttura è idonea a garantire l'irrogazione della sanzione, e l'irrogazione della sanzione rappresenta la funzione, anch'essa penale, dell'azione ». Pour affirmer ceci, l'auteure salue la cohérence dogmatique des mots de P. VOCI à cet égard (*op. cit.*, note 152, p. 6) : « [l]a correlazione tra struttura e funzione è, di regola, un postulato inderogabile: la struttura è la funzione in potenza, la funzione è la struttura in atto. Il fatto che, per l'evoluzione storica di un istituto [*actio legis Aquiliae*], una data funzione non corrisponda a una connaturale struttura non distrugge la regola ».

<sup>160</sup> G. ROSSETTI, 'Poena', *op. cit.*, note 124, p. 27 : « i testi sospetti non presentano indizi tali a farne sostenere l'alterazione sostanziale ». V. à ce propos L. VACCA, « Delitti privati e azioni penali nel principato », *ANRW* 2.14 (1982), p. 682-721, spéc. p. 693 n. 24 ; *Ead.*, « 'Actiones poenales' e 'actiones quibus rem persequimur' », *Iura* 40 (1989), p. 41-54, spéc. p. 50 ; *Ead.*, « Eccezione di dolo generale e delitti », in L. GAROFALO (dir.), *Eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica*, Padova, CEDAM, 2006, p. 330 ; G. VALDITARA, *Superamento dell'aestimatio rei nella valutazione del danno aquiliano ed estensione della tutela ai non domini*, Milano, Giuffrè, 1992, p. 187 ; C. A. CANNATA, *op. cit.*, note 51, p. 35 ; *Id.*, « Il danno risarcibile nel diritto romano », in L. VACCA (dir.), *Il danno risarcibile. Congresso internazionale ARISTEC, Baia delle Zagare 14-16 giugno 2007*, Napoli, Jovene, 2011, p. 9-46, spéc. p. 18 n. 16.

Il y a donc lieu de revenir séparément sur la position doctrinale adoptée au sein de ces récentes recherches, rapportant ainsi l'évolution scientifique des deux derniers siècles avec le développement de la jurisprudence romaine jusqu'à la cristallisation que nous observons à l'époque de Justinien.

### **B. L'évolution jurisprudentielle tridimensionnelle de l'*actio legis Aquiliae* classique**

Comme l'affirme Bernardo Albanese, le terme *poena* recouvre deux champs sémantiques distincts, dont le trait commun est la punition. D'une part, il peut s'agir de la réaction punitive de l'ordre juridique à un comportement non conforme à une ou plusieurs règles de droit ; d'autre part, ce même vocable peut désigner la sanction d'une obligation librement stipulée. En ce cas, le comportement qui engage la responsabilité n'est illicite que dans la mesure où il est contraire à un devoir particulier auquel le responsable s'était précédemment obligé<sup>161</sup>.

Seule la première de ces significations nous occupera ici. En effet, la question se pose de savoir en quels termes la réflexion jurisprudentielle romaine sur la réaction du système juridique face à un *damnum iniuriā* se développe, et dans quelle mesure il est possible de concevoir un équilibre entre cette exigence et l'intérêt à ce que la victime dispose d'un instrument efficace pour reconstituer son patrimoine.

Parmi les travaux jurisprudentiels qui datent de la période classique, Gai. 4.6-9 est le texte le plus complet à cet égard, comme le démontre la réflexion doctrinale parcourue plus haut. Pour mieux analyser ce passage, il convient de le comparer avec un fragment où Paul cite Cassius, l'un des représentants de l'école sabinienne, en reportant une distinction que ce dernier avait opérée entre les actions honoraires qui contiennent la *rei persecutio* et celles qui ne la contiennent pas :

D. 44.7.35.pr (Paul. 1 *ad ed.*) : « *In honorariis actionibus sic esse definiendum Cassius ait, ut quae rei persecutionem habeant, hae etiam post annum darentur, ceterae intra annum. Honorariae autem, quae post annum non dantur, nec in heredem dandae sunt, ut tamen lucrum ei extorqueatur, sicut fit in actione doli*

---

<sup>161</sup> B. ALBANESE, *op. cit.*, note 42, p. 71.

*mali et interdicto unde vi et similibus. Illae autem rei persecutionem continent, quibus persequimur quod ex patrimonio nobis abest, ut cum agimus cum bonorum possessore debitoris nostri, item publiciana, quae ad exemplum vindicationis datur. (...)* »

« Cassius affirme qu'en matière d'actions honoraires, il faut distinguer entre celles qui contiennent la *rei persecutio*, que l'on peut accorder aussi après plus d'un an, et les autres, qui doivent être intentées dans le délai d'un an. Les actions honoraires qui ne sont pas accordées après plus d'un an ne doivent pas non plus être octroyées contre l'héritier, pour lui enlever le gain : c'est le cas de l'*actio doli mali*, de l'*interdictum unde vi* et des moyens procéduraux similaires. Ces actions contiennent la *rei persecutio*, par laquelle nous visons à ce qui manque de notre patrimoine, comme lorsque nous agissons contre le *bonorum possessor* de notre débiteur, ou dans le cas de l'*actio publiciana*, qui est accordée sur le modèle de la *rei vindicatio* ».

Bien qu'il ne se réfère point à l'*actio legis Aquiliae* (en effet, seules les actions honoraires sont envisagées), ce fragment semble distinguer pour la première fois les actions suivant qu'elles soient pénales ou tendent à la *rei persecutio*.

Le texte en question n'anticipe pas la tripartition entre *actiones* présentée par les Institutes de Justinien et sur laquelle nous nous pencherons par la suite<sup>162</sup>. En revanche, le juriste sabinien met en place une *summa divisio* entre les *actiones* qui « *rei persecutionem continent* » et les autres (« *ceterae* ») en vue de répondre aux problèmes pratiques de la possibilité de saisir le magistrat *post annum* et de la transmissibilité passive de l'action (*in heredem dare*<sup>163</sup>) contrairement à la règle générale. Pour cette raison, la question s'est posée de savoir si, et en quelle mesure, Cassius aurait mis en place une première distinction au moins entre remèdes pénaux et réipersécutoires, ce qui aurait d'inévitables répercussions sur l'analyse de Gai. 4.6-9. En effet, en adoptant une telle position, l'on serait amené à conclure que Gaius reprit la classification de Cassius, en se bornant à ajouter une troisième catégorie. Cette dernière subdivision aurait été récupérée par la suite au sein des *Institutiones* de Justinien<sup>164</sup>.

---

<sup>162</sup> V. *ex plurimis* L. VACCA, « Delitti », *op. cit.*, note 160, p. 687, notamment en ce qui concerne la bibliographie citée dans sa note 7.

<sup>163</sup> V. *op. ult. cit.*, p. 688-693 ; G. ROSSETTI, « Problemi », *op. cit.*, note 124, p. 356-370 ; *Ead.*, 'Poena', *op. cit.*, note 124, p. 30-39.

<sup>164</sup> C'est effectivement l'orientation d'une doctrine plus ancienne : E. ALBERTARIO, *op. cit.*, note 143, p. 378 ; G. H. MAIER, *Prätorische Bereicherungsklagen*, Berlin, De Gruyter, 1932, p. 12 ; P. VOCI, *op. cit.*, note 152, p. 100 ; V. ARANGIO-RUIZ, *op. cit.*, note 119, p. 367 ; U. BRASIELLO, *op. cit.*, note 158, p. 41-42 ; H. ANKUM, « Actions », *op. cit.*, note 158, p. 22.

En réalité, les plus récentes orientations doctrinales, dont Albanese est le pionnier<sup>165</sup>, invitent à considérer le fragment de Paul sous un autre angle de vue.

Cet auteur rappelle que Cassius ne s'occupe, dans ce fragment, que des *actiones honorariae*, en principe non susceptibles d'être intentées *post annum* ou *in heredem*. Partant, ce juriste était mû par la seule exigence d'identifier un critère précis pour déroger à la règle générale<sup>166</sup>, en vue de déceler les actions qui, exceptionnellement, sont passivement transmissibles et ne se prescrivent pas après le délai d'un an. L'élément qui entraîne l'application de l'exception est à trouver dans le contenu de la prétention du demandeur : s'il poursuit « *quod ex patrimonio abest*<sup>167</sup> », il pourra profiter du régime dérogatoire.

Comme on le voit, la conception de Cassius se distingue, selon cette doctrine, par son élasticité<sup>168</sup>. Le critère adopté par le juriste n'est pas dogmatique, mais strictement pratique. La présence ou non de la poursuite d'une perte patrimoniale dans le contenu de la demande implique l'application des règles procédurales opportunes sans que ceci ne débouche sur aucune distinction selon la nature juridique des *actiones honorariae*<sup>169</sup>. D'ailleurs, comme le rappelait déjà Voci, « [L]'intento di classificare era così poco perseguito, che Cassio, ricordato da Paolo, distingueva tra le azioni reipersecutorie e 'le altre'<sup>170</sup> ».

À ce propos, devrait-on considérer la catégorie des *ceterae actiones* évoquée par Cassius comme comprenant les actions *poenales* ? Il est certain que, dans la citation faite par Paul, aucun renvoi n'est fait vers la catégorie de la *poena*<sup>171</sup>. Les dernières

---

<sup>165</sup> Notamment B. ALBANESE, *op. cit.*, note 50, p. 104-122 ; *Id.*, *op. cit.*, note 42, p. 72-78.

<sup>166</sup> *Ibid.* : « *il fine evidente propostosi da Cassio è costituito dalla sollecitudine di indicare un criterio sicuro per decidere se un'azione onoraria possa, o no, esperirsi post annum (e adversus heredem)* ».

<sup>167</sup> *Ibid.* Selon l'auteur, par l'expression *persequi quod ex patrimonio nostro abest* Cassius se réfère aux cas où l'inexécution de la part du débiteur entraîne non pas un manque à gagner, mais un véritable *damnum emergens* dans le patrimoine du créancier : c'est le cas de l'action en restitution d'une chose sur laquelle l'on a un droit réel (ex. : *actio Publiciana*), ou des actions en exécution d'une obligation autres que celles par lesquelles *lucrum extorqueatur*. En ce sens, v. aussi L. VACCA, « Delitti », *op. cit.*, note 160, p. 689.

<sup>168</sup> G. ROSSETTI, 'Poena', *op. cit.*, note 124, p. 36.

<sup>169</sup> L. VACCA, « Delitti », *op. cit.*, note 160, p. 688-689.

<sup>170</sup> P. VOICI, *op. cit.*, note 137, p. 15.

<sup>171</sup> G. ROSSETTI, (« Problemi », *op. cit.*, note 124, p. 357) souligne que seule une petite partie de la doctrine se penche directement sur cette question, sans se borner à conclure rapidement que *ceterae actiones* désigne les actions pénales. En ce sens, v. M. AMELOTTI, « 'Actiones perpetuae' e 'actiones temporales' nel processo formulare », *SDHI* 22 (1956), p. 185-227, spéc. p. 187-195 ; *Id.*, *La*

reconstructions doctrinales ont donc fait coïncider la catégorie implicite identifiée par le terme *ceterae* avec les actions honoraires *qui rei persecutionem non habent*<sup>172</sup>. Par conséquent, les actions qui ne poursuivent pas la *res* ne sauraient tendre qu'à la simple *poena*, mais Cassius ne nie pas qu'il puisse exister des *actiones* de nature pénale dotées d'un élément répersécutoire<sup>173</sup>.

La conclusion que nous pouvons tirer de cette dernière doctrine est que la seule opposition mise en exergue par Cassius est entre les actions qui contiennent la *rei persecutio* et celles qui ne la contiennent pas<sup>174</sup>. Cependant, il est nécessaire d'ajouter une précision : dans l'analyse du fragment en question, il y a lieu de mettre l'accent non pas sur la fonction remplie par l'action, ce qui amènerait à adopter sans réserve l'orientation promue en premier par Levy<sup>175</sup>, mais plutôt sur la seule prétention du demandeur, en s'appuyant sur les résultats d'Albanese cités plus haut. Justement, c'est le caractère répersécutoire ou non de la prétention qui permet, selon Cassius, d'identifier le régime procédural à appliquer.

Ceci n'est pas sans conséquences : l'intérêt poursuivi par le demandeur, qui se traduit dans le contenu pratique de l'action, constitue le troisième axe de l'évolution de l'*actio legis Aquiliae*, outre la nature et la fonction. Cette première conclusion ne sert pas uniquement à expliquer l'intérêt de l'analyse du fragment D. 44.7.35.pr, mais aussi et surtout à introduire la réflexion sur Gai. 4.6-9<sup>176</sup>, où le juriste reprend les éléments structurels que nous venons d'examiner pour proposer une nouvelle distinction.

Gai. 4 : « 6. *Agimus autem interdum, ut rem tantum consequamur, interdum ut poenam tantum, alias ut rem et poenam.* 7. *Rem tantum persequimur velut actionibus, quibus ex contractu agimus.* 8. *Poenam tantum persequimur velut actione furti et iniuriarum et secundum quorundam opinionem actione vi bonorum raptorum; nam ipsius rei et vindicatio et condictio nobis competit.*

---

*prescrizione delle azioni in diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1958, p. 32 ; B. ALBANESE, *op. cit.*, note 42, p. 75.

<sup>172</sup> En ce sens *Id.*, *op. cit.*, note 50, p. 116 ; G. ROSSETTI, 'Poena', *op. cit.*, note 124, p. 37.

<sup>173</sup> V. aussi en ce sens L. VACCA, « Delitti », *op. cit.*, note 160, p. 689.

<sup>174</sup> V. G. ROSSETTI, « Problemi », *op. cit.*, note 124, p. 365.

<sup>175</sup> En ce sens, v. L. VACCA, *op. cit.*, note 160, p. 689-690 n. 11.

<sup>176</sup> Outre la bibliographie précédemment citée, v. à propos de Gai. 4.6-9, récemment, G. POLARA, « Gai 4.9: alla radice del principio "adversus infitiantem in duplum agimus" », in *Studi per Giovanni Nicosia*, 6, Milano, Giuffrè, 2007, p. 195-280.



9. *Rem vero et poenam persequimur velut ex his causis, ex quibus aduersus infitiantem in duplum agimus; quod accidit per actionem iudicati, depensi, damni iniuriae legis Aquiliae, aut legatorum nomine, quae per damnationem certa relictæ sunt* ».

« 6. Nous agissons parfois pour obtenir la seule chose, parfois pour la seule peine, d'autres fois pour la chose et la peine à la fois. 7. Par exemple, nous visons seulement à la chose dans les actions que nous intentons sur la base d'un contrat. 8. Nous visons seulement à la peine, par exemple, dans l'*actio furti*, dans l'*actio iniuriarum* et, selon l'opinion de certains, dans l'*actio vi bonorum raptorum* ; en effet, (à côté des actions pénales) nous avons droit à la *vindicatio* et à la *condictio* de la chose elle-même. 9. En revanche, nous visons tant à la chose qu'à la peine dans les différends où nous agissons en paiement du double contre l'*infittians*, ce qui est le cas des actions *iudicati, depensi, legis Aquiliae*, ou lorsque nous agissons en vertu d'un legs *per damnationem* pour obtenir des choses déterminées qui nous ont été laissées ».

Comme dans le cas du fragment de Paul, une partie de la doctrine considère aujourd'hui que le passage en question ne peut pas être superposé, sur le fond, à la tripartition entre actions pénales, réipersécutoires et mixtes que nous retrouvons dans les Institutes de Justinien<sup>177</sup>. Effectivement, il y a plutôt lieu de rapprocher ce passage du fragment de Cassius : ce dernier distinguait entre *actiones qui rei persecutionem continent* et *ceterae* au sein des actions honoraires ; il semble que Gaius reprend et renouvelle cette distinction. Pour ce faire, il prend en compte non seulement les *actiones honorariae*, mais aussi les *actiones in personam* qui dérivent du *ius civile* (y compris l'*actio legis Aquiliae*) et explicite la catégorie des *ceterae actiones*, en se référant directement à la *poenae tantum persecutio*<sup>178</sup>.

Quel est alors l'apport de ce passage par rapport à la nature juridique de l'action aquilienne ? Faut-il conclure que les classiques ne s'intéressaient pas à ces questions, et que – comme l'écrit Perozzi – cet extrait des Institutes ne relève que

---

<sup>177</sup> La différence entre les deux approches est reconnue tant par les chercheurs qui séparent la nature et la fonction de *Actio legis Aquiliae* (E. LEVY *et aa.*) que par ceux qui soutiennent la thèse interpolationniste et de l'erreur de Gaius (P. VOCI *et aa.*) : il y a lieu de renvoyer, pour chacune des deux écoles, aux références bibliographiques citées *supra*. V. aussi, entre autres, L. VACCA, « Delitti », *op. cit.*, note 160, p. 687. *Contra*, v. en particulier A. GUARINO, *Diritto privato romano*, Napoli, Jovene, 1984, p. 879 ; G. VALDITARA, *op. cit.*, note 160, p. 189-199 ; *Id.*, *op. cit.*, note 51, p. 58-60 ; M. F. CURSI, *Iniuria*, *op. cit.*, note 93, p. 214-215.

<sup>178</sup> V. notamment B. ALBANESE, *op. cit.*, note 42, p. 79-81.

d'une simple nomenclature<sup>179</sup> ? C'est à la lumière de la démarche intellectuelle de Cassius<sup>180</sup> qu'il y a lieu d'analyser le raisonnement de Gaius<sup>181</sup>.

Tout comme le juriste repris par Paul, Gaius ne semble pas se poser la question de la distinction entre *actiones* suivant leur nature juridique. À ce propos, il a été avancé que son intention était plutôt, encore une fois, la réponse à une question procédurale, à savoir la possibilité pour le demandeur d'intenter cumulativement les *actiones ex delicto* et certains remèdes répersécutoires *ex contractu*<sup>182</sup>.

Dans cette perspective, Gaius aurait distingué les actions selon l'objet de la *persecutio* du demandeur uniquement pour exclure leur cumul lorsqu'elles partagent leur *petitum*<sup>183</sup>. C'est bien le cas des *actiones quibus rem et poenam persequimur* citées au paragraphe 9, dont le cumul avec les remèdes répersécutoires est également exclu, contrairement à ce que prescrit le *ius civile*, par plusieurs fragments qui ne manquent pas de se référer à l'*actio legis Aquiliae*<sup>184</sup>. Les plus célèbres dans les réflexions doctrinales sont deux extraits de Paul<sup>185</sup> :

---

<sup>179</sup> S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, 2, Firenze, Barbera, 1908, p. 90 n. 3. Plus récemment, T. FINKENAUER (*op. cit.*, note 47, p. 41) semble partager cette opinion : « *Bei der lex Aquilia ist poena einfach die zu zahlende Summe Geldes, die dem Verkehrswert des verletzten Guts unter zugrundelegung der Höchstwertberechnung und später dem Interesse des Geschädigten entspricht* ».

<sup>180</sup> B. ALBANESE (*op. cit.*, note 42, p. 73) affirme que probablement Gaius aurait, dans ses *Institutiones*, simplement remanié le manuel institutionnel de Cassius. V. aussi P. VOICI, *op. cit.*, note 152, p. 100.

<sup>181</sup> B. ALBANESE, *op. cit.*, note 42, p. 78.

<sup>182</sup> L. VACCA, « Delitti » *op. cit.*, note 160, p. 690 ; v. aussi B. ALBANESE, *op. cit.*, note 42, p. 79-82 ; G. ROSSETTI, « Problemi », *op. cit.*, note 124, p. 376.

<sup>183</sup> Le débat doctrinal sur le concours d'actions, et en particulier sur celui entre l'action aquilienne et les actions répersécutoires, est foisonnant et impossible à traiter ici : pour cette raison, il y a lieu de renvoyer à l'analyse menée dans les parties II et III de l'ouvrage de G. ROSSETTI ('*Poena*', *op. cit.*, note 124, p. 67-233) ; v. aussi G. NEGRI, « Concorso delle azioni nel diritto romano, medievale e moderno », *Digesto delle Discipline Privatistiche. Sezione Civile*, 3, p. 251-273 ; A. DÍAZ BAUTISTA, « La función reipersecutoria de la *poena ex lege Aquilia* », in A. MURILLO VILLAR (dir.), *La responsabilidad civil. De Roma al derecho moderno: IV Congreso Internacional y VII Congreso Iberoamericano de Derecho Romano*, Burgos, Universidad de Burgos, 2001, p. 269-284. Sur la question de la prise en compte du *petitum* pour exclure le cumul entre actions, v. L. VACCA, « 'Actiones poenales' », *op. cit.*, note 160, p. 52-53 : selon l'auteur, seul le contenu concret de la demande empêche qu'une action puisse être intentée pour poursuivre la même *res* litigieuse qu'une *actio legis Aquiliae* précédente. Ceci s'expliquerait puisque « l'*actio ex lege Aquilia*, pur essendo penale, prescinde completamente dall'idea, presente in altre azioni ex delicto, che con il suo esperimento l'attore intenda realizzare il suo interesse alla vendetta; nell'*actio ex lege Aquilia* tutelato è solo il suo interesse al risarcimento del danno. Ciò peraltro non impedisce di considerare che la condanna pecuniaria sia condanna al pagamento della poena per il convenuto ».

<sup>184</sup> V. à ce propos, entre autres, D. 6.1.13 (Ulp. 16 *ad ed.*), cité *supra*, où Ulpien manifeste son accord (« *sententia vera est* ») avec Labéon par rapport à l'exclusion du cumul entre l'*actio legis Aquiliae* et la *rei vindicatio* à l'encontre du possesseur qui a endommagé la chose revendiquée (v. G. ROSSETTI ('*Poena*', *op. cit.*, note 124, p. 82-84 ; L. DESANTI, *La legge Aquilia. Tra verba legis e interpretazione giurisprudenziale*, Torino, Giappichelli, 2015, p. 140) ; D. 6.1.14 (Paul. 21 *ad ed.*), où

D. 17.2.50 (Paul. 6 *ad Sab.*): « *Sed actione pro socio consequitur, ut altera actione contentus esse debeat, quia utraque actio ad rei persecutionem respicit, non ut furti ad poenam dumtaxat* »

« Il dérive de l'*actio pro socio* qu'il faut se contenter d'une action, puisque les deux actions visent à la *rei persecutio*, contrairement à l'*actio furti*, qui vise à la seule *poena* ».

D. 44.7.34.2 (Paul. *de conc. act.*): « *Hinc de colono responsum est, si aliquid ex fundo subtraxerit, teneri eum condictione et furti, quin etiam ex locato: et poena quidem furti non confunditur, illae autem inter se miscentur. Et hoc in legis Aquiliae actione dicitur, si tibi commodavero vestimenta et tu ea ruperis: utraeque enim actiones rei persecutionem continent. Et quidem post legis Aquiliae actionem utique commodati finietur: post commodati an Aquiliae remaneat in eo, quod in repetitione triginta dierum amplius est, dubitatur: sed verius est remanere, quia simplum accedit: et simplum subducto locum non habet* »

« Donc la réponse à propos du colon fut que, s'il a soustrait quelque chose du fonds, il est tenu à la fois par la *condictio* et l'*actio furti*, ainsi que par l'*actio ex locato* ; la peine du vol ne se confond pas, les autres obligations se mêlent entre elles. Ceci est affirmé à propos de l'*actio legis Aquiliae* : si je te prête des vêtements et que tu les déchires, les deux actions contiennent la *rei persecutio*. Sans doute, après l'*actio legis Aquiliae*, l'*actio commodati* ne peut plus être intentée ; il est douteux que l'action aquilienne reste ouverte pour la partie de la condamnation qui excède la valeur actuelle du bien à cause d'un prix plus haut dans les 30 jours précédents. Toutefois, il est d'autant plus vrai qu'elle reste ouverte lorsqu'elle vise au *simplum* ; une fois le *simplum* retiré, elle n'a plus lieu d'être ».

Cette reconstruction du raisonnement de Gaius est convaincante, et est confirmée par le fait que ce juriste restreint son champ d'analyse aux *actiones in*

---

la nécessité d'une *electio* entre l'*actio legis Aquiliae* et la revendication est mise en exergue ; D. 19.2.30.2 (Alf. 3 *a Paul. epit.*), où le juriste répond par la négative à la question du cumul entre *actio ex locato* et *actio legis Aquiliae* (*op. ult. cit.*, p. 109-113) ; D. 13.6.18.1 (Gai. 9 *ad ed. prov.*), où le cumul est exclu avec l'*actio depositi* et l'*actio commodati* (*op. ult. cit.*, p. 167-171) ; D. 19.2.25.5 (Gai. 10 *ad ed. prov.*), qui exclut le cumul avec l'*actio ex locato* et l'*actio pignoratitia* (*op. ult. cit.*, p. 113-126).

<sup>185</sup> Ces deux passages sont cités par G. ROTONDI (*op. cit.*, note 34, p. 498 n. 1), qui en exclut l'interpolaion et les utilise pour démontrer que l'*actio legis Aquiliae* présente une fonction répersécutoire aux yeux des juristes classiques. Ils sont ensuite repris, entre autres, par L. VACCA, « Delitti », *op. cit.*, note 160, p. 693 n. 24 ; G. VALDITARA, *op. cit.*, note 160, p. 187 ; P. CERAMI, « La responsabilità extracontrattuale dalla compilazione di Giustiniano ad Ugo Grozio », in L. VACCA (dir.), *op. cit.*, note 51, p. 103-122, spéc. p. 108 ; G. ROSSETTI : « Problemi », *op. cit.*, note 124, p. 352-353 ; C. A. CANNATA, *op. cit.*, note 151, p. 37 n. 45 ; G. ROSSETTI, 'Poena', *op. cit.*, note 124, p. 24 ; *Ead.*, *op. cit.*, note 108, § 16-18 ; L. DESANTI, *op. cit.*, note 184, p. 139-144.

*personam* : l'absence des actions *in rem*, réipersécutoires par excellence, constituerait un oubli trop grave dans le cadre d'une distinction dogmatique<sup>186</sup>.

Il y a lieu de conclure que Gaius suit, en présentant sa subdivision des actions *in personam*, l'approche de Cassius, en s'occupant du contenu concret de la prétention du demandeur, non pas de la nature ou de la fonction de l'*actio*<sup>187</sup>. En outre, Gaius formule sa distinction en considérant la *persecutio* de la chose ou de la peine comme se référant à la demande et n'étant pas un attribut des *actiones* : ces dernières ne sont que des instruments par lesquels nous poursuivons (*quibus persequimur*) l'un, l'autre ou les deux objets<sup>188</sup>.

Il est effectivement vrai que la mention d'actions litiscroissantes dans la troisième catégorie et l'insertion de l'*actio legis Aquiliae*, pénale<sup>189</sup>, parmi des remèdes réipersécutoires est à imputer, sinon à une erreur de Gaius, à une formulation répondant à l'exigence de simplification : le juriste explique l'exclusion du cumul entre remèdes délictuels et non délictuels en étendant hâtivement aux actions civiles la distinction que Cassius avait conçue en se référant uniquement aux actions honoraires<sup>190</sup>.

Toutefois, bien que l'exclusion du cumul ne soit due qu'à une exigence de pure proportionnalité entre l'étendue du dommage et le montant dû par le responsable, il faut remarquer que, déjà durant la période classique, certaines considérations

---

<sup>186</sup> Comme le remarque B. ALBANESE (*op. cit.*, note 42, p. 74), les actions mentionnées par Gaius sont *ex contractu* pour la première catégorie (*rem tantum persequi*), *ex delicto* pour la deuxième (*poenam tantum persequi*) ; à celles-ci s'ajoutent quatre actions *qui crescunt in duplum adversus infitiantem* (v. aussi *supra*), mais aucune action *in rem* n'est citée. L'auteur avance l'hypothèse que Gaius, inspiré dans son raisonnement par la distinction des *actiones honorariae* faite par Cassius, a oublié de mentionner la *rei vindicatio*, qui relève quant à elle du *ius civile*. En revanche, L. VACCA (« Delitti », *op. cit.*, note 160, p. 690) s'appuie directement sur cette omission pour valider la théorie de l'intention exclusivement pratique de l'auteur des *Institutiones* : il y a lieu d'accepter cette dernière reconstruction en raison de notre raisonnement.

<sup>187</sup> En ce sens L. VACCA, « 'Actiones poenales' », *op. cit.*, note 160, p. 51-53. V. aussi L. DESANTI, *op. cit.*, note 184, p. 138.

<sup>188</sup> Ceci est aussi affirmé par Bernardo ALBANESE, *op. cit.*, note 42, p. 73-74.

<sup>189</sup> Dans ses *Institutes*, Gaius ne montre lui-même aucun doute à propos de la nature pénale de l'*actio legis Aquiliae* : v. par ex. : Gai. 4.112. En ce sens, entre autres, B. ALBANESE, *op. cit.*, note 50, p. 118.

<sup>190</sup> En ce sens, v. notamment *op. ult. cit.*, p. 119-122 ; *Id.*, *op. cit.*, note 42, p. 72-82. Selon l'auteur, cette tendance doit son origine premièrement à une exigence d'équité, et trouve sa justification, pour les seules actions honoraires, dans l'identification d'un élément réipersécutoire dans la *condemnatio*, à côté de celui pénal (v. par ex. : Ulp. 11 *ad ed.* D. 4.2.14.9 à propos des stipulations viciées par la *vis*). Sur cette même base, Gaius exclut le cumul en question également sur le plan du *ius civile*, entraînant ainsi le malheureux transfert de l'*actio legis Aquiliae* en dehors des *actiones quibus poenam tantum persequimur*. D'ailleurs, comme l'affirme P. VOCI (*op. cit.*, note 152, p. 100), Gaius n'aurait pas pu contredire son maître en la matière.

pratiques furent faites autour du but concret auquel le demandeur qui intente l'action aquilienne tend. Ceci est d'autant plus évident que l'*actio legis Aquiliae* présente, seule parmi les actions pénales civiles, une *condemnatio* calquée sur la valeur de la chose endommagée et une responsabilité pour *culpa*, ce qui engendrerait, chez les juristes classiques, l'idée d'un caractère pénal « décoloré<sup>191</sup> ». La conscience que l'action en question peut également tendre à la réparation du dommage est bien visible dans les mots d'Ulpien, qui le mentionne à titre d'exemple des remèdes qui réparent un dommage déjà occasionné, par opposition à la *cautio damni infecti*<sup>192</sup> :

D. 39.2.7.1 (Ulp. 53 *ad ed.*) : « *Hoc edictum prospicit damno nondum facto, cum ceterae actiones ad damna, quae contigerunt, sarcienda pertineant, ut in legis Aquiliae actione et aliis (...)* »

« Cet édit concerne le dommage non encore produit, alors que les autres actions visent à réparer les dommages qui ont déjà été produits : c'est le cas de l'*actio legis Aquiliae* et d'autres actions ».

Il est donc question de savoir si nous devons retenir, pour ces raisons, une dualité de caractères au sein de l'*actio legis Aquiliae* classique, pénale quant aux intransmissibilité passive, solidarité cumulative et noxalité, et réipersécutoire quant à l'exclusion du cumul avec les actions réipersécutoires *ex eodem facto*. Cette solution, dont l'inspiration remonte jusqu'à Levy, est suivie par une importante partie de la doctrine récente<sup>193</sup>.

---

<sup>191</sup> L'expression est de B. ALBANESE, *op. cit.*, note 42, p. 81 : « *non si tratta soltanto di quanti ea res fuit, bensì di quanti plurimi ea res fuit in anno proximo o in diebus XXX proximis. Questa circostanza, unita all'altra per cui questa è la sola tra le azioni civili di carattere penale che non importa necessariamente il dolo, fa sì che, ovviamente, la penalità dell'actio legis Aquiliae si scolori praticamente, in parte, già nello stesso diritto classico* ».

<sup>192</sup> L. DESANTI, *op. cit.*, note 184, p. 145. L'auteur attire également l'attention sur deux rescrits de l'empereur Gordien, qui témoignent de la tendance à promouvoir l'*actio legis Aquiliae* en tant qu'instrument de réparation du dommage : C. 3.35.2 a. 239 : « *Imperator Gordianus a. Muciano. Legis Aquiliae actione expertus adversus eum, quem domum tuam deposuisse vel incendio concremasse damnoque te adflixisse proponis, ut id damnum sarciatur, competentis iudicis auctoritate consequeris. Quin etiam, si aqua per iniuriam alio derivata est, ut in priorem statum restituatur, eiusdem iudicis cura impetrabis* » ; C. 3.35.3 a. 241 : « *Imperator Gordianus a. Dolenti. Ex morte ancillae, quam caesam conquestus es, tam legis Aquiliae damni sarciendi gratia actionem quam criminalem accusationem adversus obnoxium competere posse non ambigitur* ».

<sup>193</sup> V. en ce sens notamment M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 336-340, spéc. p. 337 ; C. A. CANNATA, *op. cit.*, note 51, p. 34 ; *Id.*, *op. cit.*, note 151, p. 8-11 ; M. F. CURSI, *Iniuria*, *op. cit.*, note 93, p. 214-217 ; C. VENTURINI, « "Bis idem exigere" e "corruptio

Cependant, elle mérite d'être précisée à la lumière d'une évolution de l'action aquilienne qualifiable de tridimensionnelle : les deux piliers constitués par la nature et la fonction de l'action restent orientés vers le caractère pénal, qui ne saurait être détaché, comme l'affirmait Voci<sup>194</sup>, d'une fonction également punitive et afflictive.

En revanche, l'axe autour duquel la conception de l'*actio legis Aquiliae* tourne durant la période classique est le contenu pratique de la demande, la troisième dimension dans notre métaphore<sup>195</sup>. En raisonnant sur cet élément, les juristes furent en mesure d'insérer les correctifs qui découlent de l'équité et, surtout, de ressentir l'inévitable composante réparatrice que la victime d'un délit aquilien poursuit en intentant l'action prévue par le plébiscite. D'ailleurs, les mots de Gaius sont clairs en ce sens : *nous* agissons parfois pour obtenir la seule *res*, parfois pour la seule peine, parfois pour les *res* et peine<sup>196</sup>.

## §2. L'élasticité téléologique de l'action *ex lege Aquiliā* à l'époque de Justinien

Si la jurisprudence classique ne s'occupa, en la matière, que du point de vue pratique du contenu de la prétention du demandeur, le cadre tracé par les *Institutiones* de Justinien est nettement différent. Comme on le verra, l'*actio legis Aquiliae* est désormais insérée dans la catégorie des *actiones mixtae*, ce qui témoigne d'une classification inédite par rapport à la période classique. Il convient donc de se pencher, dans une perspective dynamique, sur le développement qui amène à dépasser les catégories classiques (A), pour se concentrer ensuite, du point de vue statique, sur l'*actio mixta legis Aquiliae*, dont la nature juridique est désormais déterminée à partir de l'observation empirique (B).

---

servi?»: un'ipotesi particolare», in L. GAROFALO (dir.), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, 4, Padova, CEDAM, 2003, p. 403-437, spéc. p. 427 n. 61 ; G. POLARA, *op. cit.*, note 176, p. 275-280.

<sup>194</sup> V. *supra*, note 152.

<sup>195</sup> En ce sens G. ROSSETTI, *Poena*, *op. cit.*, note 124, p. 54-55.

<sup>196</sup> Gai. 4.6 ; l'extrait est intégralement cité dans l'introduction à la présente section.

## A. Un regard dynamique sur la genèse de l'*actio mixta legis Aquiliae*

Après avoir distingué entre les *actiones in personam* et *in rem*<sup>197</sup>, les compilateurs de la cour de Justinien présentent une deuxième classification (*sequens divisio*<sup>198</sup>). Les actions sont ici distinguées selon qu'elles soient accordées en vue de poursuivre une *res* (« *rei persequendae gratia comparatae* ») ou une peine (« *poenae persequendae [gratia comparatae]* »). Certaines (*quaedam*) reçoivent la qualification de *mixtae*, dans le sens de *reipersecutoriae* et *poenales* en même temps<sup>199</sup>.

À ce stade, il est nécessaire de faire le point sur l'*actio mixta*, une notion fort problématique, dont la doctrine s'est occupée pendant longtemps<sup>200</sup>. Constatons d'abord que l'*actio mixta* constitue un concept inconnu des juristes classiques<sup>201</sup>. Sa genèse est parallèle à plusieurs autres développements, tant sur le plan du droit

<sup>197</sup> I. 4.6.15: « *Appellamus autem in rem quidem actiones vindicationes; in personam vero actiones, quibus dare facere oportere intenditur, condictiones. condicere enim est denunciare prisca lingua: nunc vero abusive dicimus condictionem actionem in personam, qua actor intendit dari sibi oportere: nulla enim hoc tempore eo nomine denuntiatio fit* ».

<sup>198</sup> I. 4.6.16 ; l'extrait est intégralement cité dans l'introduction à la présente section.

<sup>199</sup> L'expression *actio mixta* présente une pluralité de significations : outre celle retenue par I. 4.6.16-19, elle peut désigner une action où les deux parties sont demanderesses (Ulp. IV *ad ed. pret.* D. 44.7.37.1 : « *Mixtae sunt actiones, in quibus uterque actor est* ») ou qui est à la fois *in rem* et *in personam* (en ce cas, la qualification de *mixta* sera attribuée à la *causa*, I. 4.6.20 : « *Quaedam actiones mixtam causam optinere videntur tam in rem quam in personam* »). Sur cette polysémie, v. notamment E. ALBERTARIO, *op. cit.*, note 143, p. 375-377 ; E. LEVY, *op. cit.*, note 141, p. 141.

<sup>200</sup> *Ex plurimis*, v. F. C. VON SAVIGNY, *op. cit.*, note 126, p. 37-60 ; C. FERRINI, « Sulle fonti delle Istituzioni di Giustiniano », *BIDR* 13, 1901 = E. ALBERTARIO (dir.), *Opere di Contardo Ferrini*, 2, Milano, Hoepli, 1929, p. 307-419, spéc. p. 407-410 ; E. BETTI, *op. cit.*, note 106, p. 293-305 ; E. LEVY, *op. cit.*, note 141, p. 147-150 ; *Id.*, *op. cit.* note 143, p. 434-436 ; G. ROTONDI, *op. cit.*, note 34, p. 492-501 ; *Id.*, « Teorie postclassiche sull'«*actio legis Aquiliae*, », *Annali della Facoltà di Giurisprudenza della Università di Perugia*, 1914 = E. ALBERTARIO (dir.), *Scritti giuridici. Vol. 2 Studi sul diritto romano delle obbligazioni*, Milano, Hoepli, 1922, p. 411-464 ; M. KASER, *op. cit.*, note 151, p. 167 ; P. VOGLI, *op. cit.*, note 152, p. 91-183 ; *Id.*, *op. cit.*, note 137, p. 14-31 ; U. BRASIELLO, *op. cit.*, note 158, p. 43-50 ; B. ALBANESE, *op. cit.*, note 50, p. 119-122 ; *Id.*, *op. cit.*, note 42, p. 82-88 ; U. VON LÜBTOW, *op. cit.*, note 52, p. 37 ; H. ANKUM, « Actions », *op. cit.*, note 158 ; *Id.*, « Gaius », *op. cit.*, note 115 ; G. PROVERA, *Lezioni sul processo civile giustiniano*, Torino, Giappichelli, 1989, p. 101-111 ; L. VACCA, « 'Actiones poenales' », *op. cit.*, note 160, p. 53-54 ; G. ROSSETTI, « Problemi », *op. cit.*, note 124, p. 385-394 ; *Ead.*, 'Poena', *op. cit.*, note 124, p. 55-66 ; *Ead.*, *op. cit.*, note 108, § 33-46.

<sup>201</sup> L'affirmation, brièvement anticipée in E. ALBERTARIO, « L'origine post classica del possesso dell'usufrutto », *BIDR* 25 (1912), p. 5-14, spéc. p. 14 n. 4, est ensuite reprise et développée in *Id.*, *op. cit.*, note 137, p. 375-390. E. CUQ (*Manuel des institutions juridiques des Romains*, Paris, Plon-LGDJ, 1917, p. 825) considère que la notion en question est typiquement postclassique. *Contra*, T. FINKENAUER, *op. cit.*, note 47, p. 38.

matériel que sur celui du procès<sup>202</sup>. Par la suite, nous énumérerons donc certains de ces aspects qui relèvent de cette évolution tardoclassique et postclassique.

Du point de vue du droit procédural, Albanese a même inscrit la naissance de l'*actio mixta* dans un mouvement général de « dépenalisation » de la catégorie juridique des *delicta*, qui se manifesterait au plus haut degré en matière de responsabilité aquilienne en raison de la tendance jurisprudentielle à poursuivre, par l'*actio legis Aquiliae*, l'exigence de réparation du dommage<sup>203</sup>. À ceci s'ajoutent plusieurs *actiones in factum* susceptibles d'être intentées pour des cas de *damnum* et dont la peine joue un rôle pratiquement réparateur du dommage<sup>204</sup>.

Le système procédural de la *cognitio extra ordinem*, qui remplaça progressivement la procédure formulaire, exerça également son influence. En particulier, la circonstance que le différend fût désormais jugé par un fonctionnaire public déboucha sur un certain détachement de la lettre des *formulae*. Par exemple, il était désormais possible d'obtenir la condamnation à la fois à la restitution et à la peine<sup>205</sup> : les témoignages les plus intéressants à cet égard relèvent du *furtum*, alors même que cette conception ne sera pas suivie par les rédacteurs des *Institutiones* de Justinien<sup>206</sup> :

PS 2.31.13-14 : « *Furti manifesti actio praeter quadrupli poenam ipsius rei persecutionem genere vindicationis et condictionis continet. Furti concepti actio adversus eum qui obtulit tripli est poena et ipsius rei repetitio* »

« Outre la peine du *quadruplum*, l'*actio furti manifesti* contient la *persecutio* de la chose elle-même, à la manière de la revendication et de la *condictio*. L'*actio furti concepti* contre celui qui s'est opposé se compose d'une peine dans la mesure du triple et de la demande en restitution de la chose elle-même ».

C. 9.20.12 *ad legem Fabiam* a. 294 : « Imperatores Diocletianus, Maximianus. *Si quis servum fugitivum sciens cum rebus furtivis suscepit, cum*

---

<sup>202</sup> D'ailleurs, comme le soutient à juste titre B. ALBANESE (*op. cit.*, note 42, p. 85), « *questa evoluzione nel settore della lex Aquilia può esser compresa solo ponendola al centro dell'intero sviluppo del diritto romano* ».

<sup>203</sup> *Ibid.*, v. aussi *Id.*, « La sussidiarietà dell'*actio de dolo* », *AUPA* 28 (1962), p. 173-319.

<sup>204</sup> V. à ce propos *Id.*, *op. cit.* note 42, p. 84-87.

<sup>205</sup> P. VOGLI, *op. cit.*, note 137, p. 32-33.

<sup>206</sup> En effet, l'*actio furti* y est comprise parmi celles qui poursuivent la seule *poena*, au motif que la victime d'un vol est en mesure de la cumuler avec la *condictio furtiva* : I. 4.6.18.



*horum nomine furti actione teneatur, haec tibi rector provinciae cum solita poena restitui efficiet (...) »*

« Si quelqu'un reçoit, en connaissance de cause, un esclave avec des choses volées sur lui, puisqu'il est également destinataire d'une *actio furti* à cause de ce butin, le gouverneur de la province fera en sorte qu'il te les restitue avec la peine habituelle ».

Toutefois, quant au *damnum*, le facteur décisif pour le glissement vers la catégorie de l'*actio mixta* semble être constitué par l'application du critère de l'*id quod interest* dans l'évaluation du montant de la *condemnatio*, dont nous nous occuperons dans la section suivante. Il y a lieu d'anticiper que le fait de calquer l'évaluation du montant de l'obligation aquilienne sur des éléments qui relèvent d'une considération subjective de l'utilité du bien pour la victime est incompatible avec une perspective uniquement punitive. Dès lors, un tel critère d'*aestimatio* doit logiquement procéder de l'admission du caractère (également) réparateur de l'*actio legis Aquiliae*. Vice-versa, la considération de cette action comme étant uniquement pénale ne saurait expliquer la référence à l'utilité que la chose présentait, *in concreto*, pour son propriétaire<sup>207</sup>.

Il en dérive que, si la *condemnatio* consécutive à une action aquilienne est déterminée en partie de manière subjective (*id quod interest*) et en partie selon un *quid pluris* qui vise à la punition du responsable<sup>208</sup>, aucune des interprétations doctrinales formulées pour expliquer la nature classique de l'*actio legis Aquiliae* ne saurait être retenue.

En effet, l'action que nous voyons apparaître en aval de cette évolution n'est plus uniquement pénale, puisque l'élément réparateur ne relève plus seulement de la prétention du demandeur. La *condemnatio* entière est investie par la réparation du préjudice, qui ne se borne plus à exclure un éventuel cumul *ex bono et aequo*. L'on ne pourrait pas non plus expliquer ce phénomène en retenant une nature pénale et une

---

<sup>207</sup> P. VOCI, *op. cit.*, note 137, p. 209-210. V. à ce propos le long fragment in D. 9.2.23 (Ulp. 18 *ad ed.*), qui présente un contenu superposable à I. 4.3.9 (« *His autem verbis legis 'quanti id in eo anno plurimi fuerit' illa sententia exprimitur, ut si quis hominem tuum, qui hodie claudus aut luscus aut mancus erit, occiderit, qui in eo anno integer aut pretiosus fuerit, non tanti teneatur quanti is hodie erit, sed quanti in eo anno plurimi fuerit* »), au point que l'auteur suppose que ce dernier passage soit tiré d'un manuel institutionnel d'Ulpien.

<sup>208</sup> V. *supra*, Gai. 3.214 ; D. 9.2.23.3-7 ; I. 4.3.9.

fonction réipersécutoire de l'*actio legis Aquiliae* : les deux pôles de la *poena* et de la *res* sont présents et visibles en même temps dans la *condemnatio*, qui contient désormais, *quantitativement*, une part de réparation et une part d'affliction.

Cette reconstruction est confirmée par la teneur de l'extrait des *Institutiones* de Justinien portant sur la nature de l'*actio legis Aquiliae*.

Revenons donc à I. 4.6.19. Les deux cas introduits par « *non solum...* », « *sed interdum et...* » feront l'objet de la prochaine subdivision. En restreignant ici notre analyse à la toute première phrase du passage, nous pouvons tout d'abord nous apercevoir que la qualification d'*actio mixta* ne constitue pas simplement une troisième catégorie, outre les actions pénale et réipersécutoire<sup>209</sup> : elle témoigne d'un nouveau critère de distinction, fondé sur le contenu des actions<sup>210</sup>.

La classification proposée dans les *Institutes* de Justinien atteint un degré de généralité ultérieur par rapport à celles que Cassius et Gaius promeuvent. Il ne s'agit plus ni de la simple recherche d'un élément de *rei persecutio* dans le contenu de la demande, ni d'une classification de ce contenu lui-même : les *Institutiones* s'occupent directement de la division des *actiones*<sup>211</sup>. En effet, d'une part, les *actiones in rem*, à la différence de Gai. 4.6-9, y sont également insérées<sup>212</sup>. D'autre part, les qualifications attribuées à chacune des catégories ne se réfèrent plus au *persequi*, c'est-à-dire au résultat auquel le demandeur songe<sup>213</sup>, mais la *persecutio* est un attribut des *actiones* elles-mêmes, qui peuvent être *rei persequendae gratia comparatae*, *poenae persequendae [gratia comparatae]*, *mixtae*<sup>214</sup>. Autrement dit, la nouveauté se reflète aussi sur le plan grammatical : il ne s'agit plus d'actions « par lesquelles nous poursuivons » la *res* ou la peine, mais leur nature est désormais consubstantielle à la *persecutio* de l'une ou de l'autre aux yeux du demandeur.

---

<sup>209</sup> D'autant plus que, dans les sources romaines, l'expression *actio reipersecutoria* n'apparaît point : en ce sens G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, 4, Tübingen, Mohr, 1920, p. 265 : « *Die Römer sagten einzig deshalb rei persecutionem continet, weil ihnen reipersecutorius ein sprachliches Monstrum schien* » ; H. ANKUM, « Actions », *op. cit.*, note 158, p. 23.

<sup>210</sup> E. ALBERTARIO, *op. cit.*, note 143, p. 379 : « *E nacque la distinzione nuova, fondata sul contenuto delle varie azioni* ».

<sup>211</sup> B. ALBANESE, *op. cit.*, note 42, p. 82.

<sup>212</sup> *Ibid.*

<sup>213</sup> V. G. ROSSETTI, '*Poena*', *op. cit.*, note 124, p. 57.

<sup>214</sup> V. à ce propos B. ALBANESE, *op. cit.*, note 42, p. 82.

C'est en examinant la dernière de ces *species* que nous nous apercevons au mieux du changement de perspective en question<sup>215</sup>. Ce nouveau critère de *divisio* aplatit les trois dimensions (nature, fonction et contenu) que nous avons pu analyser séparément dans le cadre de la jurisprudence classique : la nature et la fonction de l'action suivent désormais le contenu de la demande. Par conséquent, une *actio* par laquelle le demandeur vise à obtenir réparation de son dommage ne peut plus être de nature seulement pénale. Selon cette conception, non seulement l'*actio mixta* est conçue pour poursuivre la *res* et la *poena* en même temps, mais est répersécutoire à hauteur de la perte patrimoniale subie par la victime et pénale pour le reste de la *condemnatio*, qui constitue ainsi une majoration dont la fonction est punitive.

En appliquant ce bouleversement à l'action aquilienne, nous pouvons percevoir la pertinence des mots de Rotondi à cet égard. Selon cet auteur, l'*actio legis Aquiliae* est le remède le plus atteint par la nouvelle conception : puisque le montant habituel de sa *condemnatio* n'excède pas la réparation, les compilateurs doivent s'accrocher à d'autres éléments pour rester fidèles à la jurisprudence classique qui prônait la nature pénale de l'action<sup>216</sup>.

## B. La nature empiriquement déterminée de l'*actio legis Aquiliae* dans les Institutes de Justinien

En particulier, les deux éléments en question sont la litiscroissance (soit le redoublement du montant en cas d'*infitiatio*) et l'*aestimatio* du bien qui avait eu,

---

<sup>215</sup> L'origine historique du concept d'*actio mixta* et de l'expression elle-même est probablement due à une conception connue par les juristes d'Orient, et a été débattue en doctrine à maintes reprises. Sur ce point, v. E. ALBERTARIO, *op. cit.*, note 143, p. 379 : « *Il domma bizantino della natura actionis gli [= à Justinien] impediva di ammettere che un'azione penale potesse avere per oggetto anche la sola res, ovvero la res e la poena: quel domma, insomma, gli nascondeva il chiaro significato, il preciso valore della distinzione gaiana* » ; G. ROTONDI, « "Dolus ex delicto", e "dolus ex contractu", nelle teorie bizantine sulla trasmissibilità delle azioni », *Annali della Facoltà di Giurisprudenza della Università di Perugia*, 1913 = E. ALBERTARIO (dir.), *Scritti, op. cit.*, note 200, p. 371-410. Pour une reconstruction de la paternité des passages des *Institutiones* dont fait l'objet l'*actio mixta*, v. A. M. HONORÉ, *Tribonian*, London, Duckworth, 1978, p. 187-211 ; H. ANKUM, *op. cit.*, note 158 ; G. ROSSETTI, « Problemi », *op. cit.*, note 124, p. 389-394 ; *Ead., op. cit.*, note 108, § 45-46.

<sup>216</sup> G. ROTONDI, *op. cit.*, note 34, p. 499 : « *proprio l'a.l. Aquiliae è quella che più direttamente risente di questo travolgimento di concetti: poiché il suo contenuto normale non eccede la rei persecutio, i giustiniani devono per così dire aggrapparsi agli elementi estrinseci ed occasionali della stima e della litiscrescenza per ravvisare qualche cosa che rappresenti la pena e che permetta di mantenere fede alla sistematica classica* ».

durant l'année ou le mois précédents, une valeur supérieure par rapport au moment de la réalisation du préjudice. Ces situations requièrent d'être analysées séparément.

Suivant l'ordre présenté par l'extrait en question, le premier cas qui vient en considération, introduit par *non solum*, est la litiscroissance. Dans pareil cas et selon les rédacteurs justiniens, l'action est toujours *mixta*.

Ce redoublement du montant de la *condemnatio*, qui vise à sanctionner le comportement de l'*infitians* au cours du procès, avait permis à Gaius d'identifier une catégorie d'actions où le demandeur comptait obtenir non seulement la réparation de son dommage (à titre de *res* ou de *poena*), mais aussi un *quid pluris* purement punitif à l'encontre du défendeur déloyal. Si l'affirmation de Gaius paraît peu claire en raison de la configuration classique des *actiones poenales* et, en particulier, de l'*actio legis Aquiliae*, la mention de l'action litiscroissante en tant qu'exemple clair et constant de la notion d'*actio mixta* acquiert tout son sens à la lumière de la conception de la nature des actions retenue à l'époque de Justinien<sup>217</sup>.

Pour les compilateurs, il semble que l'action aquilienne est indissociablement liée à la litiscroissance<sup>218</sup>. À cette affirmation il y a lieu d'ajouter un élément ultérieur : dans les Institutes, il semble que l'*actio legis Aquiliae in duplum* est un exemple auto-évident d'action mixte, à tel point que les rédacteurs postulent, en utilisant l'expression « non seulement », que le lecteur retienne en amont la nature *mixta* de ce moyen procédural.

L'observateur est en mesure de retracer aisément les éléments de l'action quantitativement mixte<sup>219</sup> dans l'*actio legis Aquiliae* postclassique. En effet, la superposition de la *res* et de la *poena* n'est plus qualitative : elle ne repose plus sur la séparation des nature et fonction. Le critère de distinction n'étant plus que

---

<sup>217</sup> À ce propos, v. G. ROTONDI, *op. cit.*, note 33 : l'auteur vise à démontrer que plusieurs éléments d'innovation que l'on retrouve dans la compilation de Justinien reflètent l'évolution menée dans l'empire d'Orient, notamment grâce à l'école de Constantinople. Au sujet de l'*actio legis Aquiliae*, Rotondi souligne, par une démonstration riche en sources, non seulement les liens qui existent entre *actio in factum* et *actio in duplum*, expressions utilisées par les postclassiques d'Orient en guise de synonymes (p. 434-439), mais aussi que l'*actio legis Aquiliae* aurait été entendue dans maints textes de cette période comme étant uniquement *in duplum*. Cependant, les *Institutiones* de Justinien, dont nous nous occupons en ces pages, envisagent expressément l'hypothèse d'une *actio legis Aquiliae in simplum* (v. *infra*).

<sup>218</sup> *Op. ult. cit.*, p. 420 : « l'istituto [...] della litiscrescenza si riconduce alla lex Aquilia come a sua fonte unica e generale ». En ce sens, v. aussi G. LUCETTI, *La legislazione imperiale nelle istituzioni di Giustiniano*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 459 n. 180 ; G. ROSSETTI, 'Poena', *op. cit.*, note 124, p. 61.

<sup>219</sup> *Ead.*, « Problemi », *op. cit.*, note 124, p. 390 ; *Ead.*, *op. cit.*, note 108, § 45.

téléologique, la nature et la fonction suivent désormais uniquement, de manière élastique, le contenu de la demande. Dans le cas de l'*actio in duplum*, la première moitié de la *condemnatio* vise à la réparation du dommage et présente, dès lors, une nature répersécutoire ; en revanche, la seconde moitié excède le montant du dédommagement et sanctionne un comportement illicite au sein du procès : sa nature est donc pénale.

La transmissibilité passive de l'action, radicalement exclue pour les actions pénales, est l'élément qui se ressent le plus du nouveau critère de classification des actions.

D. 9.2.23.8 (Ulp. 18 *ad ed.*) : « *Hanc actionem et heredi ceterisque successoribus dari constat: sed in heredem vel ceteros haec actio non dabitur, cum sit poenalis, nisi forte ex damno locupletior heres factus sit* »

« Il est constant que cette action est accordée à l'héritier et aux autres successeurs ; en revanche, elle n'est pas octroyée contre l'héritier ou les autres successeurs, puisqu'elle est pénale, à moins que l'héritier ne se soit enrichi par hasard en raison du dommage ».

I. 4.3.9 : « (...) *creditum est, poenalem esse huius legis [Aquiliae] actionem, quia non solum tanti quisque obligatur quantum damni dederit, sed aliquando longe pluris: ideoque constat, in heredem eam actionem non transire, quae transitura fuisset si ultra damnum numquam lis aestimaretur* »

« Il est considéré que l'action de cette loi est pénale, puisque non seulement l'on est obligé dans la mesure du préjudice produit, mais parfois l'on doit payer beaucoup plus ; il est donc évident que l'action ne peut pas être intentée contre l'héritier, et que ceci serait possible si l'évaluation du montant litigieux ne dépassait jamais la valeur du dommage ».

À la différence du fragment d'Ulprien, selon l'extrait des Institutes de Justinien, la possibilité d'intenter l'action aquilienne à l'encontre du successeur du responsable est soumise, conformément à la nature quantitativement *mixta* de l'action même, à une évaluation éminemment empirique. C'est donc en raison de la circonstance (factuelle) que, parfois (*aliquando*), le montant dû par le responsable est supérieur à la valeur actuelle du bien qu'une transmissibilité passive de principe est à exclure. Tout

au plus, la victime pourra agir contre le successeur à hauteur de l'enrichissement qu'il a lui-même perçu du fait dommageable<sup>220</sup> (*id quod pervenit*).

Un tel passage, comme Rotondi le remarque à juste titre, témoigne de la gêne qu'éprouvent les compilateurs justiniens<sup>221</sup> face à la dyscrasie entre la conception classique, selon laquelle la nature de l'*actio legis Aquiliae* était uniquement pénale, et une qualification désormais « élastique » du remède, bien résumée par l'adverbe « *aliquando* ».

Tel est le cas aussi du second élément de pénalité, l'*aestimatio*, que I. 4.6.19 introduit par *interdum*, en l'utilisant, à la manière du sixième paragraphe du quatrième *Commentarius* de Gaius, dans une signification superposable à *aliquando*. Ces termes indéfinis, apparemment flous et non techniques dans le cadre d'une distinction, sont toutefois précieux pour comprendre la logique<sup>222</sup>, que nous pourrions décrire par l'expression « élasticité téléologique », retenue par les Institutes de Justinien. En l'espèce, *aliquando* et *interdum* expriment le critère seulement empirique d'identification de la nature juridique de l'action aquilienne, que Voci a pu qualifier de pénale par intermittence<sup>223</sup>.

La proposition « *interdum et si in simplum quisque agit* » permet, quant à elle, d'identifier deux caractères primaires de l'action aquilienne connue par Justinien.

En premier lieu, elle laisse ouverte la question de savoir comment qualifier l'action dans les cas qui ne rentrent pas dans le champ de l'*interdum* : en un mot, quelle est la nature de principe de l'action. Il semble logique de considérer que, dans la conception des rédacteurs des *Institutiones*, l'*actio legis Aquiliae* est principalement réipersécutoire : si elle avait été pénale, il n'aurait pas été nécessaire de placer, après *non solum*, un cas où l'élément pénal résulte clairement de l'*infinitio* et du *duplum*, car il n'y aurait eu aucun besoin de mettre en exergue des situations particulières où la

---

<sup>220</sup> En ce sens E. ALBERTARIO, *op. cit.*, note 143, p. 372-373 : l'auteur propose même de considérer interpolé le passage en question, en raison de la comparaison avec Gai. 4.112 (v. *supra*) et de l'absence de signification de la préposition par rapport au texte originaire de la *lex Aquilia*.

<sup>221</sup> G. Rotondi, *op. cit.*, note 34, p. 494.

<sup>222</sup> G. ROSSETTI, « Problemi », *op. cit.*, note 124, p. 390.

<sup>223</sup> P. VOCI, *op. cit.*, note 137, p. 39 ; l'heureuse expression est reprise in G. ROSSETTI, 'Poena', *op. cit.*, note 124, p. 62 ; *Ead.*, *op. cit.*, note 108, § 43.

dimension punitive est visible. En outre, ceci est démontré par I. 4.3.9, cité *supra*<sup>224</sup>, ainsi que par certaines évolutions qui compromirent la nature pénale de l'*actio* classique. C'est le cas de la noxalité, désormais limitée par la responsabilité directe du *dominus* de l'esclave agent en cas de *culpa in eligendo*<sup>225</sup> : en d'autres termes, le fait qu'une personne emploie de mauvais *servi* relève de sa propre *culpa*, ce qui exclut la possibilité de *noxae deditio* en ce cas et constitue une remarquable limitation à cet instrument<sup>226</sup>.

En second lieu, la proposition en question introduit justement l'élément pénal représenté par la *repetitio temporis*, précisé par les exemples contenus dans l'extrait immédiatement suivant (*Velut...*). Il s'agit ici des cas où il arrive que la valeur du bien endommagé ait été, au cours de l'année ou du mois précédents, supérieure à celle qu'il avait au moment de la réalisation du dommage. En ce cas, la majoration punitive ne sera pas constituée par le redoublement du montant du dédommagement, mais par la surévaluation de l'obligation du responsable par rapport à la diminution patrimoniale qu'il a occasionnée.

Par conséquent, lorsque le demandeur agit en obtention du *simplum*, la question se pose de savoir si le remède est réipersécutoire ou mixte. La réponse ne dépend que d'une contingence factuelle : si, *par hasard*, le bien détérioré n'a pas eu une valeur plus haute au cours de l'année ou du mois précédents, l'action se placera en dehors des cas couverts par l'adverbe *interdum* et sera qualifiée, par conséquent, de réipersécutoire. En revanche, si le bien a eu une plus haute valeur dans cette

---

<sup>224</sup> En commentant I. 4.3.9, P. VOCI (*op. cit.*, note 137, p. 39) soutient que « [l']azione non si trasferisce contro gli eredi quando la condanna attribuisce più del valore della cosa nel momento del delitto; ma si trasferirebbe nel caso contrario. Vale a dire, l'azione sarebbe interamente reipersecutoria: che è il massimo riconoscimento della sua natura mista ».

<sup>225</sup> Dans un cas où des esclaves avaient provoqué un incendie dans une ferme, Proculus considère que leur *dominus* doit être tenu pour responsable aquilien (ou, alternativement, *ex locato*), pour que le fermier puisse donner l'esclave en *noxae deditio* (Coll. 12.7.9. : « *Proculus autem respondit: cum coloni servi villam exusserint, colonum vel ex locato, vel lege Aquilia teneri, ita ut colonus servum posset noxae dedere* »). Dans le même cas, à l'avis d'Ulpien, tel qu'il apparaît dans la compilation de Justinien, la responsabilité noxale s'applique si le fermier est exempt de *culpa*, sans quoi, si ses esclaves sont mauvais, il est tenu du *damnum iniuriā* d'avoir eu de tels esclaves (D. 9.2.27.11 : « *Sed haec ita, si culpa colonus careret: ceterum si noxios servos habuit, damni eum iniuria teneri, cur tales habuit* »).

<sup>226</sup> G. ROTONDI, *op. cit.*, note 34, p. 493-494.

période, la condamnation sera majorée en conséquence, ce qui transforme l'action en *mixta*<sup>227</sup>.

Pour résumer, pendant la période classique, le critère empirique n'était idoine qu'à définir le contenu concret de la demande en justice, ce qui se répercutait sur le seul plan de l'équité : c'est le cas de l'exclusion du cumul des actions que Gaius affirme. En revanche, dans la perspective des Institutes de Justinien, ce critère affecta la nature même de l'action : parfois cette dernière était exclusivement réipersécutoire, d'autres fois elle était en outre pénale. Dans ce dernier cas, les éléments punitifs n'apparaissent que si la demande de la victime dépassait son appauvrissement actuel<sup>228</sup>. En un mot, les trois critères classiques se réduisirent à une seule dimension.

En conclusion, la qualification à attribuer à l'*actio legis Aquiliae* a troublé les efforts modernes de reconstruction en raison de ses caractères particuliers. En effet, il semble y avoir un décalage logique entre la nature de l'action, que les sources qualifient de pénale avec les conséquences qui s'ensuivent, et le fait que la victime, créancière de la peine, obtient ainsi la réparation du dommage subi. À ceci s'ajoute la qualification d'*actio mixta* (pénale et réipersécutoire) dont l'action aquilienne fait l'objet dans les *Institutiones* de Justinien : dans un passage apparemment similaire, tiré des Institutes de Gaius, l'on poursuit par cette action à la fois la *res* et la *poena*.

Au cours du XX<sup>e</sup> siècle, la doctrine s'est partagée selon deux orientations principales autour des questions de l'*actio mixta* et de la nature de l'*actio legis Aquiliae* pendant la période classique. D'une part, il a été proposé de séparer la nature et la fonction de l'*actio* aquilienne : la première étant pénale, il aurait quand même été possible de qualifier la seconde de réipersécutoire. Ceci rendait possible d'expliquer l'exclusion, évoquée par Gaius au motif de l'*eadem res*, du cumul entre

---

<sup>227</sup> La présente opinion est étayée par G. ROTONDI (*op. ult. cit.*, p. 497-499), qui met en lumière la différence entre la conception classique de la nature pénale ou réipersécutoire d'une *actio* et les nouveautés introduites par les postclassiques d'Orient en la matière. À son avis, *poena* n'est plus la qualification juridique de l'objet de la condamnation faisant suite à une *actio ex delicto* : il ne s'agit plus que de ce qui fait abstraction de la *rei persecutio* (actions pénales) ou ce qui s'ajoute à celle-ci (actions mixtes).

<sup>228</sup> V. à cet égard B. ALBANESE, *op. cit.*, note 42, p. 83 : en se référant à la tripartition des *actiones*, l'auteur souligne que « [l]a classificazione è generale e, a ragione, dovrà essere utilizzata, sul piano del diritto della compilazione, in tutte le sue gravi implicazioni in ogni pensabile settore. E questo è, ovviamente, equivalente ad una innovazione di vasta portata: la determinazione di un criterio unitario di soluzione per problemi di legittimazione e di concorso di azioni e di persone, che in età classica erano ancora variamente risolti ».



l'action pour *damnum* et plusieurs moyens réipersécutoires. D'autre part, le parallélisme nécessaire entre nature et fonction d'une quelconque action a été affirmé. Cette thèse permettait de soutenir que Gaius, en incluant l'*actio legis Aquiliae* parmi celles *quibus rem et poenam persequimur*, avait commis une erreur, et que toute référence à la *rei persecutio* en matière d'actions pénales était le résultat d'une interpolation postclassique.

En accord avec la doctrine la plus récente, il y a lieu de proposer une médiation entre ces deux écoles. Sans doute, l'attribution à l'*actio legis Aquiliae* d'une nature *poenalis* et de ses conséquences reflète une fonction punitive, ce qui impose un parallélisme de principe entre la nature et la fonction. Toutefois, en même temps, la circonstance que le demandeur intente l'action aquilienne, *de facto*, en vue d'obtenir un dédommagement est indéniable. C'est justement sur ce plan qu'opéra Gaius pour corriger la possibilité de cumuler l'action aquilienne avec certains remèdes *in personam*, ce qui aurait été en principe possible en raison de la nature réipersécutoire de ces derniers. Plus précisément, nous pouvons déceler, à partir de l'analyse des textes examinés en ces pages, l'émergence d'une troisième dimension outre la nature et la fonction de l'*actio legis Aquiliae*, à savoir le contenu concret de la prétention du demandeur. Le texte de Gaius était cette hypothèse : le paragraphe 6 du quatrième *Commentarius* commence par « nous agissons » (*agimus*), détachant ainsi le plan de l'intérêt poursuivi par le demandeur de celui des nature et fonction de l'action elle-même.

Si ces considérations d'équité ne furent pas en mesure de modifier la structure des *actiones* durant la période classique, il n'en va pas de même si nous tournons notre regard vers les siècles immédiatement suivants. Plusieurs facteurs entraînèrent une attention accrue à l'égard des exigences de la victime d'un dommage aquilien et, plus généralement, au volet réparateur de l'*actio legis Aquiliae* ; à ceci s'ajoutait la conception selon laquelle la prétention d'une réparation était incompatible avec une *actio poenalis*.

Ces évolutions furent condensées dans la compilation de Justinien. Les *Institutiones* impériales reprirent le schéma de la classification de Gaius tout en bouleversant son principe : la nature de chaque action est déterminée en fonction de la prétention que le demandeur vise à réaliser en l'intendant. L'*actio legis Aquiliae* se

ressentit remarquablement de cette perspective inédite : désormais, sa nature (donc la structure entière de son régime juridique) était en principe répersécutoire, car elle servait principalement à obtenir la réparation d'une diminution patrimoniale. Elle devenait *mixta* dans deux cas : d'une part, lorsque le montant de la *condemnatio* était multiplié par deux (*duplum*) en cas d'*infinitio* de la part du défendeur ; d'autre part, lorsque le bien endommagé avait atteint, au cours de l'année ou du mois précédents, une valeur supérieure à celle qu'il avait au moment du fait dommageable (*repetitio temporis*).

Le caractère mixte évoqué par les Institutes de Justinien n'implique donc pas une séparation entre la nature et la fonction de l'action considérée : il n'est à entendre que du point de vue quantitatif, en ce sens que l'action *mixta* est répersécutoire à hauteur de la perte patrimoniale subie par le demandeur et pénale au-delà. Pour ce motif, comme on le voit surtout dans le cas de la *repetitio temporis*, l'attribution à l'*actio legis Aquiliae* de l'une ou de l'autre nature ne dépend plus que de circonstances factuelles et empiriquement constatables. La distance de la perspective classique est donc tangible.

### **Section 3. Punition, réparation et *aestimatio damni***

Dans la section précédente, la découverte progressive de la fonction de réparation du dommage a été examinée par le biais de l'évolution de l'action en responsabilité aquilienne. Néanmoins, à cet égard, l'élément « économique » évoqué à la fin de la première section, à savoir le montant de la condamnation, présente une importance – pour autant que ce soit possible – encore plus élevée.

En effet, en termes généraux, la fonction préventive d'une norme punitive est d'autant mieux remplie que les citoyens sont dissuadés de commettre les comportements défendus. Vice-versa, l'efficacité d'une norme réparatrice d'un dommage dépend de sa capacité à prendre en compte l'ensemble des chefs de préjudice, pour que la victime puisse se trouver, à l'issue du procès, dans un état le plus proche possible du *status quo ante*.

Cette différence radicale se reflète directement sur le mode de calcul du montant faisant l'objet de l'obligation à la charge du responsable. Si la fonction

remplie par la responsabilité aquilienne est punitive, l'obligation à la charge du coupable devra prendre en compte l'illicéité du comportement qu'il a commis. Il est donc utile que son montant produise, dans le chef du responsable, un appauvrissement plus élevé que celui qu'il a causé à la victime, pour que l'effet dissuasif se produise et que les citoyens s'abstiennent, dès lors, de commettre les actes prohibés. Il n'en va pas de même lorsqu'une finalité réparatrice est poursuivie : en ce cas, seul le dommage doit faire l'objet de l'attention du système juridique, et le montant de la condamnation doit viser à réparer intégralement le préjudice subi, *in concreto*, par la victime<sup>229</sup>.

Le but de la présente section est donc d'étudier la jurisprudence romaine en matière d'*aestimatio damni*. Nous essayerons de démontrer, d'une part, que le mode de calcul du montant de l'obligation *ex lege Aquilia* ne fut pas toujours le même tout au long de l'expérience romaine (§ 1) ; d'autre part, que cette évolution présente un lien direct avec la découverte progressive de l'utilité pratique de l'*actio legis Aquiliae* en tant qu'instrument réparateur. Dans un premier temps, l'évaluation subjective de l'*utilitas* du demandeur s'ajouta au *pretium rei*, qui resta le point de départ de l'*aestimatio* (§ 2). Ensuite, la jurisprudence conçut l'alternative entre le prix marchand de la chose endommagée et l'*utilitas*, pour écarter la première option et opérer l'*aestimatio* sur la seule évaluation subjective du préjudice souffert par la victime (§ 3).

### §1. Du *pretium rei* à l'*id quod interest*: l'évolution de l'*aestimatio damni* aquilienne

Bien que la teneur exacte des *verba legis Aquiliae* reste inconnue et ne puisse faire l'objet que de reconstructions<sup>230</sup>, il est établi que l'objet de la *condemnatio* pécuniaire du responsable est un montant calibré sur la valeur du bien endommagé (*pretium rei*) : même en nous bornant aux citations présentes dans le Digeste, nous retrouvons *quanti id [...] plurimi fuit* dans le premier chapitre, *quanti ea res erit* dans le troisième<sup>231</sup>.

---

<sup>229</sup> Il est possible de rapprocher ce constat du principe de réparation intégrale du préjudice que nous connaissons aujourd'hui. En la matière, v. notamment M.-S. BONDON, *op. cit.*, note 25, *passim*.

<sup>230</sup> V. *supra*, sect. 1.

<sup>231</sup> V. *supra*, note 102.

Néanmoins, l'observateur est amené à mettre en discussion cette méthode de calcul à partir d'un passage où Ulpien semble énoncer un principe général<sup>232</sup> :

D. 9.2.21.2 (Ulp. 18 *ad ed.*) : « *Sed utrum corpus eius solum aestimamus, quanti fuerit cum occideretur, an potius quanti interfuit nostra non esse occisum? Et hoc iure utimur, ut eius quod interest fiat aestimatio* »

« Est-ce que nous évaluons le seul esclave, le prix qu'il avait lorsqu'il a été tué, ou plutôt la valeur de notre intérêt à ce qu'il ne fût pas tué ? Nous usons de ce droit, pour que l'évaluation ait pour objet cet intérêt ».

Au sens de l'interprétation proposée par le juriste, l'estimation de la *condemnatio* ne procéderait point d'un calcul objectif, qui vise à déterminer la valeur du dommage en faisant référence au seul bien détérioré. En revanche, le critère d'évaluation mis en exergue, comme le démontre l'emploi du terme *nostra*, est subjectif, et correspond à la valeur de l'intérêt que la victime (et seulement elle !) avait à ce que le dommage ne se produisît pas. Si *id quod nostra interest* correspond aux seules exigences de la victime, les répercussions sur la fonction de la responsabilité aquilienne sautent aux yeux : un calcul subjectif du montant de l'obligation *ex delicto* ne peut être admis que si l'on vise à créer un instrument dont la victime peut se prévaloir pour obtenir une réparation. D'ailleurs, le problème était bien ressenti par Ulpien : pour ce motif, loin de se borner à rédiger sa conclusion, il l'insère au sein d'une alternative (*utrum ... an potius*). Ici, il exclut expressément l'*aestimatio* objective, basée sur la seule valeur marchande du bien *occisum*<sup>233</sup> et correspondant à la teneur du plébiscite aquilien.

Bien que les sources à notre disposition traitent à plusieurs reprises la question du montant de l'obligation *ex lege Aquilia*<sup>234</sup>, elles se concentrent sur son seul

---

<sup>232</sup> En ce sens, par ex. : G. VALDITARA, *op. cit.*, note 160, p. 14 ; 201-211.

<sup>233</sup> *Id.*, « In tema di stima del danno aquiliano », *Index* 44 (2016), p. 197-216, spéc. p. 209.

<sup>234</sup> G. VALDITARA (*op. cit.*, note 160, p. 14) dresse une liste exhaustive des passages qui « *contengono espresse indicazioni su come veniva intesa la clausola condemnatoria quanti ea res fuit in tema di actio legis Aquiliae* », qu'il vaut la peine de citer ici : Gai. 3.212 ; D. 9.2.7.pr (Ulp. 18 *ad ed.*) ; D. 9.2.12 (Paul. 10 *ad Sab.*) ; D. 9.2.21.2 (Ulp. 18 *ad ed.*) ; D. 9.2.22.pr-1 (Paul. 22 *ad ed.*) ; D. 9.2.23.pr-6 (Ulp. 18 *ad ed.*) ; D. 9.2.27.17 (Ulp. 18 *ad ed.*) ; D. 9.2.29.3 (Ulp. 18 *ad ed.*) ; D. 9.2.30.1 (Paul. 22 *ad ed.*) ; D. 9.2.33.pr (Paul. 2 *ad Plant.*) ; D. 9.2.37.1 (Iav. 14 *ex Cass.*) ; D. 9.2.41.pr (Ulp. 41 *ad Sab.*) ; D. 9.2.51.2 (Iul. 86 *dig.*) ; D. 9.2.55 (Paul. 22 *quaest.*) ; D. 47.2.32.1 (Paul. 9 *ad Sab.*) ; I. 4.3.9-10 ; Coll. 2.4.1.

chapitre premier. À ce propos, comme il a été remarqué à juste titre, il n’y a pas lieu de retenir que le troisième *caput* prévoyait l’évaluation de la seule lésion et non pas de la valeur de la chose : si tel avait été le cas, la jurisprudence se serait concentrée justement sur le troisième chapitre, pour en tirer également l’interprétation du premier. À l’inverse, il convient plutôt d’estimer, en raison du silence des sources dont nous disposons, que le troisième chapitre fut interprété conformément au premier, et que c’est sur celui-ci que les efforts des juristes se concentrèrent<sup>235</sup>.

Dans la lecture de cette jurisprudence sur la *litis aestimatio* aquilienne, la première question que nous nous poserons est justement de savoir si une évolution eut lieu à cet égard, ou si l’*id quod interest* fut adopté dès le début de l’interprétation du plébiscite aquilien : nous tenterons de démontrer que ce critère n’est pas encore appliqué par les juristes tardo-républicains (A). Dans ces circonstances, le parallélisme entre l’évolution dont nous nous occupons en ces pages et le développement dans la fonction de la responsabilité aquilienne, examinée au cours de la section précédente, est presque inévitable. Loin de constituer une simple coïncidence temporelle, cette analogie met en lumière un lien indissoluble entre le but de la *lex Aquilia* et le critère d’évaluation de l’obligation pesant sur le responsable (B).

### A. Le caractère non originaire de l’*id quod interest*

Avant d’essayer de tracer une évolution de l’*aestimatio damni* en matière de responsabilité aquilienne, il convient de se poser une question préalable. Il s’agit de savoir si le critère de l’*id quod interest* qu’Ulpien expose est effectivement le fruit d’un développement progressif ou si, au contraire, les *verba legis* furent immédiatement remplacés par la notion d’*interesse*. En effet, il a été affirmé par Cannata que la précision formulée par Ulpien quant à l’*aestimatio* ne constituerait pas le résultat d’une longue évolution, mais correspondrait au critère utilisé dès le début

---

<sup>235</sup> En ce sens, G. VALDITARA, *op. cit.*, note 233, p. 197. *Contra*, A. CORBINO, *op. cit.*, note 100, p. 188. V. également la position de C. A. CANNATA, « Il terzo capo », *op. cit.*, note 100, p. 270, qui affirme, à la lumière de sa théorie (v. *infra*), que, quant au troisième *caput*, « non si tratta di materia che dia luogo a problemi giuridici ».

par tous les juristes romains, qui s'appuyaient justement sur le *plurimi* mentionné dans le premier chapitre pour retenir un critère subjectif d'évaluation du dommage<sup>236</sup>.

Le point de départ de la théorie de Cannata est l'affirmation du fait que la *lex Aquilia* ne s'occupe que de la destruction totale de *servi* et *pecudes* dans le premier chapitre, des autres biens dans le troisième<sup>237</sup>. Dès lors, les deux chapitres sont ontologiquement séparés et le *caput tertium* ne saurait s'appliquer aux esclaves et quadrupèdes.

En dépit de l'extension du terme *plurimum* au troisième chapitre, que Gaius attribue à Sabinus et qu'Ulpien cite comme une opinion constante<sup>238</sup>, l'auteur considère que, *ex capite primo*, l'estimation de la plus haute valeur du bien durant la dernière année ne sert qu'à prendre en compte les variations saisonnières du *pretium* des biens dont ce chapitre s'occupe. Pour les autres catégories de biens, la référence au dernier mois vise à simplifier la preuve de la valeur et à permettre au juge de calibrer l'*aestimatio* au *pretium* de la chose intacte<sup>239</sup> : dès lors, il n'aurait point été nécessaire d'ajouter *plurimi* aux *verba legis* du troisième chapitre<sup>240</sup>.

Selon Cannata, c'est justement en considération du terme *plurimi* que les juristes – à partir déjà de la période tardo-républicaine – purent évaluer le préjudice de manière à satisfaire l'intérêt de la victime à la réparation du dommage<sup>241</sup>. C'est le cas de deux opinions, respectivement rendues par Quintus Mucius et Brutus et citées par Ulpien et Pomponius, qui s'occupent du cas d'une esclave ou d'une jument qui a avorté à la suite d'un coup porté par autrui.

---

<sup>236</sup> C. A. CANNATA, « Il terzo capo », *op. cit.*, note 100, p. 271 : « *quel che appare dalle fonti è che, comunque si siano espressi, i giuristi hanno sempre, in tutto il loro lavoro casistico, impiegato il disposto legislativo del «massimo valore dell'ultimo anno» come strumento per realizzare in pratica, applicando la sanzione della lex Aquilia, la soddisfazione dell'interesse dell'attore* ». Plus précisément, l'auteur ne nie pas qu'une évolution ait eu lieu sur le plan du critère de l'*aestimatio* (*ibid.*), mais exclut que la prise en compte de l'intérêt subjectif n'ait apparue qu'à l'issue d'une réflexion jurisprudentielle pluriséculaire. Par conséquent, il conclut que les juristes adoptèrent rapidement, bien qu'en le qualifiant de manières diverses, le critère de l'*interesse*, et que l'affirmation d'Ulpien n'est que le constat d'une pratique établie.

<sup>237</sup> *Op. ult. cit.*, p. 269.

<sup>238</sup> *V. supra*, note 115.

<sup>239</sup> C. A. CANNATA, *op. cit.*, note 100, p. 269-270.

<sup>240</sup> *Ibid.* L'auteur justifie la précision de Sabinus par la nécessité de limiter le pouvoir d'appréciation du *damnum* de la part du juge : effectivement, Gaius reporte (3.218, *v. supra*, note 115) que certains juristes, avant Sabinus, considéraient que le juge aurait même pu condamner le responsable à la moindre valeur du bien endommagé durant les 30 derniers jours.

<sup>241</sup> *Op. ult. cit.*, p. 272.

D. 9.2.27.22 (Ulp. 18 *ad ed.*) : « *Si mulier pugno vel equa ictu a te percussa eiecerit, Brutus ait Aquilia teneri quasi rupto* »

Si une esclave que tu as frappée par un coup de poing, ou une jument que tu as percutée, éjecte son fœtus, Brutus affirme que tu es obligé comme si tu avais produit une *ruptio* ».

D. 9.2.39.pr (Pomp. 17 *ad Q. Muc.*) : « *Quintus Mucius scribit: equa cum in alieno pasceretur, in cogendo quod praegnas erat eiecit: quaerebatur, dominus eius possetne cum eo qui coegisset lege Aquilia agere, quia equam in iciendo ruperat. Si percussisset aut consulto vehementius egisset, visum est agere posse* »

« Quintus Mucius écrit qu'une jument enceinte avorta pendant qu'elle paissait dans le fonds d'autrui, puisqu'elle avait été forcée à quitter le terrain : la question se posait de savoir si son propriétaire pouvait agir *ex lege Aquilia* contre celui qui avait poussé la jument, puisqu'il avait produit une *ruptio* en la secouant. L'action semble possible s'il l'avait percutée ou s'il avait agi délibérément avec plus de violence ».

Quant à la citation de Brutus, l'application pratique d'un critère d'évaluation qui prend en compte l'intérêt subjectif de la victime serait la conséquence de la qualification juridique du cas d'espèce. Cannata estime que Brutus, ne pouvant pas appliquer la *lex Aquilia* à l'esclave ou à l'animal dans leur entièreté<sup>242</sup>, se réfère au fœtus (*fetus*) perdu pour condamner le responsable *quasi rupto [fetu]*<sup>243</sup>. Par

---

<sup>242</sup> Selon l'auteur (*op. ult. cit.*, p. 263), si l'on qualifiait l'esclave ou l'animal de bien endommagé aux fins de l'application de la *lex Aquilia*, ni le premier ni le troisième chapitre ne sauraient s'appliquer : le *caput primum* est à écarter en raison de l'absence d'*occisio* ; le *caput tertium*, quant à lui, ne concernerait, dans le raisonnement de Cannata, ni la *serva* ou *pecus* ni le dommage partiel qu'elle a subi. Cette reconstruction s'applique également à D. 9.2.27.23 (Ulp. 18 *ad ed.*), qui s'occupe du cas d'une mule à laquelle autrui a fracturé un membre : « *Et si mulum plus iusto oneraverit et aliquid membri ruperit, Aquiliae locum fore* ». D'après Cannata (*op. ult. cit.*, p. 265), la *lex Aquilia* ne saurait prendre en compte la *ruptio* partielle de l'animal : la seule voie possible pour condamner le responsable est l'application du *tertium caput* à la patte fracturée, en la considérant un objet indépendant de l'animal tout entier. Le juge pourra donc condamner l'auteur de la *ruptio* à un montant correspondant à la valeur de la patte par rapport à la mule entière, qui correspondra à la valeur totale de l'animal seulement si la fracture lui empêche d'être chargé. « *In questo caso la condanna sarà evidentemente al valore del mulo integro, perché un mulo con una zampa rotta è un mulo da abbattere. Ma ciò dipende solo dai caratteri concreti del danno* ». *Contra*, F. MUSUMECI, « *Quasi ruperit* », « *quasi rupto* ». In tema di applicazione concreta del terzo capitolo della *lex Aquilia* », in C. RUSSO RUGGERI (dir.), *Studi in onore di Antonino Metro*, 4, Milano, Giuffrè, 2010, p. 347-394, spéc. p. 385 n. 106.

<sup>243</sup> C. A. CANNATA, « Il terzo capo », *op. cit.*, note 100, p. 263. V. aussi, à ce propos, la scholie B. 60.3.27.132, où l'expression *quasi rupto* est traduite en ajoutant une référence explicite à l'embryon (« *ὡσανεὶ φθάρωντος τοῦ ἐμβρύου* »). L'auteur corrige la conclusion présentée in *Id.*, *op. cit.*, note 50, p. 47, où il écartait l'intégration *fetu* au syntagme « *quasi rupto* ». Sur la nécessité d'ajouter *fetu* au fragment, v. aussi A. BIGNARDI, « *Frangere e rumpere nel lessico normativo e nella interpretatio*

conséquent, le responsable aurait été condamné à payer non pas la valeur marchande de l'embryon (qui ne peut pas être déterminée en raison de sa nature *extra commercium*), mais la valeur que l'esclave ou la jument avait perdue du fait de l'avortement<sup>244</sup>.

D'autre part, Quintus Mucius considère que l'objet de la *ruptio* est l'animal entier, de manière à l'appréhender, dans sa détérioration partielle, par le troisième chapitre de la *lex Aquilia*<sup>245</sup>. Par conséquent, il serait encore plus aisé de condamner le responsable proportionnellement au préjudice occasionné : encore une fois, le résultat pratique serait la condamnation à une somme qui correspond à la perte subie par la victime.

L'on ne saurait nier que cette reconstruction est fascinante. Néanmoins, si nous considérons que les juristes auraient très bientôt utilisé l'élément de l'*aestimatio* pour mettre en place un véritable dédommagement, il serait nécessaire de conclure que la responsabilité aquilienne fut pratiquement entendue comme réparatrice bien avant l'évolution qui eut pour objet la qualification procédurale de l'*actio legis Aquiliae*. D'ailleurs, il semble que Cannata ne fait aucune référence justement à la nature de l'action, alors que, comme nous le verrons dans les prochaines pages, elle constitue un terme de comparaison incontournable lorsque l'on réfléchit à l'*aestimatio damni* aquilienne.

À ceci s'ajoutent certains arguments soulevés à propos de l'exégèse proposée par cet auteur, à partir du postulat selon lequel la *lex Aquilia* n'aurait originellement pris en compte ni les détériorations partielles ni la *ruptio* de *servi* et *pecudes*. Ceci a été remis en discussion, par le biais d'un passage de Livius où, dans

---

*prudentium* », in *Nozione, formazione e interpretazione del diritto. Studi Gallo*, 1, Napoli, Jovene, 1997, p. 11-60, spéc. p. 41-60. *Contra*, O. BEHREND, « Das römische Gesetz unter dem Einfluß der hellenistischen Philosophie », in O. BEHREND, W. SELLERT (dir.), *Nomos und Gesetz. Ursprünge und Wirkungen des griechischen Gesetzesdenkens*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1995, p. 135-249, spéc. p. 244.

<sup>244</sup> C. A. CANNATA, *op. cit.*, note 100, p. 265 : « Il giudice non condannerà al valore che il feto aveva prima della distruzione, nullo perché il feto non è commerciabile, ma al valore che la cavalla ha perso a causa dell'aborto: il valore del fetus ruptum corrisponde dunque alla diminuzione del valore venale, che l'aborto ha cagionato, della cavalla gravida ». V. aussi en ce sens S. GALEOTTI, *Ricerche sulla nozione di damnum. I. Il danno nel diritto romano tra semantica e interpretazione*, Napoli, Jovene, 2015, p. 243-253.

<sup>245</sup> C. A. CANNATA, *op. cit.*, note 100, p. 266-267. Il s'agit ici de l'interprétation du verbe *rumpere* dans le sens de *corrumpere* : v. à cet égard D. 9.2.27.13 (Ulp. 18 *ad ed.*) : « Inquit lex "ruperit". Rupisse verbum fere omnes veteres sic intellexerunt "corruperit" ».



une *rogatio*, l'*occisio* et la *ruptio* des animaux sont mentionnées immédiatement l'une après l'autre<sup>246</sup> (*rumpet occidetve*).

Ce constat permet d'exclure que Brutus et Quintus Mucius, dans le cas de l'avortement de la *serva* ou de l'*equa*, aient dû se référer à la *ruptio* du fœtus pour appliquer la *lex Aquilia*<sup>247</sup>, d'autant plus que, probablement, si *rupto* avait fait référence au terme *fetu* sous-entendu, l'adverbe *quasi* n'aurait pas été nécessaire : si nous ne considérons que le fœtus, une *ruptio* proprement dite a eu lieu. Au contraire, l'effort d'interprétation, dont témoigne l'emploi de *quasi*<sup>248</sup> par Brutus, semble plutôt se concentrer sur l'assimilation de l'avortement à une *ruptio* de l'esclave ou de l'animal, un événement dommageable susceptible d'être sanctionné par le troisième chapitre du plébiscite aquilien.

Sur le plan de l'*aestimatio damni*, la valeur marchande de l'esclave ou de la jument durant la grossesse est nettement plus haute qu'après l'avortement. Il y a donc

<sup>246</sup> Liv. 22.10.1-7 : « *His senatus consultis perfectis L. Cornelius Lentulus pontifex maximus consulente collegium praetore omnium primum populum consulendum de vere sacro censet: iniussu populi voveri non posse. rogatus in haec verba populus: 'velitis iubeatisne haec sic fieri? si res publica populi Romani Quiritium ad quinquennium proximum, sicut velim [vou]eamque, salva servata erit hisce duellis, quod duellum populo Romano cum Carthaginensi est quaeque duella cum Gallis sunt, qui cis Alpibus sunt, tum donum duit populus Romanus Quiritium, quod ver attulerit ex suillo ovillo caprino bovillo grege quaeque profana erunt, Iovi fieri, ex qua die senatus populusque iusserit. Qui faciet, quando volet quaque lege volet, facito; quo modo faxit, probe factum esto. Si id moritur quod fieri oportebit, profanum esto, neque scelus esto. si quis rumpet occidetve insciens, ne fraus esto. si quis clepsit, ne populo scelus esto neve cui cleptum erit. Si atro die faxit insciens, probe factum esto. si nocte sive luce, si servus sive liber faxit, probe factum esto. si antidea, quam senatus populusque iusserit fieri, faxitur, eo populus solutus liber esto.' eiusdem rei causa ludi magni voti aeris trecentis triginta tribus milibus, [trecentis triginta tribus] triente, praeterea bubus Iovi trecentis, multis aliis divinis bubus albis atque ceteris hostiis* ». V. à ce propos G. VALDITARA, *op. cit.*, note 233, p. 201-202 : la *rogatio* en question contemplait l'exclusion du *scelus* pour les hypothèses de *furtum*, *occisio* et *ruptio* dont l'auteur était *insciens* de la soumission de ces animaux au sacrifice. Si C. A. CANNATA (« Il terzo capo », *op. cit.*, note 100, p. 260 n. 69) exclut que ce passage se réfère à la *lex Aquilia*, en raison de l'utilisation de l'expression *ne fraus esto* appartenant au langage décemviral, G. VALDITARA critique cette conclusion, en soutenant que *ne fraus esto* « non rimanda necessariamente al solo contesto decemvirale, essa allude qui piuttosto alla assenza di una violazione rilevante sul piano del sacro, e dunque non idonea a violare la pax deorum ».

<sup>247</sup> A. CORBINO, « Antigiuridicità e colpevolezza nella previsione del plebiscito aquiliano », *SDHI* 75 (2009), p. 77-111, spéc. p. 81 n. 26.

<sup>248</sup> V. à cet égard F. MUSUMECI, *op. cit.*, note 242, p. 348-355 ; G. VALDITARA, *op. cit.*, note 233, p. 206 ; M. V. SANNA, « *Quasi rupto, quasi rumpere*: dalle XII Tavole ai *Digesta* », *Min. Ep. Pap.* 12 (2009), p. 7-18 ; *Ead.*, « *Rumpere e quasi rumpere tra lex e interpretatio* », *BIDR* 111 (2017), p. 347-369. Quant à l'emploi de l'expression *quasi rumpere*, v. D. 9.2.27.18 (Ulp. 18 *ad ed.*), qui se réfère au cas où autrui salit des vêtements : « *Si quis vestimenta sciderit vel inquinaverit, Aquilia quasi ruperit tenetur* » ; D. 9.2.27.24 (*ibid.*), qui présente le cas d'un navire percé dont les marchandises s'échappèrent (« *Si navem venaliciarum mercium perforasset, Aquiliae actionem esse, quasi ruperit, Vivianus scribit* ») ; D. 47.7.7.2, où le cas d'un arbre éradiqué mais non coupé est traité : « *Si quis radicitus arborem evellerit vel exstirpaverit, hac actione non tenetur: neque enim vel caedit vel succidit vel subsecuit: Aquilia tamen tenetur, quasi ruperit* ».

lieu d'estimer que Brutus et Quintus Mucius se concentrèrent sur ce *pretium rei* pour condamner le défendeur, conformément aux *verba legis*, à remettre la plus haute valeur de la *res* dans le mois précédent.

Dès lors, il convient de conclure que ces deux juristes tardo-républicains essayèrent de calibrer plus précisément l'évaluation du montant dû par le responsable d'un *damnum iniuriā*, en prenant en compte une éventuelle valeur supérieure du bien endommagé en raison de circonstances particulières. Néanmoins, l'*aestimatio* qu'ils proposent « *sembra svolgersi all'interno di una stima oggettiva del valore del bene*<sup>249</sup> », sans prendre en compte l'intérêt subjectif de la victime de manière pure et simple. En un mot, l'*id quod interest* leur est encore inconnu.

## B. La liaison fonctionnelle entre réparation et *interesse*

Si la perspective de la considération de l'*id quod interest* à partir de la jurisprudence romaine préclassique est exclue, l'affirmation d'Ulpien « *hoc iure utimur, ut eius quod interest fiat aestimatio* » doit nécessairement constituer le fruit d'une évolution de l'*interpretatio* en la matière<sup>250</sup>.

Dans le paragraphe précédent, l'impossibilité de scinder l'*aestimatio damni* de la fonction attribuée à la *lex Aquilia* a été mentionnée. Il y a lieu de se pencher davantage sur cette affirmation, pour tenter de démontrer que la méthode d'évaluation du dommage est le moyen principal par lequel la responsabilité aquilienne poursuit la réparation du préjudice ou la punition de son auteur.

Au cours des pages précédentes, la théorie selon laquelle le critère de l'*id quod interest* aurait trouvé application même chez les juristes tardo-républicains a été rejetée : elle semble faire abstraction de la fonction de l'action aquilienne et de sa mutation radicale à travers l'expérience romaine, comme nous l'avons vu dans la section précédente.

---

<sup>249</sup> G. VALDITARA, *op. cit.*, note 233, p. 206.

<sup>250</sup> V. à ce propos I. 4.3.10 : « *Illud non ex verbis legis, sed ex interpretatione placuit, non solum perempti corporis aestimationem habendam esse, secundum ea quae diximus, sed eo amplius quidquid praeterea, perempto eo corpore, damni vobis adlatum fuerit (...)* ».

Aux yeux de l'observateur moderne, la liaison entre la finalité punitive ou réparatrice de la responsabilité pour *damnum* et le calcul objectif ou subjectif du montant dû par l'auteur du préjudice est logique. Plus précisément, si un système juridique souhaite fournir à la victime un instrument pour éliminer les conséquences préjudiciables du comportement d'autrui, il la rendra créancière d'une *obligatio ex delicto* calquée sur la perte effective qu'elle a subie, qui ne correspond pas forcément à la valeur marchande du bien endommagé. C'est le cas, par exemple, de l'*occisio* de l'esclave dont la délivrance à titre de peine avait été promise à un tiers<sup>251</sup>, du meurtre d'un *servus* désigné comme héritier<sup>252</sup> ou de l'un des composants d'un groupe indivisible d'esclaves ou d'animaux<sup>253</sup>.

Partant, « [a]zione penale e liquidazione dell'interesse dell'attore appaiono [...] originariamente incompatibili<sup>254</sup> ». Non seulement l'*id quod interest* est nécessaire à la mise en place d'un remède réparateur, mais, symétriquement, ce critère d'évaluation ne saurait être adopté lorsque la finalité de l'instrument juridique en question est punitive.

Ceci nous permet d'expliquer l'opposition radicale entre la clause *quanti ea res* et le critère de l'*id quod interest*, qu'Ulpien souligne clairement :

D. 50.16.179 (Ulp. 51 *ad Sab.*) : « *Inter haec verba "quanti ea res erit" vel "quanti eam rem esse paret" nihil interest: in utraque enim clausula placet veram rei aestimationem fieri* »

« Il n'y a aucun intérêt dans la distinction entre « combien cette chose vaut » et « combien il paraît que cette chose vaut » : dans les deux formules, il convient d'effectuer une vraie évaluation de la chose ».

---

<sup>251</sup> D. 9.2.22.pr (Paul. 22 *ad ed.*) : « *Proinde si servum occidisti, quem sub poena tradendum promisi, utilitas venit in hoc iudicium* ».

<sup>252</sup> D. 9.2.23.pr (Ulp. 18 *ad ed.*) : « (...) *si servus heres institutus occisus sit, etiam hereditatis aestimationem venire* ».

<sup>253</sup> D. 9.2.22.1 (Paul. 22 *ad ed.*) : « (...) *si quis ex comoedis aut symphoniacis aut gemellis aut quadriga aut ex pari mularum unum vel unam occiderit: non solum enim perempti corporis aestimatio facienda est, sed et eius ratio haberi debet, quo cetera corpora depretiata sunt* ». Les deux derniers exemples sont également traités in Gai. 3.212 et I. 4.3.10.

<sup>254</sup> G. VALDITARA, *op. cit.*, note 233, p. 199.

D. 50.16.193 (Ulp. 38 *ad ed.*) : « *Haec verba "quanti eam rem paret esse" non ad quod interest, sed ad rei aestimationem referuntur*<sup>255</sup> »

« Les mots « combien il paraît que cette chose vaut » ne se réfèrent pas à l'*id quod interest*, mais à l'évaluation de la chose ».

La valeur marchande du bien « *ist doch gewiß der historische Ausgangspunkt für die Ästimation bei diesen Klagen gewesen*<sup>256</sup> » : à partir de cette base, c'est justement sur le critère de l'*aestimatio* que les juristes se basèrent pour produire une évolution de la fonction de cette action. Autrement dit, à travers l'*interpretatio* de la clause *quanti ea res [est]*, le glissement entre les finalités punitive et réparatrice trouva sa concrétisation dans la mutation du critère d'évaluation du montant de la *condemnatio*. Un passage d'Ulprien en matière de *cautio damni infecti* en constitue un exemple éloquent<sup>257</sup> :

D. 39.2.4.7 (Ulp. 1 *ad ed.*) : « *In eum, qui quid eorum quae supra scripta sunt non curaverit, quanti ea res est, cuius damni infecti nomine cautum non erit, iudicium datur: quod non ad quantitatem refertur, sed ad id quod interest, et ad utilitatem venit, non ad poenam* »

« Un *iudicium* est accordé à l'encontre de celui qui ne s'est pas occupé de l'une des choses qui ont été mentionnées plus haut, pour la valeur de la chose dont il ne s'est pas occupé, à titre de *damnum infectum*. Ce *iudicium* ne se réfère pas à une quantité (objectivement mesurée), mais à l'*id quod interest*, et vise à l'*utilitas*, non pas à la peine ».

Le fragment en question ne concerne pas la responsabilité aquilienne, mais le raisonnement mené par Ulprien jette une lumière sur la logique suivie dans l'*interpretatio* quant à l'évaluation de l'objet de la *condemnatio*. Le juriste intervient ici

---

<sup>255</sup> *Ibid.* Outre les deux fragments cités ici et ceux qui seront mentionnés *infra*, les références à l'opposition entre les *verba quanti ea res* et l'*interesse* est présentée à plusieurs reprises dans les sources. L'auteur attire l'attention, à ce propos, sur D. 47.2.50.pr (Ulp. 37 *ad ed.*), outre les passages que nous avons mentionnés et mentionnerons en ces pages.

<sup>256</sup> D. MEDICUS, *Id quod interest. Studien zum römischen Recht des Schadensersatzes*, Köln-Graz, Böhlau, 1962, p. 230.

<sup>257</sup> *Ibid.* *A contrario*, v. aussi D. 2.3.1.4 (Ulp. 1 *ad ed.*) : « *Hoc iudicium non ad id quod interest, sed quanti ea res est concluditur: et cum meram poenam contineat, neque post annum neque in heredem datur* ». Celui qui n'obéit pas aux magistrats pourvus de *iuris dictio* subit une condamnation pénale, qui ne peut par conséquent pas avoir pour objet l'*interesse* du demandeur, mais la seule *poena*.

à propos du *iudicium* accordé contre le magistrat, lorsqu'il omet d'intervenir en cas de *damnum infectum*. Ce moyen procédural poursuit tant l'intérêt du demandeur, qui a subi un dommage à cause de l'inertie du magistrat, que l'intérêt général au bon fonctionnement de la justice. Dans le passage en question, la clause *quanti ea res est* peut désormais se référer tant à l'estimation objective d'une *quantitas*, conformément à sa signification originiaire, qu'à l'évaluation subjective de l'*id quod interest*<sup>258</sup>.

Il importe donc au juriconsulte d'établir lequel des intérêts poursuivis par l'action – celui du demandeur ou de la collectivité – mérite le plus de protection. Puisqu'il choisit de privilégier la position individuelle de la victime du déni de justice, Ulpien écarte le critère objectif de la *quantitas* pour adopter une *aestimatio* subjective ; par conséquent, comme il le précise immédiatement après, le *iudicium* en question « *ad utilitatem venit, non ad poenam*<sup>259</sup> ».

Cette même logique peut être trouvée en matière de *falsus tutor* : à nouveau, celui qui agit *dolo malo* se prétendant tuteur peut être attiré devant le magistrat par le biais d'une action qui tend à *quanti ea res erit*<sup>260</sup>. À la question de l'*aestimatio*, Ulpien répond comme suit :

D. 27.6.7.2 (Ulp. 12 *ad ed.*) : « *Quod ait praetor "quanti ea res erit", magis puto non poenam, sed veritatem his verbis contineri* »

« Quant à ce que le préteur qualifie de « *quanti ea res erit* », j'estime que ces mots contiennent non pas la peine, mais la *veritas* ».

<sup>258</sup> C'est ce qui ressort de l'alternative présentée par Ulpien. En ce sens, S. TAFARO, *La interpretatio ai verba 'quanti ea res est' nella giurisprudenza romana. L'analisi di Ulpiano*, Napoli, Jovene, 1980, p. 140.

<sup>259</sup> *Op. ult. cit.*, p. 141-142. L'auteur précise, à ce propos, que la teneur de l'exposé d'Ulpien laisse entendre la présence d'une controverse à propos du critère d'*aestimatio* et, par conséquent, à la fonction de l'action en question : « *secondo il giurista l'azione non doveva tendere tanto al buon funzionamento della giustizia [...] quanto ad assicurare al proprietario il ristoro dei danni* ». À dire vrai, soutient encore G. Valditara, le *iudicium* en question est considéré différent d'autres remèdes : v. justement D. 2.3.1.4 (*supra*, note 257). V. aussi, en ce sens, M. KASER, *op.cit.*, note 151, p. 190. L'auteur fait référence à D. 39.2.4.9 (« *Si tam vicinum urbi municipium sit, ut magistratu se non interponente potuerit praetor vel praeses adiri, potest dici cessare hanc actionem adversus magistratus, quasi nihil intersit, cum in tua potestate fuerit a praetore vel praeside desiderare in possessionem mitti* », il s'agit du corollaire du principe exposé dans le paragraphe 7) : « *Das 'potest dici', mit dem diese Entscheidung eingeführt wird, mag allerdings an die Stelle von Zitaten getreten sein, die verraten hätten, daß diese Interesserechnung noch vor nicht langer Zeit umstritten war* ».

<sup>260</sup> D. 27.6.7.pr (Ulp. 12 *ad ed.*) : « *Novissime praetor ait: "In eum qui, cum tutor non esset, dolo malo auctor factus esse dicetur, iudicium dabo, ut quanti ea res erit, tantam pecuniam condemnetur"* ».

Si l'alternative était, en matière de responsabilité du magistrat, entre *poena* et *utilitas*, Ulpien oppose ici à la fonction originellement punitive de l'action<sup>261</sup> la *veritas*, « *also das wirkliche Interesse*<sup>262</sup> » : encore une fois, c'est à travers le nouveau critère d'*aestimatio* qu'une finalité de l'action jusqu'alors inédite s'impose<sup>263</sup>.

À partir de ce premier aperçu général de la matière, nous pouvons tirer la conclusion que la clause *quanti ea res [est]*, qui ne se réfère originellement qu'à la valeur marchande actuelle du bien litigieux, est un terrain fructueux d'*interpretatio* en droit romain. En effet, c'est à travers l'aménagement du critère d'évaluation du montant dû par le défendeur que la jurisprudence put intervenir sur la fonction des actions qui prévoyaient la condamnation à payer *quanti ea res [est]*, protégeant ainsi l'intérêt individuel du demandeur.

Encore faut-il, à partir de ces prémisses, se tourner vers la responsabilité aquilienne. D'une part, nous avons exclu que les témoignages des juristes tardo-républicains dont nous disposons aient pu se référer, en matière de *damnum iniuriā*, à *id quod interest* ; d'autre part, nous avons affirmé qu'il existe effectivement une évolution qui eut pour objet l'*interpretatio* de la clause *quanti ea res [est]*, à travers laquelle la jurisprudence put accorder une meilleure réparation du préjudice. Il ne reste donc qu'à parcourir les étapes principales du développement de l'*aestimatio damni* aquilienne.

## §2. L'*utilitas* en plus du *pretium rei*

Parmi les sources qui nous intéressent ici, la jurisprudence préclassique a déjà été examinée. Il y a donc lieu de se pencher sur l'*interpretatio* classique en matière d'*aestimatio damni* aquilienne, en vue de tracer un trait d'union entre la clause *quanti ea res*, que nous retrouvons dans les premier et troisième chapitres de la *lex Aquilia*,

---

<sup>261</sup> M. KASER, *op. cit.*, note 151, p. 190 : « *Sicher ist die Pönalität der Klage gegen den falsus tutor* ».

<sup>262</sup> *Op. ult. cit.*, p. 191.

<sup>263</sup> Le parallélisme entre fonction de l'action et mode de calcul de l'objet de la *condemnatio* est tellement ancré dans l'esprit d'Ulpien qu'il oppose à *poena*, faisant chef à la fonction de l'action, deux termes, *utilitas* et *veritas*, qui relèvent en revanche de l'*aestimatio*. En ce sens, *op. ult. cit.*, p. 190 : « *Dazu kommt, dass die Antithese ‚poena-veritas‘ hier ebenso schief ist wie ‚poena-utilitas‘; denn eine poena kann, wie wir oft genug gesehen haben, bei einer gemischten Strafklage ohne weiteres auf das Interesse geben* ». V. aussi *ibid.* n. 7 : « *Der Gegensatz ‚utilitas-poena‘ ist schief* ». Sur le parallélisme entre *utilitas* et *id quod interest*, v. S. TAFARO, *op. cit.*, note 258, p. 132-137.

et le choix de ne calculer que l'*id quod interest*, qu'Ulpien opère au détriment du critère de l'*aestimatio corporis soli*<sup>264</sup>.

Nous pourrions résumer cette étape intermédiaire par l'exposé que Gaius dédie, dans ses *Institutes*, à l'évaluation du montant de l'obligation aquilienne :

Gai. 3.212 : « *Nec solum corpus in actione huius legis aestimatur; sed sane si servo occiso plus dominus capiat damni, quam pretium servi sit, id quoque aestimatur, velut si servus meus ab aliquo heres institutus, antequam iussu meo hereditatem cerneret, occisus fuerit; non enim tantum ipsius pretium aestimatur, sed et hereditatis amissae quantitas. item si ex gemellis vel ex comoedis vel ex symphoniacis unus occisus fuerit, non solum occisi fit aestimatio, sed eo amplius id quoque computatur, quod ceteri, qui supersunt, depretiati sunt. Idem iuris est etiam, si ex pari mularum unam vel etiam ex quadrigis equorum unum occiderit* »

« Dans l'*actio legis Aquiliae* nous n'évaluons pas seulement la chose endommagée, mais si le propriétaire d'un esclave subit, du fait de son meurtre, un préjudice plus grave que la valeur de ce même esclave, ceci est également compris dans l'évaluation. Par exemple, si mon esclave, institué héritier par quelqu'un, est tué avant d'accepter l'héritage sur mon ordre, l'évaluation a pour objet non seulement la valeur de l'esclave lui-même, mais aussi celle de l'héritage perdu. Également, si un seul membre d'un groupe de jumeaux, de comédiens ou de musiciens est tué, l'évaluation de l'obligation ne porte pas seulement sur la valeur de l'esclave défunt, mais la perte de valeur des autres, qui restent en vie, est aussi évaluée. Il en va de même du point de vue juridique si quelqu'un tue une seule mule d'un attelage, ou aussi un seul cheval d'un quadriges ».

Le but d'enseignement poursuivi par Gaius nous offre ici un regard efficace sur l'évolution dans l'*interpretatio* de la clause *quanti ea res* à son époque. À la différence d'Ulpien, Gaius ne présente pas une alternative (« *utrum ... an* ») entre le *pretium rei* et l'évaluation de l'intérêt de la victime à la non-survenance du fait dommageable. Au contraire, il impose d'évaluer le prix marchand de la chose détériorée<sup>265</sup>, mais *non solum* : à ce premier montant s'ajoute (« *quoque aestimatur* ») la valeur ultérieure que ce bien présentait pour son propriétaire. Les exemples que Gaius insère

<sup>264</sup> D. 9.2.21.2, v. *supra*, § 1.

<sup>265</sup> Sur la signification attribuée par Gaius au vocable *corpus*, v. G. VALDITARA, *op. cit.*, note 160, p. 64-65.

immédiatement après l'énoncé du principe confirment cette *aestimatio* « en deux temps », où l'évaluation subjective du préjudice constitue un supplément, une *causa*<sup>266</sup> du prix marchand du bien, quant à lui objectivement identifié.

La notion de *causa* en matière d'*aestimatio damni* aquilienne est davantage précisée par Paul :

D. 9.2.22.1 (Paul. 22 *ad ed.*) : « *Item causae corpori cohaerentes aestimantur, si quis ex comoedis aut symphoniacis aut gemellis aut quadriga aut ex pari mularum unum vel unam occiderit: non solum enim perempti corporis aestimatio facienda est, sed et eius ratio haberi debet, quo cetera corpora depretiata sunt* »

« De même, les *causae corpori cohaerentes* font l'objet de l'évaluation : si quelqu'un tue un jumeau, un seul membre d'un groupe de comédiens ou musiciens ou un seul animal d'un attelage de mules ou d'un quadriga, non seulement il est nécessaire d'estimer la valeur du bien, mais il est nécessaire de calculer la mesure dans laquelle les autres biens ont subi une diminution de valeur ».

Paul présente ici plusieurs cas où le bien endommagé fait partie d'une pluralité nécessaire, dans son entièreté, à remplir une certaine fonction : l'*aestimatio* ne pourra pas se borner au bien détruit, mais devra également prendre en compte le rôle que cette chose revêtait dans l'ensemble dont elle faisait partie. L'impossibilité d'accomplir la fonction commune de la pluralité de biens engendre une dépréciation des autres choses, non touchées par le comportement dommageable mais que

---

<sup>266</sup> Cette signification est mentionnée in H. G. HEUMANN, E. SECKEL, *Handlexicon zu den Quellen des römischen Rechts*, Jena, Gustav Fischer, 1926, s.v. *causa*, 5) ; D. MEDICUS précise à cet égard (*op. cit.*, note 256, p. 301) que *causa* peut signifier « *einen Zuschlag zu einer Hauptleistung* ». Ce terme est employé avec cette signification, par ex. : in D. 4.2.12.pr (Ulp. 11 *ad ed.*) : « *Sed et partus ancillarum et fetus pecorum et fructus restitui et omnem causam oportet: nec solum eos qui percepti sunt, verum si plus ego percipere potui et per metum impeditus sum, hoc quoque praestabit* » ; D. 6.1.20 (Gai. 7 *ad ed. prov.*) : « *Praeterea restituere debet possessor et quae post acceptum iudicium per eum non ex re sua adquisivit: in quo hereditates quoque legatae, quae per eum servum obvenerunt, continentur. Nec enim sufficit corpus ipsum restitui, sed opus est, ut et causa rei restituatur, id est ut omne habeat petitor, quod habiturus foret, si eo tempore, quo iudicium accipiebatur, restitutus illi homo fuisset. Itaque partus ancillae restitui debet, quamvis postea editus sit, quam matrem eius, post acceptum scilicet iudicium, possessor usuceperit: quo casu etiam de partu, sicut de matre, et traditio et cautio de dolo necessaria est* » ; D. 43.24.15.7 (Ulp. 71 *ad ed.*) : « *Hoc interdicto tanti lis aestimatur, quanti actoris interest id opus factum esse. Officio autem iudicis ita oportere fieri restitutionem iudicandum est, ut in omni causa eadem condicio sit actoris, quae futura esset, si id opus, de quo actum est, neque vi neque clam factum esset* » D. 50.16.35 (Paul. 17 *ad ed.*) : « *"Restituere" autem is intellegitur, qui simul et causam actori reddit, quam is habiturus esset, si statim iudicii accepti tempore res ei reddita fuisset, id est et usucapionis causam et fructuum* ».



l'évaluation du préjudice aquilien ne peut pas négliger. Comme l'affirme Giuseppe Valditara, « *si parte dalla aestimatio del corpus peremptum, inteso come valore base, cui si aggiunge una entità rappresentata dalla stima del deprezzamento subito dai corpi connessi, nel rapporto funzionale, con quello ucciso*<sup>267</sup> ».

Sur le plan de la fonction de la responsabilité aquilienne, nous pouvons affirmer dès à présent que l'évolution dont l'*aestimatio damni* fait l'objet semble témoigner du développement de la conception de la responsabilité aquilienne, tout comme l'aménagement pratique de l'*actio legis Aquiliae* examiné au premier paragraphe de notre section 2. En effet, les *verba legis* restèrent pleinement appliqués par la jurisprudence : le prix marchand du bien *occisus, ustus, fractus* ou *ruptus* garda son rôle d'élément principal de l'*aestimatio*. Néanmoins, la découverte de la fonction également réparatrice, à laquelle la *lex Aquilia* est en mesure de tendre, conduisit progressivement à y ajouter, à titre de *causa rei*, un montant qui permettait de mieux calibrer l'*obligatio ex lege Aquiliā* sur la perte concrètement subie par la victime.

Nous démontrerons le lien entre l'*aestimatio* du *damnum iniuriā* et le but poursuivi par la responsabilité aquilienne elle-même au sein de l'ordre juridique à travers l'approfondissement des étapes principales de cette évolution. Au tout début de la période classique, Labéon semblait lié à la fonction exclusivement punitive de la *lex Aquilia*, ce qui se répercutait sur son opinion en matière d'évaluation du montant de l'obligation (A). Quelques décennies après, Javolène et son élève Julien ressentirent l'exigence de poursuivre également la réparation du dommage par la responsabilité aquilienne : dès lors, sans renier les *verba legis* qui imposent d'évaluer le *pretium rei*, ils tendèrent à adapter l'*aestimatio* aux circonstances concrètes du cas d'espèce en ajoutant à la valeur marchande du bien détérioré l'éventuel surplus perdu par la victime (B).

### A. L'*aestimatio damni iniuriae* selon Labéon

Le premier juriste à prendre en considération est Labéon. L'examen des citations qui lui sont attribuées dans les sources à notre disposition révèle immédiatement une ambiguïté. En effet, Ulpien rapporte que, pour le cas d'un

---

<sup>267</sup> G. VALDITARA, *op. cit.*, note 160, p. 66 ; v. aussi L. DESANTI, *op. cit.*, note 184, p. 151-152.

esclave, coupable de graves fraudes, qui avait été tué avant de pouvoir avouer la présence d'éventuels complices, Labéon aurait suggéré d'évaluer l'*interesse* du demandeur à découvrir ces méfaits :

D. 9.2.23.4 (Ulp. 18 *ad ed.*) : « *Sed et si servus, qui magnas fraudes in meis rationibus commiserat, fuerit occisus, de quo quaestionem habere destinaveram, ut fraudum participes eruerentur, rectissime Labeo scribit tanti aestimandum, quanti mea intererat fraudes servi per eum commissas detegi, non quanti noxa eius servi valeat* »

« Labéon écrit à très juste titre que, si un esclave qui avait commis de graves tromperies dans mes bilans, et que j'avais décidé de le torturer pour découvrir ses complices, est tué par autrui, il doit être évalué non pas selon la valeur du dommage qu'il avait produit, mais dans la mesure de mon intérêt à dévoiler les tromperies de l'esclave ».

À une première lecture, il semble que Labéon renie tant les positions des juristes tardo-républicains que les *verba legis* eux-mêmes, pour adopter un critère qui sera affirmé deux siècles plus tard : pour ce motif, le texte en question a été considéré interpolé par plusieurs auteurs<sup>268</sup>. D'ailleurs, il a été remarqué que, comme nous le verrons dans les pages qui suivent, les autres citations qui portent sur un critère d'*aestimatio* différent du *pretium rei* sont attribuées à des juristes postérieurs. Puisqu'il n'est pas rare, dans le Digeste et notamment dans le deuxième chapitre du livre 9, de rencontrer des citations de juristes contemporains à Labéon<sup>269</sup>, les écrits postérieurs n'auraient apporté aucune nouvelle interprétation à la clause *quanti ea res* du plébiscite aquilien.

Cependant, venons à la citation de Labéon. Si les auteurs qui excluent un remaniement postclassique concluent que ce juriste aurait proposé pour la première

---

<sup>268</sup> V. par ex. : G. BESELER, « Romanistische Studien », *ZSS RA* 50 (1930), p. 18-77, spéc. p. 27 ; P. VOCI, *op. cit.*, note 152, p. 71 ; F. DE VISSCHER, *Le régime romain de la noxalité. De la vengeance collective à la responsabilité individuelle*, Bruxelles, A. de Visscher, 1947, p. 547 : l'auteur considère ce fragment « passablement énigmatique » ; T. J. GERKE, « Geschichtliche Entwicklung der Bemessung der Ansprüche aus der 'lex Aquilia' », *SDHI* 23 (1957), p. 61-118, spéc. p. 93-97 ; D. MEDICUS, *op. cit.*, note 256, p. 241-242 ; K.-H. BELOW, *Die Haftung für lucrum cessans im römischen Recht*, München, Beck, 1964, p. 37-38 ; G. VALDITARA, *op. cit.*, note 160, p. 160. *Contra*, H. F. JOLOWICZ, *op. cit.*, note 51, p. 225 ; G. MACCORMACK, « Aquilian Studies », *SDHI* 41 (1975), p. 1-78, spéc. p. 69-70.

<sup>269</sup> G. VALDITARA, *op. cit.*, note 160, p. 153-154 n. 432-445.

fois le critère de *id quod interest*<sup>270</sup>, les partisans de l'interpolation de ce passage en remarquent la faiblesse logique. En effet, la preuve de l'intérêt à l'aveu postule la démonstration de son contenu, mais si le demandeur connaissait déjà ce contenu, il n'aurait plus eu aucun intérêt à son aveu. Autrement dit, l'on ne saurait être sûr que l'absence d'aveu produise effectivement un dommage dans le chef de la victime : comment pouvoir l'évaluer économiquement<sup>271</sup> ?

Ce cadre est rendu encore plus compliqué par l'absence de toute référence à la valeur marchande de l'esclave, contrairement aux autres cas énucléés dans le fragment 23<sup>272</sup> : l'alternative est entre *quanti mea intererat fraudes servi per eum commissas detegi* et *quanti noxa eius servi valeat*.

Partant, il a été proposé par Valditara de considérer le syntagme *quanti noxa eius servi valeat* une métonymie pour identifier la valeur de l'esclave *obnoxius*, soit après la commission des fraudes<sup>273</sup>. Cette conjecture est heureuse : elle permet de comprendre que Labéon exclut une *aestimatio* limitée à la seule valeur du *servus* auteur d'actes illicites et probablement destiné à être torturé<sup>274</sup>.

À partir de ce premier résultat, l'auteur propose de considérer l'emplacement de la citation de Labéon au sein du fragment D. 9.2.23<sup>275</sup>. Ici, les trois premiers paragraphes (pr.-2) « *sono tutti a discutere di quanto sia l'aestimatio damni applicando il criterio dell'id quod interest*<sup>276</sup> » et s'occupent, par conséquent, de la réparation du dommage par le biais de la responsabilité aquilienne. En revanche, les

<sup>270</sup> V. par ex. : D. MEDICUS, *op. cit.*, note 256, p. 241-242 ; H. ANKUM, « L'actio de pauperie et l'actio legis Aquiliae dans le droit romain classique », in *Studi in onore di Cesare Sanfilippo*, 2, Milano, Giuffrè, 1982, p. 11-59, spéc. p. 49 ; 50 n. 83 ; T. FINKENAUER, *op. cit.*, note 47, p. 49-50.

<sup>271</sup> C. H. MONRO, *op. cit.*, note 100, p. 28-29 ; G. VALDITARA, *op. cit.*, note 160, p. 158. Sur l'incertitude du dommage, v. aussi D. 9.2.29.3 (Ulp. 18 *ad ed.*), qui porte sur le déchirement d'un filet de pêche : Labéon et Proculus auraient exclu les poissons dans l'*aestimatio damni*, en soutenant que « (...) *ubi damni iniuria agitur ob retia, non piscium, qui ideo capti non sunt, fieri aestimationem, cum incertum fuerit, an caperentur* (...) ».

<sup>272</sup> *Op. ult. cit.*, p. 160.

<sup>273</sup> *Op. ult. cit.*, p. 170. L'affirmation de l'auteur s'insère dans le sillage de la théorie de F. DE VISSCHER (*op. cit.*, note 268, p. 549), qui excluait que *noxam* puisse signifier le délit commis par l'esclave, le dommage causé par lui ou même le coupable. À ce propos, T. J. GERKE (*op. cit.*, note 268, p. 95) affirme que « *die Auslegung De Visschers, der quanti noxa eius servi valeat auf den Verkaufswert des Sklaven beziehen will, führt zu keinem klaren Ergebnis* ».

<sup>274</sup> G. VALDITARA (*op. cit.*, note 160, p. 170) attire l'attention sur le problème de la diminution du *pretium* d'un esclave à la suite d'une punition à son égard : v. D. 20.1.27 (Marc. 5 *dig.*).

<sup>275</sup> *Op. ult. cit.*, p. 171-175 ; *Id.*, *op. cit.*, note 233, p. 209-210. L'ordre des paragraphes du fragment en question est confirmé in O. LENEL, *Paligenesia Iuris Civilis*, 2, Lipsiae, Officina Bernardi Tauchnitz, 1889, 616 (c. 525-526).

<sup>276</sup> G. VALDITARA, *op. cit.*, note 233, p. 209. Pour le contenu de ces paragraphes, v. *infra*.

paragraphe 3 et 5 envisagent deux cas où la valeur de la *res* détruite avait été plus haute dans l'année précédente qu'au moment de la survenance du dommage aquilien<sup>277</sup>. Au sens du chapitre premier, l'*aestimatio* aurait donc dû se référer à cette valeur-là, bien que le *pretium rei* actuel fût moins élevé. Il s'agit bien de cette *repetitio temporis* qui a été précédemment évoquée<sup>278</sup> : en ce cas, le responsable aquilien est condamné à remettre une somme supérieure à l'intérêt du demandeur, et cette majoration vise à sanctionner son comportement *iniuriā*.

À bien y regarder, le paragraphe 4 traite aussi un cas où le responsable est obligé de payer un montant supérieur à la valeur actuelle du bien endommagé : le *pretium rei* correspond exactement à *quanti noxa eius servi valeat*, un montant, sinon dérisoire, sûrement moins élevé que le prix marchand d'un esclave<sup>279</sup>. L'exclusion d'une *aestimatio* se basant sur cette seule valeur implique que l'objet de l'évaluation, bien que la proposition *quanti mea intererat fraudes servi per eum commissas detegi* soit obscure, est sûrement plus élevé, ce qui correspond à la volonté de punir l'auteur de l'*occisio*.

Si tel est le sens de la citation de Labéon, il est déjà possible d'en tirer sa position : en raison de l'incompatibilité de la fonction punitive avec une éventuelle application du critère de *id quod interest*, le juriste ne saurait avoir fait référence à l'*aestimatio* subjective, quand bien même le verbe *interesse* aurait été employé.

Cette conclusion est conforme aux autres citations de Labéon traitant de l'*aestimatio*. Dans un fragment du juriste Venuleius, la clause *quanti ea res* porte sur la *cautio* stipulée par un homme libre, pour ne plus être poursuivi par un *procurator* qui affirmait être son *dominus*<sup>280</sup>. L'auteur du texte interprète la clause en faisant

---

<sup>277</sup> Il s'agit respectivement du cas de l'*occisio* d'un esclave peintre qui avait pourtant perdu son pouce dans l'année précédente (D. 9.2.23.3 : « *Idem Iulianus scribit aestimationem hominis occisi ad id tempus referri, quo plurimi in eo anno fuit: et ideo et si pretioso pictori pollex fuerit praecisus et intra annum, quo praecideretur, fuerit occisus, posse eum Aquilia agere pretioque eo aestimandum, quanti fuit priusquam artem cum pollice amisisset* ») et du cas du meurtre d'un *servus* qui avait perdu ses bonnes mœurs durant la dernière année (D. 9.2.23.5 : « *Sed et si bonae frugi servus intra annum mutatis moribus occisus sit, pretium id aestimabitur, quanto valeret, priusquam mores mutaret* »).

<sup>278</sup> V. *supra*, sect. 2.

<sup>279</sup> G. VALDITARA (*op. cit.*, note 160, p. 170) évoque un « *indubbio deprezzamento* » en raison de la faiblesse morale de l'esclave et du fait qu'il est destiné à la torture ; plus récemment, ce même auteur affirme que « *il valore del servo sottoposto a tortura [...] doveva essere pressoché nullo* ».

<sup>280</sup> D. 46.8.8.2 (Ven. 15 *stip.*) : « *Si quis a procuratore status controversiam patiat, satis accipere debet a procuratore, ne impune saepius pro suo statu conveniretur et, si dominus venientesque ab eo personae ratum non habuerunt, quod procurator eum in servitatem petierit vel adversus procuratorem* ».

immédiatement référence à l'*id quod interest* (en l'espèce, l'intérêt à ne plus être attrait devant le magistrat *de statu suo*), alors que Labéon invoque un montant certain, car l'évaluation économique de la liberté pourrait s'étendre à l'infini<sup>281</sup>.

Revenons toutefois à D. 9.2.23.4. Certes, la citation est rédigée de manière peu claire<sup>282</sup>, ce qui a ouvert la voie à plusieurs soupçons d'interpolation. Cependant, le raisonnement de Labéon ne semble pas faussé : le texte nous permet d'exclure la référence, de la part d'Ulpien, à l'*interesse* en tant que critère de calcul subjectif de l'*obligatio ex lege Aquiliā* visant à mieux réparer le dommage souffert par le demandeur.

L'opinion de Labéon peut être davantage éclairée par un autre passage, où ce juriste est cité à propos du cas d'un plâtrier qui troue le tonneau de vin sur lequel il travaillait, de telle sorte que le contenu s'est écoulé :

---

*ex servitute in libertatem petitus fuerit, quanti ea res est, ei praestetur, scilicet cum de libertate eius constiterit, id est quanti interfuerit eius de statu suo rursus non periclitari et propter impendia, quae in litem fecerit. Sed Labeo certam summam comprehendendam existimabat, quia aestimatio libertatis ad infinitum extenderetur. Ex quo autem dominus ratum non habuerit, committi videtur stipulatio, sed non ante ex ea agi poterit, quam de libertate iudicatum fuerit, quia, si servus sit iudicatus, inutilis fit stipulatio, cum et, si qua sit actio, eam domino adquisisse intellegitur». Sur ce passage, S. TAFARO (*op. cit.*, note 258, p. 32) affirme à juste titre que « Venuleio, in un'ottica più moderna, si doveva sentire meno vincolato a una lettura troppo rigida e letterale dei verba q.e.r.e. e trovava il modo di risalire da essi alla considerazione diretta dell'interesse sottostante. Labeone, invece, appare legato ancora a una interpretatio che considerava oggetto degli atti non l'interesse delle parti ma le cose ». Selon G. VALDITARA (*op. cit.*, note 160, p. 162), « è evidente come il giurista campano [Labeone] fosse ancora vincolato ad una lettura rigida di detta clausola, che invece Venuleio riteneva ormai interpretabile direttamente nel senso dell'interesse ».*

<sup>281</sup> V. aussi D. 39.1.21.6-7 (Ulp. 80 ad ed.) : « Idem [Labeo ait et si plures nuntient, curandum esse, ut uni caveatur, si inter eos conveniat: plane si non conveniat, et singulis erit cavendum. Idem [Labeo] dicit adiciendum esse in stipulatione, ut tantum praestetur, quanti uniuscuiusque intersit, si hoc maluerint: ceterum si ita fuerit, inquit, cautum "quanti ea res erit", dubitabitur, utrum ad totius corporis aestimationem haec verba referuntur an vero ad quod eius interest qui stipulatur. Ego puto et si sic fuerit uni cautum "quanti ea res erit", defendi posse stipulationem sufficere: ad operis enim quantitatem ea refertur ». ce passage, portant sur l'*operis novi nuntiatio*, voit encore une fois un cas de *ius controversum* sur le sens à attribuer à la clause *quanti ea res*, « cioè, nel se intendere il termine indicativo del bene soggetto a pericolo o del motivo per il quale una determinata protezione veniva accordata, vale a dire l'interesse della parte » (S. TAFARO, *op. cit.*, note 258, p. 34) ; v. aussi G. VALDITARA, *op. cit.*, note 160, p. 163-164 ; *Id.*, *op. cit.*, note 233, p. 207-208.

<sup>282</sup> G. BESELER (*op. cit.*, note 268, p. 27) propose la reconstruction suivante : « [Sed et] si servus, qui magnas fraudes in meis rationibus commiserat, fuerit occisus, de quo quaestionem habere destinaveram, ut fraudium participes eruerentur, rectissime Labeo scribit tanti <eum> aestimandum, quanti <ipse fuit.> [mea intererat fraudes servi per eum commissas detegi, non quanti noxa eius servi valeat] » ; G. VALDITARA (*op. cit.*, note 160, p. 174) affirme également que l'*aestimatio* se référerait originellement à « quanti fuit (servus) priusquam fraudes per rum commissas detectae fuissent ».

D. 9.2.27.35 (Ulp. 18 *ad ed.*): « *Item si tectori locaveris laccum vino plenum curandum et ille eum pertudit, ut vinum sit effusum, Labeo scribit in factum agendum* »

« De même, Labéon écrit que si tu avais stipulé une *locatio operis* avec un plâtrier pour la réparation d'un tonneau plein de vin et qu'il l'a troué, de telle sorte que le vin s'est écoulé, il faut agir *in factum* ».

En l'espèce, la *ruptio* du tonneau n'est pas contestée, mais sa valeur est bien moindre que celle de son contenu. En revanche, l'on ne saurait affirmer que le vin a subi un dommage matériel, une *corruptio* qui permet d'intenter directement l'*actio legis Aquiliae*, à moins que l'on n'adopte un critère d'évaluation qui puisse tenir compte de l'*utilitas* que le tonneau troué avait pour son propriétaire. En accordant au propriétaire du vin une *actio in factum*, Labéon fait preuve d'ignorer une telle *aestimatio* : il reste fidèle à l'opinion selon laquelle la clause *quanti ea res* ne se réfère qu'à la valeur objective de la chose détériorée et est contraint de passer par un moyen procédural différent pour que le gaspillage du vin ne reste pas impuni<sup>283</sup>.

La position de Labéon semble constituer le point de départ de l'évolution qui aboutira à l'établissement du critère de l'*id quod interest*. En effet, il semble que, progressivement, la prise en compte des particularités subjectives du dommage acquit de plus en plus d'importance, dans une optique d'attention croissante à la réparation du dommage que la responsabilité aquilienne est en mesure de garantir. Comme nous l'avons vu au cours de la section 2, cet élément réparateur ne fut complètement pris en compte – au niveau général et abstrait – que dans la période postclassique. Ceci n'empêta pas sur l'importance pratique accordée à la perspective du dédommagement, qui put donner lieu, même chez les juristes classiques, aux aménagements procéduraux en matière d'*actio legis Aquiliae* que nous avons examinés *supra*.

## B. L'*aestimatio damni iniuriae* selon Javolène et Julien

Pour répondre à la question de savoir si une évolution de ce type est également visible en matière d'*aestimatio damni*, le premier passage qui vient en considération

---

<sup>283</sup> *Op. ult. cit.*, p. 165-166 ; *Id.*, *op. cit.*, note 233, p. 208.

est tiré du livre quatorzième *ex Cassio* de Javolène. Le juriste aborde ici le cas d'un animal qui, après avoir commis une *pauperies*, est tué avant de faire l'objet d'une *noxae deditio* de la part de son propriétaire.

D. 9.2.37.1 (Iav. 14 *ex Cass.*) : « *Si quadrupes, cuius nomine actio esset cum domino, quod pauperiem fecisset, ab alio occisa est et cum eo lege Aquilia agitur, aestimatio non ad corpus quadrupedis, sed ad causam eius (in quo de pauperie actio est) referri debet et tanti damnandus est is qui occidit iudicio legis Aquiliae, quanti actoris interest noxae potius deditioe defungi quam litis aestimatione* »

« Si un quadrupède, à cause duquel une action était pendante contre son propriétaire car il avait produit un dommage, est tué par un tiers, et que l'on agit au sens de la *lex Aquilia*, l'évaluation ne doit pas se référer à la valeur de l'animal, mais à la *causa* qui relève de l'*actio de pauperie* ; celui qui a tué l'animal doit être condamné à payer la valeur correspondant à l'intérêt du demandeur à s'acquitter plutôt de la *noxae deditio* que du montant du préjudice causé par l'animal ».

En l'espèce, l'animal tué présentait, pour son propriétaire, une *utilitas* sans doute plus élevée que sa valeur marchande : à travers la *noxae deditio*, la victime du dommage aquilien aurait pu éviter de verser, afin de se libérer de l'obligation *ex pauperie*, une somme plus élevée que le *pretium* de l'animal.

Apparemment, la signification du passage est patente : le critère de l'*interesse* serait explicitement appliqué par Javolène<sup>284</sup>. En effet, au moins en apparence, ce juriste nie que l'*aestimatio* porte sur le *corpus* (*i. e.* sur le *pretium rei*) : l'auteur de l'*occisio* doit être condamné à verser une somme qui correspond non pas à la valeur marchande de l'animal, mais à l'*id quod interest* du demandeur, calculé de manière subjective.

Cette interprétation a été critiquée par Valditara<sup>285</sup>, qui exclut que Javolène ait appliqué le critère de l'*id quod interest* tel que présenté par Ulpien. Au cœur de l'exégèse proposée par cet auteur se situe la notion de *causa*, que Javolène utilise par opposition à *corpus* : comme nous l'avons précédemment remarqué, l'une des

<sup>284</sup> En ce sens, C. A. CANNATA, « Il terzo capo », *op. cit.*, note 100, p. 271.

<sup>285</sup> *Id.*, *op. cit.*, note 233, p. 211-213.

significations de ce terme est celle de surplus, supplément à un objet principal<sup>286</sup>. En l'espèce, la *causa* de l'animal *occisus* est donc la différence entre sa valeur marchande et la somme – inévitablement plus élevée – à laquelle la victime du *damnum iniuriā* aurait été condamnée.

Selon l'auteur, ce supplément correspond exactement à *quanti actoris interest noxae potius deditioe defungi quam litis aestimatione*, soit la valeur de l'intérêt du demandeur à se libérer de l'obligation par la *noxae deditio* plutôt que par le calcul du dommage occasionné par la *pauperies*<sup>287</sup>. Javolène n'aurait donc pas pu limiter à ce montant la *condemnatio* du responsable aquilien, comme le texte semble l'indiquer [« (...) *tanti damnandus est is qui occidit* (...) »], car ceci reviendrait à condamner le défendeur à ne payer que la différence entre la valeur de l'animal et le montant de la dette de son propriétaire. Dès lors, Valditara considère le fragment de Javolène interpolé, et propose la reconstruction « (...) *non <solum> ad corpus quadrupedis, sed <etiam> ad causam eius* (...)»<sup>288</sup>, afin de mettre en exergue que le juriste entend ajouter cette différence à l'*aestimatio damni*, sans abandonner le point de départ constitué par le *pretium rei*. Les deux ajouts proposés par cet auteur postulent que l'*aestimatio* suggérée par Javolène se compose de la somme de la valeur marchande de l'animal et de sa *causa* : en un mot, à l'entièreté de la dette à laquelle la victime aurait échappé par la *noxae deditio* qu'elle n'est plus en mesure d'exécuter.

Effectivement, la dernière phrase du passage est ambiguë : si Javolène entendait bien se référer à la différence strictement économique entre la valeur de l'animal et la dette *ex pauperie*, les soupçons d'interpolation seraient bien fondés, et les corrections *non solum* et *sed etiam* seraient indispensables pour rendre logiquement cohérent le fragment.

Cependant, le jurisconsulte aurait également pu mettre l'accent, par cette phrase, sur les deux possibilités qu'a le propriétaire du *quadrupes* avant l'*occisio* (la *noxae deditio* et la sanction pécuniaire), pour affirmer que son intérêt est de choisir la délivrance de l'animal pour éviter le risque d'une dette bien supérieure à sa valeur,

<sup>286</sup> G. VALDITARA, *op. cit.*, note 160, p. 93.

<sup>287</sup> G. VALDITARA, *op. cit.*, note 160, p. 95-96 ; *Id.*, *op. cit.*, note 233, p. 212.

<sup>288</sup> Pour reconstruire le passage qu'il considère corrompu, l'auteur se réfère ici à la scholie à B. 60.3.37.12 (Scheltema) : « (...) Ἐὰν οὖν τις ἀνέλη τοῦτο τὸ τετράποδον, κινῶ κατ' αὐτοῦ τὸν Ἀκουίλιον οὐ μόνον τὴν διατίμησιν ἀπαιτῶν τοῦ σώματος τοῦ τετραπόδου ἀλλ' ὅσον διέφερέ μοι τὸ σῶμα τοῦ ζώου μᾶλλον ἐκδοῦναι καὶ μὴ τὸ διαφέρον (...) ».



d'autant plus que son montant est encore inconnu (en effet, il semble ressortir du passage que l'*aestimatio* de la *pauperies* n'a pas encore été accomplie). C'est bien la perte de cette possibilité, soit de choisir la dation de l'animal plutôt que le paiement d'une somme d'argent potentiellement bien plus élevée, qui pourrait avoir fait l'objet de la réflexion de Javolène. Dans cette perspective, la valeur à laquelle se réfère la phrase « *quanti ... aestimatione* » correspondrait justement au montant de l'obligation que le propriétaire de l'animal tué est désormais contraint de payer.

Une telle interprétation permettrait de limiter les doutes quant au remaniement postclassique de D. 9.2.37.1. Pourtant, elle n'autorise pas à conclure que Javolène a employé de manière pure et simple le critère de l'*id quod interest* qu'Ulpie oppose à l'*aestimatio corporis soli*. À nouveau, c'est le terme *causa* qui vient en considération. Il a déjà été estimé que le vocable en question présente, dans le fragment de Javolène, la même signification que les *causae corpori cohaerentes* mentionnées par Paul<sup>289</sup> pour indiquer la valeur ultérieure que le bien détérioré présentait pour son propriétaire<sup>290</sup>, en plus du *pretium rei*. Ceci implique que le calcul du montant de la *condemnatio* ne saurait faire abstraction de l'évaluation préalable du *pretium rei*, l'obligation principale (*Hauptleistung*), objectivement estimée, sans laquelle aucun supplément ne pourrait exister. Ce n'est qu'en évaluant la *causa rei* que les particularités du cas d'espèce seront prises en compte : le calcul du supplément sera effectué selon un critère subjectif, afin d'y inclure la valeur ultérieure que la victime du *damnum iniuriā a* perdue à cause du comportement du responsable.

Certes, sur le plan dogmatique, ce que Valditara appelle le critère du *prezzo formale*<sup>291</sup> ne peut pas correspondre à l'*id quod interest* : l'évaluation du *pretium rei*, loin d'être écartée, constitue la base même sur laquelle s'appuie la *causa rei*. Cependant, l'on ne saurait négliger que le résultat pratique auquel parvient la combinaison *pretium-causa* est une évaluation de l'*obligatio ex lege Aquiliā* fidèle au préjudice concret que le demandeur a souffert. Autrement dit, comme nous l'avons anticipé plus haut, le raisonnement de Javolène semble procéder en parallèle avec l'adaptation pratique de l'*actio legis Aquiliae* proposée par Gaius dans ses

<sup>289</sup> D. 9.2.22.1 (Paul. 22 *ad ed.*).

<sup>290</sup> G. VALDITARA, *op. cit.*, note 160, p. 94.

<sup>291</sup> *Op. ult. cit.*, p. 1-199.

Institutes<sup>292</sup>. Javolène ne néglige pas le critère dogmatique qui imposait, en présence de la clause *quanti ea res*, d'opérer l'*aestimatio damni* à partir du *pretium rei*. Pourtant, par le biais de l'obligation *ex delicto*, il se soucia d'accorder un dédommagement adéquat à la perte que le comportement avait causée dans le chef de la victime. En conséquence, il ajouta au *pretium rei* une *causa* subjectivement évaluée.

Il semble possible de trouver la même démarche intellectuelle dans la réflexion du juriste Julien, élève de Javolène. Dans le premier passage à prendre en considération à cet égard, Ulpien cite l'opinion de Julien à propos de deux cas qui ont pour objet l'*occisio* d'un esclave envisagé dans une relation héréditaire.

D. 9.2.23 (Ulp. 18 *ad ed.*) : « (...) 1. *Iulianus ait, si servus liber et heres esse iussus occisus fuerit, neque substitutum neque legitimum actione legis Aquiliae hereditatis aestimationem consecuturum, quae servo competere non potuit: quae sententia vera est. Pretii igitur solummodo fieri aestimationem, quia hoc interesse solum substituti videretur: ego autem puto nec pretii fieri aestimationem, quia, si heres esset, et liber esset. 2. Idem Iulianus scribit, si institutus fuero sub condicione "si Stichum manumisero" et Stichus sit occisus post mortem testatoris, in aestimationem etiam hereditatis pretium me consecuturum: propter occisionem enim defecit condicio: quod si vivo testatore occisus sit, hereditatis aestimationem cessare, quia retrorsum quanti plurimi fuit inspicitur (...) »*

« 1. Selon Julien, si un esclave avait fait l'objet d'une libération et d'une institution d'héritier et qu'il a été tué, ni le substitué ni l'héritier légitime ne pourront obtenir la condamnation du défendeur à payer le montant de l'héritage qui n'avait pas pu être laissé à l'esclave ; cette conclusion est vraie. En effet, il y a lieu d'évaluer seulement le prix de l'esclave, puisque seul celui-ci fait l'objet de l'intérêt du substitué ; en revanche, je crois qu'il n'y a même pas lieu d'évaluer ce prix, puisque, si l'esclave était héritier, il était aussi libre. 2. Julien écrit aussi que, si je suis institué héritier sous condition de libérer Stichus, et que Stichus est tué après la mort du testateur, j'obtiendrai aussi la valeur de l'héritage dans l'évaluation de l'obligation : à cause du meurtre, la condition n'a pas pu se vérifier. En revanche, si l'esclave a été tué lorsque le testateur était en vie, il n'y a pas lieu d'inclure l'héritage dans l'estimation, puisque l'on considère à nouveau la plus haute valeur de l'esclave ».

---

<sup>292</sup> Gai. 4.6-9, v. *supra*, sect. 2.

Le premier paragraphe présente le cas de l'*occisio* d'un esclave dont le *dominus* avait prévu la libération et la qualité d'héritier dans son testament. Si les faits se déroulent avant la mort du propriétaire de l'esclave<sup>293</sup>, la question se pose de savoir si son substitué ou son héritier légitime peuvent prétendre du responsable la remise de la valeur de l'héritage. Les réponses rendues par Julien et Ulpien diffèrent : le premier affirme que, faute de légitimation active de la part de l'esclave au moment de l'*occisio*, le substitué n'aurait pu agir que pour la valeur de l'esclave ; en revanche, le second exclut même que l'on puisse agir pour le *pretium*, puisque sa nécessaire libération avant l'acquisition de la qualité d'héritier fait obstacle à son évaluation économique.

Julien exclut que le responsable soit condamné à payer le montant de l'héritage au substitué ou à l'héritier légitime : puisque ce successeur reprend le patrimoine du *de cuius*, il ne peut agir que pour les pertes subies *iniuriā* par le défunt. La transmissibilité active de l'*actio legis Aquiliae* ne saurait donc concerner, pour l'héritier, que le *pretium* de l'esclave tué, la seule valeur perdue par le *de cuius* à cause du comportement illicite. En effet, aux yeux de son propriétaire, le fait de l'avoir lui-même institué héritier ne rendait aucunement plus précieux l'esclave tué<sup>294</sup>.

Cette solution, ainsi que sa divergence de celle qu'Ulpien propose, permet d'observer que Julien, tout comme son maître Javolène, ne se servait pas du critère de l'*id quod interest* au lieu du *pretium rei*, malgré le terme *interesse* employé au cours de

<sup>293</sup> Bien que le texte ne le précise expressément, le fait que l'*occisio* ait lieu avant la mort du propriétaire a été mis en exergue à plusieurs reprises : v. A. PERNICE, *op. cit.*, note 72, p. 99 ; M. PAMPALONI, « Osservazioni esegetiche alle LL. 23 §. 1, 27 §. 5, 55 Dig. ad legem Aquiliam 9.2. (Ricordi di un corso di Esegese sulle Fonti del Diritto Romano, fatto all'Università di Urbino nell'anno 1882-83 », *AG* 32 (1884), p. 387-426, spéc. p. 402 ; A. VON TUHR, *Zur Schätzung des Schadens in der lex Aquilia*, Basel, Juristische Fakultät der Universität Basel, 1892, p. 99 ; M. KASER, *op. cit.*, note 151, p. 179 ; F. H. LAWSON, *Negligence in the Civil Law*, Oxford, Clarendon Press, 1950, p. 96 ; K.-H. BELOW, *op. cit.*, note 268, p. 25 ; A. RODGER, « Damages for the Loss of an Inheritance », in *Daube Noster*, *op. cit.*, note 100, p. 289-299, spéc. p. 289-290 ; G. MACCORMACK, *op. cit.*, note 268, p. 72 et n. 121 ; G. VALDITARA, *op. cit.*, note 160, p. 69-70. V. également B. 60.3.23.9 : « Ἐὰν γὰρ ἐγκαλέσωσι τῇ ἀναίρεσει τοῦ οἰκέτου, ἀκούσονται, ὅτι εἰ μὴ ἀνηρέθη, ἐλεύθερος ἦν καὶ κληρονόμος καὶ ὑμεῖς οὐδὲ ἐκαλεῖσθε εἰς τὴν κληρονομίαν ». *Contra*, G. BESELER, *op. cit.*, note 268, p. 27 : l'auteur soutient que l'esclave a fait l'objet d'une institution d'héritier sous condition et qu'il a subi l'*occisio* après la mort du *de cuius*. Partant, il est contraint de proposer une reconstruction qui s'éloigne considérablement du texte inséré dans le Digeste : « (...) Iulianus ait, si servus <sub condicione> liber et heres esse insus occisus fuerit, neque substitutum neque legitimum actione legis Aquiliae hereditatis aestimationem consequuturum, quae <ex ea institutione nisi> servo competere non potuit: quae sententia vera est. [pretii igitur solummodo fieri aestimationem, quia hoc interesse solum substituti videtur: ego autem puto nec pretii fieri aestimationem, quia, si heres esset, et liber esset.] (...) ».

<sup>294</sup> Sur ce point, v. G. VALDITARA, *op. cit.*, note 160, p. 73.

la citation<sup>295</sup>. En effet, si nous ne considérons pas la transmissibilité active de l'action aquilienne, nous ne voyons aucun droit dans le chef de l'héritier<sup>296</sup>. Il s'agit justement du critère qu'Ulpien applique : il se base sur un principe différent en matière de transmissibilité active, selon lequel l'héritier n'agit pas *ex lege Aquiliā* en tant que tel, mais de manière autonome pour protéger son *interesse* et non pas celui du *de cuius*<sup>297</sup>. Cette distinction entre l'action qui aurait été accordée au défunt et celle que l'héritier peut intenter conduit Ulpien à la recherche du seul *interesse* du successeur, sans tenir compte du dommage souffert par son *de cuius*. Par conséquent, puisque l'esclave manumis serait en tout cas sorti du patrimoine héréditaire, l'héritier ne peut point intenter une *actio legis Aquiliae* pour ce dommage : autrement dit, il n'est pas légitimé à demander la réparation d'un préjudice économique qui ne s'est jamais transféré dans son patrimoine.

Il n'en allait pas de même à l'époque de Julien : selon ce juriste, l'action aquilienne a une fonction principalement pénale et est accordée, dans la mesure où son *de cuius* y avait droit, à l'héritier de la victime<sup>298</sup>. Certes, chez Julien l'*aestimatio* est susceptible de corrections de nature à l'adapter à l'évaluation subjective de la perte essuyée par le demandeur ; toutefois, il ne peut point exclure le *pretium rei* et ramener à zéro la *condemnatio* du seul fait du décès de la victime. Une solution contraire ne serait conforme ni aux *verba legis* ni au but auquel cette même loi tend, à savoir, encore une fois, la punition du responsable.

---

<sup>295</sup> Une interpolation de la phrase « *quia ... videretur* » a été soupçonnée par T. J. GERKE (*op. cit.*, note 268, p. 67), et K.-H. BELOW (*op. cit.*, note 268, p. 26).

<sup>296</sup> *Contra*, M. KASER (*op. cit.*, note 151, p. 180-181) soutient que la solution de Julien dépend du fait que l'*interesse* de l'héritier se limite à la valeur de l'esclave.

<sup>297</sup> G. VALDITARA, *op. cit.*, note 160, p. 77. Ce principe fut consacré, en matière de *stipulatio*, par une constitution de Justinien : C. 4.11.1 a. 531 : « Imperator Justinianus. *Cum et stipulationes et legata et alios contractus post mortem compositos antiquitas quidem respuebat, nos autem pro communi hominum utilitate recepimus, consentaneum erat etiam illam regulam, qua vetustas utebatur, more humano emendare.* 1. *Ab heredibus enim incipere actiones vel contra heredes veteres non concedebant contemplatione stipulationum ceterarumque causarum post mortem conceptarum.* 2. *Sed nobis necesse est, ne prioris vitii materiam relinquamus, et ipsam regulam e medio tollere, ut liceat et ab heredibus et contra heredes incipere actiones et obligationes, ne propter nimiam subtilitatem verborum latitudo voluntatis contrahentium impediatur.* ». La règle en question fut appliquée en matière de *lex Aquilia* dans la scholie B. 60.3.36.10 : « Τοῦτο νόει ἐπὶ τοῦ Ἀκουιλίου. Μᾶλλον δὲ τὸν τοιοῦτον κανόνα λέγε καινισθῆναι ἀπὸ Ἰουστινιανοῦ διατάξεως τοῦ ια'. τιτ. τοῦ δ'. βιβ. τοῦ Κώδικος ἤτοι τιτ. ι'. τοῦ κδ'. βιβ. γενικῶς λεγούσης ἀπὸ κληρονόμου καὶ κατὰ κληρονόμων ἄρχεσθαι ἀγωγὰς καὶ ἐνοχὰς ».

<sup>298</sup> D. 9.2.36.1 (Marc. 21 *dig.*) : « (...) *scilicet secundum Sabini opinionem, qui putabat ad heredem actionem non transmitti, quae defuncto competere non potuit* (...) ».

Dans le paragraphe immédiatement suivant, Ulpien rapporte à nouveau une citation de Julien. D. 9.2.23.2<sup>299</sup> a pour objet le cas d'une personne instituée héritière sous condition qu'elle libère l'esclave Stichus, mais qui ne peut plus exécuter la *manumissio* car ce *servus* est tué par autrui. À ce propos, le juriste opère une distinction : si l'*occisio* a lieu après la mort du testateur, l'*aestimatio* doit inclure la valeur de l'héritage, puisque le comportement dommageable a fait obstacle à la réalisation de la condition. Si, en revanche, Stichus est tué avant la mort du *de cuius*, l'héritage ne pourra pas rentrer dans le calcul du montant de la *condemnatio*.

Il y a donc lieu de s'attarder, en premier lieu, sur le cas où l'*occisio* est postérieure à la mort du testateur, afin de clarifier comment Julien insère l'*aestimatio hereditatis* dans le calcul du montant de l'obligation. Quant à la proposition « *in aestimationem etiam hereditatis pretium me consecuturum* », Valditara considère à juste titre que le complément *in aestimationem* requiert le verbe *venire*<sup>300</sup>, que le texte sous-entend. Conformément à l'opinion de Julien en la matière<sup>301</sup>, la présence d'*etiam* renvoie vraisemblablement à l'évaluation de la valeur marchande de l'esclave, qui

<sup>299</sup> Ce texte a été considéré interpolé par plusieurs auteurs : il y a lieu ici de renvoyer à l'étude menée par G. VALDITARA sur les interprétations de D. 9.2.23.2, assortie d'une vaste bibliographie : *op. cit.*, note 160, p. 101-107 ; 118-120 ; ce même auteur considère le passage interpolé (*op. ult. cit.*, p. 108).

<sup>300</sup> Comme l'affirme Valditara (*op. ult. cit.*, p. 109), il s'agit d'une expression assez commune dans les fragments recueillis par les compilateurs : v. D. 8.5.4.3 (Ulp. 17 *ad ed.*) ; D. 9.2.12 (Paul. 10 *ad Sab.*) ; D. 10.4.9.8 (Ulp. 24 *ad ed.*) ; D. 11.3.11.pr (Ulp. 23 *ad ed.*) ; D. 17.2.17.2 (Paul. 6 *ad Sab.*) ; D. 19.1.21.3 (Paul. 33 *ad ed.*) ; D. 43.5.3.13 (Ulp. 68 *ad ed.*).

<sup>301</sup> V. également à ce propos D. 9.2.51.2 (Iul. 86 *dig.*) : « *Aestimatio autem perempti non eadem in utriusque persona fiet: nam qui prior vulneravit, tantum praestabit, quanto in anno proximo homo plurimi fuerit repetitis ex die vulneris trecentum sexaginta quinque diebus, posterior in id tenebitur, quanti homo plurimi venire poterit in anno proximo, quo vita excessit, in quo pretium quoque hereditatis erit. Eiusdem ergo servi occisi nomine alius maiorem, alius minorem aestimationem praestabit, nec mirum, cum uterque eorum ex diversa causa et diversis temporibus occidisse hominem intellegatur* ». C'est le cas d'un esclave frappé par un coup certainement mortel : après cette première blessure, il est institué héritier et meurt à la suite d'un deuxième coup. Selon le juriste, les auteurs des deux blessures fatales sont tenus *de occiso* (D. 9.2.51.pr (Iul. 86 *dig.*) : « *Ita vulneratus est servus, ut eo ictu certum esset moriturum: medio deinde tempore heres institutus est et postea ab alio ictus decessit: quaero, an cum utroque de occiso lege Aquilia agi possit. Respondit: occidisse dicitur vulgo quidem, qui mortis causam quolibet modo praebuit: sed lege Aquilia is demum teneri visus est, qui adhibita vi et quasi manu causam mortis praebuisset, tracta videlicet interpretatione vocis a caedendo et a caede. Rursus Aquilia lege teneri existimati sunt non solum qui ita vulnerassent, ut confestim vita privarent, sed etiam hi, quorum ex vulnere certum esset aliquem vita excessurum. Igitur si quis servo mortiferum vulnus inflixerit eundemque alius ex intervallo ita percusserit, ut maturius interficeretur, quam ex priore vulnere moriturus fuerat, statuendum est utrumque eorum lege Aquilia teneri* »). Cependant, le fait que l'esclave tué ait fait l'objet, entre la première et la seconde blessure, d'une institution d'héritier entraîne une asymétrie dans l'*aestimatio* de l'obligation de chacun des deux responsables : l'obligation du premier aura pour objet la plus haute valeur de l'esclave dans l'année qui précède son propre comportement dommageable ; le second, vu que l'institution d'héritier avait augmenté la valeur de l'esclave, sera obligé de payer un montant qui tient également compte de la valeur de l'héritage, ce qui constitue la *causa rei* de l'esclave tué.

constitue le point de départ de l'*aestimatio*. À une première vue, il faudrait donc conclure que, selon Julien, si Stichus est tué après la mort du *de cuius*, l'*aestimatio* est constituée par la somme de la valeur marchande du *servus* et du *pretium hereditatis*<sup>302</sup>.

Certes, en appliquant le critère de l'*id quod interest*, il est possible de conclure que la valeur de l'intérêt de la victime du préjudice à ne pas subir le comportement dommageable coïncide avec la seule valeur de l'héritage. En effet, la valeur de l'esclave constituerait, pour la victime, une perte nécessaire à obtenir l'héritage, « *un mezzo per l'acquisto di detta eredità*<sup>303</sup> », que l'*aestimatio* du seul intérêt subjectif ne saurait prendre en compte.

Toutefois, ce n'est pas l'opinion de Julien : comme nous l'avons vu, le *pretium rei* constitue toujours le premier chef de préjudice à estimer, dans la mesure de la plus haute valeur durant l'année précédente. À ce point, Valditara soutient que l'*aestimatio hereditatis* ne s'ajouterait pas purement et simplement à la valeur marchande de Stichus : puisque l'esclave serait quand même sorti du patrimoine de la victime pour l'obtention de l'héritage, la *causa rei*, soit ce qui rend plus précieuse la chose détériorée aux yeux de son propriétaire, coïncide avec l'éventuelle différence entre les valeurs de l'esclave et de l'héritage<sup>304</sup>. Cette interprétation, bien que logiquement cohérente, impose soit de retenir l'interpolation du texte (ce que fait l'auteur<sup>305</sup>), soit, au moins, de lire la locution *etiam in aestimationem [venit]* de manière large, en n'entendant pas que l'héritage s'ajoute au *pretium rei*, mais qu'il est simplement pris en compte aux fins de l'évaluation finale.

À dire vrai, nous avons du mal à exclure que l'*aestimatio* est opérée à travers la somme du *pretium Stichi* et de l'héritage. À ce propos, l'interprétation contraire, récemment réaffirmée<sup>306</sup>, est conforme non seulement au texte cité par Ulpien, mais aussi à la fonction punitive de la responsabilité aquilienne à l'époque de Julien. En effet, si nous considérons que la *lex Aquilia* visait, aux yeux de Julien, plutôt la punition du responsable que la réparation du dommage, il ne serait pas surprenant

---

<sup>302</sup> En ce sens, A. RODGER, *op. cit.*, note 293, p. 293 ; G. MACCORMACK, *op. cit.*, note 268, p. 73-74.

<sup>303</sup> G. VALDITARA, *op. cit.*, note 160, p. 113.

<sup>304</sup> *Op. ult. cit.*, p. 114-118.

<sup>305</sup> *Op. ult. cit.*, p. 108.

<sup>306</sup> L. DESANTI, *op. cit.*, note 184, p. 149 n. 43. L'auteure se base justement sur la présence du terme *etiam* pour considérer que « *il valore dell'eredità andava evidentemente ad aggiungersi a quello del servo* ».

d'attester une telle *aestimatio*, qui s'insérerait dans la logique de la sanction en obligeant le responsable à payer un montant sensiblement plus élevé que le préjudice qu'il a causé. Le seul élément qui semble empêcher d'adopter cette dernière théorie est le fait que la somme des *pretia* de l'esclave et de l'héritage ne correspond pas aux *verba legis* : elle est plus élevée que la plus haute valeur que Stichus a eue durant la dernière année, et qui correspondait au *pretium* du seul héritage. Dès lors, il semble difficile de soutenir qu'une telle *aestimatio* correspondait à l'opinion de Julien.

L'interprétation large de la locution *in aestimationem venire* reste à évaluer. À bien y regarder, cette possibilité présente un autre avantage, outre la compatibilité du texte avec l'opinion de Julien. Jusqu'à présent, nous avons présupposé que la valeur de l'héritage est supérieure au *pretium* de Stichus : ce n'est qu'en ce cas que l'intérêt du propriétaire de l'esclave va dans le sens de la *manumissio*, pour intégrer la condition et obtenir un ensemble de biens dont la valeur est plus haute. Au contraire, si la valeur de l'héritage était inférieure à celle de l'esclave, le propriétaire n'aurait aucun intérêt à le libérer : il serait plus avantageux pour lui de perdre l'héritage que Stichus. En ce cas, l'*aestimatio* de l'héritage serait bien prise en compte dans l'évaluation de l'obligation aquilienne, mais ne ferait l'objet d'aucune opération arithmétique : l'on se bornerait à constater que le *pretium hereditatis* est inférieur au *pretium servi*, à l'écartier et à ne considérer que la plus haute valeur marchande de l'esclave dans les 365 jours précédents<sup>307</sup>.

En tout cas, Julien obtient ce résultat, encore une fois, par l'adaptation du *pretium rei*, identifié par la clause *quanti ea res*, aux circonstances concrètes du cas d'espèce. Pour ce faire, il ajoute à cette première *aestimatio* l'éventuelle valeur supérieure du bien endommagé aux yeux de la victime.

La seconde hypothèse dont D. 9.2.23.2 fait mention semble confirmer davantage l'opinion de Julien présentée dans ces pages. Le juriste affirme que, si l'*occisio* de l'esclave à libérer pour obtenir l'héritage a lieu avant la mort du testateur, il n'est plus possible d'évaluer le *pretium hereditatis* dans l'*aestimatio damni* : l'obligation qui pèse sur le responsable ne comprendra, en ce cas, que la plus haute valeur de Stichus *in eo anno*.

---

<sup>307</sup> En ce sens, v. A. VON TUHR, *op. cit.*, note 293, p. 11 ; H. ANKUM, *op. cit.*, note 270, p. 59 ; G. VALDITARA, *op. cit.*, note 160, p. 289.

L'extrait « *quod si vivo ... inspicitur* », que de nombreux auteurs ont considéré classique<sup>308</sup>, impose de se demander pour quelle raison le *pretium hereditatis* est dénié en ce cas. À cet égard, il a été avancé que, jusqu'à la mort du testateur, l'héritier sous condition n'a aucune certitude que le *de cuius* ne change pas d'avis<sup>309</sup> : avant le décès de l'auteur du testament, le successeur désigné n'a que l'espérance d'un droit futur<sup>310</sup>, ce qui ne peut pas être juridiquement protégé. Il a également été affirmé que l'*occisio* de Stichus après la mort du testateur empiète sur la prérogative, dont dispose l'héritier sous condition, de le libérer et accepter l'héritage : ceci n'est pas possible avant le décès du *de cuius*, de telle sorte que la valeur de l'héritage ne saurait rentrer en ligne de compte jusqu'à ce moment<sup>311</sup>. Plus récemment, il a été supposé que la mort de l'esclave rendit impossible la condition, qui était dès lors considérée non écrite, en raison de la nature *mortis causa* de l'acte en question : par conséquent, l'institution d'héritier n'aurait plus été conditionnelle et l'héritage serait en tout cas rentré dans le patrimoine du successeur<sup>312</sup>.

Qu'importe l'interprétation adoptée, il nous convient ici de remarquer qu'Ulprien témoigne à nouveau de l'emploi par Julien d'un critère d'*aestimatio* qui part du *pretium rei* objectivement évalué. Le juriste tient donc compte de la situation particulière de la victime uniquement lorsque l'avantage ultérieur qu'elle aurait obtenu du bien est en mesure de constituer une *causa rei*<sup>313</sup>.

---

<sup>308</sup> M. KASER, *op. cit.*, note 151, p. 172-173, qui qualifie cependant « *propter ... condicio* » et « *quia ... inspicitur* » de gloses ; T. J. GERKE, *op. cit.*, note 268, p. 91-93 ; K.-H. BELOW, *op. cit.*, note 268, p. 21 ; *contra*, G. BESELER, *op. cit.*, note 209, p. 124-125 ; *Id.*, *op. cit.*, note 268, p. 27. À ce propos, P. VOCI (*op. cit.*, note 152, p. 72) affirme l'originalité de la citation reportée par Ulprien : « *Ulpiano riporta un'opinione giuliana e, riportandola, la commenta* », ce qui explique la coexistence de verbes à l'indicatif et au subjonctif.

<sup>309</sup> En ce sens, G. BESELER, *op. cit.*, note 209, p. 124 ; K.-H. BELOW, *op. cit.*, note 268, p. 21. À ce propos, G. VALDITARA (*op. cit.*, note 160, p. 123) affirme que les deux hypothèses envisagées par Julien correspondent à deux situations de fait différentes : la mort du *de cuius* entraîne « *la immutabilità della institutio* ».

<sup>310</sup> G. VALDITARA (*op. ult. cit.*, p. 120) remarque à juste titre le parallélisme entre cette interprétation avec D. 9.2.29.3 (Ulp. 18 *ad ed.*) : v. *supra*, note 271.

<sup>311</sup> H. F. JOLOWICZ, *op. cit.*, note 51, p. 229.

<sup>312</sup> G. MACCORMACK, « Impossible Conditions in Wills », *RIDA* 21 (1974), p. 263-297, spec. p. 271 ; A. RODGER, *op. cit.*, note 293, p. 297 : l'auteur fait référence à D. 28.7.8.7 (Ulp. 50 *ad ed.*) : « *Mortuo autem vel manumisso Sticho vivo testatore qui ita heres institutus est, si iurasset se Stichum manumisurum, non videbitur defectus condicione heres, quamvis verum sit compellendum eum manumittere, si viveret. Idem est et si ita heres institutus esset quis: "Titius heres esto ita, ut Stichum manumittat" aut "Titio centum ita lego, ut Stichum manumittat". Nam mortuo Sticho nemo dicet summovendum eum: non videtur enim defectus condicione, si parere condicione non possit: implenda est enim voluntas, si potest* » ; G. VALDITARA, *op. cit.*, note 160, p. 123-124.

<sup>313</sup> *Ibid.*



Le dernier passage qu'il y a lieu d'examiner brièvement pour trouver une confirmation ultérieure de la position du juriste en matière d'*aestimatio* est directement attribué à Julien et s'occupe du cas du testament effacé des *tabulae* sur lesquelles il était écrit.

D. 9.2.42 (Iul. 48 dig.): «*Qui tabulas testamenti depositas aut alicuius rei instrumentum ita deleuit, ut legi non possit, depositi actione et ad exhibendum tenetur, quia corruptam rem restituerit aut exhibuerit. Legis quoque Aquiliae actio ex eadem causa competit: corrupisse enim tabulas recte dicitur et qui eas interleverit*»

«Celui qui efface les *tabulae* d'un testament qu'il avait reçues à titre de dépôt, ou le document qui atteste une autre affaire, de telle sorte qu'il est impossible de les lire, est passible d'une *actio depositi* et *ad exhibendum*, puisqu'il a restitué ou présenté un document détérioré. Pour la même raison, l'*actio legis Aquiliae* peut être intentée. Il est aussi affirmé à juste titre que celui qui a falsifié les *tabulae* a produit une *corruptio* du testament».

Puisque le document (*instrumentum*) en question faisait l'objet d'un contrat de dépôt, le déposant peut intenter tant l'action *ad exhibendum* que l'*actio depositi* en responsabilité de son cocontractant. Outre ces remèdes, l'*actio legis Aquiliae* est également possible : Julien qualifie l'effacement du contenu de *corruptio* de l'*instrumentum*, ce qui lui permet d'appliquer le troisième chapitre du plébiscite en raison de l'assimilation acquise entre *rumpere* et *corrumpere*<sup>314</sup>.

Tout d'abord, il faut considérer que la rature a eu lieu après la mort du testateur – avant ce moment, le prétendu héritier n'aurait pas été propriétaire des *tabulae* et n'aurait eu, par conséquent, aucune légitimation à agir<sup>315</sup>.

<sup>314</sup> V. *supra*, note 245. Quant au cumul de l'*actio legis Aquiliae* avec les actions réipersécutoire, v. *supra*, sect. 2.

<sup>315</sup> En ce sens, G. VALDITARA, *op. cit.*, note 160, p. 128-129. Le fait que l'effacement ait lieu, dans le cas analysé, après la mort du *de cuius* est confirmé par B. 60.3.42.1 : « Μή ἐναντιωθῆ <σοι> τὸ λε'. κεφ. τοῦ ι'. βιβ. δεδωκὸς τοῖς ληγαταρίοις καὶ τῷ κληρονόμῳ τὴν δεδόλο. Θεμάτισον γὰρ ἐκεῖσε, ὅτι τῆς διαθήκης φθαρείσης ἤτοι ἀπαλιφείσης πρὸ τοῦ ἀδιτεῦσαι τὸν κληρονόμον παρερρῦη ὁ καιρὸς τῆς ἀδιτίονος τοῦ κληρονόμου μὴ γινώσκοντος, εἴτε τούτως κατελείφθη αὐτῷ ἡ κληρονομία εἴτε ὑπὸ αἴρεσιν, οἷα τῆς διαθήκης ἀπαλιφείσης· καὶ διὰ τοῦτο δίδεται αὐτῷ ἡ δεδόλο ὡς κατὰ δόλον τοῦ ἀπαλείψαντος τὴν διαθήκην μὴ κληρονομήσαντι. Ἐνταῦθα δὲ ὑπόθεου, ὅτι μετὰ τὴν ἀδιτίονα ἀπλήρη ἡ διαθήκη, καὶ διὰ τοῦτο ἔχει τὴν ἀδεξιβένδουμ καὶ τὴν δεποσίτι καὶ τὸν Ἀκούλιον ἀρμόσαντα αὐτῷ δικαίῳ τῆς κληρονομίας (...)».

Si l'on vise à engager la responsabilité aquilienne de l'auteur de cette *corruptio*, le problème est d'autant plus épineux que le défendeur, en effaçant le contenu des tablettes de cire, n'a porté aucune atteinte à leur valeur économique<sup>316</sup>. En effet, puisqu'il reste possible d'utiliser ces *tabulae* pour écrire quoi que ce soit, leur propriétaire n'a pas subi la perte de l'outil d'écriture, mais un préjudice correspondant au *pretium hereditatis* perdu. Autrement dit, l'*id quod interest* de l'héritier jadis identifié par le testament correspond à la valeur du seul héritage.

Cependant, une telle *aestimatio* ne serait pas conforme à l'opinion dont Julien fait preuve dans les fragments cités jusqu'à présent. Ceci est confirmé par le texte : Julien aurait bien pu proposer une *actio in factum* pour limiter le calcul au *pretium hereditatis*<sup>317</sup>, mais la référence à la *corruptio* des tablettes, sur laquelle le juriste met l'accent pour justifier l'application de la *lex Aquilia*, témoigne de l'évaluation préalable de la valeur de l'objet matériellement corrompu<sup>318</sup>. Par l'absurde, si le juriste avait considéré que seul le *pretium hereditatis* est à évaluer en ce cas, il aurait dû affirmer que la possibilité qu'avait l'héritier désigné d'obtenir l'héritage fait directement et matériellement l'objet de la *corruptio*.

---

<sup>316</sup> G. VALDITARA, *op. cit.*, note 160, p. 129 ; *Id.*, *op. cit.*, note 233, p. 214.

<sup>317</sup> C'est bien en ce sens que Celse, contemporain de Julien, s'exprima dans le cas d'un agriculteur qui avait subi un préjudice à cause de l'ivraie ou de l'avoine semée dans son champ de blé : D. 9.2.27.14 (Ulp. 18 *ad ed.*) : « *Et ideo Celsus quaerit, si lolium aut avenam in segetem alienam inieceris, quo eam tu inquinares, non solum quod vi aut clam dominum posse agere vel, si locatus fundus sit, colonum, sed et in factum agendum, et si colonus eam exercuit, cavere eum debere amplius non agi, scilicet ne dominus amplius inquietet: nam alia quaedam species damni est ipsum quid corrumpere et mutare, ut lex Aquilia locum habeat, alia nulla ipsius mutatione applicare aliud, cuius molesta separatio sit* ». Bien que la récolte n'ait aucunement été corrompue, ce qui exclut l'application directe de la *lex Aquilia*, le propriétaire du champ a quand même subi un préjudice, consistant dans le surplus de travail nécessaire pour séparer le blé des mauvaises herbes (*molesta separatio*).

<sup>318</sup> G. VALDITARA, *op. cit.*, note 233, p. 214. *Contra*, C. A. CANNATA (*op. cit.*, note 51, p. 177-178) affirme que la valeur évaluée aurait été le *pretium hereditatis*, sans aucune considération du *pretium rei* : « *a torto il Valditara pensa che per Giuliano [...] il convenuto con l'azione aquiliana dovesse liquidare un valore dell'oggetto che in questo caso era comprensivo del valore della res danneggiata più la sua causa, rappresentata questa dal valore dell'eredità: il valore dell'eredità coincide qui col valore della res danneggiata, perché, sul piano materiale, di res danneggiata non ve n'è alcuna* ». Selon cet auteur (*ibid.*), un document effacé est *corruptum* dans la mesure où il ne peut plus être utilisé pour sa fonction de preuve, alors même que son idoneité matérielle à contenir un texte écrit n'est aucunement compromise : v. à ce propos, par ex. : D. 9.2.41.pr (Ulp. 41 *ad Sab.*) : « *Si quis testamentum deleverit, an damni iniuriae actio competat, videamus. Et Marcellus libro quinto digestorum dubitans negat competere. Quemadmodum enim, inquit, aestimatio inibitur? Ego apud eum notavi in testatore quidem hoc esse verum, quia quod interest eius aestimari non potest, verum tamen in herede vel legatariis diversum, quibus testamenta paene chirographa sunt. Ibidem Marcellus scribit chirographo deleto competere legis Aquiliae actionem. Sed et si quis tabulas testamenti apud se depositas deleverit vel pluribus praesentibus legerit, utilius est in factum et iniuriarum agi, si iniuriae faciendae causa secreta iudiciorum publicavit* ». L'affirmation de l'auteur est vraie, mais ne semble préciser que la signification concrète de *corrumpere* dans ces passages : quelle qu'elle soit, selon Julien l'objet de la *corruptio* n'est pas l'héritage, mais les *tabulae*.

Encore une fois, le point de départ de l'*aestimatio* est donc constitué par le *pretium rei*, auquel le juriste ajoute, en guise de *causa*, la valeur de l'héritage<sup>319</sup>, correspondant à l'*utilitas* subjective du propriétaire de la chose endommagée. En raison de la fonction encore punitive de la responsabilité aquilienne, l'*aestimatio* d'une valeur supérieure à la perte effectivement subie par la victime n'est pas surprenante<sup>320</sup>.

### §3. L'*utilitas* au lieu du *pretium rei*

Dans la section précédente, il a été avancé que le passage au critère de l'*id quod interest* pour opérer l'*aestimatio* constitue l'élément décisif qui permet de constater l'attribution à l'*actio legis Aquiliae*, voire à la responsabilité aquilienne dans son entièreté, d'une fonction réparatrice du préjudice occasionné *iniuriā*. Si, dans les passages analysés jusqu'à présent, les juristes tendaient à considérer l'évaluation subjective du préjudice comme un simple ajout au *pretium rei*, à l'époque des Sévères l'*id quod interest* avait atteint le rang d'objet principal d'*aestimatio*. Comme l'affirme à juste titre Sebastiano Tafaro, « [i]l punto critico doveva essere costituito dalla capacità di far rientrare nel criterio del verum pretium rei i casi limite, per i quali (già in passato) era apparso evidente che la stima della cosa materiale non era appagante<sup>321</sup> ». En effet, à cette époque, le *pretium rei* ne perdit pas simplement son rôle d'obligation principale : il fut placé en opposition à l'*id quod interest* et écarté au profit de l'application directe de l'évaluation subjective du préjudice subi par la victime.

Cette mutation radicale du rôle du *pretium rei* dans l'*aestimatio damni* nous permet justement d'accueillir tant la théorie du « *prezzo formale* » formulée par Valditara que sa reconstruction des étapes de l'évolution jurisprudentielle en question. En effet, les hypothèses doctrinales qui tendent à reconnaître l'application

---

<sup>319</sup> U. VON LÜBTOW, *op. cit.*, note 52, p. 130-131 et n. 203. F. WIEACKER (« Furtum tabularum », in A. GUARINO, L. LABRUNA (dir.), *Synthese Arangio-Ruiz*, 1, Napoli, Jovene, 1964, p. 562-576, spéc. p. 575) affirme que D. 9.2.42 est le premier texte classique qui reconnaît la possibilité de « *den mittelbaren Schaden durch Verlust der Forderung in das Interesse des Bestohlenen einzubeziehen* » ; dans le même sens, J. A. C. THOMAS, « Furtum of Documents », *RIDA* 15 (1968), p. 429-444, spéc. p. 437.

<sup>320</sup> *Id.*, *op. cit.*, note 160, p. 130-131.

<sup>321</sup> S. TAFARO, *op. cit.*, note 258, p. 168.

du critère de l'*id quod interest* au début de la période classique, voire même avant<sup>322</sup>, ne tiennent pas compte de la référence au prix marchand du bien que les juristes jusqu'à Julien ne manquent pas de mettre en exergue. En revanche, les interprétations qui soutiennent le maintien d'un critère uniquement objectif durant la période classique<sup>323</sup> se heurtent à la teneur des textes, notamment de l'exclusion radicale du *pretium rei* affirmée par Ulpien.

C'est bien de cette exclusion qu'il y a lieu maintenant de s'occuper. Selon les sources dont nous disposons, la plus ancienne référence à cette démarche est l'opinion de Nératius, qui vécut entre les I et II siècles après J.-C. :

D. 10.4.9.8 (Ulp. 24 ad ed.) : « *Praeterea utilitates, si quae amissae sunt ob hoc quod non exhibetur vel tardius quid exhibetur, aestimandae a iudice sunt: et ideo Neratius ait utilitatem actoris venire in aestimationem, non quanti res sit, quae utilitas, inquit, interdum minoris erit quam res erit* »

« En outre, si certaines *utilitates* sont perdues à cause de ce qui n'est pas présenté ou est exhibé en retard, il faut qu'elles soient évaluées par le juge ;

---

<sup>322</sup> Par ex. : M. KASER (*op. cit.*, note 151, p. 175-176) considère que, si le détachement de la pure valeur marchande du bien endommagé peut déjà être trouvé chez Labéon, suivi par Gaius, Nératius et Javolène, Julien oppose l'évaluation du *pretium rei* au calcul de l'*id quod interest*. D. MEDICUS (*op. cit.*, note 256, p. 243) affirme que les classiques se réfèrent à l'*interesse* à chaque fois que l'*aestimatio* conduit à une « *Überschreitung des Sachwertes* ». Selon U. WESEL (*Rhetorische Statuslehre und Gesetzesauslegung der römischen Juristen*, Köln, Karl Heymanns, 1967, p. 53), le juriste qui introduit l'évaluation subjective du *damnum iniuriā* est Julien : « *Da bei Gaius nur Fälle zusätzlichen Verlustes angeführt werden, der unabhängig vom einzelnen Eigentümer eingetreten ist, scheint Julien den entscheidenden Schritt zur Anerkennung des subjectiven Interesses getan zu haben. Die späteren Juristen sind ihm gefolgt* ». Dans le même sens, v. aussi J. A. C. THOMAS, *op. cit.*, note 319, p. 437 ; S. TAFARO, *op. cit.*, note 258, p. 170-171. Selon P. VOCI (*op. cit.*, note 152, p. 68-69) « *troviamo che, per quanto ci è possibile, allo stato delle fonti, risalire ai più antichi giuristi dell'età classica, il metodo dell'id quod int. ha sostituito il metodo dell'aestimatio rei* ».

<sup>323</sup> Par ex. : U. VON TUHR, *op. cit.*, note 293, p. 9-10 : selon l'auteur, le *pretium rei* fait le premier objet d'évaluation pour l'estimation de l'obligation aquilienne selon « *die klassistischen Juristen* », de Labéon jusqu'à Ulpien. Selon ce dernier juriste, « *die Berücksichtigung des Interesses Gegenstand einer Streitfrage gewesen ist* ». D'après G. BESELER (*op. cit.*, note 268, p. 25), malgré les adaptations dont peuvent faire mention les textes, « *[i]n Wirklichkeit lautet das Urteil auf die aestimatio corporis* ». V. aussi F. PRINGSHEIM, « *Miszellen* », ZSS RA 45 (1925) p. 396-492, spéc. p. 459 : « *daß ein Sklave iussu domini seinem Herrn eine Erbschaft erwerben kann, liegt eine objektive Erhöhung des Wertes des Sklaven* ». T. J. GERKE (*op. cit.*, note 268, p. 116-118) affirme que le dépassement de l'évaluation objective n'eut lieu que dans la période postclassique : « *Die klassischen Juristen gingen nicht systematisch vom Interesse aus, sondern interpretierten das 'quanti ea res est' des Gesetzes in einem Umfange, der dem Einzelfall angepasst war, ohne Rücksicht auf theoretische Differenzierungen. Erst in späterer Zeit erkannte man, dass hier die Grenzen der objektiven Berechnung überschritten worden waren* ». K.-H. BELOW (*op. cit.*, note 268, p. 23) soutient que, pendant la période classique, « *nur abstrakt-objektive Kriterien* » font l'objet d'une évaluation du *lucrum cessans* en matière de responsabilité aquilienne ; « *während die Beachtung konkreter, subjektiver Momente, individueller Maßstäbe, der nachklassiker Zeit zuzuweisen ist* ».

partant, Nératius affirme que l'évaluation doit porter sur l'*utilitas* de la chose pour le demandeur et non sur sa valeur marchande. Cette *utilitas*, dit-il, sera parfois d'une valeur moindre que la chose ».

Bien que le juriste ne s'occupe pas ici de la responsabilité aquilienne, il suit une logique que nous retrouvons là où Ulpien, auteur de la citation en question, oppose, en matière de *damnum iniuriā*, le *corpus solum* à l'*id quod interest*. Tout comme l'*actio legis Aquiliae*, l'*actio ad exhibendum* prévoit une *condemnatio* évaluée dans la mesure de *quanti ea res [erit]*<sup>324</sup>. Nératius intervient justement sur cet élément, et affirme qu'en revanche, l'objet de l'*aestimatio* est l'*utilitas actoris*<sup>325</sup>, peu importe que sa valeur économique soit moindre que la valeur de la chose.

La signification d'*utilitas* est clarifiée dans un autre passage, où Nératius est directement cité dans la compilation de Justinien. Ici, Nératius étudie le cas de la promesse de comparaître en justice (*vadimonium*) stipulée par le *procurator*.

D. 2.11.14 (Nerat. 2 membr.): « *Si procurator ita stipulatus est, ut sistat dumtaxat eum quem stipularetur, non etiam poenam si status non esset stipularetur: propemodum nullius momenti est ea stipulatio, quia procuratoris, quod ad ipsius utilitatem pertinet, nihil interest sisti. Sed cum alienum negotium in stipulando egerit, potest defendi non procuratoris, sed eius cuius negotium gesserit utilitatem in ea re spectandam esse: ut quantum domini litis interfuit sisti, tantum ex ea stipulatione non stato reo procuratori debeatur. Eadem et fortius adhuc dici possunt, si procurator ita stipulatus esset "quanti ea res erit": ut hanc conceptionem verborum non ad ipsius, sed ad domini utilitatem relatum interpretemur* »

« Si un représentant s'est fait promettre seulement qu'on lui présentera en justice celui avec qui la *stipulatio* a été passée, sans stipuler aussi une peine en cas d'absence, cette *stipulatio* ne vaut presque rien, car le représentant, en ce qui concerne sa propre *utilitas*, n'a aucun intérêt à comparaître. Toutefois, puisque le représentant a mis en place un acte juridique pour le compte d'autrui

---

<sup>324</sup> Gai. 4.51 : « (...) *si in rem agamus uel ad exhibendum. nam illic ita est: QVANTI EA RES ERIT, TANTAM PECVNIAM, IVDEX, NVMERIVM NEGIDIVM AVLO AGERIO CONDEMNA. SI NON PARET, ABSOLVITO* (...) ». V. S. TAFARO, *op. cit.*, note 258, p. 128.

<sup>325</sup> Concernant la signification d'*utilitas*, il y a lieu de remarquer que ce terme est employé deux fois dans le fragment. En effet, les *utilitates aestimandae a iudice* constituent les avantages apportés par la chose à *exhibere*. En revanche, l'*utilitas* opposée au *pretium rei*, dont la valeur – précise le juriste – peut être moindre que ce prix, correspond à l'*id quod interest* en tant que critère d'estimation de l'obligation. En ce sens, G. VALDITARA, *op. cit.*, note 160, p. 222 et n. 79-80. V. aussi *infra*, note 327.

en passant la *stipulatio*, il peut déclarer en sa défense que, dans cette cause, il faut observer l'*utilitas* non pas du représentant, mais de celui dont il a géré l'affaire. Dès lors, au sens de cette *stipulatio*, si le défendeur ne comparait pas, le représentant a droit à la valeur de l'intérêt que le *dominus litis* avait à ce qu'il comparût. Nous pouvons dire les mêmes choses, à plus forte raison, si le représentant s'est fait promettre « *quanti ea res erit* », de manière que nous interprétions cette clause comme étant adressée non pas à l'*utilitas* du représentant lui-même, mais à celle du *dominus litis* ».

Remarquons que Nératius assimile expressément la notion d'*utilitas* à « *quantum domini [...] interfuit* » : le représentant, qui agit pour le compte d'autrui, n'a aucun intérêt personnel à ce que le promettant exécute la *stipulatio* qui les lie, et qui a pour objet la comparution en justice. Dès lors, s'il a été stipulé que le débiteur défaillant remettra *quanti ea res erit* en cas de non-comparution, il est nécessaire que son obligation porte non pas sur l'*utilitas* du *procurator*, presque nulle, mais sur l'*interesse* du *dominus litis* indirectement représenté par le *stipulator*.

Au-delà de la possible différence entre les deux notions<sup>326</sup>, il est intéressant de constater que l'*utilitas*, que Nératius fait coïncider avec l'*id quod interest*, constitue également un moyen d'interprétation par lequel la jurisprudence parvenait à des solutions qui dépassaient la *ratio stricti iuris*<sup>327</sup>.

---

<sup>326</sup> Pour une comparaison entre *utilitas* et *id quod interest*, v. S. TAFARO, *op. cit.*, note 258, p. 134-137.

<sup>327</sup> H. ANKUM, « *Utilitatis causa receptum*. On the pragmatical methods of the Roman lawyers », in *Symbolae iuridicae et historicae Martino David dedicatae*, 1, Leiden, Ius Romanum, 1968, p. 1-31, spéc. 28-29 ; *Id.*, « *Utilitatis causa receptum*. Sur la méthode pragmatique des juristes romains classiques », *RIDA* 15 (1968), p. 119-133, spéc. p. 132 ; S. TAFARO, *op. cit.*, note 258, p. 135-136 ; H. ANKUM, « *Utilitatis causa* en los trabajos de los juristas clásicos romanos », *Revista Chilena de Derecho* 43/3 (2016), p. 1121-1132. *Contra*, U. LEPTIEN, « 'Utilitatis causa'. Zweckmässigkeitscheidungen im römischen Recht », *SDHI* 35 (1969), p. 51-72, spéc. p. 71 : « Die römischen Juristen waren sich der allgemeinen Rechtsgrundsätze, und zwar auch der bloß eingebürgerten, lebhaft bewußt und hingen mit großer Zähigkeit an ihnen. Wie schwer es ihnen fiel, von diesen Grundsätzen im Einzelfall abzuweichen, zeigt die Umständlichkeit, mit der sie solche Abweichungen begründen und verteidigen: Außer einem überragenden Nutzen muß stets noch eine dogmatische Hilfsbrücke vorhanden sein; außerdem ist noch die allgemeine Billigung sehr erwünscht » ; M. NAVARRA, *Ricerche sulla utilitas nel pensiero dei giuristi romani*, Torino, Giappichelli, 2002, *passim*, spéc. p. 207 : « seppure le locuzioni implicate possono costituire spia di uno sviluppo dell'ordinamento, questo non può lasciare supporre ciò di cui non si ha prova nelle fonti e cioè che i giuristi romani abbiano creato soluzioni innovative motivandole in maniera espressa sulla base dell'*utilitas* ».

D'ailleurs, le vocable *utilitas* peut identifier trois notions différentes<sup>328</sup> : outre la méthode d'interprétation que nous venons juste d'évoquer, ce terme peut désigner l'utilité qu'une certaine chose a pour son propriétaire<sup>329</sup> ou, techniquement, le critère de l'*id quod interest* lui-même<sup>330</sup>.

De ces trois significations, c'est la dernière qui nous intéresse à ce stade. En effet, le *pretium corporis* que les juristes jusqu'à Julien associèrent à la clause *quanti ea res* prévue par la *lex Aquilia* fut ensuite pleinement supplanté par l'*id quod interest* ; ceci allait de pair avec une conception de la responsabilité aquilienne de plus en plus projetée vers la réparation du dommage<sup>331</sup>.

Ainsi, D. 9.2.21.2, probablement extrapolé d'un exposé plus détaillé d'Ulpien<sup>332</sup>, contient une exégèse de la clause « *quanti is homo [...] plurimi fuisset*<sup>333</sup> » conforme à la tendance jurisprudentielle que nous venons d'examiner. En effet, le critère du prix marchand de l'esclave, peu importe qu'il se réfère à la valeur particulière du bien endommagé ou au prix général d'une *res* de la même qualité<sup>334</sup>,

---

<sup>328</sup> G. VALDITARA, *op. cit.*, note 160, p. 222 et n. 78-80.

<sup>329</sup> V. par ex. : D. 10.1.4.1 (Paul. 23 *ad ed.*) : « (...) *Quid enim si quis aliquam utilitatem ex eo loco percepit, quem vicini esse appareat?* (...) » ; D. 10.4.9.8 (Ulp. 24 *ad ed.*, v. *supra*) ; D. 19.1.21.3 (« *Cum per venditorem steterit, quo minus rem tradat, omnis utilitas emptoris in aestimationem venit, quae modo circa ipsam rem consistit* (...) »).

<sup>330</sup> V. par ex. : D. 2.11.14 (Ner. 2 *membr.*) : « (...) *Eadem et fortius adhuc dici possunt, si procurator ita stipulatus esset "quanti ea res erit": ut hanc conceptionem verborum non ad ipsius, sed ad domini utilitatem relatum interpretemur* » ; D. 9.2.33.pr (Paul. 2 *ad Plaut.*, v. *supra*, note 234) ; D. 10.4.9.8 (Ulp. 24 *ad ed.*, v. *supra*) ; D. 11.3.6 (Paul. 19 *ad ed.*) : « *Praeteritae enim utilitatis aestimatio in hoc iudicium versatur* » ; D. 35.2.63.pr (Paul. 2 *ad leg. Iuliam et Papiam*) : « *Pretia rerum non ex affectu nec utilitate singulorum, sed communiter funguntur* (...) » ; D. 39.2.4.7 (Ulp. 1 *ad ed.*, v. *supra*) ; D. 43.4.1.5 (Ulp. 72 *ad ed.*) : « *Haec verba "quanti ea res erit, ob quam in possessionem missus erit" continent utilitatem creditoris, ut quantum eius interest possessionem habere, tantum ei qui prohibuit condemnatur. Proinde si ob falsum creditum vel ob falsam petitionem missus est in possessionem vel si exceptione summoverti potuit, nihil ei debet prodesse hoc edictum, quia propter nullam causam in possessionem missus est* ».

<sup>331</sup> V. aussi, à ce propos, G. VALDITARA, *op. cit.*, note 51, p. 47.

<sup>332</sup> *Id.*, *op. cit.*, note 160, p. 201-211. L'auteur affirme la « *genuinità sostanziale* » du passage en question. Cette opinion est partagée par E. LEVY, *op. cit.*, note 141, p. 149 n. 2 ; P. VOCI, *op. cit.*, note 152, p. 71 ; U. WESEL, *op. cit.*, note 322, p. 52 et n. 35 ; T. MAYER MALY, compte rendu de U. VON LÜBTOW, *op. cit.*, note 52, *GGÄ* 226 (1974), p. 128-137 ; H. HAUSMANINGER, *op. cit.*, note 100, p. 30 ; *Contra*, G. BESELER, *op. cit.*, note 268, p. 26 ; M. KASER, *op. cit.*, note 151, p. 173-174 ; T. J. GERKE, *op. cit.*, note 268, p. 82-84 ; F. SCHULZ, *op. cit.*, note 100, p. 589 ; A. PRINGSHEIM, « *Die Verletzung Freier und die 'lex Aquilia'* », *SDHI* 28 (1962), p. 2-13 ; K.-H. BELOW, *op. cit.*, note 268, p. 18 ; U. VON LÜBTOW, *op. cit.*, note 52, p. 122 et n. 172 ; H. ANKUM, *op. cit.*, note 270, p. 51 ; F. H. LAWSON, B. MARKESINIS, *Tortious Liability for Unintentional Harm in the Common Law and the Civil Law*, 1, Cambridge, Cambridge University Press, 1982, p. 35 et n. 245 ; A. M. HONORÉ, *Ulpian: pioneer of human rights*, Oxford, Oxford University Press, 2002<sup>2</sup>, p. 57 et n. 253.

<sup>333</sup> Dans le paragraphe précédent (D. 9.2.21.1), Ulpien commente la référence temporelle « *in eo anno* ».

<sup>334</sup> Sur cette question, v. G. VALDITARA, *op. cit.*, note 160, p. 208-211.

cédait désormais la place à l'évaluation de l'intérêt que le propriétaire de ce bien avait à ne pas subir sa détérioration.

Bien que non exempt de solutions divergentes<sup>335</sup>, le critère de l'*id quod interest* put s'imposer sur les autres modes d'*aestimatio* du dommage aquilien jusqu'à Justinien. Plus précisément, les rédacteurs de ses Institutes reconnurent le rôle de l'*interpretatio* dans l'évolution de l'évaluation de l'*obligatio ex lege Aquiliā* à partir des *verba legis*, dépassés par le développement jurisprudentiel :

I. 4.3.10 : « *Illud non ex verbis legis, sed ex interpretatione placuit, non solum perempti corporis aestimationem habendam esse, secundum ea quae diximus, sed eo amplius quidquid praeterea, perempto eo corpore, damni vobis adlatum fuerit (...)* »

« Il fut jugé opportun, non pas aux termes de la loi mais selon l'opinion des juristes, que non seulement il faut évaluer le bien détruit, conformément à ce que nous avons dit, mais, de manière plus large, l'évaluation doit porter sur tout dommage ultérieur qui a été produit à votre égard à cause de la détérioration de ce bien ».

Les sources dont nous disposons témoignent notamment de l'évaluation du dommage aquilien selon le pur *interesse* par deux juristes – Ulpien et Paul – qui appartenaient à l'entourage de Papinien, qualifié par Contardo Ferrini de « *scuola papiniana*<sup>336</sup> ».

Par exemple, dans le cas d'un esclave légèrement blessé par autrui, Ulpien s'occupe de la question de savoir s'il est possible d'agir *ex lege Aquiliā* à hauteur des frais médicaux encourus par le propriétaire du *servus*. Cet extrait est cité tant dans la *Collatio legum Mosaicarum et Romanarum* que dans la compilation de Justinien :

---

<sup>335</sup> V. D. 9.2.33.pr (Paul. 2 *ad Plaut.*) : « (...) *Sextus quoque Pedius ait pretia rerum non ex affectione nec utilitate singulorum, sed communiter fungi (...)* ». Paul reporte ici l'opinion de Sextus Pedius : ce juriste critique l'*aestimatio damni* opérée selon un critère subjectif, car une évaluation à partir de l'*utilitas* ou de l'*affectio* de la victime ne correspond pas au prix marchand de la chose. En revanche, celui-ci est identifié de manière objective.

<sup>336</sup> C. FERRINI, « La legittimazione attiva nell'«*actio legis Aquiliae*, », *RISG* 12 (1891), p. 161-189 = V. ARANGIO-RUIZ (dir.), *Opere di Contardo Ferrini*, 5, Milano, Hoepli, 1930, p. 191-219, spéc. p. 198 ; v. aussi O. CARRELLI, « La legittimazione attiva dell'«*actio legis Aquiliae*, », *RISG* 9 (1934), p. 356-420, spéc. p. 370 ; G. VALDITARA, *op. cit.*, note 160, p. 211.



Coll. 2.4.1 (Ulp. 18 *ad ed.*) : « *Rupisse eum utique accipiemus, qui vulneraverit, vel virgis, vel loris, vel pugnīs cecidit, vel telo, vel cum aliovis genere sciderit hominis corpus, vel tumorem fecerit ; sed ita demum, si damnum datum est. Ceterum si in nullo servum pretio viliores deteriorumve fecerit, Aquilia cessat iniuriarumque erit agendum. Ergo et si pretio quidem non sit deterior factus servus, verum sumptus in salutem eius et sanitatem facti sunt, in haec nec mihi videtur damni Aquilia lege agi posse* »

« Nous considérons que celui qui a blessé ou a frappé le corps d'un homme par des tiges, des fouets, des coups de poing, un dard ou un objet de n'importe quel type, ou a causé un œdème, a commis l'action de *rumpere*. Toutefois, il en va ainsi seulement si un dommage a été produit. Pour le reste, si la valeur de l'esclave n'a point été amoindrie, l'*actio legis Aquiliae* ne peut pas être intentée, et il faudra se servir seulement de l'*actio iniuriarum*. Donc, si l'esclave n'a pas été détérioré dans sa valeur, mais que des frais ont été endurés pour sa santé et sa guérison, il ne me semble pas que l'on puisse les demander en justice au sens de la *lex Aquilia* ».

D. 9.2.27.17 (Ulp. 18 *ad ed.*) : « *Rupisse eum utique accipiemus, qui vulneraverit, vel virgis vel loris vel pugnīs cecidit, vel telo vel quo alio, ut scinderet alicui corpus, vel tumorem fecerit, sed ita demum, si damnum iniuria datum est: ceterum si nullo servum pretio viliores deteriorumve fecerit, Aquilia cessat iniuriarumque erit agendum dumtaxat: Aquilia enim eas ruptiones, quae damna dant, persequitur. Ergo etsi pretio quidem non sit deterior servus factus, verum sumptus in salutem eius et sanitatem facti sunt, in haec mihi videri damnum datum: atque ideoque lege Aquilia agi posse* »

« Nous considérons que celui qui a blessé quelqu'un par des tiges, des fouets, des coups de poing, un dard ou un objet de n'importe quel type, de manière à causer une fracture à autrui, ou a causé un œdème, a commis l'action de *rumpere*. Toutefois, il en va ainsi seulement si un *damnum iniuriā* a été produit. Pour le reste, si la valeur de l'esclave n'a point été amoindrie, l'*actio legis Aquiliae* ne peut pas être intentée, et il faudra se servir seulement de l'*actio iniuriarum*. En effet, la *lex Aquilia* appréhende les brisements qui produisent un dommage. Donc, même si l'esclave n'a pas été détérioré dans sa valeur, mais que des frais ont été endurés pour sa santé et sa guérison, il me semble qu'un dommage a été produit dans la mesure de ces dépens : pour ce motif, j'estime qu'on peut intenter l'*actio legis Aquiliae* ».

Dans la citation contenue dans la *Collatio*, Ulprien soutient que, pour une blessure qui ne porte qu'une atteinte minimale à l'intégrité physique de l'esclave, le propriétaire ne peut pas intenter l'*actio legis Aquiliae* pour les dépenses médicales qui

visent à guérir son *servus* ; en revanche, la solution attribuée à la même citation dans le Digeste de Justinien est affirmative<sup>337</sup>.

Telle que reportée par la *Collatio*, l'opinion d'Ulpien a permis à une partie de la doctrine d'exclure que le juriste appliquât le critère de l'*interesse* dans l'*aestimatio damni* aquilienne : sans dépréciation de l'esclave sur le plan de la valeur marchande<sup>338</sup>, aucune obligation ne saurait être imposée à l'auteur de la blessure. Dès lors, l'interpolation du passage dans le Digeste se serait rendue nécessaire pour rendre sa teneur conforme au critère de l'*interesse*, désormais généralement employé<sup>339</sup>. Valditara a critiqué cette interprétation, en identifiant l'emploi de l'*id quod interest* même dans le texte de la *Collatio*. D'après cet auteur, Ulpien, selon lequel l'action aquilienne présente déjà une fonction réparatrice non négligeable, aurait exclu l'indemnisation de ces frais médicaux au motif qu'elles n'étaient pas nécessaires pour éviter la dépréciation du bien : leur inutilité les rendait « *come tali non risarcibili*<sup>340</sup> ».

Cette reconstruction est convaincante, mais mérite une précision ultérieure. En effet, il semble qu'Ulpien ne se borne pas à constater qu'en cas de blessure de moindre importance, les dépenses médicales étaient inutiles pour le maintien de la valeur de l'esclave<sup>341</sup>. En affirmant que le *servus* n'a pas été rendu *vilior* ou *deterior*, le juriste met l'accent sur le fait que non seulement le prix n'a pas baissé, mais aucune atteinte n'a non plus été portée à la capacité de l'esclave à exercer sa fonction. Par conséquent, le propriétaire de l'esclave n'avait aucun intérêt économiquement quantifiable à ce que le dommage ne survienne pas, d'où l'impossibilité de condamner l'auteur des coups portés au *servus*.

Les deux solutions différentes attribuées à Ulpien dans les deux compilations où le fragment en question est cité ne relèveraient donc pas de la méthode

---

<sup>337</sup> Pour un aperçu des contributions doctrinales qui se sont occupées de l'originalité du passage en question, v. *op. ult. cit.*, p. 253 n. 156.

<sup>338</sup> V. à cet égard P. VOICI, *op. cit.*, note 152, p. 74 : « *il colpo non diminuisce il valore dello schiavo, ma solo cagiona l'erogazione di spese di malattia* ».

<sup>339</sup> V. à ce propos T. J. GERKE, *op. cit.*, note 268, p. 97-99 ; A. PRINGSHEIM, *op. cit.*, note 332, p. 7-8 ; U. VON LÜBTOW, *op. cit.*, note 52, p. 127-128 ; H. ANKUM, *op. cit.*, note 270, p. 51 n. 91 ; p. 55 n. 102 ; p. 56.

<sup>340</sup> G. VALDITARA, *op. cit.*, note 160, p. 256.

<sup>341</sup> À ce propos, l'auteur fait référence (*ibid.*) à l'analogie avec le droit italien en vigueur : « *si pensi, per esempio, alla distruzione di una autovettura ormai non più valutabile commercialmente; in questa ipotesi il valore d'affezione che eventualmente l'oggetto poteva avere per il suo proprietario non verrà in considerazione ed eventuali esborsi affrontati per la riparazione del bene non saranno risarcibili* ».

d'*aestimatio damni*, mais de la nouvelle conception de la condition des esclaves à l'époque de Justinien. La possibilité d'obtenir l'indemnisation des frais médicaux nécessaires pour soigner l'esclave dans le seul but de le soulager correspondrait à « *una nuova visione dei rapporti tra uomini, liberi e servi che fossero, influenzata dal nuovo clima culturale*<sup>342</sup> », où le christianisme occupait une place de premier plan<sup>343</sup>.

Paul, quant à lui, s'occupe de l'*occisio* ou de la blessure, de la part du nu-propiétaire, d'un esclave qui faisait l'objet d'un usufruit :

D. 9.2.12 (Paul. 10 *ad Sab.*): « *Sed et si proprietatis dominus vulneraverit servum vel occiderit, in quo usus fructus meus est, danda est mihi ad exemplum legis Aquiliae actio in eum pro portione usus fructus, ut etiam ea pars anni in aestimationem veniat, qua nondum usus fructus meus fuit* »

« Toutefois, si le nu-propiétaire a blessé ou tué l'esclave dont je suis l'usufruitier, j'ai droit à une *actio ad exemplum legis Aquiliae* contre celui-ci pour la *portio* de mon usufruit, afin que l'*aestimatio* prenne également en compte la partie de l'année où mon usufruit n'existait pas encore ».

D'après Paul, bien que l'usufruitier ne puisse pas tenter l'action aquilienne directe en raison du manque de *dominium* sur le bien endommagé, il y a lieu à une *actio ad exemplum legis Aquiliae*<sup>344</sup> « *pro portione* » de l'usufruit ayant pour objet ce

---

<sup>342</sup> *Op. ult. cit.*, p. 258.

<sup>343</sup> V. par ex. : B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, 2, Milano, Giuffrè, 1952, p. 442-447.

<sup>344</sup> La question de savoir s'il s'agit d'une *actio in factum* ou d'une *actio utilis* est ouverte. Dans le cas d'un dommage occasionné par un tiers au rapport d'usufruit, Ulpien accorde à l'usufruitier une *actio utilis* : D. 7.1.17.3 (Ulp. 18 *ad Sab.*) : « *Si quis servum occiderit, utilem actionem exemplo Aquiliae fructuario dandam numquam dubitavi* » ; D. 9.2.11.10 (Ulp. 18 *ad ed.*) : « *An fructuarius vel usuarius legis Aquiliae actionem haberet, Iulianus tractat: et ego puto melius utile iudicium ex hac causa dandum* ». Ces fragments ont permis à plusieurs auteurs de considérer que l'action à laquelle Paul fait référence dans le passage en question est bien *utilis* : en ce sens, O. CARRELLI, *op. cit.*, note 336, p. 364 ; B. ALBANESE, « Studi sulla legge Aquilia », *AUPA* 21 (1950), p. 5-343, spéc. p. 262, 266 ; G. WESENER, « *Actiones ad exemplum* », *ZSS RA* 75 (1958), p. 220-250, spéc. p. 225-226 ; U. VON LÜBTOW, *op. cit.*, note 52, p. 170-171 ; G. THIELMANN, « 'Actio utilis' und 'actio in factum' zu den Klagen im Umfeld der Lex Aquilia », in *Studi in onore di Arnaldo Biscardi*, 2, p. 295-317, spéc. p. 313-317 ; R. SANTORO, « Aspetti formulari della tutela delle convenzioni atipiche », in N. BELLOCCI, *Le teorie contrattualistiche romane nella storiografia contemporanea*, atti del Convegno di diritto romano, Siena, 14-15 aprile 1989, Napoli, Jovene, 1991, p. 83-124 ; G. VALDITARA, *op. cit.*, note 160, p. 214-215, 467-474. *Contra*, E. VALIÑO, *Actiones pretorias complementarias de la acción civil de la ley Aquilia*, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1973, p. 88-89 : l'auteur estime que « *Paulo no da aquí una actio utilis sino una acción a imitación de la acción civil de la ley Aquilia, que podría ser muy bien una acción in factum, pero en modo alguno una acción útil, ya que en este caso habría necesidad de una doble ficción: que el usufructuario era propietario y que este último no lo era, lo que nos parece difícilmente imaginable, sobre todo cuando el tenor literal del*

même bien. En doctrine, il a été proposé d'interpréter cette expression à la lumière d'un passage d'Ulpien en matière de *furtum*, où le juriste explique que l'action se partage entre le nu-propiétaire et l'usufruitier<sup>345</sup> justement selon le critère de l'*interesse* de chacun des deux à ce que la soustraction illicite n'eût pas lieu :

D. 47.2.46.1 (Ulp. 42 *ad Sab.*) : « *Si servus fructuarius subreptus est, uterque, et qui fruebatur et dominus, actionem furti habet. Dividetur igitur actio inter dominum et fructuarium: fructuarius aget de fructibus vel quanti interfuit eius furtum factum non esse eius, dupli: proprietarius vero aget, quod interfuit eius proprietatem non esse subtractam* ».

« Si un esclave qui fait l'objet d'un usufruit a été volé, tant l'usufruitier que le nu-propiétaire peuvent intenter l'*actio furti*. Par conséquent, l'action se partage entre le nu-propiétaire et l'usufruitier : l'usufruitier agira pour les fruits ou pour la valeur de l'intérêt qu'il avait à ce que le vol ne survînt pas, dans la mesure du double ; en revanche, le nu-propiétaire agira pour la valeur de son intérêt à ce que sa propriété ne fût pas enlevée ».

Le parallélisme de D. 9.2.12 avec ce fragment est heureux : Ulpien reconnaît que le nu-propiétaire et l'usufruitier d'un bien volé ne peuvent pas avancer les mêmes prétentions à l'encontre du voleur. En effet, le premier subit une atteinte à la propriété, le second se voit dépourvu de son droit d'*uti frui*. « *Ognuno agisce dunque in relazione al proprio diritto*<sup>346</sup> », et cette divergence entre en jeu car la différente nature des deux droits réels implique que leurs titulaires respectifs présentent un *interesse* également différent à la non-survenance du *furtum*.

Revenons à la responsabilité aquilienne. L'*id quod interest*, dont l'usufruitier peut bien être porteur tout en n'étant pas le propriétaire du bien, constitue la clé du raisonnement que Paul mène dans le fragment en question. D'une part, comme nous l'avons vu chez Ulpien, la jurisprudence classique reconnaît que l'usufruitier est bien intéressé à ce qu'aucune atteinte ne soit portée à son droit. D'autre part, l'*id quod*

---

*fragmento no habla para nada de actio utilis* ». Cette conclusion semble cohérente avec le cas de l'*occisio* d'un esclave de la part de son propriétaire, où Ulpien accorde également une *actio in factum* au possesseur de bonne foi ou au créancier gagiste : D. 9.2.17 (Ulp. 18 *ad ed.*) : « *Si dominus servum suum occiderit, bonae fidei possessori vel ei qui pignori accepit in factum actione tenebitur* ».

<sup>345</sup> En ce sens, A. VON TUHR, *op. cit.*, note 293, p. 14 ; C. FERRINI, *op. cit.*, note 336, p. 209-210 et n. 1 ; U. VON LÜBTOW, *op. cit.*, note 52, p. 170 n. 186 ; G. VALDITARA, *op. cit.*, note 160, p. 216-218.

<sup>346</sup> *Op. ult. cit.*, p. 217.

*interest* est le seul critère qui permet d'accorder une indemnisation à l'usufruitier du bien endommagé : le titulaire du droit réel limité ne peut aliéner que ce même droit, non pas la propriété du bien à laquelle se réfère le *pretium rei*.

Partant, l'*aestimatio* de la créance de l'usufruitier doit nécessairement faire abstraction du *pretium rei*, qui ne constitue pas une perte subie par la victime dépourvue du droit de propriété. Le nu-propriétaire sera donc condamné à rendre à son usufruitier la valeur des fruits qu'il aurait pu percevoir pendant la durée de l'usufruit. En outre, comme le précise la dernière partie du fragment (« *ut ... fuit* ») et conformément aux *verba legis Aquiliae*, l'évaluation est toujours opérée en évaluant les qualités du bien pendant toute l'année précédente, bien que le droit réel limité dont jouit la victime ait été constitué depuis moins d'un an<sup>347</sup>.

D'un point de vue téléologique, il est particulièrement intéressant de remarquer que l'idée de viser à l'indemnisation par la *lex Aquilia* est désormais enracinée. Si telle est la perspective, l'évaluation selon l'*id quod interest* présente ici un avantage capital. En effet, il devient ainsi possible d'étendre l'instrument aquilien à d'autres personnes que le propriétaire, voire d'appréhender les comportements du propriétaire lui-même qui nuisent, en ce cas, à l'usufruitier de son bien. Par conséquent, si le *damnum iniuriā* était jadis conçu pour réprimer les atteintes à la propriété d'autrui, il s'agit désormais d'un instrument qui vise à protéger le patrimoine *lato sensu*, ainsi qu'à fournir une réparation pour un nombre de plus en plus élevé de pertes qu'autrui pourrait illicitement occasionner<sup>348</sup>.

Un autre passage de Paul où il est question d'appliquer le critère de l'*id quod interest* s'occupe du cas d'une obligation alternative ayant pour objet l'un de deux esclaves. Le *servus* dont la valeur est moins élevée est tué par le créancier avant l'exigibilité de l'obligation<sup>349</sup> ; partant, le débiteur n'a désormais plus aucun choix :

---

<sup>347</sup> *Op. ult. cit.*, p. 218-219 et n. 64.

<sup>348</sup> V. G. VALDITARA, *op. cit.*, note 233, p. 197. Sur l'extension de la protection *ex lege Aquilia* à des personnes différentes du propriétaire, il y a lieu de renvoyer à *Id.*, *op. cit.*, note 160, p. 303-523.

<sup>349</sup> T. J. GERKE, *op. cit.*, note 268, p. 105 ; U. VON LÜBTOW, *op. cit.*, note 52, p. 125 ; G. VALDITARA, *op. cit.*, note 160, p. 238. *Contra*, G. IMPALOMENI, « Sull'obbligo del debitore alla conservazione degli oggetti promessi alternativamente », *SDHI* 25 (1959), p. 55-93, spéc. p. 59 : l'auteur estime que *mora* se réfère à la mise en demeure du créancier (*mora creditoris*).

D. 9.2.55 (Paul. 22 *quaest.*) : « *Stichum aut Pamphilum promisi Titio, cum Stichus esset decem milium, Pamphilus viginti: stipulator Stichum ante moram occidit: quaesitum est de actione legis Aquiliae. Respondi: cum viliozem occidisse proponitur, in hunc tractatum nihilum differt ab extraneo creditor. Quanti igitur fiet aestimatio, utrum decem milium, quanti fuit occisus, an quanti est, quem necesse habeo dare, id est quanti mea interest? (...)* »

« J'ai promis de remettre Stichus ou Pamphilus à Titius, là où Stichus valait dix mille, Pamphilus vingt mille. Avant la mise en demeure, le *stipulator* a tué Stichus ; la question se pose de savoir si l'*actio legis Aquiliae* peut être intentée. J'ai répondu : puisqu'il est rapporté qu'il a tué l'esclave de moindre valeur, aux fins de ce raisonnement le créancier ne diffère aucunement d'un tiers. Pour quelle valeur l'estimation sera-t-elle opérée ? Dix mille, soit la valeur de l'esclave tué, ou la valeur que je suis contraint de remettre, soit mon *interesse* ? ».

Tout d'abord, le juriste répond par la négative à la question de savoir si le fait que l'*occisio* a été commise par le créancier fait obstacle à la possibilité d'intenter l'*actio legis Aquiliae* à son encontre. En effet, puisque l'esclave tué, Stichus, est *vilior* que Pamphilus, le créancier ne perdrait rien (au contraire, son débiteur serait contraint de lui remettre l'esclave de plus haute valeur) : il doit donc être traité à l'instar d'un *extraneus*, soit être condamné à l'entière de l'obligation qu'un responsable quelconque aurait dû payer pour ce même acte illicite.

La question de l'*aestimatio damni* se pose immédiatement après. De manière similaire<sup>350</sup> à l'exégèse d'Ulpien que nous avons déjà citée à plusieurs reprises<sup>351</sup>, Paul met en place une alternative entre l'évaluation du simple prix marchand de Stichus, à savoir dix mille<sup>352</sup>, et l'estimation de la valeur de Pamphilus, que le débiteur est désormais contraint de remettre (« *quanti est, quem necesse habeo dare* »). Ce dernier montant, vingt mille dans l'exemple de Paul, correspond justement à l'intérêt que le débiteur avait à ce que l'*occisio* de Stichus ne survînt pas. Il y a effectivement lieu de supposer qu'il aurait choisi de remettre Stichus, pour se libérer moyennant une perte patrimoniale moins élevée et garder l'esclave le plus coûteux.

<sup>350</sup> En ce sens, G. VALDITARA, *op. cit.*, note 160, p. 245.

<sup>351</sup> D. 9.2.21.2, v. *supra*, § 1.

<sup>352</sup> La mention expresse du prix marchand de Stichus permet à l'observateur d'exclure que la locution « *quanti fuit occisus* » fasse référence à la valeur que cet esclave avait pour son propriétaire (autrement dit, le « *prezzo formale* »). Si cette précision n'avait pas été faite par Paul, la signification de cette locution aurait été ambiguë à la lumière de D. 9.2.51.2 (v. *supra*, note 301), où Julien emploie l'expression « *quanto in anno proximo homo plurimi fuerit* » pour se référer justement à la valeur de l'esclave aux yeux de son *dominus*. En ce sens, G. VALDITARA, *op. cit.*, note 160, p. 244-245.

Même si la réponse de Paul à la question qu'il pose ne nous est pas explicitement fournie dans le fragment inclus dans la compilation de Justinien, il n'est pas difficile de la déduire à partir de la pensée de ce juriste, que nous avons examinée grâce aux fragments analysés plus haut. Encore une fois, l'alternative est mise en place entre un mode d'évaluation complètement objectif, qui ne considère que le *pretium rei*, et une *aestimatio* qui fait désormais abstraction de ce *pretium*, pour ne rechercher que la perte concrètement subie par la victime (en ce cas, la possibilité de garder Pamphilus) et condamner le responsable à la réparer.

Il y a également lieu d'estimer que Paul ait entendu se référer à l'*id quod interest* lorsqu'il mentionne l'*utilitas* dans le cas d'un esclave dont la délivrance avait été promise sous clause pénale :

D. 9.2.22.pr (Paul. 22 ad ed.) : « *Proinde si servum occidisti, quem sub poena tradendum promisi, utilitas venit in hoc iudicium* »

« Si tu as tué un esclave, que j'avais promis de remettre sous clause pénale, l'*utilitas* est à considérer dans ce jugement ».

Encore une fois, parmi les significations du terme *utilitas* que nous avons évoquées plus haut, il semble que Paul retient celle d'*id quod interest*. En effet, le contexte dans lequel le vocable est employé permet tout d'abord d'exclure que le juriste se réfère à l'*utilitas* en tant que méthode d'interprétation. Ensuite, si Paul avait entendu identifier par *utilitas* l'avantage que la *res* détériorée avait pour son propriétaire en plus de son *pretium*, il aurait pris soin de préciser, par exemple par l'expression « *et utilitas venit* », qu'il ne s'agit pas du seul élément pris en compte dans le cadre de l'évaluation<sup>353</sup>.

Il convient donc de conclure que Paul emploie bien le terme *utilitas* en tant que synonyme d'*id quod interest*. Si l'esclave promis sous clause pénale est tué, le débiteur sera probablement tenu de payer la somme stipulée par cette clause<sup>354</sup>, dont

---

<sup>353</sup> Quant à l'emploi des conjonctions *et* et *etiam* dans ce contexte, v. par ex. : D. 9.2.23.pr (Ulp. 18 ad ed., v. *supra*, note 252) ; D. 9.2.23.2 (v. *supra*). En ce sens, *op. ult. cit.*, p. 224-225.

<sup>354</sup> Ceci postule que la clause pénale peut être invoquée par le stipulant alors même que le non-paiement n'est imputable à aucune faute de la part du débiteur. G. DONATUTI (« Di un punto controverso in materia di stipulazione penale », *SDHI* 1 (1935), p. 299-306, spéc. p. 305-306) suggère

le montant total est supérieur à la simple valeur marchande de l'esclave (si ce n'était pas le cas, l'inclusion de cet exemple dans l'écrit de Paul aurait été peu opportune<sup>355</sup>). Par conséquent, l'obligation à laquelle l'auteur de l'*occisio* sera condamné aura pour objet exactement le montant de la *poena* que la victime est désormais contrainte de payer à son créancier.

Par ce passage, nous concluons l'examen de la jurisprudence en matière d'*aestimatio damni*. En aval de l'analyse menée dans la présente section, tout d'abord, il convient de rappeler que le critère d'estimation de l'obligation aquilienne ne fut pas le même au fil de l'expérience romaine. En effet, dans un premier temps, conformément à une interprétation stricte des *verba legis Aquiliae*, l'*aestimatio damni* ne tint compte que du *pretium rei*, dans la mesure de la plus haute valeur du bien dans l'année ou les trente jours précédents.

Seulement après, vers la fin du premier siècle après J.-C., l'on peut attester une première évolution dans l'*interpretatio* de la clause *quanti ea res*. Tout en ne reniant pas la nécessité de partir du prix marchand du bien *occisus, ustus, fractus* ou *ruptus*, certains juristes commencèrent à ajouter à cette valeur un montant ultérieur (*causa*), qui correspond aux avantages supplémentaires que la victime tirait de ce bien, de telle sorte que la perte endurée à cause du comportement dommageable était plus élevée que le *pretium rei*. Ce mode d'évaluation du préjudice, sans s'écarter des *verba legis*, permit de mieux adapter l'obligation aquilienne à l'exigence de restaurer le dommage concrètement subi par le demandeur. Si rien n'empêche que la dette du responsable soit plus élevée que le préjudice qu'il a effectivement occasionné, en raison de la *repetitio temporis* ou de la litiscroissance, l'adoption du « *prezzo formale* » témoigne

---

de distinguer deux hypothèses : d'une part, la *stipulatio* de délivrance assortie d'une clause pénale ; d'autre part, la *poena* stipulée sous condition que la promesse, quant à elle conclue sans les formes de la *stipulatio*, ne soit pas exécutée. Dans le premier cas, l'impossibilité de s'acquitter de sa dette n'entraîne pas, pour le débiteur, l'obligation de remettre la *poena*, puisqu'aucune faute ne saurait lui être imputée. Dans le second cas, que l'auteur identifie dans le présent fragment, l'impossibilité non imputable ne libère aucunement le débiteur de son obligation conditionnelle. En effet, s'il en est ainsi, la mort de l'esclave réalise la condition à laquelle la *stipulatio poenae* était soumise. Le fait que l'inexécution non imputable ne libère pas le débiteur de la *poena* est également retenu par T. J. GERKE, *op. cit.*, note 268, p. 86 n. 103 ; U. VON LÜBTOW, *op. cit.*, note 52, p. 127 ; G. VALDITARA, *op. cit.*, note 160, p. 224. *Contra*, F. H. LAWSON, *op. cit.*, note 293, p. 96 ; P. VOCI, *op. cit.*, note 152, p. 72 n. 6.

<sup>355</sup> G. VALDITARA (*op. cit.*, note 160, p. 224) observe à ce propos que seule une *poena* dont la valeur est supérieure à celle de l'esclave *occisus* rend le passage en question cohérent avec les exemples mentionnés par Paul dans les paragraphes qui suivent D. 9.2.22.pr : effectivement, l'élément qui rassemble les cas présentés in D. 9.2.22 est l'exigence d'estimer une valeur supérieure au *pretium rei* pour tenir compte de la perte concrètement subie par le propriétaire du bien endommagé.



tout de même du fait que les juristes sont de plus en plus attentifs à la finalité de réparation du dommage.

À partir de l'époque des Sévères, l'adaptation de l'obligation *ex lege Aquiliā* au dommage concrètement produit ne procéda plus de l'ajout d'un chef de préjudice au prix marchand de la chose atteinte par le comportement préjudiciable. Dès lors, le *pretium rei* fut progressivement abandonné au profit du calcul pur et simple de la valeur de l'intérêt (*id quod interest*) que la victime avait à ne pas subir le *damnum iniuriā* en question.

Dans la majorité des cas, du point de vue économique, le montant estimé en évaluant l'*id quod interest* n'est pas différent de celui que l'on obtient selon le critère du *prezzo formale*. À bien y regarder, l'évolution se déroule plutôt sur le plan méthodologique : désormais, la fonction réparatrice de la responsabilité aquilienne était bien reconnue en jurisprudence, et les *verba legis*, qui se bornaient à évaluer une sanction pécuniaire à l'encontre du responsable, furent considérés peu adéquats à la nouvelle perspective<sup>356</sup>.

Nous pourrions donc affirmer que l'évolution de l'*aestimatio damni* aquilienne est, en quelque sorte, téléologiquement orientée. Nous avons vu que la découverte progressive de la fonction réparatrice de la *lex Aquilia* produisit une conséquence procédurale et une matérielle. Sur le plan de la procédure, l'*actio legis Aquiliae* fit l'objet d'un véritable bouleversement : la nature juridique strictement *poenalis* qui lui avait été originellement attribuée fut reléguée à accompagner, dans les cas exceptionnels d'*infinitatio* et *repetitio temporis*, la qualification répersécutoire de principe. Du point de vue matériel, l'obligation aquilienne était de moins en moins conçue comme une peine pécuniaire pure et simple : grâce aux potentialités offertes par cette *obligatio* en termes de restauration du préjudice, les juristes aménagèrent les critères d'évaluation économique de la *condemnatio* jusqu'à contredire ouvertement les *verba legis*.

---

<sup>356</sup> *Op. ult. cit.*, p. 184 : « è evidente come la disciplina prevista dal plebiscito del 286 a.C. che vincolava la condanna dell'autore dell'illecito al maggior valore del bene, concepito come valore di mercato, non solo non risarciva l'interesse effettivo, ma non dava neppure importanza, proprio limitando la stima al prezzo commerciale, al fatto che quel bene poteva risultare inserito in una dinamica economica più complessa ».

L'origine commune de ces deux mouvements est la pratique du droit. Dans les deux cas, le premier pas fut une *interpretatio* prudente et respectueuse des dispositions du plébiscite, ce qui conduisit à une adaptation *praeter legem* de la responsabilité aquilienne aux nouvelles exigences. D'une part, c'est le cas de Gaius<sup>357</sup>, qui affirme que la prétention concrète de la victime d'un *damnum iniuriā* qui intente l'action de la *lex Aquilia* est à la fois la punition du responsable et la réparation du préjudice. D'autre part, les juristes qui retiennent le critère du *prezzo formale* suivent cette même démarche : à leurs yeux, la victime d'un dommage ne serait pas pleinement satisfaite si seule la valeur marchande du bien qu'elle a perdu lui était remise, sans y ajouter la valeur supplémentaire que cette chose revêtait pour son propriétaire.

Ce n'est que dans un second temps<sup>358</sup> que la nature juridique de l'action et le critère d'évaluation de la *condemnatio* subirent une évolution explicite par rapport à la *lex Aquilia*. En effet, l'*id quod interest* est présenté par Ulpien comme le critère d'*aestimatio* à suivre, au détriment du prix marchand indiqué par les *verba legis* ; quant à la nature *mixta* de l'action, elle est précisée dans le manuel impérial de droit, de telle sorte que les juristes puissent en avoir conscience dès le début de leur formation.

Il ne reste qu'à tracer un lien entre ces deux fronts de l'évolution de la responsabilité aquilienne. Selon Valditara, la perspective dans laquelle la prise en compte de l'*id quod interest* se développe à l'époque des Sévères est la conscience que l'action a désormais un « *duplice carattere, reipersecutorio e penale*<sup>359</sup> ».

Il convient d'ajouter à cette interprétation que la considération des qualités particulières que le bien avait *in concreto* pour son propriétaire, à partir de Javolène et Julien, semble être la conséquence matérielle de la l'identification, issue de la pratique, de la fonction potentiellement réparatrice de la *lex Aquilia*. En effet, du point de vue logique, aucun juriste n'aurait recherché une adaptation de la responsabilité

---

<sup>357</sup> Gai. 4.6-9, v. *supra*, sect. 2.

<sup>358</sup> Sur le caractère graduel de l'évolution, v. G. VALDITARA, *op.cit.*, note 160, p. 184-199 ; v. aussi J. M. THOMSON, « Who Could Sue on the Lex Aquilia? », *LQR* 91 (1975), p. 207-217 ; U. VON LÜBTOW, « Die Aktionen im Umkreis der «lex Aquilia» », *Labeo* 30 (1984), p. 317-328 ; D. NÖRR, « Zur Interdependenz von Prozeßrecht und materiellem Recht am Beispiel der lex Aquilia », *Rechtshistorisches Journal* 6 (1987), p. 99-116.

<sup>359</sup> G. VALDITARA, *op.cit.*, note 160, p. 210.

aquillienne aux besoins concrets de la victime s'il n'avait pas entendu donner importance à son préjudice et à l'exigence de le réparer, sans limiter la responsabilité aquillienne à la seule finalité punitive.

À dire vrai, il ne semble pas aisé de soutenir que les juristes s'aperçurent du double caractère que l'action aquillienne pouvait revêtir. Au départ, la réparation du dommage subi par la victime n'était probablement que l'effet secondaire d'une norme visant à sanctionner certaines conduites illicites par une peine pécuniaire. Dès lors, un dédommagement (voire un montant supérieur) était très souvent perçu par la victime, mais ceci ne dépendait que d'une contingence factuelle<sup>360</sup> et, surtout, n'était pas juridiquement qualifié de réparation.

Dès lors, comme l'indiquent les verbes *agimus*, *persequimur* etc., conjugués par Gaius à la première personne du pluriel, la démarche des juristes de son époque consista moins à attester le double caractère de l'*actio legis Aquiliae* qu'à plier un instrument juridique punitif aux nécessités de la victime. Vice-versa, il est bien possible de qualifier la disposition des Institutes de Justinien où l'*actio legis Aquiliae* est insérée parmi les actions mixtes de prise d'acte d'une évolution<sup>361</sup>. Dans ce dernier cas, le critère empirique adopté pour déterminer la nature juridique de l'*actio legis Aquiliae* concrètement intentée témoigne de la volonté des rédacteurs des *Institutiones* d'identifier, par un principe général et abstrait, une démarche développée dans la pratique du droit.

---

<sup>360</sup> Banalement, tel était le cas lorsque le prix marchand du bien, dans la mesure de sa plus haute valeur dans la période considérée, arrivait à compenser entièrement le préjudice.

<sup>361</sup> I. 4.6.19, v. *supra*, sect. 2.

## Chapitre II. La fonction de la *lex Aquilia* à l'épreuve de la philosophie de la justice

Le temps est venu de tenter d'expliquer les raisons de ce mouvement. Dans le chapitre précédent, nous avons observé un glissement dans la fonction de la responsabilité aquilienne : au fil du temps, sa capacité à garantir la réparation des dommages illicitement occasionnés est mise en exergue. Néanmoins, nous ne pouvons pas nous contenter d'identifier une évolution sur le seul plan des règles de droit, mais sommes tenus d'élargir notre angle de vue jusqu'aux développements culturels, philosophiques et religieux qui accompagnent la succession des normes dans le temps. À défaut de cela, nous risquons d'accepter l'évolution juridique comme inéluctable, ainsi que de postuler l'existence de « lois de l'histoire du droit » qui guident nécessairement ce développement : c'est le cas de l'abolition constante de la punition formulée par Jhering, que nous avons mentionnée dans l'introduction générale.

Ce chapitre est donc consacré à un aperçu sur la philosophie du *damnum iniuriā* : l'œuvre des penseurs permet de tirer d'incontournables indices des mouvements culturels qui nous intéressent. Le but de cette réflexion n'est évidemment pas l'affirmation qu'un certain courant philosophique fut la cause directe de l'évolution de la fonction de la *lex Aquilia* : l'imprudence d'une telle conclusion serait patente. Plutôt, il importe ici de tracer un parallélisme entre les développements culturel et juridique, pour démontrer que l'estompement progressif de la punition dans la responsabilité aquilienne n'est pas intrinsèque à la *lex Aquilia* elle-même, mais s'insère dans un mouvement plus vaste et perceptible de plusieurs points de vue.

Il a été soutenu à bon droit que relativement peu d'attention a été portée à l'interaction entre les constructions légales et philosophiques dans la formation du principe moderne de faute<sup>362</sup>. Cette dénonciation pourrait bien être étendue à l'entière des éléments de la responsabilité pour *damnum iniuriā*, à partir de sa fonction.

---

<sup>362</sup> F. PARISI, *op. cit.*, note 40 : « *relatively little attention has been devoted to the interaction between legal and philosophical constructs in the formation of the modern principle of fault* ».

Dès lors, nous tenterons ici d'identifier les traits principaux de la réflexion philosophique en la matière. À ce propos, la théorie de la justice d'Aristote doit nécessairement constituer notre point de départ : comme on le verra, il s'occupa spécifiquement des rapports juridiques entre particuliers et, à travers les notions de justice distributive et corrective, de la fonction des normes qui disciplinent ces relations, qu'elles naissent volontairement ou involontairement. Dès lors, dans une première section, notre analyse se concentrera sur cette construction théorique et sur sa radicale différence de la fonction originaire de la *lex Aquilia* telle que nous l'avons précédemment identifiée. Ensuite, une seconde section sera consacrée à la réception de ces traits de la philosophie aristotélicienne à Rome, à travers l'école stoïcienne et le christianisme, et aux répercussions de ceci sur les conséquences juridiques d'un *damnum iniuriā*.

### **Section 1. La justice corrective et la fonction punitive de la responsabilité aquilienne : deux pôles opposés**

Dans le chapitre précédent, la mutation de la fonction de la responsabilité aquilienne a été étudiée grâce à deux indices, l'un de nature procédurale – la qualification de l'*actio legis Aquiliae* – et l'autre de nature matérielle et économique – l'évaluation de l'*obligatio ex damno iniuriā dato*. Ce choix n'est pas le fruit du hasard : comme nous le verrons, la réflexion philosophique autour de la notion de dommage impacte directement sur la perception procédurale et économique du *damnum iniuriā* et de l'obligation qui en dérive.

L'étude de la découverte progressive de la réparation du préjudice en droit romain ne saurait faire abstraction de la pensée d'Aristote. Comme nous le verrons, sa philosophie influença profondément la culture romaine, notamment dans les dernières décennies de la république : Michel Villey suggère même, à ce propos, de situer le moment de l'invention du droit romain comme système scientifique autour de l'époque cicéronienne<sup>363</sup>, soit après la destruction de Corinthe (146 avant J.-C.), qui marque traditionnellement la conquête romaine de la Grèce.

---

<sup>363</sup> M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, PUF, 2003, p. 103.

Selon Aristote, le but de l'existence de l'homme est de mener une vie qui réalise autant que possible son potentiel en tant qu'être humain et de choisir par ses conscience et volonté (à la différence des autres animaux) les actions en mesure de contribuer à cette vie<sup>364</sup>. L'homme, qui est par nature un animal social<sup>365</sup>, ne peut pas arriver à son accomplissement tout en faisant abstraction des rapports entre individus<sup>366</sup>, où la vertu se manifeste comme recherche du juste milieu<sup>367</sup>. C'est justement à ces relations que fait référence la justice particulière<sup>368</sup> (κατὰ μέρος δικαιοσύνη<sup>369</sup>), décrite dans le cinquième livre de l'*Éthique à Nicomaque* : elle consiste à attribuer à chacun le sien<sup>370</sup> et est composée des justices<sup>371</sup> distributive et correctives<sup>372</sup>.

Concentrons-nous sur la première espèce de la justice particulière, la justice distributive.

---

<sup>364</sup> J. GORDLEY, *op. cit.*, note 40, p. 1-23.

<sup>365</sup> Aristot. *Pol.* I 1253a : « (...) ὁ ἄνθρωπος φύσει πολιτικὸν ζῷον (...) ».

<sup>366</sup> J. GORDLEY, *op. cit.*, note 40, p. 2 : « Because man is a social animal, part of living such a life is helping others to do so ».

<sup>367</sup> M. VILLEY, « Suum jus cuique tribuens », in *Studi in onore di Pietro De Francisci*, 1, Milano, Giuffrè, 1956, p. 363-371 ; *Id.*, *op. cit.*, note 363, p. 79 ; 81.

<sup>368</sup> Aristote reprend à ce propos la définition donnée par les pythagoriciens : selon eux, la justice coïncide avec la présence d'une contrepartie (Arist. *Eth. Nich.* 1132a : « (...) δοκεῖ δέ τισι καὶ τὸ ἀντιπεπονηθὸς εἶναι ἀπλῶς δίκαιον, ὡσπερ οἱ Πυθαγόρειοι ἔφασαν (...) »). Sur ce point, v. B. DONATI, *Dottrina pitagorica e aristotelica della giustizia*, Modena, A. F. Formiggini, 1911, p. 22.

<sup>369</sup> L'expression est en opposition avec ce qu'Aristote appelle la « justice universelle », ou légale : dans *Eth. Nich.* 1129b il est affirmé que « [p]uisque, disions-nous, celui qui viole la loi est un homme injuste, et celui qui l'observe un homme juste, il est évident que toutes les actions prescrites par la loi sont, en un sens, justes » (« (...) ἐπεὶ δ' ὁ παράνομος ἄδικος ἦν ὁ δὲ νόμιμος δίκαιος, δῆλον ὅτι πάντα τὰ νόμμά ἐστὶ πῶς δίκαια (...) », trad. fr. J. TRICOT, *Éthique à Nicomaque*, Les Echos du Maquis, 2014, p. 106).

<sup>370</sup> Aristote reprend ici une formule que Platon avait déjà présentée : Plat. *Rep.* 1.331c : « Mais est-ce bien définir la justice que de la faire consister simplement à dire la vérité, et à rendre à chacun ce qu'on en a reçu ? ou plutôt, cela n'est-il pas juste ou injuste, selon les occurrences ? » (« (...) Τοῦτο δ' αὐτό, τὴν δικαιοσύνην, πότερα τὴν ἀλήθειαν αὐτὸ φήσομεν εἶναι ἀπλῶς οὕτως καὶ τὸ ἀποδιδόναι ἂν τίς τι παρά του λάβῃ, ἢ καὶ αὐτὰ ταῦτα ἔστιν ἐνίοτε μὲν δικάως, ἐνίοτε δὲ ἀδίκως ποιεῖν ; (...) », trad. fr. J.-N. GROU, *L'État ou la République de Platon*, Paris, Charpentier, 1849, p. 22).

<sup>371</sup> Aristot. *Eth. Nich.* 1130b : selon Aristote, il ainsi clair que les justices sont plusieurs, et que ceci signifie aussi autre chose que la valeur humaine (« (...) ὅτι μὲν οὖν εἰσὶν αἱ δικαιοσύναι πλείους, καὶ ὅτι ἔστι τις καὶ ἕτερα παρὰ τὴν ὅλην ἀρετὴν, δῆλον (...) »).

<sup>372</sup> Puisqu'Aristote emploie, pour ce type de justice particulière, le terme διορθωτικόν (v. *infra*, note 377), il y a lieu de préférer, au moins lorsque nous nous référons à ce philosophe, l'expression « justice correctives » à la plus connue « justice commutative » : le verbe διορθῶ signifie justement redresser, corriger. Sur ce point v. P. R. TROJANO, *Dottrine morali di Protagora e Aristotele*, Napoli, Pierro, 1897, p. 47-58 ; B. DONATI, *op. cit.*, note 368, p. 25-30.

Aristot. *Eth. Nich.* 1130b : « (...) τῆς δὲ κατὰ μέρος δικαιοσύνης καὶ τοῦ κατ' αὐτὴν δικαίου ἔν μὲν ἔστιν εἶδος τὸ ἐν ταῖς διανομαῖς τιμῆς ἢ χρημάτων ἢ τῶν ἄλλων ὅσα μεριστὰ τοῖς κοινωνοῦσι τῆς πολιτείας (ἐν τούτοις γὰρ ἔστι καὶ ἄνισον ἔχειν καὶ ἴσον ἕτερον ἑτέρου) »

« (La justice distributive) est celle qui intervient dans la distribution des honneurs, ou des richesses, ou des autres avantages qui se répartissent entre les membres de la communauté politique (car dans ces avantages il est possible que l'un des membres ait une part ou inégale ou égale à celle d'un autre<sup>373</sup>) ».

Ce premier type de justice vise donc à assurer que toute personne ait les moyens nécessaires pour vivre sa vie, sans que les fortunes des autres n'en subissent de pertes injustes<sup>374</sup>. Selon le philosophe, la distribution des ressources est donc à opérer de manière équitable, non nécessairement égale<sup>375</sup>, suivant une proportion qualifiée de « géométrique<sup>376</sup> ».

L'autre type de justice « est corrective dans les transactions privées<sup>377</sup> ». Par rapport à la justice distributive, le cadre est radicalement différent : si « la distribution s'effectue à partir des richesses communes<sup>378</sup> », la justice corrective vise en revanche à préserver la distribution équitable en imposant le redressement de tout empiètement illicite sur un équilibre existant<sup>379</sup>.

Aristot. *Eth. Nich.* : « 1131b : (...) τὸ δ' ἐν τοῖς συναλλάγμασι δίκαιον ἐστὶ μὲν ἴσον τι, καὶ τὸ ἄδικον ἄνισον, 1132a. ἀλλ' οὐ κατὰ τὴν ἀναλογίαν ἐκείνην ἀλλὰ κατὰ τὴν ἀριθμητικὴν. οὐδὲν γὰρ διαφέρει, εἰ ἐπιεικῆς φαῦλον ἀπεστέρησεν ἢ φαῦλος ἐπιεικῆ, οὐδ' εἰ ἐμοίχευσεν ἐπιεικῆς ἢ φαῦλος· ἀλλὰ πρὸς τοῦ βλάβους τὴν διαφορὰν μόνον βλέπει ὁ νόμος, καὶ χρῆται ὡς ἴσοις,

<sup>373</sup> Trad. fr. J. TRICOT, *op. cit.*, note 369, p. 109.

<sup>374</sup> J. GORDLEY, *op. cit.*, note 40, p. 2 : « *The object of commutative justice is to enable [a person] to obtain [external things] without unfairly diminishing other people's share of wealth* ». L'auteur remarque que la richesse à laquelle Aristote fait allusion ne renvoie pas à une distribution des choses elles-mêmes, mais plutôt à la notion de « pouvoir d'achat » (« *acquiring power* », *ibid.*).

<sup>375</sup> F. PARISI, *op. cit.*, note 40, p. 318 : « *distributive justice is concerned with the fair – but not necessarily equal – distribution of entitlements among individuals* ».

<sup>376</sup> Aristot. *Eth. Nich.* 1131b : « [Les mathématiciens désignent la proportion de ce genre du nom de *géométrique* » (« *καλοῦσι δὲ τὴν τοιαύτην ἀναλογίαν γεωμετρικὴν οἱ μαθηματικοί* », trad. fr. J. TRICOT, *op. cit.*, note 369, p. 111).

<sup>377</sup> Aristot. *Eth. Nich.* 1131a : « τὸ ἐν τοῖς συναλλάγμασι διορθωτικόν ».

<sup>378</sup> Aristot. *Eth. Nich.* 1131b : « καὶ γὰρ ἀπὸ χρημάτων κοινῶν ἐὰν γίνηται ἡ διανομή ». Trad. fr. J. TRICOT, *op. cit.*, note 369, p. 111.

<sup>379</sup> F. PARISI, *op. cit.*, note 40, p. 318 : « *corrective justice aims at preserving the just distribution by imposing correction of any wrongful interference with an existing equilibrium* ».

εἰ δὲ μὲν ἀδικεῖ ὁ δὲ ἀδικεῖται, καὶ εἰ ἔβλαπεν ὁ δὲ βέβλαπται. ὥστε τὸ ἄδικον τοῦτο ἄνισον ὃν ἰσάζειν πειρᾶται ὁ δικαστής· καὶ γὰρ ὅταν ὁ μὲν πληγῇ ὁ δὲ πατάξῃ, ἢ καὶ κτείνῃ ὁ δὲ ἀποθάνῃ, διήρηται τὸ πάθος καὶ ἡ πράξις εἰς ἄνισα· ἀλλὰ πειρᾶται τῇ ζημίᾳ ἰσάζειν, ἀφαιρῶν τοῦ κέρδους. λέγεται γὰρ ὡς ἀπλῶς εἰπεῖν ἐπὶ τοῖς τοιούτοις, κἂν εἰ μὴ τισιν οἰκεῖον ὄνομα εἴη, τὸ κέρδος, οἷον τῷ πατάξαντι, καὶ ἡ ζημία τῷ παθόντι· ἀλλ' ὅταν γε μετρηθῇ τὸ πάθος, καλεῖται τὸ μὲν ζημία τὸ δὲ κέρδος (...)».

« Le juste dans les transactions privées, tout en étant une sorte d'égal, et l'injuste une sorte d'inégal, n'est [...] pas l'égal selon la proportion de tout à l'heure, mais selon la proportion arithmétique. Peu importe, en effet, que ce soit un homme de bien qui ait dépouillé un malhonnête homme, ou un malhonnête homme un homme de bien, ou encore qu'un adultère ait été commis par un homme de bien ou par un malhonnête homme : la loi n'a égard qu'au caractère distinctif du tort causé, et traite les parties à égalité, se demandant seulement si l'une a commis, et l'autre subi, une injustice, ou si l'une a été l'auteur et l'autre la victime d'un dommage<sup>380</sup> ».

Ce passage synthétise le fonctionnement de la justice corrective dans les rapports concernés. Elle ne joue que dans les échanges (συναλλάγματα) qui interviennent dans le cadre de rapports entre particuliers : tout *synállagma* illicite, peu importe l'identité des parties, est censée subir une correction qui vise à rétablir le *status quo ante* précédemment déséquilibré<sup>381</sup>.

Aristote met en exergue deux types de *synallágmata* susceptibles de se produire entre individus, en suivant le raisonnement qu'il présente au début de l'*Éthique à Nicomaque* : volontaires et involontaires<sup>382</sup>. Intuitivement, le synallagme volontaire se produit lorsque l'échange dépend de la rencontre des volontés des parties : une personne qui obtient un gain illicite en manquant à sa parole ou en commettant tout autre type d'acte de nature à déséquilibrer la relation synallagmatique sera tenu de restituer le bien ou l'argent mal acquis.

<sup>380</sup> Trad. fr. J. TRICOT, *op. cit.*, note 369, p. 111.

<sup>381</sup> J. GORDLEY (« Tort Law in the Aristotelian Tradition », in D. G. OWEN (dir.), *The Philosophical Foundations of Tort Law*, Oxford, Clarendon Press, 1995, p. 131-158, spéc. p. 158) identifie dans ce principe le postulat sur lequel se fondent également le droit de propriété et la théorie de l'enrichissement injustifié, outre la responsabilité civile. Il ne pourrait pas en aller autrement : « *One who has another's property must give it back. One who has profited from using another's property must return the profit. One who has voluntarily harmed another, even if he has acquired nothing, has gained in the sense that he has pursued his own objectives at another's expense. He must pay for any loss he has caused* ».

<sup>382</sup> Aristot. *Eth. Nich.* 1131b : « (...) καὶ τοῖς ἐκουσίοις καὶ τοῖς ἀκουσίοις (...) ».



Le *synállagma* involontaire est, en revanche, plus intéressante. « *Obblighi involontari [...] sono quelli, invece, che pur essendo conseguenza del proprio fatto, non sono stati voluti, e solo è stato voluto il fatto stesso*<sup>383</sup> » : il s'agit notamment des cas où une partie aurait subi un dommage causé par l'autre.

Ici se situe le cœur de la réflexion d'Aristote sur la fonction de l'obligation *ex damno iniuriā*. En aval du fait dommageable, la répartition équilibrée des richesses est brisée par la perte patrimoniale que la victime du préjudice subit<sup>384</sup>. Or, cette situation est contraire à la justice : selon Aristote, l'intervention du juge, la justice personnifiée<sup>385</sup>, est nécessaire pour la corriger. En particulier, l'office du juge est de « s'efforcer, au moyen [de la perte], de rétablir l'égalité, en enlevant le gain obtenu<sup>386</sup> ».

À vrai dire, la traduction de Jules Tricot que nous proposons ici a été modifiée en substituant l'expression entre crochets à « au moyen *du châtement* », ce qui permet de mieux saisir la radicale différence entre la justice corrective aristotélicienne et la perspective romaine. En effet, le terme ζῆμία (perte) s'oppose à κέρδος<sup>387</sup> (gain) : en tant que tel, ce vocable désigne plutôt la perte économique, dont l'effet n'est que de rétablir l'équilibre initial entre les parties, que le châtement ou la peine, qui ont également un but afflictif et préventif.

Il est désormais possible de tracer une esquisse de la divergence radicale que nous pouvons observer entre la *lex Aquilia* (en amont de l'*interpretatio* jurisprudentielle) et la théorie d'Aristote. Dans les deux cas, il est prévu que l'auteur du dommage est obligé de verser à la victime une somme calibrée, *lato sensu*, sur la valeur du préjudice occasionné. Toutefois, le plébiscite aquilien s'appuie sur le prix de la chose endommagée (non pas du préjudice) seulement pour évaluer, du seul point de vue économique, une obligation qui pèse sur le responsable à titre de peine. Dès lors, l'agent est puni parce qu'il a tué, brûlé, brisé ou rompu un bien appartenant à autrui. La réparation du dommage ne constitue, quant à elle, qu'un effet secondaire

<sup>383</sup> B. DONATI, *op. cit.*, note 369, p. 29.

<sup>384</sup> M. VILLEY, *op. cit.*, note 363, p. 81-82.

<sup>385</sup> Aristot. *Eth. Nich.* 1132a : « (...) δίκαιον ἔμψυχον (...) ».

<sup>386</sup> Aristot. *Eth. Nich.* 1132a : « (...) ἀλλὰ [ὁ δικαστῆς] πειρᾶται τῇ ζῆμίᾳ ἰσάζειν, ἀφαιρῶν τοῦ κέρδους (...) ». Trad. fr. J. TRICOT, *op. cit.*, note 369, p. 112.

<sup>387</sup> *The Online Liddell-Scott-Jones Greek-English Lexicon*, <http://stephanus.tlg.uci.edu/ljsj>, consulté le 20 janvier 2023.

de la sanction, de telle sorte que le préjudice pourrait n'être compensé que partiellement<sup>388</sup>.

Cette conception est en contradiction radicale avec la construction théorique aristotélicienne. Selon le philosophe, le *damnum* constitue moins une atteinte au droit (*in ius, iniuria*) qu'une rupture de l'équilibre dont la préservation est le but de la justice corrective : d'après Aristote, le juge restaure l'égalité<sup>389</sup>. Dès lors, l'obligation du responsable vise à rétablir le cadre initial : la diminution patrimoniale qui lui est imposée sert à compenser la perte qu'il a causée dans le chef de la victime. Autrement dit, le seul but de la justice corrective dans les *synallágmata* involontaires est de réparer le préjudice occasionné par l'auteur du comportement dommageable.

Comme on le voit, conformément aux réflexions que nous avons menées plus haut, une responsabilité aquilienne qui vise à la seule réparation du dommage présente de nombreux avantages pour la victime du préjudice. En effet, d'une part, toute diminution patrimoniale injuste doit être compensée par le responsable sans égard aux éléments objectif et subjectif du comportement. D'autre part, l'évaluation économique de l'obligation *ex damno* est calibrée non pas sur le *pretium rei*, mais sur la valeur concrète de la perte : autrement dit, sur cet *id quod interest* qui a fait l'objet de la troisième section du chapitre précédent.

L'observateur ne saurait nier qu'une telle solution, entièrement conçue en termes de profit et de perte, met en place un rapport fortement biaisé en faveur de la victime, dont les conséquences ne sont pas négligeables. En premier lieu, la voie est ouverte à la responsabilité objective : dans la conception aristotélicienne, une obligation de réparation peut être constituée sans considération des éléments du comportement dommageable<sup>390</sup>. L'on pourrait même se désintéresser de l'*iniuria* aquilienne qui exprimait, à l'origine, l'absence de causes de justification et fut, par la suite, inextricablement associée à la *culpa*<sup>391</sup>. En effet, il n'importe pas à Aristote que

---

<sup>388</sup> V. *supra*, ch. 1 sect. 3.

<sup>389</sup> Aristot. *Eth. Nich.* 1132a : « ὁ δὲ δικαστῆς ἐπανισοῖ ». Trad. fr. J. TRICOT, *op. cit.*, note 369, p. 112.

<sup>390</sup> V. en ce sens F. PARISI, *op. cit.*, note 40, p. 319 : « *The subjective elements of the injurious behavior were factors of a second moment. Imputability of the actor and voluntariness of the act were presumed or simply ignored* ».

<sup>391</sup> V., récemment, B. WINIGER, « Klage wegen Sachbeschädigung (*actio legis Aquiliae*) », in U. BABUSIAUX, C. BALDUS, W. ERNST, F.-S. MEISSEL, J. PLATSCHEK, T. RÜFNER (dir.), *Handbuch des römischen Privatrechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022, p. 2572-2595, spéc. p. 2588-2591. Selon la

le comportement soit contraire à une norme de droit positif : il lui suffit, pour que l'obligation réparatrice ait lieu, que la proportion arithmétique à laquelle vise la justice corrective soit brisée.

Autrement dit, si les Romains se mesurent au *damnum iniuriā datum*, Aristote prône une sorte de *damnum iniustitiā datum*. Puisque la justice s'identifie avec l'égalité, seul l'élément économique de l'équilibre patrimonial entre la victime-créancière et son débiteur est pris en compte dans la condamnation de l'auteur du dommage et dans l'estimation de la somme qu'il sera obligé de verser au demandeur.

Cette conception semble jouer le rôle de pionnière, en ce que les idées d'Aristote reviendront, plus de deux millénaires après, dans les réflexions autour de la compatibilité entre l'assurance responsabilité civile et la faute<sup>392</sup>. Brièvement, dès que le droit à la réparation du dommage est garanti par un organisme collectif, la nécessité d'une faute apparaît comme un frein arbitraire à l'indemnisation : si le préjudice a été occasionné sous l'empire d'une force majeure ou d'un cas fortuit, la victime n'en est pas moins accablée<sup>393</sup>.

Néanmoins, la théorie aristotélicienne de la justice corrective n'est pas exempte de courts-circuits. À cet égard, le point le plus délicat semble justement la nécessité de qualifier le rapport juridique entre le responsable et la victime de relation entre une ζημία et un κέρδος. La situation où cette impasse se manifeste le plus gravement est la question de savoir ce qu'il convient de décider en cas d'atteinte physique<sup>394</sup>, comme en témoigne Aristote lui-même.

Aristot. *Eth. Nich.* 1132a : « (...) λέγεται γὰρ ὡς ἀπλῶς εἰπεῖν ἐπὶ τοῖς τοιούτοις, κἄν εἰ μὴ τισιν οἰκεῖον ὄνομα εἴη, τὸ κέρδος, οἷον τῷ πατάξαντι, καὶ ἡ ζημία τῷ παθόντι· ἀλλ' ὅταν γε μετρηθῇ τὸ πάθος, καλεῖται τὸ μὲν ζημία τὸ δὲ κέρδος (...) ».

---

définition d'Ulpien, l'*iniuria*, au-delà de l'élément subjectif de la *culpa*, désigne ce qui est contraire au droit (D. 9.2.5.1 (Ulp. 18 *ad ed.*) : « *Iniuriam autem hic accipere nos oportet non quemadmodum circa iniuriarum actionem contumeliam quandam, sed quod non iure factum est, hoc est contra ius, id est si culpa quis occiderit (...)* »).

<sup>392</sup> V. par ex. : G. VINEY, *op. cit.*, note 15, p. 205-206.

<sup>393</sup> *Ibid.*

<sup>394</sup> J. GORDLEY, *op. cit.*, note 40, p. 12.

« On applique en effet indistinctement le terme gain aux cas de ce genre, même s'il n'est pas approprié à certaines situations, par exemple pour une personne qui a causé une blessure, et le terme perte n'est pas non plus dans ce cas bien approprié à la victime ; mais, de toute façon, quand le dommage souffert a été évalué, on peut parler de perte et de gain<sup>395</sup> ».

Le philosophe adopte une position nette et tranchante en faveur de l'identification du dommage à la perte économique, ainsi que de l'acte accompli par le responsable au gain. S'il est aisé de qualifier un *damnum* de perte, le fait dommageable requiert une étape de plus pour être qualifié de profit. En commentant Aristote, Thomas d'Aquin soutient que, pour l'auteur d'une lésion physique, le gain consiste à accomplir sa volonté de frapper la victime<sup>396</sup>. Toutefois, il semble également possible de trouver à cette question une explication sur le plan économique. En effet, sans l'intervention de la justice corrective, l'auteur du dommage pourrait détériorer tout bien d'autrui sans que ceci se répercute sur son patrimoine, ce qui ne serait pas le cas s'il endommageait ses propres biens, en vertu de l'adage *res perit domino*. En ce sens, il est possible d'admettre que le responsable jouirait d'un « profit » que la justice corrective est tenue de rééquilibrer.

Dans le cas du préjudice physique, les problèmes engendrés par la nature purement économique de la justice corrective apparaissent à Aristote lui-même. En effet, tout en gardant sa théorie, le philosophe est contraint d'avouer qu'elle n'est pas appropriée au cas d'un dommage de ce type et ne s'applique à la situation prise en considération qu'au prix d'un coup de force dans le raisonnement, soit en évaluant économiquement les blessures souffertes par la victime.

En présence d'un préjudice dont l'évaluation n'est pas immédiate, il aurait été plus simple et linéaire de se concentrer sur l'illicéité du comportement et de prévoir une obligation forfaitaire pour tout transgresseur. Toutefois, ceci reviendrait à sacrifier la

---

<sup>395</sup> Trad. fr. J. TRICOT, *op. cit.*, note 369, p. 112.

<sup>396</sup> *Sancti Thomae Aquinatis In decem libros Ethicorum ad Nicomachum Expositio*, éd. Torino, Marietti, 1964, 5.6.952 (p. 261) : « si duorum unus vulneretur et alius percutiat, vel etiam alius occidat et alius moriatur, divisa est haec actio et passio in inaequalia, quia scilicet percutiens vel occidens habet plus de aestimato bono, in quantum scilicet implevit voluntatem suam, et ita videtur esse quasi in lucro. Ille autem qui vulneratur vel occiditur, habet plus de malo, in quantum scilicet privatur incolumitate vel vita contra suam voluntatem; et ita videtur esse quasi in damno ». Néanmoins, l'emploi de l'adverbe *quasi* témoigne d'une adhérence imparfaite de cette explication aux concepts de *lucrum* et *damnum* (respectivement κέρδος et ζημία), dont Thomas semble lui-même s'apercevoir. V. aussi, à ce propos, J. GORDLEY, *op. cit.*, note 40, p. 12.

réparation du dommage sur l'autel de la punition : l'obligation ne serait plus due en raison de l'injustice du *damnum*, mais à cause de l'illicéité de la conduite préjudiciable. Aristote n'envisage pas la répression punitive du comportement dommageable, et ne s'écarte pas de la notion d'indemnisation, soit l'élimination (*in-*) du *damnum*, par le biais d'une perte équivalente au « gain » illicitement obtenu par l'agent.

En conclusion, contrairement à l'esprit originaire du plébiscite aquilien, les rapports juridiques *ex delicto* sont analysés par Aristote dans une optique exclusivement économique : la justice corrective théorisée par le philosophe vise au seul maintien de l'équilibre entre les patrimoines des personnes. Par conséquent, la responsabilité engendrée par la production d'un *damnum* vise, dans la théorie aristotélicienne, à la seule réparation du préjudice, sans aucune considération pour la sanction du comportement dommageable.

Nonobstant les impasses logiques qu'Aristote lui-même met en lumière et qui resteront ouvertes jusqu'à la philosophie de Thomas d'Aquin (v. *infra*), nous ne saurions nier que la théorie aristotélicienne de la justice exerça, au moins à première vue, une influence considérable sur la culture romaine, ce que nous tenterons d'examiner au cours de la section suivante.

## **Section 2. L'influence culturelle dans l'abandon de la fonction punitive de la *lex Aquilia*: *Graecia capta ferum victorem cepit***

Il est maintenant question de savoir si, et en quelle mesure, la théorie aristotélicienne de la justice corrective fut transposée dans la culture romaine, dont l'activité d'*interpretatio* constitue une inévitable émanation.

Dans les pages qui précèdent, nous avons pu étudier une évolution dans la fonction de la responsabilité aquilienne qui la rapprocha considérablement des idées d'Aristote : sans jamais renier sa capacité à punir l'auteur du comportement dommageable, le *damnum iniuriā* devint de plus en plus un outil de rééquilibrage économique entre le patrimoine de l'agent et celui de la victime. Le but de la présente section est donc de démontrer que ce rapprochement n'est pas une coïncidence, mais

correspond effectivement à une réception des théories aristotéliennes à Rome, ce que nous pouvons retracer à plusieurs endroits.

S'il est vrai, comme l'affirmait Villey, que la culture romaine de la période dite classique est la culture grecque<sup>397</sup>, il y a tout de même lieu de remarquer que les Romains ne relient jamais expressément la responsabilité aquilienne à la justice corrective. En revanche, dans la compilation de Justinien, l'exigence d'éviter tout déséquilibre patrimonial injuste se manifeste dans un principe cité dans le Digeste à partir de deux fragments de Pomponius :

D. 12.6.14 (Pomp. 21 *ad Sab.*) : « *Nam hoc natura aequum est neminem cum alterius detrimento fieri locupletiolem* »

« Il est équitable par nature que personne ne devienne plus riche au détriment d'autrui ».

D. 50.17.206 (Pomp. 9 *ex var. lect.*) : « *Iure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiolem* »

« Il est équitable selon le droit de la nature que personne ne devienne plus riche au détriment d'autrui et de manière non conforme au droit ».

Selon le juriste, l'interdiction de s'enrichir aux dépens d'autrui constitue une règle équitable par nature (« *iure naturae aequum* ») : elle corrige une situation non conforme au droit, quoique non expressément prévue<sup>398</sup>. À ce propos, le remède restitutoire de la *condictio* rétablit, dans plusieurs matières, l'équilibre entre le patrimoine de la personne injustement enrichie et celui de la victime de l'appauvrissement *iniuriā*<sup>399</sup>.

---

<sup>397</sup> M. VILLEY, *op. cit.*, note 363, p. 100.

<sup>398</sup> L. VACCA, « Osservazioni in tema di 'condictio' e di 'arricchimento senza causa' nel diritto romano classico », in F. M. D'IPPOLITO (dir.), *Filia. Scritti per Gennaro Franciosi*, 4, Napoli, Satura, 2007, p. 2709-2732, spéc. p. 2713-2714 : « il principio individuato dal giurista come dettato dall'aequitas interviene a correggere la 'iniuria' e cioè la 'non conformità al ius della civitas' di una determinata situazione, in precedenza non prevista e tutelata ». Sur le concept d'*aequitas*, v., *ex plurimis*, Ead., « L'*aequitas*' nella 'interpretatio prudentium' », in G. SANTUCCI (dir.), *'Aequitas'. Giornate in memoria di Paolo Silli*, Padova, CEDAM, 2006, p. 21-42 ; L. SOLIDORO MARUOTTI, « *Aequitas* e *ius scriptum*. Profili storici », *Ann. Fac. Giur. Camerino* 1 (2012), p. 207-320.

<sup>399</sup> L. VACCA, « Osservazioni in tema di 'condictio' », *op. cit.*, note 398, p. 2714-2716.

Toutefois, au-delà des *condictiones*, il semble que « *the Romans never explained the maxim or tried to draw out its consequences systematically*<sup>400</sup> ». Notre matière ne fait pas exception : certes, la responsabilité aquilienne prévue par les Institutes de Justinien vise principalement à la réparation du dommage, et répond ainsi à un souci de justice corrective. Néanmoins, comme nous l'avons anticipé, aucun fondement général ne semble être présenté, en matière de *damnum iniuriā*, dans les sources dont nous disposons. D'ailleurs, la pratique du droit rendait difficile, pour les juriconsultes, de puiser leurs théories et raisonnements dans une seule école philosophique<sup>401</sup>.

Tout de même, ceci ne nous dispense pas de la nécessité de rattacher la mise en place d'une responsabilité aquilienne réparatrice aux développements culturels qui caractérisèrent la période classique.

En réfléchissant à la théorie aristotélicienne de la justice, il est possible de retracer, au tout début du Digeste, le premier signe d'une approche qui reflète l'héritage intellectuel de l'*Éthique à Nicomaque* et la transpose sur le plan juridique. La référence est au passage d'Ulpien dont les compilateurs gardèrent la définition de la justice et l'énumération des préceptes du droit (*iuris praecepta*).

D. 1.1.10 (Ulp. 2 reg.) : « *Pr. Iustitia est constans et perpetua voluntas suum cuique tribuendi. 1. Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere* »

« *Pr.* La justice est la volonté constante et perpétuelle d'attribuer à chacun le sien. 1. Les préceptes du droit sont les suivants : vivre honnêtement, ne pas nuire à autrui, attribuer à chacun le sien ».

« Commenté des dizaines de milliers de fois<sup>402</sup> », ce fragment a été directement relié à la pensée aristotélicienne par Leibniz : à ce propos, le philosophe allemand trace une hiérarchie selon laquelle le *honeste vivere* constituerait le précepte suprême

---

<sup>400</sup> J. GORDLEY, *op. cit.*, note 40, p. 4.

<sup>401</sup> M. VILLEY, *op. cit.*, note 363, p. 101.

<sup>402</sup> *Op. ult. cit.*, p. 363.

et marque la justice universelle ; en revanche, *suum cuique tribuere* désignerait la justice distributive et *alterum non laedere* la justice commutative<sup>403</sup>.

Effectivement, la référence au *honeste vivere* peut être trouvée au tout début de la lettre à Nicomaque, où Aristote affirme, avant d'y dédier un long approfondissement, que « le Bien est ce à quoi toutes choses tendent<sup>404</sup> ». En rapport direct avec le Bien on trouve la Politique, dont « la fin [...] est la fin suprême ; or cette science met son principal soin à faire que les citoyens soient des êtres d'une certaine qualité, autrement dit des gens honnêtes et capables de nobles actions<sup>405</sup> ». Quant aux *alterum non laedere* et *suum cuique tribuere*, au-delà de la réflexion de Leibniz, nous pouvons bien supposer une liaison respectivement avec les justices commutative et distributive, qui paraissent trouver une véritable définition synthétique dans les principes en question.

Ce parallélisme ne doit rien au hasard : la conclusion selon laquelle les juristes romains appliquèrent la philosophie à leurs raisonnements<sup>406</sup> date désormais de plus d'un siècle et demi. Au contraire, l'emploi de la recherche philosophique dans l'activité des jurisconsultes impose d'autant plus fermement de s'attarder sur la racine intellectuelle de l'évolution dans la fonction de la responsabilité aquilienne, dont nous avons tenté de démontrer l'existence.

L'étude de la réception à Rome de la théorie aristotélicienne de la justice ne saurait faire l'économie de prendre en compte l'école stoïcienne, qui parvint à Rome après la conquête des territoires de culture grecque. Depuis, il recueillit en son sein plusieurs des philosophes romains dont l'œuvre nous est parvenue : Cicéron, qui

---

<sup>403</sup> B. WINIGER, *La responsabilité aquilienne en droit commun, op. cit.*, note 34, p. 113 n. 156. L'auteur se réfère ici à un passage tiré de la « Méditation sur la notion commune de la justice » où Leibniz affirme que « la justice universelle est marquée par le précepte suprême : *honeste (hoc est probe, pie) vivere*, comme *sum cuique tribuere* estoit conforme à la justice particulière soit en général soit, en le prenant plus étroitement) à la distributive (qui distingue les hommes) en particulier, et comme *neminem laedere* estoit pour la justice commutative, ou bien pour le *jus strictum* opposé à l'Équité selon qu'on prend les termes » (in G. MOLLAT, *Rechtsphilosophisches aus Leibnizens ungedruckten Schriften*, Leipzig, Robolsky, 1885, p. 56-81, spéc. p. 76).

<sup>404</sup> Aristot. *Eth. Nich.* 1094a : « διὸ καλῶς ἀπεφάναντο τὰγαθόν, οὗ πάντ' ἐφίεται ». Trad. fr. J. TRICOT, *op. cit.*, note 369, p. 20.

<sup>405</sup> Aristot. *Eth. Nich.* 1099b : « (...) τὸ γὰρ τῆς πολιτικῆς τέλος ἄριστον ἐτίθεμεν, αὕτη δὲ πλείστην ἐπιμέλειαν ποιεῖται τοῦ ποιούσ τινος καὶ ἀγαθοῦς τοὺς πολίτας ποιῆσαι καὶ πρακτικοὺς τῶν καλῶν (...) ». Trad. fr. J. TRICOT, *op. cit.*, note 369, p. 33.

<sup>406</sup> M. F. LAFERRIÈRE, *De l'influence du stoïcisme sur la doctrine des jurisconsultes romains*, Paris, Académie des Sciences Morales et Politiques, 1860, p. 10.



appartient au stoïcisme dit moyen ; Sénèque, Épictète et Marc-Aurèle<sup>407</sup>, qui relèvent chronologiquement du stoïcisme impérial.

À ce propos, il est à nouveau convenable de prendre comme point de départ les trois préceptes du droit évoqués par Ulpien. À partir de Zénon de Kitium, le fondateur de l'école du Portique, la morale stoïcienne accorda une attention particulière à la notion de devoir (καθήκον, *officium*), soit « ce qu'on a de bonnes raisons de faire<sup>408</sup> » pour vivre conformément à la nature humaine, la vertu<sup>409</sup>. Plus précisément,

Diog. Laert. 7.108 : « (...) Καθήκοντα μὲν οὖν εἶναι ὅσα λόγος αἰρεῖ ποιεῖν, ὡς ἔχει τὸ γονεῖς τιμᾶν, ἀδελφούς, πατρίδα, συμπεριφέρεσθαι φίλοις· παρὰ τὸ καθήκον δέ, ὅσα μὴ αἰρεῖ λόγος, ὡς ἔχει τὰ τοιαῦτα, γονέων ἀμελεῖν, ἀδελφῶν ἀφροντιστεῖν, φίλοις μὴ συνδιατίθεσθαι, πατρίδα ὑπερορᾶν καὶ τὰ παραπλήσια »

« Sont donc des devoirs toutes les actions que la raison prescrit de faire, par exemple : honorer ses parents, ses frères, sa patrie, assister ses amis ; sont contraires au devoir toutes celles que la raison prescrit de ne pas faire, par exemple les suivantes : négliger ses parents, ne pas se soucier de ses frères, ne pas compatir avec ses amis, mépriser sa patrie et les actes similaires<sup>410</sup> »

Dans l'école stoïcienne, la justice (δικαιοσύνη) est l'une des vertus que l'homme est tenu d'atteindre. En outre, dans la biographie de Zénon, Diogène Laërce identifie la raison (φρόνησις), le courage (ἀνδρεία) et la sagesse (σωφροσύνη)

---

<sup>407</sup> *Op. ult. cit.*, p. 11. V. aussi à ce propos, *ex plurimis*, M. ISNARDI PARENTE, « Introduzione », in *Ead.* (dir.), *Stoici antichi*, 1, Torino, UTET, 1989, p. 1-74 ; C. GILL, « The School in the Roman Imperial Period », in B. INWOOD (dir.), *The Cambridge Companion to the Stoics*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p. 33-58 ; J.-B. GOURINAT, « La disparition et la reconstitution du Stoïcisme : éléments pour une histoire », in G. ROMÉYER DHERBEY, J.-B. GOURINAT (dir.), *Les stoïciens*, Paris, Vrin, 2005, p. 13-28 ; *Id.*, J. BARNES, « Introduction », in *Id.* (dir.), *Lire les stoïciens*, Paris, PUF, 2009, p. 5-20.

<sup>408</sup> Bien que peu exhaustive, une définition du καθήκον peut être trouvée dans la biographie de Zénon par Diogène Laërce. Diog. Laert. 7.107 : « (...) Ἔτι δὲ καθήκον φασιν εἶναι ὁ πραχθὲν εὐλογόν [τε] ἴσχει ἀπολογισμόν (...) ». La traduction libre proposée entre guillemets est de J. MOREAU, « La place des officia dans l'éthique stoïcienne », *RPA* 1 (1983), p. 99-112, spéc. p. 106.

<sup>409</sup> Diog. Laert. 7.87 : « C'est pourquoi Zénon le premier, dans son traité *Sur la nature de l'homme*, a dit que la fin était de vivre en accord avec la nature, ce qui signifie vivre selon la vertu (...) » (« Διόπερ πρῶτος ὁ Ζήνων ἐν τῷ Περὶ ἀνθρώπου φύσεως τέλος εἶπε τὸ ὁμολογουμένως τῇ φύσει ζῆν, ὅπερ ἐστὶ κατ' ἀρετὴν ζῆν· ἄγει γὰρ πρὸς ταύτην ἡμᾶς ἡ φύσις (...) »). Trad. fr. M.-O. GOULET-CAZÉ (dir.), *Vies et doctrines des philosophes illustres*, Paris, Le Livre de Poche, 1999<sup>2</sup>, p. 847.

<sup>410</sup> Trad. fr. *op. ult. cit.*, p. 857.

parmi les vertus premières<sup>411</sup>. Comme on le voit, la doctrine stoïcienne de la justice fixe donc de sévères principes moraux. En effet, si la théorie d'Aristote s'occupait directement des rapports entre individus pour rechercher la distribution idéale et l'équilibre correct des ressources, les relations interpersonnelles ne constituent ici que le théâtre de l'application de la morale par l'homme vertueux. Cependant, ces rapports font l'objet d'une considération particulière de la part des stoïciens : c'est justement dans les relations avec les parents, les frères, les amis et la patrie, mentionnées par Diogène, que le καθῆκον peut être satisfait. Par conséquent, l'homme qui agit en société de manière intègre peut accéder à la vertu qui est propre de la nature humaine.

Venons maintenant au stoïcisme dit moyen, qui « *vide il ripresentarsi di molte posizioni platonizzanti e aristotelizzanti*<sup>412</sup> » et, surtout, fut importé à Rome dans le cadre de la grande réception de la culture grecque qui permit à Horace d'écrire les célèbres vers « *Graecia capta ferum victorem cepit et artis / intulit agresti Latio* (...)»<sup>413</sup>.

Dans son traité sur les devoirs (*De officiis*), Cicéron s'insère justement dans le sillage de Panétius de Rhodes, le fondateur du stoïcisme moyen<sup>414</sup>. Au début de l'ouvrage, il affirme expressément que, parmi les doctrines qui l'ont précédé, il s'inspirera, quoique librement, des Stoïciens :

Cic. *De off.* 1.6 : « (...) *Sequemur igitur hoc quidem tempore et hac in quaestione potissimum Stoicos non ut interpretes, sed, ut solemus, e fontibus eorum iudicio arbitrioque nostro, quantum quoque modo videbitur, hauriemus* »

« Nous suivons donc, en ce moment et pour ce sujet, principalement les stoïciens, non pas en tant qu'interprètes, mais, comme d'habitude, nous puiserons à leurs sources, selon notre jugement et notre opinion, ce qui nous semblera bon, dans la manière que nous estimerons la meilleure ».

---

<sup>411</sup> Diog. Laert. 7.92.

<sup>412</sup> M. ISNARDI PARENTE, *op. cit.*, note 407, p. 68.

<sup>413</sup> Hor. *Ep.* 2.1.156-157.

<sup>414</sup> Par ex. : : Cic. *De off.* 1.7 ; 1.9 ; 1.152 ; 1.161.

La réflexion que Cicéron expose dans le *De officiis* présente un intérêt particulier pour notre recherche : non seulement le concept de justice fait l'objet d'une réflexion explicite, mais il est bien possible d'identifier, au sein du raisonnement, tant l'influence de la pensée d'Aristote que la référence aux valeurs qu'Ulpien qualifiera, deux siècles plus tard, de *iuris praecepta*.

Cicéron introduit sa théorie sur les devoirs en identifiant les quatre sources de ce qui est honnête : la prudence ou sagesse, la justice, la modestie et la tempérance<sup>415</sup>.

Cic. *De off.* 1.15 : « (...) *Sed omne, quod est honestum, id quattuor partium oritur ex aliqua: aut enim in perspicientia veri sollertiaque versatur aut in hominum societate tuenda tribuendoque suum cuique et rerum contractarum fide aut in animi excelsi atque invicti magnitudine ac robore aut in omnium, quae fiunt quaeque dicuntur, ordine et modo, in quo inest modestia et temperantia* (...) »

« Mais tout ce qui est honorable naît de l'une de ces quatre parties : en effet, soit il consiste dans le discernement de la vérité et dans l'habileté, soit dans la protection de la société humaine, dans l'attribution à chacun du sien et dans la loyauté dans les engagements, soit dans la noblesse et dans la force d'un esprit sublime et invincible, soit dans l'ordre et la mesure de tout ce qui est fait ou dit et où résident la modération et la tempérance ».

Il y a lieu de remarquer dès à présent que la périphrase employée par Cicéron pour faire référence à la justice en distingue les finalités : plus précisément, elle consiste à attribuer à chacun le sien et à garder la *fides* dans les engagements stipulés. Dans ce premier aperçu, le lecteur est déjà en mesure d'identifier que la justice, loin de se borner à constituer un simple précepte moral, s'insère, par sa nature même, dans une dimension sociale. Plus précisément, elle concerne directement les rapports entre personnes et vise, à travers le maintien de l'égalité, à protéger la communauté (*societas*).

Dès ce propos introductif, Cicéron manifeste l'influence directe que l'aristotélisme exerce sur sa pensée : comme chez Aristote, la justice va de pair avec

---

<sup>415</sup> Le lexique employé est tiré des notes à la traduction française par E. SOMMER (*Traité des devoirs*, Paris, Hachette, 1877, p. 2).

l'égalité<sup>416</sup> et veille à l'équilibre tant dans la distribution des ressources que lors des relations synallagmatiques. Il est donc déjà possible d'identifier une justice distributive et une commutative dans le discours de Cicéron : le *suum cuique tribuere* expressément cité dans le texte renvoie à la justice distributive, la *fides rerum contractarum* introduit la justice commutative dans les rapports juridiques volontaires.

Cependant, dans le texte précité, Cicéron ne s'occupe guère des synallagmes involontaires : il faut attendre le septième paragraphe du livre premier pour trouver une référence directe à la notion de *damnum*. Ici, le rhéteur approfondit le concept de *iustitia*, « qui tend à maintenir la société et à cimenter l'union entre les hommes<sup>417</sup> ». Ce principe se divise en deux parties : la justice *stricto sensu*, « la première qualité de l'homme de bien<sup>418</sup> », et la bienfaisance (*beneficentia*), « que l'on peut aussi appeler bonté ou générosité<sup>419</sup> ». À son tour, la justice proprement dite se compose de deux devoirs (*munera*) :

Cic. *De off.* 1.20 : « (...) *Sed iustitiae primum munus est, ut ne cui quis noceat nisi lacessitus iniuria, deinde ut communibus pro communibus utatur, privatis ut suis* »

« Mais le premier devoir de la justice est que l'on ne nuise à personne, si nous n'avons pas été provoqués de manière injustifiée ; le second est que l'on se serve des choses communes en tant que telles, et des biens privés comme tels ».

Partant, l'homme de bien cicéronien, celui qui agit selon justice, respecte les propriétés publique et privée et ne cause aucun préjudice à autrui *nisi lacessitus iniuriā*. Cette dernière expression semble constituer la clé pour distinguer la pensée de Cicéron du *praeceptum iuris* qui consiste généralement à *alterum non laedere*. En effet, la prohibition de tout comportement dommageable est soumise à la condition que l'autre partie provoque ou attaque<sup>420</sup> *iniuriā*, donc de manière injustifiée. Partant, il semblerait même que Cicéron légitimise la vengeance, puisqu'il permet de *nocere*

---

<sup>416</sup> V. *supra*, sect. 1.

<sup>417</sup> Cic. *De off.* 1.7 : « (...) *ea ratio, qua societas hominum inter ipsos et vitae quasi communitas continetur* (...) ». Trad. fr. E. SOMMER, *op. cit.*, note 415, p. 31.

<sup>418</sup> *Ibid.* : « (...) *in qua virtutis est splendor maximus* (...) ». Trad. fr. *ibid.*

<sup>419</sup> *Ibid.* : « (...) *quam eandem vel benignitatem vel liberalitatem appellari licet* (...) ». Trad. fr. *ibid.*

<sup>420</sup> Pour les significations du verbe *laccio*, v. A. ERNOUT, A. MEILLET, *op. cit.*, note 53, *s.v. laccio*.

sans contrevenir à la justice, pourvu que cet acte violent réponde à un préjudice subi *iniuriā* – d’ailleurs, une vengeance démesurée serait contraire au *suum cuique tribuere* évoqué dans le cinquième paragraphe. Pourtant, en rapprochant ce propos de la philosophie aristotélicienne et des *verba legis Aquiliae*, il est possible d’en donner une interprétation différente et plus cohérente avec la culture tardo-républicaine, où la renonciation à la vengeance en matière de *damnum* était désormais accomplie.

Cicéron connaissait bien la *lex Aquilia*, d’autant plus qu’il emprunte explicitement le lexique du plébiscite (*iniuriā*) pour s’occuper, quoique brièvement, du rapport entre la justice et le *damnum*. L’accent est mis sur la défense de tout comportement dommageable injustifié – soit de tout *damnum iniuriā* – la seule exception (introduite par la conjonction *nisi*) étant le rééquilibrage d’une situation également injuste entre les deux parties.

Autrement dit, nous pourrions affirmer que seule la justice corrective est en mesure de justifier un comportement « dommageable » à l’égard d’autrui. Les guillemets sont nécessaires, car cette conduite consistera vraisemblablement à demander en justice la réparation de son préjudice : dès lors, le responsable sera condamné à rééquilibrer le dommage qu’il a occasionné dans le chef du demandeur, subissant ainsi une perte économique (une sorte de *damnum iustum*) égale au *damnum iniuriā* précédemment produit.

Certes, Cicéron n’emprunte pas la théorie de la justice corrective de manière explicite. Toutefois, son analyse de la justice appliquée aux *damna* nous permet de déduire qu’il connaissait tant les théories stoïciennes, dont il s’inspire directement, que les justices distributive et commutative (ou corrective) aristotéliciennes.

Ces indices confirment que la découverte progressive de la fonction réparatrice de la responsabilité aquilienne est du moins parallèle au développement d’une attention, inédite à Rome, pour la compensation des préjudices. À ce propos, le stoïcisme, moyen puis impérial, ne se borna pas à promouvoir cette perspective dans sa réflexion autour de la morale<sup>421</sup>, mais ajouta à ceci une critique explicite au système

---

<sup>421</sup> Par exemple, nous pouvons trouver à plusieurs reprises la notion de justice dans l’œuvre de Marc-Aurèle : l’empereur et philosophe stoïcien s’en sert, encore une fois, dans la recherche autour de la morale, en la reliant directement aux concepts d’égalité et d’équité. V. à cet égard, par ex. : M. Aur. 4.10 : « Tout ce qui arrive, arrive justement. C’est ce que tu reconnaîtras, si tu observes attentivement les choses. Je ne dis pas seulement qu’il y a un ordre de succession marqué, mais que tout suit la loi de la

de la simple réaction violente à l'erreur. C'est ce que fait Sénèque, précepteur de Néron et l'un des maîtres du stoïcisme impérial :

Sen. *De ira* 1 : « 14.3. (...) *Nemo, inquam, invenietur qui se possit absolvere, et innocentem quisque se dicit respiciens testem, non conscientiam. Quanto humanius mitem et patrium animum praestare peccantibus et illos non persequi, sed revocare! Errantem per agros ignorantia viae melius est ad rectum iter admovere quam expellere.* 15.1. *Corrigendus est itaque, qui peccat, et admonitione et vi, et molliter et aspere, meliorque tam sibi quam aliis faciendus non sine castigatione, sed sine ira; quis enim cui medetur irascitur ? (...) »*

« 14.3. L'on ne trouvera personne, dis-je, qui puisse se libérer, et chacun dit être innocent lorsqu'il observe le témoin, non pas la conscience. Que ce serait plus bienveillant de garder un esprit tendre et paternel pour ceux qui font des erreurs, et ne pas les punir, mais les reconduire au juste ! Lorsque quelqu'un se perd dans les champs puisqu'il ne connaît pas la route, il est mieux de le conduire au bon chemin que de l'éloigner. 15.1. Il faut donc corriger celui qui commet une erreur, tant par l'avertissement que par la force, de manière tant délicate que stricte, et il faut le rendre meilleur tant pour lui-même que pour les autres, non sans le châtement, mais sans colère : en effet, qui est aidé par quelqu'un qui se fâche ? ».

*A contrario*, cet extrait semble constituer un élément de plus pour expliquer la mutation de fonction que subit la responsabilité aquilienne. En particulier, Sénèque s'occupe ici des fonctions de la peine en tant que telle<sup>422</sup>. Il adresse une critique à la violence gratuite qui caractérise les châtements : il est de loin préférable que la réaction de l'ordre juridique à l'acte illicite d'un individu ne vise qu'à le conduire sur le bon chemin (*admovere ad rectum iter*), parfois par le biais de la force, mais sans

---

justice et dénote un être qui distribue les choses selon le mérite. Prends-y donc bien garde, comme déjà tu as commencé ; et tout ce que tu fais, fais-le dans la vue de te rendre homme de bien ; je dis homme de bien dans le sens propre du mot : que ce soit là la règle constante de chacune de tes actions » (« Ὅτι 'πάν τὸ συμβαῖνον δικάως συμβαίνει'· ὃ ἐὰν ἀκριβῶς παραφυλάσσης, εὐρήσεις· οὐ λέγω μόνον κατὰ τὸ ἐξῆς, ἀλλ' ὅτι κατὰ τὸ δίκαιον καὶ ὡς ἂν ὑπὸ τινος ἀπονέμοντος τὸ κατ' ἀξίαν. Παραφύλασσε οὖν ὡς ἤρξω, καί, ὃ τὶ ἂν ποιῆς, σὺν τούτῳ ποίει, σὺν τῷ ἀγαθὸς εἶναι, καθὼς νενόηται ἰδίως ὁ ἀγαθός. Τοῦτο ἐπὶ πάσης ἐνεργείας σῶζε ») ; 4.22 : « Ne te laisse point entraîner au gré du tourbillon : toujours, quand tu te mets en mouvement pour agir, c'est ce qui est juste qu'il faut faire ; toujours, entre tes pensées, tiens-toi à ce qui peut clairement se concevoir » (« Μὴ ἀπορρέμβεσθαι, ἀλλ' ἐπὶ πάσης ὀρμῆς τὸ δίκαιον ἀποδιδόναι καὶ ἐπὶ πάσης φαντασίας σῶζειν τὸ καταληπτικόν ») ; 9.5 : « Souvent on commet l'injustice sans rien faire ; ce n'est pas l'action seule qui est injuste » (« Ἀδικεῖ πολλάκις ὁ μὴ ποιῶν τι, οὐ μόνον ὁ ποιῶν τι »). Trad. fr. A. PIERRON, *Pensées de Marc-Aurèle*, Paris, Enseigne du Pot cassé, 1943, p. 64, 67, 147.

<sup>422</sup> V. aussi, à ce propos, Sen. *De ira* 1.19.5-7.

colère (*sine ira*). En effet, il est bien plus conforme à la nature humaine d'induire (*revocare*) celui qui a agi *iniuriā* à ne plus commettre cet acte-là que de le poursuivre (*persequi*) dans le seul but de lui infliger une souffrance.

L'application de ce raisonnement à la fonction de la responsabilité aquilienne nous permet d'identifier deux éléments principaux qui permettent de rapprocher la pensée stoïcienne romaine de l'abandon progressif de la punition *ex lege Aquilia*.

En premier lieu, s'agissant d'un dommage patrimonial, il sembla nettement plus utile de se concentrer sur la réparation que sur la punition du responsable : le droit à la vengeance n'accordait à la victime qu'une satisfaction morale et fut, dès lors, graduellement substitué par une composition pécuniaire. De même – il convient de le répéter – l'obligation de dédommagement est calquée sur les exigences de la victime et ne se borne pas à la satisfaire par la simple attribution d'une somme d'argent évaluée et payée à titre de sanction punitive. Dès lors, sur le plan strictement économique, l'*obligatio ex delicto* punitive est plus efficace que la vengeance, mais moins que le dédommagement *stricto sensu*.

En second lieu, la découverte de la réparation du préjudice en matière de *lex Aquilia* répond à la conception des relations interpersonnelles que l'école du Portique propose. Le point de départ est constitué par la réflexion autour du concept d'individu, que Cicéron reporte comme suit :

Cic. *De off.* 1.107 : « *Intellegendum etiam est duabus quasi nos a natura indutos esse personis; quarum una communis est ex eo, quod omnes participes sumus rationis praestantiaeque eius, qua antecellimus bestiis, a qua omne honestum decorumque trahitur, et ex qua ratio inveniendi officii exquiritur, altera autem, quae proprie singulis est tributa (...)* »

« Il faut aussi comprendre que nous sommes vêtus par la nature, en quelque sorte, de deux personnages : l'un est commun, dans la mesure où nous participons tous à sa raison et à son excellence, par laquelle nous sommes supérieurs aux animaux. Tout ce qui est honorable et convenable dérive de ce personnage, et nous lui demandons de connaître notre devoir. En revanche, le deuxième est attribué individuellement à chacun ».

Cic. *De off.* 1.115 : « *Ac duabus iis personis, quas supra dixi, tertia adiungitur, quam casus aliqui aut tempus imponit; quarta etiam, quam nobismet ipsi iudicio nostro accommodamus (...)* »

« À ces deux personnes dont j'ai parlé plus haut vient s'ajouter un troisième, qu'une sorte de hasard ou le temps nous assigne ; une quatrième aussi, que nous nous attribuons à nous-mêmes selon notre choix ».

À nouveau, la question ultime est de savoir « quel comportement au sein du monde est approprié à l'homme individuel<sup>423</sup> ». Pour y répondre, Cicéron identifie, en chaque être humain, la présence de quatre parties, qualifiées de *personae*, qui dirigent l'action de l'individu et permettent de connaître *quod deceat*<sup>424</sup>, le comportement qu'il convient d'adopter. Brièvement, la première *persona* est commune au genre humain entier, la deuxième est attribuée à chaque homme, la troisième dépend du hasard et des circonstances, la quatrième est adaptée en fonction de ses choix individuels.

Certes, une digression sur cette théorie, que Cicéron semble emprunter de Panétius<sup>425</sup>, risquerait de nous détourner de la question de l'influence philosophique sur la fonction de la responsabilité aquilienne. Cependant, la première *persona* permet de jeter un regard non négligeable sur la conception stoïcienne des relations sociales. En particulier, Cicéron emploie l'expression « *omnes participes sumus rationis* » pour mettre en exergue que toute l'humanité, en participant à la raison qui la distingue des animaux, est en mesure de connaître *honestum decorumque*, soit ce qui fait l'objet de l'*officium* de chacun.

Selon Panétius et Cicéron, tout être humain appartient donc à une communauté, au sein de laquelle il joue son rôle en partageant la raison avec les autres membres<sup>426</sup>. Autrement dit, « *the theory is formulated [...] from a highly social perspective; the individual is viewed in a social setting and judged by social norms*<sup>427</sup> » :

---

<sup>423</sup> M. FORSCHNER, « Le Portique et le concept de personne », in G. ROMEYER DHERBEY, J.-B. GOURINAT (dir.), *op. cit.*, note 369, p. 293-317, spéc. p. 298.

<sup>424</sup> V. Cic. *De off.* 1.94.

<sup>425</sup> V. à ce propos, *ex plurimis*, P. H. DE LACY, « The Four Stoic *Personae* », *Illinois Classical Studies* 2 (1977), p. 163-172 ; M. FUHRMANN, « Persona. Ein römischer Rollenbegriff », in O. MARQUARD, K. STIERLE (dir.), *Identität*, München, Brill/Fink, 1979, p. 83-106 ; C. GILL, « Personhood and Personality: the four-*personae* theory in Cicero, *De officiis* I », *Oxford Studies in Ancient Philosophy* 6 (1988), p. 169-199 ; M. FORSCHNER, *Über das Glück des Menschen*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1993, p. 45-79 ; *Id.*, *op. cit.*, note 423, p. 298-306 ; P. GIUNTI, « Friendship, Virtue, Politics. A Never-Ending Debate in the Light of Cicero's *Amicitia* », in L. FRANCHINI (dir.), *Armata Sapientia. Scritti in onore di Francesco Paolo Casavola in occasione dei suoi novant'anni*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, p. 465-475.

<sup>426</sup> M. FORSCHNER, *op. cit.*, note 423, p. 302, 306.

<sup>427</sup> C. GILL, *op. cit.*, note 425, p. 171.



l'on ne saurait concevoir l'*officium* sans insérer l'individu dans sa dimension sociale, qui constitue un « tout harmonieux<sup>428</sup> » auquel chaque homme appartient.

Il est tentant de rapprocher ceci de la théorie aristotélicienne du πολιτικὸν ζῶον<sup>429</sup>. Néanmoins, le stoïcisme va probablement encore plus loin, jusqu'à identifier une véritable relation de parenté entre tous les individus, en raison de la participation commune à la *ratio*. À cet égard, il convient de revenir sur Cicéron, qui aborde à la fois, dans son traité *De finibus bonorum et malorum*, la théorie de la parenté universelle et la notion de justice.

Cic. *De fin.* 5.65 : « *In omni autem honesto, de quo loquimur, nihil est tam illustre nec quod latius pateat quam coniunctio inter homines hominum et quasi quaedam societas et communicatio utilitatum et ipsa caritas generis humani. Quae nata a primo satu, quod a procreatoribus nati diliguntur et tota domus coniugio et stirpe coniungitur, serpit sensim foras, cognationibus primum, tum affinitatibus, deinde amicitiiis, post vicinitatibus, tum civibus et iis, qui publice socii atque amici sunt, deinde totius complexu gentis humanae. Quae animi affectio suum cuique tribuens atque hanc, quam dico, societatem coniunctionis humanae munifice et aequè tuens iustitia dicitur, cui sunt adiunctae pietas, bonitas, liberalitas, benignitas, comitas, quaeque sunt generis eiusdem. Atque haec ita iustitiae propria sunt, ut sint virtutum reliquarum communia* »

« Dans tout ce qui est honnête, dont nous discutons, rien n'est aussi noble ni s'étend de manière aussi vaste que l'union des hommes entre eux et la charité du genre humain. Celle-ci naquit à l'origine de l'humanité, puisque les enfants sont aimés par leurs parents et toute la famille est unie par le mariage et la progéniture, se diffuse lentement dehors, d'abord aux parentés éloignées, puis aux affinités, aux amitiés, aux voisinages, aux citoyens et à ceux qui sont publiquement alliés et amis ; enfin, au genre humain tout entier. Cette affection de l'esprit, qui accorde à chacun le sien et garde cette union du genre humain dont je parle, de manière généreuse et équitable, s'appelle justice. À celle-ci se lie la dévotion, la bienveillance, la générosité, la bienfaisance, la gentillesse, et tout ce qui est du même genre. Dès lors, ces choses sont tellement propres à la justice qu'elles sont communes à toutes les autres vertus ».

Dans ce passage, Cicéron évoque la *coniunctio inter homines hominum* en y identifiant le principe, l'entité la plus évidente (*nihil [...] tam illustre nec quod latius*

---

<sup>428</sup> M. FORSCHNER, *op. cit.*, note 423, p. 303.

<sup>429</sup> V. *supra*, note 365.

*pateat*) dans tout ce qui est honnête : chaque relation humaine<sup>430</sup> procède de la *societas* originaire entre toutes les personnes, qui partagent leurs intérêts (*communicatio utilitatum*), voire une bienveillance réciproque (*caritas generis humani*). L'idée même de justice, qui attribue à chacun le sien et veille à l'équité et à l'abondance des ressources au sein de la société, dérive de ce lien commun entre les individus.

Encore une fois, l'idée stoïcienne de la parenté naturelle *inter homines* s'entremêle, chez Cicéron, avec une théorie de la justice qui témoigne d'une connaissance approfondie d'Aristote. À l'influence de cette pensée sur la culture romaine s'ajouta la diffusion du christianisme, qu'une part de l'école stoïcienne paraît regarder avec estime et intérêt<sup>431</sup>. À ce propos, dans la règle évangélique selon laquelle « tout ce que vous voudriez que les autres fassent pour vous, faites-le pour eux<sup>432</sup> »,

---

<sup>430</sup> V. aussi à ce propos Cic. *De leg.* 1.16 ; *De off.* 1.53-58.

<sup>431</sup> C'est le cas d'Épictète : en raisonnant de la question de savoir comment s'élever au-dessus de la crainte, vivant ainsi dans l'ἀφοβία, le philosophe s'occupe de la victoire sur la peur du tyran. Epict. *Diss.* 4.7 : « Et quand l'égarément chez un homme ordinaire, quand l'ἔθος chez les Galiléens, suffisent à donner cette disposition d'esprit, le raisonnement et la démonstration ne pourraient apprendre à personne que c'est Dieu qui a tout fait dans le monde, et que dans son ensemble il l'a fait indépendant et sans autre fin que lui-même, tandis que les parties n'en existent que pour les besoins du tout ! » (« εἶτα ὑπὸ μανίας μὲν δύναται τις οὕτως διατεθῆναι πρὸς ταῦτα καὶ ὑπὸ ἔθους οἱ Γαλιλαῖοι· ὑπὸ λόγου δὲ καὶ ἀποδείξεως οὐδεὶς δύναται μαθεῖν, ὅτι ὁ θεὸς πάντα πεποιήκεν τὰ ἐν τῷ κόσμῳ καὶ αὐτὸν τὸν κόσμον ὅλον μὲν ἀκόλυτον καὶ αὐτοτελῆ, τὰ ἐν μέρει δ' αὐτοῦ πρὸς χρείαν τῶν ὄλων ; », trad. fr. V. COURDAVEAUX, *Les Entretiens d'Épictète recueillis par Arrien*, Paris, Perrin, 1908, p. 312). G. JOSSA (« Epitteto e i cristiani », in *Id.*, *Giudei, pagani e cristiani. Quattro saggi sulla spiritualità nel mondo antico*, Napoli, Associazione di studi tardoantichi, 1977, p. 81-108 ; *Id.*, *I cristiani e l'Impero romano. Da Tiberio a Marco Aurelio*, Roma, Carocci, 2000, p. 100) affirme que les Galiléens (Γαλιλαῖοι) auxquels Épictète fait référence soient effectivement les chrétiens, qui ont l'habitude (ἔθος) de ne pas craindre les tyrans. La traduction a été modifiée en laissant en grec le terme ἔθος, pour lequel le traducteur propose « esprit de secte ». En ce sens, v. aussi M. SORDI, *Il Cristianesimo e Roma*, Bologna, Lincinio Cappelli, 1965, p. 173. En revanche, l'attitude de Marc-Aurèle envers les chrétiens est plus surprenante : s'opposant à Épictète, il leur attribue un jugement clairement négatif, qui met en exergue un fanatisme tendant à l'opposition radicale et sans réserve au système politique romain. M. Aur. 11.3 : « Quelle âme que celle qui est prête dès l'instant où il faut sortir du corps, soit pour s'éteindre ou se dissiper, soit pour subsister encore ! Je dis prête par l'effet de son propre jugement, non par opiniâtreté pure, comme les chrétiens, mais après mûre délibération, avec gravité, de manière à pouvoir faire passer ces sentiments dans l'âme d'un autre, et sans faste tragique » (« Οἷα ἐστὶν ἡ ψυχὴ ἡ ἔτοιμος, ἐὰν ἤδη ἀπολυθῆναι δέη τοῦ σώματος καὶ ἦτοι σβησθῆναι ἢ σκεδασθῆναι ἢ συμμεῖναι. Τὸ δὲ ἔτοιμον τοῦτο ἵνα ἀπὸ ἰδικῆς κρίσεως ἔρχεται, μὴ κατὰ ψιλὴν παράταξιν ὡς οἱ Χριστιανοί, ἀλλὰ λελογισμένως καὶ σεμνῶς καὶ ὥστε καὶ ἄλλον πεῖσαι, ἀτραγῶδως », trad. fr. A. PIERRON, *op. cit.*, note 421, p. 175-176). L'opinion de cet empereur au sujet des chrétiens déboucha sur une saison de persécutions, notamment après la diffusion de l'hérésie montaniste, qui promouvait, comme l'écrivit M. Sordi, « *ricerca spontanea del martirio e [...] sfida alla società pagana e ai suoi idoli* » et qu'il confondit, dans une équivoque tragique, avec le christianisme entier. (M. SORDI, *op. cit.* dans cette note, p. 174).

<sup>432</sup> Mt. 7.12 : « Πάντα οὖν ὅσα ἐὰν θέλητε ἵνα ποιῶσιν ὑμῖν οἱ ἄνθρωποι, οὕτως καὶ ὑμεῖς ποιεῖτε αὐτοῖς ». Trad. fr. Association épiscopale liturgique pour les pays francophones ([www.aelf.org](http://www.aelf.org)). V. aussi W. CESARINI SFORZA, « Alterum non laedere (problema filosofico) », *EdD* 2 (1958), p. 96-98.

les traces aristotéliennes et stoïciennes ne sont point négligeables : encore une fois, le principe *alterum non laedere* semble être identifié au sein d'un équilibre naturel que l'humanité est chargée de sauvegarder<sup>433</sup>.

La réflexion juridique n'est certainement pas étrangère à ce ferment culturel, philosophique et religieux. D'une part, l'exigence que les individus n'occasionnent pas de préjudices injustes à leurs pairs est assortie de la nature d'une règle morale. En effet, non seulement Ulpien insère, comme nous l'avons constaté, le fait d'*alterum non laedere* parmi les *iuris praecepta* : par exemple, un fragment du juriste Florentinus trace une liaison directe entre la défense de provoquer un *damnum* à autrui et « *l'esigenza che l'uomo riconosca nell'altro il suo simile, il suo fratello*<sup>434</sup> ».

D. 1.1.3 (Flor. 1 *inst.*) : « (...) *nam iure hoc evenit, ut quod quisque ob tutelam corporis sui fecerit, iure fecisse existimetur, et cum inter nos cognationem quandam natura constituit, consequens est hominem homini insidiari nefas esse* »

« En effet, il dérive de ce droit (naturel) que ce que chacun fait à cause de la protection de son corps est considéré licite, et puisque la nature constitua entre nous une sorte de parenté, il en découle qu'il est illicite que l'homme porte atteinte à l'homme ».

Selon Florentinus, le droit vise à ce que chacun puisse légitimement protéger son intégrité. Cette finalité ultime et la *cognatio naturae* que le juriste évoque juste après font en sorte que l'atteinte portée à l'homme par l'homme ne soit pas seulement entachée de l'illicéité connue par le droit humain (*iniuria*). En effet, par le choix du terme *ne-fas*, Florentinus paraît mettre l'accent sur la dimension naturelle, voire divine, de la norme en question, de telle sorte que son transgresseur viole une règle qui serait valable alors même qu'aucun législateur ne l'avait promulguée<sup>435</sup>.

D'autre part, comme nous l'anticipons, cette conception des relations humaines influence également l'aménagement d'instruments juridiques préexistants.

---

<sup>433</sup> Nous reviendrons sur l'influence du christianisme et du droit de l'Église catholique *infra* (notamment deuxième partie, ch. II, sect. 2, § 3).

<sup>434</sup> W. CESARINI SFORZA, *op. cit.*, note 432, p. 96.

<sup>435</sup> C'est ce qui ressort de l'opposition entre les vocables *fas* et *ius*. « Le sens de *fas* est 'permission ou ordre des dieux', 'droit divin', par opposition à *ius*, 'droit humain' » (A. ERNOUT, A. MEILLET, *op. cit.*, note 53, *s.v. fas*).

Justement, il semble que la responsabilité pour *damnum iniuriā* rentre dans ce mouvement. En effet, si les relations interpersonnelles sont inscrites dans une totalité unique et harmonieuse, conformément à la pensée d'Aristote et de l'école stoïcienne romaine, le droit doit tendre au maintien de cette harmonie, ainsi que fournir les moyens pour éliminer d'éventuels déséquilibres aussitôt que possible. Le christianisme s'ajouta à cette tendance en amplifiant la tendance vers la réparation du dommage dont la période postclassique avait déjà connu les germes : « [l]a nuova religione potenzia il classico praeceptum juris: alterum non laedere, e vi conferisce una efficacia giuridica assai più piena di quanto non avesse già avuto nell'età anteriore<sup>436</sup> ». Il est audacieux d'attribuer à la religion chrétienne le rôle de cause principale de l'évolution de la responsabilité aquilienne : en effet, les premières traces d'un mouvement dans la fonction de la *lex Aquilia* dont nous disposons datent de bien avant 313 après J.-C. Néanmoins, nous ne saurions négliger l'impulsion que la diffusion d'une religion qui promeut « *carità e amore verso il prossimo*<sup>437</sup> » put donner à la nécessité de garder une juste harmonie entre les membres de la communauté des citoyens<sup>438</sup>.

L'adaptation de la responsabilité aquilienne à l'exigence de compenser les préjudices injustes paraît bien répondre à la finalité de rééquilibrage que nous venons d'évoquer. Aux fins d'une coexistence paisible entre les membres de la communauté, la nécessité de punir le responsable est sensiblement moins ressentie que le besoin d'étouffer dans l'œuf le un potentiel conflit violent entre la victime et l'auteur du

---

<sup>436</sup> L. CHIAZZESE, « Confronti testuali. Contributo alla dottrina delle interpolazioni giustinianee », *AUPA* 16 (1931), p. 3-554, spéc. p. 407. L'auteur impute en large partie l'évolution de la responsabilité aquilienne, tout en reconnaissant son origine classique, justement à la diffusion du christianisme : grâce à la nouvelle religion de l'empire « *nell'epoca postclassica si estende quanto più è possibile l'ambito della lex Aquilia, sino a tanto che, nel Corpus Iuris, è reso in sostanza risarcibile ogni danno ingiustamente arrecato ad altri. Il Cristianesimo in questo campo sviluppa tendenze già largamente attuate, nel periodo classico, dal diritto pretorio* ».

<sup>437</sup> *Ibid.*

<sup>438</sup> À cet égard, il est intéressant de remarquer que la christianisation de l'empire romain est vue comme étant directement liée à l'extension du nombre des comportements capables d'engager la responsabilité aquilienne (v. *supra*, note 436, mais aussi B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, 3, Milano, Giuffrè, 1954, p. 269 : « *l'ordinamento giuridico [...] ora prende in considerazione atti e situazioni, che prima restavano fuori. In questa opera di dilatazione, il legislatore, più che a considerazioni tecniche, si ispira ad una ragione etica superiore, la quale esclude che alcuno con i propri atti possa recare danno al prossimo, al di sopra di singole e tassative disposizioni di legge. Questo processo [...] è attuato mediante la estensione costante di actiones ed interdicta oltre i limiti classici, nonché l'introduzione di una variopinta pleiade di azioni e mezzi giuridici, accordati in casi che sfuggivano alla sanzione classica* »).

préjudice, par le biais de l'élimination immédiate des ζημία et κέρδος contraires au droit.

À bien y regarder, la punition ne disparut jamais complètement de la responsabilité aquilienne romaine : les Institutes de Justinien conservent, dans les cas particuliers de l'*infinitatio* et de la *repetitio temporis*, la qualification et le régime de la *poena* par le biais de la catégorie de l'*actio mixta*. Néanmoins, ces deux éléments ne semblent pas en contradiction avec la pensée stoïcienne en la matière : certes, la critique au système de la punition transparait dans les mots de Sénèque<sup>439</sup> ; toutefois, ce philosophe met lui-même l'accent sur l'exigence que la peine vise à la correction du comportement du justiciable, et la *litis crescentia in duplum* vise justement à sanctionner, sans aucune violence, un comportement illicite au sein du procès.

Quant à la *repetitio temporis*, il résulte de la troisième section du premier chapitre que l'*aestimatio damni*, au moins à partir de la période des Sévères, conduisit à une obligation évaluée dans la mesure de l'intérêt de la victime à la non-survenance du dommage (*id quod interest*). Par conséquent, en présence d'une *repetitio temporis*, l'*actio legis Aquiliae* est bien mixte, mais l'éventuel surplus par rapport à la valeur économique du bien ne vise qu'à la réparation complète du dommage. Autrement dit, la *repetitio temporis* ne semble que le raccourci par lequel l'*interpretatio* peut adapter aux *verba legis* une *aestimatio* différente de la valeur du bien détérioré.

---

<sup>439</sup> V. *supra* dans cette section.

### Conclusion de la première partie

En aval de la présente partie, il est désormais possible d'expliquer le choix du terme « découverte » pour décrire le chemin vers l'*actio mixta legis Aquiliae*, qui clôtura l'évolution du droit romain du *damnum iniuriā datum*. En effet, comme on l'avait affirmé au début, l'abandon progressif de la fonction punitive de la responsabilité aquilienne ne saurait être vu comme un développement orienté et inévitable.

L'étude de cette évolution requérait de démontrer, tout d'abord, que la fonction originaire de la *lex Aquilia* dans la jurisprudence romaine fut la mise en place d'une sanction punitive à l'égard de l'auteur du comportement préjudiciable. Une tentative a donc été faite de constater cette première finalité à partir des origines de la répression des conduites dommageables. Nous avons vu que l'obligation de remettre une somme d'argent à la victime de l'acte illicite remplaça, au fil du temps, la vengeance privée. Par ce biais, d'une part, il fut possible d'obtenir une satisfaction pécuniaire dépassant la satisfaction morale découlant de la vengeance privée ; d'autre part, l'ordre juridique fut en mesure de mieux contrôler les différends entre particuliers, en les soustrayant à l'arbitraire des deux parties.

La nature punitive de ces premières sanctions pécuniaires, que nous retrouvons dans les fragments de la loi des XII Tables dont nous disposons, paraît être confirmée par les conséquences juridiques d'une défaillance dans le paiement : il s'agit de la remise en place du droit à la vengeance corporelle, à laquelle seule la limite de la *talio* restait imposée.

Du point de vue de la victime, ceci limitait la restauration pécuniaire au seul cas où le responsable aurait décidé de racheter cette vengeance : un défaut de paiement suffisait à ne plus pouvoir obtenir qu'une satisfaction morale. Sur le plan strictement juridique, le centre de la réglementation était moins le dommage que le comportement à réprimer : en raison de l'illicéité de son comportement, le transgresseur aurait été condamné à choisir entre la composition pécuniaire et, à défaut, à la vengeance corporelle. Dès lors, il semble bien que la punition constitue la finalité principale de la responsabilité délictuelle préaquilienne : l'attention de l'ordre

juridique se porte bien plus sur la sanction de l'agent que sur la compensation de la victime.

Le plébiscite aquilien introduisit l'instrument inédit de l'*obligatio ex delicto* : il ne fut dès lors plus permis au responsable de choisir entre la composition pécuniaire et la vengeance. Néanmoins, il semble audacieux d'affirmer que la fonction de la responsabilité aquilienne fut réparatrice depuis le début de son interprétation jurisprudentielle. Certes, la victime percevait désormais une somme d'argent calquée sur la valeur du préjudice qu'elle avait subi. Cependant, deux indices en particulier permettent d'exclure une finalité purement compensatrice. En premier lieu, plusieurs sources témoignent de la nature *poenalis* de l'*actio legis Aquiliae*, qui entraîne la noxalité, l'intransmissibilité passive et la solidarité cumulative. En second lieu, le montant de la *condemnatio* est la plus haute valeur du bien détérioré dans l'année ou le mois précédents : bien que la probabilité d'une obligation beaucoup plus élevée que la perte subie par la victime soit relativement faible, les sources justifient cette caractéristique par la finalité punitive de la *lex Aquilia*.

C'est justement sur ces deux éléments que l'étude de la mutation dans la fonction de la responsabilité aquilienne est axée. L'élément procédural est celui où une évolution est plus aisément visible : l'action intentée par la victime d'un *damnum iniuriā*, jadis pénale, devint *mixta* dans les cas de la *litiscrescentia* et de la *repetitio temporis*, uniquement réipersécutoire dans tous les autres. Le changement n'investit pas seulement la qualification du remède aquilien, mais intéressa le critère même de subdivision des actions en justice. En effet, durant la période classique, une action était *poenalis* ou non suivant certains éléments de son régime juridique (noxalité, transmissibilité de la légitimation passive, solidarité, concours d'actions) ; en revanche, la classification postclassique ne se concentre que sur la finalité concrètement poursuivie par l'action dans chaque cas d'espèce. Cette élasticité est téléologiquement orientée : à l'époque de Justinien, l'action aquilienne était parfois (*interdum*) réipersécutoire et parfois mixte, ce qui ne dépendait que des circonstances de fait susceptibles d'entraîner une *litiscrescentia* ou une *repetitio temporis* : respectivement, l'*infinitio* du défendeur ou l'évaluation d'une valeur plus élevée que le *pretium rei*.

Face à ce bouleversement, nous avons essayé de mettre en exergue que, déjà pendant la période classique, la jurisprudence s'aperçut que la *lex Aquilia* pouvait accorder à la victime un véritable dédommagement : dans la pratique, l'*actio* aquilienne fut employée pour accorder la réparation du préjudice souffert par le demandeur, ainsi qu'il résulte de Gai. 4.6-9. Dès lors, à partir du contenu pratique de la demande en justice, la jurisprudence assortit l'*actio legis Aquiliae* de certaines caractéristiques typiques des actions réipersécutoires (c'est le cas de l'exclusion du cumul avec d'autres actions qui visent à la *rei persecutio*).

L'*aestimatio damni* fit, quant à elle, l'objet d'une évolution que nous pourrions considérer parallèle au développement procédural que nous venons de décrire. À cet égard, le point de départ de l'analyse est la remarquable divergence qui existe entre les *verba legis Aquiliae* et le fragment D. 9.2.21, tiré du commentaire d'Ulpien à l'édit du préteur. Alors que la *lex* calquait le montant de l'obligation sur la valeur marchande du bien détérioré (*pretium rei*), Ulpien exclut explicitement ce critère et proposa d'évaluer la *condemnatio* en fonction de l'intérêt subjectif de la victime à la non-survenance du dommage (*id quod interest*). À partir de cette donnée, la doctrine moderne est partagée quant au moment historique où ce changement de critère d'évaluation fut opéré : à ce propos, nous avons tenté de démontrer que les juristes tardo-républicains Brutus et Quintus Mucius évaluaient encore le dommage aquilien sur la base du seul *pretium rei* ; il en va de même, au début de la période classique, pour Labéon. Une première évolution vers un critère subjectif d'*aestimatio* peut être constatée chez Javolène et Julien : ces deux juristes prirent en compte, outre le *pretium rei*, la valeur de l'*utilitas* du bien endommagé pour son propriétaire. Ce faisant, le montant total de l'obligation *ex lege Aquiliā* fut rendu plus fidèle au préjudice occasionné par le responsable, mais la référence au *pretium rei* resta incontournable, de telle sorte que l'*utilitas* ne pouvait que s'ajouter à la valeur marchande du bien. Un siècle plus tard, Ulpien et Paul utilisèrent un critère encore différent, où l'*utilitas*, loin de constituer un simple chef accessoire dans le calcul, devint le seul objet de l'*aestimatio*, qui ne prit dès lors plus en compte la valeur objective de la chose.

Nous avons donc proposé de lier cette évolution à celle qui eut pour objet la fonction de la responsabilité aquilienne sur le plan procédural. Au moins jusqu'à



Labéon, le critère d'évaluation de l'obligation aquilienne n'aurait logiquement pu qu'être objectif, justement en raison de la fonction punitive de cette responsabilité délictuelle : une estimation calquée sur l'intérêt de la victime aurait impliqué de constater que la *lex Aquilia* visait à la réparation des préjudices. Durant la période classique, parallèlement à l'utilisation de l'*actio poenalis* prévue par le plébiscite pour poursuivre, dans la pratique, la compensation des dommages, la jurisprudence adapta également l'*aestimatio damni* à cette finalité concrètement réparatrice jusqu'alors inédite. Dans un premier temps, ce développement resta dans les limites du texte de la loi, en ajoutant au *pretium rei* l'*utilitas* ultérieure. Ce n'est que pendant la période sévérienne, alors que la jurisprudence avait désormais conscience de la finalité à la fois punitive et réparatrice de la responsabilité aquilienne, qu'Ulpien présenta une méthode d'*aestimatio* qui visait directement à l'*utilitas*, en refusant la prise en compte du prix de la chose.

Certes, nous pouvons voir dans cette évolution la prise de conscience de la meilleure efficacité, aux yeux de la victime, d'un remède réparateur par rapport à son homologue qui vise à la seule punition. Encore faut-il en trouver la cause. Dans ce but, nous avons jeté un regard sur les changements culturels, philosophiques et religieux dont Rome fit l'objet à partir de la période classique.

À ce propos, la conquête de la Grèce, et surtout le ferment culturel qui s'en suivit, revêt un rôle crucial. D'une part, Aristote avait construit une théorie de la justice axée sur l'égalité dans la distribution des ressources et sur l'équilibre réciproque entre les patrimoines, de telle sorte que toute perte (*ζημία*) à laquelle correspond un gain (*κέρδος*) illicite de la part d'autrui doit être rééquilibrée. D'autre part, l'école stoïcienne recherchait, à partir de ses plus anciens maîtres, le devoir (*καθῆκον*, *officium*) que les êtres humains sont tenus d'accomplir pour mener une vie conforme à leur nature. Selon les Stoïciens, ceci se développe notamment dans les relations interpersonnelles : c'est dans la société que l'homme peut vivre de manière vertueuse. L'école stoïcienne dite « moyenne », qui suit la pensée de Panétius de Rhodes et fut directement importée à Rome, affirme que chaque homme partage la raison avec ses pairs, de telle sorte que la communauté humaine constitue un ensemble où l'harmonie doit régner.

Les intellectuels romains font preuve de connaissance tant d'Aristote que du stoïcisme, et l'influence de ces deux philosophies dans l'*Urbs* fut centrale pour la culture classique : Cicéron, dans son traité sur les devoirs (*De officiis*), fit siennes tant la théorie aristotélicienne de la justice que la conception stoïcienne de la communauté humaine. Sénèque, que nous faisons appartenir au stoïcisme de l'époque impériale, critiquait la violence des punitions et songeait à un système qui veille, en premier lieu, à redresser ceux qui ont agi illicitement.

À ceci s'ajouta la diffusion du christianisme durant la période postclassique. Ce nouveau culte promouvait également l'idée d'une communauté harmonieuse, où celui qui rompt l'équilibre par la production d'un dommage illicite contrevient à l'Évangile et commet, dès lors, un péché.

Comme anticipé, la réflexion juridique n'est pas étrangère à ce ferment. Preuve en est qu'Ulpien énonce trois principes éthiques typiquement aristotéliens et stoïciens, qu'il qualifie de *praecepta iuris* : vivre honnêtement, ne pas endommager autrui, attribuer à chacun le sien. Les compilateurs, chrétiens, ressentirent la nécessité d'inclure le fragment en question au début du Digeste (D. 1.1.10.1).

Nous pouvons donc supposer que l'évolution dont la fonction de la responsabilité aquilienne fit l'objet, se produisit également dans le sillage de ce développement culturel. Petit à petit, les juristes s'aperçurent des potentialités de l'instrument aquilien et l'adaptèrent aux besoins de la victime : ceci n'aurait probablement pas été possible sans la découverte des valeurs, importées de Grèce et relancées par le stoïcisme et le christianisme, de l'équilibre patrimonial et de la nécessité d'aplatir les inégalités économiques illicitement produites.

**Deuxième partie.**  
**La renonciation à la fonction punitive**  
**de la responsabilité aquilienne**  
**de l'école de Bologne à l'aube de la modernité juridique**

Après avoir analysé l'évolution de la fonction de la responsabilité pour *damnum* jusqu'à la compilation de Justinien, il est désormais temps d'examiner le développement du rapport entre peine et réparation en matière de *damnum iniuriā* après la fin de l'expérience romaine. Pour ce faire, nous étudierons en parallèle, l'évolution juridique et philosophique sans nécessairement conclure à une relation causale entre les deux, mais en vue de vérifier si ces deux branches évoluent en parallèle.

Si nous admettons l'existence de ce rapport, il y a lieu de se pencher sur l'élément philosophique avant d'aborder l'évolution juridique. Ceci est d'autant plus convenable que les expériences juridiques que nous aborderons ressentent une profonde influence de la conscience intellectuelle de leur époque : lors de la fin de l'Empire d'Occident, le christianisme était dominant dans le continent européen. Ceci ne manqua pas de se répercuter sur la question de la fonction de la responsabilité aquilienne : comme nous le verrons plus loin, la philosophie chrétienne recueillit l'héritage aristotélicien et stoïcien en matière de justice pour approfondir la question du *damnum iniuriā* des points de vue moral et juridique.

La période historique que nous prenons en compte au cours de cette analyse s'étend, après la fin de l'expérience romaine, de la redécouverte du *Corpus iuris civilis* grâce à l'œuvre de l'école de Bologne jusqu'au XVIII<sup>e</sup> siècle, juste avant la période des grandes codifications modernes que nous examinerons dans la prochaine partie. Comme nous le verrons, nous assistons ici à une longue époque de transition. Dans cette période, les éléments de la responsabilité aquilienne subirent une évolution parallèle aux développements de la société, avant de converger dans la systématisation normative opérée par les Codes modernes.

La période postclassique, dont l'appellation de bureaucratique<sup>440</sup> est particulièrement heureuse, coïncide avec la centralisation radicale de l'activité d'*interpretatio* du droit et, par conséquent, la fin du rôle central de la *scientia iuris* menée par des particuliers, qui avait auparavant constitué un facteur incontournable de l'évolution juridique. Les juristes classiques cédèrent la place à un véritable monopole étatique de l'interprétation, qui apporta avec lui un déclin inéluctable de la science juridique.

Dans les siècles qui séparent la déposition de Romulus Augustule (476 après J.-C.) de la naissance de l'école de Bologne, les réflexions doctrinales à propos de la responsabilité aquilienne, quoiqu'existantes, sont limitées en quantité et qualité<sup>441</sup>, d'autant plus qu'en Occident, la matière des *damna* connut l'essor des lois dites « barbares ». Nous avons choisi d'adopter une approche dont la *lex Aquilia* et la philosophie d'Aristote constituent le point de départ, ce qui nous impose d'exclure les ordres juridiques en question de notre réflexion, dans un souci de linéarité de l'exposé. Néanmoins, il demeure intéressant de remarquer que le souci de réparation du dommage n'était probablement pas étranger à ces peuples, qui conçurent une série d'instruments pour permettre à la victime d'un préjudice contraire au droit de récupérer la perte subie<sup>442</sup>.

L'angle d'observation adopté dans les pages qui suivent ne s'attardera pas sur les siècles qui suivent immédiatement la mort de l'empereur Justinien, mais regardera les réflexions des glossateurs comme le point de départ de l'étude, ce qui permettra de saisir le mouvement de construction progressive de la notion moderne de responsabilité aquilienne à partir du droit romain.

Tout d'abord, il y a lieu de revenir, même brièvement, sur l'état de l'art en matière de *damnum iniuriā* à l'époque de la compilation de Justinien, en aval de l'aménagement de la responsabilité aquilienne que le droit honoraire et la

---

<sup>440</sup> F. SCHULZ, *History of Roman Legal Science*, Oxford, Clarendon Press, 1946, p. 262 : « *The Bureaucratic period* ».

<sup>441</sup> Sur ce point, v. G. ROTONDI, *op. cit.*, note 34, p. 504 : « *Nelle scarse elaborazioni di diritto romano anteriori alla scuola di Bologna, all'actio legis Aquiliae non sono consacrate trattazioni che presentino uno speciale interesse* ».

<sup>442</sup> Pour une étude approfondie du droit « barbare » en la matière, v. notamment C. BONTEMS, « Les dommages et intérêts dans les lois barbares », *RHDFE* 47 (1969), p. 454-473. V. aussi D. DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, Paris, Economica, 2012<sup>2</sup>, p. 693-695 ; M.-S. BONDON, *op. cit.*, note 25, p. 51-54.

jurisprudence avaient opéré afin de l'adapter, au fil des siècles, aux exigences de la société. Dans la partie précédente, nous avons pu nous pencher sur les éléments aptes à identifier univoquement la fonction de la *lex Aquilia* et l'évolution dont elle fit l'objet. En même temps, le choix a été fait d'exclure les caractéristiques dont l'évolution est compatible tant avec la prise en compte d'une fonction réparatrice qu'avec un durcissement de la punition : c'est notamment le cas de l'extension du nombre des situations où le plébiscite aquilien est en mesure d'intervenir et du développement de l'élément subjectif de la responsabilité *ex damno*. L'intérêt de la présente digression réside dans le fait que c'est principalement sur ces éléments que se basèrent les réflexions juridiques prémoderne et moderne, dans un débat qui se reflète aussi, inévitablement, sur la fonction de la responsabilité aquilienne.

Commençons par l'extension des hypothèses susceptibles d'entraîner une responsabilité aquilienne. Une fois établi que la réparation du dommage devint progressivement la finalité principale des normes en matière de *damnum iniuriā*, nous pouvons désormais faire dériver ce mouvement de la volonté de mieux équiper l'arsenal à la disposition des victimes en vue de l'obtention du dédommagement. Dans la partie précédente, nous avons pu rencontrer une évolution en ce sens, introduite par la *iuris prudentia* : c'est le cas de l'assimilation du verbe *rumpere* à *corrumpere*, qui permit de poursuivre plusieurs comportements dommageables mais qui ne pouvaient pas recevoir la définition de « rupture<sup>443</sup> ». Néanmoins, quoique dans un aperçu dont la nécessaire brièveté ne saurait rendre compte de la complexité du problème, l'on ne saurait négliger l'œuvre prétorienne d'élargissement des cas de responsabilité *ex damno* au-delà des limites de la *lex Aquilia*, par le biais d'*actiones utiles* et *in factum*<sup>444</sup>. Ces deux instruments du *ius honorarium* furent accordés principalement pour répondre aux problèmes posés par la réglementation *ex lege Aquiliā* du lien causal entre le comportement et le dommage.

<sup>443</sup> D. 9.2.27.13 (Ulp. 18 *ad ed.*) ; v. *supra*, note 245.

<sup>444</sup> Sur les *actiones utiles* et *in factum ad exemplum legis Aquiliae*, v., *ex plurimis*, N. NATALI, *op. cit.*, note 72, p. 70-85 ; E. VALIÑO, *Actiones utiles*, Pamplona, EUNSA, 1974, p. 63-68, 334-343 ; B. WINIGER, *La responsabilité aquilienne romaine*, *op. cit.*, note 34, p. 159-177 ; *Id.*, *op. cit.*, note 391, p. 2576-2577 ; P. ZILLOTTO, *op. cit.*, note 100, p. 59-100 ; G. VALDITARA, *op. cit.*, note 51, p. 73-75 ; A. CORBINO, *op. cit.*, note 100, p. 127-141 ; *Id.*, « *Actio directa, actio utilis e actio in factum nella disciplina giustiniana del danno aquiliano* », in *Studi per Giovanni Nicosia*, 3, *op. cit.*, note 176, p. 1-43 ; M. F. CURSI, *Danno*, *op. cit.*, note 34, p. 80-82.

En effet, selon l'interprétation du plébiscite résumée par les Institutes de Gaius et reprise dans le manuel de Justinien, le dommage au bien de la victime devait être occasionné « *corpore suo*<sup>445</sup> », ce qui renvoie, au moins d'après les plus récentes orientations doctrinales, au critère de la « *certezza della riferibilità dell'evento al comportamento considerato, che ne può perciò essere ritenuto causa*<sup>446</sup> ». Bien que cette interprétation assouplisse la sévérité de l'application de l'*actio legis Aquiliae* à travers l'exclusion de la stricte nécessité d'un lien physique entre l'action du responsable et le préjudice, le champ de la protection *ex lege Aquilia* reste considérablement restreint.

En conséquence, le préteur étendit, par le biais d'*actiones utiles* et *in factum*<sup>447</sup>, le champ d'intervention de la responsabilité, dans toute une série d'hypothèses où le critère causal aquilien n'était pas rempli. Une *actio in factum* fut accordée, par exemple, pour sanctionner le défendeur qui, sans avoir directement tué un esclave, en avait indirectement fourni la cause de la mort<sup>448</sup> (*causam mortis praestare* ou *praebere*).

---

<sup>445</sup> Gai. 3.219 : « *Ceterum etiam placuit ita demum ex ista lege actionem esse, si quis corpore suo damnum dederit (...)* » ; I. 4.3.16 : « *Ceterum placuit, ita demum ex hac lege actionem esse, si quis praecipue corpore suo damnum dederit (...)* ».

<sup>446</sup> I. PIRO, *Damnum 'corpore suo' dare. Rem 'corpore' possidere. L'oggettiva riferibilità del comportamento lesivo e della possessio nella riflessione e nel linguaggio dei giuristi romani*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2004, p. 208. L'ouvrage cité remet en cause une interprétation précédemment établie, selon laquelle, encore plus restrictivement, un lien « mécanique » aurait été nécessaire entre l'action corporelle du défendeur et la production du dommage, pour retenir sa responsabilité aquilienne. La raison résiderait dans les verbes *occidere*, *urere*, *frangere*, *rumpere* : les actions qu'ils décrivent contiennent en elles-mêmes tant les comportements (le fait de causer la mort, la brûlure, la fracture ou la rupture) que les résultats préjudiciables que ces actes entraînent. En ce sens, v. B. ALBANESE, *op. cit.*, note 344, p. 180 : « *[s]i concretò, così, come requisito obiettivo del danno aquiliano, l'esigenza che esso danno potesse venir collegato direttamente allo sforzo muscolare del danneggiante* » ; La responsabilité aquilienne romaine, *op. cit.*, note 34, p. 56-57, 62 ; A. BIGNARDI, « Gai 3.219 e il principio del *damnum corpore datum* », *AG* 220 (2000), p. 487-539, spéc. p. 487-503. En accord avec la reconstruction la plus récente, v. A. CORBINO, *op. cit.*, note 100, p. 113-143. Par ailleurs, l'exigence d'une causalité physique, directe et immédiate est mise à mal par le constat que les Romains ne manquèrent pas de reconnaître la responsabilité aquilienne dans plusieurs cas de causalité dépassante, où il existe « deux faits dommageables distincts, pouvant causer un même dommage » : le premier aurait pu causer le préjudice, mais est interrompu par la survenance du second, qui cause matériellement ce dommage. Sur la notion de causalité dépassante, v. K.-H. SCHINDLER, « Ein Streit zwischen Julian und Celsus. Zum Problem der überholenden Kausalität », *ZSS RA* 74 (1957), p. 201-233 ; J.-F. GERKENS, « *Aequae perituris...* ». Une approche de la causalité dépassante en droit romain classique, Liège, Collection Scientifique de la Faculté de Droit de Liège, 1997, p. 21 ; *Id.*, « Réflexions sur le *damnum*: *Damnum* et dommage, l'histoire de deux faux amis ? », in A. RUELLE, M. BERLINGIN (dir.), *Le droit romain d'hier à aujourd'hui. Collationes et oblationes: Liber amicorum en l'honneur du professeur Gilbert Hanard*, Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, 2009, p. 79-99, spéc. p. 94-99 ; A. CORBINO, *op. cit.*, note 100, p. 121-127 ; W. ERNST, *op. cit.*, note 120, p. 4.

<sup>447</sup> En matière de responsabilité aquilienne, la distinction entre les deux catégories d'actions est problématique (v. à cet égard, dernièrement, B. WINIGER, *op. cit.*, note 391, p. 2577 : « *Die Trennlinie zwischen actio legis Aquiliae, actio utilis und actio in factum ist nicht immer klar zu ziehen* »).

<sup>448</sup> C'est le cas de l'administration d'un poison ou d'un médicament qui est par la suite avalé par la victime elle-même, ou de la remise d'une arme à un homme fou. En ce sens, par ex. : D. 9.2.7.6 (Ulp.

Quant à l'*actio utilis*, tant Gaius que les rédacteurs des Institutes de Justinien mentionnent les cas de l'enfermement de l'esclave ou du *pecus* d'autrui de telle sorte qu'il meurt de faim, ou de la blessure d'un cheval à cause de l'effort auquel le responsable l'avait soumis, ou d'un esclave à la suite de la chute d'un arbre où autrui l'avait persuadé de grimper. Il en va de même, soutiennent les deux *Institutiones* que nous possédons, lorsqu'un esclave se noie dans une rivière après y avoir été poussé par le défendeur<sup>449</sup>.

Venons à l'élément subjectif de la responsabilité aquilienne. Le texte du plébiscite ne mentionne pas expressément l'attitude psychologique nécessaire pour que l'on puisse imputer le comportement préjudiciable au défendeur : le seul *verbum legis* qui vient en aide est *iniuria*, « (...) *quod non iure factum est, hoc est contra ius*<sup>450</sup> (...) » dans la définition d'Ulpien. Si la signification originale de ce concept juridique au sein de la *lex Aquilia* est questionnée<sup>451</sup>, Ulpien poursuit son propos en

---

18 ad ed.) : « *Celsus autem multum interesse dicit, occiderit an mortis causam praestiterit, ut qui mortis causam praestitit, non Aquilia, sed in factum actione teneatur. Unde adfert eum qui venenum pro medicamento dedit et ait causam mortis praestitisse, quemadmodum eum qui furenti gladium porrexit: nam nec hunc lege Aquilia teneri, sed in factum* » ; D. 9.2.9.pr (Ulp. 18 ad ed.) : « *Item si obstetrix medicamentum dederit et inde mulier perierit, Labeo distinguit, ut, si quidem suis manibus supposuit, videatur occidisse: sin vero dedit, ut sibi mulier offerret, in factum actionem dandam, quae sententia vera est: magis enim causam mortis praestitit quam occidit* ».

<sup>449</sup> Gai. 3.219 : « (...) *ideoque alio modo damno dato utiles actiones dantur, Velut si quis alienum hominem aut pecudem incluserit et fame necaverit, aut iumentum tam vehementer egerit, ut rumperetur; item si quis alieno servo persuaserit, ut in arborem ascenderet vel in puteum descenderet, et is ascendendo aut descendendo ceciderit et aut mortuus fuerit aut aliqua parte corporis laesus sit. item contra si quis alienum servum de ponte aut ripa in flumen proiecerit et is suffocatus fuerit, hic quoque corpore suo damnum dedisse eo, quod proiecerit, non difficiliter intellegi potest* » ; I. 4.3.16 : « (...) *ideoque in eum qui alio modo damnum dederit, utiles actiones dari solent: veluti si quis hominem alienum aut pecus ita incluserit ut fame necaretur, aut iumentum tam vehementer egerit ut rumperetur, aut pecus in tantum exagitaverit ut praecipitaretur, aut si quis alieno servo persuaserit ut in arborem ascenderet vel in puteum descenderet, et is ascendendo vel descendendo aut mortuus fuerit aut aliqua parte corporis laesus erit, utilis in eum actio datur. Sed si quis alienum servum de ponte aut ripa in flumen deiecerit et is suffocatus fuerit, eo quod proiecerit corpore suo damnum dedisse non difficiliter intellegi poterit ideoque ipsa lege Aquilia tenetur. Sed si non corpore damnum fuerit datum neque corpus laesum fuerit, sed alio modo damnum alicui contigit, cum non sufficit neque directa neque utilis Aquilia, placuit eum qui obnoxius fuerit in factum actione teneri: veluti si quis, misericordia ductus, alienum servum compeditum solverit, ut fugeret* ». Comme on peut le remarquer, les Institutes de Justinien ajoutent que, lorsqu'un dommage est produit non seulement *non corpore suo*, mais aussi sans une lésion physique du bien, il n'y a lieu ni à l'*actio legis Aquiliae directa* ni au remède *utilis* : seule l'*actio in factum* reste susceptible d'être intentée. À ce propos, le manuel impérial mentionne, en guise d'exemple, la libération par le responsable de l'esclave d'autrui de ses chaînes, ce qui provoque sa fuite.

<sup>450</sup> D. 9.2.5.1 (Ulp. 18 ad ed.).

<sup>451</sup> Par exemple, S. SCHIPANI (*op. cit.*, note 100, p. 86) conclut que, loin de s'occuper de l'élément subjectif, la notion d'*iniuria* dans la *lex Aquilia* ne renvoie qu'à l'absence de causes de justification, de telle sorte que le comportement consistant à *occidere, urere, frangere* ou *rumpere* est à considérer comme contraire au droit. L'auteur relie cette affirmation à l'opinion selon laquelle le plébiscite aquilien constituait, *ab origine*, une norme non seulement pénale (*op. ult. cit.*, p. 89). Selon S.

L'assimilant à la notion de *culpa* : « (...) *id est si culpa quis occiderit*<sup>452</sup> (...) ». En effet, sans qu'il y ait lieu de s'attarder sur la genèse de la *culpa* dans l'élaboration jurisprudentielle romaine du *damnum iniuria*<sup>453</sup>, à l'époque de Justinien la responsabilité aquilienne présuppose la production d'un dommage patrimonial, causé de manière intentionnelle ou fautive, la *culpa* étant le comportement qui s'écarte de la diligence du bon père de famille<sup>454</sup>. Pour estimer qu'un *damnum* a été produit *culpā*, il est nécessaire de vérifier, dans un examen « rétrospectif<sup>455</sup> », que le comportement qualifié d'illicite est imputé au responsable, qui avait la possibilité (voire le devoir) d'agir diligemment mais qui a pour autant commis le *delictum*, quoique non intentionnellement<sup>456</sup>. Le moindre écart du comportement diligent attendu (*culpa levissima*) pourrait être suffisant à engager sa responsabilité aquilienne<sup>457</sup>.

---

Schipani, « *la condotta è descritta nelle sue caratteristiche esteriori, di atto con cui un soggetto entra direttamente, fisicamente, in collisione con l'oggetto leso, che è qualificato come altrui, e per ciò stesso fa sì che l'atto costituisca immediatamente una violazione di un diritto* »; dès lors, le plébiscite aquilien instaure une responsabilité objective lorsque le comportement n'était pas justifié (ceci est davantage explicité par G. VALDITARA, *op. cit.*, note 51, p. 33-36). *Contra*, M. F. CURSI, *Iniuria*, *op. cit.*, note 93, p. 271-284, spéc. p. 275 : l'auteur nie la nature objective de la responsabilité aquilienne originaire, en affirmant, au contraire, que la référence à l'*iniuria* dans la *lex Aquilia* « *è verisimilmente, come nel delitto omonimo, indice di dolo. Di un dolo che però, essendo la lesione indiretta [soit visant à porter atteinte à l'intégrité patrimoniale, non pas physique, de la victime], ha una duplice valenza: è la volontà di provocare un danno con la consapevolezza di arrecare, in questo modo, offesa al dominus* ». En accord avec cette conclusion, v. A. CORBINO, *op. cit.*, note 100, p. 172 ; *Id.*, *op. cit.*, note 247, p. 109-111. Sur l'*iniuria* en tant que dol, v. K. BINDING, *Die Normen und ihre Ubertretung: eine Untersuchung über die Rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts*, 4, Leipzig, Meiner, 1919<sup>12</sup>, p. 46-53 ; M. KASER, « Typisierter «dolos» im altrömischen Recht », *BIDR* 65 (1962), p. 79-104, spéc. p. 82 : ces deux auteurs contestent également l'affirmation selon laquelle la responsabilité prévue par la *lex Aquilia* fût objective.

<sup>452</sup> D. 9.2.5.1 (Ulp. 18 *ad ed.*). V. aussi, quant aux relations entre les sens général (*quod non iure fiat*) et spécial (*contumelia*) du vocable *iniuria*, D. 47.10.1.pr (Ulp. 56 *ad ed.*).

<sup>453</sup> Outre les passages précités, v., *ex plurimis*, D. 9.2.5.2 (Ulp. 18 *ad ed.*) ; D. 9.2.6 (Paul. 22 *ad ed.*) ; D. 9.2.8 (Gai. 7 *ad ed. prov.*) ; D. 9.2.10 (Paul. 22 *ad ed.*) D. 9.2.11.pr (Ulp. 18 *ad ed.*) ; D. 9.2.29.2-4 (Ulp. 18 *ad ed.*) ; D. 9.2.30.3 (Paul. 22 *ad ed.*) ; D. 9.2.31 (Paul. 10 *ad Sab.*) ; D. 9.2.32 (Gai. 7 *ad ed. prov.*) ; D. 9.2.45.4 (Paul. 10 *ad Sab.*) ; D. 9.2.52.1-4 (Alf. 2 *dig.*) ; D. 9.2.57 (Iav. 6 *ex post. Lab.*) ; D. 40.12.13.pr (Gai. *ad ed. praet. urb. de liberali causa*) ; D. 44.7.34.pr (Paul. *de conc. act.*) ; D. 47.2.23 (Ulp. 41 *ad Sab.*) ; D. 47.4.1.2 (Ulp. 38 *ad ed.*) ; I. 4.4. V. également à ce propos A. TORRENT RUIZ, *Ad legem Aquiliam. I. Estudios sustantivos: culpa, damnum, causa*, Madrid, Edisofer, 2019, p. 63-127.

<sup>454</sup> G. VALDITARA, *op. cit.*, note 51, p. 86 : la responsabilité aquilienne « *presuppone la causazione di un danno patrimoniale, realizzato con dolo o con colpa, intesa questa come comportamento che si è discostato da regole di diligenza proprie del buon padre di famiglia* ».

<sup>455</sup> B. WINIGER (*op. cit.*, note 391, p. 2590) emploie l'expression « *retrospektive Betrachtung* » pour définir le raisonnement du juge lorsqu'il est question d'évaluer la *culpa* d'un certain acte du responsable : « *Während der Richter bis anhin vergangene Handlungen auf ihre Widerrechtlichkeit hin prüfte, musste er sich fortan in den Zeitpunkt der Handlung zurückversetzen und die Frage stellen, was eine sorgfältige Person damals hätte voraussehen, oder wie sie hätte handeln können* ».

<sup>456</sup> S. SCHIPANI, *op. cit.*, note 100, p. 130-131. B. WINIGER (*La responsabilité aquilienne romaine*, *op. cit.*, note 34, p. 116) identifie les trois éléments par rapport auxquels la *culpa* peut être évaluée : le comportement effectif de la personne dans une situation donnée, le comportement idéal dicté par les



Dans les Institutes de Justinien, la *culpa* joue, à partir du deuxième paragraphe du titre 4.3, un rôle central dans la présentation de la responsabilité *ex lege Aquilia*. Le manuel impérial semble identifier cet élément subjectif comme un comportement volontaire et non conforme au droit, qui est sanctionné (*rectius*, qui engage la responsabilité) dans la mesure où il crée un dommage<sup>458</sup>, peu importe que le préjudice n'ait pas été voulu par l'agent<sup>459</sup>.

Comme nous l'avons affirmé, l'analyse de l'extension des cas appréhendés ou de la prise en compte de la *culpa* ne paraît pas, en soi, utile à conclure qu'une certaine

circonstances et les capacités individuelles de l'auteur. « Agit *culpa* celui qui contrevient au modèle de comportement et qui devrait et pourrait reconnaître l'inadéquation de son acte ».

<sup>457</sup> D. 9.2.44.pr (Ulp. 42 *ad Sab.*) : « *In lege Aquilia et levissima culpa venit* ». Cependant, v. O. TELLEGEN-COUPERUS, « The limits of *culpa levissima* », RHD 76 (2008), p. 19-25. Dans l'analyse de D. 9.2.44.pr, où il est affirmé qu'« *in lege Aquilia et levissima culpa venit* » (v. *supra*), l'auteure reprend la théorie de G. MACCORMACK (« Aquilian Culpa », in *Daube Noster, op. cit.*, note 100, p. 201-224, spéc. p. 204) selon laquelle ce fragment est à lire conjointement au suivant (D.9.2.44.1), qui traite du cas où le *dominus* était au courant que son esclave aurait causé un dommage. Par conséquent, la *culpa levissima* ne devrait s'appliquer qu'à ce cas d'espèce. Selon l'auteure, il est peu probable que la *culpa levissima* ait constitué le critère général, car l'adoption d'une condition si sévère serait peu pratique ; en outre, il n'y a aucune référence dans les sources romaines à la *culpa* en question, et les juristes ne se seraient pas attardés sur la notion de *culpa* tout court si la *culpa levissima* avait été suffisante.

<sup>458</sup> S. SCHIPANI, *op. cit.*, note 100, p. 458 : « *La concezione che vediamo invece emergere [...] coglie la culpa come una condotta volontaria non conforme ad una norma e di per sé riprovevole, che viene sanzionata in quanto arrechi un danno* ». Par rapport à cette définition, il y a lieu de préciser que le dommage ne doit pas, quant à lui, être voulu par l'auteur du comportement illicite : dans le cas contraire, l'élément subjectif serait à qualifier de *dolus*.

<sup>459</sup> C'est le cas du dommage occasionné en lançant un javelot, dont la *culpa* n'est exclue que si l'agent est un soldat (*miles*) qui s'entraîne au Champ de Mars, où il est de coutume de pratiquer ce genre d'exercice (I. 4.3.4 : « *Itaque si quis, dum iaculis ludit vel exercitatur, transeuntem servum tuum traiecerit, distinguitur. Nam si id a milite quidem in Campo, locove ubi solitum est exercitari, admissum est, nulla culpa eius intellegitur: si alius tale quid admisit, culpa reus est. Idem iuris est de milite, si is in alio loco quam qui exercitandis militibus destinatus est, id admisit* »). De même, agit *culpa* le jardinier qui, en taillant un arbre, laisse tomber les branches coupées sur la voie publique et ne prévient pas les passants, de telle sorte qu'un esclave qui se trouvait en dessous est tué : la *culpa* est exclue si le prétendu responsable a lancé un cri d'avertissement ou s'il taillait l'arbre en question au milieu d'un fonds (I. 4.3.5 : « *Item si putator ex arbore deiecto ramo servum tuum transeuntem occiderit, si prope viam publicam aut vicinalem id factum est neque praeclamavit, ut casus evitari possit, culpa reus est: si praeclamavit neque ille curavit cavere, extra culpam est putator. Aequae extra culpam esse intellegitur, si seorsum a via forte vel in medio fundo caedebat, licet non praeclamavit, quia eo loco nulli extraneo ius fuerat versandi* »). Encore, agit *culpa* le médecin qui omet d'administrer un médicament qui aurait pourtant été nécessaire pour soigner un esclave ou lui apporte de mauvais soins, si le *servus* décède de ce fait (I. 4.3.6-7 : « *Praeterea si medicus, qui servum tuum secuit, dereliquerit curationem atque ob id mortuus fuerit servus, culpa reus est. Imperitia quoque culpa adnumeratur, veluti si medicus ideo servum tuum occiderit, quod eum male secuerit aut perperam ei medicamentum dederit* »). En dernier lieu, agit *culpa* le conducteur de chevaux ou de mulets qui n'arrive pas à les retenir à cause de son inexpérience (*imperitia*) ou de sa faiblesse (*infirmetas*) et cause un accident qu'un autre conducteur aurait pu éviter (I. 4.3.8 : « *Impetu quoque mularum, quas mulio propter imperitiam retinere non potuerit, si servus tuus oppressus fuerit, culpa reus est mulio. Sed et si propter infirmitatem retinere eas non potuerit, qui, cum alius firmior retinere potuisset, aequae culpa tenetur. Eadem placuerunt de eo quoque, cum equo veberetur, impetum eius aut propter infirmitatem aut propter imperitiam suam retinere non potuerit* »).

réglementation du *damnum iniuriā* vise à la sanction punitive du responsable ou à la réparation du préjudice de la victime. Cependant, une fois cette conclusion formulée sur la base d'autres indices, il est intéressant de regarder ces éléments à la lumière de la finalité précédemment identifiée. Il est dès lors aisé de déduire que tant l'élargissement du nombre des hypothèses appréhendées par la responsabilité aquilienne que la prise en compte d'un élément subjectif plus étendu que le dol, à la différence des autres *delicta*<sup>460</sup>, étaient convenables à un système qui visait à constituer un instrument efficace à la disposition de la victime du dommage.

Le cadre que nous venons de décrire fut complété par la mise en place, en droit honoraire, des remèdes qui donnent lieu, selon les Institutes de Justinien, aux obligations « *quae quasi ex delicto nascuntur*<sup>461</sup> ». Il s'agit des actions *de effusis vel deiectis* et *de positis ac suspensis* à l'encontre de *l'habitor* (suivant qu'une chose ait été jetée d'une maison et ait atteint les passants ou soit placée de manière dangereuse), ainsi que de l'action à intenter contre les armateurs, aubergistes ou palefreniers du fait de leurs préposés. À celles-ci s'ajoute la responsabilité du juge qui détourne l'issue du différend<sup>462</sup> (*litem suam facit*).

La recherche d'un élément commun à ces actions a pu donner lieu à des solutions doctrinales divergentes<sup>463</sup>. D'ailleurs, ce n'est que dans les Institutes de Justinien, marquées par l'exigence de simplification, que ces actions reçoivent la

---

<sup>460</sup> La prise en compte de la *culpa* par le *damnum iniuria* constitue effectivement un élément de distinction des autres *delicta*, qui requièrent le *dolus* pour que la responsabilité du défendeur soit engagée. V. à ce propos T. FINKENAUER, *op. cit.*, note 47, p. 42. M. F. CURSI (« Roman Delicts and the Construction of Fault », in A. J. MCGINN (dir.), *Obligations in Roman Law : Past, Present, and Future*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 2012, p. 296-319, spéc. p. 301-303) relie directement l'introduction de la *culpa* en tant que critère subjectif d'évaluation de la responsabilité à la nécessité de compenser les dommages patrimoniaux, ainsi qu'à l'extension de la protection aquilienne.

<sup>461</sup> « *De obligationibus quae quasi ex delicto nascuntur* » est l'intitulé de I. 4.5.

<sup>462</sup> Une liste de ces actions pouvait être trouvée dans les *Libri aureorum* de Gaius, dont les Institutes de Justinien tirent leur systématisation, tout en ajoutant la formule « *quasi ex delicto* » : D. 44.7.5.pr-6 (Gai. 3 *aur.*).

<sup>463</sup> Par exemple, W. W. BUCKLAND (*A Text-Book of Roman Law from Augustus to Justinian*, Cambridge, Cambridge University Press, 1963<sup>3</sup>, p. 598-599) identifie, parmi ces actions, le trait commun de la responsabilité du fait d'autrui. Pourtant, elle n'est pas présente dans le cas du *index qui litem suam fecit*. Au contraire, E. ALBERTARIO (« Le fonti delle obbligazioni e la genesi dell'art. 1097 del Codice civile », in *Studi di diritto romano*, 3, *op. cit.*, note 137, p. 71-94, spéc. p. 86-90) affirme que l'élément permettant d'accorder ces actions fut la *culpa*, par opposition au *dolus* engageant une responsabilité délictuelle. Toutefois, ceci se heurte à nouveau à la responsabilité du *index*, qui pouvait raisonnablement être attiré en justice pour le détournement intentionnel de la solution du différend. V. à cet égard P. STEIN, « The Nature of quasi-delictal Obligations in Roman Law », *RIDA* 5 (1958), p. 563-570 ; G. LONGO, « I quasi delicta – Actio de effusis vel deiectis – Actio de positis ac suspensis », in *Studi in onore di Cesare Sanfilippo*, 4, *op. cit.*, note 270, p. 399-469, spéc. p. 412.

qualification commune de *quasi ex delicto*. En effet, Gaius, tout en traitant ensemble ces cas particuliers, évita lui-même de leur attribuer une dénomination, en les insérant parmi les *variae causarum figurae* qui engendrent des obligations en dehors des deux catégories des *contractus* et *delictum*.

Dans l'impossibilité de traiter ces actions de façon unitaire, ce qui déboucherait probablement sur un excès d'audace, excluons la responsabilité du *iudex qui litem suam fecit* : en effet, elle se borne à établir une responsabilité pour les erreurs judiciaires de particulière gravité<sup>464</sup>. Il y a également lieu d'exclure l'*actio de positis ac suspensis*, qui fait abstraction de la production effective d'un dommage et ne nous aide pas, par conséquent, dans l'identification de la fonction des normes qui appréhendent le *damnum iniuriā*<sup>465</sup>. Restent donc l'*actio de effusis vel deiectis* et l'action contre l'*haborator*, le *nauta*, le *caupo* ou le *stabularius*. Ces moyens procéduraux paraissent calqués sur la responsabilité aquilienne<sup>466</sup>, mais s'en distinguent car ils permettent aux victimes de certains dommages d'obtenir une

<sup>464</sup> À cet égard, v. D. STOJCEVIC, « Sur le caractère des quasi-délits en droit romain », *Iura* 8 (1957), p. 57-74, spéc. p. 69-74 ; D. N. MACCORMICK, « *Iudex qui litem suam fecit* », in W. DE VOS, W. H. B. DEAN, I. LEEMAN, C. F. FORSYTH (dir.), *Essays in honour of Ben Beinart*, 2, Cape Town-Welton-Johannesburg, Juta & Company, 1979, p. 149-165 ; M. GIUSTO, « Per una storia del *litem suam facere* », *SDHI* 71 (2005), p. 457-473.

<sup>465</sup> D. 9.3.5.6 (Ulp. 23 *ad ed.*) : « *Praetor ait: "Ne quis in suggrunda protectove supra eum locum, qua "quo" volgo iter fiet inve quo consistetur, id positum habeat, cuius casus nocere cui possit. Qui adversus ea fecerit, in eum solidorum decem in factum iudicium dabo. si servus insciente domino fecisse dicetur, aut noxae dedi inbebo."* ». Sur l'*actio* en question, v. D. STOJCEVIC, *op. cit.*, note 464, p. 66-67 ; A. WATSON, « Liability in the *actio de positis ac suspensis* », in *Mélanges Philippe Meylan*, 1, Lausanne, Imprimerie Centrale de Lausanne, 1963, p. 379-382. Puisque le but de l'action est la prévention de dommages futurs, le danger de chute d'objets suffit à accorder à quiconque le droit de demander en justice la condamnation de celui qui a causé le péril à la peine de dix *solidi*. V. à cet égard D. 9.3.5.13 (Ulp. 23 *ad ed.*) : « *Ista autem actio popularis est et heredi similibusque competit, in heredes autem non competit, quia poenalis est* ». Peu importe que l'auteur du comportement soit le propriétaire ou l'*haborator* de l'immeuble, D. 9.3.5.8 (Ulp. 23 *ad ed.*) : « *Ait praetor: "Ne quis in suggrunda protectove." Haec verba "ne quis" ad omnes pertinent vel inquilinos vel dominos aedium, sive inhabitent sive non, habent tamen aliquid expositum his locis* ». Le comportement dangereux qui donne lieu à l'action consiste à placer ou accrocher des objets sur la toiture ou le chéneau (*in suggrunda protectove*), de telle sorte que leur chute pourrait causer un dommage à autrui, D. 9.3.5.11 (*ibid.*) : « *Praetor ait "Cuius casus nocere possit". Ex his verbis manifestatur non omne quidquid positum est, sed quidquid sic positum est, ut nocere possit, hoc solum prospicere praetorem, ne possit nocere: nec spectamus ut noceat, sed omnino si nocere possit, edicto locus sit. Coercetur autem, qui positum habuit, sive nocuit id quod positum erat sive non nocuit* ». Si l'auteur matériel du comportement défendu par l'édit est un esclave, la noxalité n'existe que si son propriétaire n'en était pas au courant, D. 9.3.5.6 (*ibid.*) : « (...) *Si servus insciente domino fecisse dicetur, aut noxae dedi inbebo* ». En revanche, si quelqu'un tolère qu'un objet soit dangereusement placé, quoiqu'il n'ait pas lui-même occasionné ce péril, il pourra être condamné en son propre nom peu importe que l'auteur soit un esclave (ce qui exclut la noxalité) ou une personne libre, D. 9.3.5.10 (*ibid.*) : « *Positum habere etiam is recte videtur, qui ipse quidem non posuit, verum ab alio positum patitur: quare si servus posuerit, dominus autem positum patitur, non noxali iudicio dominus, sed suo nomine tenebitur* ».

<sup>466</sup> V., récemment, M. F. CURSI, *op. cit.*, note 460, p. 304.

véritable réparation même en l'absence d'un comportement fautif (*culpa*) de la part du défendeur. Certes, la référence à la *culpa* est bien présente dans les exposés que font les juristes à propos des actions *de effusis vel deiectis* et de celles contre les *nautae, caupones* et *stabularii*<sup>467</sup>. Néanmoins, cet élément subjectif fait l'objet d'une présomption<sup>468</sup>, qui engage une responsabilité dès lors qu'un *damnum* est occasionné, peu importe l'identité de son auteur matériel.

Certes, nous pourrions lier l'exigence de ces hypothèses particulières de responsabilité aux nouveaux besoins liés au développement urbain<sup>469</sup> ou à un « *rischio di attività*<sup>470</sup> » selon lequel l'on est responsable à cause du danger que l'on introduit dans la société en exerçant une certaine activité. Toutefois, à la lumière de l'analyse que nous avons conduite dans la partie précédente, il semble plus prudent de se borner à affirmer que l'introduction de ces actions rentre bien dans la logique du développement graduel de la fonction de réparation du dommage<sup>471</sup>. En effet, le défendeur est tenu de l'obligation *quasi ex delicto* prévue par la *condemnatio* non pas en raison d'un comportement illicite qu'il a commis, mais du rôle qu'il recouvre : *habitor, nauta, caupo, stabularius*. Pour la victime, l'avantage est considérable :

---

<sup>467</sup> Pour l'*actio de effusis vel deiectis*, v. D. 9.3.1.4 (Ulp. 23 *ad ed.*) : « *Haec in factum actio in eum datur, qui inhabitat, cum quid deiceretur vel effunderetur, non in dominum aedium: culpa enim penes eum est (...)* », la *culpa* est employée pour expliquer que l'*actio* en question peut être intentée à l'encontre du seul habitant (*in eum qui inhabitat*), non pas du propriétaire (*in dominum*). D. 9.3.6.2 (Paul. 19 *ad ed.*) contient un exposé similaire : « *Habitor suam suorumque culpam praestare debet* ». Quant à la responsabilité des *caupo, nauta* et *stabularius*, v. D. 4.9.7.4 (Ulp. 18 *ad ed.*) : « *Hac autem actione suo nomine exercitor tenetur, culpa scilicet suae qui tales adhibuit: et ideo et si decesserint, non relevabitur. Servorum autem suorum nomine noxali dumtaxat tenetur: nam cum alienos adhibet, explorare eum oportet, cuius fidei, cuius innocentiae sint: in suis venia dignus est, si qualesquales ad instruendam navem adhibuerit* ». Dans le passage, Ulpien relie cette responsabilité à la négligence de l'armateur (*exercitor*) pour le fait d'avoir choisi de tels préposés (*qui tales adhibuit*) ; en revanche, si les travailleurs employés dans le bateau sont ses esclaves, l'armateur ne sera tenu que de la responsabilité noxale, car il s'en est servi indépendamment de leur qualité (*qualesquales*) et mérite, dès lors, une certaine indulgence (*venia dignus est*). V. aussi, à ce propos, D. 14.1.1.2 (Ulp. 28 *ad ed.*) : « *Sed si cum quolibet nautarum sit contractum, non datur actio in exercitorem, quamquam ex delicto cuiusvis eorum, qui navis navigandae causa in nave sint, detur actio in exercitorem: alia enim est contrahendi causa, alia delinquendi, si quidem qui magistrum praeponit, contrahi cum eo permittit, qui nautas adhibet, non contrahi cum eis permittit, sed culpa et dolo carere eos curare debet* ». Sur l'*actio* contre les *nauta, caupo* et *stabularius*, v. D. STOJCEVIC, *op. cit.*, note 464, p. 68-69 ; F. SERRAO, « La responsabilità per fatto altrui in diritto romano », *BIDR* 65 (1963), p. 19-34, spéc. p. 23-24 ; R. KNÜTEL, « Die Haftung für Hilfspersonen im römischen Recht », *ZSS RA* 100 (1983), p. 340-443, spéc. p. 353-354, 358-359. Sur les notions de *culpa in eligendo* et *in vigilando*, v. M. F. CURSI, *op. cit.*, note 460, p. 303-314.

<sup>468</sup> *Op. ult. cit.*, p. 314-315.

<sup>469</sup> F. SERRAO, *op. cit.*, note 467, p. 23.

<sup>470</sup> *Op. ult. cit.*, p. 26. *Contra*, R. KNÜTEL, *op. cit.*, note 467, p. 358-359.

<sup>471</sup> V. à ce propos, récemment, M. F. CURSI, *op. cit.*, note 460, p. 314-316.

désormais, elle était en mesure d'obtenir un dédommagement pour le seul fait qu'elle avait subi un préjudice auprès d'une *domus*, un bateau, une auberge ou une étable.

En somme, à la fin de l'époque romaine, la fonction réparatrice du *damnum iniuriā* s'était désormais faite jour au détriment de la répression punitive. Ceci constitue le point de départ du développement postérieur à l'époque romaine qui eut pour objet la responsabilité aquilienne, et qui ne fit pas abstraction, comme dans la période précédente, des données relatives au débat intellectuel.

Avant d'entamer l'analyse de cette évolution, il convient de s'attarder sur quelques réflexions préalables qui nous permettent d'ordonner la succession historique d'innovations dans le champ de la responsabilité aquilienne non seulement selon un critère chronologique, mais d'un point de vue également logique. Plus précisément, nous proposons à nouveau de mettre le plan de l'évolution juridique en harmonie avec les développements de l'histoire de la pensée.

Le *Corpus iuris* constitue, pour les chercheurs d'aujourd'hui, la source principale qui permet de reconstruire le droit romain dans le cadre d'une recherche historique. Toutefois, l'ouvrage colossal promu par l'empereur Justinien servit pendant des siècles comme source de droit positif, par le biais de l'adaptation par couches successives que les juristes opérèrent – notamment à partir des dispositions du Digeste – pour en tirer des règles adaptées à la discipline de la vie sociale de leurs temps<sup>472</sup>. Il en dérive que, jusqu'au moment où le droit romain fit enfin l'objet d'une analyse historico-scientifique visant à le recomposer dans les opinions jurisprudentielles divergentes (ce qui donnait lieu au célèbre *ius controversum*), ce système juridique nécessita continuellement un travail de suppression des discordances.

---

<sup>472</sup> Une intéressante réflexion sur l'évolution de la science juridique romaniste, du rôle d'aide concrète au *ius condendum* à celui de branche de la recherche historique, est présenté par W. ERNST, *op. cit.*, note 120, p. 24 : « *the handling of the Digest shifted from a text-focused reading, with all jurists' excerpts taken to be on the same plane, to a historical view of the world of antiquity, with discernible actors who worked at different times and sometimes held different views* ». V. aussi, d'un différent point de vue, F. PARISI, *op. cit.*, note 40, p. 317 : « *an established convention marks the beginning of the modern era of European law with the advent of the natural law school and the subsequent movement for codification. In European academic settings, this convention also marks the respective domains of contemporary legal scholarship and legal history* » ; D. MANTOVANI, *Les juristes écrivains de la Rome antique. Les œuvres des juristes comme littérature*, Paris, Les Belles Lettres, 2018, p. 66.

Ce processus permettait d'obtenir un corpus de règles doté de la cohérence nécessaire pour appliquer ces normes aux questions pratiques de l'époque<sup>473</sup>.

Puisque ce mode de construction du droit puise ses normes dans un corpus ancien, il présente deux caractéristiques. D'une part, l'évolution du droit opérée par les juristes du *ius commune* se référait entièrement aux catégories du Digeste, qui ne cessa jamais d'être en vigueur mais fut interprété au fil du temps. D'autre part, cette adaptation continue fit évoluer le droit vers de profondes divergences par rapport aux acquis de la jurisprudence romaine : il a été écrit, justement en matière de responsabilité aquilienne, que l'*actio legis Aquiliae* ne survit que dans son nom<sup>474</sup>, et tout le reste fut bouleversé afin de répondre aux nouveaux besoins pratiques de la société.

Néanmoins, ce qui fait de l'expérience romaine un véritable *unicum* dans l'histoire du droit est justement sa capacité de supporter ces nouveautés sans jamais renier sa nature, ce qui lui permit de rester en vie malgré les nouveautés culturelles, sociales et philosophiques. Dans la présente partie, nous tenterons de démontrer que la notion de *damnum iniuriā datum* évoquée par la *lex Aquilia* constitua un incontournable guide à l'évolution de la responsabilité aquilienne, auquel les juristes du *ius commune* reconnurent une autorité indiscutable. En somme, comme l'affirma Jean de Salisbury, « *venerabilior est vetustas*<sup>475</sup> ».

À l'époque de la naissance de l'école bolonaise<sup>476</sup>, la pensée aristotélicienne était bien ancrée dans la philosophie. Les raisonnements introduits par Aristote rentrèrent dans le domaine de la science juridique notamment en aval de leur aménagement par

---

<sup>473</sup> V. à ce propos M. F. CURSI, *Danno*, *op. cit.*, note 34, p. 115 : « *La rilettura dei testi romani è finalizzata alla creazione di una dogmatica che, senza mettere in discussione la validità di tali fonti, le riordina eliminando le interne contraddizioni* ».

<sup>474</sup> G. ROTONDI, *op. cit.*, note 34, p. 506 : « *svisata nella sua natura, alterata nelle sue conseguenze pratiche più tipiche, l'a. l. Aquiliae romana si riduce ben presto a sopravvivere più di nome che di fatto* ».

<sup>475</sup> *Ioannis Saresberiensis Metalogicus*, éd. Parisiis, Beys, 1610, III.4 (p. 147). En matière de responsabilité aquilienne, v. M. F. CURSI, *Danno*, *op. cit.*, note 34, p. 115 : « *Il patrimonio culturale antico appare [...] intangibile nella sua validità, in forza di un principio di autorità che costituisce il presupposto dell'utilizzazione di queste fonti, pur se mediata dallo sforzo interpretativo degli stessi giuristi medievali* ».

<sup>476</sup> V. à ce propos F. C. VON SAVIGNY, *Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter*, trad. fr. C. GUENOUX, *Histoire du droit romain au Moyen-Âge*, 3, Paris, Hingray, 1839, p. 118-199 ; M. BELLOMO, *L'Europa del diritto comune*, Roma, Il Cigno Galileo Galilei, 1994<sup>7</sup>, p. 125-138 ; J.-M. CARBASSE, *Manuel d'introduction historique au droit*, Paris, PUF, 2002<sup>2</sup>, p. 124-130.

l'école stoïcienne et le christianisme<sup>477</sup>, qui attribuent également une charge morale à la polarisation entre justice corrective et modèle aquilien de la responsabilité. En effet, à bien y regarder, une ambiguïté semble ressortir de notre réflexion : d'une part, la justice commutative prit progressivement le relais de la punition, ce qui engendra une réglementation de plus en plus hostile à reconnaître la nécessité d'une répression punitive du *damnum iniuriā*. D'autre part, la subjectivisation et la moralisation de la responsabilité que prône le christianisme mettaient l'accent sur la fonction préventive, ce qui risque de ne pas être satisfait en se bornant à une restitution.

Thomas d'Aquin (1225-1274) fut en mesure de résoudre la question de la coexistence de la nature punitive et de l'exigence d'une réparation au sein de la responsabilité aquilienne, par un raisonnement capable d'inclure à la fois la conception romaine et la justice commutative (chapitre I). Compte tenu de ceci, l'évolution de la fonction de la responsabilité aquilienne put se poursuivre dans l'époque du *ius commune* selon un développement qui semble constituer la suite logique du débat jurisprudentiel romain (chapitre II).

---

<sup>477</sup> V. F. PARISI, *op. cit.*, note 40, p. 324 : « *Christian and humanitarian philosophies gradually came to influence legal reasoning* ». V. aussi *supra*, première partie, ch. II, sect. 2.

## Chapitre I. La séparation entre la punition et la réparation dans la philosophie de Thomas d'Aquin

Pour analyser au mieux la philosophie thomiste en la matière, qui joue un rôle crucial dans l'évolution vers la modernité de la responsabilité civile, il convient de vérifier quel est son rapport avec la pensée aristotélicienne et en quelle mesure la réflexion de Thomas<sup>478</sup> comble les lacunes logiques que la théorie aristotélicienne de la justice avait laissées ouvertes.

La proximité intellectuelle entre Aristote et Thomas, en dépit des 1500 ans qui les séparent, est tellement patente qu'ils sont parfois traités ensemble<sup>479</sup>. Néanmoins, il y a lieu de mettre en exergue les nouveautés introduites par Thomas d'Aquin : certes, sa construction théorique<sup>480</sup>, notamment en matière de *damnum*, est insérée dans un processus logique parallèle au développement de l'*Éthique à Nicomaque*. Néanmoins, comme on le verra, Thomas est tout de même capable d'apporter de remarquables éléments de nouveauté, en mettant à profit les acquis des époques précédentes, desquelles il s'inspire directement.

Pour approfondir la pensée thomiste en matière de *damnum iniuriā*, il y a lieu de s'attarder sur les *quaestiones* 59 et 62 de sa *Secunda Secundae*, où il traite respectivement l'injustice (*iniustitia*) et la restitution (*restitutio*).

Au cours de la première (*De iniustitia*), Thomas identifie tout d'abord les deux types d'injustice :

*Summa theologica*, II-II q. 59 art. 1 : « *Videtur quod iniustitia non sit vitium speciale. Dicitur enim 1 Ioan. 3, 4, 'Omne peccatum est iniquitas'. Sed iniquitas videtur idem esse quod iniustitia: quia iustitia est aequalitas quaedam, unde iniustitia videtur esse quod inaequalitas, sive iniquitas (...)* »

<sup>478</sup> Pour un regard général sur Thomas d'Aquin, v., *ex plurimis*, O. DE BERTOLIS, F. TODESCAN (dir.), *Tommaso d'Aquino*, Padova, CEDAM, 2003, p. 3-72 ; N. M. HEALY, *Thomas Aquinas. Theologian of the Christian Life*, Aldershot, Ashgate, 2003, 168 p.

<sup>479</sup> Ex. J. GORDLEY, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine* Oxford, Clarendon Press, 1991, p. 10-29. Dans son étude de l'apport aristotélicien à la doctrine contractuelle, l'auteur intitule un chapitre « *Aristotle and Thomas Aquinas* ».

<sup>480</sup> À propos de la théorie juridique de Thomas d'Aquin, v. aussi G. LA PIRA, « Il concetto di legge secondo San Tommaso », in P. GIUNTI (dir.), *Edizione nazionale delle opere di Giorgio La Pira. La fondazione romanistica. Scritti di storia e di diritto romano*, Firenze, Firenze University Press, 2019, p. 137-147 ; *Id.*, « Il diritto naturale nella concezione di S. Tommaso d'Aquino », in *op. ult. cit.*, p. 307-320.



« Il semble que l'injustice ne soit pas un vice particulier. En effet, il est dit dans l'Écriture sainte (Jn. 1.3.4) que 'tout péché est une iniquité'. Mais il semble que l'iniquité soit la même chose que l'injustice, puisque la justice est une sorte d'équité ; dès lors, il semble que l'injustice soit une inégalité, ou une iniquité ».

(...) *Iniustitia est duplex. Una quidem legalis, quae opponitur legali iustitiae. Et haec quidem secundum essentiam est speciale vitium: inquantum respicit speciale obiectum, scilicet bonum commune, quod contemnit. Sed quantum ad intentionem est vitium generale: quia per contemptum boni communi potest homo ad omnia peccata deduci (...)* »

« L'injustice présente deux parties. L'une, légale, s'oppose à la justice légale. Celle-ci est un vice spécifique selon sa nature, puisqu'elle a un but spécifique, le bien commun, qu'elle méprise. Toutefois, elle est un vice général dans son intention : à travers le mépris du bien commun, l'homme peut être détourné vers tous les péchés ».

(...) *Alio modo dicitur iniustitia secundum inaequalitatem quandam ad alterum: prout scilicet homo vult habere plus de bonis, puta divitiis et honoribus; et minus de malis, puta laboribus et damnis. Et sic iniustitia habet materiam specialem, et est particulare vitium iustitiae particulari oppositum (...)* »

« Nous qualifions d'une autre manière l'injustice qui dérive d'une certaine inégalité à l'égard d'autrui : il se peut qu'un homme veuille avoir plus de biens, par exemple richesses et honneurs, et moins de maux, par exemple efforts et dommages. Ainsi, l'injustice a une nature spéciale, et est un vice spécifique qui s'oppose à la justice particulière ».

Comme on le voit, le parallélisme avec l'éthique aristotélicienne est tangible depuis le début. En effet, Thomas entame sa *quaestio* consacrée à l'injustice, dans le premier extrait que nous reportons ici, en identifiant la justice avec l'égalité, à partir d'une brève citation de la première épître de Saint-Jean<sup>481</sup>.

---

<sup>481</sup> Dans l'édition traduite et commentée par les Dominicains italiens (17, Milano, Salani, 1966, p. 81) il est remarqué que le texte sacré est librement cité : le mot *omne* est ajouté et *iniquitas* dérive une traduction maladroite du grec *ἀνομία*, littéralement « transgression de la loi », dans la *Vulgata*. Néanmoins, Thomas utilise l'étymologie du terme *iniquitas* (*in* + *aequitas*) pour démontrer que la justice coïncide avec *aequalitas* : selon les auteurs, ce jeu dialectique s'appuie sur une base inconsistante (« *Perciò il gioco dialettico imbastito sul significato etimologico del termine iniquità poggia su una base inconsistente* »). Cependant, la théorie thomiste de la justice, dont l'inspiration n'est pas seulement biblique, n'est point invalidée par le constat des auteurs : en effet, leur remarque ne se réfère qu'aux sources choisies par Thomas pour présenter sa pensée. Sur l'étymologie d'*aequalitas*, v. A. ERNOUT, A. MEILLET, *op. cit.*, note 53, s.v. *aequus*.

À partir de cette juxtaposition, déjà connue tant par Aristote que par le stoïcisme<sup>482</sup>, la notion d'injustice se divise en deux espèces. La première, que Thomas qualifie d'illégale, s'oppose à la justice légale : puisqu'elle porte atteinte à la valeur du bien commun, elle est susceptible d'engendrer toute sorte d'acte illicite, car le mépris du *bonum commune* peut amener à n'importe quel péché. La seconde espèce nous intéresse de plus près : dans cette acception, l'*iniustitia* s'oppose à l'égalité (*aequalitas*), se déroule dans les relations interpersonnelles (*in alterum*) et se vérifie à chaque fois qu'une personne veut plus de biens ou moins de maux par rapport à ce qui doit lui être équitablement attribué.

Jusque-là, Thomas paraît reposer fidèlement la théorie aristotélécienne de la justice, qui commence aussi, quant à elle, par la *summa divisio* de la notion en une espèce universelle et une autre particulière<sup>483</sup>. En revanche, il innove dans l'approfondissement qu'il dédie à la justice particulière à partir de l'article suivant.

*Summa theologiae*, II-II q. 59 art. 2 : « (...) *sicut obiectum iustitiae est aliquid aequale in rebus exterioribus, ita etiam obiectum iniustitiae est aliquid inaequale : prout scilicet alicui attribuitur plus vel minus quam sibi competat. Ad hoc autem obiectum comparatur habitus iniustitiae mediante proprio actu, qui vocatur iniustificatio (...)* »

« Tout comme l'objectif de l'injustice est quelque chose d'égal dans les choses visibles, ainsi l'objectif de l'injustice est quelque chose d'inégal : il se peut qu'il soit attribué à quelqu'un plus ou moins que ce à quoi il a droit. La nature de l'injustice est établie en fonction de ce but par le biais de son propre acte, qui s'appelle *iniustificatio* ».

<sup>482</sup> V. *supra*, première partie, ch. II, sect. 1-2.

<sup>483</sup> Aristot. *Eth. Nich.* 1130b : « Nous avons divisé l'injuste en le contraire à la loi et l'inégal, et le juste en le conforme à la loi et l'égal. Au contraire à la loi correspond l'injustice au sens indiqué précédemment. Mais puisque l'inégal et le contraire à la loi ne sont pas identiques mais sont autres, comme une partie est autre que le tout (car tout inégal est contraire à la loi, tandis que tout contraire à la loi n'est pas inégal), l'injuste et l'injustice <au sens particulier> ne sont pas identiques <à l'injuste et à l'injustice au sens total>, mais sont autres qu'eux, et sont à leur égard comme les parties aux tout (car l'injustice sous cette forme est une partie de l'injustice totale, et pareillement la justice, de la justice totale) : il en résulte que nous devons traiter à la fois de la justice particulière et de l'injustice particulière, ainsi que du juste et de l'injuste pris dans le même sens » (« (...) Διόρισται δὴ τὸ ἄδικον τὸ τε παράνομον καὶ τὸ ἄνισον, τὸ δὲ δίκαιον τὸ τε νόμιμον καὶ τὸ ἴσον. Κατὰ μὲν οὖν τὸ παράνομον ἢ πρότερον εἰρημένη ἀδικία ἐστίν. Ἐπεὶ δὲ τὸ ἄνισον καὶ τὸ παράνομον οὐ ταῦτόν ἀλλ' ἕτερον ὡς μέρος πρὸς ὅλον (τὸ μὲν γὰρ ἄνισον ἅπαν παράνομον, τὸ δὲ παράνομον οὐχ ἅπαν ἄνισον), καὶ τὸ ἄδικον καὶ ἡ ἀδικία οὐ ταῦτ' ἀλλ' ἕτερα ἐκείνων, τὰ μὲν ὡς μέρος τὰ δ' ὡς ὅλον μέρος γὰρ αὕτη ἡ ἀδικία τῆς ὅλης ἀδικίας, ὁμοίως δὲ καὶ ἡ δικαιοσύνη τῆς δικαιοσύνης (...) » trad. fr. J. TRICOT, *op. cit.*, note 369, p. 108-109).

Dans cet extrait, Thomas revient sur l'injustice dans le sens d'*inaequalitas* : encore une fois, le philosophe rappelle que ce vice existe lorsqu'il est attribué à une personne plus ou moins que ce à quoi elle a droit. À cette brève définition, dont la parenté avec la pensée d'Aristote a été évoquée plus haut, Thomas ajoute la mention du comportement propre à l'injustice, qui en constitue l'expression concrète, et que le philosophe appelle *iniustificatio*.

L'élément innovateur de la théorie thomiste de la justice réside dans la double nature qu'il attribue au comportement injuste : d'une part, ce comportement peut donner lieu à une peine ; d'autre part, l'acte contraire à la justice trouve toujours son remède dans la réparation du dommage (*restitutio*). Il convient de préciser que la signification retenue par Thomas du terme *restitutio* est presque certainement plus large que celle du français « restitution ». En employant ce mot, Thomas semble ne pas se référer uniquement à l'acte de remettre un bien à son propriétaire, mais en général à ce qui vise au rééquilibrage des patrimoines par la reconstitution du *status quo ante*, c'est-à-dire à tout acte de justice commutative<sup>484</sup>.

*Summa theologica*, II-II q. 62 art. 3 : « (...) *cum aliquis iniuste accipit rem alienam, duo sunt ibi. Quorum unum est inaequalitas ex parte rei: quae quandoque est sine iniustitia, ut patet in mutuis. Aliud autem est iniustitiae culpa: quae potest esse etiam cum aequalitate rei, puta cum aliquis intendat inferre violentiam sed non praevalet. Quantum ergo ad primum adhibetur remedium per restitutionem, inquantum per eam aequalitas reparatur: ad quod sufficit quod restituat tantum quantum habuit de alieno. Sed quantum ad culpam adhibetur remedium per poenam, cuius inflictio pertinet ad iudicem. Et ideo antequam sit condemnatus per iudicium, non tenetur plus restituere quam accepit: sed postquam condemnatus est, tenetur poenam solvere (...) »*

« Lorsque quelqu'un reçoit injustement une chose qui appartient à autrui, deux situations se présentent. L'une est l'iniquité dans la répartition des biens, qui est parfois sans injustice, comme c'est clairement le cas dans les prêts. L'injustice fautive est autre chose, et peut exister même dans l'égalité de la distribution des biens, par exemple si quelqu'un veut frapper autrui mais n'est pas plus fort que lui. Dans le premier cas, le remède à l'injustice est la *restitutio*, car l'équité est

---

<sup>484</sup> Sur ce point, v. J. PIEPER, *Über die Gerechtigkeit*, München, Kösel, 1960<sup>3</sup>, p. 74-78 ; H. THIEME, « Qu'est-ce que nous, les juristes, devons à la seconde Scolastique espagnole ? », in P. GROSSI (dir.), *La seconda scolastica nella formazione del diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1973, p. 7-21, spéc. p. 14.

restaurée par ce biais ; il suffit à ce propos qu'il restitue autant qu'il avait reçu d'appartenant à autrui. Dans le deuxième cas, le remède pour l'acte illicite est la peine, dont l'infliction relève de l'office du juge. Partant, avant la condamnation en justice, l'on n'est pas tenu de restituer plus que ce que l'on a reçu ; toutefois, après la condamnation, l'on est tenu de payer la peine ».

La réception injuste d'une chose qui appartient à autrui, soit la rupture de l'équilibre auquel vise la justice commutative, engendre, selon Thomas, deux situations distinctes : une rupture de l'*aequalitas*, dont le remède est la *restitutio*, et un acte illicite (*culpa*<sup>485</sup>), pour lequel le juge infligera une peine dont le contenu n'a aucune conséquence patrimoniale sur la victime.

La grande nouveauté que l'histoire du *damnum iniuriā datum* doit à la pensée thomiste semble justement reposer sur cet élément. En effet, auparavant, le *damnum iniuriā* républicain et la justice commutative constituaient deux réalités opposées, entre lesquelles se situait le droit de la responsabilité aquilienne et dont les influences réciproques construisaient, comme on l'a vu, les traits marquants de l'évolution de la fonction de la *lex Aquilia*. Thomas, en revanche, est capable de séparer les deux plans de la punition et du dédommagement : si une peine n'est prévue que pour certains comportements, tout transfert injustifié de richesse d'une personne à l'autre est banni, en raison de l'équité substantielle<sup>486</sup>. La portée de cette séparation (qui est tout d'abord prouvée par l'emplacement de l'injustice et de la restitution dans deux endroits distincts, justement les questions 59 et 62) est bouleversante : à partir de ceci, les éléments punitif et réparateur de la responsabilité aquilienne furent désormais en mesure de coexister sans pointer dans des directions opposées.

L'étude que Thomas consacre à la *restitutio* est un excellent témoignage de cette nouvelle perspective. Tout d'abord, il est nécessaire de clarifier la signification de *restitutio* et son importance dans le cadre d'une recherche autour de la fonction de la responsabilité *ex lege Aquiliā*. Sur le plan purement lexical, le vocable *restitutio*

---

<sup>485</sup> Il semble ici que Thomas emploie *culpa* en entendant, par cela, l'illicéité du comportement, sur le modèle de D. 47.10.1.pr (Ulp. 56 ad ed.) : « *Iniuria ex eo dicta est, quod non iure fiat: omne enim, quod non iure fit, iniuria fieri dicitur. Hoc generaliter. Specialiter autem iniuria dicitur contumelia. Interdum iniuriae appellatione damnum culpa datum significatur, ut in lege Aquilia dicere solemus (...)* ».

<sup>486</sup> Sur ce point, v. P. GALLO, *Pene private e responsabilità civile*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 40-41.

indique le rétablissement d'une situation préexistante<sup>487</sup>. Sur le plan juridique, cela implique que, pour qualifier un certain instrument de *restitutio*, celui-ci doit avoir pour fonction la remise en place du *status quo ante* ; autrement dit, une finalité réparatrice.

C'est donc en raison de cette finalité réparatrice de la responsabilité aquilienne, dont les Institutes de Justinien témoignent, que nous sommes en mesure de nous référer à l'obligation *ex lege Aquiliā* en termes de *restitutio*<sup>488</sup>. Dès lors, nous pouvons appliquer à la responsabilité aquilienne les résultats de la réflexion philosophique en la matière, à partir du concept de justice commutative que Thomas emprunte à Aristote.

À ce propos, Thomas affirme tout d'abord que « la restitution est l'acte de la justice commutative, et s'applique lorsque la chose d'une personne est tenue par autrui soit par sa volonté, soit contre sa volonté<sup>489</sup> ».

Dans la *quaestio* 62, tout ce qui relève de la *restitutio* est radicalement séparé de la punition et de l'*iniuria* elle-même : la réparation constitue la manifestation de la justice commutative, peu importe que le *synállagma* soit juste ou injuste. Si l'injustice est présente, il se peut que la *restitutio* soit accompagnée d'une peine, tendant à l'expiation du délit et qui est l'objet de l'office du juge, dont le rôle est donc différent de celui que la philosophie aristotélicienne lui attribue.

Comme nous l'anticipions, Thomas fut en mesure de séparer ces deux éléments en y dédiant deux passages logiques distincts dans le même raisonnement :

---

<sup>487</sup> V. à ce propos E. CHATELAIN, *Dictionnaire latin-français*, Paris, Hachette, 1910, s. v. *restitutio*.

<sup>488</sup> Sur l'assimilation de la réparation du dommage à la restitution d'un bien injustement substrait, v. aussi O. CONDORELLI, « Consuetudini delle città di Sicilia e restituzione dei 'male ablata'. Tra 'ius proprium' e 'utrumque ius' », in L. BERKVENS, J. HALLEBEEK, G. MARTYN, P. NÈVE, *Recto ordine procedit magister. Liber amicorum E. C. Coppens*, Bruxelles, Koninklijke Vlaamse Academie van België voor Wetenschappen en Kunsten, 2012, p. 55-91, spéc. p. 70.

<sup>489</sup> *Summa theologica*, II-II q. 62 art. 1 : « (...) *restitutio est actus commutativae iustitiae: quando scilicet res unius ab alio habetur, vel per voluntatem eius, sicut in mutuo vel deposito; vel contra voluntatem eius, sicut in rapina vel furto* (...) ». La langue latine ne connaissant pas d'articles, nous trouvons opportun de proposer l'article défini dans la traduction française du passage en question (« l'acte » au lieu d'« un acte ») : en effet, il semble que Thomas entend remarquer qu'il n'existe pas d'autres actes qui puissent garantir la justice commutative, soit l'équilibre originaire, en dehors de la *restitutio* : par conséquent, celle-ci est l'acte de justice commutative par excellence, la seule voie pour réparer à un déséquilibre. *Contra*, édition traduite et commentée par les Dominicains italiens, *op. cit.*, note 481, p. 126 : « la restituzione è un atto della giustizia commutativa ».

*Summa theologiae*, II-II q. 62 art. 6 : « (...) *circa illum qui rem alienam accepit duo sunt consideranda : scilicet ipsa res accepta, et ipsa acceptio. Ratione autem rei tenetur eam restituere quandiu eam apud se habet: quia quod habet ultra id quod suum est, debet ei subtrahi et dari ei cui deest, secundum formam commutativae iustitiae (...)* »

« Deux éléments sont à considérer par rapport à celui qui s'est emparé d'une chose qui appartient à autrui : la chose prise et l'action de la prendre. Quant à la chose, la personne est obligée de la restituer tant qu'elle l'a chez elle, puisque ce qu'elle a au-delà de ce qui est à elle doit lui être soustrait et donné à celui à qui cette chose manquait, selon la forme de la justice commutative ».

« (...) *Quandoque enim [acceptio rei] est iniuriosa, scilicet contra voluntatem existens eius qui est rei dominus: ut patet in furto et rapina. Et tunc tenetur ad restitutionem non solum ratione rei, sed etiam ratione iniuriosae actionis, etiam si res apud ipsum non remaneat. Sicut enim qui percutit aliquem tenetur recompensare iniuriam passo, quamvis nihil apud ipsum maneat: ita etiam qui furatur vel rapit tenetur ad recompensationem damni illati, etiam si nihil inde habeat; et ulterius pro iniuria illata debet puniri (...)* »

« Parfois l'action de prendre la chose est injuste, soit contre la volonté du propriétaire de la chose elle-même : c'est clairement le cas dans le vol, qu'il soit ou non violent. Donc, l'auteur de cet acte est tenu à la *restitutio* non seulement en raison des biens soustraits, mais aussi à cause de son comportement injuste, même si le butin ne reste pas chez lui. Tout comme celui qui frappe quelqu'un est tenu de réparer l'*iniuria* à la victime, même s'il n'a rien gagné ; ainsi celui qui vole est tenu de réparer le dommage qu'il a occasionné, alors même qu'il n'a rien obtenu de celui-ci. En outre, il doit être puni pour le préjudice qu'il a produit ».

Ici, Thomas explicite davantage le propos avancé au sein de l'article 3. Tout d'abord, la distinction entre le comportement (*acceptio*) et la rupture de la justice commutative (*ipsa res accepta*) est soulignée. La *restitutio* est due du seul fait du gain injustement acquis, qui doit dès lors être soustrait (*debet [...] subtrahi*) à celui qui l'a perçu sans droit (*quod habet ultra id quod suum est*) et restitué à la personne qui l'avait perdu (*ei qui deest*).

Il n'en va pas de même en ce qui concerne le comportement par lequel le gain injuste se produit. En effet, il se peut que cet acte soit lui-même illicite (*actio iniuriosa*) : si c'est le cas, son obligation ne sera plus due seulement en raison de la rupture de la justice commutative (*ratione rei*), mais aussi en fonction de l'illicéité de son comportement (*ratione iniuriosae actionis*). Partant, en ce cas, non seulement le

coupable sera tenu à la *restitutio* alors même qu'il n'a rien gardé des fruits injustes de son comportement : il doit être puni (*debet puniri*) au-delà (*ulterius*) de la valeur du dommage qu'il a causé.

Le dommage et le comportement qui l'occasionne relèvent donc désormais de deux ordres conceptuels séparés, et chacun répond à la logique qui lui est propre. La peine dépend de l'*iniuria* et ne peut être infligée qu'en présence d'un acte illicite ; en revanche, l'indemnisation, soit la qualification de la *restitutio* dans notre matière, est toujours due, même en l'absence d'*iniuria* dans le cas d'espèce.

La résolution de cette véritable impasse logique que le débat antérieur avait laissée inaccomplie permet à Thomas de trancher plusieurs questions jusqu'alors restées sans réponse, à commencer par le problème des conséquences juridiques d'une atteinte physique. Si Aristote s'était lui-même rendu face à l'impossibilité de traiter ce type de dommage par les catégories de la justice corrective sans avoir recours à un raisonnement forcé<sup>490</sup>, la réflexion thomiste fut en mesure de l'appréhender sans effort, en faisant justement appel à la distinction entre *iniuria* et indemnisation. En effet, il n'est plus nécessaire de recourir à un tel raisonnement forcé, reposant sur une fiction, car, d'une part, il est certain que l'indemnisation de la victime est due même en l'absence totale de gain de la part du responsable ; et d'autre part, la réparation du dommage n'exclut pas l'infliction d'une peine à l'égard de l'agent.

Les innovations de la réflexion thomiste ne s'arrêtent pas ici. En effet, Thomas tire sa pensée en la matière non seulement de la justice corrective et de l'ancien système romain des *delicta* (parmi lesquels se situe le *damnum iniuriā datum*), mais subit également l'influence de la moralisation chrétienne et de la subjectivisation du jugement des comportements humains que cette religion introduit.

Partant, l'on ne saurait faire abstraction, en étudiant la théorie thomiste de la peine et de la réparation, de l'élément subjectif de la responsabilité. À cet égard, Thomas reprend l'adage *actus reus non facit reum nisi mens sit rea*, évoqué par Augustin d'Hippone<sup>491</sup>, et utilise la séparation entre le châtement et l'indemnisation

---

<sup>490</sup> V. *supra*, première partie, ch. II, sect. 1.

<sup>491</sup> *Augustini Sermones* 180.2, éd. in D. A. B. CAILLAU (dir.), *Collectio selecta SS. Ecclesiae Patrum*, 126, Parisiis, Parent-Desbarres, 1838, p. 531 : « *Ream linguam non facit, nisi mens rea* ».

pour faire en sorte que cette volonté imputable n'empiète pas sur le droit de la victime à obtenir réparation de son préjudice à chaque fois que le comportement dommageable n'a pas été intentionnel<sup>492</sup>.

À ce stade, il convient de revenir à la réflexion thomiste autour de l'injustice. À la question de savoir « si quelqu'un est dit injuste à cause du fait qu'il commet une injustice<sup>493</sup> », Thomas répond comme suit :

*Summa theologiae*, II-II q. 59 art. 2 : « (...) *si aliquis faciat aliquid quod est iniustum non intendens iniustum facere, puta cum hoc facit per ignorantiam, non existimans se iniustum facere; tunc non facit iniustum per se et formaliter loquendo, sed solum per accidens, et quasi materialiter faciens id quod est iniustum. Et talis operatio non denominatur iniustificatio (...)* »

« Si quelqu'un fait une chose injuste sans vouloir commettre une injustice, par exemple puisqu'il a fait cela par ignorance, sans considérer qu'il était en train d'avoir un comportement injuste, alors il ne commet pas une injustice à proprement parler et dans le sens formel du terme, mais il fait cela de manière seulement accidentelle, presque matérielle. Un tel comportement n'est pas qualifié d'*iniustificatio* ».

Selon Thomas, si l'agent n'a pas conscience de la nature injuste de l'acte qu'il est en train d'accomplir, son comportement ne saurait être qualifié d'*iniustificatio* : seule la volonté de commettre une injustice confère au comportement l'*habitus* que nous avons cité plus haut et en fait, dès lors, un péché<sup>494</sup>.

Il semble donc que, chez Thomas, l'intention de nuire est *condicio sine qua non* de l'*iniustificatio* : comme il l'écrit, ce qui est injuste, en soi et du point de vue formel,

---

<sup>492</sup> F. PARISI, *op. cit.*, note 40, p. 325 : « *It is, in fact, only after a clearer separation between criminal justice and civil justice that Saint Augustine's idea, reum non facit nisi mens rea, came to be understood as implying that when the injury is caused unwittingly, even if the wrongdoer is spared punishment, he should not be able to avoid liability for the damage.* »

<sup>493</sup> Il s'agit de l'intitulé de l'article 2 de la *quaestio* 59 que nous avons déjà citée : « *Utrum aliquis dicatur iniustus ex hoc quod facit iniustum.* »

<sup>494</sup> Thomas étend la qualification d'*iniustificatio* aux comportements injustes naissant d'une passion (c'est le cas de la colère ou de la concupiscence) ou d'une habitude. V. *Summa theologiae*, II-II q. 59 art. 2 : « (...) *Potest enim iniustificatio procedere quandoque quidem ex aliqua passione, puta irae vel concupiscentiae: quandoque autem ex electione, quando scilicet ipsa iniustificatio per se placet; et tunc proprie procedi ab habitu, quia unicuique habenti aliquem habitum est secundum se acceptum quod convenit illi habitui. Facere ergo iniustum ex intentione et electione est proprium iniusti, secundum quod iniustus dicitur qui habet iniustitiae habitum. Sed facere iniustum praeter intentionem, vel ex passione, potest aliquis absque habitu iniustitiae (...)* »



personne ne peut le commettre s'il ne le veut pas et personne ne peut le subir, si ce n'est contre sa volonté<sup>495</sup>. L'élément subjectif selon Thomas d'Aquin révèle donc ses caractéristiques : le philosophe puise au christianisme la nécessité que le malfaiteur, voire le pécheur, ait eu conscience de l'action qu'il commettait et ait voulu l'accomplir.

Cela étant, un système conçu de cette manière ne satisfait aucunement l'intérêt de la victime à ce que le préjudice qu'elle a souffert soit indemnisé. Autrement dit, elle n'aurait droit à aucune réparation à chaque fois que, faute d'intention de nuire de la part de l'agent, l'on ne peut pas identifier une *iniustificatio* dans le cas d'espèce. À ce moment, la séparation entre châtement et indemnisation vient à son secours : l'acte nuisible commis contre l'intention de l'agent, à savoir *culpā* ou même *casu*, bien qu'il ne puisse pas constituer une *iniustificatio*, reste injuste. En effet, il introduit dans la relation entre les parties une rupture de l'égalité substantielle, un déséquilibre que la justice commutative est appelée à résoudre par le biais de la *restitutio*, alors même que l'agent n'est pas tenu pour responsable<sup>496</sup>.

Une telle conception paraît en contradiction avec les sources romaines, très proches, quant à elles, d'une reconnaissance générale de la responsabilité pour *culpa* : cette conclusion se rapproche plutôt de la théorie thomiste que de la philosophie d'Aristote, qui semble également, quant à elle, ne s'occuper que du dommage intentionnel dans son raisonnement sur la justice corrective<sup>497</sup>. En revanche, aux temps de Thomas, le droit canon prévoyait déjà qu'une personne qui avait porté atteinte à une autre par négligence était à la fois moralement coupable et tenue de l'obligation morale d'indemniser la victime, réunissant ainsi la responsabilité *stricto sensu* et l'obligation à la *restitutio*<sup>498</sup>. À dire vrai, dans la perspective thomiste, il reste tout de même possible d'appréhender un comportement dommageable assorti de

<sup>495</sup> *Summa theologiae*, II-II q. 59 art. 3 : « *quod iniustum, per se et formaliter loquendo, nullus potest facere nisi volens, nec pati nisi nolens* ».

<sup>496</sup> J. GORDLEY (*op. cit.*, note 40, p. 12) se penche sur le caractère involontaire de l'action selon Aristote et Thomas : « *[a]n action is [...] involuntary if he does not know what he is doing or cannot choose, as when his body is moved by force. Aristotle concluded that he could not be praised or blamed for such actions. Aquinas concluded that he could not be liable for them* ». Toutefois, chez cet auteur, une fois ces prémisses examinées, la question de la *restitutio* n'est pas traitée.

<sup>497</sup> Cette thèse est soutenue par D. DAUBE (*Roman Law: Linguistic, Social and Philosophical Aspects*, Edimburgh, Edimburgh University Press, 1969, p. 131-156).

<sup>498</sup> J. GORDLEY, *op. cit.*, note 381, p. 140 : « *the Canon lawyers had decided that a person who injured another through negligence or lack of due diligence was not only morally guilty but under a moral obligation to compensate the victim* ». À ce propos, v. *infra*, ch. II, sect. 2, § 3.

l'élément subjectif de la *culpa* en tant que volontaire et accidentellement recherché<sup>499</sup>, à partir de la notion de négligence (*negligentia*), qui fait l'objet d'une *quaestio* entière.

*Summa theologica*, II-II q. 54 art. 2: « (...) *negligentia directe oppositur sollicitudini. Sollicitudo autem ad rationem pertinet, et rectitudo sollicitudinis ad prudentiam. Unde, per oppositum, negligentia ad imprudentiam pertinet. [...] Electio autem recta eorum quae sunt ad finem ad prudentiam pertinet. Unde negligentia pertinet ad imprudentiam (...)* »

« La négligence s'oppose directement à l'attention. Cette dernière relève de la raison et la juste attention de la prudence. Au contraire, la négligence relève de l'imprudence. [...] Le bon choix des moyens pour un certain but relève de la prudence. De ceci dérive que la négligence relève de l'imprudence ».

Le point de départ est la notion de prudence (*prudentia*). La négligence est produite par un défaut d'attention, l'attention dépend à son tour de la raison et de la prudence. Par conséquent, selon Thomas, le fait d'agir négligemment constitue un acte contraire à la prudence : la personne prudente opère un bon choix de ses moyens pour obtenir un résultat donné. Il semble donc que la ligne de partage permettant d'engager la responsabilité soit justement le choix (*electio*) de la part de l'agent : selon une thèse doctrinale satisfaisante, l'action de choisir manifeste l'intention de provoquer un préjudice dans le cas du *dolus*, et débouche sur une action potentiellement dommageable dans le cas de la *culpa*. Dans les deux cas, l'auteur du mauvais choix sera tenu pour responsable<sup>500</sup>.

Une fois le partage entre punition et réparation examiné, la question se pose de savoir comment Thomas aborde le problème de l'*aestimatio damni*. Peu importe l'élément subjectif en jeu dans le cas d'espèce, l'auteur du dommage est tenu de

---

<sup>499</sup> *Ibid.*: « *Harm caused negligently was voluntary and intended accidentally* ».

<sup>500</sup> J. GORDLEY, *op. cit.*, note 381, p. 141. La théorie en question permet de tisser un lien stable entre la pensée thomiste et le système romain, que Thomas connaissait sans aucun doute. Toutefois, elle prête le flanc à la question de savoir *quid iuris* en cas de responsabilité objective, une question que le même auteur est contraint d'admettre que la tradition philosophique aristotélicienne n'a jamais expliquée de façon adéquate (*op. ult. cit.*, p. 151). Vice-versa, la séparation radicale entre l'indemnisation (acte de justice commutative) et non seulement la punition, mais l'entière responsabilité, permet une explication aisée de la nécessité que la victime soit indemnisée quand bien même aucun péché n'aurait été commis.

restituer à la victime les choses qui constituent l'objet de son gain injuste<sup>501</sup>, ou un montant qui correspond au préjudice actuel. Il en dérive que toute quantité supérieure que le droit romain pouvait accorder (*repetitio temporis*, multiplication en cas d'*infirmitas* etc.) ne fait pas partie de la *restitutio*<sup>502</sup>. La conséquence logique du raisonnement de Thomas est la reconnaissance des caractéristiques typiques des actions réipersécutoires. Ainsi, d'une part, l'obligation à l'indemnisation se transmet aux héritiers du débiteur (*rectius*, à quiconque acquiert le gain injuste de la part de celui-ci « en raison de la chose même<sup>503</sup> ») ; d'autre part, l'exécution de la *restitutio* par l'un des codébiteurs libère les autres<sup>504</sup>.

En dernier lieu, reste la question de savoir comment garantir la mise en œuvre de l'obligation à la *restitutio*, à propos de laquelle Thomas admet lui-même qu'il s'agit d'« une sorte de peine<sup>505</sup> » pour celui à qui elle est infligée. Pour ce faire, Thomas met à nouveau en relation les deux pôles qu'il avait séparés, en se servant de la morale chrétienne pour boucler la boucle de la *restitutio* :

*Summa theologica*, II-II q. 62 art. 2 : « (...) *restitutio* [...] *est actus iustitiae commutativae, quae in quadam aequalitate consistit. Et ideo restituere importat redditionem illius rei quae iniuste ablata est: sic enim per iteratam eius exhibitionem aequalitas reparatur. [...] Cum igitur servare iustitiam sit de necessitate salutis, consequens est quod restituere id quod iniuste ablatum est alicui, sit de necessitate salutis (...)* »

<sup>501</sup> *Summa theologica*, II-II q. 62 art. 4 : « *homo tenetur ad restitutionem eius in quo aliquem damnificavit* ».

<sup>502</sup> *Summa theologica*, II-II q. 62 art. 4 : « (...) *multiplicatum* [...] *non est de necessitate restitutionis* (...) ». Il est tout de même intéressant de remarquer que, dans l'article cité, Thomas consacre quelques lignes à la perte de chances : l'on peut porter atteinte à quelqu'un en lui empêchant de parvenir à ce qu'il était sur le point d'acquérir. En ce cas, il n'est pas nécessaire que le dommage soit entièrement réparé (« *damnificat aliquis aliquem impediendo ne adipiscatur quod erat in via habendi. Et tale damnum non oportet recompensare ex aequo* »). Nous pouvons déduire que Thomas considérait déjà ce type particulier de préjudice comme étant actuel et non futur : selon Thomas, alors même que le gain n'a pas encore été atteint au moment où le dommage surgit, la chance de l'obtenir est actuelle et sa perte doit faire l'objet d'une indemnisation proportionnée à la probabilité que le gain futur aurait eue de se vérifier.

<sup>503</sup> *Summa theologica*, II-II q. 62 art. 6 : « (...) *quia tamen alter privatur re sua, tenetur ei ad restitutionem et ille qui rem abstulit, ratione iniuriosae actionis, et ille qui rem habet, ratione ipsius rei (...)* ».

<sup>504</sup> *Ibid.* : « (...) *postquam ei restitutio sufficiens facta est per unum, alii non tenentur ei ulterius restituere, sed magis refusionem facere ei qui restituit: qui tamen potest condonare (...)* ».

<sup>505</sup> *Summa theologica*, II-II q. 62 art. 7 : « (...) *Restitutio enim quaedam poena est accipientis (...)* ». Il est plausible, en raison de ce que nous venons d'affirmer, que le terme *poena* ait été employé ici dans un sens non technique, ce qui est d'ailleurs confirmé par l'adjectif *quaedam*.

« La *restitutio* est l'acte de la justice commutative, qui consiste en une sorte d'équité. Donc, le fait de restituer implique de rendre cette chose qui a été injustement soustraite. Ainsi, par cette restitution, l'égalité est restaurée. Puisque la conservation de la justice est nécessaire pour le salut de l'âme, la *restitutio* de ce dont nous nous sommes injustement emparés au détriment de quelqu'un est également nécessaire pour ce salut ».

La responsabilité, donc le péché, est indépendante de la *restitutio* : puisque la réparation a la fonction de restaurer l'égalité (*aequalitas reparatur*), elle est due alors même que le débiteur n'a commis aucune *iniustificatio* faute d'intention de nuire. Toutefois, le fait de ne pas exécuter la *restitutio* due à la victime du préjudice, peu importe la nature du comportement dommageable, constitue bien une atteinte à la justice. Puisque la conservation de la justice est nécessaire au salut de l'âme, écrit Thomas, le fait de ne pas la sauvegarder est un péché mortel<sup>506</sup>, qui fait obstacle à la rédemption divine.

La justice corrective aristotélicienne avait influencé l'évolution du droit romain tel qu'il est cristallisé dans le *Corpus iuris* : il convient à ce point de se demander si les développements dans le débat philosophique, dont Thomas est un grand représentant, présentent dans notre matière un impact sur le chemin vers la modernité juridique. Il s'agit de savoir si, et en quelle mesure, la pensée thomiste constitue un monument (*monumentum*, du verbe *moneo*) pour la réflexion juridique à venir. À ce propos, nous analyserons le *ius commune*, le dernier grand stade de l'évolution basée sur le droit romain, qui tire encore les règles à appliquer de la compilation de Justinien. L'analyse de la fonction de la responsabilité aquilienne dans cette période de l'histoire du droit fait l'objet du prochain chapitre.

---

<sup>506</sup> V. aussi *Summa theologica*, II-II q. 59 art. 4 : « (...) *peccatum mortale est quod contrariatur caritati, per quam est animae vita. Omne autem nocumentum alteri illatum ex se caritati repugnat, quae movet ad volendum bonum alterius. Et ideo, cum iniustitia semper consistat in nocumento alterius, manifestum est quod facere iniustum ex genere suo est peccatum mortale* (...) ». L'illicéité de l'*iniustificatio* réside dans sa contrariété au commandement biblique de l'amour : selon Thomas, tout dommage occasionné à autrui est incompatible avec la *caritas*, qui consiste en revanche à vouloir le bien de l'autre (*quae movet ad volendum bonum alterius*). Sur le commandement de l'amour, v. déjà, dans l'Ancien Testament, Lev. 19.18 ; dans le Nouveau Testament, Mt. 22.37-40 ; Mc. 12.29-31 ; Lc. 10.25-28.

## Chapitre II. La tension entre fidélité aux textes et évolution dans l'œuvre des juristes du *ius commune*

La renaissance d'une véritable activité d'*interpretatio* des sources romaines, à partir de la redécouverte de la compilation justinienne par l'école de Bologne<sup>507</sup>, constitue, aux yeux de l'observateur contemporain, un événement capital. En effet, d'une part, les juristes du *ius commune* reprirent l'étude sur le droit romain, en poursuivant le travail des *iuris prudentes*. D'autre part, les évolutions culturelles de l'époque furent traduites, par le biais de cette *interpretatio* renouvelée, en règles du système juridique.

Par la compilation qu'il voulut et promut, Justinien acheva l'histoire du droit romain de manière colossale. Le point de départ des juristes du *ius commune* ne peut donc pas être assimilé à celui des *iurisconsulti* romains : les deux étaient appelés à appliquer le droit romain<sup>508</sup>, mais les glossateurs et commentateurs, à la différence des juristes antérieurs à Justinien, pouvaient compter sur l'ensemble normatif clos que la compilation leur fournissait<sup>509</sup>. En effet, le Digeste est estimé avoir constitué non seulement la base du développement historique de la responsabilité aquilienne jusqu'aux codifications modernes, mais même la trame technique sur laquelle la modernité juridique construisit sa réglementation de la matière<sup>510</sup>. Cependant, nous ne saurions nier que la présence envahissante de l'œuvre de Justinien est un facteur de complexité non négligeable, puisque son abondante casuistique entraîna la nécessité d'un travail continu d'adaptation entre les textes et les besoins pratiques<sup>511</sup>.

Face à la question de savoir de quelle manière la réflexion autour de la fonction du *damnum iniuriā* se développa à cette époque, l'évolution générale que nous

---

<sup>507</sup> V. *supra*, note 476.

<sup>508</sup> Contra, B. WINIGER (*La responsabilité aquilienne en droit commun, op. cit.*, note 34, p. 19) qui affirme que « pour le juriste de droit commun les sources romaines n'étaient plus du droit positif ».

<sup>509</sup> *Op. ult. cit.*, p. 37 : l'auteur remarque à ce propos que l'évolution de la responsabilité aquilienne fut opérée « non pas sur la base d'une loi concise, mais à partir d'un corps volumineux de fragments ».

<sup>510</sup> P. CERAMI, *op. cit.*, note 185, p. 104 : « intendere la *Compilazione di Giustiniano non soltanto come mero "punto di partenza" del[lo] [...] sviluppo storico. A ben riflettere, infatti, l'impostazione sistematica conferita dai commissari giustiniani, nei libri Digestorum, alla materia in esame costituisce l'ordito tecnico sotteso ai modelli codicistici ». L'auteur se réfère notamment à la systématisation de la responsabilité aquilienne dans le Digeste (v. *supra*), que les Codes modernes ont repris au détriment de la subdivision suivie dans les *Institutiones* de Justinien, mais sa réflexion peut être étendue à l'entière de la matière.*

<sup>511</sup> G. ROTONDI, *op. cit.*, note 34, p. 525 : « un continuo lavoro d'adattamento tra i bisogni pratici e le strettoie dei testi ».

constatons dans la méthode de travail des juristes du *ius commune* par rapport à la jurisprudence romaine nous impose de réfléchir, nous aussi, différemment. En effet, la jurisprudence romaine autour de la *lex Aquilia* visait à formuler une hypothèse sur sa fonction originaire et à la faire évoluer jusqu'à la compilation de Justinien, où la finalité réparatrice de principe est bien mise en exergue par une pluralité d'éléments. Dès lors, notre analyse du *damnum iniuriā* dans l'œuvre des juristes du *ius commune* peut compter sur un solide point de départ : la fonction punitive de la responsabilité aquilienne est désormais reléguée à un nombre limité de cas exceptionnels.

À partir de cette donnée, il est préférable d'élargir le champ, afin d'examiner la manière dont le *ius commune* aménagea les éléments de la responsabilité aquilienne en fonction d'une finalité réparatrice déjà établie. Pour ce faire, nous ne nous occuperons pas seulement des caractéristiques du *damnum iniuriā* qui nous indiquent le but de la responsabilité aquilienne, soit la qualification procédurale de l'action et l'*aestimatio damni*. Nous incluons donc également deux éléments qui, quoiqu'abstraitement compatibles avec une responsabilité aquilienne punitive, furent utilisés – nous le verrons – pour renforcer l'efficacité réparatrice du *damnum iniuriā* : il s'agit de l'extension des comportements et préjudices appréhendés par la responsabilité aquilienne et de l'élément subjectif, que nous avons introduits plus haut.

Dans une première section, dédiée à l'école des glossateurs, un paragraphe sera dédié à chacun de ces quatre éléments. Nous nous occuperons, dans une deuxième section, du *ius commune* postérieur à la *Glossa* d'Accurse, datant de la première moitié du XIII<sup>e</sup> siècle : à la différence de la première subdivision, les paragraphes seront ici au nombre de trois, en raison de l'opportunité d'étudier, concernant cette période, l'*aestimatio damni* et l'extension de la protection aquilienne en même temps.

### **Section 1. Le principe de la réparation aquilienne du *damnum culpā datum* chez les glossateurs**

L'abandon progressif de la nature punitive de la responsabilité aquilienne, auquel l'influence de la philosophie aristotélicienne contribua, entraîna un premier développement dans la conception du *damnum iniuriā datum* figé, dans sa fonction

réparatrice de principe, au sein de la compilation. À partir des premières études qui eurent pour objet l'œuvre de Justinien, les juristes du *ius commune* poursuivirent ce chemin de manière éparpillée<sup>512</sup>, sans négliger l'évolution culturelle en matière de *damnum* à laquelle Thomas d'Aquin, par sa théorie de la peine et de la justice commutative, avait apporté une contribution essentielle.

### §1. La qualification procédurale de l'*actio legis Aquiliae*

Commençons par la nature procédurale de l'*actio legis Aquiliae*. Les Institutes de Justinien, à travers la notion d'*actio mixta*, avaient attesté un bouleversement de la nature théoriquement *poenalis* de l'action aquilienne au cours de toute la période classique, alors que la pratique se focalisait avant tout sur sa finalité réparatrice. Dans la compilation, comme nous l'avons vu, seules la *litiscrescentia adversus infitiantem* et la *repetitio temporis* étaient en mesure d'ajouter une composante punitive à une action en principe répersécutoire<sup>513</sup>. La tendance parmi les glossateurs alla dans le sens d'un approfondissement de cette dichotomie, comme le démontrent Azon et Odofredus lorsqu'ils s'occupent de la qualification de l'*actio legis Aquiliae* :

*Azonis Summa, in tertium librum Codicis*<sup>514</sup>, *De lege Aquilia*, p. 62v : « *Poenalis autem haec actio est sui natura, saltem propter repetitionem praeteriti temporis: licet quandoque non exigat poenam: si res pluris est cum datur damnum, quam prius: nam & homo est semper actu risibilis, licet non semper rideat: & semper rationabilis, quamvis quandoque non utatur: ut insti[tutiones] (...)* »

<sup>512</sup> P. RASI (« L'*actio legis Aquiliae* e la responsabilità extracontrattuale nella 'Glossa' », in G. ROSSI (dir.), *Atti del Convegno internazionale di studi accursiani. Bologna 21-26 ottobre 1963*, 2, Milano, Giuffrè, 1968, p. 723-775, spéc. p. 731) attribue à la production des glossateurs la définition de « *selva di distinziones e solutiones* ». La conscience de la diffusion de l'activité d'*interpretatio* est présente, sous forme d'une forte critique, à partir déjà de la moitié du XVIII<sup>e</sup> siècle : par exemple, L. A. MURATORI dénonce la confusion qui règne chez les juristes de son temps dans un ouvrage paru pour la première fois en 1742 (*Dei difetti della giurisprudenza*, éd. Napoli, Stamperia Muziana, 1795, p. 9) : « [p]erò nella Giurisprudenza d'oggi il meno son le leggi, il testo anche delle quali poco o nulla si studia da molti de' Giurisconsulti pratici. Il più consiste intante questioni con dottrine affermative e negative, divisioni, suddivisioni, eccezioni, ampliazioni, limitazioni, inventate e promosse da gl'Interpreti, Trattatisti, e Consulenti; per le quali giunte tutto il saper Legale è in oggi pieno di opinioni, cioè colmo di confusione, con danno grave del pubblico e del privato ».

<sup>513</sup> V. *supra*, première partie, ch. I, sect. 2, § 2.

<sup>514</sup> Éd. Lugduni, 1557.

« Cette action est pénale par sa propre nature, au moins à cause de la *repetitio temporis*, bien qu'elle ne tende pas à une peine, ce qui est le cas si la chose vaut plus au moment de la production du dommage qu'avant. En effet, l'homme est toujours capable de rire, même s'il ne rit pas toujours, et est toujours capable de raisonner, alors même que parfois il ne le fait pas. C'est ce que disent les Institutes ».

*Odoffredi interpretatio in undecim primos Pandectarum libros*<sup>515</sup>, *Ad legem Aquiliam, Item Mela scribit* (p. 273r) : « (...) *penalis quantum ad unum simplum [quod] crescit per inficiationem. Item quantum ad repetitionem quanti retro plurimi fuit intra annum vel infra XXX dies [...]. Quantum ad veram estimationem rei non est penalis sed rei persecutoria. [...] facimus differentiam inter penalem act. et penabilem. Penalem vocamus act. furti, quia in eo totum est pena* »

« Est pénale la fraction qui dépasse le *simplum* à cause de l'*inficiatio*. De même, est pénale la partie qui tend à la *repetitio temporis* calculée sur l'année ou les 30 jours [...]. Pour ce qui relève de la vraie estimation de la chose, l'action n'est pas pénale mais répersécutoire. [...] Nous distinguons entre l'action pénale et l'action *penabilis*. Nous qualifions de pénale l'*actio furti*, puisque l'entièreté de son objet est une peine ».

Les deux juristes reconnaissent que l'action aquilienne, quoique pénale, ne tend à la punition que lorsque le montant de la *condemnatio* est supérieur à la valeur actuelle du préjudice. Selon Azon, l'action est pénale au moins (*saltem*) en cas d'*inficiatio* et de *repetitio temporis*. De plus, elle est *penalis* en ce qu'elle permet de poursuivre une peine : comme une personne est capable de rire (*risibilis*) ou de raisonner (*rationabilis*) même lorsqu'elle n'accomplit pas ces actions, l'*actio legis Aquiliae* garde sa qualification de pénale même dans les cas où elle ne tend pas à la peine<sup>516</sup>. L'interprétation d'Azon, apparemment plus liée au Digeste qu'aux Institutes en raison de l'emploi de l'adjectif « *penalis* », souligne tout de même que, bien que l'action reçoive la qualification de pénale, la fonction à laquelle elle tend est punitive dans les seuls cas énoncés par I. 4.6.19 (*ut Institutiones*). La glose d'Odofredus complète cette distinction des finalités sur le plan terminologique : n'est *penalis* que la partie de la *condemnatio* qui excède la valeur du préjudice ; pour le reste, l'action est *rei persecutoria*.

---

<sup>515</sup> Éd. Lugduni, 1550.

<sup>516</sup> En ce sens P. RASI, *op. cit.*, note 512, p. 734.



Par conséquent, l'*actio legis Aquiliae* ne peut techniquement pas être considérée *penalis* (à la différence de l'*actio furti*, où l'entière de la *condemnatio* est une peine), mais est *penabilis*, à la manière de l'homme *risibilis* et *rationabilis* évoqué par Azon. Plus précisément, l'action n'est pénale que lorsque le demandeur agit pour obtenir la *poena* dans l'un des deux cas prévus par les Institutes<sup>517</sup> ; dans tous les autres, la demande en responsabilité aquilienne est dépourvue de toute fonction punitive et dépouillée des caractéristiques des actions *poenales*<sup>518</sup>.

Nous pourrions donc affirmer que, dans une logique que Thomas d'Aquin explicite par la suite par la scission des peine et *restitutio* sur les plans moral et religieux<sup>519</sup>, ces glossateurs séparèrent, au sein de la *condemnatio*, la valeur du préjudice et l'éventuelle plus-value due aux exceptions prévues par les Institutes. À leurs yeux, jusqu'au *pretium* du dommage causé, l'action aquilienne est donc répersécutoire ; en revanche, la partie de la demande qui vise à obtenir le *duplum* ou la *repetitio temporis* suit le régime juridique des actions pénales, comme s'il s'agissait de deux remèdes différents et scindés.

Ceci se répercute notamment sur la solidarité cumulative et l'intransmissibilité passive de l'*actio*, qui relèvent de l'attribution d'un caractère punitif à la responsabilité aquilienne. Nous nous occuperons plus loin de la noxalité, qui complétait le triptyque des éléments procéduraux des *actiones poenales* en droit romain<sup>520</sup>. Pour l'instant, il nous suffit d'anticiper qu'elle subit une perte progressive d'intérêt en raison

<sup>517</sup> Outre les deux extraits cités plus haut dans le présent paragraphe, v. *Irnerii Summa Institutionum*, éd. in G. B. PALMERIO, *Scripta anecdota antiquissimorum glossatorum. Additiones*, Bononiae, Societas Azzoguidiana, 1914<sup>2</sup>, 4.6, de *actionibus* : « *rem ergo dicimus presens homini pretium, id est quanti valet temporis mortis id vero, in quo pretium excedit presens, dicitur pena. Potest autem notari ex verbo superiore actionem legis Aquiliae non semper esse penalem* ».

<sup>518</sup> V. aussi *Accursii Glossa*, éd. in Ioannis Febi Guildorfensis *Corpus Iuris Civilis Iustiniani, cum commentariis Accursiis, scholiis Contii, et D. Gothofredi lucubrationibus ad Accursium*, Lugduni, 1627, ad D. 9.2.27.30, m (c. 1036) : « *cur datur constante matrimonio: ut hic dicit, cum sit poenalis [...]. Respon. hic dabitur in simplum tantum (...)* » ; *Odoiffredi op. cit.*, note 515, *Ad legem Aquiliam, Si cum maritus* p. 275r : « (...) *Dicunt quidam speciale est hic. Vel dicatur quod datur quatenus est rei persecutoria non penalit secundum istam determinationem intelligitur (...)* ». Selon P. RASI (*op. cit.*, note 512, p. 734-735), « *l'actio legis Aquiliae è penale quando l'actor chiede la «pena» che è rappresentata dalla infittatio, o litiscrescenza e dalla repetitio temporis [...]; è civile quando è rei persecutoria e chiede solo il ristoro del danno patrimoniale subito* ». V. aussi à ce propos G. P. MASSETTO, « Responsabilità extracontrattuale (dir. interm.) », *EdD* 39 (1988), p. 1099-1186, spéc. p. 1154.

<sup>519</sup> V. *supra*, sect. 1. V. aussi G. ROTONDI, *op. cit.*, note 34, p. 519.

<sup>520</sup> V. *supra*, note 119.

notamment de l'abandon de l'esclavage tel qu'il était conçu par les Romains<sup>521</sup> : dans des sources plus récentes, elle semble avoir été nettement écartée. C'est le cas de Justus H. Böhmer (1674-1749), qui affirme que l'application de l'action aquilienne noxale ne relève que du droit romain, et que le statut de *servus*, encore appliquée *de facto* aux prisonniers de guerre, est désormais tellement rare qu'il n'y a plus lieu de consacrer ses recherches à cet instrument<sup>522</sup>.

Quant à la solidarité, il fut reconnu que le paiement par l'un des coauteurs d'un dommage aquilien libère les autres envers la victime seulement dans la mesure de la compensation du préjudice ; pour ce qui tendait à la punition, la solidarité cumulative resta en place<sup>523</sup>. La même logique fut appliquée à la question de la transmissibilité passive de l'action : lorsqu'elle ne tendait qu'à la compensation du préjudice actuel, sans *infinitio* ni *repetitio*, il n'y avait aucune raison d'exclure la possibilité d'attirer en justice le successeur du prétendu responsable pour obtenir cette réparation, même si la *litis contestatio* n'était pas encore survenue au moment du décès du *de cuius*. Vice-versa, la règle classique de l'intransmissibilité passive, sauf en cas de *litis contestatio* réalisée du vivant du prétendu responsable<sup>524</sup>, resta en place pour la partie de la

---

<sup>521</sup> B. WINIGER (*La responsabilité aquilienne en droit commun, op. cit.*, note 34, p. 25-28) fait référence à une modification progressive de l'esclavage dans le droit de plusieurs régions d'Europe. V. aussi sur ce point C. VERLINDEN, *L'esclavage dans l'Europe médiévale*, Brugge, De Tempel, 1955, p. 99-101, 589-600 ; H. NEHLSSEN, *Sklavenrecht zwischen Antike und Mittelalter*, 1, Göttingen, 1972, p. 137-139.

<sup>522</sup> L'opinion de Justus H. Böhmer mérite d'être citée en raison de sa clarté dans le sens d'un désintéret pour la noxalité : *Böhmeri Doctrina de actionibus ad praxin hodiernam accomodata*, Halae Magdeburgicae, Officina Libraria Rengeriana, 1725, 2.11.30 (p. 683-684) : « [d]e Actione noxali ex damnis vel delictis servorum nihil attinet dicere, quippe quae ob detectum servorum Romanorum applicari nequit. Et quamvis barbari, in bello capti, pro servis habeantur, sunt tamen hi casus admodum rari, ut proinde de hac actione non adeo laborandum sit ». Cependant, cet écrit est remarquablement plus récent que l'œuvre des glossateurs : nous verrons *infra* que la noxalité fut maintenue dans les gloses en tant que droit du défendeur dans certains cas de responsabilité indirecte, ce qui paraît constituer une limite à l'efficacité réparatrice de l'instrument aquilien.

<sup>523</sup> *Azonis op. cit.*, note 514, *ad tertium librum Codicis, De lege Aquilia*, 21 (p. 61v) : « (...) [n]am in eo [quod nomine poenae solutum est ex lege Aquilia], quod alius praestitit, alium non relevat, cum poena sit corporalis [...]. Si vero nomine rei quid ab uno praestetur, caeteri, liberantur cum hoc reperiam in conditionem furtiva (...) » ; *Odoffredi op. cit.*, note 515, *Ad legem Aquiliam, Celsus scribit* (p. 273r) : « (...) uno solvente liberatur alius quatenus est persecutoria non quatenus est poena (...) » ; *Accursii op. cit.*, note 518, *ad D. 9.2.11, g (c. 1023)* : « Cum sit poena. Bona ratio quod non liberet unus alium [...]. Sed econtra videtur quod uno solvente alii liberentur. [...] Solve ibi prosequitur, & agitur ad interesse: & ideo caeteri liberantur, cum amplius actoris non intersit: hic prosequitur poenam, nam haec actio est poenalis, tam in duplo, quod per inficiationem crescit, quam ex eo, quod crescit ex repetitione facta retro [...] & in tali poena intellige hic, quod unus alium non liberat. de simplo autem sic. ut in conditione furtiva ».

<sup>524</sup> Il s'agit d'un principe déjà connu dans le droit romain classique : D. 44.7.26 (Ulp. 5 *de cens.*) : « Omnes poenales actiones post litem inchoatam et ad heredes transeunt » ; D. 44.7.59 (Call. 1 *ed. monit.*) : « Sciendum est ex omnibus causis lites contestatas et in heredem similesque personas transire » ; D. 50.17.139.pr (Gai. *ad ed. praet. urb.*) : « Omnes actiones, quae morte aut tempore

*condemnatio* qui dépasse la valeur du préjudice. C'est ce qui ressort notamment d'une glose d'Odofredus à propos du principe de l'intransmissibilité passive :

*Odoffredi op. cit.* note 515, *Ad legem Aquiliam, Inde Neratius scribit, Hanc actio* (p. 273v-274r) : « (...) Or signori ista ratio quo ad quid est bona, quo ad quid non est bona: quatenus est penalis ista actio, puta propter repetitiones [...]. Item est bona quantum ad simplicum quod crescit contra negantem [...] quantum ad verum precium rei non est bona: quia non est penalis (...) »

« Ce principe est parfois bon, parfois moins bon. Il est opportun lorsque cette action est pénale, par exemple à cause des *repetitiones* [...]. De même, il est convenable dans la mesure de la litiscroissance contre l'*infitiants* [...]. Pour la partie qui tend à la valeur vraie de la chose, l'intransmissibilité passive n'est pas opportune, puisque l'action n'est pas pénale ».

Selon le glossateur, l'intransmissibilité n'est un bon principe (*bona ratio*) que lorsque l'action est pénale : à ce propos, la *repetitio temporis* et la *litiscrescentia adversus infitiantem* sont expressément citées. En revanche, dit Odofredus, lorsque la demande a pour objet la valeur actuelle du préjudice<sup>525</sup> (*verum precium rei*) la fonction de l'action est différente (*non est penalis*) et l'intransmissibilité passive n'est plus *bona ratio*<sup>526</sup>.

La question de la qualification procédurale de l'action fut donc abordée conformément à la nature *mixta* que les Institutes de Justinien retiennent, mais de manière plus explicite : la présence d'une plus-value par rapport à la valeur du dommage ne modifiait pas en entier la nature de l'action, mais ajoutait un chef de préjudice soumis à un régime juridique différent. En ce cas, l'action *persequitur rem*

---

*pereunt, semel inclusae iudicio salvae permanent* » ; D. 50.17.164 (Paul. 51 *ad ed.*) : « *Poenalia iudicia semel accepta in heredes transmitti possunt* ». V. aussi P. MEYLAN, « Origine de l'effet extinctif de la *litis contestatio* », in P. COLLINET, F. DE VISSCHER (dir.), *Mélanges de droit romain dédiés à Georges Cornil*, 2, Gand-Paris, Vandenpoorten-Sirey, 1926, p. 83-110.

<sup>525</sup> Ici, Odofredus semble employer cette expression uniquement pour se référer au cas où ni la *litiscrescentia* ni la *repetitio temporis* ne sont appliquées, sans se poser la question de la méthode de calcul de la *condemnatio* (*pretium rei* ou *id quod interest*, v. *supra*, première partie, ch. I, sect. 3). Par conséquent, il est préférable, dans cet extrait, de traduire le vocable *res* par « préjudice » pour éviter toute sorte d'ambiguïté.

<sup>526</sup> V. aussi, à ce propos, G. B. PALMERIO, *Summa de actionibus ex Cod. MS. Bibliothecae Universitatis Patavinae n. 1475*, in A. GAUDENZI, *Bibliotheca Iuridica Medii Aevi. Scripta anecdota glossatorum*, 3, Bononiae, Monti, 1901, p. 1-13, spéc. p. 12, § 241 : « *In his ita diffiniuntur quia ut ex maleficio nascitur actio vel ex quasi maleficio, vel ex contractu vel quasi, semper dabitur heredibus vel contra heredes quaecumque sit actio nisi ad solam vindictam sit prodita (...)* ».

et *poenam*<sup>527</sup> en se scindant idéalement en deux branches : l'une réipersécutoire, l'autre pénale<sup>528</sup>. Quoiqu'il semble peut-être audacieux de constater, chez les glossateurs, une fiction qui impose de voir deux actions distinctes au sein de l'*actio mixta legis Aquiliae*<sup>529</sup>, il y a tout de même lieu d'observer que les deux parties de la *condemnatio* étaient soumises à des règles différentes en raison d'une divergence dans leurs fonctions.

La qualification de l'action aquilienne est étroitement liée à l'évaluation du montant de la *condemnatio*, qui a pour objet, selon Ulpien<sup>530</sup>, l'intérêt (*id quod interest*) qu'avait la victime à ne pas subir le dommage *iniuriā*.

## §2. L'*aestimatio damni*

Le cadre que nous tirons de l'œuvre des glossateurs ne présente apparemment pas de différences remarquables par rapport à la compilation de Justinien<sup>531</sup>. Conformément aux sources romaines tarde-classiques et à la notion de justice corrective, la réparation avait pour objet l'entière de la perte patrimoniale qui résultait du comportement dommageable<sup>532</sup>, en ce compris les frais payés ou à payer par la victime et l'*utilitas* que le bien avait pour elle au-delà de sa valeur.

*Irnerii op. cit.*, note 517, 4.5, *De obligationibus que quasi ex delicto nascuntur* (p. 423) : « (...) quantum ob eam rem iudici equum videtur, actio datur. ubi debet iudex habere rationem impensarum et operarum quibus caruit, cariturusque est (...) »

<sup>527</sup> *Azonis op. cit.*, note 514, in *quartum librum Institutionum, De actionibus*, 36 (p. 289r).

<sup>528</sup> V., en conclusion, P. RASI, *op. cit.*, note 512, p. 735 : « per quanto si riferisce alla pena si avrà la non trasmissibilità passiva ed attiva, la solidarietà cumulativa secondo i principî classici, mentre per l'*aestimatio*, o la restitutio si avrà la trasmissibilità non solo attiva ma anche passiva e la solidarietà liberativa ».

<sup>529</sup> C'est encore l'opinion de P. RASI (*op. ult. cit.*, p. 736 : « si fingevo che fossero iniziate contestualmente due azioni diverse, una penale ed una civile ») ; néanmoins, elle ne paraît pas étayée par les sources à notre disposition.

<sup>530</sup> D. 9.2.21.2 (Ulp. 18 *ad ed.*), v. *supra*, première partie, ch. I, sect. 3, spéc. § 3.

<sup>531</sup> V. à ce propos P. RASI, *op. cit.*, note 512, p. 768-774 ; M. F. CURSI, *Danno, op. cit.*, note 34, p. 122-125.

<sup>532</sup> *Odoffredi op. cit.*, note 515, *Si quadrupes pauperiem fecisse dicatur* (p. 271r) : « (...) dicitur damnum quando nostrum patrimonium diminuitur (...) ».

« Une action est accordée pour la valeur que le juge considérera équitable pour cette cause. Là, le juge doit évaluer les frais et les journées de travail qui sont perdues ou que la victime perdra ».

*Azonis op. cit.*, note 514, *ad tertium librum Codicis, De lege Aquilia*, 33 (p. 288v) : « (...) & in summa ut generaliter dicam, omnia commoda, quae rem pretiosiore facerent veniunt in aestimationem (...) »

« Pour dire cela de manière générale, toutes les utilités qui augmentent la valeur de la chose rentrent dans l'estimation ».

*Rogerii Summa Codicis*<sup>533</sup>, 3.24 (p. 49) : « (...) dampnum multis modis dicitur dari : [...] quandoque res ipsa in se nichil patitur, sed bonitas eius diminuitur, et hoc contigit separatione, vel coniunctione alterius rei: separatione, ut si quis unam ex quadrigis vel unum ex comedis interfecerit, circa bonitatem alterius patior dampnum quamvis corpus neque sit diminutum neque consumatum: coniunctione ut in miscendo lolium frumento (...) »

« Nous affirmons que le dommage peut être produit de plusieurs manières : c'est le cas lorsque la chose n'est pas détériorée dans sa nature, mais que sa qualité est diminuée. Ceci est en rapport avec la séparation ou l'union avec une autre chose : quant à la séparation, c'est le cas lorsque quelqu'un tue un seul cheval d'un quadriges ou un seul membre d'un groupe de comédiens, je subis un dommage qui concerne la qualité de l'autre bien alors même que cette chose n'a été ni détériorée ni consommée ; quant à l'union, c'est le cas si l'on mêle de l'ivraie au froment ».

Selon l'extrait que Giovanni Battista Palmerio attribue à Irnerius, le juge peut inclure dans la *condemnatio*, selon l'équité, les dépenses et pertes supportées ou à supporter (en ce compris le *lucrum cessans*<sup>534</sup>) à cause du dommage subi. En reprenant le propos d'Ulpien<sup>535</sup>, Azon met l'accent sur les avantages (*commoda*) qui rendaient le bien *pretiosior*. Rogierius, pour sa part, se réfère directement aux sources

---

<sup>533</sup> In G. B. PALMERIO, *Scripta anecdota glossatorum*, 1, Bononiae, Societas Azzoguidiana, 1888, p. 7-174.

<sup>534</sup> *Exceptiones legum Romanarum Petri*, in F. C. VON SAVIGNY, *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*, 2, Heidelberg, Mohr, 1834<sup>2</sup>, p. 321-428 3.42 (p. 390) : « (...) et insuper lucrum quod certum est eum amisisse vel amissurum propter vulnus pecoris [...]. Idem est de certo damno per iniuriam dato, id est, ut tanti aestimatio detur, quanti damnum datum fuerit (...) » ; *Azonis op. cit.*, note 514, in quartum librum Institutionum, *De obligationibus quae quasi ex delicto nascuntur* : « (...) Iudex enim computare debet mercedes medicis praestitas, caeteraque impendia quae in curatione facta sunt (...) ».

<sup>535</sup> D. 9.2.23.6 (Ulp. 18 *ad ed.*), v. *supra*, première partie, ch. I, sect. 1, § 2.

romaines<sup>536</sup> pour rappeler que la séparation d'une chose d'une autre ou la conjonction de plusieurs biens peuvent occasionner un préjudice, dont l'*aestimatio* devra s'occuper. Vice-versa, les dommages moraux ne peuvent pas être réparés : c'est le cas de l'*affectio*<sup>537</sup> et des préjudices de nature esthétique, comme les cicatrices<sup>538</sup>.

Concernant cette époque, c'est la notion d'*interesse* qui doit être considéré en matière d'*aestimatio damni*. La question n'est pas strictement propre à la matière du *damnum iniuriā*, mais les résultats auxquels les juristes parvinrent, quoique divergents, ne manquent pas de nous éclairer sur le mode de calcul du préjudice aquilien. D'ailleurs, dans la *Glossa*, l'*interesse* fait directement l'objet de la *condemnatio* aquilienne<sup>539</sup>. Sur le modèle d'Azon<sup>540</sup>, Accurse évoque une tripartition de l'*interesse* : conventionnel, soit le prix convenu entre les parties, commun, soit le prix marchand communément évalué, singulier, soit dépendant du seul demandeur. Seule cette troisième catégorie est visée par le plafond fixé dans le Code de Justinien.

*Accursii Commentarii*<sup>541</sup>, ad C. 7.47, a (c. 2041) : « (...) ad evidentiam nota quod triplex est precium rerum, sive interesse, quod idem est dicere : scilicet conventionale, de quo convenit inter contrahentes, ut si tibi vendidi pro X. Stichum. Item precium commune, ut si forte idem Stichus communi aestimatione valeat XV. Item singulare, ut si tua interest propter affectionem (...) »

<sup>536</sup> Sur la dissolution du groupe de *comoedii*, v. D. 9.2.22.1 (Paul. 22 ad ed.) ; Gai. 3.212 ; I. 4.3.10 (*supra*, note 250). Sur les mauvaises herbes semées dans le champ d'autrui, v. D. 9.2.27.14 (Ulp. 18 ad ed.), *supra*, note 317.

<sup>537</sup> Rogerii op. cit., note 533, 3.24 (p. 49) : « (...) extimatio ipsarum rerum in quibus dampnum datum est communi extimatione spectatur, non ex affectione eius cui datum est damnum consideratur, veluti si servum naturalem filium interfecisti, non extimabitur mea affectio. Interesse etiam venit in hac accione (...) » ; Odoffredi op. cit., note 515, *Ad legem Aquiliam, Si servum* (p. 275v) : « (...) vera estimatio non ex affectione (...) » ; *Accursii Glossa*, éd. Venetiis, 1581, ad I. 4.3.pr, f (p. 293) : « Plurimi. Habita estimatione non ex affectione singulorum. sed communi aestimatione (...) ».

<sup>538</sup> Azonis op. cit., note 514, ad tertium librum Codicis, *De lege Aquilia*, 15 (p. 61v) quia dominus membrorum suorum nemo est [...]. Et tunc agetur ratione operarum amissarum, quas quisque amissurus esset inutilis factus, & impensarum in curatione factarum. non autem difformitatis ». Azon distingue ici la perte que chacun aurait subie (*quisque amissurus esset*), en termes de dommage réel et manque à gagner, du préjudice seulement esthétique (*difformitas*). V. aussi Azonis op. cit., note 514, in quartum librum Institutionum, *Si quadrupes pauperiem fecisse dicatur*, 3 (p. 290v) : « (...) tamen difformitatis ratio [non] habeatur cum liberum corpus non recipiat aestimationem (...) » ; Odoffredi op. cit., note 515, *Si quadrupes pauperiem fecisse dicatur, Ex hac lege* (p. 262r) : « (...) certe non venit estimatio corporis liberi nec difformitas cicatricis: sed venit quod dedisti medico. veniunt etiam opere amisse (...) ».

<sup>539</sup> V. *supra*, note 523 : par l'action en responsabilité aquilienne « agitur ad interesse ».

<sup>540</sup> Azonis op. cit., note 514, in septimum librum Codicis, *De sententiis quae pro eo quod interest proferuntur*, 1 (p. 194v) : « Sciendum est igitur, quod interesse aliud est commune, aliud conventum, aliud singulare (...) ».

<sup>541</sup> Éd. Venetiis, 1574.

« Remarque que le prix des choses, ou l'*interesse*, qui est la même chose dans le langage courant, présente trois subdivisions : il peut être *conventionale*, soit la valeur stipulée entre les contractants, par exemple si je t'ai vendu Stichus à un prix de 10. L'*interesse* peut aussi être *commune*, par exemple si le même Stichus vaut 15 selon une évaluation commune. Enfin, l'*interesse* peut être *singulare*, par exemple s'il t'intéresse en termes d'affection ».

Pour l'*interesse singulare*, le glossateur cite ici l'exemple de l'*affectio*, une notion dont le caractère fort problématique pour notre matière sera examiné au cours de la prochaine section. Néanmoins, l'*interesse singulare* ne comprend pas que l'*affectio*, mais aussi les *utilitates* que la victime tirait du bien et qui font en sorte que sa propre perte économique soit plus élevée que l'*interesse commune*. Autrement dit, nous nous référons ici à l'évaluation subjective du *damnum* dont nous avons identifié les premières applications chez les juristes romains classiques<sup>542</sup>.

Rogierius, en revanche, propose une bipartition de la catégorie. D'une part, l'*interesse circa rem* désigne le préjudice qui dérive directement de la perte ou de la détérioration de la chose : non seulement son prix, mais aussi les *utilitates* liées à ce bien. D'autre part, l'*interesse extra rem* comprend les dommages qui ne dépendent pas directement de la perte de la chose : c'est le cas de la mort par la faim à cause de l'inexécution du cocontractant qui aurait dû fournir de la nourriture<sup>543</sup>.

En conclusion, quant aux deux éléments que nous venons de citer – la nature procédurale de l'*actio* et le mode de calcul du préjudice réparable – nous pourrions affirmer que les glossateurs restèrent, sinon fidèles, au moins conformes au droit de la compilation de Justinien. En principe, l'*actio legis Aquiliae* que les ouvrages de ces juristes présentent est intentée pour obtenir une réparation du dommage, quantifiée à partir de la perte concrètement subie par la victime du *damnum iniuriā*.

---

<sup>542</sup> V. *supra*, première partie, ch. I, sect. 3, § 2-3.

<sup>543</sup> V. Rogerii *op. cit.*, note 533, 7.35 (p. 137) : « *Interesse quandoque circa rem, quandoque extra rem est exspectandum [...]. Circa rem id quod interest spectatur, veluti si unum, vel equus minimo pretio distrahatur verbi gratia, et postea maioris pretii, veluti L. effitiatur, id esse prestandum quum saltim hodie dandum est. Si enim datum esset omne, emptor habiturus esset [...], ideoque omnes utilitates que circa rem consistunt dicimus esse praestandas. Extra rem : veluti si emptor ex uva vel ex frumento negotiari potuit, vel familia eius fame necata est venditore moram faciente, non lucrum vel familie dampnum debet extimari, sed verum ipsius rei pretium que distracta est (...)* ». V. à ce propos M. F. CURSI, *Danno, op. cit.*, note 34, p. 123-125. Pour une récente étude générale de la notion dans la période que nous considérons dans ces pages, v. R. VOLANTE, *Id quod interest. Il risarcimento in equivalente nel diritto comune*, Padova, dirittolibero, 2012, p. 1-71.

Conformément au droit romain, la *repetitio temporis* et la *litis crescentia in duplum* gardent l'héritage d'une action dont la fonction avait été, à une époque désormais lointaine, punitive.

Or, il en alla autrement concernant une question que nous pourrions situer à cheval entre l'*aestimatio* et l'extension de la responsabilité aquilienne. Il s'agit de la réparabilité du préjudice dérivant de la mort d'une personne libre<sup>544</sup> : le droit romain l'exclut, en raison de l'application de la *lex Aquilia* aux seules *res*, ainsi que de l'adage *liberum corpus non recipit aestimationem*<sup>545</sup>. Le problème est directement abordé dans la *Glossa* d'Accurse :

*Accursii op. cit.*, note 518, ad D. 9.2.7.4, p (c. 1020) : « (...) *Item si in publico certamine aliquo libero occiso cessat Aquilia; ut hic dicit: an si alibi occidatur, vel vulneretur, habet locum pro libero homine. Bulgarus quod non [...] quibus dicitur non fieri hominis liberi mortui aestimationem. Sed Rogerius et Azo contra. & dicunt quod habet locum etiam libero homine mortuo, & vulnerato utilis Aquilia [...] & hic sumitur argumentum a contrario sensu: [...] quod in legibus a Bulgaro inductis dicitur, intelligas pro aestimatione ipsius corporis liberi hominis, pro qua non agitur lege Aquilia sed ad caetera damna sic* »

« Si une personne libre est tuée lors d'une compétition publique, la responsabilité aquilienne n'est pas engagée, comme (Ulpien) le dit ici ; si cette personne est tuée ou blessée ailleurs, l'on agira conformément à son statut de libre. Bulgarus nie, [...] car il est dit que l'on n'attribue pas une valeur économique à un homme libre mort. Toutefois, Rogerius et Azon s'expriment en sens contraire, en disant qu'une action aquilienne *utilis* peut avoir lieu même en cas de mort ou blessure d'un homme libre. [...] Ici, nous pouvons tirer un argument en sens contraire : [...] dans les normes que Bulgarus présente il est affirmé qu'il faut entendre par évaluation du corps de l'homme libre une valeur pour laquelle l'on n'agit pas selon la *lex Aquilia*, qui sert en revanche pour les autres dommages »

<sup>544</sup> G. P. MASSETTO, *op. cit.*, note 518, p. 1122-1124 ; M. F. CURSI, « Per una storia critica della tutela aquiliana dei diritti assoluti », in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, 2, Napoli, Jovene, 2006, p. 23-126, spéc. p. 66-73 ; *Ead.*, *Danno, op. cit.*, note 34, p. 116-122.

<sup>545</sup> V. D. 9.1.3 (Gai. 7 ad ed. prov.) : « *Ex hac lege iam non dubitatur etiam liberarum personarum nomine agi posse, forte si patrem familias aut filium familias vulneraverit quadrupes: scilicet ut non deformitatis ratio habeatur, cum liberum corpus aestimationem non recipiat, sed impensarum in curationem factarum et operarum amissarum quasque amissurus quis esset inutilis factus* » ; D. 9.3.7 (Gai. 6 ad ed. prov.) : « *Cum liberi hominis corpus ex eo, quod deiectum effusumve quid erit, laesum fuerit, iudex computat mercedem medicis praestitas ceteraque impendia, quae in curatione facta sunt, praeterea operarum, quibus caruit aut cariturus est ob id, quod inutilis factus est. Cicatricium autem aut deformitatis nulla fit aestimatio, quia liberum corpus nullam recipit aestimationem* ».



Le passage en question présente une divergence entre trois juristes. Dans le fragment auquel la glose se réfère, Ulpien nie que l'action aquilienne puisse être intentée pour l'*occisio* d'un homme libre à l'occasion d'une compétition sportive<sup>546</sup>. Dès lors, la question se pose de savoir si la responsabilité aquilienne est également exclue dans tous les autres cas où une personne libre est tuée ou si, *a contrario*, seule la *colluctatio* ou le *pancratium* sont de nature à exonérer l'auteur de l'*occisio*. À l'opinion conservatrice de Bulgarus, qui retient une exclusion générale de l'*aestimatio corporis liberi*, s'opposent Rogerius et Azon, qui soutiennent, en revanche, qu'il y a lieu à l'évaluation de l'homme libre, qu'il soit tué ou blessé<sup>547</sup> (*mortuo & vulnerato*).

Dans le droit romain de la compilation, sous réserve de l'adage « nul n'est propriétaire de son corps », une *actio utilis* aquilienne est tout de même accordée à l'homme libre – en son propre nom – pour les préjudices physiques qu'il a subis<sup>548</sup>. En matière d'*actio de effusis vel deiectis*, Gaius précise même les paramètres de calcul de la réparation lorsqu'un homme libre est atteint dans son intégrité physique<sup>549</sup> : il s'agit des frais médicaux et du manque à gagner en raison de l'impossibilité de travailler pendant un certain laps de temps.

Dès lors, une éventuelle extension de la réparation par rapport au cadre des sources justiniennes n'est à rechercher qu'à propos de l'*occisio* d'une personne libre. À cet égard, nous voyons que, seulement quelques décennies après Bulgarus, Azon atteste une évolution non négligeable par rapport au droit romain : les frontières de la responsabilité aquilienne sont poussées bien au-delà de sa fonction originare de punition de l'auteur de la détérioration d'une chose.

<sup>546</sup> D. 9.2.7.4 (Ulp. 18 *ad ed.*) : « *Si quis in colluctatione vel in pancratio, vel pugiles dum inter se exercentur alius alium occiderit, si quidem in publico certamine alius alium occiderit, cessat Aquilia, quia gloriae causa et virtutis, non iniuriae gratia videtur damnum datum. Hoc autem in servo non procedit, quoniam ingenui solent certare: in filio familias vulnerato procedit. Plane si cedentem vulneraverit, erit Aquiliae locus, aut si non in certamine servum occidit, nisi si domino committente hoc factum sit: tunc enim Aquilia cessat* ».

<sup>547</sup> La question a fait l'objet d'une analyse approfondie in R. FEENSTRA, « L'*actio legis Aquiliae utilis* en cas d'homicide chez les glossateurs », *Studia Gratiana* 8 (1979), p. 45-65.

<sup>548</sup> D. 9.2.13.pr (Ulp. 18 *ad ed.*) : « *Liber homo suo nomine utilem Aquiliae habet actionem: directam enim non habet, quoniam dominus membrorum suorum nemo videtur (...)* ». Pour une analyse approfondie de ce fragment, v. G. VALDITARA, *op. cit.*, note 160, p. 303-385.

<sup>549</sup> D. 9.3.7 (Gai. 6 *ad ed. prov.*), v. *supra*, note 545.

Cette extension fut complétée par Roffredus Epiphanius, élève d'Azon<sup>550</sup>. À propos du cas d'une personne morte immédiatement après le coup porté par le responsable, l'*aestimatio damni* est, de manière inédite, déliée des revenus professionnels effectivement perdus<sup>551</sup> :

*Roffredi Beneventani Libelli iuris civilis*<sup>552</sup>, 4, p. 97r : « (...) *opere quibus cariturus est pater vel si fuit pater occisus estimabit heres operas illas quas amiserit et potuit habere tempore vite sue, puta sartor erat vel pelliparius vel mercator vel advocatus* (...) »

« Le *pater familias* évaluera les revenus qu'il n'a pas perçus ; si le *pater* a été tué, l'héritier évaluera les revenus que la victime a perdus et qu'il aurait pu avoir au cours de sa vie, par exemple s'il était raccommodeur, fourreur, marchand, avocat ».

Revenons au droit romain. D'après le fragment D. 9.2.13.pr<sup>553</sup>, la réparation des *opere quibus cariturus est pater*, soit des revenus que la victime n'a pas perçus durant sa convalescence, serait exclue au cas où le décès serait immédiatement survenu après la blessure. En revanche, conformément au raisonnement de son maître, Roffredus admet la réparation du dommage aussi dans ce cas : l'obligation *ex delicto*, dont les successeurs de la victime sont créanciers, doit être calculée à partir des revenus que leur *de cuius* a perdus et qu'il aurait pu percevoir pendant sa vie (*amiserit et potuit habere tempore vite sue*).

Roffredus, fidèlement repris par Guillaume Durand<sup>554</sup>, semble attribuer, pour la première fois, une finalité réparatrice à une obligation dérivant de l'*occisio* d'un homme libre, calculée indépendamment des frais médicaux supportés pour tenter de le soigner. En contradiction avec les sources romaines, la solution de Roffredus semblerait plus proche du droit des Lombards, au sens duquel le responsable était

---

<sup>550</sup> M. F. CURSI, *Danno, op. cit.*, note 34, p. 119-120.

<sup>551</sup> Logiquement, aucune dépense médicale n'est supportée si le décès survient immédiatement.

<sup>552</sup> Éd. Augustae Taurinorum, Officina Erasmiana, 1968.

<sup>553</sup> V. *supra*, note 548.

<sup>554</sup> *Guilelmi Durandi Speculum Iuris*, éd. Lugduni, 1547, 4.4, *De iniuriis et damno dato, Sequitur*, 3-6 (p. 192r).

bien obligé de verser une somme d'argent aux successeurs de la victime, à titre de composition pécuniaire<sup>555</sup> (*Wergeld*).

Néanmoins, il semble possible d'affirmer que la fonction du remède lombard est plus pénale que réparatrice. En effet, la comparaison avec les délits décenviraux est presque inévitable : il semble, ici aussi, que la mise en place de ces *compositiones*, qui avaient pour objet un montant susceptible de varier selon le statut social de la victime, visait à éviter la vengeance privée plutôt qu'à fournir une réparation. Cet encadrement juridique de la punition soustrait le châtement à l'arbitraire des familles, et induit l'observateur à voir une finalité pénale dans le système lombard en question<sup>556</sup>, tout comme dans le cas des *delicta* prévus par les XII Tables<sup>557</sup>. D'ailleurs, un système de ce type, qui attribue une somme d'argent fixe aux successeurs d'un homme libre, peut également se trouver en droit romain, comme l'affirme Placentinus à propos de la glose de Bulgarus<sup>558</sup> à D. 50.17.106<sup>559</sup> : ce juriste ne manque pas de préciser que la fonction de ce dernier instrument est punitive (*poena aliqua in vindictam*) et non pas réparatrice (*non [...] nomine aestimationis*).

En conclusion, Rogerius, Azon et Roffredus parvinrent à *libertatem aestimare*, contrairement au droit romain, selon une tendance à l'extension des comportements et dommages susceptibles d'engager la responsabilité aquilienne de leur auteur. Il y a lieu de lier cet élargissement à la fonction désormais pleinement réparatrice du *damnum iniuriā* : l'extension peut être lue comme une augmentation de l'efficacité de cet outil.

<sup>555</sup> Sur ce point, v. G. P. MASSETTO, *op. cit.*, note 518, p. 1123-1124 ; M. F. CURSI, *Danno, op. cit.*, note 34, p. 118-119. Sur le *Wergeld*, v., récemment, C. CAMBY, *Wergeld ou uueregildus. Le rachat pécuniaire de l'offense entre continuités romaines et innovations germanique*, Genève, Droz, 2013, *passim*.

<sup>556</sup> En revanche, le juriste Placentinus, en évoquant le droit lombard des *compositiones*, le rapproche du système juridique de son temps : à son avis, la *compositio* lombarde fut introduite à cause d'une pauvreté excessive (*ex nimia paupertate*) : v. *Bulgari ad Digestorum titulum De diversis regulis iuris antiqui Commentarius, et Placentini ad eum additiones sive exceptiones*, éd. Bonnae, Henry & Cohen, 1856, CVI, p. 88).

<sup>557</sup> À cet égard, v. *supra*, première partie, ch. I, sect. 1, § 1.

<sup>558</sup> *Bulgari et Placentini op. cit.*, note 556, CVI (p. 88) : « (...) *Quippe libertas iam competens nulla pecunia aestimatur, licet interdum poena aliqua in vindictam, non tamen nomine aestimationis iniungatur. puta ubi per id, quod in subgrunda positum erat periculose, liber homo periit, quinquaginta aurei praestantur. Item si per feras bestias in loco prohibito liber homo periit, ducenti aurei dantur. iure enim nostro id est Romano liberi hominis occisi nulla fit aestimatio* (...) ».

<sup>559</sup> Paul. 2 ad ed. : « *Libertas inaestimabilis res est* ».

### §3. L'expansion du champ d'application de la responsabilité aquilienne

Une étape incontournable dans l'évolution que nous étudions dans ces pages est constituée par le développement des actions *utiles* et *in factum* construites sur le modèle de l'*actio legis Aquiliae*. Celles-ci avaient été employées dans le *ius honorarium* pour agrandir les mailles du *damnum iniuriā*, tant sur le plan des préjudices réparables<sup>560</sup> que sur celui des personnes légitimées à intenter l'action. Les glossateurs ne manquèrent pas d'étudier la tripartition entre *actio directa*, *utilis* et *in factum*<sup>561</sup> ; il y a donc lieu de déceler, parmi les résultats auxquels ces juristes parvinrent, les éléments à considérer pour tracer l'évolution de la fonction de la responsabilité aquilienne.

Tant l'*actio utilis* que l'*actio in factum*, affirme Accurse, se fondent sur l'*aequitas*<sup>562</sup>. Le glossateur sous-entend ici que l'équité en question concerne la victime du dommage : encore une fois, il semble qu'il vise à fournir une protection efficace au titulaire du bien détérioré, pour qu'il puisse aisément obtenir réparation de son préjudice.

Animés par ce souci d'efficacité, plusieurs glossateurs évoquèrent une action *in factum* pratiquement générale, pour tous les préjudices qui n'auraient pas pu être réparés par le biais de l'action aquilienne directe<sup>563</sup>. Ces juristes n'inventèrent aucun

---

<sup>560</sup> V. *supra*, introduction de la présente partie.

<sup>561</sup> Pour un aperçu de l'œuvre des glossateurs sur cette question, v. P. RASI, *op. cit.*, note 512, p. 740-742, n. 43.

<sup>562</sup> *Accursii op. cit.*, note 518, ad D. 9.2.29.7, d (c. 1039) : « *In factum, et nihilominus utilis Aquil[iae], quia utraque ex aequitate datur (...)* ».

<sup>563</sup> P. RASI, *op. cit.*, note 512, p. 743. *Contra*, P. CERAMI, *op. cit.*, note 185, p. 112 : « *[l]'actio damni dati in factum non può essere, pertanto considerata un'invenzione dei glossatori* ». Pour formuler cette conclusion, l'auteur cite D. 19.5.11 (Pomp. 39 ad *Quint. Muc.*) : « *Quia actionum non plenus numerus esset, ideo plerumque actiones in factum desiderantur. Sed et eas actiones, quae legibus proditae sunt, si lex iusta ac necessaria sit, supplet praetor in eo quod legi deest: quod facit in lege Aquilia reddendo actiones in factum accommodatas legi Aquiliae, idque utilitas eius legis exigit* ». Pomponius évoque ici l'exemple des *actiones in factum* conformées à la loi Aquilia (*accommodatae legi Aquiliae*) pour préciser que le préteur comblait les lacunes de la loi (*supplet praetor in eo quod legi deest*) par le biais d'actions honoraires. À partir de ceci, l'auteur critique l'opinion de P. Rasi, et soutient que les glossateurs « *si muovono, invero, nell'ambito delle direttive tracciate dai giuristi romani* » : la seule évolution qui peut leur être attribuée est la réduction de la pluralité des *actiones in factum* romaines à une seule action générale. Néanmoins, il ne semble pas que Rasi soutienne que les glossateurs sont les inventeurs des *actiones in factum* en tant que telles : il précise lui-même que « *[a]ltra particolarità che viene mantenuta dai glossatori, non solo perché così risultava dalle fonti, ma anche per loro precisi scopi, è quello della tripartizione dell'actio legis Aquiliae in directa, utilis e in factum* » (*op. cit.*, note 512, p. 740).

instrument *ex novo*, mais aménagèrent la notion d'*actio in factum* déjà connue par le droit romain pour la soustraire à la casuistique et lui attribuer, en matière de responsabilité aquilienne, un domaine potentiellement général<sup>564</sup>.

*Irnerius ad D. 9.2.27.19*<sup>565</sup> : « *v. aquilie actio [...] vel in factum [actio] in subsidium legis aquiliae* »

« Action aquilienne [...] ou action aquilienne subsidiaire *in factum* ».

*Summa de actionibus*<sup>566</sup>, p. 6, § 99 : « *Item actio in factum Aquilie subsidiaria* »

« L'action *in factum* est subsidiaire à l'*actio legis Aquiliae* ».

*Rogerii op. cit.*, note 533, 4.60 (p. 84) : « (...) *Datur etenim et in in (sic) defectum legis Aquilie; nam in his dampnis que lege Aquilia non tenentur et in eius supplementum, in factum actio datur (...)* »

« (Une action) est également accordée pour ce que la *lex Aquilia* ne dispose pas ; en effet, pour les dommages qui ne sont pas appréhendés par la *lex Aquilia*, une *actio in factum* est accordée à titre de supplément de cette responsabilité ».

*Accursii Commentaria*, éd. Venetiis, 1581, ad I. 4.3.16 (p. 296) : « (...) *neque dabitur in hoc casu actio legis Aquiliae directa, neque utilis, sed actione in factum subsidiaria, quae datur pro damna quae in lege Aquilia non comprehenduntur, tenebitur* »

« En ce cas, ni l'*actio legis Aquiliae directa* ni l'*actio utilis* ne seront accordées ; nous serons liés à l'*actio in factum* subsidiaire, qui est accordée pour les dommages qui ne sont pas appréhendés dans la *lex Aquilia* ».

*Odoffredi op. cit.*, note 515, *Ad legem Aquiliam, Si servum, In damnis* (p. 275v) : « (...) *nam actio in factum est introducta ut puniantur damna quae lege Aquilia non puniuntur (...)* »

« En effet, l'*actio in factum* a été introduite pour que les dommages qui ne sont pas punis par la *lex Aquilia* soient tout de même sanctionnés ».

---

<sup>564</sup> Pour ce motif, Accurse précise, dans une glose à D. 19.5.11, que l'*actio in factum* en responsabilité aquilienne n'est qu'une seule : dès lors, contrairement au passage de Pomponius, elle doit être citée au singulier. *Accursii op. cit.*, note 518, ad D. 19.5.11, c (c. 1873) : « (...) *sed non plures sunt actiones in factum accommodatae legi Aquiliae. Convertas ergo plurale in singulare, hoc est actiones in actionem* ».

<sup>565</sup> E. BESTA, *L'opera di Irnerio*, 2, Torino, Loescher, 1896, p. 96.

<sup>566</sup> *Op. cit.*, note 526.

Hormis le fragment d’Odofredus, les textes cités ici soulignent la fonction subsidiaire de l’action *in factum* en question à travers l’utilisation de vocables évoquant l’aide (c’est le cas des substantifs *subsidiium* et *supplementum*, ainsi que de l’adjectif *subsidiarius*). La logique suivie par ces savants paraît donc claire : puisque l’action *directa* n’est pas en mesure d’appréhender tous types de comportements dommageables en raison des termes du plébiscite aquilien, il y a lieu de compléter la protection judiciaire qu’elle fournit en accordant à la victime une action supplémentaire, qui lui permet d’obtenir son dédommagement quelle que soit la cause de son préjudice injuste.

Nous pourrions donc logiquement conclure que l’*actio subsidiaria in factum* existe, en tant que remède potentiellement général, pour garantir l’efficacité de la fonction réparatrice de la responsabilité aquilienne. Dans ce cadre, le fait qu’Odofredus précise explicitement que la finalité de l’*actio subsidiaria* est la punition des dommages qui ne sont pas punis par la *lex Aquilia* (*ut puniantur damna quae lege Aquilia non puniuntur*) ne peut que sauter aux yeux, car il risque de bouleverser toutes nos conclusions.

Or, la prudence reste nécessaire dans l’examen de cette glose. Selon toute probabilité, Odofredus était bien conscient de la fonction principalement réparatrice à laquelle la responsabilité aquilienne tendait à son époque : rappelons qu’il emploie le vocable *penabilis* pour décrire la nature procédurale de l’*actio legis Aquiliae*<sup>567</sup>. Sauf à admettre une contradiction logique dans l’œuvre d’Odofredus, il y a donc lieu d’exclure que le verbe *punio* utilisé par ce juriste renvoie à une fonction pénale de l’action. Une hypothèse plausible à cet égard est que ce terme soit employé dans sa signification de « venger<sup>568</sup> », entendant ainsi la réparation du préjudice à laquelle vise la victime qui intente l’action en question. Ce passage d’Odofredus montre bien, une fois de plus, l’ambiguïté de l’extension de l’*actio legis Aquiliae* en tant que critère d’identification de la fonction de l’action. Comme nous l’avons affirmé *supra*<sup>569</sup>, l’élargissement du nombre de cas dans lesquels l’action aquilienne peut intervenir est compatible tant avec un renforcement de l’arsenal punitif étatique qu’avec la volonté d’accorder à la victime une réparation dans un plus grand nombre de situations.

---

<sup>567</sup> *Odoffredi op. cit.*, note 515, *Ad legem Aquiliam, Item Mela scribit, v. supra.*

<sup>568</sup> E. CHATELAIN, *op. cit.*, note 487, *s.v. punio.*

<sup>569</sup> Première partie, introduction au ch. I.

Revenons à l'*actio subsidiaria in factum*. Cet instrument juridique paraît étendre la protection aquilienne à un nombre potentiellement infini de cas : à chaque fois qu'un préjudice ne rentre pas parmi ceux que la *lex Aquilia* envisage, la victime peut compter sur l'action subsidiaire pour demander la condamnation du prétendu responsable à un dédommagement, calqué sur l'*id quod interest* décrit plus haut. Une question ultérieure est donc opportune. Il s'agit de savoir si cette action, dont l'étendue est virtuellement illimitée, peut être assimilée à une norme générale, au sens de laquelle tout comportement, quelle que soit sa nature, est susceptible d'engager la responsabilité aquilienne de son auteur par le seul fait qu'il a causé un préjudice dans le chef d'autrui<sup>570</sup>.

Une conclusion en ce sens serait probablement audacieuse. En effet, les normes générales sur la responsabilité aquilienne que nous connaissons (c'est le cas, entre autres, de l'article 1382 du Code Napoléon ou de l'article 2043 du Code civil italien de 1942<sup>571</sup>) mettent en exergue le désintérêt pour la nature objective du comportement du point de vue du droit matériel : seul l'élément subjectif est pris en compte par les deux dispositions citées. Il n'en va pas de même lorsque cette généralisation reste sur le seul plan procédural : certes, il existe une protection judiciaire pour tout type de préjudice ; toutefois, elle ne correspond à aucune règle matérielle disposant que, peu importe son comportement, le fait d'avoir occasionné un dommage oblige son auteur à le réparer. Pour la théorisation d'une norme de ce type, il faut attendre la philosophie d'Hugo Grotius, pionnier du jusnaturalisme, dont nous nous occuperons plus loin<sup>572</sup>.

Néanmoins, l'action *subsidiaria in factum* que nous retrouvons dans l'œuvre des glossateurs mérite d'être regardée avec attention en analysant la fonction réparatrice de la responsabilité aquilienne à leur époque. À cet égard, un point constaté par Pietro Rasi est particulièrement digne d'attention : il s'agit du fait que la construction de l'instrument en question, tout en empruntant le régime de l'*actio legis Aquiliae*, prit également en compte d'autres institutions juridiques utilisées par le

---

<sup>570</sup> Rappelons au passage l'analyse que nous avons menée à propos de la présence éventuelle d'une norme générale de ce type dans la loi des XII Tables : v. *supra*, première partie, ch. I, sect. 1, § 1.

<sup>571</sup> « *Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno* ».

<sup>572</sup> V. *infra*, troisième partie, ch. I, sect. 2, § 1.

droit romain dans une optique de dédommagement<sup>573</sup>. C'est le cas de certaines actions qui donnent lieu à des obligations *quasi ex delicto* (*actio de effusis vel deiectis*, *actio de positis ac suspensis*, action contre les *nautae*, *caupones* et *stabulariū*), ainsi que des actions *de pauperie* et *de pastu*. Les glossateurs comparèrent tous ces remèdes avec la responsabilité aquilienne, en précisant que l'*actio subsidiaria* était désormais en mesure de les remplacer<sup>574</sup>. Cette « absorption » aurait été étonnante si l'action aquilienne avait été perçue par les glossateurs comme étant punitive : encore une fois, l'attribution à la responsabilité aquilienne d'une finalité réparatrice fut un facteur non négligeable dans l'émergence progressive d'un instrument unique de protection de la victime d'un *damnum*.

<sup>573</sup> P. RASI, *op. cit.*, note 512, p. 744-746.

<sup>574</sup> Pour un approfondissement sur les écrits des juristes qui abordent la question, il y a lieu de renvoyer directement à l'étude de P. RASI (*ibid.*). Nous nous bornerons ici à citer directement les passages qui nous paraissent plus adaptés à décrire ce mouvement d'absorption, par l'*actio subsidiaria in factum*, des autres remèdes visant à la réparation de dommages divers. Quant à l'*actio de effusis vel deiectis*, la similitude avec l'action aquilienne est remarquée par Anselmus de Orto (*Anselmi de Orto iuris civilis instrumentum*, in A. GAUDENZI, *op. cit.*, note 526, 2, p. 85-116, spéc. p. 93, § 26 : « (...) que accio similis est illi accioni, que datur in subsidium legis Aquilie (...) »); ensuite, un passage d'Odofredus atteste qu'il considérait l'action spéciale désuète, comme il pouvait le constater par l'examen des sources juridiques de son temps (*Odofredi op. cit.*, note 515, *De his qui deiecerunt vel effuderunt*, Rubrica, p. 277v : « Differentia que sit inter actionem legis Aquiliae et istam. Quia actio legis Aquiliae pro damno dato a libero est directa pro damno dato a servo est noxalis: et actio de deiectis pro damno dato a liberto est directa: pro damno dato a servo est noxalis. [...] Et est differentia inter ea actione et superiore. Nam superior est ex delicto: ista ex quasi maleficio. Praeterea actio legis Aquiliae est in simplum contra fatentem in duplum contra negantem. Ista contra fatentem est in duplum. [...] multi libri non habent plus in rubrica. Alii libri habent plus vel positum haberent ut nocere possit (...) »). Quant à l'*actio de pauperie*, Azon précise que la différence entre celle-ci et l'action aquilienne est que le *damnum iniuriā* est causé par la *culpa* d'un homme, la *pauperies* par le comportement anormal d'un animal, qui agit contrairement à sa nature mais sans *culpa* d'une personne et qui cause, dès lors, un dommage à autrui. Lorsqu'un dommage est causé par un animal mais que cet événement dépend de la *culpa* d'un homme, qui a, par exemple, surchargé un mulet, l'*actio de pauperie* ne peut plus être intentée (*cessat*) et l'on agira contre le coupable *ex lege Aquilia* (*Azonis op. cit.*, note 514, in *quartum librum Institutionum*, *Si quadrupes pauperiem fecisse dicatur*, 2 (p. 290r-290v) : « Datur ista actio de pauperie demum, si nullius hominis instinctu, vel culpa interveniente, animal contra naturam sui generis dederit damnum, non curo: licet animal secundum suam naturam dederit damnum. Caeterum si quod istorum desuerit, cessat haec actio: puta, si equus etiam calcitrosus commota seritate calce percusserit. Aut etiam bos cornu petere solitus, petierit, aut mulae propter nimiam ferociam, quod si propter loci iniquitatem, id est, asperitatem, vel duritiam, aut propter culpam mulionis, aut si plus iusto onerata fuerit quadrupes, & in aliquem onus everterit, haec actio cessabit, damnique iniuria dati agetur ex lege Aquilia, vel in factum contra mulionem, vel eum, cuius culpa damnum datum est »). C'est encore Azon qui précise de manière explicite que les actions *in factum* quasi-délictuelles peuvent être regroupées sous une seule action générale (*Azonis op. cit.*, note 514, in *quartum librum Institutionum*, *De obligationibus quae ex quasi delicto nascuntur*, pr., p. 285v) : « (...) licet enim diversa sint, valde tamen sunt connexa, ut unguis cum digito: posuit autem de quatuor actionibus in factum: quae omnes possunt dici una in genere (...) ». Le caractère général de l'action aquilienne pour obtenir réparation de tout *damnum* semble bien résumée par la *Glossa* d'Accurse (*Accursii op. cit.*, note 541, *ad C. 3.35*, pr. (c. 646) : « (...) Audi nunc generaliter de damno, & de ipsa actione damni dati »).



#### §4. L'élément subjectif de la responsabilité aquilienne

Après avoir constaté l'élargissement des hypothèses donnant lieu à responsabilité aquilienne, le moment est venu d'en analyser l'élément moteur : l'élément subjectif.

La clef est ici la *culpa*, que le droit romain était parvenu à assimiler à l'*iniuria*, indispensable à la responsabilité aquilienne<sup>575</sup>.

Pour les glossateurs, de manière peu surprenante, la responsabilité aquilienne vise encore à réparer les *damna culpa data*. En effet, jusqu'à la *culpa levissima*, tous les dommages occasionnés sont constitutifs d'une obligation de réparation, sans que la gradation de l'élément subjectif (*culpa levis*, *culpa lata*, *dolus* etc.) influe, en principe, sur le montant du dédommagement<sup>576</sup>. Si les premiers glossateurs restèrent irrécusablement fidèles à leurs prédécesseurs romains<sup>577</sup>, la *Glossa* d'Accurse atteste une évolution dans la signification du vocable *iniuria*, strictement liée à la vision de la responsabilité aquilienne comme n'étant plus punitive :

*Accursii op. cit.*, note 518, *ad D. 9.2.5.pr*, b (c. 1018) : « *Iniuria. i. non iure: sed dolo; & ideo bene infert, quod Cornelia teneatur: quia solus ille, qui est in dolo, tenetur, non qui in culpa [...]. sed in Aquilia venit culpa etiam levissima (...)* »

« '*Iniuria*' signifie '*non iure*', mais de manière dolosive. Partant, (le juriste) conclut bien que la personne est tenu de la *lex Cornelia*, puisque seul celui qui

<sup>575</sup> V. *supra*, introduction à cette partie.

<sup>576</sup> P. RASI, *op. cit.*, note 512, p. 748-749, 766 ; M. F. CURSI, *Danno, op. cit.*, note 34, p. 125-127.

<sup>577</sup> Irnerius *ad D. 9.2.5, Sed etsi quemcumque* (in E. BESTA, *op. cit.*, note 565, p. 94) : « *dampnum iniuria mihi affers aut cum facis aut cum fecisse videris. facientem lex aquilia tenet, quam evitas si aut iure facis, ut insidiantem occidendo, aut iuste excusaris, ut in ramo deiecto, aut tibi magis quam alii dampnum fecisse videris, ut in re tibi debita, aut actor habet quod de ipso queratur. hiis cessantibus ex culpa teneris (...)* ». Irnerius présente ici une brève liste d'exemples de causes de justification : si elles ne sont pas remplies en l'espèce (*hiis cessantibus*), le défendeur est obligé *ex culpa*. Or, l'absence de causes de justifications correspond à la définition romaine d'*iniuria* : comme le constate M. F. CURSI (*Danno, op. cit.*, note 34, p. 125-126), l'emploi par ce juriste du terme *culpa* nous témoigne d'une correspondance biunivoque entre les deux vocables. V. aussi, de façon similaire, Azon's *op. cit.*, note 514, *ad tertium librum Codicis, De lege Aquilia*, 3 (p. 61r) : « *Item non potest dici ut ille teneatur de culpa, qui ad sui defensionem, & incontinenti, & eodem modo aliquid facit, ut si cum armis vim mihi inferas: & ego tibi resistam armis (...)* ». Selon Azon, ne peut pas être obligé à titre de *culpa* celui qui a agi pour se défendre (*ad sui defensionem*), pourvu que la défense ait été opposée avec les mêmes moyens que l'attaque (*eodem modo*) : c'est le cas de la résistance par les armes à une agression également armée. Rogerius est encore plus explicite à cet égard : *Rogerii op. cit.*, note 533, 3.24 (p. 49) : « (...) [*i*]niuria accipitur pro culpa sive in faciendo commissa, sive in omittendo (...) ».

agit intentionnellement en est tenu ; au contraire, celui qui agit fautivement n'est pas frappé par cette loi. [...] Toutefois, dans la *lex Aquilia*, la faute même la plus légère est prise en compte ».

Dans la glose citée ici, en contradiction avec la jurisprudence romaine, l'*iniuria* n'est plus assimilée à la *culpa*, mais au *dolus* : seul celui qui agit intentionnellement de manière contraire au droit commet un comportement *iniuriā*. C'est le cas de l'auteur d'un homicide, puni en droit romain au sens de la *lex Cornelia de sicariis et veneficis*<sup>578</sup> : dans l'esprit du glossateur, l'acte meurtrier est commis *iniuriā* car cette loi ne punit que les actes intentionnels, ce qui n'est pas le cas de la *lex Aquilia*.

Comme l'explicita Odofredus, le terme *iniuria* était équivoque<sup>579</sup> à son époque, et cette ambiguïté était probablement liée à l'acception punitive associée au vocable, mal adaptée à la fonction de principe de la responsabilité aquilienne<sup>580</sup>. Autrement dit, ce glossateur paraît avoir du mal à concevoir l'association entre la notion d'*iniuria*, qui renvoyait à la punition, et un instrument juridique désormais perçu uniquement comme un outil de réparation du dommage<sup>581</sup>. En somme, dans le droit des glossateurs, peu importe la manière dont le défendeur avait concrètement occasionné le préjudice, il était tenu de le réparer dès lors que son acte avait été accompli au moins *culpā levissimā*. Ceci ouvrait la voie à la réparation d'un nombre énorme de préjudices, d'autant plus que cette *culpa* faisait, dans la *Glossa* d'Accurse, l'objet d'une présomption :

*Accursii op. cit.*, note 518, *ad D. 9.2.49.1*, f (c. 1048) : « (...) *praesumatur, quod attulit iniuriam, id est culpam cum ipso damno [...] & sic culpa praesumitur. Vel dic, secundum Azonem planius, [...] quod est damnum datum, praesumatur non iure datum, nisi contra probetur (...)* »

« Qu'il soit présumé qu'il a commis une *iniuria*, soit une faute, en produisant le dommage [...], ainsi la *culpa* est présumée. [...] Quant au dommage produit,

---

<sup>578</sup> V. à ce propos, *ex plurimis*, J.-L. FERRARY, « Lex Cornelia de sicariis et veneficis », *Athenaeum* 1 (1991), p. 417-434.

<sup>579</sup> Odofredi *in primam Codicis partem Praelectiones*, éd. Lugduni, 1550, 3, *de lege aquilia, Damnum* (p. 178r) : « (...) *ita nomen iniurie est equivocum in iure nostro (...)* ».

<sup>580</sup> C'est l'opinion de P. RASI, *op. cit.*, note 512, p. 748-749.

<sup>581</sup> Odofredi *op. cit.*, note 579, 3, *de lege aquilia, Damnum* (p. 178r) : « (...) *per iniuriam id est per culpam: nam tenetur quis actione legis Aquiliae sive damnum dat dolo, sive culpa lata levi et levissima (...)* ».

dis, de manière absolument conforme à Azon, qu'il soit présumé qu'il a été illicitement provoqué, si le contraire ne sera pas prouvé ».

Accurse, en rapportant l'opinion d'Azon, affirme que seul le préjudice (*quod est damnum datum*) doit être prouvé par la victime demanderesse : une fois cette preuve apportée, il revient au défendeur de s'exonérer à travers la *probatio diabolica* de l'absence de toute *culpa*, même *levissima*, à sa charge. Si tel est le cas, la responsabilité aquilienne construite par les glossateurs s'avère extrêmement avantageuse pour la victime : sauf en cas d'exonération de la part du défendeur, elle est toujours en mesure d'obtenir la réparation du préjudice qu'elle a subi. Au sens de ce principe, tout acte fautif est en mesure de renverser l'adage *res perit domino*, faisant ainsi peser sur l'auteur de ce comportement la perte économique qui résulte du préjudice causé. À ce stade, il est donc opportun de rechercher, dans la réflexion des glossateurs, les exceptions à la responsabilité pour *culpa levissima*.

Au-delà des causes de justification, reconnues par la *lex Aquilia* et étudiées par les glossateurs<sup>582</sup>, il semble plus intéressant de s'attarder sur la réflexion que ces juristes conduisirent à propos de la responsabilité indirecte, que nous voyons dans tous les cas où l'auteur matériel d'un acte dommageable ne coïncide pas avec le responsable aquilien de ce même acte.

Lorsque le préjudice est occasionné par un incapable (*infans, furiosus* ou soumis à la *patria potestas*), un travailleur subordonné, ou que la cause du dommage est une chose (ou un animal) qui ne dépend pas de l'intervention d'une personne, les glossateurs reconnurent que la responsabilité aquilienne pèse respectivement sur les parent, tuteur, employeur ou propriétaire de la chose dommageable<sup>583</sup>. À ceci s'ajoute la responsabilité directe et solidaire de l'auteur matériel du comportement préjudiciable, lorsqu'une *culpa* peut également être établie à sa charge. À ce propos, Azon<sup>584</sup> laisse le choix (*vel... vel*) à la victime, ce qui nous indique la présence d'une solidarité alternative. Soit le conducteur des mulets (*mulio*), soit la personne ayant fautivement occasionné le dommage (car elle a, par exemple, surchargé les animaux,

---

<sup>582</sup> V. à ce propos P. RASI, *op. cit.*, note 512, p. 757-764.

<sup>583</sup> Pour une synthèse de la casuistique à ce propos, v. *op. ult. cit.*, p. 753-756, n. 78-83.

<sup>584</sup> V. par ex. : *Azonis op. cit.*, note 514, *in quartum librum Institutionum, Si quadrupes pauperiem fecisse dicatur*, 2 (p. 290r-290v), cité *supra*, note 574.

*plus iusto onerata quadrupes*) peut être attrait en justice et condamné à réparer l'intégralité du dommage subi par la victime, sous réserve de l'action récursoire contre le coresponsable. De plus, lorsque la *culpa* de l'auteur matériel du dommage est la seule cause du préjudice, la responsabilité indirecte peut même être exclue<sup>585</sup>.

En droit romain, un cas typique de séparation entre l'auteur matériel du préjudice et le responsable aquilien survenait lorsque le dommage était occasionné par le comportement d'une personne soumise à une certaine autorité (*servus, filius* etc.). Il s'agit de la responsabilité noxale, que nous avons identifiée comme étant l'une des trois caractéristiques des actions pénales romaines : le propriétaire de l'esclave ou le *pater familias* de la personne *alieni iuris* avait le droit d'opter soit pour le paiement de l'obligation *ex delicto*, soit pour l'abandon noxal (*noxae deditio*), à savoir la remise de l'auteur matériel du dommage à la victime<sup>586</sup>. Ce choix pouvait être opéré « *[i]n qualsiasi momento della procedura e anche dopo la condanna*<sup>587</sup> », laissant ainsi le plus haut degré de liberté au responsable quant à l'exécution de l'obligation aquilienne.

S'il en est ainsi, l'observateur pourrait s'attendre à un abandon net de la noxalité chez les glossateurs – non pas tant à cause de l'estompement de l'esclavage (qui est néanmoins considérée la première cause de la fin des actions noxales<sup>588</sup>) mais en raison de l'appartenance de cet instrument procédural au domaine des actions pénales, dont l'*actio legis Aquiliae* fut exclue, au moins en principe, déjà dans les

---

<sup>585</sup> V., *ex plurimis*, *Exceptiones legum Romanarum Petri* 3.47, in F. C. VON SAVIGNY, *op. cit.*, note 533, p. 392 : « *Si quis canes alienos proclamaverit et incitaverit, et ejus incitatione vel ammonitione damnum fecerint, nullum imponatur ei damnum, cujus canes sunt, sed illi, qui eos incitavit, vel appellavit, vel irritavit; et hoc per in factum actionem* ». En l'espèce, une personne excite les chiens d'autrui, qui causent, par la suite, un dommage. La victime de ce préjudice ne peut tenter aucune action contre le propriétaire de ces animaux, à qui aucune faute ne saurait être imputée : le seul responsable aquilien sera celui qui a crié et énervé (*proclamaverit et incitaverit*) les chiens. Dès lors, il sera possible d'agir à son égard par l'*actio in factum (subsidiaria)*.

<sup>586</sup> Il y a lieu de rappeler les études de F. DE VISSCHER consacrées à l'abandon noxal : outre son ouvrage dédié au régime romain de la noxalité, *op. cit.*, note 268, v. *Id.*, « L'extension du régime de la noxalité aux délits prévus par la lex Aquilia », in M. DAVID, B. A. VAN GRONINGEN, E. M. MEIJERS, *Symbolae ad ius et historiam antiquitatis pertinentes Iulio Christiano Van Oven dedicatae*, Leiden, Brill, 1946, p. 307-312 ; *Id.*, « Il sistema romano della noxalità », *Iura* 11 (1960), p. 1-68. V. aussi B. BIONDI, « Le actiones noxales nel diritto romano classico », *AUPA* 10 (1925), p. 1-366 ; H. LÉVY-BRUHL, « Sur l'abandon noxal », in *Mélanges Philippe Meylan, op. cit.*, note 465, p. 193-209 ; M. KASER, « Noxae dedere oder noxae dare », *ZSS RA* 87 (1970), p. 445-446 ; J. A. C. THOMAS, « Pro Noxal Surrender », *Labeo* 17 (1971), p. 16-32 ; M. POLOJAC, « Nature of Noxal Actions and Noxal Liability », *Orbis iuris Romani* 6 (2000), p. 151-170 ; E. CHEVREAU, « Quelques brèves réflexions sur la responsabilité noxale en droit romain », in L. OTIS-COUR (dir.), *Histoires de famille. À la convergence du droit pénal et des liens de parenté*, Limoges, Pulim, 2012, p. 33-53.

<sup>587</sup> F. DE VISSCHER, « Il sistema », *op. cit.*, note 586, p. 4.

<sup>588</sup> V. *supra*, note 521.

Institutes de Justinien. Ce n'est toutefois pas le cas dans l'œuvre des glossateurs : pourvu que le responsable indirect ne fasse l'objet de l'imputation d'aucune *culpa*<sup>589</sup>, il garde le droit, pour se libérer, de transférer à la victime ses droits sur la personne ou sur l'animal cause du dommage, et cela en préservant les actions noxales désormais dépassées<sup>590</sup>. Dans l'esprit des glossateurs, l'action noxale est séparée de l'*actio ex maleficio* pure et simple<sup>591</sup> : à travers cette action, la victime peut demander soit la responsabilité solidaire du *dominus*, soit la remise du subordonné. Et ce choix semble ouvert jusqu'à la procédure d'exécution *ex indicato*.

Plus précisément, dans la *Summa Institutionum* attribuée à Irnerius, le droit d'option en question revient au responsable indirect (*domino damnato... permittitur*), tant que l'action qui dérive de la chose jugée (*ex causa iudicati*) n'a pas encore été intentée par la victime<sup>592</sup>. Placentinus affirme, en revanche, que ce choix est donné à la victime : elle peut décider d'assigner le *dominus* en responsabilité solidaire, en *noxae deditio*, voire initier les deux actions ou passer de l'une à l'autre pendant le procès. Si les deux actions sont intentées, une fois l'une des deux exécutions demandée, l'autre ne peut plus être exigée, sauf si la valeur de l'option choisie est moindre que celle de l'autre : il semble, en ce cas, que la différence puisse être demandée au responsable<sup>593</sup>.

D'une part, la possibilité d'effectuer une *noxae deditio* constitue une garantie pour le responsable indirect : pourvu qu'il reste en mesure d'opter pour l'une ou

---

<sup>589</sup> Cette condition avait déjà été posée en droit romain : v. *supra*, note 225. À ce propos, v. *Odoffredi op. cit.*, note 515, *De noxalibus actionibus, Noxales actiones* (p. 280r) : « (...) *si servus tuus facit furtum non manifestum teneris in duplum verum tamen liberaris si servum tuum tradis pro noxa* (...) ». Il ne s'agit pas ici d'un cas de *damnum* aquilien mais de *furtum* non manifeste, dont la *poena* est l'obligation à remettre le *duplum* de la valeur du bien volé. Odofredus précise que, si ce *furtum* est commis par un *servus*, la personne qui profite de son service est tenue de payer la peine en question (*teneris in duplum*), mais peut se libérer en remettant le *servus* par une *noxae deditio* (*liberaris si servum tuum tradis pro noxa*).

<sup>590</sup> P. RASI, *op. cit.*, note 512, p. 756.

<sup>591</sup> V. Placentini *Summa Codicis*, éd. Moguntiae, 1806, 3.41 (p. 126) : « *Diximus supra de actione legis Aquiliae, quae competit propter maleficio, quod perpetratum per hominem liberum: nunc audiamus de noxalibus actionibus, quae competunt propter delictum, quod admittitur per servum* (...) »

<sup>592</sup> Irnerii *op. cit.*, note 517, 4.8, *de noxalibus actionibus* (p. 447-448) : « (...) *nunc autem qualiter ex eorum maleficiis conveniantur dicendum est. ex servorum enim maleficiis noxales actiones sunt prodite, quibus domino damnato anteaquam conveniatur in factum ex causa iudicati, permittitur aut litis estimationem sufferre, aut noxe servum dedere* (...) ».

<sup>593</sup> Placentini *op. cit.*, note 591, 3.41 (p. 126) : « (...) *Si noxali actione non noxaliter, sed in solidum dominus conventus fuerit, non minus tamen & noxali, & noxaliter potuerit conveniri. Unde poena una exacta, tollitur altera: nisi forte aliquid amplius sit in ea. Sed & iudicio uno pendente, licebit variare, & ad aliud convolare* (...) ».

L'autre forme de libération de la responsabilité, la noxalité peut atténuer les conséquences patrimoniales d'un comportement que le *dominus* n'a pas commis et où aucune *culpa* ne peut lui être reprochée. Vice-versa, le fait de laisser cette option au défendeur peut limiter la fonction réparatrice de la responsabilité aquilienne, dans la mesure où l'obligation alternative peut faire obstacle à la reconstitution du patrimoine de la victime, qui a subi une diminution *iniuriā*. En effet, seule la réparation du dommage causé par le responsable direct restaure la perte économique en question. Probablement, ceci fut le raisonnement du juriste Placentinus. Afin de préserver la finalité de dédommagement de la responsabilité aquilienne, quoiqu'indirecte, d'une part, ce juriste confia le choix à la victime ; d'autre part, il la préserva contre le risque d'une réparation incomplète, en lui laissant la possibilité d'agir en vue d'obtenir la différence entre le paiement reçu et la plus haute valeur qu'elle aurait pu obtenir du responsable indirect.

En conclusion, le cadre que nous observons nous permet d'affirmer qu'à l'époque des glossateurs les fonctions punitive et réparatrice de la responsabilité aquilienne étaient désormais séparées. Dans l'esprit de ces juristes, conformément à la pensée que Thomas d'Aquin explicita plus d'un siècle plus tard, l'exigence de dédommager la victime d'un comportement *culpā* est centrale, et doit constituer la finalité de principe de l'instrument aquilien. À celle-ci s'ajoute, exceptionnellement, une composante punitive, qui démontre la solidité du lien entre le *ius commune* des glossateurs et le droit romain. Ces juristes étaient donc soumis à une tension entre la fidélité aux sources romaines et la volonté d'opérer une évolution.

Plus précisément, l'impact des solutions et des opinions des juristes romains sur les glossateurs ne peut pas être négligé. Néanmoins, la nécessité d'adapter ce droit aux exigences de l'époque, résumées, dans notre matière, par la philosophie de Thomas d'Aquin en matière d'injustice et de *restitutio*, reste tangible. Quant à la fonction de la responsabilité aquilienne, les glossateurs ne perdirent pas de vue la nécessité de protéger le patrimoine de la victime.

Désormais, l'exigence d'identifier un responsable aquilien pour ne pas laisser la victime sans dédommagement s'était faite jour, au détriment de la sanction de l'auteur matériel du comportement préjudiciable. Cette évolution se poursuivit avec les juristes postérieurs à l'école de la glose, qui s'insérèrent, au moins en matière de

*lex Aquilia*, dans le sillage des glossateurs<sup>594</sup>. Ils leur devaient les premières études de la compilation après la fin de l'Empire romain, et se référèrent au droit de Justinien, aux réflexions antérieures et aux coutumes locales pour faire du droit romain le droit commun de l'Europe entière<sup>595</sup> (*ius commune*).

Dès lors, nous nous occuperons de la fonction de la responsabilité aquilienne chez les postglossateurs dans la section suivante.

## **Section 2. Le principe de la réparation aquilienne du *damnum culpā datum* chez les postglossateurs**

Malgré la présence de quelques divergences, que nous avons anticipées et que nous examinerons au cours des prochaines pages, l'*interpretatio* des juristes postérieurs à la Glose se place, en matière de responsabilité aquilienne, dans la continuité avec les glossateurs.

En ce qui concerne la fonction de la responsabilité pour *damnum*, cette continuité est visible à partir de la qualification procédurale de l'*actio legis Aquiliae*, ainsi que du mode de calcul du *damnum iniuriā*.

### **§1. La qualification procédurale de l'*actio legis Aquiliae***

Nous venons de constater que l'élaboration des glossateurs, conformément à la philosophie et à la religion de l'époque, mit en place une séparation nette entre les fonctions punitive et réparatrice de l'action. Au sein de l'obligation aquilienne, la partie qui réparait le préjudice (*id quod interest*) suivait le régime juridique du dédommagement ; en revanche, tout montant qui excédait la réparation du dommage était qualifié de *poena*.

---

<sup>594</sup> M. F. CURSI, *Danno*, *op. cit.*, note 34, p. 136.

<sup>595</sup> *Op. ult. cit.*, p. 115. *Contra*, B. WINIGER (*La responsabilité aquilienne en droit commun*, *op. cit.*, note 34, p. 19) qui affirme que « pour le juriste de droit commun les sources romaines n'étaient plus du droit positif ».

Chez les commentateurs, la tendance que nous observons va dans le sens d'une véritable marginalisation de la fonction punitive<sup>596</sup>, dont la présence n'était déjà plus qu'exceptionnelle. C'est ce qui ressort, tout d'abord, de l'œuvre de Baldus, qui mourut en 1400 et fut élève de Bartole (1314-1357). Si son maître ne se détacha pas des solutions des glossateurs en matière de *damnum iniuria*<sup>597</sup>, Baldus donna quelques éléments de nouveauté.

*Baldi Ubaldi Perusini in primam Digesti veteris partem Commentaria*<sup>598</sup>, 9, *Ad legem Aquiliam*, 5, *Iniuriam* (p. 333r) : « (...) *in Aquilia agitur ad damnum, actione iniuriarum agitur ad vindictam, & sapit instar causae criminalis* (...) »

« Dans le domaine de la responsabilité aquilienne l'on agit en vue de la réparation du dommage, par l'*actio iniuriarum* l'on agit en vue de la punition, et cet instrument a la saveur d'un différend criminel ».

*Baldi Ubaldi Perusini Consilia sive Responsa*<sup>599</sup>, 3, 249 (p. 70r) : « (...) *ubicunque delictum concernit rem familiarem, ex eodem delicto nascitur civilis, & criminalis* (...) ».

« À chaque fois que le *delictum* concerne le patrimoine, une action civile et une action criminelle naissent du même acte illicite ».

Dans le premier des extraits cités, tiré du commentaire à D. 9.2.5.1 (Ulp. 18 *ad ed.*)<sup>600</sup>, Baldus s'occupe des différentes significations du vocable *iniuria* et propose une comparaison entre l'action en responsabilité aquilienne et l'*actio iniuriarum*, qui punit l'*iniuria-contumelia*. Si les deux remèdes naissent d'un *delictum*, c'est justement en raison de sa fonction purement punitive que, selon ce juriste, l'*actio iniuriarum* a la saveur d'un différend criminel (*sapit instar causae criminalis*) : le demandeur agit *ad vindictam*, c'est-à-dire pour que l'auteur de l'*iniuria* soit condamné à une peine qui contrebalance l'acte illicite qu'il a commis. Ce n'est pas le cas de l'*actio legis Aquiliae*. En engageant la responsabilité aquilienne du défendeur (*in Aquilia*), la victime d'un

---

<sup>596</sup> C'est le vocabulaire employé par P. CERAMI (*op. cit.*, note 185, p. 108) : « [m]arginalizzazione della penalità dell'actio legis Aquiliae e generalizzazione della sua funzione risarcitoria ».

<sup>597</sup> À ce propos, v. G. ROTONDI, *op. cit.*, note 34, p. 510-511.

<sup>598</sup> Éd. Venetiis, apud Haeredes Georgii Varisci, 1616.

<sup>599</sup> Éd. Venetiis, apud Dominicum Nicolinum & Socios, 1580.

<sup>600</sup> V. *supra*, note 391.



*damnum iniuriā agit ad damnum*, c'est-à-dire en vue d'obtenir réparation de la perte économique qu'il a subie.

À travers la comparaison qu'il présente, Baldus met en exergue une séparation entre les *actiones* en question justement sur la base de leur fonction, et omet toute référence à la possibilité que la responsabilité aquilienne puisse également avoir, quoiqu'exceptionnellement, une fonction punitive.

Ceci semble confirmé par le second extrait cité, tiré du recueil des *responsa* de Baldus. Le juriste affirme ici que, à chaque fois que le *delictum* concerne le patrimoine, deux actions peuvent être intentées par la victime, en raison du même acte illicite (*ex eodem delicto*) : l'une *civilis*, l'autre *criminalis*. L'observateur peut remarquer que l'adjectif *civilis* est employé par Baldus en opposition à *criminalis*, et nous pouvons dès lors déduire que la différence entre les deux remèdes au même dommage patrimonial se joue sur la fonction que chacun des deux remplit : l'un est intenté pour la *restitutio*, l'autre pour la punition du responsable. Encore une fois, aucune référence n'est faite par Baldus à la fonction potentiellement punitive que l'action *civilis*, soit l'*actio legis Aquiliae*, serait en mesure de remplir.

Remarquons au passage que l'originalité de l'opinion de Baldus, qui s'exprime dans le sens de l'exclusion d'une fonction pénale au sein de l'*actio legis Aquiliae*, a été contestée en doctrine. Plus précisément, il a été soutenu que la solution de ce commentateur ne serait rien que l'application pure et simple d'un fragment tiré du deuxième livre *de officio proconsulis* d'Ulpien<sup>601</sup> :

D. 47.1.3 (Ulp. 2 de off. proc.) : « *Si quis actionem, quae ex maleficiis oritur, velit exsequi: si quidem pecuniariter agere velit, ad ius ordinarium remittendus erit nec cogendus erit in crimen subscribere: enimvero si extra ordinem eius rei poenam exerceri velit, tunc subscribere eum in crimen oportebit* »

---

<sup>601</sup> P. CERAMI, *op. cit.*, note 185, p. 109-110. Sur D. 47.1.3, v. G. LONGO, *Delictum e crimen*, Milano, Giuffrè, 1976, p. 122 ; M. BALZARINI, « *De iniuria extra ordinem statui* ». *Contributo allo studio del diritto penale romano dell'età classica*, Padova, CEDAM, 1983, p. 56-58, 238-239 ; B. SANTALUCIA, « 'Crimen furti'. La repressione straordinaria del furto nell'età del principato », in F. J. PARICIO SERRANO, *Derecho romano de obligaciones : homenaje al profesor José Luis Murga Gener*, Madrid, Centro de Estudios Ramon Areces, 1994, p. 785-797 ; G. ZANON, *Le strutture accusatorie della cognitio extra ordinem nel principato*, Padova, CEDAM, 1998, p. 54-57.

« Si quelqu'un veut intenter une action qui naît d'un délit, s'il veut agir avec un intérêt pécuniaire, il devra se référer au droit de l'*ordo* et ne devra pas être contraint à agir au criminel ; s'il veut en plus qu'une peine *extra ordinem* soit infligée pour cette affaire, il devra intenter une action criminelle ».

Effectivement, la ressemblance des deux solutions dans leur logique ne peut pas être passée sous silence. Ulpien affirme ici qu'en présence d'un *delictum*, la victime peut emprunter deux voies. Si elle veut agir en obtention d'une somme d'argent, elle pourra s'en remettre au droit de l'*ordo iudiciorum privatorum (ad ius ordinarium)* et ne sera pas contrainte d'assigner le défendeur au criminel. Si, en revanche, elle entend soumettre l'auteur du *maleficium* à une peine par un procès *extra ordinem*, elle devra intenter une action criminelle.

Néanmoins, nous pouvons conclure à partir de ceci que, bien que Baldus s'inspire directement d'Ulpien, les raisonnements des deux juristes procèdent sur deux plans différents. En effet, le jurisconsulte romain semble se référer uniquement, dans le passage en question, à la présence contemporaine, à son époque, des deux systèmes procéduraux *per formulas* et *extra ordinem*. Ulpien compare ici deux remèdes pénaux. L'action du *ius ordinarium* permet à la victime d'obtenir une peine pécuniaire, non pas une réparation ; s'il n'en avait pas été ainsi, l'expression employée aurait probablement été *ad rei persecutionem agere*, non pas *pecuniariter*. Vice-versa, l'action *extra ordinem* aurait débouché sur une peine criminelle, qui n'a pas pour objet la remise d'une somme d'argent à la victime.

Baldus transpose la solution d'Ulpien, tout en citant expressément sa référence<sup>602</sup>, sur un plan différent. Si la mention de l'action criminelle est directement tirée de D. 47.1.3, l'adverbe *pecuniariter* disparaît, et est remplacé par l'expression « *civilis [actio]* ». Comme nous l'avons vu dans son commentaire au Digeste, Baldus emploie le vocable en question pour désigner une action dont la fonction est réparatrice et non punitive, à la manière de l'expression française « responsabilité civile » : c'est justement le cas de l'*actio legis Aquiliae*.

Nous sommes donc en mesure de conclure que, dans son *consilium* 249, Baldus met en exergue la différence de fonction des deux actions que la victime d'un

---

<sup>602</sup> Baldi Ubaldi Perusini *op. cit.*, note 599, 3, 249 (p. 70r).

préjudice patrimonial peut tenter : dans le cas d'un *damnum*, l'action *civilis* est celle qui engage la responsabilité aquilienne du défendeur. Par conséquent, la solution de Baldus paraît bien originale : il parvint à qualifier l'*actio legis Aquiliae* de *civilis*, en excluant la composante potentiellement punitive qui avait amené Odofredus, un siècle plus tôt, à qualifier cette action de *penabilis*<sup>603</sup>.

Si telle est la position de Baldus quant à la finalité pénale de la responsabilité aquilienne, la marginalisation que nous avons précédemment évoquée ne coïncide pourtant pas avec son exclusion radicale. En effet, les juristes qui s'occupèrent de l'*actio legis Aquiliae* au fil des siècles ne pouvaient pas nier la présence de deux cas – encore une fois, la *litis crescentia* et la *repetitio temporis* – où la différence économique entre la perte subie et la somme reçue par le défendeur empêchait de qualifier l'entière de la *condemnatio* de réparation du dommage.

C'est le cas de Jean Faure, presque contemporain de Bartole et Baldus, qui introduit comme suit son commentaire au titre *de lege Aquilia* des Institutes de Justinien :

*Ioannis Fabri in quattuor libros Institutionum Commentaria*<sup>604</sup>, *Liber quartus, De lege Aquilia*, pr. (p. 110v) : « (...) *jurisconsultus posuit inter contractus: quia datur ad interesse & est civilis. [...] Sed Imperator ponit inter maleficia: quia ex maleficio oritur* »

« Le jurisconsulte l'a insérée parmi les actes licites, puisqu'elle est accordée pour l'*interesse* et est civile. [...] Mais l'empereur l'insère parmi les actes illicites, puisqu'elle naît d'un acte illicite ».

Le juriste s'occupe ici de l'emplacement différent de la responsabilité aquilienne dans le Digeste (ainsi que dans le *Codex*) et dans les Institutes, bien que ces ouvrages fassent partie de la même compilation<sup>605</sup>. Dans le manuel juridique impérial, auquel Faure fait allusion par le vocable *Imperator*, la *lex Aquilia* trouve sa place parmi les *maleficia*, puisque la responsabilité aquilienne naît d'un acte illicite. En

<sup>603</sup> *Odoffredi op. cit.*, note 515, *Ad legem Aquiliam, Item Mela scribit* (p. 273r). V. *supra*, § 1.

<sup>604</sup> Éd. Venetiis, 1572.

<sup>605</sup> V. à ce propos G. ROTONDI, *op. cit.*, note 34, p. 517-518 ; P. CERAMI, *op. cit.*, note 185, p. 110-111.

revanche, les recueils de *leges* et *iura* insèrent le *damnum iniuriā* parmi les actes licites (*inter contractus*<sup>606</sup>). Le motif invoqué par le juriste pour expliquer cette divergence entremêle la nature procédurale de l'action aquilienne et le mode d'évaluation du préjudice, dont le principe restait calqué sur la notion d'*id quod interest*<sup>607</sup>. En effet, l'emplacement *inter contractus* est dû au fait que l'action aquilienne est accordée pour l'*interesse* du demandeur (*datur ad interesse*) et vise à la réparation du dommage (*est est civilis*, l'adjectif semble être utilisé dans le même sens que Baldus).

En somme, Jean Faure, tout comme ses prédécesseurs, était conscient tant de la nature *ex maleficio* de la responsabilité aquilienne, qui est en mesure de poursuivre aussi, à titre accessoire et exceptionnel, la punition du responsable, que de sa fonction réparatrice, garantie par l'*aestimatio damni* dans la mesure de l'*id quod interest*. D'ailleurs, ces juristes ne méconnaissent pas le *delictum* en tant que problème purement terminologique, mais ils reconnaissent clairement que les délits peuvent donner naissance à deux conséquences différentes, la peine et la réparation<sup>608</sup>.

L'œuvre de deux juristes postérieurs, Jacques Cujas (1522-1590) et Hugues Doneau (1527-1591) s'insère dans ce même sillage en matière d'*actio legis Aquiliae*. D'une part, Cujas écrivit que l'action aquilienne est pénale par hasard, uniquement par contingence, non pas par son origine<sup>609</sup> : la contingence en question – inutile de le préciser – est justement la présence d'une *infirmitas* ou d'une *repetitio temporis*.

D'autre part, Doneau fut en mesure de figer le processus de marginalisation de la fonction pénale de l'*actio legis Aquiliae* :

*Hugonis Donelli Commentaria ad legem Aquiliam*, 3.4<sup>610</sup> : « Ex L. Aquilia actio poenam persequitur, de qua mox dicam: nempe duplum adversus infirmitatem: item aestimationem praeteriti temporis. At in factum actio nihil,

---

<sup>606</sup> Le vocable *contractus* est employé ici en opposition à *maleficio* : c'est pourquoi P. CERAMI (*ibid.*) propose la signification d'« *atto lecito* », que nous partageons.

<sup>607</sup> V. *supra*, § 1.

<sup>608</sup> G. ROTONDI, *op. cit.*, note 34, p. 517. « *i dottori non disconoscono il 'delictum', trattandosi in fondo di pura questione terminologica, ma troviamo in essi nettamente riconosciuto che dal delitto possono scaturire due diverse conseguenze, la pena e il risarcimento* ».

<sup>609</sup> *Iacobi Cuiacii Opera*, 6, éd. Neapoli, Michaelis Aloysii Mutio, 1722, c. 30 : « *[a]ctio l. Aquiliae poenalis est ex casu, ex accidenti tantum, non origine sua* ».

<sup>610</sup> *Hugonis Donelli Opera Omnia*, 10, éd. Lucae, Riccomini, 1766, c. 11-12.

*nisi damnum persequitur. [...] Dicitur enim in factum quæ comparata est in id quod factum est, non amplius (...) »*

« L'action aquilienne vise à la peine, dont je parlerai plus tard : il s'agit justement du double à l'encontre de l'*infilians* et de l'évaluation du temps passé. Toutefois, l'*actio in factum* ne poursuit rien que la réparation du dommage. [...] En effet, nous qualifions d'*in factum* l'action accordée pour obtenir la réparation de ce qui a été fait, pas plus ».

Ici aussi, la question de la finalité de l'*actio legis Aquiliae* est indissolublement liée au critère économique de l'*aestimatio damni*. Au sein de la responsabilité pour *damnum*, Doneau distingue deux remèdes : l'action directe et l'*actio in factum*, l'instrument théoriquement général mis au point à l'époque des glossateurs<sup>611</sup>. Par la première l'on vise à la peine, soit au *duplum* en cas de litiscroissance et à la *repetitio temporis* ; par la seconde, l'on ne peut poursuivre que la réparation du dommage.

D'une part, la capacité à inclure la punition du responsable est propre à la seule action directe. L'*actio in factum (generalis)*, née chez les glossateurs pour accroître l'efficacité réparatrice du remède aquilien, ne saurait tendre à la punition du responsable, ce qui serait contraire à son esprit originaire.

Pour préciser ceci, Doneau se risque à un effort étymologique audacieux, en soutenant que l'*actio in factum* a ce nom car elle est accordée pour obtenir seulement la réparation de ce qui a été fait (*in id quod factum est*), soit du préjudice concrètement causé, rien de plus. Or, nous avons déjà pu nous pencher brièvement sur les *actiones in factum legis Aquiliae*<sup>612</sup> : l'*aestimatio damni* n'est pas liée à l'élargissement prétorien des cas où la *lex Aquilia* est en mesure d'intervenir, mais son évolution fut menée principalement par la jurisprudence<sup>613</sup>. Néanmoins, malgré l'audace de sa reconstruction de l'expression *in factum*, le fait que Doneau insiste sur les strictes limites de l'*actio legis Aquiliae* punitive semble justement indiquer que, désormais, la *poena* était à la marge de la responsabilité aquilienne : non seulement elle intervenait exceptionnellement, mais le juriste la considérait hiérarchiquement inférieure à la réparation du dommage.

---

<sup>611</sup> V. *supra*, § 1.

<sup>612</sup> V. *supra*, introduction à cette partie.

<sup>613</sup> V. *supra*, première partie, ch. I, sect. 3.

Ceci pourrait trouver une confirmation ultérieure dans un autre extrait de Doneau, où le juriste s'occupe, encore une fois, de l'*aestimatio damni* aquilienne :

*Hugonis Donelli Commentaria ad legem Aquiliam*, 4.4<sup>614</sup> : « *In hac aestimatione damni duo singularia sunt, praeter ceteras actiones. Primum non aestimatur res quanti tunc fuit, cum rupta est; sed quanti fuit, etiam praeteritis diebus [...]. Hic observanda est primum poena Legis. [...] Deinde hoc singulare in hac condemnatione. Quod res ita aestimatur quanti est, in confitentem; adversus inficentem dupli condemnatio est ex omni capite legis Aquiliae (...)* »

« Dans cette *aestimatio damni* il y a deux caractéristiques particulières en plus des autres actions. En premier lieu, la chose n'est pas évaluée dans la mesure de la valeur qu'elle avait au moment où elle a été endommagée, mais de la valeur qu'elle avait eue aussi dans le passé [...]. Ici, il faut constater une peine dans la *lex Aquilia*. [...] La seconde caractéristique est dans cette *condemnatio*. La chose est évaluée dans sa valeur contre le *confitens* ; contre l'*inficiens*, la *condemnatio* est dans la mesure du double au sens de tous les chapitres de la *lex Aquilia* ».

D'après Doneau, l'*aestimatio damni* qui fait suite à l'*actio legis Aquiliae* présente deux caractéristiques particulières en plus des autres actions. Sans surprise, la première est la *repetitio temporis* (où, dit Doneau, il y a lieu de constater une peine) ; la seconde est la litiscroissance *in duplum adversus inficentem*.

Concernant la fonction de la responsabilité aquilienne, l'extrait en question a été différemment interprété. Selon Pietro Cerami, l'emploi de l'expression *duo singularia* sanctionne la marginalisation formelle et définitive de la fonction pénale<sup>615</sup>, car Doneau soulignerait la rareté de la survenance de la *poena legis Aquiliae* pour insister sur la prééminence de la finalité réparatrice de la responsabilité aquilienne. Par la suite, cet auteur, en soutenant que Doneau souhaite délimiter le champ d'application de la punition<sup>616</sup>, critique la thèse de Gian Paolo Massetto, d'après lequel la locution *duo singularia* identifierait deux caractéristiques qui mettent en exergue la nature pénale de l'action<sup>617</sup>.

---

<sup>614</sup> *Op. cit.*, note 610, c. 13-14.

<sup>615</sup> P. CERAMI, *op. cit.*, note 185, p. 111.

<sup>616</sup> *Ibid.*, n. 22.

<sup>617</sup> G. P. MASSETTO, *op. cit.*, note 518, p. 1148.

Les deux interprétations paraissent fondées. Probablement, Doneau entendait-il bien mettre l'accent sur le fait que la responsabilité aquilienne tend à la seule réparation dans la vaste majorité des situations, mais il n'aurait jamais pu négliger la présence de deux cas où la rigueur scientifique lui imposait de constater une fonction *poenalis*, outre la finalité réparatrice de principe.

D'ailleurs, la pratique du droit confirmait ces conclusions. Par exemple, Johann Schilter (1632-1705) connaissait et validait *in abstracto* la nature pénale de l'action aquilienne romaine<sup>618</sup>. Pourtant, il atteste, dans la jurisprudence germanique, la disparition de l'utilisation de l'*actio legis Aquiliae* dans sa fonction pénale, et notamment de la litiscroissance en cas d'*infittatio*. À ce propos, il critique l'avis de Johann Sichardt (1499-1552), qui soutenait, quant à lui, que les décisions omettant le *duplum adversus infittantem* étaient susceptibles d'appel.

*Ioannis Schilteri op. cit.*, note 618, §. 65 (p. 173-174) : « (...) *Usus tamen fori nostri nec illud observavit, testante & reprehendente* Sichardo in rubr. C. b. t. fin. Quod vero nove, vere tamen, in libelli fine adiecimus, negantem esse condemnandum ad duplum, id hodie nunquam fit. Est tamen utile. Usque adeo autem est fortis illa adiectio, ut iudex teneatur secundum illam pronunciare : & nisi faciat, potest ab eo appellari. *Sed quid si nec in appellationis iudicio sit in usu? [...] quum usus fori nostri propterea non sit temerarius aut iniquus, quod non peraeque conformis est iuri Romano: quin imo aequitati naturali longe propinquior in multis articulis deprehenditur* »

« Notre pratique judiciaire n'a pas observé (la litiscroissance), malgré ce que Sichardt témoigne et reproche : « Ce que nous avons ajouté à la fin du *libellus*, de manière insolite mais à juste titre, soit que l'*infittans* doit être condamné au double, n'est jamais pratiqué aujourd'hui. Toutefois, il est utile. Au contraire, cet ajout est tellement important que le juge est tenu de juger en conséquence ; et s'il ne le fait pas, il est possible d'interjeter appel ». Toutefois, comment faire si ceci n'est pas non plus utilisé dans le procès d'appel ? [...] Notre pratique judiciaire n'est pas imprudente ou inéquitable puisqu'elle n'est pas parfaitement

---

<sup>618</sup> *Ioannis Schilteri Praxis iuris Romani in foro Germanico*, 2, éd. Ienae, 1698, §. 68 (p. 174) : « (...) *prodita est ex lege Aquilia actio poenalis, & cum iure Romano in Imperio Teutonico recepta. Quae etsi non ita trita est in fori usu, [...] non dubito tamen eius usum esse posse, secundum ea fundamenta, quae in primordio huius ad pandectas commentationis iecimus (...)* ». Bien que l'action aquilienne ne vise pas à la punition du responsable dans le for germanique (*etsi non ita trita est in fori usu*), le juriste ne doute pas que ceci soit abstraitement possible (*non dubito tamen eius usum esse posse*), voire que cet usage soit conforme au caractère original de l'action.

conforme au droit romain ; au contraire, elle se rapproche beaucoup plus de l'équité naturelle dans plusieurs points ».

Dans l'extrait que Schilter cite<sup>619</sup>, Sichardt déplore la désuétude de la litiscroissance à son époque en affirmant l'utilité de cet instrument, et que le juge est tenu de trancher le différend conformément à cela, sous peine d'infirmité de la décision par la juridiction d'appel. À ce propos, Schilter répond, d'une part, que l'*infitiatio* n'était plus sanctionnée en appel non plus, et ajoute que la non-conformité au droit romain ne suffit pas à rendre imprudente ou inéquitable la solution qu'il promeut ; au contraire, elle saisit de beaucoup plus près l'équité naturelle.

Quant à la *repetitio temporis*, le témoignage d'Anton Matthes, actif à la moitié du XVII<sup>e</sup> siècle, paraît exempt d'ambiguïté :

*Antonii Matthaei De criminibus ad lib. XLVII et XLVIII Dig. Commentarius*<sup>620</sup>, 47.3 *De damno injuria dato*, 3.3 (p. 130) : « *Praeterea notandum, rarius hodie ob damnum datum criminaliter agi; frequentius civiliter, ad aestimationem damni dati & id quod interest (...)* »

« Il faut remarquer en plus qu'aujourd'hui il est plus rare d'agir au criminel pour un dommage ; il est plus fréquent d'agir au civil, pour obtenir l'évaluation du dommage et de l'*id quod interest* ».

*Op. ult. cit.*, 3.4 (p. 131) : « *Illud postremo notandum, mores hodiernos fere recessisse ab aestimatione damni, quae fit lege Aquilia. Non enim tanti aestimatur res, quanti plurimi fuerit aut diebus trecentis sexagintaquinque, aut diebus triginta retrorsum computatis, sed quanti eo fuit eo die, quo damnum datum est (...)* »

« Il faut remarquer que l'usage actuel s'est complètement éloigné de l'évaluation du dommage prévue par la *lex Aquilia*. En effet, la chose n'est plus évaluée seulement dans la plus haute valeur des 365 ou des 30 jours précédents, mais dans la valeur qu'elle avait au jour où le dommage a été produit ».

Dans le premier extrait, Matthes remarque qu'à son époque il est plus fréquent que l'on agisse *civiliter* pour obtenir une réparation dans la mesure de la valeur du

---

<sup>619</sup> *Ioannis Sichardi in Codicem Iustinianum Praelectiones*, éd. Francofurti ad Moenum, 1586, ad C. 3.35, Rubr. (p. 217).

<sup>620</sup> Éd. Vesaliae, Hoogenhutsen, 1679.



préjudice subi et à l'*id quod interest* qu'au criminel. Dans le second passage, le juriste restreint son champ d'observation et s'occupe plus précisément de l'*aestimatio*. Dans les usages actuels, soutient Matthes, l'on n'évalue plus la valeur de la chose dans les 365 ou 30 derniers jours, mais on se demande combien elle valait le jour où le dommage a été occasionné. Dès lors, si l'*aestimatio* ne prend en compte que la valeur actuelle de la chose au moment de la survenance du *damnum*, la notion même de *repetitio temporis* est exclue ; par conséquent, le deuxième *singulare* qui permettait à Doneau de retenir encore la fonction potentiellement punitive de l'*actio legis Aquiliae* était également éradiqué.

Autrement dit, les deux piliers sur lesquels s'appuyait le caractère pénal de l'action aquilienne sont tombés sous les coups de la pratique judiciaire<sup>621</sup>. Dépouillée de ses deux seules exceptions, « *hodie actio legis Aquiliae poenalis non est*<sup>622</sup> » : la finalité réparatrice imprégnait l'intégralité des cas où l'action en responsabilité aquilienne pouvait être intentée.

Si tel fut le sort de la *poena legis Aquiliae*, c'est-à-dire sa suppression, l'observateur s'attend logiquement à une répercussion immédiate sur la solidarité cumulative et l'intransmissibilité passive. Rappelons au passage que les glossateurs avaient déjà limitées ces éléments à la seule partie de la *condemnatio* concrètement infligée afin de punir le responsable<sup>623</sup>. En matière de solidarité cumulative, les prévisions sont confirmées par Böhmer :

*Böhmeri op. cit.*, note 522, 2.11.21 (p. 676) : « *Quodsi plures damnum dederunt, singuli in solidum [...] tenentur, l. 11 § 2 D. eod. & quod alius praestitit, alium non relevat ex hac ratione, quae statim subiicitur, cum sit poena. Quia vero hodie simpliciter ad damni reparationem agitur, singuli quidem in solidum tenentur, sed, uno solvente, reliqui liberantur* »

« Si plusieurs personnes ont produit un dommage, chacun est tenu [...] *in solidum*, au sens du Digeste, 9.2.11.2, et ce que l'un paie ne libère pas l'autre, au motif qu'il s'agit d'une peine. Puisqu'aujourd'hui, en revanche, l'on agit *seulement* pour la réparation du dommage, chacun est bien tenu *in solidum*, mais si l'un des coauteurs paie, les autres sont libérés ».

<sup>621</sup> G. P. MASSETTO, *op. cit.*, note 518, p. 1156-1157.

<sup>622</sup> *Arnoldi Vinnii in quatuor libros Institutionum imperialium Commentarius*, éd. Lugduni Batavorum, Van der Linden, 1726, ad I. 4.3.9 (p. 756).

<sup>623</sup> *V. supra*, § 1.

Le juriste rappelle la solidarité cumulative romaine : chaque coauteur du dommage est solidairement tenu avec les autres et ce que l'un paie ne libère pas les autres, au motif qu'il s'agit justement d'une *poena*. Juste après, Böhmer compare ce principe avec la pratique de son époque, et y remarque une nette divergence. En effet, affirme-t-il, puisqu'aujourd'hui l'on agit simplement pour obtenir la réparation du dommage, bien que les coauteurs soient tout de même solidairement tenus, le paiement de l'un libère les autres. Le propos de Böhmer est souligné par le choix éditorial d'utiliser l'italique pour les mots *cum sit poena* et *simpliciter* : il semble bien que, dans l'esprit de l'auteur et de l'éditeur, la fonction pénale de la responsabilité aquilienne était la seule raison du maintien de la solidarité cumulative. Partant, la pratique d'agir *simpliciter* en réparation du dommage conduisit à l'abandon de la règle en question, en faveur de l'application généralisée de l'adage d'Odofredus *uno solvente liberatur alius*<sup>624</sup>.

Il en alla de même en matière de transmissibilité passive de l'action. Encore une fois, c'est en raison de la fonction désormais uniquement réparatrice que Johann Schilter estima opportun de s'éloigner du principe de l'intransmissibilité<sup>625</sup>. En droit romain, les seules exceptions de l'enrichissement du successeur à cause de l'acte illicite et de la *litis contestatio* antérieure au décès du responsable<sup>626</sup> s'y opposaient. Pour parvenir à cette conclusion, Schilter suivit fidèlement la séparation entre la punition du comportement et la réparation du préjudice, que nous pouvons immédiatement relier à la *Quaestio* 62 de la *Secunda Secundae* :

*Ioannis Schilteri op. cit.*, note 618, p. 176 (§. 74) : « (...) *Pariter igitur se habet etiam obligatio ex isthoc facto orta, & ex duabus itidem constat partibus, respectu rei ablatae aut corruptae, ad damni reparationem, respectu iniuriae, ad correctionem personae & emendationem poenalem, quae vel privata est, vel publica [...] prior illa obligationis species, ad damni reparationem non personam respicit delinquentis, sed rem ac bona, ex quibus reparatio est facienda. [...] Utrumque ergo & obligatio & ius petendi transit cum hereditate*

---

<sup>624</sup> V. *supra*, note 521.

<sup>625</sup> D. 9.2.23.8 (Ulp. 18 *ad ed.*), v. *supra*, note 121.

<sup>626</sup> V. *supra*, note 524.

*ad heredes: quum hereditas sit obligata, & per eius aditionem etiam heres (...)* »

« Également nous avons une *obligation* qui naît de ce fait, et qui se compose en deux parties. Par rapport à la chose soustraite ou détériorée, elle tend à la *réparation du dommage* ; par rapport à l'illicéité, elle tend à la punition de la personne et à la correction *pénale*, qui est soit privée, soit publique [...]. La première partie de l'obligation concerne la réparation du dommage, non pas la personne du responsable, mais la chose et les *biens dont* il faut tirer la réparation. [...] Tant la dette que la légitimation à agir passent aux successeurs avec l'héritage : puisque *l'héritage est assorti d'une obligation*, l'héritier sera aussi obligé du fait de son *acceptation* ».

L'obligation *ex lege Aquiliā* se compose de deux parties : l'une vise à la réparation du dommage ; l'autre à la correction punitive de la personne du responsable ; cette distinction est valable que la sanction soit privée ou publique. La réparation du dommage, soutient Schilter, ne se réfère pas à la personne du délinquant, mais à la chose endommagée et au patrimoine à attaquer pour compenser le préjudice. Il en dérive que tant l'obligation que la légitimation à agir en responsabilité se transfèrent aux héritiers, ensemble avec le reste de l'héritage : à travers l'adition, l'héritier devient débiteur à hauteur du passif du patrimoine du *de cuius*, dont fait partie l'obligation aquilienne<sup>627</sup>.

Nous pouvons donc conclure que, selon Schilter, qui connaissait d'ailleurs déjà les thèses jusnaturalistes dont nous nous occuperons dans le chapitre suivant<sup>628</sup>, la

<sup>627</sup> L'absence de *litis contestatio* antérieure au décès du responsable et le non-enrichissement de l'héritier ne pouvant plus limiter la transmissibilité passive de l'action, seul le bénéfice d'inventaire était désormais en mesure d'endiguer la responsabilité patrimoniale du successeur à cause du *damnum iniuriā* occasionné par son *de cuius*. En ce sens, *Johannis Voet Commentarius ad Pandectas*, 2, éd. Coloniae Allobrogum, Fratres de Tourne, 1778, ad D. 9.2, §. 12 (p. 430-431) : « (...) *consequens fuit, haeredes quoque ad integri damni reparationem hodie obligatos esse, licet neque lis cum defuncto contestata fuerit, neque quicquam ex dolo culpave defuncti ad eos pervenerit, nec bona defuncti solvendo sint; nisi haeres delinquentis impetrato inventarii beneficio adierit haereditatem, quippe quo casu non magis laesis, quam aliis quibuscunque defuncti creditoribus, ultra vires haereditarias obligatus foret (...)* ». Dans l'extrait, Johann Voet (1647-1714) rappelle que, peu importe les limites de la *litis contestatio* et de *id quod pervenit* connus par le droit romain et désormais tombés en désuétude, maintenant les héritiers sont aussi obligés de réparer le dommage (*haeredes quoque ad integri damni reparationem hodie obligatos*), à moins que le successeur du responsable ne se soit prévalu du bénéfice d'inventaire lors de l'adition, car, en ce cas, il ne serait pas obligé au-delà du patrimoine héréditaire (*ultra vires haereditarias*) à l'égard de la victime et de tout autre créancier de son *de cuius*. V. à ce propos G. P. MASSETTO, *op. cit.*, note 518, p. 1158-1159.

<sup>628</sup> *Ioannis Schilteri op. cit.*, note 610, §. 74 (p. 176) : l'auteur cite un extrait des *De iure naturae et gentium libri octo* de Samuel Pufendorf (1632-1694). À ce propos, v. *infra*, troisième partie, ch. I, sect. 2, § 2.

fonction réparatrice de la responsabilité aquilienne fait en sorte que l'obligation *ex damno* relève de la relation entre les patrimoines du responsable et de la victime, sans considérer les individus. En empruntant le langage de la justice corrective, désormais l'action et l'obligation *ex damno* suivaient le patrimoine qui devait supporter la perte (*ζημία*) occasionnée par l'acte illicite, sans considération de son titulaire, qu'il s'agît du responsable effectif ou de son successeur.

C'est dans ce rôle central de la victime, dont le droit à la réparation s'étend progressivement, que l'observateur contemporain peut constater que la responsabilité aquilienne est réduite à sa fonction réparatrice.

Ceci est presque manifeste si nous observons la qualification procédurale de l'*actio legis Aquiliae* ; dès lors, la question se pose de savoir s'il est également possible de remarquer les effets de cette démarche sur les autres éléments du *damnum iniuriā* dont nous avons essayé de démontrer la tendance à remplir une fonction réparatrice : l'*aestimatio damni*, l'expansion du champ d'application et l'élément subjectif.

## §2. L'*aestimatio damni* et l'expansion du champ d'application de la responsabilité aquilienne

À ce propos, nous pouvons affirmer qu'en cette période l'évolution de l'*aestimatio damni* et l'extension des frontières de la responsabilité aquilienne allèrent de pair, dans une tendance à employer l'*actio legis Aquiliae* pour tout préjudice qui ne dérivait pas de l'inexécution d'une obligation préexistante<sup>629</sup>. S'il en est ainsi, nous pouvons logiquement nous attendre à un élargissement tant des comportements susceptibles d'engager la responsabilité aquilienne que de la liste des préjudices réparables. Désormais, un préjudice ne devait plus être la conséquence de la destruction ou de la détérioration d'un bien matériel. D'ailleurs Bartole avait déjà théorisé la distinction entre une action générale *in factum* en responsabilité contractuelle (*praescriptis verbis*) et son homologue en responsabilité délictuelle, ainsi

---

<sup>629</sup> V. en ce sens M. F. CURSI, *Danno, op. cit.*, note 34, p. 133.

qu'il ressort de son commentaire<sup>630</sup> à D. 19.5.10 (Iav. 3 *ep.*) et D. 19.5.11 (Pomp. 39 *ad Quint. Muc.*).

L'analyse des sources à notre disposition semble s'avérer conforme à ces suppositions. Le dédommagement pour le meurtre d'une personne libre a déjà été évoqué, et son acceptation dogmatique fut confirmée au sein des recueils jurisprudentiels<sup>631</sup>. Sur ces bases, la pratique du droit opéra un élargissement considérable sur le plan de la légitimation active. Désormais, non seulement la famille du défunt, mais également ceux qui avaient subi une perte économique actuelle ou un *lucrum cessans* du fait de l'interruption d'une relation commerciale avec la victime<sup>632</sup> pouvaient intenter une action en réparation du dommage.

De son côté, la réflexion théorique montra une « tendance à se détacher des particularités des actes et dommages<sup>633</sup> ». Comme il l'a été constaté, à partir de Baldus, l'étude du droit de la compilation de Justinien se caractérisa par l'élaboration de brèves phrases, adages, qui visaient à reformuler de manière plus abstraite le

<sup>630</sup> Bartoli a Saxoferrato *Commentaria in Secundam Digesti Veteris Partem*, éd. Venetiis, 1602, *De praescriptis verbis, & in fact. actionib.*, 10-11 (p. 129v) : « *Ista lex & sequens, non loquitur de actione praescriptis verbis vel in factum, quae oritur ex contractu; sed ex quasi contractu, vel delicto, & breviter hoc intendit [...] Ubi deficit lex Aquilia, suppletur actione in factum (...)* ». V. P. CERAMI, *op. cit.*, note 185, p. 112 : selon l'auteur, l'argumentation de Bartole est beaucoup plus pointue et visionnaire que les réflexions des glossateurs sur le caractère général de l'*actio subsidiaria in factum* en responsabilité aquilienne, en raison du parallélisme qu'il évoque entre l'inexécution contractuelle et le *damnum iniuriæ*.

<sup>631</sup> V. à cet égard *Ioannis Schilteri op. cit.*, note 610, §. 26 (p. 163-164). L'auteur se pose la question de savoir si le *Wergeld*, connu dans l'ancien droit germanique et attribuant une sorte de prix au meurtre d'une personne libre (v. à ce propos G. ASTUTI, « Guidrigildo », in *Enciclopedia giuridica italiana*, 7.2 (1935), p. 695-702), est conforme aux droits romain et naturel, qui retiennent en revanche l'adage *liberum corpus* déjà cité à plusieurs reprises. À cet égard, il affirme que la *condemnatio* peut même tenir compte, quoique de manière contingente (*ex accidente*), des choses qui sont *extra commercium*. C'est bien le cas du dommage dérivant du décès d'une personne libre, auquel l'auteur se réfère par la locution grecque *μετὰ τί*, « après qui », et ceci est aussi possible au sens du droit naturel : « (...) *etiam eas res, quae non sunt in commercio, modo secundario & ex accidente adficere possit, itaque eatenus & μετὰ τί liberi hominis, aut rei alias inaestimabilis per se & quoad essentiam suam, aestimatio utique fieri potest, etiam ex naturali ratione* ».

<sup>632</sup> V. Masuerii *Aureus ac perutilis Tractatus stilum curiarum praximque iudiciorum atque consuetudinum continens*, éd. Lugduni, 1536, *De expensis interesse et damnis*, 16 (p. 105v) : après les membres de la famille de la victime, « (...) *soci autem bonorum vel alicuius artificii seu mercantiae posset petere damnum si quod inde emerit: sed non si ibi sit lucrum cessans iuxta ea que habentur (...)* » ; *Boerii Decisiones Burdegalenses*, éd. Lugduni, apud Barth. Vincentium, 1603, 203.3 (p. 457) : « (...) *Item, ut inquit Masuerius, socius bonorum vel alicuius artificii seu mercantiae (...)* ». V. à cet égard M. F. CURSI, *Danno, op. cit.*, note 34, p. 135.

<sup>633</sup> B. WINIGER, *La responsabilité aquilienne en droit commun, op. cit.*, note 34, p. 48.

contenu du fragment analysé, afin de s'éloigner de la casuistique typique de la jurisprudence romaine<sup>634</sup>.

Si cette donnée peut paraître insatisfaisante, puisqu'elle ne relève que de la méthodologie de travail de ces juristes, elle met en exergue un « mouvement qui culminera dans la clause générale de responsabilité<sup>635</sup> ». C'est d'autant plus le cas que la tendance à la généralisation des préjudices appréhendés par le *damnum iniuriā* est également visible sur le plan matériel, dans la notion d'*interesse*. À cet égard, l'amplitude des dommages dont la réparation est susceptible d'être demandée s'y entremêle avec la méthode d'*aestimatio damni*, comme nous le disions dans le paragraphe précédent.

La notion romaine d'*id quod interest*<sup>636</sup> et la tripartition de l'*interesse* en *conventionale*, *commune*, *singulare*, proposée par Accurse<sup>637</sup> ont été examinées plus haut. Les commentateurs poursuivirent l'étude de ce concept et, au moins selon une partie de la doctrine, parvinrent à une admission, quoiqu'embryonnaire, de la réparabilité des dommages moraux<sup>638</sup>.

Plus précisément, la question se posait notamment de savoir quelle reconnaissance aurait dû être attribuée à l'*interesse singulare*. La consécration de la fonction de *restitutio* et la tendance subséquente à l'*aestimatio* subjective des dommages aquiliens pourraient induire qu'il fallait accorder la réparation de chefs de préjudice qui dérivent de la simple *affectio* vis-à-vis du bien détérioré ou de la personne blessée ou tuée. Le fait que la *Glossa* propose, pour expliquer le concept d'*interesse singulare*, l'exemple de l'*affectio* complique davantage le cadre et fait naître l'exigence de clarifier les rapports entre les deux notions<sup>639</sup>.

---

<sup>634</sup> *Op. ult. cit.*, p. 49-51. V. par ex. : Baldi Ubaldi Perusini *op. cit.*, note 598, 9, *Ad legem Aquiliam*, 4 pr. (p. 333r) : avant de commenter D. 9.2.4 (Gai. 7 *ad ed. prov.*), Baldus insère trois adages qui synthétisent la discipline de la légitime défense : chacun a le droit de se défendre contre un danger, celui qui est en mesure d'attraper un malfaiteur ne doit pas le tuer, un malfaiteur peut être capturé à tout moment (« *Adversus periculum personae cuiuslibet est permissum se defendere. Malefactorem qui capere potest, eum occidere non debet. Malefactor quacunq[ue] hora capi potest* »).

<sup>635</sup> B. WINIGER, *La responsabilité aquilienne en droit commun*, *op. cit.*, note 34, p. 51 ; D. DE ROUSSIN, *op. cit.*, note 442, p. 712-714.

<sup>636</sup> V. *supra*, première partie, ch. I, sect. 3, § 3.

<sup>637</sup> V. *supra*, sect. 1, § 2.

<sup>638</sup> En ce sens E. BUSSI, *La formazione dei dogmi del diritto privato nel diritto comune (diritti reali e diritti di obbligazione)*, Padova, CEDAM, 1937, p. 193-195 ; P. CERAMI, *op. cit.*, note 185, p. 115-118.

<sup>639</sup> M. F. CURSI, *Danno*, *op. cit.*, note 34, p. 139.

À bien y regarder, la nature extrapatrimoniale de l'*affectio* permet de séparer cette notion de l'*utilitas*, qui constitue, à partir du langage des juristes français qui étudièrent la compilation de Justinien au XIII<sup>e</sup> siècle, une partie de la perte économique concrètement subie par la victime. C'est le cas de Jacques de Révigny (environ 1230-1296) : en s'occupant expressément de la distinction entre *affectio* et *utilitas*, il exclut la première de l'*interesse singulare*, notion qui renvoie, en revanche, au préjudice patrimonial concrètement supporté par le demandeur.

*Iacobi de Ravanis Lectura super Codice*<sup>640</sup>, 7, *De sententiis quae pro eo quod interest proferuntur*, p. 357r c. 2 : « (...) *Dico ergo quod interesse singulare non est affectionis: imo interesse singulare est singularis utilitatis (...)* »

« J'affirme que l'*interesse singulare* ne coïncide pas avec l'*affectio* : l'*interesse singulare* est l'*utilitas* de cette personne ».

Selon Jacques de Révigny, qui critique ainsi la tripartition inventée par les glossateurs, seul l'*interesse singulare* peut vraiment être qualifié d'*interesse*, puisque l'étendue concrète du dommage ne peut être mesurée que par rapport à la victime qui l'a effectivement subi<sup>641</sup>. Dès lors, ce concept ne saurait se limiter au dommage moral de l'*affectio*, mais doit comprendre la *singularis utilitas*, soit les avantages patrimoniaux en vertu desquels la victime avait intérêt à la non-survenance du dommage. De plus, d'après Révigny, l'interprétation d'Azon n'est pas conforme à la constitution C. 7.47<sup>642</sup>. Celle-ci limite le dédommagement *in id quod interest* aux

---

<sup>640</sup> in D. MAFFEI, E. CORTESE, G. ROSSI, *Opera iuridica rariora*, 1, Bologna, Forni, 1967 (*Lectura ab editore Parisiensis adscripta Petro de Bellapertica, sed vero Iacobi de Ravanis*).

<sup>641</sup> *Op. ult. cit.*, p. 357r c. 1 : « (...) *sed si contingat quod interesse agentis sit interesse commune quod raro accidit ut sua tantum intersit cuiuscumque. Hoc non inspiciamus. Sed inspicitur et sic condemnatio habita restitutione et habito respectu ad personam agentis ad interesse commune [...]. Unde in condemnatione facienda de interesse inspiciamus personam agentis quantum eius interest. Et hoc consistit in facto. Et si sic commune hoc accidit. Unde unum est tantum interesse scilicet singulare* ». V. à ce propos R. VOLANTE, *op. cit.*, note 543, p. 81-82.

<sup>642</sup> C. 7.47 a. 531 : « *Cum pro eo quod interest dubitationes antiquae in infinitum productae sunt, melius nobis visum est huiusmodi prolixitatem prout possibile est in angustum coartare. 1. Sancimus itaque in omnibus casibus, qui certam habent quantitatem vel naturam, veluti in venditionibus et locationibus et omnibus contractibus, quod hoc interest dupli quantitatem minime excedere: in aliis autem casibus, qui incerti esse videntur, indices, qui causas dirimendas suscipiunt, per suam subtilitatem requirere, ut, quod re vera inducitur damnum, hoc reddatur et non ex quibusdam machinationibus et immodicis perversionibus in circuitus inextricabiles redigatur, ne, dum in infinitum computatio reducitur, pro sua impossibilitate cadat, cum scimus esse naturae congruum eas tantummodo poenas exigi, quae cum competenti moderatione proferuntur vel a legibus certo fine*

seules hypothèses de préjudice matériel et exclut, par conséquent, le préjudice moral, au motif qu'il ne peut constituer ni un *damnum emergens* ni un *lucrum cessans*<sup>643</sup>.

Nous retrouvons la distinction entre *utilitas* et  *affectio* chez Pierre de Belleperche (environ 1250-1308) et Cynus de Pistoie (environ 1270-1337), dont les solutions en la matière convergent. Les deux juristes ne rejettent pas la considération de l'*affectio* dans les différends *ad interesse*, mais celle-ci, à leur avis, n'est utile qu'à identifier la personne légitimée à intenter l'action :

*Petri de Bellapertica Repetitio in l. Si res vendita*<sup>644</sup>, p. 76v c. 2 : « (...) *Breviter debetis scire quod non habebitur ratio affectionis quantum ad hoc quod aliquis admittatur ad agendum. Vero aliter non admittetur, non autem quantum adversarius gravius condempnetur [...] solummodo utilitatem continens non ut aliquis gravius posset condempnari (...)* »

« Brièvement, vous devez savoir que l'on ne mesurera pas l'*affectio* pour identifier la valeur pour laquelle quelqu'un sera légitimé à agir. Par ailleurs, la mesure de l'*affectio* ne sera pas admise pour évaluer l'obligation à laquelle le défendeur sera plus lourdement condamné [...], l'on gardera seulement l'*utilitas*, pour éviter que quelqu'un puisse être plus lourdement condamné ».

*Cyni Pistoriensis Lectura super Codice*<sup>645</sup>, 7.47.14 (p. 459v c. 1) : « (...) *breviter dico, quod bene habetur ratio affectionis, quantum ad hoc, ut aliquis admittatur ad agendum, ubi alias non admitteretur, non quantum ad hoc, ut in plus aliquis condempnetur ratione affectionis, sed utilitatis tantum, quia hoc esset contra ius (...)* »

« Je dis brièvement que l'*affectio* est bien mesurée pour que quelqu'un soit admis à agir, non pas pour que quelqu'un soit condamné à payer plus en raison de l'*affectio*. Il y a lieu de condamner sur la seule base de l'*utilitas*, car (une condamnation plus élevée) serait contraire au droit ».

Dans les deux extraits, il est reconnu que l'*affectio* peut servir à définir la personne légitimée à intenter l'action ; cependant, le défendeur ne saurait être

---

*conclusae statuuntur. 2. Et hoc non solum in damno, sed etiam in lucro nostra amplectitur constitutio, quia et ex eo veteres quod interest statuerunt: et sit omnibus, secundum quod dictum est, finis antiquae prolixitatis huius constitutionis recitatio* ».

<sup>643</sup> *Iacobi de Ravanis op. cit.*, note 640, p. 357r c. 2 : « *in affecto et de affecto nec est lucrum nec damnum* » ; R. VOLANTE, *op. cit.*, note 543, p. 83.

<sup>644</sup> Biblioteca Apostolica Vaticana, Borghese 277.

<sup>645</sup> Éd. Roma, Il Cigno Galileo Galilei, 1998.



condamné à rendre une somme plus élevée (*gravius condempnetur ; in plus [...] condempnetur ratione affectionis*). En effet, encore une fois, seule l'*utilitas* est à prendre en compte (*solummodo utilitatem ; ratione [...] utilitatis tantum*) pour estimer le *quantum* du préjudice à réparer<sup>646</sup>.

Baldus, quant à lui, cite expressément la définition proposée par la *Glossa*, qui prend également en compte l'*affectio* dans la notion d'*interesse singulare*<sup>647</sup>. Néanmoins, quelques paragraphes plus loin, il prend ses distances avec la thèse soutenue par Accurse :

*Baldi Ubaldi Perusini op. cit.*, note 647, 50 (p. 58v) : « (...) *quoddam est interesse, quod consistit in pecuniario commodo, & de hoc loquitur materia nostra: quoddam est interesse, quod consistit in sola affectione, & non in re familiari, & de isto non loquitur haec lex (...)* »

« Notre matière s'occupe de l'*interesse* qui consiste en l'utilité économique ; cette loi ne parle pas de l'*interesse* qui consiste en la seule *affectio*, et ne relève pas du patrimoine ».

Le désaccord que Baldus exprime par rapport à la *Glossa* est tangible, en raison notamment de l'alternative (*quoddam ... quoddam*) qu'il emploie probablement dans un souci de clarté. Selon le commentateur, l'*interesse* qui consiste dans un *commodum pecuniarium*, un avantage économique, est une chose ; autre chose est l'*interesse* qui comprend la seule valeur constituée par l'*affectio*. La constitution de Justinien en question ne considère que la première de ces deux définitions d'*interesse*, et ne s'occupe pas de l'affection.

Pour terminer, il y a lieu de s'attarder brièvement sur l'opinion de Doneau en la matière. Le juriste du XVI<sup>e</sup> siècle dédie à l'*affectio* un bref passage dans son

<sup>646</sup> R. VOLANTE, *op. cit.*, note 543, p. 97. L'opinion de Belleperche et de Cynus en matière d'*affectio* est confirmée par Nicola de' Mattarelli, contemporain de Cynus (*op. ult. cit.*, p. 117) : dans un manuscrit conservé à la Biblioteca Estense de Modène, il affirme « *numquam intelligam quod extimatio affectionis veniat in interesse* » (*in Consilia juridica atque allegationes cum indivibus auctorum atque argumentorum*, Modena Biblioteca Estense α.M.8.19) *Contra*, E. BUSSI, *op. cit.*, note 638, p. 193-195 ; P. CERAMI, *op. cit.*, note 185, p. 117.

<sup>647</sup> Baldi Ubaldi Perusini *in vii, viii, ix, x & xi Codicis libros Commentaria*, éd. Venetiis, 1577, 7, *De sententiis, que pro eo, quod interest, proferuntur*, 4 (p. 57r) : « (...) *Singulare, quod facta relatione rei ad personam, plus valet, puta mihi quam alicui alteri, cui non inesset eadem ratio affectionis singularis, quae inest mihi. Ita enim debet intelligi glo.not.* ».

commentaire *ad legem Aquiliam*, après avoir précisé que l'objet de l'*aestimatio damni* est le préjudice subi par la victime, qui inclut l'*utilitas*, et non la simple valeur du bien détérioré<sup>648</sup>. Encore une fois, le lecteur est confronté à une alternative :

*Hugonis Donelli op. cit.*, note 610, 4.2 (c. 13) : « (...) *si res aestimanda sit, qui hac in re sequamur: utrum affectionem cuiusque, an aestimationem communem? Placet sequendam esse communem (...)* »

« Si le bien est à évaluer, quel critère suivrions-nous ici, l'*affectio* de chacun ou une mesure commune ? Il est opportun que la mesure commune soit à suivre ».

Doneau pose expressément la question de savoir si l'évaluation d'un *damnum iniuriā* doit procéder de l'*affectio* subjective de chaque victime (*cuiusque*) ou d'un critère commun. La réponse n'est pas équivoque : pour évaluer le montant de la *condemnatio*, il y a lieu de suivre une *aestimatio communis*. En raison de la précision formulée par Doneau à propos de l'opportunité d'évaluer tant la *res* que l'*utilitas*, l'adjectif *communem* ne semble pas faire référence à l'*interesse* selon Accurse, mais plutôt à la nécessité que l'obligation due par le responsable soit évaluée selon un critère transparent et mesurable par tous. Autrement dit, il faut que le dédommagement compense la perte économique concrète de la victime et ne dépende pas, au contraire, d'une évaluation externe au patrimoine du demandeur.

En conclusion, il semble possible de rejeter l'affirmation selon laquelle les juristes du *ius commune* parvinrent à proposer la réparation du préjudice d'affection pour la chose détériorée. En effet, la référence à l'*affectio* dans la *Glossa* se heurtait, en matière de responsabilité aquilienne, à la nécessité de relier le *damnum iniuriā* à une diminution patrimoniale à réparer. Ceci n'empêche pas de constater qu'à cette époque la fonction de la responsabilité aquilienne n'en est pas moins réparatrice.

---

<sup>648</sup> *Hugonis Donelli op. cit.*, note 610, 4.1 (c. 13) : « (...) *non aestimatio rei ruptae, sed damni dati: idest & rei aestimatio & utilitatis, quae propter corruptionem rei amissa est (...)* ».

### §3. L'élément subjectif de la responsabilité aquilienne

Examinons maintenant le dernier des éléments que nous avons qualifiés d'indices en vue de déterminer la fonction de la responsabilité aquilienne. Comme dans le paragraphe précédent, il s'agit de l'élément subjectif nécessaire à l'engagement de la responsabilité aquilienne<sup>649</sup>.

Rappelons que la responsabilité aquilienne est normalement engagée à partir de la *culpa levissima*, suivant la locution d'Ulprien<sup>650</sup> : celui auquel aucune *culpa* ne peut être imputée ne sera pas tenu de réparer le dommage qu'il a causé. La première donnée que nous tirons de l'examen du droit des postglossateurs est l'application directe de ce principe. Plus précisément, il est nécessaire que le défendeur, pour être tenu pour responsable, soit capable : les *infantes* et les *furiosi* bénéficient d'une exonération en raison de l'absence de *culpa* dans leur conduite préjudiciable<sup>651</sup>.

Cependant, il n'y a pas lieu ici d'analyser la notion de *culpa* à cette époque, d'autant plus qu'en la matière l'œuvre des glossateurs était bien poursuivie<sup>652</sup>. Il importe plutôt de comparer la nature subjective de la responsabilité aquilienne avec la marginalisation de la fonction punitive de l'*actio legis Aquiliae* que nous avons constatée au début du présent paragraphe. En raison de l'élargissement de la finalité

<sup>649</sup> V. par ex. : Baldi Ubaldi *op. cit.*, note 598, 9, *Ad legem Aquiliam*, 5, *Iniuriam*, pr. Sur ce point, v. M. F. CURSI, *Danno*, *op. cit.*, note 34, p. 140-141 n. 19. Le vocable *culpa* est lui-même ambigu : comme l'explique M. TALAMANCA (« Colpa civile (dir. rom. e interm.) », *EdD* 7 (1960) p. 517-534, spéc. p. 518), « il termine culpa assume un significato variabile, che si concreta, sostanzialmente, in tre diverse accezioni [...]: quella di illecito, quella di imputabilità e quella di negligenza in senso generico ».

<sup>650</sup> D. 9.2.44.pr (Ulp. 42 *ad Sab.*), v. *supra*, note 457.

<sup>651</sup> En ce sens, entre autres, *Ioannis Sichardii in Codicem Iustinianum Praelectiones*, éd. Francofurti ad Moenum, 1586, 3.35.4 (p. 216) : « *Competit autem actio legis Aquiliae ei qui damnum est passus per iniuriam, id est culpa alicuius [...]. Semper enim praesupponit iniuriam, id est, culpam: ita ubi culpa absit, non sit locus huic actioni. Ergo licet nonnulli nobis inferant damna, ut sunt furiosi & infantes; tamen quia abest culpa, non potest contra eos hac actione agi (...)* » ; *Ioannis Oinotomi Commentarii*, éd. Aureliae Allobrogum, apud Stephanum Gamonetum, 1609, ad I. 4.3, *Iniuria*, 1 (c. 1180) : « *Necesse igitur, dolum vel culpam intervenire : alias Aquilia locum non habet; ideo furiosus, & infans, cum non haberent animi iudicium, Aquilia non tenentur (...)* » ; *Pauli Christinaei Practicarum quaestionum rerumque in supremis Belgicarum Curiis indicatarum observatarumque Volumen II. III. & IV.*, éd. Antverpiae, Verdussen, 1661, déc. 178.2 (p. 233-234) : « *(...) dicendum est, competere ei qui damnum est passus per iniuriam, hoc est, ex culpa alicuius [...] nam semper praesupponit iniuriam, id est, culpam, sic quod si culpa absit, non sit locus huic actioni, utpote si furiosi, vel infantes, nobis damna inferant, tunc cum absit culpa, non poterit contra eos agi actione legis Aquiliae [...] cum non sint compotes mentis suae (...)* ».

<sup>652</sup> En effet, la teneur des extraits cités dans la note précédente reprend *Azonis op. cit.*, note 514, ad tertium librum Codicis, *De lege Aquilia*, 2 : « *Culpam autem omnino necesse est intervenire: alioquin non agetur Aquilia. Et ideo neque furiosi, neque infantes tenentur Aquilia, cum non habent animi iudicium (...)* ».

de *restitutio*, de plus en plus centrale au sein du *damnum iniuriā*, nous pourrions nous attendre à un estompement progressif de la *culpa*, voire à une tendance à l'objectivisation de la responsabilité.

Certes, la limitation de la responsabilité aux seuls comportements fautifs pourrait être lue comme une mesure d'équité en faveur du débiteur de l'obligation aquilienne, afin qu'il ne soit pas tenu de réparer un préjudice dû au hasard. Pour autant, ceci n'empêche pas de remarquer que la prise en compte de l'élément subjectif de la faute dans l'évaluation de la responsabilité introduit un jugement de valeur qui a pour objet le comportement du défendeur. Autrement dit, l'ordre juridique reproche au responsable le fait d'avoir agi fautivement, c'est-à-dire d'avoir adopté un certain comportement alors qu'un autre était attendu de sa part.

Comme nous venons de l'anticiper, une élimination de la *culpa* de la responsabilité aquilienne en ferait une responsabilité objective. Dès lors, tout dommage trouverait nécessairement un responsable tenu de le réparer.

Or, non seulement la *culpa* fut maintenue dans le *ius commune*, mais même les cas pour lesquels la compilation avait fondé la responsabilité sur une sorte de prise de risque, en la qualifiant de quasi-délictuelle<sup>653</sup>, furent ramenés à la *culpa*. L'origine de cette interprétation remonte aux glossateurs : Accurse, par exemple, emploie le verbe *delinquere* (agir illicitement) pour se référer à l'*exercitor*, au *caupo* ou au *stabularius* dont un préposé a occasionné un dommage<sup>654</sup> : l'illicéité à leur charge consisterait à se servir du travail de mauvaises personnes (*opera malorum hominum uti*).

Cette interprétation en termes de *culpa* du responsable indirect pourrait trouver son fondement dans un fragment de Gaius où il affirme que le fait que le responsable indirect ait employé des *homines mali* le rend « *aliquatenus culpa reus*<sup>655</sup> », en quelque sorte coupable d'une faute. Cependant, il semble que Gaius n'emploie le terme *culpa*, pour cette catégorie de responsabilité, que pour faciliter son explication par le biais

---

<sup>653</sup> V. *supra*, introduction à cette partie.

<sup>654</sup> *Accursii op. cit.*, note 537, ad I. 4.5.3, 1 : « *ex quasi maleficio obligatur: quia deliquisse videtur, qui opera malorum hominum utitur* ».

<sup>655</sup> D. 44.7.5.6 (Gai. 3 *aur.*) : « *Item exercitor navis aut cauponae aut stabuli de damno aut furto, quod in nave aut caupona aut stabulo factum sit, quasi ex maleficio teneri videtur, si modo ipsius nullum est maleficio, sed alicuius eorum, quorum opera navem aut cauponam aut stabulum exerceret: cum enim neque ex contractu sit adversus eum constituta haec actio et aliquatenus culpa reus est, quod opera malorum hominum uteretur, ideo quasi ex maleficio teneri videtur* ».

d'une comparaison<sup>656</sup>, comme en témoigne la présence de l'adverbe *aliquatenus*. Autrement dit, Gaius semble avouer que la référence à la *culpa*, quoiqu'efficace pour la clarté de son exposé, est imprécise, en ce sens qu'aucun *delictum* ne saurait être imputé au responsable indirect du seul fait de l'acte dommageable commis par l'un de ses préposés ou survenu auprès de sa maison, dans le cas d'un *effusum vel deiectum*.

Pourtant, les *Commentaria* d'Hugues Doneau ne se bornent pas à reprendre le vocabulaire de la *Glossa* quant à la responsabilité des *nauta, caupo, stabularius*<sup>657</sup>. Au contraire, ils mentionnent expressément la *culpa* en tant qu'élément constitutif de la responsabilité de l'*habitor* pour les *effusa vel deiecta* :

*Hugonis Donelli op. cit.*, note 657, 15.43.5 (c. 438) : « *Nunc etsi ipse nihil eorum fecit, teneri eum hoc edicto dicimus. Unde ergo huius obligationis et actionis causa? Ex eo facto, quod est maleficium proximum. Ea est culpa, seu neglegentia habitantis, quae huic damno aliquo modo causam dedit. Debit enim prospicere, ne quis ibi esset, qui posset dejicere: aut si aliqui essent, debuit diligenter monere, ne quid dejicerent, aut effunderent* »

« Nous soutenons maintenant que même s'il n'a fait aucune de ces choses, il est tenu par cet édit. D'où dérive la cause de ces obligation et action ? Du *maleficium* le plus proche. Il s'agit de la faute ou de la négligence du résident, qui a causé ce dommage de quelque manière. Il devait veiller à ce qu'il n'y eût rien qui puisse tomber, ou s'il y avait quelqu'un, il devait diligemment le prévenir, pour éviter qu'il fit tomber ou renversât quelque chose ».

Dans l'extrait que nous citons, Doneau se pose la question de savoir sur quelle base il y a lieu d'engager la responsabilité de l'*habitor* pour les dommages occasionnés *ex effusis vel deiectis*, lorsqu'il n'a commis aucun acte pour causer lui-même le préjudice (par exemple, en jetant personnellement un objet, ce qui constituerait un *delictum* à part entière<sup>658</sup>). Pour proposer une réponse à la question, le juriste évoque la notion de *maleficium proximum*, pour dépasser la notion de *quasi*

---

<sup>656</sup> *Contra*, E. ALBERTARIO, *op. cit.*, note 463, p. 88 : selon l'auteur, le texte en question est « *notoriamente interpolato* ».

<sup>657</sup> *Hugonis Donelli de jure civili Commentaria, in Hugonis Donelli opera omnia commentariorum de jure civili*, 4, éd. Maceratae, Officina Benedicti q. Antonii Cortesi, 1830, 15.43.12 (c. 444) : « (...) *At qui ad exercendam navem, cauponam, stabulum aliquos adhibet, hoc ipso quodammodo delinquit, quod malorum hominum opera in ea re utitur* (...) ».

<sup>658</sup> *Ibid.* : « (...) *si idem qui habitat, et ipse dejecerit, vel effuderit, tenebitur [...] vere ex maleficio, non quasi ex maleficio* (...) ».

*delictum* présente dans la compilation de Justinien. Selon Doneau, ce *maleficium proximum* consiste justement dans le fait, pour l'*habitor*, de ne pas s'être assuré que rien ne risquait de tomber et, si c'était le cas, de ne pas avoir informé la victime de manière adéquate. C'est cette négligence de l'*habitans* qui aurait causé, de quelque manière, le dommage en question. Pour résumer, la mention de la *culpa*, qui semblait ne servir, en droit romain, qu'à rendre linéaire l'exposé de Gaius, devint un véritable élément subjectif. Sur cette base, il était désormais possible de reprocher un *damnum iniuriā (id est culpa<sup>659</sup>) datum* aux catégories que la compilation de Justinien avait objectivement identifiées, en leur attribuant une responsabilité quasi-délictuelle.

Comme nous le disions, ce parallélisme entre la marginalisation de la fonction punitive et la généralisation de l'élément subjectif de la *culpa* est apparemment surprenant. Pourquoi encore exiger une *culpa* si le but n'est plus de punir ? Du point de vue de la victime, la finalité réparatrice de la responsabilité connaissait une limite importante dans la possibilité abstraite pour le responsable d'invoquer l'absence de *culpa* pour s'exonérer. Pour ne pas s'exposer au risque de subir la condamnation à réparer un éventuel dommage, les *habitatores*, *caupones*, *nautae* et *stabularii* étaient donc simplement tenus de suivre un certain degré de diligence dans la gestion de leur maison ou dans le choix et la vigilance de leurs préposés.

Il est probablement excessivement audacieux d'affirmer que tout régime de responsabilité aquilienne subjective vise à la sanction de l'agent. Il semble plutôt que la limitation de l'obligation de réparer les seuls dommages produits au moins *culpā* permette au prétendu responsable, *a contrario*, de s'exonérer dans les cas où son comportement dommageable est le fruit du hasard. Néanmoins, l'élargissement du domaine de la *culpa* qui distingue le *ius commune* du droit romain impose d'en rechercher une raison plus profonde que la simple exigence de protéger le défendeur de l'engagement d'une responsabilité *casu*.

À nouveau, une réponse possible peut être trouvée dans l'évolution culturelle. À ce propos, l'observation de Cerami selon laquelle le critère moral et subjectif de l'*uti opera malorum* se substituait au critère du *periculum*<sup>660</sup> paraît particulièrement

---

<sup>659</sup> D. 9.2.5.1 (Ulp. 18 *ad ed.*), v. *supra*, note 391.

<sup>660</sup> P. CERAMI, *op. cit.*, note 185, p. 115 : « [a]l criterio commercialistico e solidaristico del *periculum subentra così il criterio moralistico e soggettivistico dell'uti opera malorum* ».

pertinente : effectivement, les fautes *in eligendo* et *in vigilando* semblent ajouter une composante morale à une responsabilité jadis fondée sur la réparation pure et simple du dommage. Autrement dit, si le droit romain identifiait la personne chargée de réparer le préjudice *quasi ex delicto* dans celui qui avait – licitement ! – produit un certain risque, la réflexion du *ius commune* résumée par Doneau imputait à ce même responsable un comportement blâmable, immoral.

Cette lecture est confirmée par la conception de la *culpa* retenue par le droit canon, le système juridique de l'Église catholique. Puisqu'il régit une assemblée de fidèles, cet ordre juridique ne s'occupe pas seulement, aujourd'hui comme alors, des rapports entre individus, mais présente également une finalité transcendante, soit le salut des âmes (*salus animarum*). Dès lors, le droit canon se distingue par la possibilité que les comportements ne se reflètent pas que dans la sphère externe des personnes, mais aussi dans leur sphère intime et personnelle<sup>661</sup>. L'un de ses traits essentiels est donc justement la différence entre le *forum internum* et le *forum externum*, à savoir entre la conscience individuelle et le domaine des relations interpersonnelles<sup>662</sup>.

L'importance de la *culpa* dans le droit canon classique, dont l'évolution fut parallèle à celle du *ius commune*, présente un lien direct avec la question de la fonction de la responsabilité aquilienne. La production d'un *damnum* constitue en même temps une rupture de la justice commutative, que la *restitutio* est chargée de rétablir, et un péché, qui intervient, quant à lui, dans la relation entre l'individu et Dieu. À nouveau, la *restitutio* est une condition nécessaire au pardon divin salutaire : « (...) *non remittetur peccatum, nisi restituatur ablatum*<sup>663</sup> (...) ». La fonction de la *restitutio* semble donc réparatrice, bien que le champ sémantique du *peccatum* soit plutôt proche du domaine de la sanction : le péché est pardonné et le rapport avec

<sup>661</sup> M. DEL POZZO, « Il rapporto tra delitto e peccato nell'attualità del diritto canonico », *Ius canonicum* 53 (2013), p. 199-224, spéc. p. 203.

<sup>662</sup> Sur les deux fora, v. H. PREE, « *Forum externum und forum internum: zur Relevanz des Gewissensurteils im kanonischen Recht* », *Archiv für katholisches Kirchenrecht* 168 (1999), p. 25-50 ; P. ERDÖ, « Foro interno e foro esterno nel diritto canonico », *Periodica de re canonica* (2006), p. 3-35 ; A. ZANOTTI, « *Actus humanus e principio di responsabilità* », *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* 18 (2015), p. 1-30, spéc. p. 3.

<sup>663</sup> *Decretum Gratiani* C. XIV q. VI c. 1.

Dieu est pleinement reconstitué, à condition que le préjudice soit réparé et qu'aucun gain illicite ne soit plus dans le patrimoine du fidèle ou de ses successeurs<sup>664</sup>.

Venons donc à l'élément subjectif que les canonistes retiennent en la matière. Le point de départ est constitué par une décrétale du pape Grégoire IX (élu en 1198, mort en 1241), qui fixe les principes de droit canon en matière de responsabilité *ex damno*<sup>665</sup> :

X. 5.36.9 : « *Si culpa tua datum est damnum [...], seu aliis irrogantibus opem forte tulisti, aut haec imperitia tua sive negligentia evenerunt: iure super his satisfacere te oportet, nec ignorantia te excusat, si scire debuisti, ex facto tuo iniuriam verisimiliter posse contingere vel iacturam. [...] Sane, licet qui occasionem damni dat damnum videatur dedisse: secus est tamen in illo dicendum, qui, ut non accideret, de contingentibus nil omisit* »

« Si ta faute cause un dommage [...], ou si, lorsqu'autrui l'a causé, tu en as par hasard aidé la production, ces choses se sont vérifiées à cause de ta négligence ou de ton inexpérience : tu dois les réparer, et ton ignorance ne t'exonère pas, si tu devais savoir que, vraisemblablement, une blessure ou un dommage aurait pu se produire de ton fait. [...] Encore qu'il semble que le dommage ait été causé par celui qui l'a directement produit, il en va autrement pour celui qui n'a rien omis pour que le dommage ne se produisît pas ».

Il est immédiatement visible que la décrétale en question trace le contour d'une responsabilité subjective, où l'élément nécessaire pour établir l'obligation de réparation du dommage est la *culpa*. Peu importe que le dommage dépende directement de la faute de l'agent, qu'il ait accidentellement contribué à la production du préjudice par autrui ou que l'événement funeste dépende de ses *imperitia* ou *negligentia*. Dans toutes ces circonstances, le dédommagement sera dû si l'agent était censé savoir que son acte aurait pu occasionner le préjudice en question. De même, celui qui a favorisé la production du dommage est tenu à la réparation. Il en va autrement si la personne a pris toutes les précautions pour éviter la production du préjudice.

---

<sup>664</sup> Sur ce point, nous nous permettons de renvoyer à F. S. TAVAGLIONE, « Il problema della trasmissibilità passiva dell'azione di danno nella riflessione canonistica classica », *SDHI* 86 (2020), p. 261-278, spéc. p. 274-278.

<sup>665</sup> M. D'ARIENZO, *L'obbligo di riparazione del danno in diritto canonico. Percorsi di ricerca*, Cosenza, Pellegrini, 2013, p. 73 et n. 56.



L'une des questions les plus discutées par les canonistes en matière de *damnum* fut justement le degré de *culpa* nécessaire à l'engagement de la responsabilité dans les deux fors. Brièvement, l'exigence d'analyser le même comportement sous les deux angles du for intérieur et du for extérieur imposa d'étudier séparément l'élément subjectif de la *culpa*. Le pape Innocent IV, élu en 1243 en tant que successeur de Grégoire IX et mort en 1254, posa le principe selon lequel, dans le for intérieur, la réparation du dommage n'est due que si le préjudice a été produit au moins *culpā lata* : si la faute est *levis*, voire *levissima*, l'agent n'était pas animé par l'intention de nuire mais par la seule *neglegentia*, qui impose une pénitence à part<sup>666</sup>.

À cet égard, l'abbé Niccolò Tedeschi, dit Panormitanus (1386-1445), put comparer l'interprétation d'Innocent IV et la responsabilité aquilienne, et manifesta ses doutes quant à l'exclusion des fautes *levis* et *levissima* de l'obligation de réparation dans le for intérieur. À son avis, l'exclusion de l'*obligatio ad aestimationem* pour les fautes *levis* et *levissima* dans le for intérieur ne serait justifiée que si l'on affirmait que cette obligation réparatrice constitue, du point de vue de l'agent, une peine qui ne doit pas avoir lieu en dehors des *dolus* et *culpa lata*<sup>667</sup>. Partant, ce canoniste semble préférer l'interprétation civile de la *lex Aquilia* (ainsi que la décrétale *Si culpa tua*) à l'avis d'Innocent IV<sup>668</sup>.

La discussion qui s'en suivit<sup>669</sup> met en évidence la différence conceptuelle entre la *culpa theologica* ou morale, et la *culpa iuridica* : les deux fondaient l'obligation au dédommagement respectivement sur la théorie canoniste et civiliste. La *culpa theologica* est une offense à Dieu et coïncide, dès lors, avec la commission d'un

<sup>666</sup> *Innocentii Quarti pontificis maximis in quinque libros decretalium Apparatus*, éd. Lugduni, 1577, ad X. 5.12, 5 (p. 333r) : « in foro poenitentiali non videtur, quod teneatur ad emendam damni, & poena est ei imponenda de neglegentia, non poena de damno ».

<sup>667</sup> *Abbatis Panormitani Commentaria in Quartum et Quintum Decretalium Librum*, éd. Venetiis, 1571, ad X. 5.36.5 (p. 197r) : « (...) est valde singulare, de quo multum dubito, quare forus animae debeat discrepare a foro contentioso, cum hic lex sit valde rationabilis, nisi dicatur, quod licet ista aestimatio sit interesse respectu damnum passi, respectu tamen inferentis est poena, quae in foro animae non debet habere locum, ex quo est extra dolum, & latam culpam; quinimo ubi subest dolus, licet in foro animae teneatur ad aestimationem, non tamen tenetur ad poenam (...) ».

<sup>668</sup> *Op. ult. cit.*, ad X. 5.36.9 (p. 198r) : « (...) infertur ergo, quod in hac actione legis Aquiliae venit levissima culpa de iure canonis, sicut de iure civili [...]. Et facit iste textus sic intellectus contra opinionem Innocentii in c. sicut dignum (...) ».

<sup>669</sup> V. à ce propos G. P. MASSETTO, *op. cit.*, note 518, p. 1131-1135 ; M. D'ARIENZO, *op. cit.*, note 665, p. 77-78. Une approche comparative à cet égard est suivie par O. DESCAMPS, « L'influence du droit canonique médiéval sur la formation d'un droit de la responsabilité », in O. CONDORELLI, F. ROUMY, M. SCHMOECKEL (dir.), *Der Einfluss der Kanonistik auf die europäische Rechtskultur*, 1, Köln-Weimar-Wien, Böhlau, 2009, p. 137-167.

péché. La *culpa iuridica* est le manque de diligence causant un préjudice pour autrui<sup>670</sup>. Pour que la production d'un *damnum culpā [iuridicā] datum* constitue un péché, soit une *culpa theologica*, la faute retenue par l'ordre juridique civil doit être au moins *lata*. Un tel comportement présuppose un manque de la diligence requise à tous les hommes se trouvant dans la même condition que l'agent. La morale chrétienne perçoit cette négligence, dans le *forum internum*, comme un péché<sup>671</sup>. Dans ce cas, la *restitutio* sera nécessaire pour la libération du péché en question dans le for de la conscience du responsable.

La présente digression dans le domaine du droit canon de la responsabilité pour *damnum* nous permet de percevoir la charge morale que l'Église catholique associait à la *culpa* et à la réparation du dommage au cours des siècles où le *ius commune* connut son développement. Il est donc plausible que, tout en préservant la distinction de leur réflexion du domaine du droit canon, les juristes du *ius commune* subirent l'influence des impulsions moralisatrices imprimées par l'Église sur l'étude du *damnum iniuriā*.

Revenons donc à la responsabilité que les Romains postclassiques qualifiaient de quasi-délictuelle. Il est vrai que la centralité de la faute en tant qu'élément subjectif caractérisa en général le droit canon du *damnum*, ce dont nous pourrions déduire une tendance à la généralisation de la *culpa* étendue au *ius commune*. De plus, il semble possible d'appréhender les cas particuliers des *habitor*, *nauta*, *caupo* et *stabularius* sous l'angle de la *culpa* à travers les normes canoniques.

C'est le cas de la décrétale *Si culpa tua* elle-même, citée plus haut, là où elle dispose que celui qui *occasionem damni dat* est assimilé à l'auteur matériel du dommage. L'emploi du terme *occasio* étend sensiblement les frontières du lien de

---

<sup>670</sup> Lucii Ferraris *Prompta Bibliotheca canonica, iuridica, moralis, theologica*, 2, éd. Romae, Barbiellini, 1785, s.v. *culpa*, 1 (p. 502) : « *Culpa alia est Theologica, alia est Iuridica: Culpa Theologica est offensio Dei, id est peccatum, sive sit mortale, sive veniale. Culpa iuridica est ommissio diligentiae debitae, ex qua omissione sequitur aliquod damnum proximo (...)* ».

<sup>671</sup> *Op. ult. cit.*, 3, s.v. *damnificatio, damnum*, 10 (p. 2) : « (...) *illum teneri in foro conscientiae ad reparandum damnum alteri illatum, qui illud causavit, nedum per damnificationem culpam Theologica [...], sed etiam per damnificationem culpam Civili, seu iuridica lata; Et ratio est, quia culpa Civilis, seu Iuridica lata supponit gravem culpam Theologicam, cum late culpabilis iuridice omittat illam diligentiam, & cautelam communiter ab hominibus suae conditionis adhiberi solitam pro avertendo gravi damno proximi, ad quod grave damnum proximi avertendum quilibet jure naturae tenetur, adeoque si illam omittat, censetur causa moralis illius damni, & hoc ipso Theologica sit culpabilis (...)* ».

causalité entre le comportement et le dommage. Par conséquent, il suffit d'avoir favorisé, facilité ou secondé la production du résultat préjudiciable pour être tenu pour responsable au sens de la décrétale : à ce propos, un exemple pourrait bien être constitué par le fait de se prévaloir de l'*opus malorum*.

Ceci paraît confirmé par la *Regula iuris* 86 ou 87 du *Liber Sextus Decretalium*, selon laquelle « [d]amnum, quod quis sibi sua culpa sentit, sibi debet, non aliis imputare<sup>672</sup> » : le dommage que l'on ressent comme étant le résultat de sa propre *culpa* doit être imputé à soi-même, non pas à autrui. Partant, sur le plan moral, peu importe qu'autrui ait matériellement produit un préjudice : l'imputation de la *culpa* paraît subjective, et susceptible de dériver de tout comportement, quel que soit son lien avec le dommage. C'est ce qui ressort du commentaire d'Anacletus Reiffenstuel (1642-1703) à cette *regula iuris*<sup>673</sup> : les mots *sua culpa* peuvent renvoyer à tout comportement (*quaevis causa*), même non délictuel ou peccamineux (*etiam absque dolo & ullo delicto*), par lequel le défendeur a favorisé la production du dommage.

À la lumière de ces données, la subjectivisation des quasi-délits de la compilation de Justinien semble moins obscure : l'influence intellectuelle du droit canon sur le *ius commune* est difficilement contestable, et la composante morale de la notion de *culpa* fit en sorte que cet élément subjectif fût également étendu à des cas que le droit romain avait appréhendés sur d'autres bases.

Devrait-on retenir que cette généralisation porte atteinte à la prééminence de la fonction réparatrice de la responsabilité aquilienne ? Il convient probablement de répondre par la négative. En premier lieu, une telle conjecture serait contraire à la séparation conceptuelle bien connue entre la peine et le dédommagement, mise en exergue par Thomas d'Aquin, qui propose de scinder le comportement illicite du résultat injuste. En second lieu, le champ sémantique du *peccatum* n'est pas parfaitement superposable à celui de la sanction pénale : contrairement à une infraction pénale, l'extinction du péché ne dérive pas, selon le catholicisme, d'une expiation, mais du pardon de Dieu. L'adage *non remittetur peccatum nisi restituatur*

<sup>672</sup> In A. REIFFENSTUEL, *Jus canonicum universum*, 6, éd. Maceratae, 1742, p. 121. Contrairement à l'ouvrage en question, où la *Regula* citée est au numéro 86, l'édition Venetiis 1605 du *Liber sextus* lui attribue le numéro 87 (p. 586).

<sup>673</sup> *Ibid.*, 2 : « (...) notandum, quod per verba, sua culpa, intelligatur non tantum quaevis culpa Theologica, vel civilis: sed insuper quaevis causa, quam quis ipsemet, etiam absque dolo & ullo delicto, libere praebet ad damnum incurrendum (...) ».

*ablatum*<sup>674</sup> témoigne du fait que la *restitutio* ne saurait être assimilée à une peine : il s'agit d'une condition à laquelle la rémission divine du péché est soumise<sup>675</sup>. En somme, l'extension du domaine de la *culpa* peut être liée à l'influence de la morale chrétienne et du droit canon sur la réflexion des juristes du *ius commune*, mais ceci n'empêche pas d'estimer que la fonction réparatrice de la responsabilité aquilienne connut, chez les postglossateurs, une expansion sans précédents.

La conclusion à laquelle nous parvenons ne subit donc pas de bouleversements. L'époque du *ius commune* est étendue tant sur le plan spatial que sur le plan temporel, et amène, par conséquent, à comparer les études de juristes dont l'éloignement spatio-temporel ne doit pas être négligée. Cependant, comme on l'a vu, il demeure possible de tracer une évolution générale de la responsabilité aquilienne tout au long de cette période historique.

Les caractéristiques du *damnum iniuriā* dans l'interprétation de ces juristes sont désormais connues : leur point de départ fut et resta la compilation de Justinien. Loin de constituer une simple source d'étude, elle fournit de manière continue un terme de comparaison, que le *iurisperitus* pouvait suivre ou dont il pouvait diverger, mais sans jamais le renier, comme ce fut le cas dans le chef de la modernité juridique postérieure.

Quant à la fonction réparatrice de la responsabilité aquilienne, que les Institutes avaient adoptée au rang de principe, le *ius commune* s'y aligna fidèlement, à tel point que la majorité des divergences que nous avons attestées se développèrent dans le but d'étendre et de rendre plus efficace l'instrument du *damnum iniuriā* pour la victime. D'ailleurs, la philosophie de Thomas d'Aquin témoigne de l'importance accordée, sur les plans moral et religieux, à la préservation de la justice commutative ; du point de vue juridique, ceci devait se traduire dans la mise en valeur de l'obligation de réparation du dommage au détriment des traces que la fonction punitive originaire de la *lex Aquilia* avait laissées dans la compilation.

---

<sup>674</sup> V. *supra*, note 663.

<sup>675</sup> V. à ce propos M. D'ARIENZO, *op. cit.*, note 665, p. 66-67 : la *restitutio* « dei mala ablata, ovvero di ciò che si è acquisito o sottratto illecitamente, costituisce la condizione necessaria per l'efficacia "giuridica" della remissione del peccato di cui ci si è macchiati, in quanto la reintegrazione della ingiustizia nei rapporti intersoggettivi, attraverso il trasferimento di un bene, esprime concretamente il pentimento interiore che rende operanti i mezzi di grazia i quali, attraverso il sacramento della confessione, perfezionano il processo di riconciliazione e reintegrazione nell'ordine di salvezza di cui la giustizia è espressione ».

Ainsi, le cadre de la responsabilité aquilienne que le *ius commune* dessina est celui d'un instrument réparateur, qui prend en considération la perte économique concrètement subie par la victime. En outre, il s'agit d'un outil général quant aux comportements et dommages appréhendés, grâce à la flexibilité offerte par l'*actio subsidiaria in factum*. La liste des préjudices réparables est potentiellement infinie, et n'est limitée que par la nécessité qu'ils aient été occasionnés par un acte accompli au moins *culpā levissimā*. Nous avons tenté de démontrer que le *damnum culpā datum* reflétait, ou était au moins influencé par la morale chrétienne, qui associait la production d'un dommage à un péché. La *restitutio* constituait l'une des conditions pour en obtenir le pardon divin ; dès lors, le mécanisme moral et religieux de la *remissio peccati* est inséré dans la logique du dédommagement. Pour cette raison, il nous semble inapproprié de tirer de la nature subjective de la responsabilité aquilienne de cette période une renaissance de la punition.

## Conclusion de la deuxième partie

Dans cette partie, nous avons tenté de mettre en lumière une évolution graduelle mais constante de la fonction de la responsabilité aquilienne. Ce développement est axé sur la compilation de Justinien et fut modelé par les évolutions culturelles et religieuses survenues dans les siècles qui séparent l'école de Bologne de la révolution moderne.

À ce propos, la philosophie et la théologie de Thomas d'Aquin revêtent un rôle incontournable. Il ressort d'une lecture systématique de la *Secunda Secundae* que Thomas revint sur la conception aristotélicienne de la justice particulière, dans ses composantes distributive et commutative. Il fut en mesure de séparer la sphère de l'expiation du péché, résultant de l'acte injuste (*iniustificatio*), du domaine de la *restitutio*, l'acte qui vise à rétablir la justice commutative à chaque fois qu'elle est brisée, peu importe le motif de la rupture. Comme il a déjà été affirmé plus haut, l'avantage d'une telle structure logique fut la possibilité d'appréhender un seul et même acte dommageable tant sur le plan de la sanction du comportement que sur celui de la réparation du préjudice subséquent. Ce cadre était complété par la valeur morale de la *restitutio*, indispensable au salut de l'âme.

Cette séparation nette entre punition et réparation peut également être observée dans la production scientifique de l'école des glossateurs, dans laquelle nous avons examiné quatre éléments de la responsabilité aquilienne : la qualification procédurale de l'action, l'*aestimatio damni*, le champ d'application et l'élément subjectif.

Dans la qualification de l'*actio legis Aquiliae*, le critère suivi par ces juristes vise à identifier les deux composantes, punitive et réparatrice, de l'*actio mixta* des Institutes, pour leur appliquer des règles différentes. En effet, l'intransmissibilité passive et la solidarité cumulative furent réservées à la seule partie de la *condemnatio* qui dépasse la valeur actuelle du préjudice, en cas de *repetitio temporis* et de litiscroissance. Quant à l'évaluation du préjudice réparable, non seulement les glossateurs restèrent fidèles au critère de l'*id quod interest*, mais poursuivirent son évolution dans le sens de la réparation, en accordant un dédommagement économique en cas de décès d'une personne libre, ce qui est attesté par la *Glossa*

d'Accurse. L'introduction d'une *actio subsidiaria in factum*, que la victime d'un préjudice pouvait tenter lorsque son dommage ne remplissait pas l'entière des conditions de l'*actio legis Aquiliae* de la compilation, permit d'étendre le champ d'application de l'action aquilienne à toutes les conduites illicites accomplies par autrui. L'élément commun qui devait caractériser ces comportements, le quatrième de notre analyse, est la *culpa* de l'auteur de l'acte préjudiciable. Néanmoins, ceci n'empêcha pas les glossateurs de retenir la responsabilité aquilienne du fait d'une personne soumise à l'autorité du défendeur ou d'une chose sous sa garde ; à cet égard, curieusement, la noxalité aquilienne fut maintenue par les glossateurs, en dépit de la désuétude de l'esclavage, et fut étudiée pour ces cas particuliers.

Cette évolution se poursuivit après la *Glossa*, durant les siècles où le droit privé continental resta régi par la compilation de Justinien. Au fil du temps, le domaine de la *repetitio temporis* et la *litiscrescentia adversus infitiantem*, où la responsabilité aquilienne poursuivait aussi la punition de l'agent et qui avait déjà été relégué au rang d'exception par les Institutes, fut de plus en plus restreint. Autrement dit, l'élargissement de la qualification réparatrice de l'action aquilienne se développait au détriment de la fonction punitive, qui subit une véritable marginalisation. Parallèlement, le mode d'*aestimatio damni* et le champ d'application de la responsabilité aquilienne traçaient les contours d'un instrument juridique apte à accorder la réparation de tout dommage en dehors d'une inexécution contractuelle, pourvu qu'il s'agisse d'un préjudice patrimonial. Ceci explique l'exclusion de l'évaluation économique de l'*affectio* dans l'œuvre d'Hugues Doneau, même si cette position n'était pas unanimement acceptée.

Nonobstant le caractère général que la responsabilité aquilienne s'apprêtait à revêtir à cette époque, elle resta éminemment subjective. Même les cas dans lesquels le droit romain excluait la nécessité d'un comportement fautif pour engager une responsabilité furent intégrés au *damnum culpā datum*.

Néanmoins, il n'y a pas lieu d'estimer que ceci correspond au retour de la répression punitive des *damna*. Nous avons tenté de démontrer ceci à travers l'évolution du droit canon en la matière, où l'acte dommageable était vu tant comme une rupture de la justice commutative que comme un péché. Le système juridique de l'Église catholique semblerait avoir influencé la réflexion du *ius commune* en la

conduisant vers une construction éminemment subjective de la responsabilité aquilienne, en raison de la charge morale que le droit canon associe à la production d'un préjudice. Malgré la présence de cet élément moral, il y a tout de même lieu d'écarter l'hypothèse de la renaissance d'une responsabilité aquilienne punitive, en raison de son incompatibilité avec le reste des données dont nous disposons.

Certes, l'évolution juridique dont nous avons tenté de rendre compte met en lumière l'exigence d'adapter le *damnum iniuriā* aux nouveaux besoins de la période historique considérée. Il fallait avant tout un moyen procédural pour la réparation du dommage dans le plus grand nombre possible de cas et dans la mesure de l'*id quod interest* de la victime. Pourtant, la possibilité pour les juristes du *ius commune* d'aménager la responsabilité *ex lege Aquilia* se heurta à la présence imposante du droit romain pendant tous les siècles où la compilation de Justinien fut en vigueur. Toute modification du cadre juridique préexistant devait nécessairement être apportée à la suite d'un travail d'*interpretatio* à partir des sources romaines, dont les juristes que nous avons cités ne pouvaient pas s'affranchir.

Ainsi, l'étape suivante de l'histoire de la fonction de la responsabilité aquilienne est constituée par l'émancipation de la réflexion juridique du majestueux droit de Justinien, qui avait représenté le phare de l'activité des juristes durant tant de siècles. Il s'agit du début de la modernité juridique, dont nous nous occuperons dans la partie qui suit.



**Troisième partie.**  
**La réparation du dommage dans**  
**la modernité juridique continentale :**  
**une apothéose ?**

Afin d'examiner les caractéristiques de la responsabilité aquilienne après l'époque du *ius commune*, le point de départ est la question de la définition de « modernité juridique » : l'intérêt est d'établir, avec une précision suffisante, les limites d'une période historique qui porte jusque dans son nom la référence à un renouveau par rapport à l'« ancien ».

La notion de modernité juridique constitue une question doctrinale désormais connue, notamment sur le plan de la mise en place de l'« État de droit » conçu par Hans Kelsen<sup>676</sup>. Toutefois, aux fins de la présente analyse, il y a lieu d'encadrer la modernité juridique par un point qui marque de près le développement de notre matière : pour la première fois, le droit romain ne fit plus l'objet d'une interprétation dont le but était de régler les différends du temps présent par le biais de la stratification normative construite à partir de la compilation justinienne. En revanche, le droit de la modernité, quoiqu'inévitablement inspiré du régime préexistant, est conçu de manière autonome par rapport au système romain et repose sur des bases différentes, dont nous essayerons de rendre compte au cours des prochaines pages.

À la lumière de ce constat liminaire, la fonction de la responsabilité aquilienne nécessite, pour cette époque de l'histoire juridique continentale, une analyse également renouvelée. L'observateur pourrait même s'attendre à ce que le tournant

---

<sup>676</sup> H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, Wien, Verlag Franz Deuticke, 1934, p. 117-128. L'État de droit se caractérise par la création d'une nouvelle hiérarchie des normes, la centralisation de la production juridique entre les mains de l'État et le sévère encadrement du pouvoir d'interprétation du droit par les organes juridictionnels. Sur ce point, les réflexions les plus intéressantes et actuelles paraissent être celles des auteurs qui se sont penchés sur la modernité juridique pour souligner que l'époque juridique courante l'a dépassée : quant à eux, nos systèmes juridiques sont caractérisés par une réorganisation floue de la hiérarchie des normes et un déclin du rôle central de la loi dans la vie de l'ordre juridique. À ce propos, v., *ex plurimis*, ; F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, 596 p. ; P. ROSSI (dir.), *Fine del diritto?*, Bologna, Il Mulino, 2009 (éd. numérique 2011), 102 p. ; P. ALBERTINI, *La crise de la loi – Déclin ou mutation ?*, Paris, LexisNexis, 2015, 366 p.

marqué par l'affranchissement du droit de la compilation conduite à un véritable bouleversement dans toutes les branches du droit privé. Or, en raison de ce que nous examinerons dans la présente partie, cette dernière affirmation pèche probablement par catastrophisme. Néanmoins, le retrait du droit romain en tant que source du droit positif impose à plus forte raison de reconstruire préalablement l'évolution du débat culturel, philosophique et religieux autour de la fonction de la responsabilité aquilienne. À ce propos, conformément à la méthode adoptée dans la partie précédente, nous proposons tout d'abord d'étudier, au sein du processus intellectuel qui mena à la modernité juridique, quelques réflexions à propos de la fonction punitive ou réparatrice de la responsabilité pour *damnum iniuriā*. Ensuite, nous analyserons l'articulation des finalités de la responsabilité aquilienne dans cinq codes modernes, grâce auxquels nous examinerons les différentes manières dont la punition et le dédommagement trouvèrent leur place dans les grandes codifications à partir de la culture propre à chaque expérience juridique.

## Chapitre I. La fonction de la responsabilité aquilienne dans le débat intellectuel prémoderne

Afin de nous focaliser sur la fonction de la responsabilité aquilienne à la lumière du débat philosophique dans lequel la modernité juridique est ancrée, la *Summa theologiae* de Thomas d'Aquin constitue probablement, à nouveau, le meilleur point de départ. Comme nous l'avons vu, l'étude de *iniustitia* et de la *restitutio* permirent à la culture prémoderne de franchir un pas remarquable dans le sens de la finalité réparatrice de la responsabilité aquilienne. L'importance de la philosophie thomiste fut bientôt ressentie, notamment au sein de l'université de Salamanque qui joua un rôle capital dans la production de la culture sur le continent européen<sup>677</sup>. C'est justement à Salamanque que le théologien et juriste dominicain Francisco De Vitoria († 1546) adopta probablement la *Summa* de Thomas d'Aquin en tant que manuel pour ses élèves<sup>678</sup>.

C'était le début de la seconde Scolastique, sur laquelle nous nous pencherons au cours d'une première section : il s'agit de l'école philosophique qui part de la pensée thomiste et est autoritairement considérée, quant à la réflexion juridique, avoir joué un rôle de médiation (*Vermittlerrolle*) entre le *ius commune* et la dogmatique jusnaturaliste<sup>679</sup>. C'est bien de l'école du droit naturel que nous nous occuperons dans une seconde section, dans le but de suivre l'évolution de la réflexion autour de la réparation du dommage jusqu'à la révolution des codifications modernes. Ayant pour finalité la découverte d'un système de règles valables au-delà de tout groupement humain, le jusnaturalisme constitua un terrain fertile pour le développement et l'approfondissement de la théorie du dédommagement dans une perspective séparée de la tradition du *ius commune*.

---

<sup>677</sup> V. à ce propos, récemment, T. DUVE, J. L. EGIO, C. BIRR (DIR.), *The School of Salamanca: A Case of Global Knowledge Production*, Leiden, Brill, 2021, p. 1-7.

<sup>678</sup> J. HALLEBEEK, *The Concept of Unjust Enrichment in Late Scholasticism*, Nijmegen, Gerard Noodt Instituut, 1996, p. 16.

<sup>679</sup> W. DECOCK, C. BIRR, *Recht und Moral in der Scholastik der frühen Neuzeit 1500-1750*, Berlin-Boston, De Gruyter, 2016, p. 80.

## Section 1. La responsabilité aquilienne dans la seconde Scolastique : la charge morale de la *restitutio*

La production culturelle de l'école thomiste active auprès de l'université de Salamanque s'occupa, entre autres, de plusieurs questions de droit privé<sup>680</sup>. Parmi elles, la théorie de la *restitutio* dérive notamment de l'étude de la construction thomiste condensée dans la *Quaestio* 62 de la *Secunda Secundae*. L'*actus iustitiae commutativae* présente une nature transversale, en raison de l'exigence de respect de cette justice dans tous les rapports juridiques entre personnes, parmi lesquels – comme nous le verrons – celui entre l'auteur et la victime d'un *damnum iniuriā*.

Au cours du XX<sup>e</sup> siècle, le renouvellement de l'intérêt doctrinal pour la théorie tardo-scholastique de la *restitutio* a permis une étude globale de cette pensée<sup>681</sup> : ces recherches se sont focalisées, dans la plupart des cas, sur l'influence exercée par la seconde Scolastique sur le droit moderne des obligations. Il a même été soutenu, afin d'étayer l'affirmation de l'importance de cette école, que les règles de la modernité

---

<sup>680</sup> *Op. ult. cit.*, p. 80-82. V. aussi, *ex plurimis*, H. THIEME, « Natürliches Privatrecht und Spätscholastik », *ZSS GA* 70 (1953), p. 230-266 ; M. DIESSELHORST, *Die Lehre des Hugo Grotius vom Versprechen*, Weimar, Hermann Bohlau, 1959, p. 4-30 ; R. FEENSTRA, « Impossibilitas and clausula rebus sic stantibus. Some Aspects of Frustration of Contract in Continental Legal History up to Grotius », in *Id.*, *Fata Iuris Romani. Études d'Histoire du Droit*, Leiden, Presse Universitaire de Leyde, 1974, p. 364-391, spéc. p. 371-377 ; M.-F. RENOUX-ZAGAMÉ, *Origines théologiques du concept moderne de propriété*, Genève, Droz, 1987, p. 161-197 ; J. GORDLEY, *op. cit.*, note 479, p. 69-111 ; *Id.*, *Foundations of Private Law. Property, Tort, Contract, Unjust Enrichment*, Oxford, Oxford University Press, 2006, *passim* ; A. GUZMÁN BRITO, *El derecho como facultad en la Neoescolástica del siglo XVI*, Madrid, Iustel, 2009, p. 62-82, 116-120, 159-178, 227-230 ; T. DUVE, « Kanonisches Recht und die Ausbildung allgemeiner Vertragslehre in der spanischen Spätscholastik », in O. CONDORELLI, F. ROUMY, M. SCHMOECKEL (dir.), *op. cit.*, note 669, p. 389-408 ; J. HALLEBEEK, « Specific Performance in Obligations to Do According to Early Modern Spanish Doctrine », in *Id.*, H. DONDORP (dir.), *The Right to Specific Performance. The Historical Development*, Cambridge, Intersentia, 2010, p. 57-79 ; W. DECOCK, *Theologians and Contract Law. The Moral Transformation of the Ius Commune*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2013, *passim* ; J. SAMPSON, *The Historical Foundations of Grotius' Analysis of Delict*, Leiden, Brill, 2018, p. 164-182.

<sup>681</sup> V. aussi, outre les ouvrages précédemment citées, G. OTTE, *Das Privatrecht bei Francisco de Vitoria*, Köln-Graz, Böhlau, 1964, p. 63-80 ; G. NUFER, *Über die Restitutionslehre der spanischen Spätscholastiker und ihre Ausstrahlung auf die Folgezeit*, München, Schön, 1969, 129 p. ; G. DOLEZALEK, « The Moral Theologians' Doctrine of Restitution and its Juridification in the Sixteenth and Seventeenth Centuries », in *Unjustified Enrichment. Essays in honour of Wouter de Vos (Acta Juridica 1992)*, Cape Town-Wetton-Johannesburg, Juta & Co, p. 104-114 ; T. DUVE, « La teoría de la restitución en Domingo de Soto: Su significación para la Historia del Derecho Privado Moderno », in J. CRUZ CRUZ (dir.), *La ley natural como fundamento moral y jurídico en Domingo de Soto*, Pamplona, EUNSA, 2007, p. 181-197.

juridique dériveraient plus de la théorie tardo-scholastique de la *restitutio* que du droit romain<sup>682</sup>.

En présence d'un tel scénario, l'analyse de la doctrine de l'école de Salamanque est nécessaire pour l'étude de la fonction de la responsabilité aquilienne, à la lumière tant du poids de la philosophie thomiste sur le rapport entre peine et réparation du dommage que de l'influence que les auteurs tardo-scholastiques exercèrent à leur tour, en la matière, sur les jusnaturalistes, ascendants directs du droit moderne<sup>683</sup>.

Les deux points de départ de la réflexion juridique tardo-scholastique étaient, d'une part, le droit romain étudié et remanié par les juristes du *ius commune* ; d'autre part, les préceptes de la foi chrétienne qui faisaient l'objet des réflexions des théologiens. Dans le droit de la compilation de Justinien, la responsabilité aquilienne est, en tant que *delictum*, une source d'obligation, qui coexiste avec les autres dans un système où seuls les cas expressément prévus sont susceptibles de produire l'effet juridique en question<sup>684</sup>.

Il en va autrement, comme nous l'avons anticipé, dans la théologie catholique. Le commandement de l'amour<sup>685</sup> et le précepte selon lequel le fidèle est tenu de faire pour les autres ce qu'il veut qu'ils fassent pour lui<sup>686</sup> entraînent une idée de *restitutio* qui « *is so all-embracing that, applied to the field of civil law, it covers all kinds of legal obligations, including a lot of situations which in the civilian tradition would never be described in terms of unjust enrichment*<sup>687</sup> ». Comme nous l'avons remarqué en examinant l'œuvre de Thomas d'Aquin, ce que Jan Hallebeek qualifie ici d'enrichissement injustifié inclut toute rupture de l'équilibre assuré par la justice particulière aristotélicienne ; autrement dit, toute situation à rééquilibrer par le biais

---

<sup>682</sup> N. JANSEN, « Von der Restitutionslehre der Spanischen Spätscholastik zu einem europäischen Recht nichtvertraglicher Schuldverhältnisse? », *RabelsZ* 76 (2012), p. 921-946, spéc. p. 924 : « *Macht man sich dabei bewusst, dass das moderne Recht an vielen Punkten eher der Restitutionslehre als dem römischen Recht entspricht, so scheint die außerordentliche Bedeutung des spätscholastischen Naturrechts auf der Hand zu liegen* ».

<sup>683</sup> V. *infra*, sect. 2.

<sup>684</sup> J. HALLEBEEK, *op. cit.*, note 678, p. 19.

<sup>685</sup> V. *supra*, note 506.

<sup>686</sup> Mt. 7.12. Ce principe moral fut repris au début du *Decretum Gratiani*, Dist. 1 : « (...) *Ius naturale est: quod in lege et in evangelio continetur: quo quisque iubetur alii facere quod sibi vult fieri* (...) ». V. à ce propos J. HALLEBEEK, « Traces of Canon Law in Thomas Aquinas' Doctrine of *Lex Naturalis* », in H. J. M. SCHOOT (dir.), *Jaarboek 1991-1992 Thomas Instituut te Utrecht*, Utrecht, Mercken, 1993, p. 45-68, spéc. p. 48, 67.

<sup>687</sup> J. HALLEBEEK, *op. cit.*, note 678, p. 20.

d'une *restitutio*. L'impact de la *restitutio* sur les plans théologique et moral a déjà été mis en exergue : à partir de l'adage *non remittetur*<sup>688</sup>, l'exécution de la *restitutio*, tout en ne pouvant pas être qualifiée de punition, est la condition à laquelle le pardon divin du responsable est soumis.

L'étude que les savants de Salamanque menèrent autour de la *restitutio* s'appuie sur la *summa divisio*, présentée par Thomas dans l'article 6 de sa *Quaestio* 62, entre *restitutio ratione acceptionis* et *ratione rei acceptae*. Selon Thomas, il se peut, d'une part, que la personne obligée d'opérer la *restitutio* ait déséquilibré la justice commutative préexistante par une action contraire au droit (*iniuriosa*) : en ce cas, elle sera tenue de rendre la chose injustement soustraite alors même qu'il n'a obtenu aucun gain du fait illicite<sup>689</sup>. D'autre part, le débiteur d'une *restitutio* pourrait détenir la chose à restituer, qui lui a été remise en vertu d'un acte licite (par ex. : un contrat de dépôt) et qu'il doit rendre à son propriétaire non pas à cause du détournement de la chose, mais en raison de la chose elle-même, qui doit revenir à son propriétaire<sup>690</sup>.

C'est bien la *restitutio ratione acceptionis* qui nous intéresse ici : sans surprise, l'acte illicite dont dépend l'obligation restitutoire est, comme indiqué plus haut, le comportement productif du *damnum iniuriā*. En effet, cette affirmation peut être déduite de la teneur de l'article 6 de la *Quaestio* 62, bien qu'il ne mentionne pas spécifiquement la responsabilité aquilienne. L'approche théologique porte à identifier la nécessité de *restitutio ratione acceptionis* dans un nombre très vaste de situations, sans considération des différences que le droit civil retient (violation du droit de propriété, vol, préjudice patrimonial, physique, moral<sup>691</sup> etc.). Un extrait de l'œuvre de Luis Lopez († 1596) s'exprime justement en ce sens :

---

<sup>688</sup> V. *supra*, note 663.

<sup>689</sup> *Summa theologica*, II-II q. 62 art. 6. Nous approfondissons cette question *supra*, deuxième partie, ch. I. Pour une exégèse tardo-scholastique de la distinction entre les deux catégories de *restitutio*, v. *Thomae de Vio Cardinalis Cajetani ad Secundam Secundae*, éd. Patavii, Typographia Seminarii, 1698, q. 62, art. 6 (p. 365-367) ; *Fratris Dominici Soto Segoviensis De iustitiā et iure*, éd. Salmanticae, 1619, 4, q. 7, art. 2 (p. 339-344) ; *Didaci Covarrubias a Leyva Regulae, Peccatum, 6 Relectio*, éd. Lugduni, apud Sebast. Honoratum, 1660, *Secunda Relectionis Pars, Initium* (p. 44-46, spéc. p. 45-46).

<sup>690</sup> *Ibid.* : « (...) *aliquis accepit rem alterius absque iniuria non pro sua utilitate: sicut patet in depositis. Et ideo ille qui sic accepit in nullo tenetur ratione acceptionis, quinimmo accipiendo impendit obsequium: tenetur autem ratione rei (...)* ».

<sup>691</sup> Thomas mentionne expressément ces deux dommages dans sa *Quaestio* 62. V., par exemple, *Summa theologica*, II-II q. 62 art. 2 : « (...) *cum aliquis alicui abstulit membrum, debet ei recompensare vel in pecunia vel in aliquo honore (...)* » ; *ibid.* : « (...) *aliquis potest alicui famam [...] auferre. [...] Et tunc tenetur ad restitutionem famae quantum potest (...)* ».

*Fratris Ludovici Lopez Instructorium Conscientiae*<sup>692</sup>, 96 (c. 599-600) : « (...) *Restitutio est alicuius in sua possessione iterata statutio, vel in eius dominio, & licet proprie sit in rebus exterioribus, sed etiam ad actiones, vel illationes iniuriae infamiae, vel damni extenditur estque actio iustitiae commutativae* (...) »

« La *restitutio* est la restauration de la possession ou de la propriété d'autrui. Bien qu'elle se réfère particulièrement aux choses visibles, elle s'étend aussi aux actions, aux offenses physiques et morales et aux dommages ; il s'agit de l'action de la justice commutative ».

Nous comprenons donc que l'école tardo-scolastique vise à souligner l'ampleur du domaine de la *restitutio* en recherchant sa définition. Après avoir repris de la *Secunda secundae* la qualification d'*actus iustitiae specialis commutativae*, Martin de Azpilcueta, contemporain de Lopez, ne fait référence, en étudiant cette notion, à aucun acte illicite en particulier<sup>693</sup> :

*Martini ab Azpilcueta Enchiridion vel Manuale confessariorum et poenitentium*<sup>694</sup>, 17.6 (p. 184) : « (...) *Restitutio [...] diffiniri potest esse actus iustitiae specialis commutativae, quo redditur alteri quod suum est, vel quod ei debetur lege verae iustitiae, formaliter vel virtualiter, de bonis animi, corporis, honoris, vel pecuniae* (...) »

« La *restitutio* [...] peut être définie comme étant l'acte de la justice commutative spéciale, par lequel l'on restitue à autrui ce qui lui appartient, ou ce qu'on lui doit au sens de la loi de la vraie justice, sur le plan formel ou moral, par rapport aux biens de l'esprit, du corps, de l'honneur ou du patrimoine ».

Bien que le chapitre 17 de l'*Enchiridion* d'Azpilcueta ait pour objet le septième commandement, à savoir la défense de voler, sa définition de *restitutio* semble inclure toute possible rupture de ce que l'auteur appelle lui-même *iustitia specialis commutativa*. En effet, la référence expresse à la *pecunia*, sans qu'aucun comportement spécifique ne soit précisé, autorise l'observateur à estimer que le

---

<sup>692</sup> Éd. Salmanticae, 1585.

<sup>693</sup> V. à ce propos J. HALLEBEEK, *op. cit.*, note 678, p. 49.

<sup>694</sup> Éd. Romae, 1623.

*damnum iniuriā*, qui occasionne évidemment une perte patrimoniale, soit également inclus dans la définition d'Azpilcueta.

À bien y regarder, un si large champ d'application de la *restitutio* ne doit pas surprendre l'observateur. Du point de vue éminemment théologique et moral, la nature de l'acte qui donne lieu à une obligation de *restitutio* n'est d'aucun intérêt<sup>695</sup> : l'enseignement chrétien vise moins à fournir une réglementation calquée sur chaque violation de la justice commutative qu'à fournir tous les remèdes visant à imposer la restitution de ce qui a été injustement soustrait<sup>696</sup>.

En effet, son but reste d'assurer le salut des âmes, continuellement menacé par le péché. Comme nous l'avons précisé à propos du droit canon, à chaque fois qu'un acte moralement illicite – tel qu'une rupture de la justice – est accompli, ses répercussions ne se limitent point à la relation avec la victime, mais entachent également la relation entre le responsable et Dieu. De même, la *restitutio* ne se bornera pas à favoriser la réconciliation avec la victime, mais permettra aussi le pardon divin. Diego de Covarrubias (1512-1577) confirme ce propos, justement en matière de *damnum* et d'*iniuria*, à partir même du *Proœmium* de sa *Regulae Peccatum Relectio*, l'ouvrage dédié à la rémission des péchés. Après avoir défini l'*iniuria* et le *damnum* de lésions infligées contre tant Jésus-Christ que la charité dans sa nature même<sup>697</sup>, Covarrubias introduit la *restitutio* en ces termes :

*Didaci Covarrubias a Leyva op. cit.*, note 689, *Proœmium* (p. 2) : « (...) Nam cum & iustitia ipsa, quae potissima moralium virtutum est, manifeste violetur cum quis proximo damnum intulerit, palam consequitur, peccatum istud minime dimittit, nisi damni illati compensatio fiat: aliter etenim non servatur ipsius iustitiae lex (...) »

« Puisque la justice elle-même, qui est la plus importante parmi les vertus morales, est manifestement violée lorsque quelqu'un produit un dommage à autrui, il s'en suit évidemment que le responsable ne s'acquitte point de ce

---

<sup>695</sup> R. FEENSTRA, « Grotius' Doctrine of Unjust Enrichment as a Source of Obligation: its Origin and its Influence in Roman-Dutch Law », in E. J. H. SCHRAGE (dir.), *Unjust Enrichment. The Comparative Legal History of the Law of Restitution*, Berlin, Duncker & Humblot, 1999, p. 197-236, spec. p. 209 ; N. JANSEN, *op. cit.*, note 682, p. 927.

<sup>696</sup> O. CONDORELLI, « Norma giuridica e norma morale, giustizia e *salus animarum* secondo Diego de Covarrubias », *RIDC* 19 (2008), p. 163-203, spéc. p. 166.

<sup>697</sup> *Didaci Covarrubias a Leyva op. cit.*, note 689, *Proœmium* (p. 1) : « *laesionem adversus institutam a Christo Iesu, & natura ipsa charitatem* ».



péché, à moins qu'une compensation du dommage occasionné ne soit remise : dans le cas contraire, la loi de la justice elle-même n'est pas respectée ».

Les mots de Covarrubias ne peuvent plus nous surprendre. Conformément à la théologie morale, et notamment au principe *non remittetur*, le fait d'occasionner un dommage constitue tant une source d'obligation envers la victime du préjudice qu'une lésion de la vertu morale de la justice commutative, d'où la double fonction de la *restitutio*.

Le théologien anversois Léonard Lessius (1554-1623), qui appartenait à la Compagnie de Jésus et fut en contact avec l'école de Salamanque<sup>698</sup>, nous fournit une confirmation ultérieure de cette conclusion. Dans son traité sur la justice et le droit, Lessius dédie une section à l'étude des offenses et dommages et de la *restitutio* qui doit nécessairement en dériver<sup>699</sup>. Selon Lessius, tout comme la justice particulière attribue à chacun le sien, l'acte contraire à la justice particulière constitue une violation du droit d'autrui : par conséquent, il se caractérise par l'*iniuria*<sup>700</sup>. Parmi les comportements *iniuriā*, qui nécessitent une *restitutio* pour le rétablissement de la justice, le *damnum* est expressément mentionné, et Lessius qualifie de *compensatio* l'acte réparateur requis pour la rémission de ce péché : « (...) *qui damnum intulit, compensat, non restituit* (...)»<sup>701</sup>. Néanmoins, il semble ne s'agir que d'une précision terminologique : peu après, Lessius définit la notion de *restitutio* comme suit :

*Leonardi Lessii op. cit.*, note 699, 2.7 dub. 4 (p. 62) : « (...) *Hinc patet Restitutionem esse opus externum Iustitiae commutativae, quia huius virtutis est constituere aequalitatem*<sup>702</sup> *inter datum, & acceptum, inter damnum, & compensationem* (...) »

---

<sup>698</sup> Sur l'œuvre de Lessius, v. notamment W. DECOCK, *Le marché du mérite. Penser le droit et l'économie avec Léonard Lessius*, Le Kremlin-Bicêtre, Zones Sensibles, 2019, p. 13-26 et *passim*.

<sup>699</sup> *Leonardi Lessii De iustitia et iure libri quatuor*, éd. Brixiae, 1696, lib. 2, sect. 2 (p. 60-154).

<sup>700</sup> *Op. ult. cit.*, 2.7 dub. 1 (p. 61) : « *Sicut enim actu Iustitiae cuique ius suum tribuitur; ita Iniustitiae hoc ius violatur: in qua violatione sita est iniuriae ratio* ».

<sup>701</sup> *Op. ult. cit.*, 2.7 dub. 4 (p. 62).

<sup>702</sup> Nous nous occuperons de la signification jusnaturaliste du vocable *aequalitas* notamment au cours de l'étude de la pensée de Samuel Pufendorf (v. *infra*, sect. 2, § 2).

« Il est clair que la *restitutio* est la manifestation extérieure de la justice commutative, puisqu'il est propre à cette vertu de reconstituer l'équilibre entre ce qui est remis et ce qui est reçu, ainsi qu'entre le dommage et la réparation ».

Jusqu'ici, la conclusion que nous pourrions tirer de l'examen de la théorie tardo-scholastique du *damnum* et de la *restitutio* ne diverge pas des résultats auxquels Thomas d'Aquin était parvenu : la production d'un *damnum* rompt l'équilibre visé par la justice commutative et requiert une *restitutio* subséquente, sous forme de réparation, pour que cette même justice soit reconstituée. En même temps, le comportement préjudiciable est appréhendé sur le plan de la morale catholique : il constitue un péché dont le fidèle peut demander la rémission divine uniquement après avoir dédommagé la victime. Apparemment, l'impact de la seconde Scolastique sur la théorie de la fonction de la responsabilité aquilienne ne semble donc pas excessivement frappant. Pour identifier une nouveauté capitale pour notre question dans la production de l'école de Salamanque, il y a lieu de s'interroger autour de la source de la *restitutio* et, plus généralement, de la justice commutative entière.

La réponse nous est fournie par le fondateur de la seconde Scolastique lui-même. Dans son commentaire à la *Quaestio* 62, Francisco de Vitoria soutient que toute *restitutio* se fonde sur le droit de propriété : « *Omnis restitutio fundatur in dominio*<sup>703</sup> ». Nous pourrions estimer que cette affirmation se situe sur le seul plan de l'exégèse, par rapport à la qualification d'*actus commutativae iustitiae* que Thomas d'Aquin attribue à la *restitutio*. Toutefois, l'autorité que cette thèse de Vitoria put recueillir au sein de l'école de Salamanque impose un regard plus approfondi. Par exemple, Domingo de Soto (1494-1560) qualifia le *dominium* de base et fondement de toute relation où la justice commutative est présente<sup>704</sup>.

Pour analyser la raison du fondement de la *restitutio* dans le *dominium*, il y a lieu de rappeler le fait que, sur les plans théologique et moral, rien ne change dans l'obligation de *restituere* suivant sa source, qu'il s'agisse du paiement d'une somme

---

<sup>703</sup> F. DE VITORIA, *Comentarios a la Secunda secundae de Santo Tomas*, éd. Salamanca, Apartado 17, 1934, ad Q. 62 art. 1, 6 (p. 65).

<sup>704</sup> V. à ce propos *Fratriis Dominici Soto Segoviensis op. cit.*, note 689, 4, *Prooemium* (p. 256) : « (...) *Enimvero dominium [...] basis fundamentumque est omnium contractuum conventorumque; & pactorum, quae per commutativam iustitiam celebrantur* (...) ».

indue, d'un contrat, d'un vol ou d'un *damnum*<sup>705</sup>. Ce désintéret diverge remarquablement de l'attitude du droit romain à l'égard des sources de l'obligation. Au-delà des différents critères de subdivision que nous connaissons, le caractère typique des remèdes procéduraux permet d'identifier une volonté d'encadrer strictement les faits et actes susceptibles de constituer un rapport obligatoire<sup>706</sup>. En revanche, l'obligation de *restitutio* et la justice commutative qu'elle reflète s'enracinent dans la propriété : chaque fidèle est chargé de garder l'équilibre pour accéder au salut éternel de son âme, selon l'adage *non remittetur peccatum*.

Loin de rester confinées au plan dogmatique, les conséquences pratiques de cette innovation, ce qui n'était aussi explicite chez Thomas d'Aquin<sup>707</sup>, ne sont point négligeables : désormais, la possibilité de demander la *restitutio* d'un certain bien, qu'elle soit en nature ou par équivalent, faisait partie des prérogatives découlant du droit de propriété. Dès lors, quant à la *restitutio ratione rei*, la bonne foi du défendeur ne vaut pas, dans l'esprit de la seconde Scolastique, à l'exonérer de l'obligation restitutoire, puisque l'équilibre patrimonial entre lui et la victime d'une perte injuste nécessite tout de même d'être rétabli<sup>708</sup>. Certes, concernant la *restitutio ratione acceptionis* à laquelle appartient la réparation du dommage injustement produit, le rééquilibrage est fait autant que possible (« *soweit als möglich*<sup>709</sup> »). Toutefois, même dans cette dernière forme, l'obligation en question dérive du *dominium*, conformément à l'opinion de Vitoria et de son école : nous pouvons dégager de l'œuvre tardo-scholastique que le propriétaire a, pour la seule raison de son droit sur le bien endommagé, le droit d'en demander la réparation.

Les implications d'une telle conclusion sont marquantes : la réflexion tardo-scholastique ouvre la voie à une responsabilité aquilienne générale et objective. En effet, comme dans l'*actio subsidiaria* inventée par les juristes du *ius commune*, la nature du comportement dommageable n'est pas prise en compte pour statuer sur la responsabilité du défendeur. À ceci s'ajoute que, parallèlement au désintéret pour la

---

<sup>705</sup> V. *supra*, note 695.

<sup>706</sup> N. JANSEN, *op. cit.*, note 682, p. 927-928. V. *supra*, introduction à la deuxième partie.

<sup>707</sup> O. CONDORELLI, *op. cit.*, note 696, p. 171.

<sup>708</sup> N. JANSEN, *op. cit.*, note 682, p. 928 : « *Folgerichtig war für die Spätscholastiker selbstverständlich, dass es im Rahmen der restitutio ratione acceptionis den Schaden soweit als möglich wiedergutzumachen galt, und dass auch ein gutgläubiger Schuldner im Rahmen der restitutio ratione rei seine Bereicherung aus fremdem Recht vollständig - freilich auch nur in Höhe der verbliebenen Bereicherung - herauszugeben hatte* ».

<sup>709</sup> *Ibid.*

bonne foi du débiteur d'une *restitutio*, il semble que l'élément subjectif de l'acte préjudiciable n'est pas non plus considéré pour que l'obligation de dédommager soit constituée dans le chef de l'auteur du dommage.

Ainsi formulée, la réflexion tardo-scholastique sur la *restitutio* appliquée au *damnum iniuriā* (ou mieux, *iniustitiā*) semble anticiper directement la théorie de la responsabilité objective du jusnaturaliste Christian Thomasius (1655-1728), dont nous nous occuperons au cours de la seconde section de ce chapitre. En poursuivant le chemin tracé par l'école de Salamanque, la mise en place d'un droit à la *restitutio* qui découle de la seule propriété pourrait même conduire à sortir d'un *damnum iniuriā* conçu comme un rapport entre le responsable et la victime. Plus précisément, il serait possible d'affirmer qu'en présence d'un préjudice contraire à la justice commutative, la victime est titulaire du droit à recevoir un dédommagement dont le débiteur doit être recherché et identifié par le système juridique. La personne chargée de la *restitutio* ne serait même plus qualifiable de responsable aquilien dans le sens romain du terme. Comme dans le cas de la responsabilité du fait d'autrui, ce n'est que pour une qualité particulière (une activité, la garde d'une chose dangereuse, le rapport de travail avec l'agent etc.) que telle ou telle personne serait identifiée par le système juridique comme étant le débiteur de la *restitutio* à laquelle la victime a droit en raison de son *dominium*.

Certes, cette conclusion ne fait pas partie de la réflexion tardo-scholastique sur la *restitutio*, à propos de laquelle les théologiens de Salamanque soulignent la nécessité pour la rémission du péché commis par l'auteur du déséquilibre<sup>710</sup>. Toutefois, bien que leur attention au volet moral de la *restitutio* les ait conduits à insérer la réflexion sur cette obligation dans la relation entre le responsable et la victime, la possibilité de pousser leurs conclusions jusqu'à l'affirmation d'une responsabilité purement objective souligne le caractère inédit de ces théories.

---

<sup>710</sup> L'exemple le plus parlant à cet égard est constitué par la *Regulae Peccatum Relectio* de Covarrubias (*op. cit.*, note 697). Sa *Secunda Relectionis Pars* commence par la précision que (p. 44) la *restitutio* s'oppose au préjudice, et rend ce que l'acte préjudiciable avait soustrait (« *Restitutio laesioni opponitur, nam & ea illud reddit, quod laesio abstulerat (...)* »). Nous nous sommes penchés sur l'œuvre de Covarrubias in F. S. TAVAGLIONE, *op. cit.*, note 664, p. 271-272.

## Section 2. Responsabilité aquilienne et jusnaturalisme, entre réception et évolution

Selon Hans Thieme, « le point décisif pour la doctrine scolastique a été toujours la correspondance avec le droit divin, le droit de la nature, la justification devant [...] la conscience. Et comme moyen de justification la *Secunda Scolastica* se servait de la ‘ratio naturalis’, de la raison naturelle, inscrite par Dieu dans la nature<sup>711</sup> ».

La grande évolution dont la seconde Scolastique se fit porteuse est justement l’application de la raison au droit naturel, donc divin, qui corrobore toute réflexion morale : « la définition ne sera pas plus incertaine si l’on procède du droit naturel que si l’on argumente à partir des saintes écritures<sup>712</sup> ». Ceci entraîna deux conséquences, comme il l’a brillamment été remarqué. D’une part, la différence entre Thomas d’Aquin et la seconde Scolastique réside en ce que le raisonnement du premier a un esprit spéculatif, alors que la seconde vise à se faire promotrice de la morale chrétienne, et ses représentants sont actifs<sup>713</sup>. D’autre part, le droit romain qui se manifestait dans l’*interpretatio* des juristes du *ius commune* nécessitait une adaptation permanente à la morale chrétienne des sources remontant à Justinien<sup>714</sup>.

Voici donc que la seconde Scolastique, tout en gardant le contact avec le panorama intellectuel du Moyen-Âge, ouvrit logiquement la voie à la réflexion jusnaturaliste. D’une part, l’exigence d’un nouveau système en mesure de dépasser le droit romain était de plus en plus marquée ; d’autre part, il n’y a qu’un pas de la conception d’un droit naturel divin doté d’un équilibre rationnel à la laïcisation de cette dernière réflexion<sup>715</sup>. La conséquence de ceci fut la construction d’un droit qui relevait entièrement de la raison naturelle, dont Grotius et ses successeurs se firent les interprètes. D’ailleurs, il sera possible de remarquer, au cours des prochaines

---

<sup>711</sup> H. THIEME, *op. cit.*, note 484, p. 15.

<sup>712</sup> La phrase « *Quare non multo incertior erit diffinitio, si ex naturalibus procedat, quam si ex sacris literis argumentaremur* », attribuée à F. de Vitoria sans références ultérieures, est citée *ibid.*

<sup>713</sup> M. VILLEY, « La promotion de la loi et du droit subjectif dans la seconde Scholastique », in P. GROSSI (dir.), *op. cit.*, note 484, p. 52-71, spéc. p. 60.

<sup>714</sup> H. THIEME, *op. cit.*, note 484, p. 15.

<sup>715</sup> Le problème de la laïcisation jusnaturaliste d’une pensée juridique jadis enracinée dans la théologie est spécifiquement abordé par F. TODESCAN (*Le radici teologiche del giusnaturalismo laico. I. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Ugo Grozio*, Milano, Giuffrè, 1983, p. 1-18 et *passim*).

pages, que plusieurs notions thomistes et tardo-scolastiques furent reprises et affinées par les jusnaturalistes.

Le but des présentes pages étant de démontrer l'influence profonde du débat philosophique sur l'évolution de la fonction du *damnum iniuriā* à travers les époques historiques, il y a lieu d'examiner les constructions théoriques formulées en la matière par trois jusnaturalistes, à savoir Hugo Grotius (§ 1), Samuel Pufendorf (§ 2) et Christian Thomasius (§ 3), qui permettent d'identifier trois manières d'appréhender la responsabilité *ex damno dato* qu'il sera possible de trouver au sein des codifications modernes.

Le choix de limiter à ces auteurs la présentation de la pensée jusnaturaliste en matière de fonction du *damnum iniuriā* n'est pas anodin. En effet, nous avons pu remarquer qu'à l'issue de l'époque du *ius commune*, la réparation du dommage était désormais au centre de la responsabilité aquilienne. La portée intellectuelle de la seconde Scolastique en matière de dommage et *restitutio* se greffe sur cette perspective. Quoiqu'implicitement, les juristes de l'école de Salamanque avaient fourni la base logique pour une relation *ex lege Aquiliā* où le rôle de la victime était encore plus central, à tel point que le « responsable » aurait pu être remplacé par un simple débiteur de la réparation à laquelle la victime avait droit en raison de sa propriété.

À ce propos, parmi les jusnaturalistes des XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècles, les trois que nous avons choisis apportent chacun une évolution tangible dans la centralité de la fonction réparatrice du *damnum iniuriā*. Ce développement débouchera chez Christian Thomasius (1655-1728) sur la consécration générale de la responsabilité objective, la véritable apothéose du dédommagement. Nous verrons que seule l'exigence de réparer le préjudice sera prise en compte, sans considération d'aucun élément ultérieur.

## §1. Hugo Grotius

Il est possible de qualifier Hugo Grotius (1583-1645) de précurseur et fondateur de l'école jusnaturaliste<sup>716</sup>, tant sur le plan chronologique que sur celui intellectuel. Sa formation religieuse<sup>717</sup> et sa proximité avec la seconde Scolastique, notamment par le biais de Lessius, se traduisirent par une influence soulignée par la doctrine, également dans nos questions<sup>718</sup>.

Dans la production de Grotius, deux ouvrages méritent particulièrement notre attention, au vu de leur impact sur la science du droit naturel (le traité *De iure belli ac pacis*) et du droit romain et hollandais<sup>719</sup> (*Inleiding tot de Hollandsche rechtsgeleerdheid*, « Introduction à la science juridique hollandaise »).

Au sein de ce dernier ouvrage, auquel nous nous référerons dorénavant par le seul vocable *Inleiding*, Grotius fait preuve de connaissance de la théorie thomiste et tardo-scolastique de la *restitutio*, à partir des deux éléments qu'il qualifie de constitutifs d'un rapport obligatoire : la promesse (*toezegging*) et le déséquilibre (*onevenheid*)<sup>720</sup>. Concernant le déséquilibre, Grotius prend soin de restreindre le champ de la notion. Plus précisément, il affirme que tout déséquilibre ne constitue pas une obligation, ce qui reviendrait à attribuer à toutes les personnes la même richesse ; en revanche, seules les inégalités dont autrui tire directement un profit, voire causées par autrui, sont en mesure d'engendrer une dette restitutoire à la charge de celui qui en a profité<sup>721</sup>. Encore une fois, c'est la seconde de ces catégories qu'il y a lieu d'aborder : dans le système de Grotius, le *damnum* fait justement partie des déséquilibres occasionnés par autrui de manière non amiable (*ter onminne*). La

---

<sup>716</sup> Cette opinion remonterait à Samuel Pufendorf (1632-1694). V. à ce propos G. AMBROSETTI, *I presupposti teologici e speculativi delle concezioni giuridiche di Grozio*, Bologna, Zanichelli, 1955, p. 166-169.

<sup>717</sup> F. TODESCAN, *op. cit.*, note 715, p. 25-26.

<sup>718</sup> V. notamment R. FEENSTRA, « Théories sur la responsabilité civile en cas d'homicide et en cas de lésion corporelle avant Grotius », in *Études d'histoire du droit privé offertes à Pierre Petot*, Paris, LGDJ, 1959, p. 157-171 ; *Id.*, « L'influence de la Scolastique espagnole sur Grotius en droit privé : quelques expériences dans des questions de fond et de forme, concernant notamment les doctrines de l'erreur et de l'enrichissement sans cause », in P. GROSSI (dir.), *op. cit.*, note 484, p. 377-402 ; P. CERAMI, *op. cit.*, note 185, p. 119-121 ; R. FEENSTRA, *op. cit.*, note 695, p. 197-200 ; M. F. CURSI, *Danno*, *op. cit.*, note 34, p. 153-176.

<sup>719</sup> R. FEENSTRA, *op. cit.*, note 695, p. 197.

<sup>720</sup> H. DE GROOT, *Inleiding tot de Hollandsche Rechtsgeleerdheid*, éd. Middelburg, Pieter Gillissen, 1767, 3.1.9 (p. 437).

<sup>721</sup> *Op. ult. cit.*, 3.1.15 (p. 438) : « *Wat onevenheid aangaat, zoo komt alhier niet in aanmerkinge allerhande onevenheid: want de menschen kunnen niet even ryk zyn: maar die onevenheid alleen, die een ander dadelyk batet, of door oniboudinge baten zoude, of die door een ander is veroorzaakt* ».

personne qui cause un dommage est tenue de le réparer alors même qu'elle n'en a tiré aucun profit, car il suffit, pour que l'obligation soit constituée, qu'un préjudice ait été occasionné par son comportement<sup>722</sup>.

Nous pourrions d'ores et déjà être en mesure de soutenir que Grotius fit sienne la perspective thomiste et tardo-scholastique de la *restitutio*, mettant ainsi en exergue la fonction pleinement réparatrice de l'obligation *ex damno*. D'après Grotius, l'exigence d'un équilibre patrimonial à reconstituer après la production d'un dommage ne coïncide pas avec l'égalité des patrimoines : conformément à la justice distributive aristotélicienne, l'équité dans la distribution des richesses ne coïncide pas avec leur répartition égale du point de vue quantitatif<sup>723</sup>. Néanmoins, la sauvegarde de la proportion arithmétique dans les relations qu'Aristote qualifiait de *synallágmata* impose, encore une fois, la constitution d'une obligation réparatrice du préjudice occasionné à autrui.

À partir de cette théorie, qu'il tire des réflexions tardo-scholastiques, Grotius élaborera, dans son traité *De iure belli ac pacis*, une construction du *damnum iniuriæ* qui jeta les bases du débat jusnaturaliste en la matière. Sa théorie, dont l'importance pour la modernité est centrale, parvint à se détacher du droit romain pour bâtir un système autonome<sup>724</sup>. À ce propos, l'entièreté de la réflexion de Grotius portant sur notre matière, qui fait l'objet du chapitre « *De damno per injuriam dato, & obligatione, quæ inde oritur* », est construite autour d'une définition inédite du *maleficium* :

*Hugonis Grotii De Iure Belli ac Pacis libri tres*<sup>725</sup>, 2.17.1 (p. 319) : « (...) *maleficium 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* ».

---

<sup>722</sup> *Op. ult. cit.*, 3.1.18 (p. 438) : « *Ter onminne, wanneer iemand schade heeft geleden, tegen zynen wille, door eens anders misdaad. En hieruit ontstaat mede schuld van vergoeding, al ware de misdadige niet gebaat, alzoo't genoeg is, dat door zyn daad de schade is toegekomen* ».

<sup>723</sup> *V. supra*, note 375.

<sup>724</sup> À ce propos, v. B. KUPISCH, « La responsabilità da atto illecito nel diritto naturale », in L. VACCA (dir.), *op. cit.*, note 51, p. 123-143, spéc. p. 134-138 ; M. F. CURSI, *op. cit.*, note 93, p. 34-39 ; *Ead.*, *Danno, op. cit.*, note 34, p. 153-165.

<sup>725</sup> Éd. Amstelædami, apud Janssonio-Waesbergios, 1680.



« Nous définissons comme *maleficium* toute faute, qu'elle se manifeste par une action ou une omission, qui est contraire à ce qu'il y a lieu de faire soit en tant que communauté humaine, soit en raison d'une qualification particulière. Si un préjudice est occasionné par ce comportement, une obligation de réparation du dommage naît naturellement ».

Grotius opère ici la première tentative de fournir, sur le plan du droit matériel, la norme générale de responsabilité aquilienne à laquelle les juristes du *ius commune* s'étaient de plus en plus rapprochés sans l'atteindre<sup>726</sup>, sinon du seul point de vue de la procédure. Plus précisément, chez Grotius, tout comportement commis *culpa*, qu'il consiste en une action ou une omission, oblige son auteur à dédommager la victime selon un principe de droit naturel.

Il convient d'examiner deux éléments en particulier de la notion de *maleficium* théorisée par Grotius. D'une part, le comportement dommageable ne reçoit aucune autre qualification que la référence à la *culpa* ; d'autre part, ce comportement oblige son auteur à réparer le dommage qui en est éventuellement dérivé. Dès lors, nous nous attarderons sur la théorie de Grotius à propos du comportement dommageable et du préjudice réparable.

Quant au premier de ces deux éléments, constatons d'abord que, désormais, la seule qualification du comportement dommageable est opérée sur le plan de l'élément subjectif. Dans la réflexion de Grotius, pour que l'obligation de réparation du dommage soit constituée à la charge du responsable, il est nécessaire que son action ou son omission présente l'élément psychologique qui se situe entre le dol et le hasard (*inter plenam injuriam & merum infortunium*<sup>727</sup>), qualifié d'*amártema* (ἀμάρτημα) chez les Grecs et de *culpa* en droit romain<sup>728</sup>. Cet exposé de droit naturel tranche avec celui que Grotius propose dans *Inleiding*. Ici, la référence à la faute

---

<sup>726</sup> G. ROTONDI, *op. cit.*, note 34, p. 529 : « il maleficium non è il denominatore comune di figure isolate di delitti e quasi delitti, ma una figura autonoma, caratterizzata da un unico elemento comune, la colpa ». Sur ce point, v. aussi G. P. MASSETTO (*op. cit.*, note 518, p. 1160), qui affirme que, chez Grotius, la *culpa* « costituisce l'ineliminabile presupposto della responsabilità ».

<sup>727</sup> H. DE GROOT, *op. cit.*, note 720, 3.11.4.1 (p. 571). V. à ce propos M. F. CURSI, *Danno, op. cit.*, note 34, p. 154.

<sup>728</sup> *Op. ult. cit.*, 3.11.4.2 (p. 571).

disparaît de la notion de délit (*misdaad*). Seule l'illégalité de l'acte (en soi ou selon une loi quelconque) est cette fois prise en compte<sup>729</sup>.

À ce propos, tant Robert Feenstra<sup>730</sup> que Floriana Cursi<sup>731</sup> semblent exclure que Grotius se réfère, par les mots *maleficium* et *misdaad*, à deux concepts distincts, dans les deux ouvrages que nous avons cités : si les deux définitions diffèrent, c'est probablement à cause des finalités divergentes entre les deux ouvrages.

Effectivement, dans le cas de l'*Inleiding*, il importe à Grotius de mettre en exergue l'élément objectif du comportement illicite : la contrariété à une norme juridique, qui découle de la signification même du vocable « illicite », caractérise matériellement l'acte qui engage la responsabilité aquilienne. Vice-versa, dans le traité *De iure belli ac pacis*, l'accent est plutôt mis sur le résultat dommageable. Le droit naturel requiert une réparation de ce *damnum* en raison de l'injustice causée. À son tour, cette dernière dérive du fait que le dommage a été causé *culpā*, soit en contradiction avec ce que *homines facere debent*.

Suivant la logique qui nous guide depuis l'examen du droit romain, nous pouvons conclure qu'en présentant l'illicéité objective du comportement, Grotius souligne la possibilité que cet acte donne lieu à une réponse de la part de l'ordre juridique, qui se manifeste par l'infliction d'une sanction punitive. Dans l'*Inleiding*, la peine *ex damno* est présentée immédiatement après la définition de *misdaad*<sup>732</sup>. En revanche, lorsque l'auteur s'occupe davantage du résultat préjudiciable, son raisonnement vire vers la réparation du dommage : comme nous le savons, dans le *De iure belli ac pacis*, la définition de *maleficium* est complétée par la mention de la nécessité *ut [damnum] resarciatur*. Encore une fois, le raisonnement de Grotius suivrait la tradition scolastique de la séparation des plans punitif et réparateur, qui

---

<sup>729</sup> *Op. ult. cit.*, 3.32.2 (p. 672) : « *Misdaad is en doen of laten, zynde uit zichzelf, of door eenige wet ongeoorloofd* ».

<sup>730</sup> R. FEENSTRA, « Das Deliktsrecht bei Grotius, insbesondere der Schadensersatz bei Tötung und Körperverletzung », in *Id.*, R. ZIMMERMANN (dir.), *Das römisch-holländische Recht. Fortschritte des Zivilrechts im 17. und 18. Jahrhundert*, Berlin, Duncker & Humblot, 1992, p. 429-454, spéc. p. 432-433 ; *Id.*, « Grotius' Doctrine of Liability for Negligence: its Origin and its Influence in Civil Law Countries until Modern Codifications », in E. J. H. SCHRAGE, *Negligence. The Comparative Legal History of the Law of Torts*, Berlin, Duncker & Humblot, 2001, p. 129-170, spéc. p. 134-135.

<sup>731</sup> M. F. CURSI, *Danno*, *op. cit.*, note 34, p. 158.

<sup>732</sup> H. DE GROOT, *op. cit.*, note 720, 3.32.7 (p. 673). « *Uit één misdaad kan ontstaan tweederlei verbintenisse : de eene tot straf; de andere tot wedergeving van de onevenheid. De verbintenisse tot straffe spruit uit eenige wet en uit de aangebore wet wel in 't gemeen, alzo de reden ons leert* ».

débouche sur la possibilité qu'un seul et même comportement dommageable produise les deux conséquences à la fois sans qu'elles se superposent<sup>733</sup>.

Cependant, concentrons-nous sur la théorie de droit naturel proposée par Grotius. L'examen du passage où il traite explicitement le rapport entre *delictum* et *maleficium* dans le *De iure belli ac pacis* permet de l'expliciter davantage :

*Hugonis Grotii op. cit.*, note 725, 2.21.1.1 (p. 403) : « (...) *non tamen semper, ubi damni obligatio est, etiam delictum est, sed tum demum, si qua malitia notabilior accesserit, cum ad damni dati obligationem saepe qualiscumque culpa sufficiat* »

« Où il y a une obligation *ex damno*, il n'y a toutefois pas toujours également un *delictum* : c'est le cas seulement si une malveillance remarquable s'ajoute au comportement préjudiciable. Pour que l'obligation soit constituée, une faute quelconque est souvent suffisante ».

Il est possible de tirer de ce passage que les notions de *maleficium* et de *delictum* peuvent bien se référer au même comportement ; néanmoins, les *delicta* constituent un sous-ensemble de la catégorie générale des *maleficia*, puisque seuls les *delicta* donnent lieu à l'infliction d'une punition à l'égard de leur auteur. Pour qu'un comportement soit qualifiable de *delictum* dans le droit naturel de Grotius, l'élément subjectif doit être d'une gravité supérieure, *notabilior*, par rapport à la *culpa* générale, ou *culpa media*<sup>734</sup>, qui oblige, quant à elle, au seul dédommagement.

À nouveau, cette conclusion est conforme à la théorie – qui remonte à Thomas d'Aquin – selon laquelle il n'est pas nécessaire qu'un comportement soit pénalement sanctionné pour qu'il donne lieu à une obligation de réparation. Sans surprise, ceci est dû aux différentes logiques qui animent la punition et le dédommagement. D'une part, la peine présente une relation directe avec le comportement spécifique que l'ordre juridique reproche au responsable ; d'autre part, la réparation du préjudice se

---

<sup>733</sup> Pour un aperçu de la séparation entre peine et dédommagement dans la pensée de Thomas d'Aquin, v. *supra*, deuxième partie, ch. I.

<sup>734</sup> *Hugonis Grotii op. cit.*, note 725, 3.11.4.8 (p. 575) : Grotius remarque que la *culpa media* donne lieu à *restitutio* mais que souvent elle ne mérite pas une peine, notamment la peine capitale (« (...) *Culpa media ut restitutioni obnoxia est, ita poenam saepe non meretur, praesertim capitaleam* (...) »). Pour un regard plus approfondi sur l'extrait en question, v. *infra* dans le présent paragraphe.

rallie à la conséquence causale de ce comportement, et tend à éliminer un déséquilibre introduit par la production du *damnum*. C'est dans la définition elle-même de *maleficium*, que nous avons citée plus haut, que Grotius réélabore le concept aristotélicien, thomiste et tardo-scolastique de justice commutative. Sur cette base, il parvient à une véritable redéfinition des rapports entre *iniuria* et *culpa*, que la tradition assimilait depuis la période classique du droit romain<sup>735</sup>.

Tout d'abord, la *culpa* semble coïncider, dans la pensée de Grotius, avec le comportement dommageable lui-même<sup>736</sup>. Puisqu'il s'agit du seul élément nécessaire à retenir l'existence d'un *maleficium*, le terme *culpa* est employé par l'auteur du *De iure belli ac pacis* pour désigner tant l'élément subjectif du comportement que l'acte objectif : *maleficium appellamus culpam*, dans une métonymie que nous pouvons également retrouver dans le vocable français « faute<sup>737</sup> ». Selon la définition de *maleficium* citée plus haut, l'on commet une *culpa* lorsque son action ou son omission est en conflit avec les devoirs sociaux que le droit naturel prévoit pour l'humanité entière en tant que communauté, ou pour certains hommes qui revêtent une qualité particulière au sein de cette même communauté. La production d'un dommage à partir de ce comportement rendra l'auteur de la *culpa* responsable à l'égard de la victime, et débiteur de la somme nécessaire à ce que le dommage soit réparé.

Dès lors, il devient également nécessaire d'examiner la notion d'*iniuria* retenue par Grotius, d'autant plus qu'elle apparaît, au sein du *De iure belli ac pacis*, dans l'intitulé du *caput* XVII du livre 3 mais – au moins en apparence – non pas dans la définition de *maleficium*<sup>738</sup>. À ce propos, constatons d'abord que la référence à l'*iniuria* n'est pas superposable, dans le traité en question, à l'adjectif *iniustus* employé par Grotius notamment lors de l'examen des différents degrés de l'élément subjectif :

*Hugonis Grotii op. cit.*, note 725, 3.11.4.8 (p. 575) : « (...) *Mera infortunia nec poenam merentur nec ad restitutionem damni obligant. Iniustas actiones ad*

---

<sup>735</sup> V. *supra*, note 391.

<sup>736</sup> M. F. CURSI, *Danno*, *op. cit.*, note 34, p. 155.

<sup>737</sup> Dans le *Petit Robert de la langue française* (éd. Paris, Dictionnaires Le Robert, 2015), la première signification du substantif « faute » est de « [m]anquement à la règle morale ; mauvaise action ».

<sup>738</sup> M. F. CURSI, *Danno*, *op. cit.*, note 34, p. 154.

*utrumque. Culpa media restitutioni obnoxia est, ita poenam saepe non meretur, praesertim capitale (...)* »

« Les événements purement fortuits ne méritent pas une peine et n'obligent pas à la réparation du dommage. Les actions injustes requièrent les deux. La *culpa media* est passible de la *restitutio*, mais souvent ne mérite pas une peine, surtout capitale<sup>739</sup> ».

Dans l'extrait, c'est la deuxième phrase qui nous intéresse. La cohérence de la construction théorique de Grotius est gardée si nous n'assimilons pas méfait (*maleficium*) et comportement injuste (*actio iniusta*). En effet, les comportements qui provoquent tant une réaction punitive que la constitution d'une obligation réparatrice ne sont rien d'autre que les *misdadén* dont Grotius s'occupe dans l'*Inleiding*, qualifiés aussi de *delicta* dans le *De iure belli ac pacis*. Ils sont caractérisés par la malveillance remarquable (*malitia notabilior*) nécessaire à punir le comportement au-delà de la réparation du préjudice.

Nous pouvons donc exclure que Grotius emploie le vocable *iniuria* dans son intitulé du *caput XVII* en se référant à l'*actio iniusta* : au début de ce chapitre XVII, il définit le *maleficium* dans sa stricte relation avec la nécessité d'une réparation du dommage qui en dérive.

L'explication qu'il y a lieu d'adopter, dans le sillage d'une doctrine récemment réaffirmée<sup>740</sup>, réside justement dans l'exigence de dédommagement que nous avons mise en exergue. Le *damnum* dont traite Grotius est produit *per iniuriam*, soit à travers la rupture de la justice commutative. La notion d'*iniuria* ne désigne désormais plus ni l'absence de causes de justification ni l'élément subjectif de la faute, mais l'injustice à laquelle seule la nécessaire<sup>741</sup> réparation du préjudice peut remédier. En ce sens, Grotius récupère la composante morale liée à la *restitutio* élaborée par la philosophie thomiste, qu'il put connaître par Domingo de Soto, Diego de

---

<sup>739</sup> V. *supra*, note 733.

<sup>740</sup> V. à ce propos M. F. CURSI, *Danno, op. cit.*, note 34, p. 154-155.

<sup>741</sup> Léonard Lessius utilise justement l'expression *necessaria restitutio* dans l'intitulé du chapitre XII du deuxième livre de son traité sur la justice et le droit : *Leonardi Lessii op. cit.*, note 699, 2.12 (p. 107) : « *De iniuriis fortunarum, per furtum, rapinam, damnumve illatum, et de necessaria restitutione ob hanc causam* ».

Covarrubias et Léonard Lessius<sup>742</sup>. Contrairement à la tradition du droit romain et du *ius commune*, où l'*iniuria* n'appartenait qu'au comportement, il semble que, chez Grotius, l'*iniuria* désigne la *culpa*, c'est-à-dire l'acte dommageable, du point de vue téléologique. Le préjudice qui résulte de ce comportement se caractérise par l'*iniuria* car il brise la justice commutative. Dès lors, tant l'acte commis par le responsable que le dommage qu'il occasionne peuvent recevoir la qualification d'*iniuriosi*. La responsabilité aquilienne, en tant qu'institution juridique de droit naturel<sup>743</sup>, vise justement à éliminer l'injustice de ce dommage en fournissant à la victime les moyens pour rééquilibrer sa position à l'égard du responsable.

Cette conclusion permet d'introduire le second élément de la théorie jusnaturaliste de Grotius que nous avons identifié : le dommage *iniuriosus* qui doit faire l'objet d'une réparation (*damnum resarciatur*) à chaque fois qu'il est produit au moins par une *culpa media*.

Grotius fournit une définition de ce concept immédiatement après celle de *maleficium* :

*Hugonis Grotii op. cit.*, note 725, 2.17.2.1 (p. 320) : « *Damnum forte a demendo dictum, est τὸ ἔλαττον, cum quis minus habet suo, sive illud suum ipsi competit ex mera natura, sive accedente facto humano, puta dominio, aut pacto, sive ex lege (...)* »

« Le vocable *damnum*, qui dérive du verbe *demo* (soustraire), est τὸ ἔλαττον (ce qui est moindre), soit lorsque quelqu'un a moins que ce qui lui appartient, que cette appartenance existe par nature, par l'intervention humaine, par exemple la propriété ou le contrat, ou par la loi ».

Grotius tente ici de reconstruire l'étymologie de *damnum*<sup>744</sup>. Selon sa théorie, le *damnum* se produit lorsque quelqu'un a moins de ce qui est à lui, quelle que soit l'origine de cette appartenance. Les choses qui appartiennent à l'homme par nature

---

<sup>742</sup> V. en ce sens R. FEENSTRA, *op. cit.*, note 730, p. 431 ; M. F. CURSI, *Danno, op. cit.*, note 34, p. 155-156.

<sup>743</sup> Ceci est confirmé par l'adverbe *naturaliter* employé par Grotius pour décrire la constitution de l'obligation réparatrice à la suite de la production d'un *damnum* : v. *supra* dans ce paragraphe.

<sup>744</sup> Pour notre reconstruction de l'étymologie du terme *damnum*, v. *supra*, première partie, ch. I, introduction à la sect. 1.

sont la vie (pour qu'on la garde, non pas pour la perdre), le corps, les membres, l'honneur, la réputation, les actions qui nous sont propres<sup>745</sup>. En revanche, Grotius cite en tant que *facta humana* la propriété (*dominio*) et le contrat (*pacto*).

Nous pouvons tout d'abord tirer de cet extrait que la notion de *damnum* retenue par Grotius est d'une remarquable ampleur, à tel point que certains exemples se superposent, comme dans le cas du corps et de ses membres<sup>746</sup>. Au cours du XX<sup>e</sup> siècle, il a été souligné en doctrine (notamment par Feenstra) que la théorie du *damnum* démontre l'influence exercée sur Grotius par une pluralité de systèmes. En ce sens, la question du dédommagement pour le décès d'un homme libre occupe une place de premier plan.

*Hugonis Grotii op. cit.*, note 725, 2.17.13 (p. 322) : « (...) *Homicida injustus tenetur solvere impensas si quae factae sunt in Medicos, & iis quos occisis alere ex officio solebat, puta parentibus, uxoribus, liberis dare tantum quantum illa spes alimentorum, ratione habita aetatis occisi, valebat (...)* »

« L'auteur d'un meurtre est tenu de se charger des éventuelles dépenses médicales, ainsi que de remettre à ceux à qui la victime devait fournir les aliments une somme égale à la valeur de ces aliments, dont le défunt les aurait approvisionnés dans le futur, compte tenu de son âge ».

Comme nous le savons, le droit romain ne permettait pas l'*aestimatio* d'un homme libre, en vertu de l'adage *liberum corpus*<sup>747</sup> que Grotius cite lui-même, de manière surprenante, à la fin du treizième paragraphe<sup>748</sup>. En réalité, comme nous l'avons déjà vu à propos du *ius commune*, la défense de formuler une évaluation économique ayant pour objet le corps ou la vie d'une personne libre n'empêcha pas

---

<sup>745</sup> *Hugonis Grotii op. cit.*, note 725, 2.17.2.1 (p. 320) : « (...) *Natura homini suum est vita, non quidem ad perdendum, sed ad custodiendum, corpus, membra, fama, honor, actiones propriae (...)* ». La liste que Grotius présente ici est comparable à celle qui est présente dans l'*Inleiding*. V. à ce propos H. DE GROOT, *op. cit.*, note 720, 3.33.1 (p. 685) : « *Dadelyke misdaad zal bekwamelyk afgescheiden worden naar de verscheidenheid van de zaken, die byzondere lieden toekomen: die wy voor dezen hebben gezegd te zyn't LEVEN; 't LICHAAM; de VRYHEID, de EER, en GOEDEREN* ».

<sup>746</sup> M. F. CURSI (*Danno, op. cit.*, note 34, p. 160) affirme que leur mention est injustifiée en présence de la référence à la *vita* qui ouvre la liste des biens qui appartiennent à l'homme par nature. Or, il est bien possible de subir une atteinte physique sans qu'elle débouche sur la perte de la vie ; néanmoins, la superposition entre les énonciations du corps et de ses membres reste visible.

<sup>747</sup> V. *supra*, note 545 et *passim*.

<sup>748</sup> *Hugonis Grotii op. cit.*, note 725, 2.17.13 (p. 322) : « (...) *Vitae autem in libero homine aestimatio non sit secus in servo qui vendi potuit* ».

les juristes d'accorder la réparation des pertes patrimoniales que l'entourage du défunt subit du fait du meurtre. En ce sens, il semble que Grotius reprit ce principe notamment de Lessius<sup>749</sup> et de Soto<sup>750</sup>, sans oublier les références à Jacques Cujas, identifiées par Edwin Rabbie, qui démontreraient également une influence du *ius commune*<sup>751</sup>. Quoiqu'il en soit, Grotius paraît conscient de la nécessité d'accorder aux proches de la victime, dans un souci de justice commutative, une somme d'argent qui réalise leur *spes alimentorum*, c'est-à-dire l'espérance brisée d'obtenir les aliments.

Le modèle, comme le soutient Cursi à bon droit, est proche de celui du *lucrum cessans* retenu par Grotius à propos des préjudices physiques<sup>752</sup>. Plus précisément, l'approche de Grotius confirme ce que nous avons déjà pu remarquer dans les pages précédentes :

*Hugonis Grotii op. cit.*, note 725, 2.17.14 (p. 322) : « *Qui mutilavit similiter tenebitur ad impensas & ad restitutionem eius quod iam mutilatus est minus poterit lucrari. Sed sicut sibi vitae, ita & hic cicatricis in libero homine aestimatio non fit (...)* »

---

<sup>749</sup> *Leonardi Lessii op. cit.*, note 699, 2.9 dub. 19-26 (p. 83-87).

<sup>750</sup> *Fratris Dominici Soto Segoviensis op. cit.*, note 689, 4, q. 6, art. 3 (p. 308-324).

<sup>751</sup> E. RABBIE, « Grotius on Damages in Case of Homicide: De Iure Belli Ac Pacis 2,17,13 and de Satisfactione 2,9 », *RHD* 57 (1989), p. 109-116, spéc. p. 114-116. L'auteur identifie une ressemblance quasiment littérale entre un ouvrage de Grotius antérieur au *De iure belli ac pacis* et une *dubitatio* de Cujas là où les deux affirment que la famille du défunt doit recevoir une somme d'argent du responsable de la mort. V. en ce sens *Hugonis Grotii Defensio fidei catholicae De satisfactione Christi*, éd. Lipsiae, Fromman, 1730, 2.6 (p. 39) : « (...) *Mirati sunt quidam, quod ARISTOTELES homicidium quoque posuerit inter συναλλάγματα, contractus, in quibus versatur τὸ διορθωτικὸν δίκαιον, jus quod vim corrigendi, & emendandi habet; sed recte notavit EUSTHATIUS, non alia id ratione fieri, quam quia uxori, liberis, aut cognatis, occisi aliqua soleat fieri damni compensatio (...)* »; *Iacobi Cuiacii Observationum et Emendationum libri XXVIII*, éd. Halae, Impensis Orphanotrophi, 1737, 14.4 (p. 465) : « (...) *neque vero alia rationem homicidium ARISTOTELEM numerare inter συναλλάγματα, in quibus versatur τὸ διορθωτικὸν δίκαιον, quam quod et is, qui caesus est, quodam modo capere videatur, quae uxor, aut liberi, aut cognati eius ex boni homicidae ferunt, EUSTATIUS auctor est* ». E. Rabbie laisse ouverte la question de savoir si une telle influence est également présente dans le traité *De iure belli ac pacis*, où Grotius, immédiatement après l'extrait que nous avons cité plus haut, renvoie au commentaire de l'*Éthique à Nicomaque* d'Aristote par Michel d'Éphèse. En revanche, R. FEENSTRA (« Das Deliktsrecht », *op. cit.*, note 730, p. 437) exclut que Michel d'Éphèse ait été la véritable source de Grotius et que la source directe du jusnaturaliste néerlandais doive être recherchée dans ses prédécesseurs romanistes (p. 438-439; *contra*, E. RABBIE, *op. cit.* dans cette note, p. 110). Néanmoins, il ne nie pas que la pratique de son temps, y compris l'usage du *Wergeld*, ait induit Grotius à retenir une obligation pécuniaire pesant sur l'auteur d'un meurtre, à verser à la famille de la victime.

<sup>752</sup> M. F. CURSI, *Danno, op. cit.*, note 34, p. 161. L'auteure remarque également (*ibid.*) que la double référence au lien de parenté et à la *spes alimentorum* fait en sorte que la théorie de Grotius exclut de la compensation les personnes dont la pratique avait reconnu une exigence de protection.



« De manière similaire, celui qui a blessé est tenu de rembourser et de restituer à la victime le manque à gagner. Cependant, tout comme sa vie, les cicatrices d'un homme libre ne peuvent pas faire l'objet d'une évaluation économique ».

À part la disparition de la référence aux *operae*<sup>753</sup>, Grotius ne semble pas se détacher du modèle traditionnel de la compilation de Justinien<sup>754</sup>. Contrairement aux *damnum emergens* et *lucrum cessans*, qui sont évalués, le dommage dérivant de l'image défigurée du corps de la victime n'est pas réparable. Curieusement, la solution adoptée par l'auteur est différente dans l'*Inleiding*, où Grotius, tout en réaffirmant l'impossibilité d'une telle estimation, accorde une évaluation pécuniaire, si telle est la demande de la victime<sup>755</sup>.

Certes, le propos de l'*Inleiding* laisse transparaître une influence que Grotius subit du *ius commune*, de la tradition juridique locale et des théologiens<sup>756</sup>. Néanmoins, le propos de l'*Inleiding* en matière de préjudice dans l'aspect physique manifeste une conception inédite du dommage de la part de Grotius, similaire à ce que nous pouvons lire dans le *De iure belli ac pacis*.

Désormais, la fonction réparatrice de la responsabilité aquilienne est acquise. Le perfectionnement et l'approfondissement des questions liées au dédommagement conduisirent les jusnaturalistes à construire, en la matière, les bases du droit de la modernité. Grotius constitue un remarquable exemple en ce sens, comme en témoigne son étude du *damnum* en tant qu'atteinte à l'honneur et à la réputation :

*Hugonis Grotii op. cit.*, note 725, 2.17.22 (p. 324) : « *Sed damnum ut diximus etiam adversus honorem & famam datur, puta verberibus, contumeliis, maledictis, calumniis irrisu, aliisque similibus modis. In quibus non minus quam in furto atque aliis criminibus vitiositas actus ab effectu discernenda est.*

<sup>753</sup> V. *supra*, deuxième partie, ch. II, sect. 1, § 2.

<sup>754</sup> M. F. CURSI, *Danno*, *op. cit.*, note 34, p. 161.

<sup>755</sup> H. DE GROOT, *op. cit.*, note 720, 3.34.2 (p. 696) : « (...) *De smert en ontsiering van 't lichaam, hoewel eigentlyk niet zynde vergoedelyk worden op geld geschat, zoo wanneer zulks verzocht word.*

<sup>756</sup> En ce sens, v. R. FEENSTRA, « Das Deliktsrecht », *op. cit.*, note 730, p. 452-453. L'auteur soutient que Grotius aurait subi l'influence du droit hollandais et de la théologie morale, où une somme d'argent était normalement prévue en guise de « consolation » pour la victime de la défiguration. À ce propos, Domingo de Soto affirme qu'une compensation est prévue pour la déformité physique, mais que les personnes nobles ne la demandent pas. V. en ce sens *Fratriis Dominici Soto Segobiensis op. cit.*, note 689, 4, q. 6, art. 3 (p. 313) : « (...) *Quamvis deformitas quae in mutilo restat, sit etiam repensanda. Sed est tamen adnotandum quod inter illustres istae restitutiones non petuntur (...)* ».

*nam illi poena respondet, huic damni reparatio, quae sit culpae confessione, exhibitione honoris, testimonio innocentiae, & per ea quae his similia sint: quanquam & pecunia tale damnum rependi poterit si laesus velit, quia pecunia est rerum utilium mensura »*

« Comme nous le disions, le dommage peut être produit contre la réputation et l'honneur, par exemple par des attaques, des injures, des insultes, des moqueries ou d'autres manières similaires. Ici la réprobation du comportement n'est pas moins à distinguer de son effet que dans le cas du vol et des autres crimes. En effet, la peine relève de cette réprobation, la réparation du dommage relève du préjudice, qu'il s'agisse de la confession de sa faute, de la divulgation de l'honneur de la victime, du témoignage de l'innocence de la victime (de calomnie) et d'autres actes semblables ; il reste possible de réparer un dommage de ce type par une compensation pécuniaire si la victime le veut, car l'argent est la mesure des choses utiles ».

Il ressort immédiatement du paragraphe cité que le point de départ de l'innovation de Grotius est la distinction entre les fonctions de la punition et du dédommagement. Les comportements qui portent atteinte à l'honneur et à la réputation sont susceptibles d'être punis, mais ceci ne compense pas la perte, quoique morale, que la victime a subie. La solution donnée par Grotius, innovative et capable de projeter le droit de la responsabilité aquilienne vers une nouvelle dimension, consiste à adopter une série de moyens également moraux de réparation du dommage<sup>757</sup>. Néanmoins, la voie de la réparation pécuniaire reste ouverte à la demande de la victime<sup>758</sup>. Bien qu'il ne coïncide pas avec une perte économique, le préjudice que la victime a souffert n'est pas moins évaluable, puisque l'argent constitue l'unité de mesure de cette *utilitas* que nous avons rencontrée à plusieurs reprises et sous différents angles de vue depuis le droit romain.

L'élargissement de la notion de dommage, ainsi que les nouveaux modes de réparation, témoignent d'un intérêt accru à l'égard de la victime du comportement préjudiciable. La conséquence de cette évolution sur la fonction réparatrice de la responsabilité aquilienne fut considérable. Dès lors, la question du principe intellectuel dont dérive la théorie du *damnum per injuriam datum* chez ce

---

<sup>757</sup> V. en ce sens M. F. CURSI, *Danno, op. cit.*, note 34, p. 161.

<sup>758</sup> Ce raisonnement permet à l'observateur d'expliquer également la possibilité de demander une réparation pour le préjudice esthétique, que Grotius laisse ouverte dans l'*Inleiding* en dépit d'une tradition juridique jusqu'alors réticente (v. *supra*, note 755).

jusnaturaliste a été posée en doctrine : il s'agit notamment de savoir si le principe *neminem laedere* est pris en compte dans sa construction.

La réponse ne va pas de soi, et la doctrine est partagée à cet égard. D'une part, Berthold Kupisch considère le devoir de ne léser personne inhérent à la *restitutio*, qui vise au rétablissement de l'*aequitas* et provient de la justice commutative tant chez Thomas d'Aquin que chez Grotius<sup>759</sup>. Il en dérive que le *neminem laedere* ne constituerait pas le point de départ de la théorie. D'autre part, Corsi affirme que chez Grotius, comme chez Pufendorf (v. *infra*), le principe *neminem laedere* fournit une base logique indéniable pour leur construction théorique, comme c'était d'ailleurs le cas pour Thomas d'Aquin. Grotius traiterait donc de la *culpa* comme d'un comportement contraire à ce que *homines facere debent*, où le devoir de *neminem laedere* est naturellement inclus<sup>760</sup>.

Il semble possible d'adopter une interprétation équilibrée entre ces deux positions doctrinales. Certes, le devoir de *neminem laedere* ne rentre qu'implicitement dans les réflexions de Thomas et Grotius : aucun des deux n'y fait explicitement référence. Toutefois, ceci ne peut pas signifier que les deux philosophes en question ne le gardent pas à l'esprit : ils étaient sans aucun doute entrés en contact avec la *lex Aquilia*, la compilation de Justinien et le débat qui se poursuivait à partir d'Aristote, comme nous l'avons vu plus haut. La vraie nouveauté n'est donc pas la base logique de la construction de Grotius, mais le postulat théorique duquel il part, à savoir l'existence d'un droit naturel répondant à des critères rationnels. Ceci ne signifie pas que l'influence de ses prédécesseurs s'estompe ; toutefois, en même temps, la réflexion jusnaturaliste porte en soi les germes du dépassement du droit romain, au moins (mais non seulement, comme nous l'avons vu) sur le plan des sources.

C'est justement au niveau du devoir de *neminem laedere* qu'il est possible de tracer le lien entre Grotius et Samuel Pufendorf (1632-1694), auteur de huit livres *De iure naturae et gentium*, qui construisit justement sa réflexion autour de notre matière à partir de ce devoir essentiel pour la coexistence pacifique, et dont l'impact sur la fonction de la responsabilité aquilienne est immédiat.

---

<sup>759</sup> B. KUPISCH, *op. cit.*, note 724, p. 135.

<sup>760</sup> M. F. CURSI, *op. cit.*, note 93, p. 52.

## §2. Samuel Pufendorf

Preuve en est que Pufendorf intitule « *Ut nemo laedatur; et si quod damnum fuit datum reparatur*<sup>761</sup> » le chapitre où il traite du sujet en question, et qu'il l'insère dans son livre troisième, auquel le traducteur Jean de Barbeyrac ajoute le sous-titre « Où il est traité des Devoirs Absolus des Hommes les uns envers les autres, & des Promesses ou des Conventions en général<sup>762</sup> ».

En effet, selon Pufendorf, les deux premiers devoirs naturels qui incombent sur les êtres humains pour leur garantir la coexistence<sup>763</sup> sont, d'une part, l'interdiction de causer de dommages à autrui ; d'autre part, la réparation de tout préjudice éventuellement occasionné :

*Samueli Pufendorffii op. cit.*, note 761, 3.1.1 (p. 323) : « (...) *In classe absolutorum, quae citra omnem antegressum humanum institutum omnes homines obligant, merito principem locum huic deferimus: Ut ne quis alterum laedat, utque, si quod damnum alteri dederit, id reparet (...)* »

« Dans la catégorie des devoirs *absolus*, qui obligent toutes les personnes sans qu'aucune norme humaine en ce sens soit nécessaire, nous attribuons la première place, en raison de sa valeur, au principe suivant : *Que personne ne nuise à autrui, et, si l'on produit un dommage à autrui, qu'on le répare* ».

Tous doivent naturellement respecter ces deux devoirs, qui font abstraction de la condition de l'homme<sup>764</sup> et même de l'existence d'un établissement de personnes : pour employer une expression que l'on associe communément à la philosophie jusnaturaliste, nous pourrions soutenir qu'ils seraient en vigueur même dans l'état de

---

<sup>761</sup> *Samueli Pufendorffii de Jure Naturae et Gentium Libri Octo*, éd. Francofurti ad Moenum, Fridericius Knochius, 1684, 3.1.1 (p.322).

<sup>762</sup> J. DE BARBEYRAC, *Le droit de la nature et des gens*, Amsterdam, Briasson, 1734, p. 337.

<sup>763</sup> Il a été remarqué que le devoir de nature que Pufendorf dégage dérive de considérations profanes, en quelque sorte sociologiques, non pas idéalistes comme cela avait été le cas de Thomas d'Aquin et sera le cas de Thomasius (v., entre autres, H.-P. BENÖHR, « Außervertragliche Schadensersatzpflicht ohne Verschulden? Die Argumente der Naturrechtslehren und -kodifikationen », *ZSS RA* 93 (1976) p. 208-252, spéc. p. 213-214 ; B. KUPISCH, *op. cit.*, note 724, p. 127). Sur l'abandon de la perspective théologique dans la philosophie morale de Pufendorf, v. V. FIORILLO, « Verbrechen und Sünde in der Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs », in B. GEYER, H. GOERLICH (dir.), *Samuel Pufendorf und seine Wirkungen bis auf die heutige Zeit*, Baden-Baden, Nomos, 1996, p. 99-116.

<sup>764</sup> V. à ce propos B. KUPISCH, *op. cit.*, note 724, p. 126 ; H. DENZER, *Moralphilosophie und Naturrecht bei Samuel Pufendorf*, München, Beck, 1972, p. 146-148.

nature, à une époque antérieure à la construction de toute communauté. En effet, Pufendorf précise son propos en affirmant qu'aucun groupement ne saurait exister sans le respect des deux premiers devoirs absolus<sup>765</sup>.

Dès lors, Pufendorf conçoit un système à double détente, qui prévoit, d'une part, un devoir général d'abstention<sup>766</sup> ; d'autre part, une obligation positive incombant à l'auteur d'un préjudice au détriment d'autrui, occasionné par un comportement qui présente l'élément subjectif de l'*imputatio*. Il suffit selon Pufendorf que l'on ait causé un préjudice *culpā levissimā* pour que l'on soit obligé de dédommager la victime. Dans sa théorie, tout *damnum* à réparer se caractérise par un lien d'attribution de l'action ou de l'omission à la personne qui l'a commise<sup>767</sup>.

En doctrine, il a été affirmé, d'une part, qu'il ne s'agit en ce cas que de l'évaluation du lien de causalité. Plus précisément, il serait question de trouver le lien causal entre le comportement et l'événement dommageable, ainsi que la possibilité que l'agent, présumé libre, a eue de contrôler son comportement<sup>768</sup>. D'autre part, il a été soutenu que l'*imputatio* comprend à la fois la nature illicite du comportement, l'élément subjectif (*dolus* ou *culpa*), et l'absence de consentement de la part de la victime<sup>769</sup>.

L'intérêt de l'*imputatio* selon Pufendorf réside en ce qu'elle se situe entre les sphères subjective et objective du fait dommageable. Il semble possible de résumer le concept par l'idée d'« attribution » : si nous affirmons qu'un certain fait dommageable est attribué à une personne déterminée, nous attribuons un rôle causal au comportement par rapport à l'atteinte, et attribuons ce lien à une certaine personne. Il s'agit donc bien de l'évaluation du lien causal, mais selon une approche subjective, comme l'examen de Kupisch le laisse entendre, bien qu'il ne l'affirme pas explicitement. Autrement dit, il s'agit de vérifier si la chaîne causale qui relie le comportement à la production du préjudice se rattache à la sphère de l'action d'une

---

<sup>765</sup> *Samueli Pufendorfii op. cit.*, note 761, 3.1.1 (p. 323) : « *Quin & maxime necessarium idem est, quod citra illud socialis hominum vita nullo modo consistere queat* ».

<sup>766</sup> Pufendorf le souligne expressément (*ibid.* : « (...) *utpote nuda actionis intermissione constans* (...) »). Sur ce point, v. aussi H. DENZER, *op. cit.*, note 764, p. 146 ; G. SCHIEMANN, « Das allgemeine Schädigungsverbot: „alterum non laedere“ », *JuS* 1989, p. 345-350 ; B. KUPISCH, *op. cit.*, note 724, p. 126.

<sup>767</sup> *Samueli Pufendorfii op. cit.*, note 761, 1.5.5 (p. 71) ; 3.1.6 (p. 329). Sur la connotation morale de l'*imputatio*, v. H. DENZER, *op. cit.*, note 764, p. 80-82.

<sup>768</sup> B. KUPISCH, *op. cit.*, note 724, p. 128-129.

<sup>769</sup> G. P. MASSETTO, *op. cit.*, note 518, p. 1161.

personne. Si la réponse est positive, cette personne sera tenue pour responsable, et sera dès lors chargée d'exécuter la *reparatio* à l'égard de la victime<sup>770</sup>.

Revenons aux deux devoirs sociaux que Pufendorf qualifie d'absolus. Eu égard à leur proximité avec la dichotomie *alterum non laedere – suum cuique tribuere*<sup>771</sup>, la question se pose à nouveau de savoir quel est le rapport du philosophe en question avec les *iuris praecepta* d'Ulpien, comme cela avait été le cas plus haut pour Grotius.

En effet, comme il l'a été exactement souligné, Pufendorf s'écarte du Digeste et préfère corroborer sa thèse par le biais d'un passage de Sénèque<sup>772</sup>. Ceci impose de se demander si le *iuris praeceptum* du *neminem laedere* est bien pris en compte dans la philosophie de Pufendorf tel que présenté par la compilation de Justinien<sup>773</sup>. Les auteurs du débat sont les mêmes que *supra* : d'une part Cursi<sup>774</sup> affirme que seul l'aspect formel change d'Ulpien à Pufendorf, alors que le point départ théorique

---

<sup>770</sup> Selon B. KUPISCH (*op. cit.*, note 724, p. 128-129), d'une part, plusieurs conditions (parmi lesquelles l'erreur inévitable, la maladie mentale, l'absence de la capacité de discernement etc.) ne peuvent donner lieu à aucune obligation de réparation chez Pufendorf. D'autre part, en cas d'atteinte portée à plusieurs, il est nécessaire d'avoir eu un rôle causal par rapport au préjudice occasionné. V. à ce propos *Samueli Pufendorfii op. cit.*, note 761, 3.1.4 (p. 327) : « *De his igitur omnibus sciendum, illos ita teneri ad reparationem damni, si revera causa damni fuerint, seu momentum aliquod attulerint ad totum damnum, aut ejusdem partem* ». Sans une contribution matérielle, l'on ne sera donc pas tenu à la *reparatio*, à la différence de ce que Grotius soutenait sur ce point. V., en effet, *Hugonis Grotii op. cit.*, note 725, 2.17.7 (p. 321) : « *Secundario, qui consilium dat, laudat, assentatur. Quid enim interest inter suasorem facti, & probatorem ? ait Cicero Philippica secunda* ». En conclusion, si l'auteur d'une apologie, d'une louange ou d'un conseil portant sur un dommage commis est tenu de dédommager la victime selon Grotius, il n'en va pas de même chez Pufendorf, qui estime tout de même qu'en raison de ce comportement-là, l'on commet un péché mais l'on n'est pas obligé à la *reparatio*. V. à ce propos H.-P. BENÖHR, *op. cit.*, note 763, p. 214-216 ; H. HATTENHAUER, *Grundbegriffe des bürgerlichen Rechts. Historisch-dogmatische Einführung*, München, Beck, 1982, p. 103-104 ; B. KUPISCH, *op. cit.*, note 724, p. 129.

<sup>771</sup> D. 1.1.10.1, v. *supra*, conclusion de la première partie.

<sup>772</sup> Sen. *De ira* 2.31 : « 6. (...) *Nefas est nocere patriae; 7. ergo civi quoque, nam hic pars patriae est — sanctae partes sunt, si universum venerabile est, — ergo et homini, nam hic in maiore tibi urbe civis est. Quid si nocere velint manus pedibus, manibus oculi ? Ut omnia inter se membra consentiunt, quia singula servari totius interest, ita homines singulis parcent, quia ad coetum geniti sunt, salva autem esse societas nisi custodia et amore partium non potest (...)* ». Dans une perspective que nous pouvons bien lier à Aristote, Sénèque compare ici la *patria* à un corps humain : ses organes, les citoyens, ne peuvent pas nuire l'un à l'autre. Ainsi que tous les organes concordent entre eux, les êtres humains doivent s'aider, puisqu'ils sont nés pour vivre en commun (*ad coetum geniti sunt*), et que la communauté ne peut pas être saine sans qu'elle soit gardée et aimée par ses organes. V. à ce propos B. KUPISCH, *op. cit.*, note 724, p. 126.

<sup>773</sup> Les auteurs du débat sont les mêmes que *supra* : d'une part M. F. CURSI (*op. cit.*, note 93, p. 52) affirme que seul l'aspect formel change d'Ulpien à Pufendorf, alors que le point départ théorique demeure inchangé ; d'autre part, B. KUPISCH (*op. cit.*, note 724, p. 126-127) s'appuie justement sur le refus de la part de Pufendorf de citer Ulpien pour prouver sa distance intellectuelle de l'expérience juridique romaine.

<sup>774</sup> *Op. cit.*, note 93, p. 52.

demeure inchangé ; d'autre part, Kupisch<sup>775</sup> s'appuie justement sur le refus de la part de Pufendorf de citer Ulpien pour prouver sa distance intellectuelle de l'expérience juridique romaine.

Ici, la réponse qu'il convient de proposer doit tenir compte du choix de l'auteur de fournir une citation autre que la liste des *iuris praecepta*. Il est peu probable que l'omission de ce fragment d'Ulpien soit accidentelle. Elle semble plutôt témoigner d'une volonté bien précise d'abandonner la référence au droit de l'époque romaine. Si l'on sort d'une perspective strictement juridique, cette référence prouve cependant la persistance d'une proximité intellectuelle, tout en permettant de corroborer par la tradition une idée innovative<sup>776</sup>.

À partir de ces bases, Pufendorf construit sa théorie du *damnum* : il s'agit d'une construction superposable à celle de Grotius. D'une part, la notion de dommage retenue par l'auteur est englobante ; d'autre part, Pufendorf envisage un large éventail de biens protégés par la responsabilité :

*Samueli Pufendorfii op. cit.*, note 761, 3.1.3 (p. 324) : « (...) *omnem laesionem, corruptionem, diminutionem, aut sublationem ejus, quod nostrum jam est, aut interceptionem ejus, quod ex iure perfecto debebamus habere; sive id datum a natura, sive accedente facto humano aut lege attributum; sive denique omissionem aut denegationem alicujus praestationis, quam nobis alter ex obligatione perfecta exhibere tenebatur (...)* »

« (Constitue un dommage) toute lésion, détérioration, diminution, soustraction de ce qui est déjà à nous ; il en va de même pour la soustraction de ce que nous devons avoir en raison d'un droit exigible, que ce droit dérive de la nature, d'un fait humain ou d'une loi, ou qu'il dérive d'une omission ou du déni d'un paiement qu'autrui était tenu envers nous d'exécuter en vertu d'une obligation exigible ».

*Samueli Pufendorfii op. cit.*, note 761, 3.1.1 (p. 323-324) : « (...) *non illa tantum, quae immediate nobis ipsa natura concessit, uti est vita, corpus,*

---

<sup>775</sup> *Op. cit.*, note 724, p. 126-127.

<sup>776</sup> Ceci ne semble pas incompatible avec l'esprit de l'école jusnaturaliste, comme le démontre justement Samuel Cocceius (1679-1755). En matière de responsabilité pour *damnum*, il reconnaît et souligne la continuité entre le droit de la nature et le plébiscite aquilien : la rigueur de la responsabilité pour *culpa* survit dans la *lex Aquilia*. V. à ce propos *Samuelis Cocceji Juris civilis controversi pars II*, éd. Francofurti & Lipsiae, Officina Weidmanniana, 1790, ad D. 47.1 q. 1 (p. 619) : « *Culpa delictum committi, ex ratione Juris Naturalis demonstravi [...]. Vestigia huius rigoris naturalis supersunt in Lege Aquilia (...)* ».

*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 (...)*»

« (L'objet du dommage) ne se borne pas aux biens que la nature nous a elle-même directement accordés, tels que la vie, le corps, les membres, la pudeur sexuelle, la simple appréciation par les autres, la liberté. Nous comprenons que la force de ce même principe s'étend à toutes les institutions et conventions par lesquelles l'homme s'enrichit de quelque chose ; sans (l'encadrement juridique des dommages), elles seraient complètement inutiles ».

Nous percevons immédiatement qu'au moins jusqu'ici, la construction de Pufendorf en matière de *damnum* suit de près la pensée de Grotius. Nous arrivons même à retrouver la redondance que nous avons précédemment signalée entre *corpus* et *membra*<sup>777</sup>, ce qui témoigne au moins d'une identité méthodologique entre les deux. Effectivement, la généralisation des notions de comportement préjudiciable et de dommage proposée par Grotius n'aurait probablement pas pu être passée sous silence. Le champ d'application de la notion de *damnum* à réparer est même plus large dans la théorie de Pufendorf que chez Grotius. L'inexécution d'une dette exigible y est incluse, ce qui rapproche les domaines des responsabilités contractuelle et délictuelle sous les éléments communs de l'adage *alterum non laedere*, et de la réparation du dommage en particulier.

Le degré d'originalité de la production de Pufendorf par rapport à Grotius a été longuement débattu en doctrine<sup>778</sup>. À cet égard, il nous semble permis d'affirmer que Pufendorf parvint à un approfondissement de la théorie de Grotius. La question de la réparation du dommage en faveur de l'entourage de la victime libre d'un homicide est sur ce point un exemple parlant :

---

<sup>777</sup> V. *supra*, note 745.

<sup>778</sup> G. ROTONDI (*op. cit.*, note 34, p. 530) affirme que la définition du dommage selon Pufendorf se borne à résumer celle que Grotius avait déjà proposée ; cependant, il attribue à Grotius (*op. ult. cit.*, p. 529) la définition de *damnum* donnée par Pufendorf, que nous avons citée plus haut (en ce sens, v. G. P. MASSETTO, *op. cit.*, note 518, p. 1160 n. 582 ; R. FEENSTRA, « Grotius' Doctrine of Liability » *op. cit.*, note 730, p. 161). Plus prudemment, M. F. CURSI (*op. cit.*, note 93, p. 51-53 ; *op. cit.*, *Danno*, *op. cit.*, note 34, p. 177-178) met en lumière la similarité dans les méthodologies suivies par Grotius et Pufendorf. En revanche, G. SCHIEMANN (*op. cit.*, note 766, p. 348-349) et B. KUPISCH (*op. cit.*, note 724, p. 125-134) considèrent que l'étude de Pufendorf en matière de responsabilité pour *damnum* approfondit et améliore la théorie de Grotius.



*Samueli Pufendorfii op. cit.*, note 761, 3.1.7 (p. 332) : « *Homicida injustus tenetur solvere impensas, si quae facta sunt in medicos, & iis, quos occisus alere ex officio, obligationis perfectae vim habente, solebat, puta parentibus, uxori, liberis, (non si quos ex misericordia alebat, egenis,) tantum dare, quantum valebat illa spes alimentorum, habita ratione non tantum facultatum occisi, sed & aetatis tam hujus, quam alumnorum (...)* »

« L'auteur d'un homicide illicite est tenu de rembourser les éventuelles dépenses médicales et, quant à ceux à qui le défunt payait les aliments en vertu d'une obligation parfaite, par exemple les parents, l'épouse, les enfants (non pas les indigents, s'il les nourrissait dans un esprit charitable) de satisfaire leur *spes alimentorum*, compte tenu non seulement des conditions économiques de la victime, mais aussi de son âge, ainsi que de l'âge des personnes qu'il alimentait ».

L'extrait met en lumière l'enrichissement apporté par Pufendorf à la théorie de Grotius. Par rapport à ce dernier, il tire le fondement de l'obligation alimentaire en identifiant le devoir du défunt envers sa famille en vertu d'une *obligatio perfecta* : ceci entraîne logiquement que les créanciers subissent du fait du décès de la victime une perte économique que le responsable est tenu de réparer. Pour cette raison, les personnes qui, tout en étant nourries par le défunt, ne pouvaient pas faire valoir une créance alimentaire à son égard ne sauraient demander aucune réparation. La définition du mode de calcul de la réparation due à la famille de la victime est également plus précise chez Pufendorf que chez Grotius : il y a lieu de tenir compte non seulement de l'âge de la victime directe du meurtre, mais aussi de ses facultés économiques et, surtout, de l'âge des bénéficiaires<sup>779</sup>. L'exigence de réparer le dommage impose une évaluation aussi précise que possible du préjudice subi par la victime, en vue du rétablissement du *status quo ante*, au moins sur le plan économique. Pufendorf en est conscient, et les précisions qu'il apporte à la construction de Grotius témoignent de son attention à la fonction réparatrice, ce qui nous permet de l'insérer dans la ligne de l'évolution jusnaturaliste de notre question.

Conformément à ce que nous avons examiné jusqu'à présent, Pufendorf exclut que la vie d'une personne libre puisse faire l'objet d'une évaluation économique.

---

<sup>779</sup> V. en ce sens B. KUPISCH, *op. cit.*, note 724, p. 131.

Néanmoins, il ne se borne pas à une acceptation pure et simple de l'adage romain *liberum corpus*<sup>780</sup>, mais explique cette règle de manière inédite :

*Samueli Pufendorfii op. cit.*, note 761, 3.1.7 (p. 333) : « (...) *Caeterum liberi hominis vita aestimationem non habet; & si haberet; non est, cui illa exsolvi possit. Nam ad propinquos ejus vita non pertinet, sed interest tantum ipsorum, ut iste vivat; adeoque eo quod interest praestito, aestimationem vitae postulare hi nequeunt (...)* »

« Il ne faut pas évaluer économiquement la vie d'un homme libre, et même si ceci était possible, il n'existe aucune personne à laquelle l'objet de cette estimation pourrait être remis. En effet, la vie du défunt n'appartient pas à ses proches, mais le seul *interesse* qu'ils ont est que la victime vive, au point que ceux-ci ne peuvent pas demander l'évaluation de la vie du défunt pour ce qui dépasse les aliments ».

La seule perte économique réparable pour le décès d'une personne libre est donc égale aux aliments que la victime fournissait à sa famille, sans considération d'autres chefs, tels que les accroissements patrimoniaux que les héritiers auraient perçus si la victime avait vécu plus longtemps<sup>781</sup>. Curieusement, Pufendorf applique ce même raisonnement au cas de la mort d'un esclave, un exemple bien connu des juristes de l'époque en dépit de l'abolition de l'esclavage. Cependant, il suit un parcours logique différent de la compilation de Justinien. L'évaluation opérée n'a pas pour objet le corps de l'esclave, ce qui serait, dit Pufendorf, désagréable<sup>782</sup>, mais plutôt la valeur des travaux qui pouvaient être accomplis par le *servus*<sup>783</sup>.

La première conclusion que nous pouvons tirer des éléments que nous venons de présenter va dans le sens d'une théorie de la réparation du dommage qui, en accord avec la seconde Scolastique et la pensée de Grotius, tend à relier le *damnum iniuriā* à la lésion d'un *dominium* ou d'une créance. Comme le démontre la manière dont il motive l'exclusion de *Paestimatio liberi corporis*, Pufendorf soumet le dédommagement à la lésion, par le responsable, d'un droit économique, ou du moins

---

<sup>780</sup> M. F. CURSI, *Danno*, *op. cit.*, note 34, p. 179.

<sup>781</sup> En ce sens B. KUPISCH, *op. cit.*, note 724, p. 131.

<sup>782</sup> *Samueli Pufendorfii op. cit.*, note 761, 3.1.7 (p. 333) : « (...) *Quod si durum nimis videatur, & ab humanitate alienum, servum ad pecoris modum aestimari (...)* ».

<sup>783</sup> *Ibid.* : « (...) *dicere licebit, non ipsius personae, sed quae ab ipso proficisci possunt, operarum pretium poni (...)* ».

économiquement mesurable. Ceci est d'autant plus visible lorsque nous examinons la réflexion de Pufendorf en matière d'atteinte à l'intégrité physique. Le huitième paragraphe du premier chapitre du livre 3 contient un long exposé de la manière dont les lois juives (*Ebraeorum leges*) traitent la question de la réparation du dommage physique<sup>784</sup>.

*Samueli Pufendorffii op. cit.*, note 761, 3.1.8 (p. 334) : « (...) *Qui proximum laedit, in eo quinque nominibus tenetur; nomine damni, doloris, curationis, cessationis, & ignominiae* (...) »

« L'auteur d'une atteinte physique est tenu de réparer envers la victime cinq chefs de préjudice : le dommage actuel, la douleur, les dépenses médicales, l'interruption du travail, l'humiliation ».

La différence de cette perspective par rapport à la tradition du droit romain est visible : outre la perte économique dérivant tant des dépenses nécessaires pour les soins que du *lucrum cessans*, l'*aestimatio* de la dette du responsable comprend également le *dolor* et l'atteinte à l'honneur. L'admission de ces deux chefs de préjudice se reflète dans les normes de droit naturel que Pufendorf retrouve dans la matière en question. Plus précisément, il souligne que, même chez les Romains, l'exclusion du dédommagement pour les cicatrices n'était valable que si celles-ci atteignaient le corps d'un homme libre<sup>785</sup>. Dès lors, dit Pufendorf, le préjudice esthétique doit bien pouvoir faire l'objet d'une *aestimatio* et d'une réparation, tant pour les femmes que pour les hommes, car seules les blessures subies en guerre sont vues comme étant glorieuses et honorables<sup>786</sup>.

Si Grotius n'admettait pas la réparabilité de ces dommages<sup>787</sup>, l'opinion de Pufendorf à cet égard paraît bien différente. Cependant, il ne manque pas d'assortir sa conclusion d'un tempérament :

---

<sup>784</sup> À ce propos, Pufendorf cite le traité *Bava Kamma*, 83b. À ce propos, M. F. CURSI (*op. cit.*, *Danno, op. cit.*, note 34, p. 179-181) décrit dans le détail la « *sistemática di Pufendorf* [...] *molto articolata* », mais semble l'attribuer directement au jusnaturaliste, non pas au traité juif qu'il cite.

<sup>785</sup> *Samueli Pufendorffii op. cit.*, note 761, 3.1.8 (p. 336) : « (...) *Ubi observandum, quod cicatricum & deformitatis nulla aestimatio esse traditur, id ad liberos dumtaxat restringi debere* (...) ».

<sup>786</sup> *Ibid.* : « (...) *Nisi quod in bello acceptorum vulnerum cicatrices opinio virtutis tegit* (...) ».

<sup>787</sup> *V. supra*, § 1.

*Samueli Pufendorffii op. cit.*, note 761, 3.1.8 (p. 336) : « (...) *ibi non tam taxari & aestimari ipsum membrum, quod est res inaestimabilis pretio numario; sed damna, ex usu membri impedito aut sublato emergentia, emendari pro conditione temporum, hominum, facultatum* (...) »

« Il ne faut pas qu'un membre soit lui-même évalué et estimé, puisqu'il s'agit d'une chose non susceptible d'évaluation pécuniaire. Il faut plutôt que les dommages entraînés par l'empêchement ou la diminution de l'usage d'un membre soient réparés, eu égard aux circonstances relatives aux moments, aux personnes, aux capacités ».

Pufendorf ne semble donc pas parvenir à considérer que la personne est, en quelque sorte, propriétaire de son corps<sup>788</sup>. Cependant, sa théorie de la réparation du dommage selon le droit naturel est en mesure de reprendre et affiner la construction de Grotius, en contribuant à l'évolution de la fonction réparatrice de la responsabilité aquilienne sur une pluralité de plans.

C'est néanmoins dans la théorie de Christian Thomasius que cette finalité du *damnum iniuriā* subit l'évolution la plus radicale. En la plaçant en opposition directe avec la *lex Aquilia*, ce jusnaturaliste marqua une véritable apothéose du dédommagement, que nous examinerons au cours du prochain paragraphe.

### §3. Christian Thomasius

Comme nous l'avons anticipé, la philosophie de Thomasius en matière de *damnum* pourrait être résumée par l'idée d'une radicale prise de distance par rapport à toute référence plus ou moins marquée au droit romain dans la construction d'un système de règles juridiques. Pourtant, ceci ne constitue que le point d'arrivée de sa théorie, qui déplace, petit à petit, toutes les caractéristiques de la responsabilité pour *damnum iniuriā* à partir de son fondement même.

---

<sup>788</sup> *Contra*, M. F. CURSI, *Danno*, *op. cit.*, note 34, p. 181: « *l'impostazione del risarcimento del danno alla persona basata sulla medesima logica proprietaria che regola il danno alle cose* ».

En effet, la première production de Thomasius se place dans le sillage des théories jusnaturalistes de ses prédécesseurs, notamment Pufendorf<sup>789</sup>. Dans ses *Institutiones Jurisprudentiae Divinae*, Thomasius aborde le thème du devoir de n'occasionner de dommage à personne parmi les devoirs communs de l'humanité<sup>790</sup>. Ici, non seulement l'abstention de tout comportement dommageable, mais aussi la promotion active du bonheur dans la vie des autres, sont prônées. En effet, Thomasius soutient que celui qui se borne à s'abstenir de léser autrui et à ne faire de mal à personne ne satisfait pas la *socialitas* en entier. De plus, la vie est d'autant plus heureuse et tranquille si on fait en sorte qu'elle nous fasse du bien<sup>791</sup>.

Ceci s'insère dans le cadre de la *custodia aequalitatis*<sup>792</sup>, la garde d'une équité qui vise à une véritable harmonie entre les hommes, ce qui constitue le vrai point de départ de la construction théorique de Thomasius à propos de notre matière. En effet, comme il a été indiqué, le devoir de ne léser personne ne présente pas un fondement « sociologique », comme nous l'avons vu plus haut chez Pufendorf, mais revient à des considérations morales qui rapprochent davantage la pensée du jeune Thomasius de la théorie thomiste de la *restitutio*<sup>793</sup>. De plus, il semble ici y avoir un dépassement par rapport à cette dernière : si Thomas d'Aquin se pose sur le plan de la justice commutative, donc de l'*aequitas* (v. *supra*), l'emploi du terme *aequalitas*, dérivant de la tradition tarde-scholastique et mentionné plus haut, présente une nuance de sens par rapport au premier vocable. Il s'agit, plus précisément, d'un équilibre à rechercher activement, qui vise à une coexistence non simplement libre de toute inégalité mais authentiquement harmonique. Dès lors, l'*aequalitas* est, chez Thomasius, *custodienda*<sup>794</sup> : elle doit être activement protégée et préservée par les sujets de droit.

---

<sup>789</sup> V. le titre de son ouvrage *Institutiones Jurisprudentiae Divinae in Positiones Succinctae contractae, In quibus Hypotheses Illustris Pufendorffii circa doctrinam Juris Naturalis Apodictice demonstrantur & corroborantur [...]*, Francofurtii & Lipsiae, Mauritius Georgius Weidmannus, 1688. À ce propos, v. B. KUPISCH, *op. cit.*, note 724, p. 138.

<sup>790</sup> *Christiani Thomasii op. cit.*, note 789, p. 71 : « *Caput V De promiscuis officiis Humanitatis* ».

<sup>791</sup> *Op. ult. cit.*, 2.5.2 (p. 72) : « *Socialitati enim in totum non satisfacit, qui tantum abstinere a laesione alterius, & ne alteri male fit, sed tum demum vita beata est & tranquilla, si procuremus mutuo, ut nobis fit bene* ».

<sup>792</sup> *Op. ult. cit.*, 2.5.3 (p. 72). Le terme *aequalitas* est également employé par Thomas d'Aquin pour décrire l'équilibre que la justice commutative est tenue de défendre de l'*iniquitas* (v. *supra*, note 481).

<sup>793</sup> B. KUPISCH, *op. cit.*, note 724, p. 139.

<sup>794</sup> V. *ibid.* et M. F. CURSI, *Danno, op. cit.*, note 34, p. 182-183.

En conclusion, dans ce premier ouvrage, Thomasius propose une théorie du *neminem laedere*<sup>795</sup> dont la proximité avec la philosophie thomiste est visible, malgré la nuance introduite par le mot *aequalitas*. Pour résumer, le devoir de ne léser personne a pour objet à la fois le corps et le patrimoine<sup>796</sup>. Ces atteintes peuvent être occasionnées par action ou omission<sup>797</sup>. Si l'élément subjectif de la *culpa* est présent<sup>798</sup>, le responsable devra réparer le dommage<sup>799</sup> : il pourra soit restituer la même chose, soit, si ceci n'est pas possible, rembourser la valeur de l'*interesse*<sup>800</sup>.

Cependant, l'intérêt de l'examen de la théorie du *damnum iniuriā* selon Thomasius réside ailleurs. En effet, en 1703, il dédie une dissertation<sup>801</sup> à la démonstration de la thèse selon laquelle l'*actio* par laquelle les victimes d'une atteinte peuvent assigner le responsable devant les juges allemands n'a rien à voir avec la *lex Aquilia*, et que l'héritage romain<sup>802</sup>, que la doctrine de son temps prône, n'est qu'un masque (*larva*) qu'il faut arracher pour comprendre la vraie nature de cette institution juridique. La responsabilité aquilienne trouverait donc son origine uniquement dans le droit naturel et aurait été reçue par le droit germanique par le biais du droit canon<sup>803</sup>. Ainsi, elle diffère de l'*actio legis Aquiliae* – pour employer les termes de Thomasius lui-même – plus qu'un oiseau d'un quadrupède<sup>804</sup>.

---

<sup>795</sup> L'expression *NEMINEM LAEDE* est elle-même employée par Thomasius : *op. cit.*, note 789, 2.4.1 (p. 58).

<sup>796</sup> Thomasius soutient que les *bona corporis* et les *bona fortunae* peuvent faire l'objet d'une *vulneratio* : *op. ult. cit.*, 2.4.6 (p. 59).

<sup>797</sup> *Op. ult. cit.*, 2.4.21 (p. 62) : « *Et quidem vel facto commissionis [...] vel facto omissionis (...)* ».

<sup>798</sup> *Op. ult. cit.*, 2.4.34 (p. 65) : « *Si culpâ datum damnum ei, cui ex contractu non obligor, quaecunque culpa mea fuerit, resarciendum erit damnum* ». Au passage, il est intéressant de remarquer que l'auteur exclut radicalement le dommage entraîné par l'inexécution d'un contrat, soit la responsabilité contractuelle, de la réglementation du *damnum iniuria*.

<sup>799</sup> *Op. ult. cit.*, 2.4.15 (p. 61) : « (...) *consequens praecepti nostri est : DAMNUM DATUM RESARCI* ». Par ailleurs, Thomasius même, adhérant au jusnaturalisme tel qu'il avait été conçu par ses prédécesseurs, remarque expressément les différences de sa théorie par les prévisions *ex lege Aquilia* : v. par ex. : *op. ult. cit.*, 2.4.27 (p. 63) : « (...) [*lex Aquilia*] *enim non coerctet damnum privativum, nisi per consequentiam, hoc est, quatenus damnum positivum praesupponit* ».

<sup>800</sup> *Op. ult. cit.*, 2.4.26 (p. 63) : « (...) *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* ».

<sup>801</sup> *Christiani Thomasii Larva legis Aquiliae detracta Actioni de damno dato recepta in foris Germanorum*. Dans les pages qui suivent, nous nous servons de l'édition dirigée par M. HEWITT, Oxford/Portland, Hart Publishing, 2000.

<sup>802</sup> À ce propos, G. ROTONDI (*op. cit.*, note 34, p. 534) souligne que, selon Thomasius, le droit romain est en vigueur en tant que droit naturel.

<sup>803</sup> *Christiani Thomasii op. cit.*, note 801, § 51 (p. 37) : « (...) *Igitur maxime quaritur, unde hac mutatio Juris Germanici ortum ducat? Et nulla alia videtur dari posse convenientior ratio, quam si dixerimus, eam ortam esse ex Jure Canonico (...)* ». V. à ce propos B. KUPISCH, *op. cit.*, note 724, p.

Le point de départ reste l'*aequalitas*. Comme il a été souligné à juste titre, le postulat de la réparation du dommage n'est plus le *delictum*<sup>805</sup> ou le *maleficium*, c'est-à-dire le comportement ayant causé le préjudice et qui constitue la source de l'obligation de *restitutio* : il s'agit plutôt de l'*aequalitas* même, ainsi que de la tranquillité commune<sup>806</sup>. Selon Thomasius, quiconque veut que l'atteinte qui lui a été portée par autrui soit réparée, doit la réparer au profit des autres<sup>807</sup>.

À partir de ceci, Thomasius met en exergue le point le plus innovant de sa théorie. Selon ce jusnaturaliste, l'obligation de réparation ne se borne point aux préjudices causés intentionnellement ou par *culpa*<sup>808</sup> :

*Christiani Thomasii op. cit.*, note 801, § 4 (p. 7) : « (...) *recta ratio suadet, ut damnum culpa quacunq[ue] datum æque resarciam, ac si dolo idem dederim, & si plane nulla mea culpa, verum mero casu alteri damnum datum sit, modo a me id fuerit datum. Æquum non solum, sed & justum est, ut damnum casu datum resarciam (...)* »

«La juste raison me persuade non seulement à réparer tout dommage occasionné fautivement ou dolosivement, mais même si le préjudice a été causé par pur hasard, sans aucune faute de ma part, seulement si je l'avais moi-même produit, (je le réparerais). Non seulement il est équitable, mais il est aussi juste que je répare le dommage que j'ai causé ».

Plus loin, Thomasius confirme et précise sa théorie :

*Christiani Thomasii op. cit.*, note 801, § 10 (p. 11) : « (...) *Unde sapius diximus, actionem hanc ex æquitate oriri. [...] Damni in re sua dati reparationem petere ex Dominio fluit. Dum enim res jure Dominii fit propria,*

---

140 : « *Si tratterebbe [...] di un'azione il cui principio fondamentale [...] sarebbe iscritto nell'uomo dalla natura e sanzionato dal diritto canonico e dal diritto patrio tedesco.* »

<sup>804</sup> *Christiani Thomasii op. cit.*, note 801, § 1 (p. 5) : « (...) *actio nostra, qua utimur, ab actione legis Aquiliæ magis differat, quam avis a quadrupede (...)* ».

<sup>805</sup> Il y a tout de même lieu de rappeler qu'à cette époque la notion de *delictum* avait été désormais dépourvue, au moins en droit civil, de toute référence à la dimension de la répression punitive, v. *supra*.

<sup>806</sup> *Christiani Thomasii op. cit.*, note 801, § 2 (p. 6) : « (...) *Postulat id communis tranquillitas, postulat æqualitas humani generis (...)* ».

<sup>807</sup> *Ibid.* : « (...) *Quilibet vult sibi damnum ab aliis datum resarciri; resarciat aliis (...)* ».

<sup>808</sup> *Op. ult. cit.*, § III (p. 6) : « *Neque interest, sive deliberato animo alteri damnum dem, sive non data opera (...)* ».

*non solum Dominus de ejus rei usu regulariter disponere, alios pro lubitu ab eo excludere, vel ad illum admittere potest, sed & rem vindicare, alienare, conservare, defendere, & igitur de damno etiam in ea dato satisfactionem petere »*

« Nous avons assez souvent dit que cette action a son origine dans l'équité. Le droit de demander la réparation du dommage produit sur son bien découle de la propriété. En effet, pendant que la chose est à quelqu'un en vertu du droit de propriété, non seulement le propriétaire a le droit d'user de la chose, d'exclure ou d'admettre les autres à l'usage de la chose selon son gré, mais il peut aussi revendiquer, aliéner, conserver et défendre la chose, donc il peut aussi prétendre la réparation du dommage subi par cette chose ».

Les traits de la construction proposée par Thomasius sont désormais clairs : pour résumer, il pousse à l'extrême le mouvement de marginalisation du comportement dommageable dont la compilation justinienne avait constitué l'une des premières étapes. Le comportement du responsable n'a plus aucune importance : le droit de demander réparation du dommage occasionné à une chose relève désormais uniquement du droit de propriété sur cette chose<sup>809</sup>, et toute atteinte est, par conséquent, de nature à permettre le recours à l'action en question. Le corollaire principal et plus évident de ce décalage est l'abandon radical de la prise en compte de l'élément subjectif. L'on sera tenu de réparer l'atteinte portée non seulement *dolo* ou *culpā*, mais également lorsque le dommage est causé sans aucune négligence de la part de l'agent : en un mot, *casu*, par hasard.

Par conséquent, la responsabilité conçue par Thomasius est objective dans le vrai sens du terme : selon cet auteur, aucune donnée relevant de la sphère subjective de l'agent ne mérite plus d'être prise en considération, car l'intérêt n'est plus que de vérifier l'existence d'un préjudice, d'en établir le lien causal avec le comportement d'une personne (peu importe sa nature) et d'obliger subséquemment le responsable. L'*iniuria* subit aussi un déplacement : nous assistons encore une fois à la radicalisation des propos déjà formulés par les premiers jusnaturalistes, en ce que

---

<sup>809</sup> Ceci est aussi remarqué par B. KUPISCH (*op. cit.*, note 724, p. 141), qui affirme que, selon Thomasius, l'action en réparation découle de la nature de la propriété. Encore une fois, le lecteur remarquera la proximité de ce raisonnement avec le débat tardoscolastique cité plus haut, notamment Domingo de Soto et Diego de Covarrubias.



cette notion est complètement détachée de la *culpa* et suit un parcours autonome, en contradiction avec les critères traditionnels de la responsabilité<sup>810</sup>.

Il s'agit d'un résultat logiquement attendu : l'assimilation entre *iniuria* et *culpa* avait été progressivement conçue dans un temps où l'illicéité originaire, qui donnait lieu à l'obligation de dédommagement, reposait sur le comportement tenu par l'agent, par l'évaluation duquel l'on établissait l'illicéité de l'atteinte portée à la victime. Désormais, faute de prise en compte du comportement dommageable, l'*iniuria*, sans laquelle l'obligation de réparer le dommage est inconcevable, doit nécessairement reposer sur un principe différent. En ce sens, la théorie présentée par Thomasius dans son ouvrage consacré à la responsabilité aquilienne postule, d'un point de vue logique, la rupture de l'*aequalitas*<sup>811</sup>.

Nous pouvons maintenant déduire les corollaires du système conçu par Thomasius pour notre matière. Sur le plan procédural, l'action en responsabilité aquilienne n'est que *rei persecutoria*<sup>812</sup>, donc non punitive<sup>813</sup>. Il n'est pas question d'intransmissibilité passive ou de solidarité cumulative. Les *infantes* et les personnes dépourvues de capacité de discernement restent responsables<sup>814</sup>. Sur le plan procédural, la construction théorique de Thomasius se traduit en un régime extrêmement avantageux pour la victime du point de vue de la preuve :

*Christiani Thomasii op. cit.*, note 801, § VIII (p. 9-10) : « (...) *in actione de damno dato nihil probandum est ulterius, quam quod reus damnum dederit, utrum dolo vel negligentia id factum fuerit, non probandum est, quia quoad restitutionem damni dati hic nihil interest, quod vero in quastionem non venit, ejus probatione actor non est onerandus (...)* »

« Rien n'est à prouver dans l'action *de damno dato* outre le fait que le défendeur a causé un dommage. Il n'est pas nécessaire de prouver que le préjudice a été produit par dol ou faute, puisque ceci n'intéresse en rien la *restitutio*. Puisque

---

<sup>810</sup> M. F. CURSI, *op. cit.*, note 93, p. 55 : « segue percorsi assolutamente autonomi, in contrasto con i criteri tradizionali della responsabilità ».

<sup>811</sup> M. F. CURSI (*op. cit.*, note 93, p. 56) mentionne à ce propos une « nozione obiettiva di iniuria ».

<sup>812</sup> *Christiani Thomasii op. cit.*, note 801, § XII (p. 12) : « (...) *hæc actio Jure Gentium non nisi rei persecutoria est (...)* ».

<sup>813</sup> V. à ce propos, récemment, M. F. CURSI, *Danno, op. cit.*, note 34, p. 183.

<sup>814</sup> *Christiani Thomasii op. cit.*, note 801, p. 11 (§ IX) : « (...) *Jure Gentium actio datur ob damnum injuria datum. Injuria vero in materia damni dati omne denotat, quod non sit jure. Sufficit ergo, quod furiosus infans nullum jus habeat damni mihi dandi, & ideo, quia nullum jus habet, obligatus etiam est ad damni a se dati restitutionem (...)* ».

(l'élément subjectif) n'est pas débattu, le demandeur ne doit pas être chargé de le prouver ».

La théorie de Thomasius est axée sur la réparation du dommage, à tel point que le comportement qui le produit n'a désormais aucun intérêt sur le plan juridique. Ceci laisse ouverte la question de la solution à adopter à la lumière de l'*aequalitas* lorsque le défendeur ou le propriétaire du bien endommagé ont fautivement contribué à la production du *damnum*<sup>815</sup>. En effet, le fait de considérer le droit à la réparation du dommage comme l'une des prérogatives du droit de propriété s'expose au risque d'abus de la part du propriétaire, qui pourrait favoriser le *damnum* pour récupérer aisément la valeur de l'un de ses biens. L'*aequalitas* ne tolérerait point une telle situation : Thomasius se prévaut à nouveau de la notion d'*aequum* pour présenter son régime de la faute de la victime :

*Christiani Thomasiai op. cit.*, note 801, § VI (p. 8) : « (...) *si concurrat culpa Domini cum culpa damnum dantis. In quo enim defectu humanae naturae quisque cum altero concurrat, ibi non aequum est, ut propter illum defectum ab altero aliquid acquirere velit (...)* »

« Dans le cas où la faute du propriétaire du bien est en concurrence avec celle de l'auteur du dommage, Dans cette défaillance de la nature humaine chacun contribue avec l'autre, et il n'est pas équitable que le propriétaire veuille s'enrichir aux dépens de l'autre à cause de cette défaillance ».

À bien y regarder, il ne s'agit pas ici d'un retour à la prise en compte du comportement, voire d'une faille logique dans le raisonnement de Thomasius. L'auteur ne manque pas de viser au respect de l'*aequalitas*, qui ne serait pas garantie si les propriétaires abusaient du droit de demander le dédommagement, qu'ils ont en vertu de leur droit réel. En présence d'un acte fautif de la victime contre son propre bien, Thomasius propose de prendre en compte non seulement son propre comportement, mais aussi – contrairement à la règle générale de la responsabilité objective – l'acte préjudiciable que le prétendu responsable aurait eu. La finalité de cette évaluation comparative n'est pas la sanction du comportement de l'une ou de

---

<sup>815</sup> Sur cette question, v. notamment M. F. CURSI, *Danno, op. cit.*, note 34, p. 186-187.

l'autre partie, mais semble plutôt être l'attribution équitable des conséquences dommageables. Paradoxalement, ce régime protège davantage le responsable aquilien que la victime fautive : si le premier aurait en tout cas dû réparer le dommage, sans aucun égard aux éléments de son comportement, la seconde est sanctionnée par le retour à l'adage *res perit domino*, en raison de l'abus de son droit d'agir en dédommagement. Ce raisonnement sera systématisé par Christian Wolff (1679-1754) dans ses *Institutiones juris naturae et gentium*. Dans cet ouvrage, il posa le principe selon lequel le *damnum* doit être divisé dans la mesure des *culpa*e respectives<sup>816</sup>.

L'intérêt de l'analyse de Thomasius est remarquable sous deux angles de vue qui pointent dans deux directions opposées. Par rapport à l'époque juridique postérieure, une telle construction, qui fait abstraction du comportement dommageable, inspira notamment plusieurs régimes spéciaux de responsabilité, nés pour offrir une protection renforcée à la victime dans des contextes dangereux ou piégeux<sup>817</sup>. Par rapport à la période antérieure, Thomasius est un excellent exemple de divergence radicale avec le modèle romain, qui ne constitue désormais plus un monument, comme le soutient Rotondi, que lorsqu'il est conforme au droit naturel<sup>818</sup>. D'un point de vue général, par son système de la responsabilité aquilienne, Thomasius témoigne du besoin jusnaturaliste de s'affranchir définitivement du droit romain et de proposer, au nom de la rationalité, un droit qui repose sur des bases différentes. Sur le plan de la fonction de la responsabilité aquilienne, la finalité réparatrice arrive à sa manifestation la plus complète dans la construction de Thomasius : seule l'injustice du dommage est désormais prise en compte et le désintéret pour le comportement exclut la nécessité de prouver son élément subjectif. Dès lors, aucune évaluation n'est faite, selon Thomasius, de la nature illicite de la conduite du responsable : l'ordre juridique ne présume pas sa faute, mais ne se pose simplement aucune question par rapport à son comportement. Par conséquent, la réparation a lieu à chaque fois que le demandeur prouve à la fois l'existence du

---

<sup>816</sup> *Christiani de Wolff Institutiones juris naturae et gentium*, éd. Halae Magdeburgicae, Officina Rengeriana, 1763, § 283 (p. 146) : « (...) *si uterque non omni culpa vacat, damnum esse dividendum in ratione culpa* ». Sur la responsabilité aquilienne dans la philosophie de Christian Wolff, v. T. KIEFER, *Die Aquilische Haftung im „Allgemeinen Landrecht für die preußischen Staaten“ von 1794*, Pfaffenweiler, Centaurus, 1989, p. 96-101.

<sup>817</sup> B. KUPISCH (*op. cit.*, note 724, p. 141) fait expressément référence, à cet égard, à la responsabilité médicale et à celle du fait des produits défectueux.

<sup>818</sup> V. *supra*.

préjudice et un lien de causalité permettant d'établir que le défendeur est à l'origine du dommage.

Nous pouvons nous apercevoir que l'école jusnaturaliste fournit une impulsion non négligeable à l'évolution de la fonction réparatrice de la responsabilité civile. À cet égard, le cadre que nous pouvons identifier en la matière paraît constituer une synthèse des traditions romaine, du *ius commune* et de la seconde Scolastique. Désormais, le droit au respect de l'équilibre patrimonial entre les parties est directement lié à la propriété. Cependant, celle-ci n'est pas protégée par le biais d'une sanction pénale mais par un instrument qui gravite autour de la victime. Son efficacité se mesure par le nombre de situations où le demandeur, qui allègue avoir subi un dommage aquilien, peut en obtenir la réparation. La norme générale de responsabilité et l'allègement de la prise en compte de l'élément subjectif vont justement dans ce sens. En même temps, il reste nécessaire que l'*aequitas* ou *aequalitas* à laquelle l'on songe en faveur de la victime ne se transforme pas en un régime manifestement inéquitable pour l'auteur du dommage, ce qui risquerait de paralyser toute activité en raison de la crainte d'être trop facilement chargé d'une dette réparatrice.

Cet équilibre d'intérêts constitua le défi auquel la réglementation du *damnum iniuriā* dût faire face à l'époque des grandes codifications de la modernité juridique. À ce propos, nous analyserons la fonction de la responsabilité aquilienne dans cette période dans le cadre du chapitre suivant.

## Chapitre II. La fonction de la responsabilité aquilienne dans l'esprit des codificateurs continentaux

Comme nous l'avons anticipé, il est connu que le trait distinctif des codifications modernes est l'abandon des sources antérieures en faveur de la construction d'un système autonome par rapport à la compilation de Justinien. Face à un tel bouleversement, le remplacement des normes préexistantes par un nouveau recueil de dispositions constitue une occasion incomparable pour l'adaptation des instruments juridiques – en ce compris le *damnum iniuriā* – aux exigences d'une société en rapide et constante évolution.

Avant d'être inséré dans un nouveau code, chaque instrument juridique nécessite une réflexion préalable au sujet de sa fonction. En matière de responsabilité aquilienne, cette exigence est d'autant plus marquée que, comme son histoire le démontre, la réglementation des conséquences juridiques de la production d'un dommage est constamment tendue entre la nécessité de prévenir les comportements préjudiciables et celle d'accorder à la victime un instrument réparateur efficace.

Certes, l'évolution des siècles précédents, couronnée par l'élan jusnaturaliste, montre une prééminence du dédommagement. La constatation de l'injustice du préjudice primait désormais sur la condamnation du comportement du responsable, à tel point que Thomasius parvint à se désintéresser de ce comportement. Néanmoins, les solutions adoptées par les différents codes en matière de responsabilité aquilienne divergent parfois entre elles, ce qui nous impose de nous interroger séparément sur la fonction remplie par chaque système du *damnum iniuriā*.

À ce stade, la difficulté principale de notre étude est constituée par l'éparpillement du continent européen, après les siècles du *ius commune*. Puisque ceci nous impose d'opérer une sélection, nous développerons notre étude autour de cinq codes : dans une première section, l'*Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten* (dorénavant ALR) et l'*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* autrichien (ABGB) ; dans une deuxième le Code Napoléon, dans une troisième le *Bürgerliches Gesetzbuch* allemand (BGB) et dans une quatrième le *Codice civile* italien de 1942.

Dans un souci de cohérence méthodologique avec les pages précédentes, nous rechercherons les indices principaux pour discuter de la fonction de chaque

réglementation du *damnum* dans les éléments que nous avons qualifiés d'utiles à ce propos dans les pages précédentes, à savoir la qualification procédurale du remède, le champ d'application de la responsabilité aquilienne, l'estimation du montant du préjudice, l'élément subjectif. Le présent chapitre ne poursuit pas le but de résumer les normes des codes modernes en matière de *damnum* ou d'en fournir une exégèse pure et simple, mais vise à reconnaître et reconstruire, par le biais de ces normes, l'équilibre entre sanction du comportement et réparation du dommage que chaque réglementation paraît avoir choisi.

### **Section 1. La responsabilité aquilienne *mixta* dans les codifications de Prusse (*Allgemeines Landrecht*) et d'Autriche (ABGB)**

Il convient de s'occuper de l'ALR et de l'ABGB dans une seule section, en raison de la proximité des cultures juridiques qui les animent. Promulgués entre la fin du XVIII<sup>e</sup> et le début du XIX<sup>e</sup> siècle (l'ALR date de 1794, l'ABGB de 1811), ces deux codes furent directement influencés par les théories jusnaturalistes auxquelles nous avons fait référence dans le chapitre précédent. Plus précisément, la codification prussienne fut promue par Samuel Cocceius (1679-1755), presque contemporain de Thomasius et partisan de l'identification entre le droit naturel et le droit romain<sup>819</sup>. Quant à l'ABGB, le juriste de référence pour la composition de ce code fut Franz von Zeiller (1751-1828), qui empruntait à son tour plusieurs éléments de la théorie de Christian Thomasius et intervint en révision d'un projet résultant à son tour d'un profond remaniement du *Codex Theresianus*, la première compilation autrichienne, publiée mais jamais entrée en vigueur<sup>820</sup>. Ce projet portait la signature de Karl Anton

---

<sup>819</sup> Pour une histoire générale de la codification prussienne, v. G. ROTONDI, *op. cit.*, note 34, p. 541-545 ; F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1967<sup>2</sup>, p. 327-335 ; G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, Bologna, Il Mulino, 1976, p. 486-493 ; H. HATTENHAUER, *op. cit.*, note 770, p. 104, T. KIEFER, *op. cit.*, note 816, p. 112-136 ; F. STURM, « Le code prussien », *Index* 26 (1998), p. 427-435 ; G. VALDITARA, *op. cit.*, note 93, p. 90, 95, 97-98.

<sup>820</sup> Pour une histoire de la codification autrichienne, v. F. WIEACKER, *op. cit.*, note 819, p. 335-339 ; G. TARELLO, *op. cit.*, note 819, p. 223-228 ; E. DEZZA, *Lezioni di storia della codificazione civile. Il Code civil (1804) e l'Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB, 1812)*, Torino, Giappichelli, 2000<sup>2</sup>, p. 125-140 ; W. BRAUNEDER, « Der historische Charakter des österreichischen ABGB und seine Weiterentwicklung 1812-1987 », in G. HAMZA (dir.), *Studien zum römischen Recht in Europa*, Budapest, U. Eotvos Lorand, 1992, p. 134-238 ; W. OGRIS, « Zur Geschichte und Bedeutung des österreichischen Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches (ABGB) » in J. ERAUW, B.

von Martini (1726-1800), considéré « le plus important des représentants autrichiens du droit naturel<sup>821</sup> ».

Néanmoins, comme nous le verrons dans les pages qui suivent et contrairement à ce que nous aurions pu attendre, il semble que, dans ces deux codifications, la finalité réparatrice de la responsabilité aquilienne coexiste avec une évaluation particulière du comportement dommageable. Ceci impose de s'interroger sur une éventuelle fonction également punitive de la responsabilité pour *damnum* dans l'ALR et l'ABGB.

Le premier élément qu'il y a lieu de considérer est la disposition qui établit le principe de la responsabilité aquilienne dans les deux codes en question. À titre liminaire, les intitulés des subdivisions où la réglementation de la responsabilité aquilienne trouve sa place dans les codes respectifs constituent un premier élément intéressant. Au titre 6 de sa première partie<sup>822</sup>, le code prussien identifie la catégorie générale des actes illicites (*unerlaubte Handlungen*), dont dérivent droits et devoirs (*Pflichte und Rechte*). Quant au code autrichien de 1811, l'intitulé du chapitre 30 de la deuxième partie<sup>823</sup> témoigne de la volonté du législateur de ne réfléchir, au moins formellement, que sous l'angle du droit au dédommagement dont jouit la victime (*Schadensersatz und Genugthuung*). Ce faisant, toute référence au caractère potentiellement « délictuel » du comportement du responsable<sup>824</sup> est exclue, contrairement au *Codex Theresianus*, où l'intitulé du chapitre dédié à la responsabilité aquilienne était *Von dem Verschulden*<sup>825</sup>, « De la faute ».

Si nous envisageons les dispositions elles-mêmes, la réflexion jusnaturaliste paraît trouver une nouvelle confirmation. En effet, l'ALR et l'ABGB présentent chacun une norme qui associe l'engagement de la responsabilité à la production d'un dommage et non pas à tel ou tel comportement préjudiciable. Cependant, dans les deux codes, cette norme est étalée sur plusieurs paragraphes : respectivement, du § 10

---

BOUCKAERT, H. BOCKEN, H. GAUS, M. STORME, *Liber Memorialis François Laurent 1810–1887*, Bruxelles, Story Scientia, 1989, p. 373-391.

<sup>821</sup> H. HAUSMANINGER, « Le Code civil autrichien de 1812 et le droit romain des délits », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique* 19 (1998), p. 189-213, spéc. p. 194.

<sup>822</sup> « *Von den Pflichten und Rechten, die aus unerlaubten Handlungen entstehen* ».

<sup>823</sup> « *Von dem Rechte des Schadensersatzes und der Genugthuung* ».

<sup>824</sup> Ceci est remarqué à juste titre par G. VALDITARA (*op. cit.*, note 93, p. 95).

<sup>825</sup> V. à ce propos G. ROTONDI, *op. cit.*, note 34, p. 545.

au § 16 du sixième titre de la première partie de l'ALR<sup>826</sup> et des paragraphes 1295, 1323 et 1324 de l'ABGB<sup>827</sup>. Nous pouvons trouver une double raison à ce foisonnement. D'une part, de manière générale, l'intention de brider l'interprétation judiciaire est partagée par les codificateurs modernes<sup>828</sup>. D'autre part, comme la doctrine l'a souligné, la technique normative employée par ces deux codes fait coexister des normes générales et l'approche casuistique typique des systèmes juridiques antérieurs<sup>829</sup>.

---

<sup>826</sup> ALR I.6 : « § 10. *Wer einen Andern aus Vorsatz oder grobem Versehen beleidigt, muß demselben vollständige Genugthuung [sic] leisten.*

§ 11. *Eben dazu ist auch der verhaftet, welcher eine dem Andern schuldige Pflicht aus Vorsatz oder grobem Versehen unterläßt, und dadurch demselben Schaden verursacht.*

§ 12. *Wer nur aus mäßigem Versehen den Andern durch eine Handlung oder Unterlassung beleidigt, der haftet nur für den daraus entstandnen wirklichen Schaden.*

§ 13. *Doch muß der Beschädiger auch einen solchen entgangenen Gewinn ersetzen, den der Beschädigte durch den gewöhnlichen Gebrauch desjenigen, woran er gekränkt worden, erlangt haben würde, wenn die Kränkung nicht vorgefallen wäre.*

§ 14. *In einem solchen Falle muß der entgangne Gewinn vergütet werden, auch wenn der wirkliche Schade keiner Schätzung fähig wäre.*

§ 15. *In Fällen, wo auch ein geringes Versehen vertreten werden muß, haftet der Beschädiger nur für den durch ein solches Versehen entstandnen unmittelbaren Schaden.*

§ 16. *Der aus einer Handlung entstandne zufällige Schade darf nur alsdann vergütet werden, wenn die Handlung selbst wider ein Verbotsgesetz ist; oder wenn der Handelnde durch ein solches gesetzwidriges Verhalten in die Umstände, wodurch er zu der Handlung veranlaßt worden, sich selbst gesetzt hat* ». Pour une traduction française de l'ALR, v. *Code général pour les États prussiens, traduit par les Membres du bureau de Législation étrangère, et publié par ordre du MINISTRE DE LA JUSTICE*, 1, Paris, Imprimerie de la République, An IX (1800-1801).

<sup>827</sup> ABGB : « § 1295. *Jedermann ist berechtigt, von dem Beschädiger den Ersatz des Schadens, welchen dieser ihm aus Verschulden zugefügt hat, zu fordern; der Schade mag durch Übertretung einer Vertragspflicht oder ohne Beziehung auf einen Vertrag verursacht worden seyn. [...]*

§ 1323. *Um den Ersatz eines verursachten Schadens zu leisten, muß Alles in den vorigen Stand zurückversetzt, oder, wenn dieses nicht thunlich ist, der Schätzwert vergütet werden. Betrifft der Ersatz nur den erlittenen Schaden, so wird er eigentlich eine Schadloshaltung; wofern er sich aber auch auf den entgangenen Gewinn und die Tilgung der verursachten Beleidigung erstreckt, volle Genugthuung genannt.*

§ 1324. *In dem Falle eines aus böser Absicht, oder aus einer auffallenden Sorglosigkeit verursachten Schadens ist der Beschädigte volle Genugthuung; in den übrigen Fällen aber nur die eigentliche Schadloshaltung zu fordern berechtigt. Hiernach ist in den Fällen, wo im Gesetze der allgemeine Ausdruck: Ersatz, vorkommt, zu beurtheilen, welche Art des Ersatzes zu leisten sey* ». Pour une traduction française de l'ABGB, v. A. DE CLERCQ, *Code civil général de l'Empire d'Autriche*, Paris, Joubert (Rennes, Blin), 1837.

<sup>828</sup> V. par ex. : F. VON ZEILLER, *Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesammten Deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie*, 1, Wien und Triest, Geistingers Verlagshandlung, 1811, p. 7 (sub § 6) : en se référant à l'impératrice Marie-Thérèse d'Autriche, il affirme que « [s]ie machte schon im J. 1753 dem obersten Gerichtshofe bekannt, dass durch Abfassung eines vollständigen Codex allen Provinzen ein sicheres gleiches Recht und eine gleichförmige rechtliche Verfabrungsart bestimmt werden soll ». Sur le projet de Marie-Thérèse, le *Codex Theresianus* jamais promulgué, v. G. TARELLO, *op. cit.*, note 819, p. 248-256. Sur la méfiance du roi de Prusse Frédéric II à l'égard des juristes, v. B. WINIGER, *La responsabilité aquilienne au 19<sup>ème</sup> siècle*, *op. cit.*, note 34, p. 35.

<sup>829</sup> *Op. ult. cit.*, p. 33-37. Ici, le propos de B. WINIGER a pour seul objet l'ALR, mais il semble possible d'étendre sa réflexion, quoiqu'en moindre mesure, au code autrichien de 1811.



Comme nous l'avons anticipé, en raison de l'influence du jusnaturalisme – notamment de la théorie de Grotius, le premier qui s'exprima en ce sens<sup>830</sup> – ni l'ALR ni l'ABGB ne décrivent le comportement apte à engager la responsabilité aquilienne.

Un premier point de divergence par rapport à la *lex Aquilia*, qui limite précisément, quant à elle, son champ d'application à quatre comportements (*occidere, urere, frangere, rumpere*), apparaît clairement. Pourtant, ceci n'exclut pas la présence d'une double approche, générale et casuistique, qui se manifeste dans l'ALR et l'ABGB. Pour l'étudier, nous diviserons l'analyse en trois parties. Dans un premier paragraphe, nous nous concentrerons sur l'élément subjectif, strictement lié, dans les codes que nous examinons, à l'évaluation du montant de l'obligation pesant sur le responsable. Les questions qui concernent l'*aestimatio damni* feront l'objet d'un deuxième paragraphe. Dans une troisième subdivision, nous nous occuperons de la qualification de la responsabilité aquilienne telle qu'elle résulte des codes en question : ici, nous pourrions trouver les éléments qui relevaient de la nature de l'action dans les systèmes juridiques axés sur la compilation de Justinien. Il s'agit notamment de la solidarité et de la transmission de l'action aux héritiers.

### §1. L'évaluation du comportement

Nous pouvons entamer notre analyse par les paragraphes 10 à 15 du Code prussien. Ici, le responsable d'un dommage causé par une action ou une omission dolosive ou gravement fautive (*aus Vorsatz oder grobem Versehen*) est tenu, au sens des § 10 et 11, de remettre à la victime la réparation complète (*vollständige Gnugethuung*) de son dommage, soit la plus haute valeur que le bien endommagé a eue entre le moment du dommage et celui de la notification de l'action au défendeur. À celle-ci s'ajouteront la valeur extraordinaire (*außerordentlicher Werth*) et, en cas de dol, le prix d'affection (*Werth der besonderen Vorliebe*<sup>831</sup>). Si le comportement

---

<sup>830</sup> V. *supra*, dans cette partie, ch. I, sect. 2, § 1.

<sup>831</sup> ALR I.6 : « § 85. Ist der Schade aus Vorsatz oder grobem Versehen zugefügt worden, so muß der höchste Werth, welchen die Sache, nach obigen Bestimmungen, (§. 82. 83. 84.) in dem Zeitraum zwischen der Schadenszufügung und der dem Beschädiger zugestellten Klage gehabt hat, vergütet werden.

§ 86. Auch haftet in einem solchen Falle der Beschädiger für den außerordentlichen Werth.

§ 87. Für den Werth der besonderen Vorliebe haftet er nur alsdann, wenn die Beschädigung vorsätzlich zugefügt worden ist ».

préjudiciable présente une faute moyenne (*aus mäßigem Versehen*), son auteur sera tenu de réparer les dommages réels (*wirkliche Schaden*) qui en résultent, comme le dispose le § 12, et le *lucrum cessans* au sens des § 13 et 14<sup>832</sup>. En dernier lieu, si la faute du responsable est légère (*ein geringes Versehen*), seuls les dommages immédiats (*unmittelbare Schaden*) feront l'objet de son obligation vis-à-vis de la victime<sup>833</sup>, selon le § 15 : en ce cas, la réparation sera limitée aux conséquences directes du dommage et il suffira de payer le prix commun de la chose au moment où le dommage a été causé<sup>834</sup>.

En revanche, le code autrichien, après avoir énoncé au § 1295 la nécessité d'une faute (*Verschulden*) pour la réparation du dommage aquilien, met en place sa réglementation de l'élément subjectif aux paragraphes 1323 et 1324<sup>835</sup>. Le § 1323 distingue les notions de dédommagement simple (*Schadloshaltung*) et de réparation complète (*volle Genugthuung*) : la première a pour seul objet le dommage subi par la victime (*nur den erlittenen Schaden*), la seconde s'étend aussi au *lucrum cessans* et vise à la reconstitution complète du *status quo ante* (*auf den entgangenen Gewinn und die Tilgung der verursachten Beleidigung*). Au sens du § 1324, la victime a droit à une *volle Genugthuung* uniquement si le dommage qu'elle a subi a été produit par un dol ou une négligence évidente (*aus böser Absicht oder aus einer auffallenden Sorglosigkeit*). Dans les autres cas, seule la réparation du dommage effectivement subi (*nur die eigentliche Schadloshaltung*) pourra être demandée.

---

<sup>832</sup> Il y a lieu de préciser que le manque à gagner auquel fait référence l'ALR se limite aux profits que la victime du préjudice aurait tirés de l'usage ordinaire de la chose détériorée. V. à cet égard G. A. BIELITZ, *Praktischer Kommentar zum allgemeinen Landrechte für die preußischen Staaten*, 2, Erfurt, Reysersche Buchhandlung, 1824, p. 7-8 : « Der Hauptpunkt, welcher bey der Bestimmung des § 13 nicht aus der Acht gelassen werden darf, ist Der: dass der entgangene Gewinn durch einen gewöhnlichen Gebrauch, Dessen, woran die Beschädigung vorgefallen, zu erlangen gewesen seyn muss: Denn hieraus folget: dass dem Beschädigten in dem Falle des § 12 zwar der, durch die Beschädigung eingebüßte Verdienst in seiner gewöhnlichen Beschäftigung, nicht aber der Verdienst, den er außerhalb seines eigentlichen Berufs, durch Benutzung glücklicher Ereignisse, hätte machen können, zu ersetzen ist ».

<sup>833</sup> Sur les dommages immédiats, v. F. G. SIEWERT, *Materialien zur wissenschaftlichen Erklärung der neuesten allgemeinen preußischen Landesgesetze*, Viertes Heft, Halle, Rengersche Buchhandlung, 1801, p. 107-108.

<sup>834</sup> ALR I.6, § 88 : « Ist der Schade durch ein mäßiges oder geringes Versehen entstanden, so darf nur der, zur Zeit der Schadenszufügung vorhanden gewesene, gemeine Werth ersetzt werden ». Le lecteur remarquera la dyscrasie entre ce paragraphe, où l'obligation décrite est due en cas de faute moyenne ou légère (« *mäßiges oder geringes Versehen* ») et les § 12 et § 15, où en revanche la faute moyenne n'est pas assimilée à celle légère, car la réparation due au sens du § 12 s'étend aux « *wirkliche Schaden* », alors que le second ne se réfère qu'aux « *unmittelbare Schaden* ».

<sup>835</sup> V. *supra*, note 827.

Nous pouvons tout d'abord constater que tant l'ALR que l'ABGB mettent en place plusieurs niveaux de réparation du dommage suivant l'élément subjectif du comportement qui en constitue la cause.

L'observateur ne saurait négliger les répercussions qu'une telle solution entraîne sur l'étude de la finalité de la responsabilité en termes de punition ou de réparation. En dernière analyse, tout comme dans la *lex Aquilia*<sup>836</sup>, ces deux codes mettent en place une sanction du comportement dommageable. Les chefs de dédommagement auxquels la victime peut aspirer ne dépendent pas de l'étendue de la perte qu'elle a subie et dont elle souhaite recevoir une réparation, mais de la gravité de l'élément subjectif de l'acte préjudiciable.

Quelle fut la raison de l'adoption d'un tel régime dans ces codes, d'autant plus que l'influence de l'école jusnaturaliste était directe et immédiate en Prusse et Autriche ? Une réponse peut être trouvée dans les mots de Franz von Zeiller lui-même. Malgré sa faveur pour la responsabilité objective, ce juriste estima nécessaire de retenir la position des jusnaturalistes antérieurs : les théories qui tendaient vers la réparation du dommage produit sans faute n'auraient pas été applicables à la multitude des rapports qui lient les personnes même contre leur volonté<sup>837</sup>.

À ce stade, nous pourrions même arriver à remettre en question l'influence jusnaturaliste elle-même dans les codes prussien et autrichien. En effet, outre le degré de généralité de la norme qui fonde la responsabilité aquilienne, il semble plutôt que l'ALR et l'ABGB prennent leur distance des théories du droit naturel étudiées plus

---

<sup>836</sup> Cette affirmation se limite strictement à la fonction du remède. Nous n'entendons donc pas soutenir que les codes prussien et autrichien empruntent du droit romain le régime de l'élément subjectif de la responsabilité aquilienne. À ce propos, les mots de G. A. BIELTZ (*op. cit.*, note 832, p. 7) méritent d'être partagées : «*Das römische Recht macht den hier angegebenen Unterschied in Unsehung des Schadenersatzes nach der Art und dem Grade der Schuld, welche dem Beschädiger zur haft fällt, nicht; sondern nach demselben ist Derjenige, der dem Undern durch eine unerlaubte Handlung Schaden zufüget, ohne Rücksicht auf die Größe seiner Schuld, allen und jeden Schaden zu ersetzen verpflichtet*».

<sup>837</sup> J. OFNER (dir.), *Der Ur-Entwurf und die Verhathungs-Protokolle des Oesterreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches*, 2, Wien, Hölder, 1809, p. 182 : «*Nach der Lehre der ältern Naturrechtslehrer hafte man für jedes Verschulden, für jedes Versehen, wodurch man den Andern beschädigt. Nach der Lehre einiger neuen Naturrechtslehrer (zu welcher Ref. sich in seinem natürlichen Privatrechte ebenfalls bekennt habe), habe man das Recht, von dem Beschädiger Ersatz zu fordern, wenn er uns auch nur durch eine unwillkürliche (unfreie) Handlung einen Schaden zugefügt hat. Ohne über die Richtigkeit dieser beiden philosophischen Meinungen zu streiten, gestehe Ref. doch selbst, daß weder die letztere, noch auch, wenigstens ohne eine Bestimmung, die erstere Meinung auf die bürgerlichen Verhältnisse, in welchen die Menschen, so oft gegen, oder wenigstens ohne ihren Willen verwickelt werden, anwendbar sei*».

haut, où le droit au dédommagement de la victime est au centre de la réflexion<sup>838</sup>. Toutefois, le souci d'équité pour la victime ne fut pas négligé dans la rédaction des deux codes en question, comme en témoignent les réglementations respectives de la responsabilité du fait d'une personne incapable, qu'il s'agisse d'un mineur âgé de moins de sept ans ou d'une personne qui cause un dommage sous l'empire d'un trouble mental.

À ce propos, l'ALR met en place, dans ses paragraphes 41 à 44<sup>839</sup>, un régime juridique favorable à la victime : bien que seuls les *unmittelbare Schaden* fassent l'objet de l'obligation réparatrice, les paragraphes en question s'ouvrent à la responsabilité patrimoniale de la personne incapable elle-même. Le § 42 soumet cette possibilité à la condition que la victime n'ait pas pu se satisfaire sur les biens des parents (*Aeltern*) ou de la personne chargée de la surveillance de l'incapable (*Aufseher*). Selon Gustav Alexander Bielitz, pour que ceci se produise, il est nécessaire qu'une *culpa in vigilando* soit imputable aux superviseurs, et que les biens dont l'incapable est propriétaire ne soient pas suffisants pour payer l'entièreté de la réparation<sup>840</sup>.

Si nous acceptons cette interprétation, le § 43 protège tout de même l'*infans* ou le *furiosus* contre la perte de la totalité de ses biens, les moyens pour l'entretien et l'éducation de cette personne étant insaisissables. Ensuite, sa responsabilité est écartée par le § 44 si la victime a contribué par sa faute, fût-elle légère, à la production du dommage.

Quant à l'ABGB, les paragraphes 1308 à 1310<sup>841</sup> sont à considérer. Le premier exclut la responsabilité de l'incapable en cas de faute de la victime, comme dans le cas

---

<sup>838</sup> V. en ce sens T. KIEFER, *op. cit.*, note 816, p. 148.

<sup>839</sup> ALR I.6 : « § 41. Wenn Wahn- und Blödsinnige, oder Kinder unter sieben Jahren jemanden beschädigen, so kann nur der Ersatz des unmittelbaren Schadens aus ihrem Vermögen gefordert werden.

§ 42. Doch haftet das Vermögen solcher Personen nur alsdann, wenn der Beschädigte den Ersatz aus dem Vermögen der Aufseher oder der Aeltern nicht erhalten kann.

§ 43. Auch haftet dasselbe nur so weit, als dadurch dem Beschädiger der nöthige Unterhalt, und wenn er ein Kind ist, die Mittel zu einer standesmäßigen Erziehung nicht entzogen werden.

§ 44. Hat der Beschädigte dergleichen Personen durch sein eignes auch nur geringes Versehen zu der schädlichen Handlung veranlaßt, so kann er sich an das Vermögen derselben nicht halten ».

<sup>840</sup> G. A. BIELITZ, *op. cit.*, note 832, p. 24.

<sup>841</sup> ABGB : « § 1308. Wenn Wahn- oder Blödsinnige, oder Kinder jemanden beschädigen der durch ein Verschulden hierzu selbst Veranlassung gegeben hat; so kann er keinen Ersatz ansprechen.

du § 44 que nous venons de mentionner. Le § 1309, comme le § 42 prussien cité plus haut, engage la responsabilité des personnes chargées de la surveillance (*Obsorge*) de l'incapable, pourvu qu'une *culpa* de leur part puisse être identifiée. Le § 1310 fournit enfin la réglementation de l'obligation réparatrice pesant directement sur les *Wahn- oder Blödsinnige, oder Kinder* : le juge pourra condamner l'incapable à une réparation entière ou partielle du dommage<sup>842</sup>, sous plusieurs conditions, parmi lesquelles le fait que la victime ne se soit pas défendue, eu égard à l'état de l'agresseur<sup>843</sup>.

Le paragraphe en question se détache de l'*Ur-Entwurf*, le projet conclu en 1796 par une commission présidée par Karl Anton von Martini. Cette compilation (III.13 § 456) faisait appel au droit de se défendre pour reconnaître largement le droit de la victime d'un dommage causé par un incapable à la réparation de son préjudice<sup>844</sup>. Il s'agissait d'une disposition très proche d'un modèle de responsabilité objective, conforme à la pensée jusnaturaliste incarnée ici par Martini et Zeiller, mais qui fut considérablement restreinte dans sa portée lors de la rédaction définitive. En

---

§ 1309. *Außer diesem Falle gebührt ihm der Ersatz von denjenigen Personen, denen der Schade wegen Vernachlässigung der ihnen über solche Personen anvertrauten Obsorge beygemessen werden kann.*  
§ 1310. *Kann der Beschädigte auf solche Art den Ersatz nicht erhalten, so soll der Richter mit Erwägung des Umstandes, ob dem Beschädiger, ungeachtet er gewöhnlich seines Verstandes nicht mächtig ist, in dem bestimmten Falle nicht dennoch ein Verschulden zur Last liege; oder, ob der Beschädigte aus Schonung des Beschädigers die Vertheidigung unterlassen habe; oder endlich, mit Rücksicht auf das Vermögen des Beschädigers und des Beschädigten, auf den ganzen Ersatz, oder doch einen billigen Theil desselben erkennen ».*

<sup>842</sup> Ici, l'ABGB semble peu clair quant à l'étendue de l'obligation réparatrice pesant sur l'incapable, ce qui n'a pas manqué d'être critiqué en doctrine. V. à ce propos L. VON KIRCHSTETTER, *Commentar zum österreichischen Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche*, Leipzig und Wien, Brockhaus, 1872, p. 615 : « *Sehr wenig Billigung verdienen die Bestimmungen des § 1310. Denn was den ersten daselbst vorausgesetzten Fall anbelangt, so wird es auch, wenn der Beschädigte von den im § 1309 bezeichneten Personen den Ersatz des Schadens nicht erlangen kann, immer in erster Linie darauf ankommen, ob nicht dem Beschädiger selbst in dem bestimmen Falle ein Verschulden zur Last fällt. Soll aber damit blos gesagt sein, dass der Richter in einem solchen Falle bei Beurtheilung des Umstandes, ob dem Beschädiger im gegebenen Falle nicht dennoch ein Verschulden zur Last falle, strenger zu Werke gehen soll, so fehlt jeder feste Maßstab, wie weit der Richter gehen kann. Die beiden letzteren im § 1310 vorhergesehenen Fälle tragen wol an und für sich gewiss begründeten Billigkeitsrückfichten Rechnung, bieten jedoch in der Anwendung, so wie der erste Fall, rüdsichtlich des Ausmaßes der Höhe der Entschädigung erhebliche Schwierigkeiten ».*

<sup>843</sup> Il vaut la peine de citer ici la traduction française intégrale du § 1310 (A. DE CLERCQ, *op. cit.*, note 827) : « Si la partie lésée ne peut obtenir de dédommagement par le moyen de ce recours, le juge statuera sur la réparation complète ou partielle du dommage, dans la circonstance particulière, bien qu'il n'ait pas habituellement l'usage de la raison, ou si la partie lésée n'a pas négligé de s'opposer au dommage par ménagement pour celui qui l'a causé, et enfin en prenant en considération la fortune de la partie lésée ainsi que celle de l'auteur du dommage ».

<sup>844</sup> « *Kinder und Wahnsinnige können weder einer Hinterlist, noch einer schuldbaren Unwissenheit beschuldigt werden. Der aus ihren Handlungen entstandene Schade, wenn sie Niemand durch ein Verschulden zum Handeln veranlasst hat, gehört zu den Zufällen. Weil aber der Schadenersatz sich auch auf das Vertheidigungsrecht gründet, welches auch gegen Kinder und Wahnsinnige Statt hat; so fällt derselbe, wenn er nicht von dem Schuldigen geleistet worden ist, dennoch auf den Beschädiger ».*

effet, non seulement, comme le souligne Rotondi, elle était trop grave pour être maintenue telle quelle<sup>845</sup>, mais le législateur autrichien préféra la remplacer par « un recours subsidiaire et timide au principe d'équité<sup>846</sup> ».

Toutefois, il semble que ce jugement de Hausmaninger est excessivement sévère. Nonobstant les strictes limites posées par le code autrichien, nous pouvons affirmer que, dans les deux codifications considérées, la réglementation du dommage causé par une personne incapable trouva une inspiration remarquable dans les théories jusnaturalistes. Sauf les exceptions que le § 1310 de l'ABGB envisage pour appliquer la responsabilité pour faute à ce cas particulier, l'incapable n'agit donc ni *dolo* ni *culpa*. Il ne serait dès lors tenu à aucune réparation au sens de la règle générale. Ce n'est donc que dans un remarquable élan d'équité envers la victime du dommage que les systèmes prussien et autrichien mirent en place la possibilité que les incapables répondent eux-mêmes, avec leur patrimoine, des dommages qu'ils produisent *casu*. En effet, ils étaient soucieux d'attribuer à la responsabilité une fonction réparatrice malgré leur distinction des niveaux de dédommagement selon l'élément subjectif,

D'ailleurs, l'équité et l'équilibre respectif entre les patrimoines du responsable incapable et de la victime sont également évoqués dans les commentaires de l'époque. Par exemple, Zeiller souligne l'importance du rééquilibrage patrimonial<sup>847</sup>, et Franz Xaver Nippel (1787-1862) affirme que, dans le cas où aucune faute n'a été commise dans le cadre d'un dommage produit par un incapable, le juge reçoit la charge de trancher le différend selon l'équité<sup>848</sup>.

---

<sup>845</sup> G. ROTONDI, *op. cit.*, note 34, p. 547-548.

<sup>846</sup> H. HAUSMANINGER, *op. cit.*, note 821, p. 206.

<sup>847</sup> F. VON ZEILLER, *op. cit.*, note 828, 3.2, p. 735 *sub* § 1310 : « *Wäre das Vermögen gleich, so würde auch der Ersatz in gleichen Theilen, außer dem aber im Verhältnisse des Uebergewichtes, auszumessen senn. Uebrigens ist ein solcher Streit vorzüglich zum Versuche eines billigen Vergleiches geeignet; eine strenge Vermögensersorschung findet eben so wenig, als in andern Billigkeitsfällen [...] statt* ».

<sup>848</sup> F. X. NIPPEL, *Erläuterung des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches für die gesammten deutscher Länder des österreichischen Monarchie*, 8, Grätz, Damian und Sorge, 1835, p. 135 *sub* § 1310 : « *Der Richter ist dadurch in allen Fällen, in welchen Jemand ohne sein Verschulden zur Last gelegt werden kann, nach den in dem Gesetzbuche angenommenen Grundsätzen den Schaden büßen müßte, angewiesen, auf die Vermögen-Verhältnisse des Beschädigers und des Beschädigten Rücksicht zu nehmen, und nach diesen Verhältnissen nach Billigkeit zu bestimmen, ob und in wie fern der Beschädiger einen Ersatz zu leisten habe* ».

Ensuite, conformément au propos de Christian Wolff<sup>849</sup>, les paragraphes 18 à 21 du titre I.6 de l'ALR<sup>850</sup> et 1304 de l'ABGB<sup>851</sup> s'occupent de la participation de la victime au résultat dommageable par sa propre faute, en introduisant un principe de répartition de la charge du préjudice<sup>852</sup>. Le Code autrichien se limite à établir la proportionnalité de cette répartition, dans une formulation ambiguë qui laisse ouverte la question de savoir s'il faut mesurer le degré respectif de faute ou la contribution causale à la production du préjudice<sup>853</sup>. En revanche, l'ALR emploie son échelle de gravité de l'élément subjectif pour construire un système de répartition des dommages immédiats et médiats entre le responsable et la victime coupable d'une faute.

En dernier lieu, il convient de fournir un aperçu de la responsabilité d'une personne du fait du dommage causé par un tiers obéissant à ses ordres, dans les cas auxquels le droit de la compilation de Justinien associait une obligation *quasi ex delicto*<sup>854</sup>. Tant l'ALR que l'ABGB prévoient de telles hypothèses. Le *Landrecht* établit l'exonération de principe du préposé : il ne sera personnellement tenu que s'il commet un acte expressément interdit par une loi ou s'il excède les limites des fonctions que son supérieur lui a confiées. Si l'ordre du commettant porte sur un acte prohibé, le préposé sera tenu de réparer le préjudice qui en résulte, mais disposera

---

<sup>849</sup> V. *supra*, note 816.

<sup>850</sup> ALR I.6 : « § 18. Von den Vergütung eines aus Vorsatz oder grobem Versehen zugefügten unmittlerbaren Schadens wird der Beleidiger durch die mit eintretende Verschuldung des Beschädigten nicht befreit.

§ 19. Hingegen darf der mittelbare Schade und der entgangene Gewinn nicht ersetzt werden, wenn der Beschädigte bei der Abwendung desselben sich selbst ein grobes Versehen hat zu Schulden kommen lassen.

§ 20. Ein vergleichen eigenes grobes Versehen des Beschädigten macht denselben aller Schadloshaltung verlustig, wenn der Schade nur aus einem mäßigen oder geringen Versehen des Beschädigers entstanden ist.

§ 21. Der Ersatz des aus mäßigem oder geringem Versehen entstandenen mittelbaren Schaden und entzogenen Gewinnes fällt schon alsdann weg, wenn der Beschädigte den Nachtheil durch Anwendung der gewöhnlichen Aufmerksamkeit vermeiden konnte ».

<sup>851</sup> ABGB § 1304 : « Wenn bey einer Beschädigung zugleich ein Verschulden von Seite des Beschädigten eintritt; so trägt er mit dem Beschädiger den Schaden verhältnismäßig; und, wenn sich das Verhältniß nicht bestimmen läßt, zu gleichen Theilen ».

<sup>852</sup> V. à ce propos T. KIEFER, *op. cit.*, note 816, p. 152-153.

<sup>853</sup> À ce propos, F. VON ZEILLER (*op. cit.*, note 828, p. 726-727) soutient que la proportion est à calculer sur la base du degré de l'élément subjectif ; à ceci, F. X. NIPPEL (*op. cit.*, note 848, p. 116-118) oppose qu'il serait impossible de déterminer la quantité respective de faute à la charge du responsable et de la victime du dommage : pour cette raison, il y a lieu de prendre en compte de la proportion de la participation de chacun des deux à la réalisation du dommage (« nach dem Verhältnisse seines Antheiles an der Beschädigung »), ce qui déplace la perspective au plan du lien causal.

<sup>854</sup> V. *supra*, spéc. note 461.

d'une action récursoire contre l'auteur<sup>855</sup>. Quant à lui, le code prussien met en place la responsabilité des aubergistes (*Wirtbe*), armateurs (*Schiffer*), voituriers (*Fuhrleute*<sup>856</sup>) et services d'expédition (*Versendungsanstalten*<sup>857</sup>); ensuite, il prévoit un cas de responsabilité superposable à l'*actio de positis vel suspensis* pesant sur la personne qui occupe le logement dont tombe un objet suspendu ou mal placé (*gefährlich aufgehängte oder gestellte Sache*<sup>858</sup>).

En conclusion, l'étude du comportement pris en compte par l'ALR et l'ABGB restitue le cadre d'une responsabilité aquilienne quelque peu mixte, qui mêle en son sein la volonté de sanctionner l'auteur d'un acte dommageable illicite et de rééquilibrer une perte patrimoniale injuste. La présence respective des deux fonctions est variable : la fonction punitive prévaut dans le régime général, car la victime perçoit une réparation seulement partielle si la faible gravité du comportement du responsable n'est pas suffisante à lui accorder un dédommagement complet. Vice-versa, en matière de dommages causé par un incapable, la finalité réparatrice prend le relais et outrepassé l'absence de faute de la part de l'auteur du comportement ou de ses surveillants pour ne pas laisser la victime dépourvue de réparation du préjudice subi.

---

<sup>855</sup> ALR I.6 : « § 45. Werden Befehl dessen, dem er zu gehorchen schuldig ist, vollzieht, kann in der Regel zu keinem Schadensersatz angehalten werden.

§ 46. Er muß aber dafür haften, wenn die befohlne Handlung in den Gesetzen ausdrücklich verboten ist.

§ 47. Wer vermöge seines Standes oder Amtes die Befehle seiner Vorgesetzten ohne Einschränkung zu befolgen verpflichtet ist, von dem kann nicht gefordert werden, daß er einen in Dienstgeschäften ihm geschehenen Auftrag seiner Oberrn prüfe.

§ 48. Dem, der aus Unwissenheit einen gesetzwidrigen Befehl ausgerichtet hat, bleibt der Regreß gegen den Befehlenden vorbehalten.

§ 49. Wer die Grenzen des erhaltenen Befehls überschreitet, macht sich allemal zum Ersatz des dadurch entstandnen Schadens verantwortlich ».

<sup>856</sup> ABGB § 1316 : « *Wirtbe, Schiffer und Fuhrleute verantworten den Schaden, welchen ihre eigenen, oder die von ihnen zugewiesenen Dienstpersonen an den übernommenen Sachen einem Reisenden in ihrem Hause, oder in ihrem Schiffe, oder an der Befrachtung verursachen* ».

<sup>857</sup> ABGB § 1317 : « *In wie fern bey öffentlichen Versendungsanstalten für den Schaden eine Haftung übernommen werde, bestimmen die besondern Vorschriften* ».

<sup>858</sup> ABGB § 1318 : « *Wird jemand durch das Herabfallen einer gefährlich aufgehängten oder gestellten Sache; oder, durch Herauswerfen oder Herausgießen aus einer Wohnung beschädiget; so haftet derjenige, aus dessen Wohnung geworfen oder gegossen worden, oder die Sache herabgefallen ist, für den Schaden* ».



## §2. Les caractéristiques du dommage

Il est maintenant question de savoir si la coexistence de fonctions que nous avons identifiée à travers l'analyse de l'élément subjectif dans l'ALR et l'ABGB trouve une confirmation dans la notion de dommage retenue par ces deux codes, ainsi que dans les caractéristiques de l'obligation qui pèse sur le responsable aquilien.

Tant dans le *Landrecht* prussien<sup>859</sup> que dans le code de l'Empire d'Autriche<sup>860</sup>, la réglementation de la responsabilité aquilienne s'ouvre par la définition du dommage<sup>861</sup>. L'héritage jusnaturaliste est visible à partir de la notion large et englobante de *Schade* retenue par les deux codes. En effet, d'une part, l'ALR dispose que le dommage est toute détérioration de la condition d'une personne (*jede Verschlimmerung des Zustandes eines Menschen*) quant à son corps (*Körper*), sa liberté (*Freiheit*), son honneur (*Ehre*) ou son patrimoine (*Vermögen*). Ensuite, comme nous l'avons observé dans le paragraphe précédent, l'ALR distingue trois catégories de dommage, en considération du lien de causalité qui les met en rapport avec le comportement préjudiciable. Plus précisément, au sens du § 2, le dommage est immédiat (*unmittelbar*) lorsqu'il est directement lié à l'acte ou à l'omission qui le

---

<sup>859</sup> ALR I.6 : « § 1. *Schade heißt jede Verschlimmerung des Zustandes eines Menschen, in Ansehung seines Körper, seiner Freiheit, oder Ehre, oder seines Vermögens.*

§ 2. *Wird ein solcher Nachtheil durch eine Handlung oder Unterlassung unmittelbar und zunächst bewirkt, so wird der Schade selbst unmittelbar genannt.*

§ 3. *Entsteht Nachtheil zwar aus der Handlung oder Unterlassung, jedoch nur in Verbindung derselben mit einem andern von ihr verschiedenen Ereignisse, oder mit einer nicht gewöhnlichen Beschaffenheit der Person oder Sache, so ist ein mittelbarer Schade vorhanden.*

§ 4. *Ein Schade, dessen Entstehen aus der Handlung oder Unterlassung gar nicht vorausgesehen werden konnte, wird im rechtlichen Sinne zufällig genannt.*

§ 5. *Vortheile, die Jemand erlangt haben würde, wenn eine gewisse Handlung oder Unterlassung nicht vorgefallen wäre, werden zum entgangenen Gewinn gerechnet.*

§ 6. *Doch wird bei Bestimmung des entzogenen Gewinnes nur auf solche Vortheile, die entweder nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge und der Geschäfte des bürgerlichen Lebens, oder vermöge gewisser schon getroffener Anstalten und Vorkehrungen, vernünftiger Weise erwartet werden konnten, Rücksicht genommen.*

<sup>860</sup> ABGB : « § 1293. *Schade heißt jeder Nachtheil, welcher jemanden an Vermögen, Rechten oder seiner Person zugefügt worden ist. Davon unterscheidet sich der Entgang des Gewinnes, den jemand nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge zu erwarten hat.*

§ 1294. *Der Schade entspringt entweder aus einer widerrechtlichen Handlung, oder Unterlassung eines Andern, oder aus einem Zufalle. Die widerrechtliche Beschädigung wird entweder willkürlich oder unwillkürlich zugefügt. Die willkürliche Beschädigung aber gründet sich theils in einer bösen Absicht, wenn der Schade mit Wissen und Willen; theils in einem Versehen, wenn er aus schuldbarer Unwissenheit oder aus Mangel der gehörigen Aufmerksamkeit, oder des gehörigen Fleißes verursacht worden ist. Beydes wird ein Verschulden genannt.*

<sup>861</sup> Sur la proximité des réglementations de l'ALR et de l'ABGB en la matière, v. H. HAUSMANINGER, *op. cit.*, note 821, p. 208-209.

produit (autrement dit, *corpore corpori datum*<sup>862</sup>). En revanche, selon le § 3, le préjudice est médiate (*mittelbar*) lorsque le comportement et le dommage sont reliés par un autre événement, au milieu entre eux (*mit einem andern von ihr verschiedenen Ereignisse*), ou par une condition inhabituelle de la personne ou de la chose atteinte (*mit einer nicht gewöhnlichen Beschaffenheit der Person oder Sache*). Enfin, le préjudice est accidentel (*zufällig*) lorsque sa production était absolument imprévisible (*gar nicht vorausgesehen werden konnte*).

D'autre part, dans le souci de brièveté qui le caractérise<sup>863</sup>, le code autrichien adopte une définition sensiblement plus restreinte. Au sens du § 1293 de l'ABGB, le dommage est tout préjudice (*jeder Nachtheil*) subi dans son patrimoine (*Vermögen*), ses droits (*Rechte*) ou sa personne (*Person*).

Enfin, tant dans l'ALR que dans l'ABGB, le dommage *stricto sensu* se distingue de la perte d'un gain (*entgangener Gewinn*<sup>864</sup> ou *Entgang des Gewinnes*<sup>865</sup>) auquel l'on pouvait s'attendre d'après le cours ordinaire des événements (*nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge*).

Quelques observations à propos des définitions de principe que nous avons rapportées méritent d'être formulées. En premier lieu, les codes prussien et autrichien – comme le fera le *Bürgerliches Gesetzbuch* allemand promulgué en 1900<sup>866</sup> – énumèrent expressément les biens juridiques protégés par la responsabilité aquilienne. D'une part, ceci constitue l'indice explicite d'un élargissement de la notion de dommage aux préjudices physiques et moraux, qui puise ses sources dans la tradition scolastique et jusnaturaliste, et démontre le souci des deux législateurs de l'efficacité réparatrice de la responsabilité aquilienne. D'autre part, cette approche témoigne à nouveau du mélange – que nous avons déjà identifié plus haut, notamment à propos du *Landrecht* – entre la volonté de parvenir à une

---

<sup>862</sup> V. à ce propos B. WINIGER, *La responsabilité aquilienne au 19<sup>ème</sup> siècle*, *op. cit.*, note 34, p. 41.

<sup>863</sup> V. à cet égard la critique mûe par F. VON ZEILLER (*op. cit.*, note 828, p. IX) à la longueur du *Landrecht*, comparée à celle du code de sa patrie : « *ein zwar gut geordnetes, aber sehr ausführliches Gesetzbuch, wie das, aus vier starken Bänden bestehende, Preußische Landrecht, bed[arf] vielmehr systematischer Auszüge zur bequemern Uebersicht, und zur leichteren Auffassung, Reihung und Festhaltung der Begriffe, als eines Commentars* ».

<sup>864</sup> ALR I.6 § 5.

<sup>865</sup> ABGB § 1293.

<sup>866</sup> V. *infra*, sect. 3, § 2.

réglementation dépourvue de références à la casuistique et l'exigence de brider l'interprétation pour garantir la sécurité juridique.

Certes, cette technique normative a pu attirer des critiques doctrinales en raison de l'ambiguïté apparente qui en résulte<sup>867</sup>. Néanmoins, l'analyse du dommage dans les codes en question reste intéressante en vue de tracer le cadre de la fonction de la responsabilité qu'ils retiennent.

Dans la présente étude, nous avons interprété à plusieurs reprises l'extension de l'éventail des chefs de préjudice comme l'indice d'une attention accrue envers la finalité réparatrice de la responsabilité *ex damno*. L'application de ce critère à l'ALR et à l'ABGB nous permet d'affirmer que les deux codes mirent en œuvre les préceptes jusnaturalistes et attribuèrent ainsi au dédommagement un rôle de premier plan.

Nous nous apercevons de cette affinité intellectuelle notamment si nous examinons les chefs de préjudice qui pèsent sur le responsable dont l'élément subjectif est de la plus haute gravité. Comme nous l'avons anticipé dans le paragraphe précédent, dans l'ALR, la *vollständige Genugthuung*, à laquelle l'auteur d'un comportement dolosif ou gravement fautif est tenu, comprend au sens du § 7<sup>868</sup>, la réparation de l'entière du dommage (*der Ersatz des gesamten Schadens*) et du *lucrum cessans* (*des entgangenen Gewinnes*). Il en est de même avec la *volle Genugthuung* retenue par le code autrichien, qui prévoit la réparation du *lucrum cessans*<sup>869</sup>. En outre, si l'acte dommageable a été réalisé en violation d'une loi pénale, par méchanceté ou dans le plaisir de nuire, le responsable sera également tenu du prix d'affection (*Werth der besondern Vorliebe*) du bien détérioré.

---

<sup>867</sup> V. à ce propos B. WINIGER, *La responsabilité aquilienne au 19<sup>ème</sup> siècle*, op. cit., note 34, p. 37-39. L'auteur dénonce notamment que « [d]avantage qu'un Code, l'ALR nous rappelle un recueil succinct de principes jurisprudentiels ».

<sup>868</sup> ALR I.6 § 7 : « *Zu einer vollständigen Genugthuung gehört der Ersatz des gesamten Schadens und des entgangenen Gewinnes* ».

<sup>869</sup> ABGB § 1331 : « *Wird jemand an seinem Vermögen vorsätzlich oder durch auffallende Sorglosigkeit eines Andern beschädigt; so ist er auch den entgangenen Gewinn, und wenn der Schade vermittelt einer durch ein Strafgesetz verbotenen Handlung, oder aus Ruthwillen und Schadenfreude verursacht worden ist, den Werth der besondern Vorliebe zu fordern berechtigt* ». Quant au critère d'*aestimatio* retenu pour les dommages produits avec une faute légère, v. § 1332 : « *Der Schade, welcher aus einem mindern Grade des Versehens oder der Rachlässigkeit verursacht worden ist, wird nach dem gemeinen Werthe, den die Sache zur Zeit der Beschädigung hatte, ersetzt* ».

Jusqu'à présent, *nihil sub sole novi*. En revanche, c'est à propos des atteintes à l'intégrité physique de la victime que la réglementation des deux codifications mérite un exposé à part.

En cas de meurtre, l'ALR dispose que le responsable est tenu en tout cas, même s'il a agi avec une faute légère, des frais médicaux et funéraires à l'égard de la veuve et des enfants du défunt<sup>870</sup>. Conformément à ce que nous avons lu chez Grotius et Pufendorf<sup>871</sup>, cette réparation est étendue aux autres personnes qui, d'après les lois (*nach den Vorschriften der Gesetze*), auraient eu le droit de demander les aliments au défunt<sup>872</sup>. En plus, le responsable leur devra une indemnité dont les critères d'évaluation diffèrent, conformément à la règle générale, selon que l'acte meurtrier a été commis de manière dolosive ou gravement fautive<sup>873</sup> ou par faute moyenne<sup>874</sup>. Cette distinction ne se retrouve pas dans le code autrichien, qui se limite à disposer dans son § 1327<sup>875</sup> que le responsable est obligé de payer à la famille du défunt tant les frais funéraires qu'une indemnité dans la mesure de leur perte (*das, was Ihnen dadurch entgangen ist*).

Concernant les blessures, la divergence que nous avons remarquée entre l'approche casuistique de l'ALR et le souci de simplification ressenti par les rédacteurs de l'ABGB se vérifie à nouveau. Dans le code prussien, la première disposition qui a pour objet la responsabilité du fait des blessures établit que la victime a le droit de demander la réparation des frais de ses soins et de sa guérison<sup>876</sup> (*Ersatz der Cur- und Heilungskosten*). Immédiatement après, aux paragraphes 112 à 129, l'ALR met en place un système complexe qui calibre le dédommagement non

---

<sup>870</sup> ALR I.6 : « § 98. Wer widerrechtlich einen Menschen ums Leben bringt, muß in allen Fällen der hinterlassenen Frau, und den Kindern des Entleibten die Kosten der etwanigen Cur, ingleichen die Begräbniß- und Trauerkosten ersetzen [...]. »

§ 110. Ist die Entleibung nur aus geringem Versehen erfolgt, so muß die Familie des Entleibten mit der § 98. bestimmten Entschädigung sich begnügen. »

<sup>871</sup> V. *supra*, ch. I, sect. 2, § 1-2. V. à ce propos M. F. CURSI, *Danno*, *op. cit.*, note 34, p. 195-196.

<sup>872</sup> ALR I.6 § 109 : « Was vorstehend zum Besten der Wittve und Kinder des Entleibten verordnet ist, gilt auch zum Besten anderen Personen, welche nach den Vorschriften der Gesetze Unterhalt von dem Entleibten zu fordern berechtigt sein würden. »

<sup>873</sup> ALR I.6 § 99-102.

<sup>874</sup> ALR I.6 § 103-109.

<sup>875</sup> « Erfolgt aus einer körperlichen Verletzung der Tod, so müssen nicht nur alle Kosten; sondern auch der hinterlassenen Frau und den Kindern des Getödteten das, was Ihnen dadurch entgangen ist, ersetzt werden. »

<sup>876</sup> ALR I.6 § 111 : « Bei andern körperlichen Verletzungen, wodurch der Beschädigte nicht entleibt worden, ist derselbe, in allen Fällen, auf den Ersatz der Cur- und Heilungskosten anzutragen berechtigt. »

seulement sur le degré de l'élément subjectif, mais également sur plusieurs caractéristiques de la victime, dont la première est son statut social<sup>877</sup>. À titre d'exemple, si le dommage a été causé par dol ou faute grossière et que la victime est de condition paysanne ou commune (*vom Bauer oder gemeinen Bürgerstande*), elle pourra demander la réparation du *pretium doloris* (*Schmerzensgeld*), dont l'évaluation ne doit être, au sens du § 113, ni moindre que la moitié ni plus élevée que le double des frais médicaux. Dans le même cas, si la victime est d'un rang social plus élevé (*höheren Standes*), elle n'aura droit à aucun *Schmerzensgeld*. Néanmoins, le responsable sera tout de même tenu de payer une somme correspondant à la douleur de la victime, mais à titre de peine (*gesetzmäßige Strafe*).

L'ABGB met en place son régime de responsabilité aquilienne du fait des blessures aux paragraphes 1325 et 1326<sup>878</sup>. Le premier dispose que le responsable d'un préjudice physique est tenu de la réparation des frais médicaux (*Heilungskosten*), du manque à gagner présent et futur (*entgangenen, oder auch den künftig entgehenden Verdienst*) au cas où la blessure priverait la victime de la capacité à travailler. En plus, sur demande de la victime, il lui devra également le *Schmerzensgeld*. Le § 1326 s'occupe du préjudice esthétique subi du fait de la blessure : la défiguration de la victime devra être prise en compte aux fins de l'*aestimatio damni*, surtout s'il s'agit d'une femme (*zumahl, wenn sie weiblichen Geschlechtes ist*), car ceci pourrait faire obstacle à son progrès futur (*ihr besseres Fortkommen*).

Nous nous sommes donc aperçus des nombreux volets de la notion de dommage dans le *Landrecht* et dans l'ABGB. À ce stade, deux conclusions peuvent être formulées. En premier lieu, la descendance de la philosophie jusnaturaliste est

---

<sup>877</sup> ALR I.6 : « § 112. *Wegen erlittener Schmerzen können Personen vom Bauer oder gemeinen Bürgerstande, denen dergleichen Verletzung aus Vorsatz oder grobem Versehen zugefügt worden, ein billiges Schmerzensgeld fordern.*

§ 113. *Der Betrag dieses Schmerzensgeldes ist nach dem Grade der ausgestandenen Schmerzen, jedoch nicht unter der Hälfte, und nicht über den doppelten Betrag der erforderlichen Curkosten, richterlich zu bestimmen.*

§ 114. *Bei Personen höheren Standes wird auf die dem Beleidigten durch die Mißhandlung verursachten Schmerzen nur bei Bestimmung der gesetzmäßigen Strafe Rücksicht genommen.*

<sup>878</sup> ABGB : « § 1325. *Wer jemanden an seinem Körper verletzt, bestreitet die Heilungskosten des Verletzten; ersetzt ihm der entgangenen, oder, wenn der Beschädigte zum Erwerb unfähig wird, auch den künftig entgehenden Verdienst; und bezahlt ihm auf Verlangen überdieß ein den erhobenen Umständen angemessenes Schmerzensgeld.*

§ 1326. *Ist die verletzte Person durch die Mißhandlung verunstaltet worden; so muß zumahl, wenn sie weiblichen Geschlechtes ist, in so fern auf diesen Umstand Rücksicht genommen werden, als ihr besseres Fortkommen dadurch vermindert werden kann.*

marquée dans ces réglementations : le dommage moral est bien pris en compte par les deux codes, de même que la réparation due, du fait d'une *occisio*, aux proches du défunt. De plus, la différenciation dans la destination du *Schmerzensgeld* suivant le rang social du défunt, que l'ALR prévoit aux paragraphes 113 et 114 du sixième titre de sa première partie, ne cache pas sa proximité avec l'expression *ratione facultatum occisi* employée par Pufendorf au sujet de la réparation due par le meurtrier<sup>879</sup>.

En même temps, en second lieu, le trait distinctif des normes codifiées que nous venons d'examiner semble être la recherche constante d'un équilibre entre la punition du comportement du responsable et la réparation du dommage de la victime. Conscient du risque que ces deux finalités s'entravent mutuellement, c'est surtout le codificateur prussien qui mêla des règles ouvertement réparatrices et des normes dont la finalité punitive prévaut. Un exemple en ce sens est constitué par le préjudice d'affection dû en raison d'un acte meurtrier au sens du *Landrecht* : dès lors que la victime était d'un rang social dont les ressources permettaient à ses proches de continuer à vivre aisément, le *Schmerzensgeld* leur était nié. Cependant, les conditions économiques de la victime ne peuvent pas profiter au responsable, qui sera tout de même tenu de payer ce montant à titre de peine.

Dans l'ABGB, la volonté de sanctionner le responsable aquilien est apparemment plus floue que dans l'ALR. Toutefois, il semble possible d'imputer cela à l'exigence de simplification que nous avons évoquée plus haut. En effet, tout comme le *Landrecht*, le code autrichien associe différents niveaux de dédommagement à la gravité plus ou moins élevée du comportement, à partir de la distinction entre la *Schadloshaltung* et la *volle Genugthuung*. En outre, il ajoute le *pretium doloris* à la réparation du préjudice patrimonial si le comportement constitue une infraction pénale.

L'analyse des caractéristiques du dommage dans les codes en question nous permet donc de confirmer la finalité *mixta* que nous avons identifiée en aval du premier paragraphe de la présente section. À ce propos, il ne reste donc qu'à retrouver les derniers éléments qui nous permettent de compléter le cadre de la fonction de la responsabilité aquilienne dans ces codes.

---

<sup>879</sup> *Samueli Pufendorffii op. cit.*, note 761, 3.1.7 (p. 332) ; v. *supra*, ch. I, sect. 2, § 2.

### §3. Responsabilité plurielle et transmissibilité passive de l'action

Une fois la tradition de droit romain abandonnée, la référence aux catégories d'*actio poenalis* et de *rei persecutio* n'est plus appropriée. Il n'en demeure pas moins que la responsabilité plurielle et la transmissibilité passive de l'action constituent de précieux indices pour retracer dans les détails la finalité du *damnum iniuriā*. Par ce motif, il convient d'identifier ces deux aspects dans les codes prussien et autrichien, en aval de l'analyse que nous avons menée à propos de l'élément subjectif et de l'*aestimatio damni*.

Commençons par les solutions retenues par les deux codes au problème du dommage occasionné à plusieurs. Ni le *Landrecht* ni l'ABGB ne retiennent la solidarité cumulative, qui caractériserait une responsabilité exclusivement punitive. Néanmoins, ces éléments sont également influencés par la finalité mixte de la responsabilité aquilienne.

L'ALR limite la solidarité entre les coauteurs d'un même préjudice aux cas de dol et de faute grave<sup>880</sup>, ainsi que lorsqu'il est impossible de déterminer la part de faute à charge de chaque responsable<sup>881</sup>. Le code prussien présente une particularité à propos des actions récursoires que le coauteur qui s'est acquitté de l'entière de la réparation peut intenter envers les autres. En effet, ces actions sont généralement admises<sup>882</sup>, mais ne sont pas ouvertes aux coauteurs qui ont agi dolosivement<sup>883</sup>. En revanche, lorsque l'un des responsables exécute la réparation du préjudice causé, les autres coauteurs sont tenus de verser ce qu'ils auraient dû payer à la victime (c'est-à-dire l'entière de la réparation) aux caisses d'une institution charitable<sup>884</sup>. La précision explicite du fait que ceci est dû à titre de peine (*zur Strafe*) ne laisse aucune place au

---

<sup>880</sup> ALR I.6 § 29 : « *Haben mehrere zur Zufügung eines Schadens aus Vorsatz oder grobem Versehen mitgewirkt, so haften sie einer für alle, und alle für einen* ».

<sup>881</sup> ALR I.6 § 32 : « *Doch haften sie einer für alle, und alle für einen, wenn nicht ausgemittelt werden kann, welchen Theil des Schadens ein jeder durch sein besondres Versehen angerichtet habe* ».

<sup>882</sup> ALR I.6 § 33 : « *In allen Fällen, wo einer von mehrern Mitschuldigen den ganzen aus Versehen entstandnen Schaden, oder doch mehr, als ihm nach Verhältniß seines Antheils an der Schadenszufügung oblag, ersetzt hat, kann er an die übrigen, wegen des von einem jeden zu leistenden Beytrags, sich halten* ».

<sup>883</sup> ALR I.6 § 34 : « *War aber der Schade von mehrern vorsetzlich veranlaßt worden, so findet unter ihnen kein Regreß statt* ».

<sup>884</sup> ALR I.6 § 35 : « *Dagegen muß jeder von ihnen seinen Antheil, welchen er dem Beschädigten hätte vergüten müssen, wenn dieser sämmtliche Beschädiger auf ihren Antheil belangt hätte, der Armencasse des Orts zur Strafe entrichten* ».

doute : par cette norme, l'ALR concilie l'exigence d'éviter une solidarité cumulative tout court, ce qui déboucherait sur un enrichissement de la victime bien au-delà du préjudice subi, et la volonté d'imposer une obligation punitive à tous les coauteurs<sup>885</sup>.

Sur la même question, l'ABGB ne présente pas les mêmes références explicites à la punition que le *Landrecht*, mais garde une bipartition du régime juridique – encore une fois – selon l'élément subjectif. À ce propos, le paragraphe 1302 suit immédiatement la mise en place du principe de la responsabilité plurielle<sup>886</sup>. La responsabilité est conjointe entre les coauteurs à deux conditions : que le dommage ait été produit par une faute (*wenn die Beschädigung in einem Versehen gegründet ist*) et que la participation de chaque responsable au résultat dommageable puisse être estimée (*und die Antheile sich bestimmen lassen*). Si le comportement préjudiciable a été intentionnel ou gravement négligent<sup>887</sup>, ou que la part de dommage pesant sur chacun est impossible à évaluer, la responsabilité des coauteurs sera solidaire. Cependant, celui d'entre eux qui s'acquitte de l'entière responsabilité dispose d'une action récursoire (*Rückersatz*) envers les autres. En comparant cette disposition avec son homologue dans le code prussien, nous pourrions estimer que la composante punitive est fortement atténuée dans l'ABGB. Effectivement, dans les deux cas, chaque coauteur ne perd qu'un montant correspondant à la partie du dommage entier qui peut lui être imputée. Néanmoins, nous ne saurions nier que le régime mis en place pour les comportements les plus graves du point de vue de l'élément subjectif est plus sévère : chaque coauteur, en cas de dol ou négligence lourde, s'expose au risque de devoir répondre vis-à-vis de la victime de la totalité du préjudice. Cette différence de traitement prévue par le § 1302 ABGB crée à nouveau un élément punitif dans le régime de la responsabilité aquilienne. En plus, la victime se trouve dans une situation bien moins aisée lorsque le dommage ne dépend que d'une faute

---

<sup>885</sup> V. à ce propos B. WINIGER, *La responsabilité aquilienne au 19<sup>ème</sup> siècle*, *op. cit.*, note 34, p. 40.

<sup>886</sup> ABGB : « § 1301. Für einen widerrechtlich zugefügten Schaden können mehrere Personen verantwortlich werden, indem sie gemeinschaftlich, unmittelbarer oder mittelbarer Weise, durch Verleiten, Drohen, Befehlen, Helfen, Verhehlen u.d.gl.; oder, auch nur durch Unterlassung der besondern Verbindlichkeit das Übel zu verhindern, dazu beygetragen haben.

§ 1302. In einem solchen Falle verantwortet, wenn die Beschädigung in einem Versehen gegründet ist, und die Antheile sich bestimmen lassen, jeder nur den durch sein Versehen verursachten Schaden. Wenn aber der Schade vorsätzlich zugefügt worden ist; oder, wenn die Antheile der Einzelnen an der Beschädigung sich nicht bestimmen lassen; so haften Alle für Einen und Einer für Alle; doch bleibt demjenigen, welcher den Schaden ersetzt hat, der Rückersatz gegen die Übrigen vorbehalten ».

<sup>887</sup> Le paragraphe ne contient que l'adverbe *vorsätzlich*, « de manière préméditée » ; cependant, il y a lieu d'étendre ce régime à la faute grave, conformément au § 1324 (v. *supra*, note 827). V. à ce propos F. X. NIPPEL, *op. cit.*, note 848, p. 111.



simple, puisqu'elle devra s'adresser séparément à chaque coauteur pour espérer récupérer sa perte<sup>888</sup>.

Quant au dommage produit à plusieurs, l'ALR et l'ABGB restent fidèles au caractère mixte de leur réglementation, dans une sorte de limbes entre la sanction du comportement et la réparation du préjudice. En revanche, cette double nature ne se reflète pas sur la transmissibilité passive, que les deux codes admettent dans un but réparateur<sup>889</sup>.

En conclusion, le cadre que nous avons dessiné de la responsabilité aquilienne dans les codes prussien et autrichien pourrait apparaître décevant. Effectivement, la présence d'une pluralité d'éléments de nature punitive, qui influent directement sur le *quantum* de la réparation due à la victime, a été perçue comme un pas en arrière par rapport tant au jusnaturalisme, selon lequel tout dommage doit être réparé, qu'à la pratique antérieure aux codifications en question<sup>890</sup>.

Toutefois, il convient d'abandonner toute perspective axiologique, ce qui risquerait de nous renvoyer vers l'identification d'une loi de l'histoire, qui gouvernerait la fonction de la responsabilité aquilienne à travers le temps et tendrait toujours vers la consécration de la réparation du dommage au détriment de la sanction punitive du comportement. Il semble préférable d'adopter une approche plus neutre : contrairement à ce qui avait eu lieu à partir de la compilation de Justinien jusqu'à la fin de l'époque du *ius commune*, la punition de l'auteur d'un *damnum iniuriā* fit l'objet d'une attention particulière de la part des codificateurs prussien et autrichien.

Certes, l'équité envers la victime du dommage semble sacrifiée sur l'autel de la sanction. Cependant, nous pourrions également lire, *a contrario*, que cet esprit dérive d'un double souci d'équité, à la fois à l'égard de la victime et du responsable : il n'est équitable ni que la victime ne reçoive pas une réparation du dommage subi, ni que

---

<sup>888</sup> À ce propos, F.-X. NIPPEL (*ibid.*) estime que l'obligation solidaire pour les coauteurs d'un comportement dolosif ou gravement négligent est strictement conforme au droit naturel, mais que ceci ne doit pas coïncider avec la responsabilité de chacun pour la partie de dommage causée par autrui lorsque la faute est de moindre degré.

<sup>889</sup> ALR I.6 § 28 : « *Die Verbindlichkeit zum Schadensersatz geht auf die Erben des Beschädigers über* » ; ABGB § 1337 : « *Die Verbindlichkeit zum Ersatze des Schadens, und des entgangenen Gewinnes, oder zur Entrichtung des bedungenen Vergütungsbetrages haftet auf dem Vermögen, und geht auf die Erben über* ».

<sup>890</sup> T. KIEFER, *op. cit.*, note 816, p. 148.

l'auteur d'un dommage paie le même montant peu importe qu'il l'ait produit avec une faute légère ou en contrevenant à une norme pénale.

Qu'importe le point de vue, la responsabilité directe des incapables n'est qu'un indice d'une influence du jusnaturalisme qui peut être recherchée chez les auteurs de ces codifications – Cocceius et Zeiller en premier lieu – plutôt que dans leurs normes. Pour résumer, les régimes du *damnum* dans l'ALR et l'ABGB naquirent dans un esprit jusnaturaliste, mais recherchèrent un équilibre entre la punition et la réparation, ce dont résulta un mélange minutieux entre les deux finalités.

## **Section 2. La responsabilité aquilienne entre réparation et morale dans le Code civil de 1804**

Il est probablement superflu de retracer ici l'histoire de la codification napoléonienne. En revanche, il est plus utile de reparcourir rapidement le cadre intellectuel qui se refléta dans le Code civil des Français, dans un souci de cohérence logique avec les pages précédentes. L'expérience française qui aboutit au Code de 1804 subit l'influence culturelle jusnaturaliste : nous pouvons le constater dès le premier article du projet présenté le 24 thermidor an VIII (12 août 1800), au sens duquel « [i]l existe un droit universel et immuable, source de toutes les lois positives : il n'est que la raison naturelle, en tant qu'elle gouverne tous les hommes [...] »<sup>891</sup>.

Cependant, il est opportun de préciser que la théorie du droit naturel duquel le Code civil s'inspire fut transposée dans l'expérience française par l'intermédiaire de Jean Domat (1625-1696), l'auteur du traité sur les *Loix civiles dans leur ordre naturel*, et Robert-Joseph Pothier (1699-1772), dont le *Traité des obligations* influencera le régime codifié du *damnum* jusque dans son intitulé *Des délits et des quasi-délits*<sup>892</sup>.

---

<sup>891</sup> Art. 1<sup>er</sup> du Projet de la Commission du Gouvernement présenté le 24 thermidor an VIII, in P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, 2, Paris, 1827, p. 3.

<sup>892</sup> Code civil, livre III, ch. II.

Dès lors, outre cette parenté intellectuelle avec les préceptes jusnaturalistes, la tradition du droit romain exerça également une influence sur les rédacteurs du Code civil<sup>893</sup>

Tout d'abord, l'emplacement de la responsabilité aquilienne dans le Code civil constitue une donnée intéressante pour en étudier l'approche culturelle, d'autant plus que la fonction remplie par ce régime juridique est directement impliquée dans l'analyse. Plus précisément, c'est justement à partir de la dichotomie entre les deux notions de délit et quasi-délit qu'il y a lieu d'entamer la réflexion sur le *damnum* dans la codification napoléonienne. Comme nous l'avons vu<sup>894</sup>, cette ambiguïté terminologique remontait aux Institutes de Justinien, et avait directement fait l'objet des réflexions de Domat et Pothier. À la fin du XVII<sup>e</sup> siècle, Jean Domat avait dédié un titre de son traité de droit naturel aux « dommages causez par des fautes qui ne vont pas à un crime, ni un délit<sup>895</sup> », en clarifiant que « les crimes & les délits ne doivent pas être mêlez avec les matières civiles<sup>896</sup> ».

La fonction de la responsabilité aquilienne fait donc irruption dans le raisonnement. Domat constate que certains préjudices peuvent être causés par un comportement fautif, ce qui oblige à la réparation du dommage, sans que le droit pénal y associe la punition du responsable. C'est donc en raison de la nécessité d'une séparation radicale entre le droit pénal et la responsabilité civile que la distinction entre les deux concepts fut opérée. Ce modèle fut fidèlement repris par le projet de Code civil du 24 thermidor an VIII.

« Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui, par la faute duquel il est arrivé, à le réparer, encore que la faute ne soit

---

<sup>893</sup> À ce propos, O. DESCAMPS (*Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le Code civil de 1804*, Paris, LGDJ, 2005, p. 89-90) met en exergue la pluralité de sources qui inspirent les rédacteurs du Code civil (droit romain, ordonnances royales, coutumes, jurisprudence etc.), ainsi qu'une approche jusnaturaliste moins calquée dans la codification de 1804 qu'au sein des travaux préparatoires de l'ABGB.

<sup>894</sup> V. *supra*, introduction à la deuxième partie.

<sup>895</sup> J. DOMAT, *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, éd. Paris, Savoye, 1756, p. 179 (livre II, titre VIII).

<sup>896</sup> *Ibid.*

point de la nature de celles qui exposent à des peines de police simples ou correctionnelles<sup>897</sup> ».

Nous déduisons *a contrario* de l'intitulé du titre III du projet, « *Des engagements qui se forment sans convention, ou des quasi-contrats ou quasi-délits* », que la catégorie des délits, ici comme chez Domat, ne relève que du droit pénal. Par conséquent, les faits qui donnent lieu à une obligation de réparation, commis *culpā* mais sans engager la responsabilité pénale de leur auteur, rentrent dans la catégorie des quasi-délits.

Un second critère de distinction entre les délits et les quasi-délits est employé dans le *Traité des obligations* de Pothier et sera finalement consacré par le Code de 1804. Selon cet auteur, les délits se distinguent des quasi-délits sur le plan de l'élément subjectif du comportement qui les produit :

« On appelle *délit* le fait par lequel une personne, par dol ou malignité, cause du dommage ou quelque tort à une autre. 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 autre<sup>898</sup> ».

Il est bien évident que l'emploi du vocable « délit » ne renvoie pas à la notion homonyme connue par le droit pénal<sup>899</sup>. Néanmoins, les opinions sont divergentes quant à l'opportunité effective d'établir une distinction conceptuelle entre les deux catégories, considérées même comme des synonymes par certains auteurs qui préconisaient l'abandon de la distinction<sup>900</sup>. Cependant, le désaccord quant à la distinction en question semble se répercuter sur l'opposition, à l'article 1383 du Code de 1804, du « fait » et de la « négligence ou imprudence » :

---

<sup>897</sup> Projet de Code civil du 24 thermidor an VIII, livre III, titre III, art. 16, in P.-A. FENET, *op. cit.*, note 891, p. 202-203.

<sup>898</sup> R.-J. POTHIER, *Traité des obligations*, in A.-M.-J.-J. DUPIN, *Œuvres de Pothier*, 1, Paris, Béchet Aîné, 1824, p. 1-541, spéc. p.62.

<sup>899</sup> En ce sens, v. par ex. : F. LAURENT, *Cours élémentaire de droit civil*, Paris, Marescq = Bruxelles, Bruylant, 1881 ; L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, 2, Paris, Sirey, 1939, p. 230 (§ 408) ; R. DEKKERS, *Précis de droit civil belge*, 2, Bruxelles, Bruylant, 1955, p. 116-117 ; H. DE PAGE, *op. cit.*, note 20, p. 873 (§ 348).

<sup>900</sup> C'est le cas par exemple de M. PLANIOL, qui intitule « Inutilité de la distinction du délit et du quasi-délit » le § 827 de son *Traité élémentaire de droit civil*, 2, Paris, Pichet, 1902, p. 252 s.

Code civil, art. 1383 : « Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non-seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou imprudence ».

En effet, le vocable « fait » renvoie à la sphère objective du comportement dommageable ; en revanche, la négligence et l'imprudence relèvent de l'élément subjectif. Dès lors, *in abstracto*, il ne serait pas logiquement cohérent d'opposer un élément objectif à deux subjectifs<sup>901</sup>. À la différence des codes prussien et autrichien, ceci n'entraîne pour autant aucune différence de régime : qu'il s'agisse d'un délit ou d'un quasi-délit, le responsable est tenu au sens du Code civil de réparer l'entièreté du dommage.

« Toutes les pertes & tous les dommages qui peuvent arriver par le fait de quelque personne, soit imprudence, légèreté, ignorance de ce qu'on doit savoir, ou autres fautes semblables, si légères 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>902</sup>.

Cet extrait de Domat nous permet d'observer une autre donnée. Qu'importe l'opportunité de distinguer entre délits et quasi-délits, la clef de voûte de la responsabilité aquilienne présentée jusqu'à présent semble être la faute. Dans l'article d'ouverture du chapitre II du troisième livre du Code civil, cet élément permet immédiatement de cerner, dans l'ensemble de tous les faits dommageables possibles, les seuls dont le législateur napoléonien entend s'occuper par la responsabilité aquilienne :

---

<sup>901</sup> Nous pouvons tirer cette opposition de la syntaxe de l'article 1383 du Code civil : « [c]hacun est responsable du dommage qu'il a causé *non seulement* par son fait, mais encore par sa négligence ou imprudence » (l'italique est ajouté dans un souci de clarté).

<sup>902</sup> J. DOMAT, *op. cit.*, note 895, p. 184 (livre II, tit. VI, sect. IV.I).

Code civil, art. 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 ».

L'ambiguïté est accentuée par le vocable français « faute », employé non seulement dans le sens de la *culpa* latine, mais également dans sa connotation objective, en synonyme de « fait illicite<sup>903</sup> ». C'est suivant cette acception que la distinction entre les articles 1382 et 1383 se fait plus claire : d'une part, il existe une faute intentionnelle, à savoir un fait illicite commis *dolo* (c'est justement à ceci que fait référence le terme « fait » au sens de l'article 1382). D'autre part, l'acte commis *culpa*, soit avec négligence ou imprudence, constituera une faute non intentionnelle, faisant justement l'objet de l'article 1383<sup>904</sup>.

Venons donc au régime du *damnum* consacré par le Code de 1804, afin d'en analyser la fonction. Contrairement aux codes qui ont fait l'objet de la section précédente, caractérisés par une réglementation plus ou moins détaillée de nombreux volets de la responsabilité pour *damnum*, seuls cinq articles<sup>905</sup> (1382 à 1386), composent le chapitre « Des délits et des quasi-délits » du Code Napoléon.

Néanmoins, l'étude de ces brèves dispositions, que nous compléterons par les travaux préparatoires de ce code, nous permettra de formuler une conclusion à propos de la finalité punitive ou réparatrice de la responsabilité aquilienne retenue par le code en question.

À ce propos, nous nous baserons à nouveau sur les trois indices que nous avons déjà utilisés pour les codes prussien et autrichien, et dont nous répèterons la recherche tout au long de la présente section. Dans un premier paragraphe, nous nous concentrerons sur l'évaluation du comportement, notamment dans son élément subjectif. La notion de dommage dans le Code civil fera l'objet d'un deuxième paragraphe. Dans un troisième et dernier paragraphe, nous compléterons l'analyse en

---

<sup>903</sup> Ex. *op. ult. cit.*, p. 179 (livre II, tit. VIII) : « On peut distinguer trois sortes de faute dont il peut arriver quelque dommage ».

<sup>904</sup> Cette opposition est bien décrite par H., L., J. MAZEAUD et A. TUNC (*Traité théorique et pratique de la responsabilité civile contractuelle et délictuelle*, 1, Paris, Montchrestien, 1965-1983<sup>6</sup>, p. 55-56).

<sup>905</sup> Sur la brièveté qui caractérise le Code civil, ce qui répond à un souci de simplicité par rapport à la multitude des sources romaines, v. O. DESCAMPS, *op. cit.*, note 893, p. 443. Comme le remarque B. WINIGER (*La responsabilité aquilienne au 19<sup>ème</sup> siècle*, *op. cit.*, note 34, p. 74-77), l'adoption des articles 1382 et 1383 du Code ne fit l'objet de presque aucune discussion : le député Miot considéra que « l'énonciation du principe suffit », et les deux articles furent adoptés sans qu'aucun exemple de responsabilité fût mentionné. V. à cet égard P.-A. FENET, *op. cit.*, note 891, 13, p. 455.

examinant la solidarité et la transmissibilité passive de la responsabilité aquilienne dans le Code de 1804.

### §1. L'évaluation du comportement

Nous avons déjà affirmé que le seul élément qui permet de délimiter l'ensemble des « faits de l'homme qui causent à autrui un dommage » mentionnés par l'article 1382 est la référence à la faute de l'auteur du comportement. L'intervention d'une *culpa* dans la production d'un préjudice permet de faire sortir ce cas d'espèce du domaine du *casus*, où le principe est résumé dans le célèbre adage *res perit domino* (ou *casum sentit dominus*). Son auteur engagera donc sa responsabilité en raison de son comportement non conforme à la plus haute diligence. C'est à cet égard que Jean Dominique Léonard Tarrible (1752-1821) prononça, au cours de la discussion du projet de code, des mots de grande clarté :

« [l]e dommage, pour qu'il soit sujet à réparation, doit être l'effet d'une faute ou d'une imprudence de la part de quelqu'un : s'il ne peut être attribué à cette cause, il n'est plus que l'ouvrage du sort, dont chacun doit supporter les chances ; mais s'il y a eu faute ou imprudence, il en est dû réparation<sup>906</sup> ».

Dans cet extrait, Tarrible semble être influencé par la théorie de Pufendorf selon laquelle le droit naturel oblige chacun à ne porter atteinte à personne et, en cas de violation, à réparer le préjudice produit<sup>907</sup>. Un passage tiré de la communication officielle au tribunal, prononcée le 31 janvier 1804 par Joseph Bertrand-de-Greuille (1758-1833), confirme cette approche :

« Tout individu est garant de son fait ; c'est une des premières maximes de la société : d'où il suit que si ce fait cause à autrui quelque dommage, il faut que celui par la faute duquel il est arrivé soit tenu de le réparer. Ce principe, consacré par le projet, n'admet point d'exception<sup>908</sup> »

---

<sup>906</sup> P.-A. FENET, *op. cit.*, note 891, 13, p. 488.

<sup>907</sup> V. *supra*, ch. I, sect. 2, § 2.

<sup>908</sup> P.-A. FENET, *op. cit.*, note 891, 13, p. 474.

Nous pourrions déjà affirmer que la responsabilité aquilienne consacrée par le Code Napoléon est strictement réparatrice. L'obligation réparatrice dérive du seul fait dommageable : pour employer les mots Jean-Baptiste Treilhard (1742-1810), en matière de responsabilité aquilienne, « l'obligation [...] résulte d'un fait : c'est la loi qui le rend obligatoire<sup>909</sup> ». Ceci nous rappelle la définition formulée par Domat à propos des engagements dits involontaires. Plus précisément, « Dieu met les hommes sans leur propre choix<sup>910</sup> » : ces obligations naissent par droit naturel, voire divin, après survenance du fait générateur, sans aucune intervention des parties.

Dans le Code de 1804, la nécessité d'une faute constitue donc une limite au devoir général de réparation. Néanmoins, ses mailles sont larges. Domat fait référence à la *culpa levissima*<sup>911</sup> dans son raisonnement et, contrairement aux codes prussien et autrichien, cette sévérité fut transposée dans la codification napoléonienne dans un souci de protection de la victime. Dès lors, à la différence de la responsabilité contractuelle, où le droit ne se réfère qu'à la diligence du « bon père de famille », un surcroît d'attention est exigé dans les « rapports ordinaires entre les hommes » : « la diligence exigée [...] est celle du très bon père de famille<sup>912</sup> ».

Le choix du principe de la *culpa levissima* ne fut pas immédiat. À ce propos, une vue d'ensemble des projets parus à partir du début de la période révolutionnaire permet d'identifier plusieurs conceptions de la structure et de la fonction de la responsabilité aquilienne. Au passage, le lecteur remarquera les points de convergence entre ces projets et les différentes déclinaisons de la responsabilité aquilienne jusnaturaliste que nous avons examinées au cours du chapitre précédent<sup>913</sup>.

Un premier projet fut présenté par Jean de Dieu d'Olivier (1753-1823). Dans son article préliminaire, il dispose que « [l]a nature & la raison inspirent tous les devoirs qui sont imposés à chaque individu », et que « [c]e Code non écrit est gravé

---

<sup>909</sup> *Op. ult. cit.*, p. 465.

<sup>910</sup> J. DOMAT, *op. cit.*, note 895, p. v (sommaire du chap. IV). V. aussi à ce propos G. ROTONDI, *op. cit.*, note 34, p. 549-550.

<sup>911</sup> V. *supra*, note 902.

<sup>912</sup> A. COLIN, H. CAPITANT, *Précis de droit civil*, 2, Paris, Dalloz, 1943<sup>7</sup>, p. 159 (§ 323).

<sup>913</sup> V. *supra*, ch. I, sect. 2.



dans tous les cœurs par la divinité<sup>914</sup> ». L'inspiration est bien jusnaturaliste, mais les préceptes de l'école du droit naturel, comme chez Domat, sont interprétés à la lumière du catholicisme. Ceci débouche sur une réglementation de la responsabilité qui semble puiser ses traits distinctifs de la théorie de Pufendorf : elle met l'accent sur l'obligation de ne réparer que son propre fait dommageable. Le critère retenu semble donc être l'*imputatio* ; la faute, quant à elle, n'est pas mentionnée<sup>915</sup>.

Un deuxième projet, présenté en 1793 par Pierre-Toussaint Durand de Maillane (1729-1814), revient sur l'obligation, « [p]ar le droit naturel comme par la justice sociale, [...] de réparer les dommages que nous avons causés à autrui<sup>916</sup> ». À nouveau, la responsabilité aquilienne est dépourvue de références à la faute, et repose uniquement sur l'obligation de réparer le dommage en cas de violation du principe *neminem laedere*.

Cependant, les projets les plus intéressants pour notre analyse sont les trois textes présentés de 1793 à 1796 par Jean-Jacques Régis de Cambacérès (1753-1824).

À partir du premier de ces projets, l'influence profonde de la théorie de Thomasius sur leur rédacteur est visible. Cambacérès propose un modèle de responsabilité fondé sur l'équité : « Il y a des faits qui obligent sans convention et par la seule équité. [...] Ainsi, celui qui a causé du dommage à un autre, dans sa personne ou dans ses biens, est *obligé* à le réparer<sup>917</sup> ». Par opposition au contrat, ces obligations se formeraient par la seule autorité de la loi, voire du droit naturel.

Ceci fut explicité dans le deuxième projet (1794), où la norme en question est complétée par un alinéa au sens duquel « [d]ans tous ces cas, la loi est la cause de l'obligation<sup>918</sup> ». En même temps, la référence à la personne et aux biens fut

---

<sup>914</sup> J. DE DIEU D'OLIVIER, *Code civil proposé à la nation française et soumis à l'Assemblée Nationale*, 1789, Article préliminaire.

<sup>915</sup> *Op. ult. cit.*, p. 156-157 (sect. IV titre VI) : « L[oi] 5. On ne répond que de son propre fait, mais non du fait d'autrui.

L. 7. *Celui qui a porté quelque préjudice à autrui doit le réparer, quoiqu'il n'en ait lui-même retiré aucun profit.*

L. 10. *On n'est point responsable des suites d'un conseil donné de bonne foi ; mais on l'est d'un mauvais conseil donné par malice* ». L'italique reprend l'édition citée.

<sup>916</sup> P.-T. DURAND-MAILLANE, *Plan de Code civil et uniforme pour toute la République française, Lu au comité de législation, le 8 juillet 1793, l'an deuxième de la République*, p. 102 (livre III, titre VI, sect. I, art. VI).

<sup>917</sup> P.-A. FENET, *op. cit.*, note 891, 1, p. 65 (livre III, tit. I, partie I, §. 1<sup>er</sup>, 3.). L'italique reprend l'édition citée.

<sup>918</sup> *Op. ult. cit.*, p. 124 (livre III, titre I<sup>er</sup>, 154.).

supprimée. Dans son troisième projet, Cambacérès semble prôner une responsabilité objective pure. En effet, dans un paragraphe qui s'occupe *Des obligations qui naissent de la loi*, après avoir affirmé qu'il existe des faits générateurs d'une obligation « par la seule équité<sup>919</sup> », il insère deux brefs articles qui englobent le régime de la responsabilité aquilienne :

« 745. Celui qui cause un dommage est tenu à le réparer, quel que soit le fait qui y donne lieu.

746. Le dédommagement est réglé par les juges, selon les circonstances, et sur un rapport d'experts<sup>920</sup> ».

Nous pouvons constater que ces dispositions témoignent de la volonté d'assurer à tout prix une réparation du dommage à la victime, sans la limiter à la recherche d'aucun élément subjectif dans le comportement de l'agent<sup>921</sup>. Comme nous l'avons évoqué à propos de Thomasius, il s'agit ici du plus haut degré de la fonction réparatrice : sans aucune mention du comportement dommageable, la production d'un dommage est la seule condition pour qu'une obligation de réparation soit constituée<sup>922</sup>.

La formulation définitive du titre *Des délits et des quasi-délits* témoigne de l'échec des projets Cambacérès, au profit d'un système qui fait de la responsabilité subjective le premier de ses traits distinctifs. Il est connu que, pour que la responsabilité aquilienne soit engagée au sens du Code Napoléon, une faute (quelle qu'elle soit), un dommage et un lien de causalité sont nécessaires.

Le motif principal d'un tel choix serait l'influence philosophique d'inspiration chrétienne de Domat et Pothier. La vision de l'homme qu'ils retiennent a été définie à juste titre « spiritualiste<sup>923</sup> ». Pothier affirme qu'« [i]l résulte de la définition que nous

---

<sup>919</sup> *Projet de Code civil présenté au Conseil des Cinq-cents par Cambacérès*, Paris, Imprimerie nationale, Messidor An IV (juin/juillet 1796), p. 168 (livre III, tit. I<sup>er</sup>, §. II, 738.) = P.-A. FENET, *op. cit.*, note 891, 1, p. 280.

<sup>920</sup> *Op. ult. cit.*, p. 281.

<sup>921</sup> O. DESCAMPS, *op. cit.*, note 893, p. 465.

<sup>922</sup> Curieusement, O. DESCAMPS (*op. ult. cit.*, p. 450-451) souligne l'incertitude sur les sources de la pensée de Cambacérès quant au principe de responsabilité, mais ne mentionne pas Thomasius.

<sup>923</sup> *Op. ult. cit.*, p. 464.

avons donnée des délits et quasi-délits, qu'il n'y a que les personnes, qui ont l'usage de la raison, qui en soient capables<sup>924</sup> ». Par conséquent, dans la rédaction définitive du Code civil, non seulement la responsabilité ne saurait être que subjective, mais le rôle central de la faute se double d'un véritable élément moral du comportement dommageable. Le parcours logique est similaire à ce que nous avons constaté à propos de la seconde Scolastique<sup>925</sup> : pour parler comme Tarrible, la responsabilité aquilienne « doit redoubler la vigilance des hommes chargés du dépôt sacré de l'autorité, et [...] prévient ainsi plus de désordres qu'elle n'en aura à réparer<sup>926</sup> ».

En lisant ces mots, nous pouvons soutenir que Tarrible identifie une fonction préventive de la responsabilité aquilienne, dans les termes où elle a été présentée, en 2019, dans l'exposé des motifs qui accompagne la réglementation de la matière dans l'avant-projet de Code civil belge<sup>927</sup>. Le risque d'engager sa responsabilité se répercute sur les comportements individuels, dans la mesure où les personnes veilleront à éviter que leurs activités causent des préjudices qu'elles devront elles-mêmes supporter. Ceci n'empêche pas que, dans le Code Napoléon, l'importance de la fonction réparatrice est plus marquée que dans les codifications prussienne et autrichienne. En effet, l'engagement de la responsabilité à partir de la *culpa levissima* garantit une efficacité réparatrice remarquable. D'ailleurs, la soumission des préjudices fortuits à la règle *casum sentit dominus* constitue une sorte de prime à la vigilance dans ses activités : il serait inéquitable que l'auteur purement matériel d'un dommage produit sans la moindre négligence soit tout de même obligé de réparer ce préjudice.

En revanche, la composante morale que nous retrouvons dans les pensées catholiques de Domat et Pothier semblerait avoir plutôt joué un rôle de barrage à la consécration du principe de responsabilité objective que celui d'un critère fondateur de la responsabilité aquilienne. En dépit des mots de Tarrible que nous venons de citer<sup>928</sup>, le fait que le montant de la réparation soit le même quelle que soit la gravité du comportement en représente une confirmation.

---

<sup>924</sup> R.-J. POTHIER, *op. cit.*, note 898, p. 63.

<sup>925</sup> V. *supra*, ch. I, sect. 1.

<sup>926</sup> P.-A. FENET, *op. cit.*, note 891, 13, p. 491.

<sup>927</sup> Cet exposé des motifs est disponible, à la date du 20 janvier 2023, sur le site [https://justice.belgium.be/sites/default/files/expose\\_des\\_motifs\\_-\\_memorie\\_van\\_toelichting-\\_livre\\_boek\\_5.pdf](https://justice.belgium.be/sites/default/files/expose_des_motifs_-_memorie_van_toelichting-_livre_boek_5.pdf).

<sup>928</sup> V. *supra*, note 926.

En présence d'un régime de ce type, il nous faut nous demander quelles sont les conséquences juridiques de la production d'un dommage de la part d'un incapable ou d'une personne soumise aux ordres d'autrui. En effet, dans les codes prussien et autrichien, le souci de protection de la victime fait en sorte qu'elle puisse exceptionnellement demander réparation d'un dommage commis par un incapable, malgré la gradation de la réparation suivant la gravité de la faute que ces codes prévoient.

Il n'en va pas de même concernant le Code Napoléon. L'approche morale que nous venons de décrire fait obstacle à la reconnaissance d'une obligation générale de réparation pesant sur les incapables pour les dommages causés par leurs comportements. Pour la consécration d'une responsabilité directe à leur charge, il sera nécessaire d'attendre, en Belgique, une loi du 16 avril 1935<sup>929</sup> ; en France, une loi du 3 janvier 1968<sup>930</sup>. Dans le système originaire du Code civil, les personnes « qui ne sont pas raisonnables, telles que sont les enfans et les insensés, ne sont capables ni de malignité, ni d'imprudence<sup>931</sup> ». Aucune faute de leur part ne pouvant être établie, ils ne pouvaient être obligés à aucune réparation.

Néanmoins, si tel est le choix de principe, l'esprit des projets Cambacérés n'aurait pas pu être négligé dans plusieurs cas où la nécessité d'accorder une réparation à la victime aurait été mise à mal par l'exigence d'un comportement commis *culpa* par l'agent. Sur le modèle des juristes théologiens de la seconde Scolastique, Tarrible affirma lui-même que, une fois la fonction punitive abandonnée, la responsabilité aquilienne « donne une garantie à la conservation des propriétés de tout genre<sup>932</sup> ».

---

<sup>929</sup> La loi ajouta au Code civil un article 1386bis : « Lorsqu'une personne atteinte d'un trouble mental qui abolit ou altère gravement sa capacité de discernement ou de contrôle de ses actes, cause un dommage à autrui, le juge peut la condamner à tout ou partie de la réparation à laquelle elle serait astreinte si elle avait le contrôle de ses actes ».

Le juge statue selon l'équité, tenant compte des circonstances et de la situation des parties ».

<sup>930</sup> Entre les autres dispositions, cette loi inséra dans le Code un article 489-2, dont la formulation est la suivante : « Celui qui a causé un dommage à autrui alors qu'il était sous l'empire d'un trouble mental n'en est pas moins obligé à réparation ». Par une série d'arrêts d'Assemblée plénière rendus le 9 mai 1984 (pourvois 79-16612, 80-14994, 80-93031, 80-93481, 82-92934) la Cour de cassation a étendu ce principe aux enfants en bas âge. Une loi du 5 mars 2007, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2009, a transféré cette disposition à l'article 414-3 du Code.

<sup>931</sup> R.-J. POTHIER, *op. cit.*, note 898, p. 63.

<sup>932</sup> P.-A. FENET, *op. cit.*, note 891, 13, p. 487.

Autrement dit, dans certaines circonstances, le principe de la responsabilité subjective devait se plier à l'équité, un critère qui n'était pas étranger aux derniers travaux préparatoires du Code Napoléon. À nouveau, nous dégagons ceci des mots de Bertrand-de-Greuille :

« Le projet ne s'arrête pas à la personne qui est l'auteur du dommage, il va plus loin, et pour en assurer de plus en plus la juste indemnité, il autorise le lésé à recourir à ceux de qui cette personne dépend, et contre lesquels il prononce la garantie civile<sup>933</sup> ».

Sur cette base, les articles 1384 à 1386 du Code civil, qui complètent le laconique cadre juridique du *damnum*, s'occupent de plusieurs cas de responsabilité indirecte : du père (ou de la mère veuve) du fait de leurs enfants, des maîtres et commettants du fait de leurs domestiques et préposés, des instituteurs et artisans du fait de leurs élèves et apprentis, des propriétaires d'animaux et de bâtiments pour les dommages causés par le bétail ou la ruine des édifices<sup>934</sup>.

Dans le Code Napoléon, ces cas particuliers font l'objet d'un régime qui plie le principe général du *damnum culpā datum* à la nécessité de protéger leurs victimes. Domat affirme ceci dans son œuvre :

« [l]'Ordre qui lie les hommes en société, ne les oblige pas seulement à ne nuire en rien par eux-mêmes à qui que ce soit ; mais il oblige aussi chacun à tenir tout

---

<sup>933</sup> *Op. ult. cit.*, p. 475.

<sup>934</sup> « 1384. On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde.

Le père, et la mère après le décès du mari, sont responsables du dommage causé par leurs enfants mineurs habitant avec eux ;

Les maîtres et les commettants, du dommage causé par leurs domestiques et préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés ;

Les instituteurs et les artisans, du dommage causé par leurs élèves et apprentis pendant le temps qu'ils sont sous leur surveillance.

La responsabilité ci-dessus a lieu, à moins que les père et mère, instituteurs et artisans ne prouvent qu'ils n'ont pu empêcher le fait qui donne lieu à cette responsabilité.

1385. Le propriétaire d'un animal, ou celui qui s'en sert, pendant qu'il est à son usage, est responsable du dommage que l'animal a causé, soit que l'animal fût sous sa garde, soit qu'il fût égaré ou échappé.

1386. Le propriétaire d'un bâtiment est responsable du dommage causé par sa ruine, lorsqu'elle est arrivée par une suite du défaut d'entretien ou par le vice de sa construction ».

ce qu'il possède en un tel état que personne n'en reçoive ni mal, ni dommage ; ce qui renferme le devoir de contenir les animaux qu'on a en sa possession, de sorte qu'ils ne puissent ni nuire aux personnes, ni causer dans leurs biens quelque perte ou quelque dommage<sup>935</sup> ».

Dans le sillage de cette théorie, le Code de 1804 semble viser à accorder à la victime du préjudice la possibilité de conserver sa propriété en demandant la réparation du dommage à celui qui avait un devoir de garde sur l'auteur direct du comportement. Ceci est confirmé par Tarrille :

« (Les responsables indirects) sont investis d'une autorité suffisante pour contenir leurs subordonnés dans les limites du devoir et du respect dû aux propriétés d'autrui. Si les subordonnés les franchissent, ces écarts sont attribués avec raison au relâchement de la discipline domestique qui est dans la main du père, de la mère, du maître, du commettant, de l'instituteur et de l'artisan. Ce relâchement est une faute : il forme une cause du dommage indirecte, mais suffisante pour faire retomber sur eux la charge de la réparation<sup>936</sup> ».

Autrement dit, c'est par l'emploi de la *culpa in vigilando* que les rédacteurs du Code parvinrent à rendre responsables ceux qui, à divers titres, sont chargés de la surveillance de personnes potentiellement maladroites en raison de leur âge ou inexpérience. Dès lors, au moins l'article 1384 ne met point en place une responsabilité objective sur le chef de ces « gardiens ». D'une part, l'alinéa 5 met en place une présomption de faute (au moins *levissima*), qui leur permet de s'exonérer en prouvant qu'ils n'ont pas pu empêcher le fait générateur du préjudice. D'autre part, même si l'auteur matériel d'un dommage est incapable, il ne sera pas exonéré de toute responsabilité : le problème de la capacité de l'agent ne s'analyse que sur le plan du fait, peu importe une éventuelle incapacité légale<sup>937</sup>. Le principe général étant appliqué, il sera nécessaire de prouver que l'incapable a agi *culpā* en dépit de son statut : c'est le cas, par exemple, de l'enfant « assez développé pour comprendre, soit

---

<sup>935</sup> J. DOMAT, *op. cit.*, note 895, p. 180 (livre II, titre VIII).

<sup>936</sup> P.-A. FENET, *op. cit.*, note 891, 13, p. 488.

<sup>937</sup> R. SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile en droit français*, 1, Paris, LGDJ, 1951<sup>2</sup>, p. 246-247 (§ 198).

la malice, soit l'imprudence de son acte<sup>938</sup> ». Tarrible se montre attentif à ces cas particuliers :

« La responsabilité ne peut [...] atteindre ceux qui sont exempts de tout reproche ; mais cet acte de justice envers eux ne dégage pas le véritable auteur du dommage : mineur ou préposé, élève ou apprenti, il reste toujours obligé de le réparer, quelle que soit sa qualité<sup>939</sup> ».

Selon l'esprit des rédacteurs du Code, la responsabilité du fait des animaux et de la ruine des bâtiments ne semble pas non plus conçue comme étant strictement objective, bien que le Code n'accorde pas explicitement la preuve libératoire de l'absence de faute. D'ailleurs, ceci est conforme à la théorie de Domat, qui paraît présenter le manque de garde sur son bétail comme un exemple d'imprudence<sup>940</sup>.

En conclusion, dans le Code civil de 1804, la responsabilité aquilienne vise principalement à la réparation du dommage. Tout en n'étant pas objective, elle semble particulièrement sévère pour l'auteur du préjudice, en raison du critère de la *culpa levissima* qui émerge des travaux préparatoires. Les hypothèses de responsabilité du fait d'autrui complètent l'efficacité réparatrice du système en question, et protègent en même temps les personnes qui ont agi sans aucune faute.

Nous pouvons donc affirmer que les articles 1382 à 1386 du Code Napoléon ne présentent pas une composante punitive significative. Néanmoins, cette conclusion doit trouver confirmation dans l'analyse des autres éléments que nous considérons, à commencer par la notion de dommage dans la codification de 1804.

## §2. Les caractéristiques du dommage

L'analyse de la notion de dommage retenue par le Code Napoléon se heurte à la même difficulté que nous avons éprouvée dans l'approfondissement de l'élément subjectif. En effet, contrairement aux codifications prussienne et autrichienne, le

---

<sup>938</sup> *Op. ult. cit.*, p. 247 (§ 199).

<sup>939</sup> P.-A. FENET, *op. cit.*, note 891, 13, p. 489.

<sup>940</sup> *Op. cit.*, note 895, p. 57.

Code civil se limite à mentionner le terme « dommage » sans en fournir aucune définition<sup>941</sup>.

Il nous intéresse ici de n'isoler que deux éléments saillants au sein de la notion de dommage retenue par le Code de 1804. D'une part, il nous faut étudier l'étendue de cette notion dans les articles 1382 à 1386. D'autre part, nous devons nous pencher sur le principe de réparation intégrale du préjudice. Celui-ci impose d'évaluer le montant de l'obligation uniquement à partir de la valeur nécessaire à compenser le dommage souffert par la victime, sans aucun égard à la gravité du comportement commis.

Les deux éléments sont présents dans le discours du tribun Tarrible devant le Corps législatif :

« Cette disposition, qui donne une garantie à la conservation de toute propriété, est pleine de sagesse. [...] Cette disposition embrasse dans sa vaste latitude tous les genres de dommages, et les assujétit à une réparation uniforme qui a pour mesure la valeur du préjudice souffert. Depuis l'homicide jusqu'à la légère blessure, depuis l'incendie d'un édifice jusqu'à la rupture d'un meuble chétif, tout est soumis à la même loi ; tout est déclaré susceptible d'une appréciation qui indemnifiera la personne lésée des dommages quelconques qu'elle a éprouvés<sup>942</sup> ».

Commençons par l'étendue du domaine du dommage réparable. L'extrait du discours de Tarrible que nous venons de citer laisse entendre que l'éventail des dommages que le Code oblige à réparer est bien large. Une confirmation de ceci arrive des commentateurs : la catégorie des dommages est ouverte, et seul le caractère certain du préjudice est requis<sup>943</sup>.

---

<sup>941</sup> V. en ce sens O. DESCAMPS, « Étude comparative de la responsabilité civile dans le Code civil de 1804 et l'ABGB », in F.-S. MEISSEL, L. PFISTER, *Le Code civil autrichien (ABGB). Un autre bicentenaire (1811-2011)*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2015, p. 89-104, spéc. p. 94-95.

<sup>942</sup> P.-A. FENET, *op. cit.*, note 891, p. 487-488.

<sup>943</sup> V., *ex plurimis*, J. F. TAULIER, *Théorie raisonnée du Code civil*, 4, Paris, Alphonse Delhomme, s.d., p. 589 ; K.-S. ZACHARIAE, *Le droit civil français*, 4, Paris, Durand, 1858, p. 15-16 ; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, 20, Paris, Durand et Pedone-Lauriel = Bruxelles, Bruylant-Christophe, 1876, p. 422-423 ; M. L. LAROMBIÈRE, *Théorie et pratique des obligations ou Commentaire des titre III et IV, livre III du Code civil*, 7, Paris, Durand et Pedone-Lauriel, 1885,



Ceci permet de reconnaître une multitude de dommages de différentes natures, tant patrimoniaux que physiques et moraux<sup>944</sup> : il a été affirmé que la responsabilité aquilienne prévue dans le Code Napoléon tend à accorder la réparation de préjudices de tout type<sup>945</sup>.

Par rapport aux codes prussien et autrichien, la différence est fondamentale. Si l'ALR et l'ABGB identifient expressément les intérêts protégés par la responsabilité aquilienne<sup>946</sup>, le Code de 1804 fournit à la jurisprudence la base pour étendre sans cesse le nombre des dommages réparables<sup>947</sup>. Cette flexibilité nous intéresse plus que les solutions effectivement retenues par les juridictions au fil des décennies. Elle correspond à une volonté précise de la part du codificateur de 1804, c'est-à-dire la « vaste latitude » qui englobe « tous les genres de dommages », mentionnée par Tarrible. Autrement dit, il semble que toute limite à la reconnaissance de dommages réparables est rejetée par les rédacteurs du Code de 1804.

Encore une fois, nous observons ici le souci de garantir la plus haute efficacité réparatrice à la responsabilité aquilienne. Toutefois, une ambiguïté pourrait rester pendante dans notre raisonnement. Examinons la conclusion du discours de Tarrible : le tribun fait référence au fait que le volet moral de la responsabilité préviendra la production d'un grand nombre de préjudices<sup>948</sup>. Il serait possible d'objecter que c'est dans un souci préventif que tout type de dommage est abstraitement réparable. La responsabilité aquilienne prévue par le Code de 1804 serait donc d'une remarquable sévérité.

Or, si telles avaient été les seules intentions du codificateur, ce dernier aurait probablement pris la peine de différencier l'étendue de la responsabilité aquilienne selon la gravité du comportement de l'agent. Le principe de réparation intégrale du

---

p. 538-539 ; L. JOSSERAND, *op. cit.*, note 899, p. 259-263 ; A. COLIN, H. CAPITANT, *op. cit.*, note 912, p. 151-155 ; H., L., J. MAZEAUD, A. TUNC, *op. cit.*, note 904, p. 268.

<sup>944</sup> Pour une synthèse de la doctrine et de la jurisprudence française en la matière, v. X. HENRY, P. ANCEL, G. VENANDET, G. WIEDERKEHR, A. TISSERAND-MARTIN, P. GUIOMARD (dir.), *Code civil annoté 2022*, Paris, Dalloz, 2021<sup>121</sup>, *sub* articles 1240 à 1244 ; L. LEVENEUR (dir.), *Code civil*, Paris, LexisNexis, 2022, *sub* articles 1240-1244. Quant au droit belge, v. J.-J. WILLEMS (dir.), *Les Codes Larcier 2022*, 1, Bruxelles, Intersentia, 2022, *sub* articles 1382 à 1386bis.

<sup>945</sup> M. F. CURSI, *Danno*, *op. cit.*, note 34, p. 239 : « *l'esperienza francese è senza dubbio quella che, più di altre, ha costruito un sistema di responsabilità extracontrattuale che tendenzialmente garantisce ogni interesse meritevole di tutela* ».

<sup>946</sup> V. *supra*, sect. 1.

<sup>947</sup> O. DESCAMPS, *op. cit.*, note 941, p. 94-95.

<sup>948</sup> V. *supra*, note 926.

préjudice, qui assure à la victime – pour parler comme Tarrible – « une réparation uniforme qui a pour mesure la valeur du préjudice souffert », confirme à nouveau la tendance réparatrice de la réglementation que nous examinons ici. D’ailleurs, la réparation intégrale du préjudice a été parfois définie par opposition au principe de la différenciation de la réparation suivant la gravité du comportement<sup>949</sup>. Seul le préjudice souffert par la victime est pris en compte pour l’*aestimatio* de l’obligation réparatrice, qui a le but de compenser à la victime « tout le dommage, et le seul dommage<sup>950</sup> ». Pour emprunter le vocabulaire du droit romain, nous pourrions soutenir que le critère qu’il est possible de tirer du Code Napoléon est l’*interesse* : le juge du fond apprécie souverainement l’étendue et le montant du préjudice, et est tenu de condamner le responsable à un dédommagement (en nature ou par équivalent) capable de compenser tant le *damnum emergens* que le *lucrum cessans*<sup>951</sup>.

En conclusion, d’une part, la notion de dommage retenue par le Code de 1804 est d’une largeur et d’une flexibilité remarquables. D’autre part, elle est calibrée sur le seul préjudice enduré par la victime, ce qui exclut toute référence au comportement du responsable. Le fait que le « dommage » fasse l’objet d’une « réparation » est visible à partir du vocabulaire des articles 1382 à 1386 du code en question, et les éléments que nous avons examinés confirment davantage la volonté d’éviter toute sorte de rapprochement entre l’obligation aquilienne et une peine pécuniaire. À ce propos, seuls les commentateurs belges attestent le maintien de certaines hypothèses où la production d’un dommage est associée à la condamnation à une peine à payer à la victime, dans la mesure du double du préjudice occasionné<sup>952</sup>. Aucun de ces cas exceptionnels ne trouve sa source dans le Code Napoléon.

Il ne reste maintenant, pour compléter le cadre, qu’à parcourir les solutions adoptées par le Code de 1804 en matière de pluralité d’auteurs d’un seul dommage et de transmissibilité passive de la responsabilité aquilienne. Ces deux questions feront l’objet du paragraphe suivant.

---

<sup>949</sup> V. par ex. : R. DEKKERS, *op. cit.*, note 899, p. 160 (§ 283) ; R. O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile*, 2, in *Les Nouvelles. Corpus Juris Belgici*, Droit Civil, 5.2, Bruxelles, Larcier, 1962, p. 741-744 (§ 4138-4146) ; H. DE PAGE, *op. cit.*, note 20, p. 1064-1065 (§ 1022).

<sup>950</sup> H., L., J. MAZEAUD, A. TUNC, *op. cit.*, note 904, 3.1, p. 658.

<sup>951</sup> Pour le droit français, v. *ibid.* ; R. SAVATIER, *op. cit.*, note 937, p. 177-178 (§ 602). Pour le droit belge, v. R. DEKKERS, *op. cit.*, note 899, p. 160-163 (§ 283-285) ; H. DE PAGE, *op. cit.*, note 20, p. 1064-1077 (§ 1021-1031).

<sup>952</sup> R. DEKKERS, *op. cit.*, note 899, p. 162-163 (§ 286) ; H. DE PAGE, *op. cit.*, note 20, p. 1076 (§ 1031).

### §3. Responsabilité plurielle et transmissibilité passive de l'action

Encore une fois, à la différence des codes prussien et autrichien<sup>953</sup>, le Code civil reste silencieux, et laisse aux interprètes la charge de répondre aux problèmes de la responsabilité plurielle et du transfert de l'action et de l'obligation *ex damno* aux successeurs du défendeur. Comme dans le cas de l'évaluation économique du dommage, il y a donc lieu d'affirmer que les solutions à ces questions furent décelées à partir de la finalité de la réglementation de la responsabilité telle qu'elle résultait de ses autres éléments. D'un point de vue strictement méthodologique, il est donc probablement moins intéressant de se pencher sur ces éléments, car ils semblent constituer la conséquence – plutôt que la cause – d'une fonction principalement réparatrice du *damnum*.

Néanmoins, la cohérence nous impose d'examiner ces éléments, pour compléter l'analyse de la responsabilité aquilienne dans le Code civil du point de vue de sa fonction, que nous avons déjà qualifiée de réparatrice.

Quant à la responsabilité plurielle, ses conséquences juridiques ont fait l'objet d'un long débat doctrinal. Deux affirmations sont tout de même constantes. D'une part, la victime ne peut pas demander plusieurs fois l'entière réparation aux coauteurs. D'autre part, l'élément subjectif ne saurait influencer l'évaluation de l'obligation pesant sur chacun des responsables<sup>954</sup>.

Par conséquent, la solidarité cumulative est radicalement exclue de la responsabilité aquilienne du Code Napoléon. Dès lors, la répartition du montant du dédommagement parmi les différents auteurs du préjudice ne pourrait se baser que sur le lien de causalité : il faut se demander si chaque comportement, qu'il soit dolosif

---

<sup>953</sup> V. *supra*, sect. 1.

<sup>954</sup> Le caractère constant de l'impossibilité pour la victime de demander *bis* (voire plus) *in idem* est étayée par la fugacité qui caractérise le rappel de cette règle dans les ouvrages dédiés à notre matière : R. SAVATIER (*op. cit.*, note 937, 2, p. 45, § 488) affirme qu'« on ne peut se faire réparer deux fois le même dommage » sans ajouter d'ultérieures références ; il en va de même, en droit belge, pour H. DE PAGE (*op. cit.* note 20, p. 1077-1078, § 1032), qui approfondit la question de savoir si l'obligation de réparation pesant sur plusieurs responsables est solidaire ou simplement *in solidum* en supposant que la victime ne peut rien demander outre le préjudice souffert. Dans le même sens, L. JOSSERAND, *op. cit.*, note 899, p. 490 (§ 785) : l'auteur analyse la jurisprudence en matière de solidarité de l'obligation en question en rappelant que « ce concours de responsabilités [...] ne pourra d'ailleurs aboutir qu'à une réparation unique et complète – *non bis in idem* ». A. COLIN et H. CAPITANT (*op. cit.*, note 912, p. 165, § 339) abordent la solidarité en cas de faute commune sans s'attarder sur son caractère.

ou fautif, est la cause de l'entière du dommage ou seulement d'une partie de ce dernier. C'est sur ces postulats que les différentes questions portant sur la pluralité des responsables peuvent être posées. Il s'agissait, par exemple, du débat autour de l'existence d'une véritable solidarité entre les coauteurs du dommage ou d'une réparation simplement *in solidum*, voire d'une responsabilité conjointe où la victime ne peut demander à chaque coauteur que sa propre partie de la réparation<sup>955</sup>.

Quant à la transmissibilité passive de l'action en réparation du dommage, l'article 873 du Code de 1804 dispose que « les héritiers sont tenus des dettes et charges de la succession (...) ». Cette transmissibilité est donc admise sans réserve : « [l']idée de satisfaction compensatoire [...] l'emporte alors sur celle de peine privée<sup>956</sup> ». Dès lors, sans surprise, « l'action civile survit à l'action publique, parce qu'elle n'a pas pour but une peine, nécessairement personnelle, mais seulement la réparation du dommage, réparation qui devient une charge du patrimoine du coupable dès l'instant où le préjudice est réalisé<sup>957</sup> ».

La conclusion que nous pouvons tirer de l'examen du Code civil des Français, une fois dépassé l'obstacle de sa réticence, va dans le sens de sa descendance intellectuelle du débat philosophique de l'époque. Dans un esprit jusnaturaliste filtré par les théories de Domat et Pothier le codificateur visa à dépouiller la réglementation de la responsabilité aquilienne de toute référence au domaine de la punition. Ceci fut poursuivi au point d'engendrer de vrais courts-circuits logiques, tels que la distinction entre délits et quasi-délits que nous avons vue plus haut.

---

<sup>955</sup> Sur la question de la nature solidaire ou *in solidum* de l'obligation de dédommagement pesant sur plusieurs responsables, v., *ex plurimis*, F. CHABAS, *L'influence de la pluralité de causes sur le droit à réparation*, Paris, LGDJ, 1967, p. 51-71 ; L. MAZEAUD, « Obligations *in solidum* et solidarité entre codébiteurs délictuels », *RCLJ* 70 (1930) p. 141-176 ; J. VINCENT, « L'extension en jurisprudence de la notion de solidarité passive », *RTD civ.* (1939), p. 601-683 ; P. REYNAUD, « La nature de l'obligation des coauteurs d'un dommage : obligation « *in solidum* » ou solidarité ? », in *Mélanges dédiés à Jean Vincent*, Paris, Dalloz, 1981, p. 317-332 ; L. BORÉ, « Le recours entre coobligés *in solidum* », *La semaine juridique – Édition générale*, 1967, 2126. Sur la question, v. aussi R. DEKKERS, *op. cit.*, note 899, p. 163-166 (§ 287-288) ; H. DE PAGE, *op. cit.*, note 20, p. 1077-1078, § 1032.

<sup>956</sup> R. SAVATIER, *op. cit.*, note 937, 2, p. 212 (§ 632) ; il est rappelé *ibid.*, n. 2 que « la jurisprudence française paraît implicitement considérer cette solution comme allant de soi ». A. SOURDAT (*Traité général de la responsabilité ou de l'action en dommages-intérêts en dehors des contrats*, 1, Paris, Imprimerie et Librairie Générale de Jurisprudence, 1852, p. 58, § 78) relie la transmissibilité de l'action aux héritiers du responsable à la disposition contenue au deuxième alinéa de l'article 2 du Code d'instruction criminelle de 1808, au sens de laquelle « [l']action civile, pour la réparation du dommage, peut être exercée contre le prévenu et contre ses représentants ». V. aussi R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, 4, Paris, Arthur Rousseau, 1924, p. 217-218 (§ 543-544) ; J. F. TAULIER, *op. cit.*, note 943, p. 591.

<sup>957</sup> H., L., J. MAZEAUD, A. TUNC, *op. cit.*, note 904, 2, p. 1131.

L'appréhension de tout type de comportement dolosif ou fautif par le biais d'un seul texte, encore plus que dans les codifications prussienne et autrichienne, va dans ce même sens. Il en va de même pour le principe de réparation intégrale du préjudice, qui s'accompagne d'une conception large et ouverte de la notion de dommage, ainsi que pour la transmissibilité passive de l'action et l'absence de solidarité cumulative en cas de dommages produits par une pluralité de responsables.

En revanche, la référence aux éléments subjectifs du *dolus* et de la *culpa* dans les normes de principe et dans les cas particuliers envisagés aux articles 1384 à 1386 témoigne d'une attention à l'élément moral de la responsabilité aquilienne que Domat et Pothier promouvaient. Contrairement aux codifications prussienne et autrichienne, les acquis jusnaturalistes cédèrent ici le pas à l'équité envers le responsable. La non-responsabilité des enfants et des personnes qui agissent « sous l'empire d'un trouble mental », au moins dans la rédaction originaire du Code, en constitue un exemple.

À la lumière des travaux préparatoires et des commentaires que nous avons examinés, il est tout de même certain que la composante morale mentionnée ici ne détourna pas la réglementation du Code Napoléon de la fonction réparatrice : en matière de responsabilité aquilienne, le codificateur rejeta radicalement la peine.

### **Section 3. La responsabilité aquilienne entre compensation et réprobation dans le *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) allemand**

Le *bürgerliches Gesetzbuch* entra en vigueur, dans l'Allemagne unifiée, le 1<sup>er</sup> janvier 1900, environ un siècle après les trois codifications que nous venons d'examiner. Cet écart nous impose de vérifier la présence de nouvelles données culturelles à propos de la fonction de la responsabilité aquilienne, avant de nous pencher sur les dispositions par lesquelles ce code règle la matière en question. La science juridique germanique du XIX<sup>e</sup> siècle vit l'essor de l'école historique et des pandectistes<sup>958</sup>. Dès lors, il nous faut nous pencher sur ces courants avant d'aborder la réglementation de la responsabilité aquilienne dans le code de 1900.

---

<sup>958</sup> V. à cet égard, *ex plurimis*, G. ROTONDI, *op. cit.*, note 34, p. 554-559 ; F. WIEACKER, *op. cit.*, note 819, p. 348-458 ; M. F. CURSI, *Danno, op. cit.*, note 34, p. 201-212.

Le fait que les sources romaines fassent l'objet d'étude et le point de départ des théories de ces écoles put ouvrir la voie à d'après critiques : Rotondi leur a même imputé « *un arresto, anzi un vero e proprio regresso*<sup>959</sup> » dans l'évolution du droit de la responsabilité aquilienne. Or, nous postulons qu'il n'existe aucune loi de l'histoire qui gouverne les mutations de la fonction de la responsabilité aquilienne. Par conséquent, la nouvelle consécration d'une responsabilité aquilienne punitive coïnciderait avec une inversion de tendance par rapport à l'évolution du droit romain classique et postclassique, du *ius commune* et du jusnaturalisme. Dès lors, ceci mériterait notre plus grande attention.

Dans la première partie de la présente étude, nous avons déjà mentionné les réflexions doctrinales de plusieurs représentants de ces écoles à propos de la *lex Aquilia*<sup>960</sup>. Il y a maintenant lieu de reprendre les analyses menées par ces juristes en les situant dans l'histoire moderne du *damnum iniuriā*, surtout par rapport aux acquis du jusnaturalisme.

Tout en l'insérant parmi les actions pénales, Savigny<sup>961</sup> et Jhering<sup>962</sup> considèrent que l'*actio legis Aquiliae* présente surtout une finalité de dédommagement, en raison du caractère exceptionnel de la *repetitio temporis* et de la *litis crescentia in duplum* : selon eux, il s'agirait d'une action en indemnisation (*Entschädigungsklage*). Comme nous l'avons vu, cette interprétation fut accueillie par plusieurs juristes liés à l'école historique et à celle des pandectistes<sup>963</sup>.

Néanmoins, la comparaison de ces théories avec les constructions jusnaturalistes révèle un revirement par rapport à l'expansion que la fonction purement réparatrice avait connue jusqu'à Thomasius, où l'élément subjectif n'était désormais plus considéré pour engager la responsabilité aquilienne. Dans l'école historique et chez les pandectistes, le *damnum iniuriā* prend bien en compte le *dolus* ou la *culpa* de l'agent<sup>964</sup>. Toutefois, bien qu'une théorie minoritaire souligne la

---

<sup>959</sup> G. ROTONDI, *op. cit.*, note 34, p. 554.

<sup>960</sup> V. *supra*, première partie, ch. 1, sect. 2, § 1, A.

<sup>961</sup> V. *supra*, note 133.

<sup>962</sup> R. VON JHERING, *op. cit.*, note 38, p. 58-68.

<sup>963</sup> V. *supra*, note 134.

<sup>964</sup> Une bibliographie approfondie à cet égard est présentée par M. F. CURSI (*Danno, op. cit.*, note 34, p. 208-209, n. 70-72). L'auteure affirme ici que G. F. PUCHTA revient, quoiqu'en partie, aux positions jusnaturalistes, car il distingue un élément objectif (*Rechtsverletzung*, la violation d'un droit) et un élément subjectif (*Verschuldung*, la culpabilité) dans la contrariété au droit du comportement du

composante punitive de la responsabilité aquilienne, probablement sur le modèle des codifications prussienne et autrichienne<sup>965</sup>, la position majoritaire des juristes qui appartiennent à l'école historique et à celle des pandectistes paraît aller dans le sens de la fonction réparatrice du *damnum iniuriā*<sup>966</sup>.

Dès lors, il nous faut nous demander de quelle manière le codificateur allemand reçut ces théories dans la réglementation de la responsabilité aquilienne contenue dans le BGB. C'est par celle-ci que se termine le deuxième livre du *Gesetzbuch*, qui a pour objet le droit des obligations (*Recht der Schuldverhältnisse*). Le titre consacré aux actes illicites (*unerlaubte Handlungen*) contient les paragraphes 823 à 853.

Comme pour les codes prussien et autrichien, il est nécessaire de se référer à plusieurs dispositions du titre en question pour trouver une norme de principe suffisamment générale en matière de responsabilité aquilienne : il s'agit, plus précisément, du § 823 dans ses deux alinéas et du § 826.

Le BGB ne présente donc pas, en la matière, une norme de principe dotée du degré de généralité de l'article 1382 du « Code Napoléon » ou de l'article 2043 du code civil italien de 1942<sup>967</sup>. La question fut posée dans les travaux préparatoires de la codification allemande, à partir du projet préliminaire en matière de responsabilité

---

responsable. Ce juriste (G. F. PUCHTA, *Pandekten*, Leipzig, Johann Ambrosius Barth, 1848<sup>14</sup>, p. 368-380, § 261) opère effectivement cette distinction, mais semble considérer l'élément subjectif autant nécessaire que celui objectif, au point que les deux reçoivent la qualification de *Voraussetzungen* (conditions) d'un délit. Une similarité peut donc bien être tracée entre la théorie de Puchta et le jusnaturalisme (et, nous ajouterions, la seconde Scolastique), mais sans exclure le revirement que nous venons d'identifier par rapport à Thomasius. Dans le même sens, v. H. R. HUGO, *Lehrbuch des Naturrechts*, Berlin, August Mylius, 1819<sup>4</sup>, p. 482 (§ 352) : l'auteur identifie deux extrêmes (*Aeußersten*) : le premier est le dommage dolosif, que le responsable devra presque toujours réparer ; le second est le dommage dû au hasard, qui n'engagera presque jamais la responsabilité de son auteur. V. aussi le pandectiste B. WINDSCHEID (*Lehrbuch des Pandektenrechts*, 2, Frankfurt a. M., Rütten & Loening, 1891<sup>7</sup>, p. 642, § 455) : l'auteur s'interroge sur l'injustice (*Widerrechtlichkeit*) du dommage, et considère que, pour l'identifier dans le cas d'espèce, il faut que le dommage lèse un droit de la victime et qu'au moins la *culpa* puisse être imputée au défendeur. V. à ce propos *infra*, § 1.

<sup>965</sup> C. F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld. Ein Commentar für meine Zuhörer*, 4, 2, Erlangen, Johann Jacob Palm, 1797, p. 446-451 (§ 333) : l'auteur différencie la gravité de la sanction sur la base du degré de l'élément subjectif. V. à ce propos M. F. CURSI, *Danno*, *op. cit.*, note 34, p. 209.

<sup>966</sup> Quant aux pandectistes, v. H. DERNBURG, *Pandekten*, 2, Berlin, Müller, 1886, p. 335 (§ 129) : « *Es giebt keine reinen Strafklagen mehr* » ; K. L. ARNDTS, *op. cit.*, note 134, p. 519 (§ 324) : « *Nach heutigen Recht gilt sie überall nur als bloße Ersatzklage* ». Par ailleurs, l'idée de « peine privée » survit, chez les pandectistes, pour d'autres espèces de *delicta* que le *damnum iniuriā* : v. à cet égard M. F. CURSI, *Danno*, *op. cit.*, note 34, p. 210.

<sup>967</sup> V. *infra*, sect. 4.

aquilienne (*Teilentwurf „unerlaubte Handlungen“*) rédigé par Franz Philipp von Kübel<sup>968</sup> (1819-1884). Son premier paragraphe contenait la disposition suivante :

« *Hat jemand durch eine widerrechtliche Handlung oder Unterlassung aus Absicht oder aus Fahrlässigkeit einem Anderen Schaden zugefügt, so ist er diesem zum Schadensersatz verpflichtet* »

« Lorsque quelqu'un, intentionnellement ou par négligence, a causé un dommage à autrui par un acte ou une omission illicites, il est obligé à la réparation du dommage ».

Il s'agit d'une norme générale, qui engage la responsabilité de la personne qui cause un dommage à autrui (*einem Anderen Schaden zugefügt*) par une action ou une omission contraire au droit (*durch eine widerrechtliche Handlung oder Unterlassung*), si ce comportement était intentionnel (*aus Absicht*) ou dû à la négligence (*aus Fahrlässigkeit*). Le responsable d'un tel comportement est tenu à la réparation du dommage (*zum Schadensersatz verpflichtet*).

La ressemblance avec l'article 1382 du Code Napoléon est visible. Néanmoins, l'élément distinctif de la norme de principe dans le projet von Kübel est la référence à la contrariété du comportement dolosif ou fautif au droit (*widerrechtliche Handlung*). Ici, le rôle joué par la culture juridique de l'époque n'est point négligeable. En effet, les jusnaturalistes étaient parvenus à faire de l'injustice du dommage et de l'illicéité du comportement deux concepts séparés. L'école historique et celle des pandectistes rattachent, au moins en principe, l'*iniuria* au comportement, qui comprend à son tour l'élément subjectif *dolus* ou *culpa*. Selon Savigny, le trait distinctif des obligations *ex delicto* consiste dans le fait qu'elles « peuvent toujours être rattachées à une intention contraire au droit (*mit einer rechtswidrigen Gesinnung*), qui peut consister, ou dans la volonté de commettre une violation du droit (*dolus*) ou

---

<sup>968</sup> Le projet est cité in W. SCHUBERT (dir.), *Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches. Recht der Schuldverhältnisse*, 1, Berlin-New York, De Gruyter, 1980, p. 653-656. Sur la rédaction des paragraphes 823 et 826 BGB, v. G. SCHIEMANN, « Schadensersatz aus unerlaubten Handlung im geltenden deutschen BGB », in L. VACCA (dir.), *op. cit.*, note 51, p. 183-194 ; H.-P. BENÖHR, « Die Redaktion der Paragraphen 823 und 826 BGB », in R. ZIMMERMANN (dir.), *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik*, Heidelberg, Müller, 1999, p. 499-547 ; P. MOSSLER, « The discussion on general clause or numerus clausus during the preparation of the German Civil Code », in E. J. H. SCHRAGE (dir.), *op. cit.*, note 730, p. 361-389.



dans le défaut de la diligence (*culpa*)<sup>969</sup> ». Des pandectistes comme Bernhard Windscheid (1817-1892) et Polynice van Wetter (1844-1925) estiment que, pour que l'injustice du dommage (*Widerrechtlichkeit*) puisse être retenue dans le cas d'espèce, il faut établir, d'une part, qu'aucun droit à la production d'un dommage n'existait ; d'autre part, que ce préjudice est imputable au moins à la faute du responsable<sup>970</sup>.

En réalité, comme Patrick Mossler le remarque bien, il semble que, dans l'esprit de Kübel, l'injustice du dommage est liée à l'illicéité du comportement plutôt qu'à la perte subie par la victime<sup>971</sup>. Ce propos permet d'expliquer la formulation que le projet publié en 1888<sup>972</sup> adopta aux paragraphes 704 et 705 :

« § 704. *Hat Jemand durch eine aus Vorsatz oder Fabrlässigkeit begangene widerrechtliche Handlung – Thun oder Unterlassen – einem Anderen einen Schaden zugefügt, dessen Entstehung er vorausgesehen hat oder voraussehen mußte, so ist er dem Anderen zum Ersatze des durch die Handlung verursachten Schadens verpflichtet, ohne Unterschied, ob der Umfang des Schadens vorauszusehen war oder nicht.*

*Hat Jemand aus Vorsatz oder Fabrlässigkeit durch eine widerrechtliche Handlung das Recht eines Anderen verletzt, so ist er den durch die Rechtsverletzung dem Anderen verursachten Schaden diesem zu ersetzen verpflichtet, auch wenn die Entstehung eines Schadens nicht vorauszusehen war. Als Verletzung eines Rechtes im Sinne der vorstehenden Vorschrift ist auch die Verletzung des Lebens, des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit und der Ehre anzusehen.*

§ 705. *Als widerrechtlich gilt auch die kraft der allgemeinen Freiheit an sich erlaubte Handlung, wenn sie einem Anderen zum Schaden gereicht und ihre Vornahme gegen die guten Sitten verstößt »*

« § 704. Si, par un acte illicite, qu'il s'agisse d'une action ou d'une omission, commise intentionnellement ou par négligence, quelqu'un a causé à autrui un dommage dont il avait prévu ou était censé prévoir la survenance, il est tenu de réparer le dommage causé par ce comportement, que l'étendue du préjudice ait été ou non prévisible.

---

<sup>969</sup> F. C. VON SAVIGNY, *op. cit.*, note 127, p. 463 (§ 82).

<sup>970</sup> B. WINDSCHEID, *op. cit.*, note 964, p. 642 (§ 455) ; P. VAN WETTER, *Pandectes contenant l'histoire du droit romain et la législation de Justinien*, 4, Paris, LGDJ, 1910<sup>2</sup>, p. 371-372 (§ 491). Sur la question de l'éventuelle identification entre les concepts d'*iniuria* et *culpa* chez les pandectistes, v. M. F. CURSI, *Danno*, *op. cit.*, note 34, p. 209.

<sup>971</sup> P. MOSSLER, *op. cit.*, note 968, p. 371.

<sup>972</sup> Il s'agit du projet élaboré par la première commission nommée par le Bundesrat : *Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich*, Berlin und Leipzig, Guttentag, 1888.

Celui qui, intentionnellement ou par négligence, a porté atteinte au droit d'autrui par un acte illicite, est tenu de réparer le dommage causé à autrui par ce comportement, même si la survenance d'un dommage n'était pas prévisible. Les atteintes à la vie, à l'intégrité physique, à la santé, à la liberté et à l'honneur sont également considérées comme des atteintes à un droit au sens de cette disposition.

§ 705. L'acte qui serait en soi licite en vertu du principe général de la liberté est également considéré comme étant illicite lorsqu'il cause un préjudice à autrui et que son accomplissement est contraire aux bonnes mœurs ».

Au sens du premier alinéa du § 704, celui qui cause un dommage à autrui par un comportement illicite intentionnel ou fautif est obligé à réparer le préjudice, quand bien même il n'en aurait pas prévu l'étendue. Le second alinéa du même paragraphe dispose que l'auteur de la violation d'un droit d'autrui, ou de sa vie, son corps, sa santé, sa liberté ou son honneur est tenu à la réparation du dommage, s'il a commis un acte illicite. Le § 705 précise la notion d'illicite (*widerrechtlich*) en incluant les comportements dommageables permis par la loi mais contraires aux bonnes mœurs. Malgré l'opinion doctrinale selon laquelle cette disposition constituerait une clause générale (*Generalklausel*)<sup>973</sup>, ces deux paragraphes suivent la conception de *Widerrechtlichkeit* retenue dans l'école historique et chez les pandectistes. Comme le soutient Mossler, « *the unlawfulness must result from the legal system as a whole – ensuing from the violation of a statutory prohibition, the encroachment on absolute rights, or from an “illoyal act”<sup>974</sup>* ». La présence de ces trois causes d'illicéité nous permet de conclure que le § 704 du projet de *Perste Kommission* met en place un *numerus clausus* de comportements aptes à engager la responsabilité aquilienne de leur auteur.

Les paragraphes 823 et 826 entrés en vigueur en 1900 confirment cette conclusion : la responsabilité aquilienne est basée sur un fait (*Tatbestand*), un jugement d'illicéité (*Rechtswidrigkeit* ou *Widerrechtlichkeit*) et un élément subjectif

---

<sup>973</sup> V. en ce sens B. SCHMIEDEL, *Deliktsobligationen nach deutschem Kartellrecht*, 1, Tübingen, Mohr, 1974, p. 20-28, spéc. p. 22 : « *Gleichwohl hat die Erste Kommission das Prinzip der Generalklausel im Laufe der weiteren Beratungen der Sache nach nicht aufgegeben* ».

<sup>974</sup> P. MOSSLER, *op. cit.*, note 968, p. 374.

(*Schuld*)<sup>975</sup>. D'une part, la casuistique typique du *ius commune* fut abandonnée. D'autre part, l'exclusion d'une clause générale de responsabilité visait à éviter le risque d'attribuer aux juges la charge de résoudre, au cas par cas, les difficultés qui se seraient présentées<sup>976</sup>. Une telle éventualité menaçait la qualité des décisions de justice : dans les travaux préparatoires (*Protokolle*), l'argument fut avancé qu'une *Generalklausel* aurait entraîné des abus similaires à ceux qui caractérisent plusieurs jugements des tribunaux français<sup>977</sup> ! Venons donc aux paragraphes 823 et 826 du BGB :

BGB § 823 : « *Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines Anderen widerrechtlich verletzt, ist dem Anderen zum Ersatze des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.*

*Die gleiche Verpflichtung trifft denjenigen, welcher gegen ein den Schutz eines Anderen bezweckendes Gesetz verstößt. Ist nach dem Inhalte des Gesetzes ein Verstoß gegen dieses auch ohne Verschulden möglich, so tritt die Ersatzpflicht nur im Falle des Verschuldens ein »*

« Celui qui, à dessein ou par négligence, a illégalement porté atteinte à l'intégrité corporelle, à la vie, à la santé, à la liberté ou à tout autre droit d'autrui, est tenu envers la personne lésée à la réparation du préjudice causé.

La même obligation incombe sur celui qui contrevient à une loi qui a pour but la protection d'autrui. Si, d'après la teneur de cette loi, on peut y contrevenir, même sans qu'il soit besoin d'une faute, la responsabilité civile n'existe pourtant que si une faute se produit<sup>978</sup> ».

BGB § 826 : « *Wer in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem Anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem Anderen zum Ersatze des Schadens verpflichtet »*

---

<sup>975</sup> V., récemment, G. WAGNER, « § 823 », in M. HABERSACK (dir.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Schuldrecht. Besonderer Teil IV*, 7, München, Beck, 2020, p. 1679-2139, spéc. p. 1734.

<sup>976</sup> En ce sens, K. ZWEIGERT, H. KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 2, Tübingen, Mohr, 1984<sup>2</sup>, p. 335.

<sup>977</sup> B. MUGDAN (dir.), *Die gesamten Materialien zum bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich*, 2, Berlin, Decker, 1899, p. 1075 : « *Es ließe sich auch nicht absehen, zu welchen Konsequenzen die Einräumung einer autoritativen Stellung an der Richter führen und ob nicht die deutsche Rechtsprechung zu ähnlichen Auswüchsen gelangen werde, welche zahlreiche Urtheile der französischen Gerichte aufwiesen ».*

<sup>978</sup> R. DE LA GRASSERIE, *Code civil allemand*, Paris, Pedone, 1910<sup>3</sup>, sub § 823.

« Celui qui à dessein nuit à autrui par des agissements contraires aux bonnes mœurs est tenu de réparer le dommage<sup>979</sup> ».

La liste dressée par le § 704 du projet de *erste Kommission* est reprise dans le premier alinéa du § 823 BGB : l'auteur d'une atteinte illicite à l'intégrité corporelle, à la vie, à la santé, à la liberté, à la propriété ou à tout autre droit d'autrui est tenu de réparer le préjudice causé. Le second alinéa du même paragraphe ajoute à ces cas celui de la violation d'une loi qui vise à la protection d'autrui (*ein den Schutz eines Anderen bezweckendes Gesetz*). Pour sa part, le § 826 engage la responsabilité aquilienne de l'auteur d'un comportement intentionnel et contraire aux bonnes mœurs (*gegen die guten Sitten*) pour le dommage qu'il aurait occasionné.

Dans les dispositions que nous venons de citer, le mot *Ersatz*, réparation, désigne l'objet de l'obligation à laquelle le responsable aquilien est tenu (*verpflichtet*) vis-à-vis de l'autre partie (*dem Anderen*). Néanmoins, nous avons déjà remarqué que l'étude de la fonction du *damnum iniuriā* ne saurait s'arrêter aux termes de la loi. Dès lors, suivant la méthode employée pour les codifications précédemment analysées, nous considérerons séparément les réglementations que le BGB consacre au comportement et au dommage. Comme dans les deux sections précédentes, nous concluons l'étude du code allemand de 1900 par un aperçu sur la responsabilité plurielle et sur la transmissibilité passive de l'obligation *ex damno*.

## §1. L'évaluation du comportement

Nous avons déjà affirmé que, au sein de l'école historique et chez les pandectistes, une responsabilité aquilienne non subjective ne saurait être conçue, et que, d'un point de vue logique, ceci est dû à la notion d'illicéité (*iniuria*, *Widerrechtlichkeit*) retenue par ces juristes. Pour que la responsabilité aquilienne puisse être engagée, il est nécessaire qu'un élément de contrariété au droit soit présent dans le cas examiné : si ce n'était pas le cas, il n'y aurait aucune raison à l'application d'un régime juridique différent du principe *res perit domino*.

---

<sup>979</sup> *Op. ult. cit.*, sub § 826.

Les jusnaturalistes, tout comme les représentants de la seconde Scolastique, rattachaient l'injustice au préjudice subi par la victime, selon une structure qui remonte jusqu'à Aristote<sup>980</sup> et Thomas d'Aquin<sup>981</sup>. Nous l'avons rappelé à plusieurs reprises qu'à leur avis, le droit ne peut pas accepter que le patrimoine de la victime soit atteint par une perte non justifiée, peu importe le comportement qui a occasionné cette diminution.

Vice-versa, au sein de l'école historique et chez les pandectistes, cette contrariété au droit se réfère au comportement du responsable. Dans l'un des extraits de Savigny précédemment cités<sup>982</sup>, l'adjectif *rechtswidrig* est attribué au sentiment (*Gesinnung*) du responsable au moment de l'accomplissement de l'acte dommageable. Pour sa part, Puchta, suivi par Windscheid, distingue la violation du droit (*Rechtsverletzung*) de la faute (*Verschuldung*)<sup>983</sup>. La violation d'un droit d'autrui semble élargir la *Widerrechtlichkeit* au dommage, tout comme chez les jusnaturalistes<sup>984</sup>. Néanmoins, le fait que la *Verschuldung* constitue une condition de la responsabilité *ex delicto* au même niveau que la *Rechtsverletzung* témoigne du fait que Puchta rejette la théorie jusnaturaliste du dommage injuste. En effet, si un acte est qualifié d'illicite, le système juridique pourrait ne reprocher qu'une *culpa levissima* à son agent, mais l'élément subjectif ne saurait être complètement éliminé<sup>985</sup>. Tout ceci peut être résumé par les mots de Jhering : selon ce dernier, le fait que la source de l'obligation aquilienne soit la faute (*Schuld*) constitue un principe dont la valeur est la même que celle des lois qui gouvernent la chimie<sup>986</sup>.

Les paragraphes 823 et 826 du BGB semblent incorporer ces constructions théoriques. Dans le premier alinéa du § 823, l'adverbe *widerrechtlich* qualifie le verbe qui désigne l'action du responsable (*verletzen*). À ceci s'ajoutent les vocables *vorsätzlich*, intentionnellement, et *fabrlässig*, par négligence : ils se réfèrent à

---

<sup>980</sup> V. *supra*, première partie, ch. II, sect. 1.

<sup>981</sup> V. *supra*, deuxième partie, ch. I.

<sup>982</sup> V. *supra*, note 969.

<sup>983</sup> V. *supra*, note 964.

<sup>984</sup> C'est à ce propos que M. F. CURSI (*Danno, op. cit.*, note 34, p. 208) observe « un parziale ritorno alle posizioni del giusnaturalismo » dans la théorie de Puchta.

<sup>985</sup> G. F. PUCHTA, *op. cit.*, note 964, p. 374 (§ 261) : « bey manchen aber ist auch schon das Verhältnis der Fabrlässigkeit, culpa im engeren Sinn, hinreichend, um die obligatio ex delicto zu begründen, und zwar dann in der Regel auch die geringste, für die überall ein Mensch vernünftigerweise verantwortlich gemacht werden kann ».

<sup>986</sup> R. VON JHERING, *op. cit.*, note 38, p. 40.

l'élément subjectif du comportement dommageable. Le second alinéa du même paragraphe appréhende la violation dolosive ou fautive d'une norme qui a pour but la protection d'autrui (*Schutz eines Anderen*). Enfin, le § 826 élargit le champ de la *Widerrechtlichkeit* à la violation des bonnes mœurs (*die guten Sitten*) mais limite l'élément subjectif nécessaire pour engager la responsabilité aquilienne de ce fait à la seule intentionnalité.

Pour résumer, nous pourrions affirmer que, contrairement au droit romain, l'*iniuria* est nettement séparée de la *culpa*<sup>987</sup> dans ces trois dispositions. Les théories jusnaturalistes ne sont pas non plus accueillies : le BGB associe l'illicéité au comportement, non pas au dommage. Preuve en est que, comme nous le verrons dans la prochaine subdivision, le code de 1900 liste, à son § 823, les préjudices susceptibles de faire l'objet d'une réparation. Il en dérive qu'au sens du BGB, le comportement qui engage la responsabilité aquilienne doit être à la fois illicite et fautif<sup>988</sup> (ou dolosif, dans le cas du § 826).

Les éléments recueillis jusqu'à présent sèment le doute à propos de la fonction de la responsabilité aquilienne. En effet, malgré la référence expresse à la réparation du dommage que nous avons évoquée, l'identification précise de comportements répréhensibles auxquels l'ordre juridique rattache l'obligation aquilienne pourrait même induire à identifier une peine privée dans le régime des *unerlaubte Handlungen*. Toutefois, concernant l'évaluation du comportement, au moins deux éléments nous permettent de voir une responsabilité aquilienne réparatrice dans le BGB.

Le premier dérive de la comparaison avec les codes prussien et autrichien. L'ALR et l'ABGB différencient l'étendue de la réparation sur la base de la gravité du comportement du responsable<sup>989</sup>, de telle sorte que la victime devra supporter elle-même une partie du préjudice si elle subit un acte dommageable moins blâmable. Ce n'est pas le cas du BGB, qui ne fait référence qu'à l'*Ersatz*, en l'attribuant dans les cas qu'il identifie sans jamais le graduer.

---

<sup>987</sup> En ce sens, v. M. F. CURSI, *Danno, op. cit.*, note 34, p. 219.

<sup>988</sup> La formulation d'une distinction précise des notions de *Widerrechtlichkeit* et de *Verschulden* est difficile : v. à ce propos K. ZWIEGERT, H. KÖTZ, *op. cit.*, note 976, p. 336-337.

<sup>989</sup> V. *supra*, sect. 1, § 1.

Le second est constitué par la responsabilité aquilienne des personnes incapables. Dans les pages précédentes<sup>990</sup>, la responsabilité objective mise en place à leur charge par les codes prussien et autrichien a été liée à la réception des théories jusnaturalistes. Nous avons vu que ces dernières soutiennent la nécessité de ne pas laisser la victime dépourvue de réparation au cas où elle aurait subi une perte patrimoniale du fait d'un incapable.

À ce propos, les paragraphes 827 et 828 du BGB<sup>991</sup> précisent que les incapables, que leur état soit dû à un trouble d'esprit ou au bas âge, ne sont pas responsables des dommages qu'ils causent à autrui. Cependant, au sens du § 829<sup>992</sup>, ils seront tenus de la réparation du dommage causé si celle-ci ne peut pas être obtenue de la personne chargée de leur surveillance, si leur situation patrimoniale leur permet d'exécuter l'obligation réparatrice, et si l'équité économique (*Billigkeit*) l'exige.

Cursi affirme que ces dispositions sont le résultat d'une influence des codes jusnaturalistes, non pas de la théorie de l'école historique et des pandectistes<sup>993</sup>. Toutefois, les paragraphes 827 à 829 semblent bien le résultat de deux éléments de la théorie pandectiste de la responsabilité aquilienne. Nous nous référons à la *Widerrechtlichkeit* associée au comportement, que nous avons déjà analysée, et à la finalité réparatrice de la responsabilité aquilienne promue par ces juristes.

---

<sup>990</sup> V. *supra*, *ibid.*

<sup>991</sup> BGB : « § 827. *Wer im Zustande der Bewusstlosigkeit oder in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustande krankhafter Störung der Geisteshätigkeit einem Anderen Schaden zufügt, ist für den Schaden nicht verantwortlich. Hat er sich durch geistige Getränke oder ähnliche Mittel in einem vorübergehenden Zustand dieser Art versetzt, so ist er für einen Schaden, den er in diesem Zustande widerrechtlich verursacht, in gleicher Weise verantwortlich, wie wenn ihm Fahrlässigkeit zur Last fiele; die Verantwortlichkeit tritt nicht ein, wenn er ohne Verschulden in den Zustand gerathen ist.*

§ 828. *Wer nicht das siebente Lebensjahr vollendet hat, ist für einen Schaden, den er einem Anderen zufügt, nicht verantwortlich.*

*Wer das siebente, aber nicht das achtzehnte Lebensjahr vollendet hat, ist für einen Schaden, den er einem Anderen zufügt, nicht verantwortlich, wenn er bei der Begehung der schädigenden Handlung nicht die zur Erkenntniß der Verantwortlichkeit erforderliche Einsicht hat. Das Gleiche gilt von einem Taubstummen ».*

<sup>992</sup> BGB § 829 : « *Wer in einem der in den §§ 823 bis 826 bezeichneten Fälle für einen von ihm verursachten Schaden auf Grund der §§ 827, 828 nicht verantwortlich ist, hat gleichwohl, sofern der Ersatz des Schadens nicht von einem aufsichtspflichtigen Dritten erlangt werden kann, den Schaden insoweit zu ersetzen, als die Billigkeit nach dem Umständen, insbesondere nach den Verhältnissen der Beteiligten, eine Schadloshaltung erfordert und ihm nicht die Mittel entzogen werden, deren er zum standesmäßigen Unterhalte sowie zur Erfüllung seiner gesetzlichen Unterhaltungspflichten bedarf ».*

<sup>993</sup> M. F. CURSI, *Danno, op. cit.*, note 34, p. 219-220.

Plus précisément, le BGB ne saurait retenir la responsabilité aquilienne d'un incapable, ce qui serait logiquement incohérent. En effet, il s'agirait d'une responsabilité objective, incompatible avec l'illicéité du comportement et la présence du dol ou de la faute qui fondent l'obligation aquilienne. La formulation des paragraphes en question confirme ce raisonnement : non seulement les paragraphes 827 et 828 excluent la responsabilité des incapables, mais même le § 829, qui s'occupe de l'obligation éventuellement due par ces personnes, prend soin de répéter qu'elles ne sont pas responsables (*nicht verantwortlich*).

Le fondement de la dette qui pèse sur l'auteur incapable du dommage doit donc résider ailleurs<sup>994</sup>. Ici, la fonction réparatrice de la responsabilité aquilienne, affirmée tant par le jusnaturalisme que par l'école historique et les pandectistes<sup>995</sup>, est à considérer. Il serait contraire à l'équité de laisser la victime dépourvue de réparation, alors même que le préjudice qu'elle a subi a été causé par le comportement d'un incapable. La solution est constituée par l'obligation réparatrice sans responsabilité, qui ne coïncide point avec une responsabilité objective, sinon dans son résultat.

Pour compléter l'analyse de l'évaluation du comportement dans le BGB, occupons-nous de la responsabilité du fait d'autrui dans cette codification. D'un point de vue logique, le fait qu'une personne différente de l'auteur matériel du dommage soit responsable pose à nouveau le problème de la cohérence avec le principe selon lequel l'illicéité du comportement et de la faute personnelle fondent l'obligation réparatrice.

À ce propos, les paragraphes 831 et 832 BGB<sup>996</sup> méritent notre intérêt. Au sens du § 831, celui qui confie à autrui la charge d'accomplir un acte est responsable du

---

<sup>994</sup> Sur cette question, v. *ex plurimis* F. BYDLINSKI, *Probleme der Schadenverursachung nach deutschem und österreichischem Recht*, Stuttgart, Ferdinand Enke, 1964, p. 44-47.

<sup>995</sup> V. *supra*, note 966.

<sup>996</sup> BGB : « § 831. *Wer einen Anderen zu einer Verrichtung bestellt, ist zum Ersatze des Schadens verpflichtet, den der Andere in Ausführung der Verrichtung einem Dritten widerrechtlich zufügt. Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Geschäftsherr bei der Auswahl der bestellten Person und, sofern er Vorrichtungen oder Geräthschaften zu beschaffen oder die Ausführung der Verrichtung zu leiten hat, bei der Beschaffung oder der Leitung die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet oder wenn der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt entstanden sein würde.*

*Die gleiche Verantwortlichkeit trifft denjenigen, welcher für den Geschäftsherrn die Besorgung eines der im Abs. 1 Satz 2 bezeichneten Geschäfte durch Vertrag übernimmt.*

§ 832. *Wer Kraft Gesetzes zur Führung der Aufsicht über eine Person verpflichtet ist, die wegen Minderjährigkeit oder wegen ihres geistigen oder körperlichen Zustandes der Beaufsichtigung bedarf,*



comportement illicite de son préposé, mais peut s'exonérer en démontrant d'avoir diligemment choisi cette personne et, le cas échéant, d'avoir dirigé l'activité et apporté les outils nécessaires selon la diligence requise par l'activité commerciale (*die im Verkehr erforderliche Sorgfalt*). En outre, le commettant n'est pas responsable au cas où le dommage se serait tout de même produit s'il avait agi avec cette diligence. Il en va de même pour celui qui a la charge de surveiller un mineur ou une personne qui en a besoin en raison de son état mental ou physique (*geistige oder körperliche Zustände*). Pour s'exonérer, le défendeur doit démontrer qu'il a bien exécuté son devoir de vigilance ou que le dommage se serait produit même s'il avait diligemment accompli sa charge. Les deux articles présentent chacun un second alinéa où il est précisé que cette responsabilité subsiste si la charge de la surveillance est attribuée par un contrat.

Enfin, les rapports réciproques entre l'auteur matériel du comportement dommageable et le responsable indirect sont réglés par le deuxième alinéa du § 840<sup>997</sup>. Dans la relation entre le commettant et le préposé, la responsabilité définitive pèse sur le préposé ; dans le rapport entre l'incapable et la personne chargée de sa vigilance, c'est le surveillant qui supporte, en fin de compte, la dette réparatrice.

Encore une fois, le BGB semble concilier l'application de la *Widerrechtlichkeit* au comportement et la fonction réparatrice de la responsabilité aquilienne. L'application des deux paragraphes est déclenchée par un comportement *widerrechtlich*. L'exigence de dédommager la victime de l'acte d'une personne préposée par autrui ou d'un incapable, soumis à la surveillance d'un tiers, impose d'attribuer la dette réparatrice à un responsable indirect.

À cette fin, *in abstracto*, deux parcours logiques auraient été possibles dans l'optique du BGB. D'une part, ce code aurait pu attribuer l'obligation de *Schadenersatz* au commettant ou au surveillant sans engager leur responsabilité,

---

*ist zum Ersatz des Schadens verpflichtet, den diese Person einem dritten widerrechtlich zufügt. Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn er seiner Aufsichtspflicht genügt oder wenn der Schaden auch bei gehöriger Aufsichtsführung entstanden sein würde.*

*Die gleiche Verantwortlichkeit trifft denjenigen, welcher die Führung der Aufsicht durch Vertrag übernimmt ».*

<sup>997</sup> BGB § 840 Abs. 2 : « Ist neben demjenigen, welcher nach den §§ 831, 832 zum Ersatz des von einem Andern verursachten Schaden verpflichtet ist, auch der Andere für den Schaden verantwortlich, so ist in ihrem Verhältnisse zu einander der Andere allein, im Falle des § 829 der Aufsichtspflichtige verpflichtet ».

comme dans le cas du § 829 précédemment examiné. D'autre part, le BGB aurait pu avoir recours aux notions de *culpa in eligendo* et *in vigilando* pour imputer au commettant ou au surveillant la *Schuld* nécessaire à l'engagement de la responsabilité aquilienne de ces personnes.

Cette seconde option, que nous avons déjà rencontrée avant la modernité juridique<sup>998</sup>, fut choisie par le codificateur allemand. La *culpa in eligendo* du commettant et la *culpa in vigilando* de la personne chargée d'un devoir de vigilance sur un préposé ou un incapable fondent donc leur responsabilité aquilienne. Une partie de la doctrine a même exclu la nécessité qu'une faute puisse être identifiée dans le comportement du préposé pour que le § 831 s'applique<sup>999</sup>.

Nous employons ici les notions de *culpa in eligendo* et *in vigilando* au vu de la réglementation de l'exonération du commettant ou du surveillant de la responsabilité aquilienne qui pèse sur eux. Au sens des paragraphes 831 et 832, c'est en démontrant d'avoir diligemment accompli leurs devoirs qu'aucune *Schuld* ne pourra leur être imputée, ce qui exclut toute responsabilité. Pour résumer, l'absence de faute de la part du défendeur prime sur l'exigence de réparer le préjudice subi par la victime<sup>1000</sup>.

La conclusion que nous pouvons tirer de l'analyse de ces premiers éléments va dans le sens d'une sorte de cohabitation entre l'illicéité du comportement et la finalité réparatrice de la responsabilité aquilienne. L'exigence d'accorder une réparation (*Schadensersatz*) à la victime entraîne deux conséquences. D'une part, l'étendue de la réparation ne dépend pas de la nature de l'acte dommageable. D'autre part, même les personnes incapables pourraient être obligées vis-à-vis des victimes de leurs comportements préjudiciables, commis sans dol ni faute.

Néanmoins, la responsabilité aquilienne retenue par le BGB se fonde non pas sur l'injustice du dommage subi, mais sur l'illicéité du comportement du responsable. Par conséquent, l'incapable, dont l'acte dommageable ne peut pas être qualifié de

---

<sup>998</sup> V. *supra*, deuxième partie, ch. II, sect. 1, § 4 ; sect. 2, § 3.

<sup>999</sup> En ce sens, v. H. STOLL, « Zum Rechtsfertigungsgrund des verkehrsrichtigen Verhaltens », *JZ* 13 (1958), p. 137-143 ; E. VON CAEMMERER, *Wandlungen des Deliktsrechts*, Karlsruhe, Müller, 1964, p. 123-124 ; K. ZWEIGERT, H. KÖTZ, *op. cit.*, note 976, p. 329-330. Certes, la solution en question est favorable à la victime. Néanmoins, elle nous semble difficilement conciliable avec la nécessité, exprimée par le § 832, que le comportement du préposé soit *widerrechtlich*.

<sup>1000</sup> Pour ce motif, K. ZWEIGERT et H. KÖTZ (*ibid.*) rappellent que la jurisprudence allemande s'est montrée sévère dans l'évaluation de cette preuve libératoire.

*widerrechtlich*, pourra être tenu en vertu d'une obligation réparatrice *ex lege* mais sans engager sa responsabilité aquilienne. De même, la responsabilité du fait d'autrui peut être engagée uniquement si la personne chargée de choisir et surveiller son préposé ou de veiller sur le comportement d'un incapable a manqué à ces devoirs de manière au moins fautive.

Sur le plan de l'efficacité réparatrice de ce régime juridique, le critère de la *Widerrechtlichkeit* du comportement semble limiter le nombre de cas où la victime peut demander un dédommagement. Par conséquent, l'étude de la fonction de la responsabilité aquilienne retenue par le BGB nécessite d'autant plus l'analyse du préjudice lui-même, pour compléter le cadre nécessaire à formuler une conclusion adéquate.

## §2. Les caractéristiques du dommage

Dans l'introduction de la présente section, nous avons soutenu que les paragraphes 823 et 826 du BGB, où le principe de la responsabilité aquilienne trouve sa place, est moins général que articles 1382 et 1383 du Code Napoléon. Le *Gesetzbuch* de 1900 ne se réfère pas à la notion de dommage en termes généraux. En effet, dans le premier alinéa du § 823, l'acte préjudiciable est traité par l'emploi du verbe *verletzen* (violer), et le codificateur allemand se soucia d'identifier précisément les biens et valeurs qui font l'objet de cette violation. Les deux autres textes considérés, à savoir les paragraphes 823, second alinéa, et 826 limitent leur champ d'application moins sur le plan du dommage que sur celui du comportement, en appréhendant respectivement la violation d'une loi visant à la protection (*Schutzgesetz*) et l'acte contraire aux bonnes mœurs<sup>1001</sup>.

Venons donc au premier alinéa du § 823. Les biens juridiques citées dans la liste visent à engager la responsabilité aquilienne en cas d'atteinte dolosive ou fautive à l'intégrité physique (*Leben, Körper, Gesundheit, Freiheit*) ou patrimoniale (*Eigentum, ein sonstiges Recht*, c'est-à-dire les droits réels, la possession, le droit au nom, les propriétés intellectuelle et industrielle). Pour donner lieu à une obligation de réparation, la perte patrimoniale subie par la victime doit donc consister dans

---

<sup>1001</sup> V. *supra*, § 1.

l'atteinte à un droit absolu : le dommage purement économique, à savoir la diminution patrimoniale injuste mais non liée à la lésion de l'un des droits mentionnés, ne saurait engager aucune responsabilité aquilienne<sup>1002</sup>.

Cependant, d'autres normes contenues dans le titre *Unerlaubte Handlungen* envisagent spécifiquement certains chefs de préjudice. C'est le cas du § 824<sup>1003</sup>, qui s'occupe de la diffamation, et du § 825<sup>1004</sup>, qui envisage le harcèlement sexuel à l'égard d'une femme (*Frauensperson*). Les deux dispositions obligent l'auteur du comportement appréhendé à réparer le dommage. Néanmoins, à la différence de la seconde, la première (§ 824) précise que le préjudice considéré concerne les gains ou les progrès (*Erwerb oder Fortkommen*) perdus par la victime à cause de la diffusion d'informations inexacts, dont le responsable connaissait ou était censé connaître la fausseté.

Les paragraphes 843 à 846<sup>1005</sup> précisent la discipline du préjudice physique. Au sens du § 843, le responsable d'un dommage corporel qui porte atteinte à la capacité

---

<sup>1002</sup> En ce sens, K. ZWEIFERT, H. KÖTZ, *op. cit.*, note 976, p. 336-337 ; M. F. CURSI, *Danno, op. cit.*, note 34, p. 214-215. ZWEIFERT et KÖTZ (p. 340) dénoncent à ce propos la présence, après plusieurs décennies, de graves lacunes dans le régime mis en place par les paragraphes 823 et 826 : « *Schon in den knapp 70 Jahren seit dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches hat sich gezeigt, daß die erwähnten drei Deliktstatbestände erhebliche Lücken offengelassen haben* ».

<sup>1003</sup> BGB § 824 : « *Wer der Wahrheit zuwider eine Thatsache behauptet oder verbreitet, die geeignet ist, den Kredit eines Anderen zu gefährden oder sonstige Nachteile für dessen Erwerb oder Fortkommen herbeizuführen, hat dem Anderen den daraus entstehenden Schaden auch dann zu ersetzen, wenn er die Unwahrheit zwar nicht kennt, aber kennen muß.*

*Durch eine Mittheilung, deren Unwahrheit dem Mittheilenden unbekannt ist, wird dieser nicht zum Schadensersatz verpflichtet, wenn er oder der Empfänger der Mittheilung an ihr ein berechtigtes Interesse hat. ».*

<sup>1004</sup> BGB § 825 : « *Wer eine Frauensperson durch Hinterlist, durch Drohung oder unter Mißbrauch eines Abhängigkeitsverhältnisses zur Gestattung der außerehelichen Beibwohnung bestimmt, ist ihr zum Ersatze des daraus entstehenden Schadens verpflichtet* ».

<sup>1005</sup> BGB : « *§ 843. Wird in Folge einer Verletzung des Körpers oder der Gesundheit die Erwerbsfähigkeit des Verletzten aufgehoben oder gemindert oder tritt eine Vermehrung seiner Bedürfnisse ein, so ist dem Verletzten durch Entrichtung einer Geldrente Schadensersatz zu leisten.*

*Auf die Rente finden die Vorschriften des § 760 Anwendung. Ob in welcher Art und für welchen Betrag der Ersatzpflichtige Sicherheit zu leisten hat, bestimmt sich nach den Umständen.*

*Statt der Rente kann der Verletzte eine Abfindung in Kapital verlangen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt.*

*Der Anspruch wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß ein Anderer dem Verletzten Unterhalt zu gewähren hat.*

*§ 844. Im Falle der Tödtung hat der Ersatzpflichtige die Kosten der Beerdigung denjenigen zu ersetzen, welchem die Verpflichtung obliegt, diese Kosten zu tragen.*

*Stand der Getödtete zur Zeit der Verletzung zu einem Dritten in einem Verhältnisse, vermöge dessen er diesem gegenüber kraft Gesetzes unterhaltspflichtig war oder unterhaltspflichtig werden konnte, und ist dem Dritten in Folge der Tödtung das Recht auf den Unterhalt entzogen, so hat der Ersatzpflichtige dem Dritten durch Entrichtung einer Geldrente insoweit Schadensersatz zu leisten, als der Getödtete während der muthmaßlichen Dauer seines Lebens zur Gewährung des Unterhalts*

de travail (*Erwerbsfähigkeit*) de la victime sera débiteur d'une rente. Celle-ci est estimée selon le cas concret, mais la présence d'un autre débiteur d'aliments ne rentre pas en ligne de compte. Le paragraphe immédiatement suivant a pour objet le cas où le dommage consiste dans la mort de la victime : le responsable sera tenu des frais d'enterrement (*Kosten der Beerdigung*) et d'une rente aux personnes auxquelles la victime devait une prestation alimentaire, pour un temps calculé selon le critère de la *spes alimentorum*<sup>1006</sup>. Il en va de même, au sens du § 845, pour les personnes vis-à-vis desquelles la victime était obligée de rendre certains services dans leur famille (*Hauswesen*) ou leur entreprise (*Gewerbe*). Enfin, l'application des paragraphes 844 et 845 est limitée par la faute de la victime, comme le dispose le § 846.

Par rapport aux préjudices patrimoniaux qui dérivent d'une atteinte à l'intégrité physique, il y a donc lieu d'attester la remarquable ouverture du BGB à la réparation du dommage. En effet, en la matière, le code allemand de 1900 semble rechercher l'efficacité du dédommagement à partir de certains préceptes jusnaturalistes que nous retrouvons également chez des pandectistes comme Karl Friedrich Ferdinand Sintenis<sup>1007</sup> (1804-1868).

À partir de ces dispositions, nous pouvons donc conclure que le BGB accorde, en la matière, une primauté à la fonction réparatrice de la responsabilité aquilienne sur celle punitive. En effet, si le dommage a pour objet l'intégrité de la personne, quel que soit le comportement du responsable, le BGB se soucie de remettre en place le *status quo ante* à travers l'obligation aquilienne. Ceci est confirmé par le § 842<sup>1008</sup>, qui

---

*verpflichtet gewesen sein würde; die Vorschriften des § 843 Abs. 2 bis 4 finden entsprechende Anwendung. Die Ersatzpflicht tritt auch dann ein, wenn der Dritte zur Zeit Verletzung erzeugt, aber noch nicht geboren war.*

§ 845. *Im Falle der Tötung, der Verletzung des Körpers oder der Gesundheit sowie im Falle der Freiheitsentziehung hat der Ersatzpflichtige, wenn der Verletzte kraft Gesetzes einem Dritten zur Leistung von Diensten in dessen Hauswesen oder Gewerbe verpflichtet war, dem Dritten für die entgehenden Dienste durch Entrichtung einer Geldrente Ersatz zu leisten. Die Vorschriften des § 843 Abs. 2 bis 4 finden entsprechende Anwendung.*

§ 846. *Hat in den Fällen der §§ 844, 845 bei der Entstehung des Schadens, den der Dritte erleidet, ein Verschulden des Verletzten mitgewirkt, so finden auf den Anspruch des Dritten die Vorschriften des § 254 Anwendung».*

<sup>1006</sup> V. *supra*, ch. I, sect. 2, § 1.

<sup>1007</sup> K. F. F. SINTENIS, *Das practische gemeine Civilrecht*, 2, Leipzig, Bernhard Tauchnitz, 1868<sup>3</sup>, p. 774 (§ 125). V. à ce propos M. F. CURSI, *Danno*, *op. cit.*, note 34, p. 204.

<sup>1008</sup> BGB § 842 : « *Die Verpflichtung zum Schadensersatz wegen einer gegen die Person gerichteten unerlaubten Handlung erstreckt sich auf die Nachteile, welche die Handlung für den Erwerb oder das Fortkommen des Verletzten herbeiführt* ».

dispose la réparabilité du *lucrum cessans* en cas de préjudice contre la personne (*gegen die Person*).

Cette conclusion est supportée par la règle que le *Gesetzbuch* de 1900 dispose à propos de l'objet de l'obligation réparatrice. Le § 249<sup>1009</sup>, que nous retrouvons au premier titre de la première section du livre deuxième, s'occupe en général du contenu de l'obligation. Selon ce paragraphe, la dette de réparation du dommage consiste, en principe, à reconstituer le *status quo ante* en nature. La réparation par équivalent pécuniaire (*Geldbetrag*) peut être requise par le créancier pour le dommage occasionné à une personne ou un bien, et constitue la seule option dans des cas comme l'impossibilité ou l'insuffisance de la réparation en nature ou le coût disproportionné de cette dernière pour le responsable<sup>1010</sup>.

Ces normes manifestent le souci, de la part du codificateur allemand, d'attribuer la plus grande efficacité à l'obligation aquilienne, censée éliminer les conséquences préjudiciables du comportement illicite. La réparation pécuniaire peut être choisie par la victime, mais lui est impérativement accordée au cas où le dédommagement en nature serait inéquitable pour la victime ou pour le responsable. Pour la victime, cette iniquité coïncide avec une réparation non intégrale. Pour le responsable, il serait inéquitable de supporter un coût disproportionné par rapport au dommage causé, ce qui constituerait une punition à son égard.

Un tel cadre impose à l'observateur de rechercher en quelle mesure le code allemand de 1900 s'occupe des dommages moraux, que nous avons déjà rencontrés dans les codifications prussienne et autrichienne<sup>1011</sup>. À vrai dire, le BGB n'accorde pas généralement la réparation de ces chefs de préjudice<sup>1012</sup>, comme le démontre le

---

<sup>1009</sup> BGB § 249 : « *Wer zum Schadensersatz verpflichtet ist, hat den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Ist wegen Verletzung einer Person oder wegen Beschädigung einer Sache Schadensersatz zu leisten, so kann der Gläubiger statt der Herstellung den dazu erforderlichen Geldbetrag verlangen* ».

<sup>1010</sup> BGB § 251 : « *Soweit die Herstellung nicht möglich oder zur Entschädigung des Gläubigers nicht genügend ist, hat der Ersatzpflichtige den Gläubiger in Geld zu entschädigen* ».

<sup>1011</sup> V. *supra*, sect. 1, § 2.

<sup>1012</sup> Sur ce point, sur le plan du droit comparé, v. P. R. HANDFORD, « Moral Damage in Germany », *ICLQ* 27 (1978), p. 849-875, spéc. p. 852, 855 ; U. MAGNUS, « Damages for Non-Economic Loss: German Developments in a Comparative Perspective », *ICLQ* 39 (1990), p. 675-683. Sur le dommage moral dans le BGB, v. par ex. : G. WIESE, *Der Ersatz des Immateriellen Schaden*, Tübingen, Mohr, 1964, *passim* ; J. SIEVERS, *Das Schmerzensgeld. Ein Abriss über Begriff und Inhalt im deutschen und französischen Recht und unter Hinweis auf die wesentliche Rechtsprechung im italienischen Recht*, Karlsruhe, Verlag Versicherungswirtschaft e. V., 1967, *passim* ; J. KÖNDGEN, *Haftpflichtfunktionen*

§ 253, dans sa formulation originaire<sup>1013</sup>. La disposition en question limite la prise en compte des dommages non patrimoniaux (*nicht Vermögensschaden*) aux seuls cas prévus par la loi (*in den durch das Gesetz bestimmten Fällen*).

Dans la formulation originaire du BGB, les préjudices moraux sont pris en compte dans la responsabilité aquilienne en vertu du § 847<sup>1014</sup>. Ce dernier a été abrogé par une loi du 19 juillet 2002, et son contenu a été transféré au second alinéa du § 253<sup>1015</sup>.

La disposition en question s'occupe des atteintes au corps, à la santé et à la liberté, ainsi que des violences, tromperies et abus de pouvoirs à l'égard d'une femme. En ce cas, le paragraphe accorde à la victime un dédommagement pécuniaire équitable (*eine billige Entschädigung in Geld*) pour le préjudice qui n'est pas patrimonial (*nicht Vermögensschaden ist*). En principe, ce droit ne peut être ni cédé ni transmis aux héritiers, à moins qu'il n'ait été reconnu par un contrat ou qu'il n'ait été déduit en justice avant le décès du *de cuius*.

Un autre cas de réparation du dommage moral peut être trouvée au § 1300<sup>1016</sup>, abrogé en 1998<sup>1017</sup>. Cette disposition accorde le droit à la réparation du préjudice moral à la fiancée qui, après avoir eu des relations sexuelles avec son partenaire, a été

---

*und Immaterialschaden am Beispiel von Schmerzensgeld bei Gefährdungshaftung*, Berlin, Duncker & Humblot, 1976, p. 74-125.

<sup>1013</sup> BGB § 253 : « *Wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, kann Entschädigung in Geld nur in den durch das Gesetz bestimmten Fällen gefordert werden* ». Ce paragraphe est superposable à l'article 2059 du *Codice civile* italien de 1942 : à ce propos, v. *infra*, sect. 4.

<sup>1014</sup> BGB § 847 : « *Im Falle der Verletzung des Körpers oder der Gesundheit sowie im Falle der Freiheitsentziehung kann der Verletzte auch wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine billige Entschädigung in Geld verlangen. Der Anspruch ist nicht übertragbar und geht nicht auf die Erben über, es sei denn, daß er durch Vertrag anerkannt oder daß er rechtsbändig geworden ist. Ein gleicher Anspruch steht einer Frauensperson zu, gegen die ein Verbrechen oder Vergehen wider die Sittlichkeit begangen oder die durch Hinterlist, durch Drohung oder unter Mißbrauch eines Abhängigkeitsverhältnisses zur Gestattung der außerehelichen Beibwohnung bestimmt wird* ».

<sup>1015</sup> *Zweites Gesetz zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften* vom 19. Juli 2002, art. 2. Le § 253 contient désormais la disposition suivante à son second alinéa : « *Ist wegen einer Verletzung des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit oder der sexuellen Selbstbestimmung Schadensersatz zu leisten, kann auch wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine billige Entschädigung in Geld gefordert werden* ».

<sup>1016</sup> BGB § 1300 : « *Hat eine unbescholtene Verlobte ihrem Verlobten die Beibwohnung gestattet, so kann sie, wenn die Voraussetzungen des § 1298 oder des § 1299 vorliegen, auch wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine billige Entschädigung in Geld verlangen.*

*Der Anspruch ist nicht übertragbar und geht nicht auf die Erben über, es sei denn, daß er durch Vertrag anerkannt oder daß er rechtsbändig geworden ist* ».

<sup>1017</sup> *Gesetz zur Neuordnung des Eheschließungsrechts (Eheschließungsrechtsgesetz – EheschlRG)* vom 4. Mai 1998, art. 1.

abandonnée par celui-ci après les fiançailles. Ce droit est inaliénable et intransmissible sauf reconnaissance par contrat ou allégation en justice.

On observe ici un cas d'intransmissibilité active de l'obligation aquilienne : dans l'édition française que nous avons citée, le traducteur annote que « [c]e droit n'est pas cessible, pour éviter qu'il ne soit cédé à vil prix à des agents d'affaires qui empêchent toute transaction », et qu'« [o]n comprend moins qu'il ne soit pas transmissible<sup>1018</sup> ». Une clé de lecture pourrait justement dériver de la réflexion autour de la fonction de la responsabilité *ex damno*. En effet, encore une fois, il semble ici que le caractère strictement personnel de l'obligation réparatrice du point de vue de son créancier est lié à la recherche de l'efficacité du remède aquilien. Comme son nom en allemand l'indique, le préjudice moral (*nicht Vermögensschaden*) n'atteint pas la fortune (*Vermögen*) de la victime, mais uniquement sa personne. Dès lors, la réparation en nature étant impossible, la meilleure manière de rétablir le *status quo ante* est le fait d'accorder à la seule victime, et à personne d'autre, le droit à une somme d'argent équitablement estimée.

En conclusion, l'analyse des caractéristiques du dommage nous permet d'observer une prééminence nette de la fonction réparatrice dans le régime juridique des *unerlaubte Handlungen*: le BGB vise à la plus haute efficacité du dédommagement dans chaque cas d'espèce. En dépit du jugement d'illicéité du comportement, qui est nécessaire pour que la responsabilité aquilienne de son auteur soit engagée, le codificateur allemand est soucieux de rétablir la situation antérieure à la production du dommage. Ce but est poursuivi par la réparation en nature ou par la compensation pécuniaire strictement personnelle du préjudice moral.

À ce stade, comme de coutume, nous pouvons mentionner les deux derniers éléments de la responsabilité aquilienne que nous avons choisi d'étudier, pour compléter le cadre de sa fonction dans le BGB et formuler une conclusion générale à ce propos.

---

<sup>1018</sup> R. DE LA GRASSERIE, *op. cit.*, note 978, *sub* § 847 (p. 179 n. 4).



### §3. Responsabilité plurielle et transmissibilité passive de l'action

Il nous faut donc vérifier, dans le BGB, les régimes juridiques du dommage causé à plusieurs et de la transmissibilité passive de l'obligation réparatrice.

Le BGB s'occupe de la première de ces questions à son § 830<sup>1019</sup>. Ce paragraphe se borne à disposer que chacun (*jeder*) des coauteurs est responsable pour le dommage (*für den Schaden*). Le régime de cette obligation est complété par le premier alinéa du § 840<sup>1020</sup>, qui précise que ceux qui occasionnent un préjudice à plusieurs engagent leur responsabilité en tant que débiteurs solidaires (*als Gesamtschuldner*). La seule exception à ce principe est un cas particulier de responsabilité en matière de chasse, où chaque responsable répond dans la mesure de l'étendue de ses terrains<sup>1021</sup>. Faute de précisions ultérieures, la dette des responsables d'un seul dommage présente les caractéristiques de ce que nous avons qualifié de solidarité élective et non cumulative. En effet, le premier alinéa du § 426 dispose que, dans leurs rapports réciproques, chaque débiteur est tenu de sa part, et doit supporter avec les autres l'éventuel manque de contribution de l'un des codébiteurs<sup>1022</sup>.

Faute de dispositions spéciales, la transmissibilité passive de l'obligation aquilienne est également conforme au régime général mis en place par le codificateur allemand. Au sens du premier alinéa du § 1967<sup>1023</sup>, l'héritier répond des dettes de la succession.

En conclusion, l'étude de la fonction de la responsabilité aquilienne dans le *Bürgerliches Gesetzbuch* montre bien l'héritage culturel de l'école historique et des pandectistes. Le régime qui en résulte fait coexister, d'une part, l'illicéité du

---

<sup>1019</sup> BGB § 830 : « *Haben Mehrere durch eine gemeinschaftlich begangene unerlaubte Handlung einen Schaden verursacht, so ist jeder für den Schaden verantwortlich. Das Gleiche gilt, wenn sich nicht ermitteln läßt, wer von mehreren Beteiligten den Schaden durch seine Handlung verursacht hat. Anstifter und Gehülfen stehen Mitthätern gleich* ».

<sup>1020</sup> BGB § 840 Abs. 1 : « *Sind für den aus einer unerlaubten Handlung entstehenden Schaden Mehrere nebeneinander verantwortlich, so haften sie, vorbehaltlich der Vorschrift des § 835 Absatz 3, als Gesamtschuldner* ».

<sup>1021</sup> BGB § 835 Abs. 3 : « *Sind die Eigentümer der Grundstücke eines Bezirks zum Zwecke der gemeinschaftlichen Ausübung des Jagdrechts durch das Gesetz zu einem Verbands vereinigt, der nicht als solcher haftet, so sind sie nach dem Verhältnisse der Größe ihrer Grundstücke ersatzpflichtig* ».

<sup>1022</sup> BGB § 426 Abs. 1 : « *Die Gesamtschuldner sind im Verhältnisse zu einander zu gleichen Anteilen verpflichtet, soweit nicht ein Anderes bestimmt ist. Kann von einem Gesamtschuldner der auf ihn entfallende Vertrag nicht erlangt werden, so ist der Ausfall von den übrigen zur Ausgleichung verpflichteten Schuldner zu tragen* ».

<sup>1023</sup> BGB § 1967 Abs. 1 : « *Der Erbe haftet für die Nachlassverbindlichkeiten* ».

comportement en tant qu'élément essentiel de la responsabilité ; d'autre part, la finalité réparatrice de l'obligation *ex damno*. Sans évoquer le concept d'injustice du dommage, contrairement aux théories d'Aristote, de Thomas d'Aquin, de la seconde Scolastique et des jusnaturalistes, le code allemand de 1900 contient plusieurs dispositions par lesquelles l'effectivité de la réparation aux yeux de la victime est recherchée.

D'ailleurs, la cohabitation de l'appréhension du comportement illicite et de la fonction ouvertement réparatrice de la responsabilité aquilienne dans le BGB met en garde l'observateur. En effet, du point de vue méthodologique, il serait peu satisfaisant de ne s'attarder que sur la centralité du comportement ou du dommage pour déterminer la primauté de la finalité punitive ou réparatrice d'un certain régime juridique de la responsabilité *ex damno*.

C'est à la lumière de cet avertissement que nous pouvons étudier cette finalité dans la dernière des codifications que nous avons choisies de traiter : le *Codice civile* italien entré en vigueur le 21 avril 1942, en pleine seconde guerre mondiale.

#### **Section 4. La responsabilité aquilienne au XX<sup>e</sup> siècle : le *Codice civile* italien de 1942**

Une précision préliminaire est nécessaire : le *Codice* de 1942 n'est pas le premier code civil du royaume d'Italie, unifié en 1861. Cependant, la réglementation de la responsabilité aquilienne prévue par l'ancienne codification, promulguée en 1865, dérive d'une transposition des articles 1382 à 1386 du Code Napoléon qui confine à la traduction littérale :

*Codice civile del Regno d'Italia* (1865) : « 1151. *Qualunque fatto dell'uomo che arreca danno ad altri obbliga quello, per colpa del quale è avvenuto, a risarcire il danno.*

1152. *Ognuno è responsabile del danno che ha cagionato non solamente per un fatto proprio, ma anche per propria negligenza od imprudenza.*

1153. *Ciascuno parimente è obbligato non solo pel danno che cagiona per fatto proprio, ma anche per quello che viene arrecato col fatto delle persone delle quali deve rispondere, o colle cose che ha in custodia.*

*Il padre e in sua mancanza la madre sono obbligati pei danni cagionati ai figli minori abitanti con essi;*

*I tutori pei danni cagionati dai loro amministrati abitanti con essi;*

*I padroni ed i committenti pei danni cagionati dai loro domestici e commessi nell'esercizio delle incombenze alle quali li hanno destinati;*

*I precettori e gli artigiani pei danni cagionati dai loro allievi ed apprendenti nel tempo in cui sono sotto la loro vigilanza.*

*La detta responsabilità non ha luogo, allorché i genitori, i tutori, i precettori e gli artigiani provano di non aver potuto impedire il fatto di cui dovrebbero essere responsabili.*

1154. *Il proprietario di un animale o chi se ne serve, pel tempo in cui se ne serve, è obbligato pel danno cagionato da esso, tanto se si trovi sotto la sua custodia, quanto se siasi smarrito o sia fuggito.*

1155. *Il proprietario di un edificio è obbligato pe' danni cagionati dalla rovina di esso, quando sia avvenuta per mancanza di riparazione o per un vizio nella costruzione.*

1156. *Se il delitto o quasi-delitto è imputabile a più persone, queste sono tenute in solido al risarcimento del danno cagionato ».*

Les divergences de la réglementation connue par le Code de 1804 peuvent se résumer comme suit. Par rapport à l'article 1384 du Code civil des Français, le *Codice civile* de 1865 ajoute au troisième alinéa de l'article 1153 la responsabilité du tuteur pour les dommages occasionnés par la personne soumise à sa tutelle et habitant avec lui. Cette responsabilité suit le modèle de celle du père et, à défaut, de la mère pour les préjudices causés par leurs enfants mineurs. Ensuite, le code italien prévoit un article 1156 qui s'occupe de la responsabilité plurielle, contrairement au silence que la codification napoléonienne garde à ce propos<sup>1024</sup>.

Pour le reste, la responsabilité aquilienne de ce code reprend fidèlement le chapitre que le codificateur de 1804 avait consacré aux délits et aux quasi-délits. D'ailleurs, plusieurs codes civils promulgués dans la péninsule italienne avant l'unification avaient opté pour la traduction des dispositions napoléoniennes dans

---

<sup>1024</sup> Sur le débat doctrinal à propos de la responsabilité plurielle dans le Code Napoléon, v. *supra*, note 955. Sur la responsabilité plurielle dans le *Codice civile* de 1942, v. *infra*, § 3.

notre matière<sup>1025</sup>. À cette époque, la classe politique était composée pour la plupart de propriétaires fonciers, dont les intérêts devaient être protégés par la nouvelle codification<sup>1026</sup>. Dès lors, il nous semble possible de renvoyer, quant au *Codice* de 1865, aux conclusions formulées dans la deuxième section du présent chapitre.

Il ne s'agit cependant que du point de départ. L'importation d'un régime juridique conçu à l'étranger implique, pour le système qui l'accueille, l'acceptation du fond culturel au sein duquel il a été mis au point. C'est pourquoi l'adoption presque sans réserve de la responsabilité aquilienne du Code Napoléon n'avait pas rencontré une faveur unanime. Durant les travaux préparatoires du premier *Codice civile del Regno d'Italia*, la Cour de cassation de Milan<sup>1027</sup> manifesta sa préférence pour les solutions adoptées en Prusse et en Autriche, dont elle saluait la clarté et la richesse en détails. Au contraire, cette cour observa que le régime juridique d'inspiration napoléonienne laissait voie ouverte à l'arbitraire. En effet, plusieurs questions que la loi aurait pu résoudre étaient néanmoins laissées, dans le silence du code, à l'interprétation judiciaire : le laconisme du code, qui imite celui français, ne prévoit pas assez<sup>1028</sup>.

Une fracture bien plus profonde survint à partir des années 70 du XIX<sup>e</sup> siècle. D'une part, l'interprétation des règles importées d'outre Alpes était fortement influencée par les commentateurs français. D'autre part, la vaste majorité de la société italienne ne partageait pas la culture juridique individualiste et bourgeoise où le Code Napoléon avait vu le jour<sup>1029</sup>. L'approche exégétique et légicentriste était désormais vue comme une boue dont la science juridique devait sortir<sup>1030</sup> : la réponse devait être

---

<sup>1025</sup> V. à ce propos G. ALPA, « Dal Code civil al Codice civile del 1942 e ai progetti di ricodificazione », in *Id.*, G. CHIODI (dir.), *Il Progetto italo-francese delle obbligazioni (1927). Un modello di armonizzazione nell'epoca della ricodificazione*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 1-42 ; M. F. CURSI, *Danno*, *op. cit.*, note 34, p. 243.

<sup>1026</sup> En ce sens, G. ALPA, *op. cit.*, note 1025, p. 25-28.

<sup>1027</sup> Lors de l'unification italienne, quatre Cours de cassation étaient présentes à Florence, Naples, Palerme et Turin. La Cour de cassation de Rome fut instituée par décret du roi 2852 du 23 décembre 1875, après le transfert de la capitale. Par décret du roi 601 du 24 mars 1923, la Cour de cassation de Rome fut chargée de toutes les compétences jadis attribuées aux quatre Cours précédentes, qui furent, par conséquent, supprimées.

<sup>1028</sup> *Osservazioni della Corte di cassazione in Milano*, in *Lavori preparatori del Codice civile del Regno d'Italia*, 5, Roma, Stamperia Reale Ripamonti, 1890<sup>2</sup>, p. 5-77, spéc. p. 63-64 : « [i]l laconismo del nostro codice, imitato dal Francese, non provvede abbastanza ».

<sup>1029</sup> À ce propos, v. notamment G. CAZZETTA, *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico (1865-1914)*, Milano, Giuffrè, 1991, p. 141-219.

<sup>1030</sup> E. CIMBALI, *La nuova fase del diritto civile nei rapporti economici e sociali con proposte di riforma della legislazione civile vigente*, Torino, UTET, 1885, p. 5-6 : la doctrine italienne, « mal

recherchée dans une interprétation des règles tenant compte de l'évolution de la communauté de leurs destinataires<sup>1031</sup>.

Dans ce contexte, la responsabilité aquilienne est l'un des sujets principaux où le besoin de nouvelles interprétations fut ressenti. Des questions comme les accidents du travail ou les dommages occasionnés par l'administration publique révélèrent le caractère potentiellement inadéquat de la responsabilité aquilienne transposée du Code de 1804, et opposèrent les partisans du régime général aux promoteurs de règles spéciales<sup>1032</sup>.

Le fondement et la fonction de la responsabilité aquilienne furent remis en question à cette époque. Compte tenu des nouveaux problèmes, la doctrine s'occupa de l'efficacité réparatrice de la responsabilité, en abordant le problème de sa nature subjective ou objective. Le débat autour de cette question se développa à partir de deux auteurs principaux : Gian Pietro Chironi (1855-1918) et Giacomo Venezian (1861-1915).

Les premières lignes de l'ouvrage que Chironi consacra à la faute extracontractuelle suffisent à démontrer que sa thèse va dans le sens de la responsabilité pour *culpa*<sup>1033</sup>. Comme affirmé à propos du Code de 1804<sup>1034</sup>, le fait que la faute constitue le fondement de l'obligation aquilienne ne coïncide pas

---

*sapendo elevarsi dal pantano di una esegesi grettamente servile, ci mette nella dolorosa condizione di non poter sostenere dignitosamente la solida concorrenza di altre colte nazioni* ».

<sup>1031</sup> Le précurseur de ce mouvement fut Pellegrino ROSSI (1787-1848), qui dénonça le vieillissement progressif du Code civil dans ses « Observations sur le droit civil français considéré dans ses rapports avec l'état économique de la société » (*in Id., Mélanges d'économie politique, d'histoire et de philosophie*, 2, Paris, Guillaumin, 1857, p. 1-23. V. ensuite, *ex plurimis*, G. VADALÀ-PAPALE, *Il Codice civile italiano e la scienza*, Napoli, Domenico Morano, 1881, *passim* ; P. COGLIOLO, *La teoria dell'evoluzione darwinistica nel diritto privato*, Camerino, Tipografia Savini, 1882, *passim* : l'auteur applique la théorie évolutionniste à la science du droit ; T. CUTURI, « Delle recenti discussioni sul metodo nello studio del diritto civile italiano », *AG* 39 (1887), p. 269-309 ; G. MOLTENI, « I nuovi orizzonti del diritto civile », *RISDA* 26 (1901), p. 375-394 ; E. GIANTURCO, « Gli studi di diritto civile e la questione del metodo in Italia », *in Id., Opere giuridiche*, Roma, La libreria dello Stato, 1947, p. 3-19.

<sup>1032</sup> Pour un aperçu détaillé du débat, v. G. CAZZETTA, *op. cit.*, note 1029, p. 164-219.

<sup>1033</sup> G. P. CHIRONI, *La colpa nel diritto civile odierno. Colpa extra-contrattuale (Aquiliana)*, 1, Roma-Torino-Firenze, Bocca, 1886, p. 1 : « *la colpa obbliga l'autore del danno ad indennizzare il danneggiato. Ecco il principio* ». Une seconde édition de cet ouvrage fut publiée en 1903 et 1906 : à cette occasion, l'auteur put adapter sa réflexion aux inévitables modifications du contexte normatif survenues deux décennies après la parution de la première édition, notamment la loi 80 du 17 mars 1898, ayant pour objet les accidents de travail. Néanmoins, comme G. CAZZETTA (*op. cit.*, note 1029, p. 222-223) le remarque à juste titre, « *il lavoro di Chironi deve essere collocato nel clima e nelle preoccupazioni degli anni Ottanta* » : les idées capitales présentées dans la première édition, où Chironi mit au point sa conception de la *culpa*, restèrent inchangées.

<sup>1034</sup> V. *supra*, sect. 2.

forcément avec la fonction punitive de la responsabilité. En même temps, si cette dernière est subjective, la dette réparatrice revêt une charge authentiquement morale : c'est à cause de sa négligence que l'auteur du dommage est tenu de le réparer<sup>1035</sup>. Dès lors, le défendeur peut s'exonérer de la responsabilité en démontrant que le préjudice qu'il a occasionné dépend d'une force majeure ou d'un cas fortuit. Selon Chironi, tant dans la responsabilité contractuelle que dans celle aquilienne<sup>1036</sup>, la faute est un concept équivalent à celui d'*iniuria* : la négligence viole un droit de la victime et le responsable sera tenu de la dédommager<sup>1037</sup>. Le lecteur remarquera la cohérence de cette théorie avec les notions d'*iniuria* et *culpa* retenues par la jurisprudence romaine classique, que nous avons mentionnées plus haut<sup>1038</sup>. Remarquons au passage que ceci est conforme à l'approche que Chironi propose dans la préface à son ouvrage : l'auteur préconise une étude des normes inspirée des sources du droit romain, pour enfin affranchir la science juridique italienne de la dépendance à la doctrine française<sup>1039</sup>.

Ensuite, Chironi observe que le fait d'attribuer à la faute le rôle de fondement de l'obligation aquilienne n'est pas toujours satisfaisant. En effet, dans une pluralité de situations, l'exigence de réparer le dommage serait mise à mal par la recherche à tout prix d'une *culpa*. Il s'agit, par exemple, de la responsabilité de l'employeur du fait des accidents de travail subis par ses salariés. À ce propos, l'auteur remarque que, lorsque la blessure du travailleur est la conséquence d'un cas fortuit, la simple présomption de faute à la charge du titulaire de l'entreprise ne profite pas à la victime<sup>1040</sup>. Il en va de même pour la responsabilité du fait d'autrui : à côté de la notion traditionnelle de responsabilité aquilienne subjective, Chironi présente la notion d'obligation de garantie (*garantia od obbligo di garantire*<sup>1041</sup>). Celle-ci dérive du rôle d'une personne tel que perçu par le public par rapport à une chose ou à une

---

<sup>1035</sup> G. P. CHIRONI, *op. cit.*, note 1033, p. 6.

<sup>1036</sup> Sur ce point, v. *ibid.*

<sup>1037</sup> *Op. ult. cit.*, p. 18.

<sup>1038</sup> V. *supra*, note 391.

<sup>1039</sup> G. P. CHIRONI, *La colpa nel diritto civile odierno. Colpa contrattuale*, Roma-Torino-Firenze, Bocca, 1884, p. v-xi.

<sup>1040</sup> *Id.*, *Della responsabilità dei padroni e della garanzia contro gli infortunii del lavoro*, Siena, Torrini, 1884, p. 5-6 et *passim*.

<sup>1041</sup> Un regard approfondi sur la théorie de la *garantia* est présenté par Chironi dans la seconde édition de son ouvrage sur la faute extracontractuelle : *Id.*, *La colpa nel diritto civile odierno. Colpa extracontrattuale*, 2, Torino, Bocca, 1906<sup>2</sup>, p. 112-304. L'auteur applique cette notion à la responsabilité du fait d'autrui, des choses, des animaux, des bâtiments en ruine.

autre personne. Par exemple, dans le cas d'un accident de la route impliquant un tramway, ce n'était pas en raison de sa faute personnelle que la société propriétaire du véhicule devait être tenue de réparer le dommage. En revanche, la réparation était due car l'activité du mécanicien chargé de la conduite de la voiture était perçue comme étant propre à cette entreprise aux yeux des usagers<sup>1042</sup>. Dans pareil cas, l'existence d'une obligation de garantie pesant sur le responsable indirect constitue une interprétation apparemment plus convaincante que la présomption d'une *culpa in eligendo* ou *in vigilando*. Pourtant, selon Chironi, il n'existe aucune responsabilité objective : en tant que telle, la responsabilité aquilienne nécessite l'élément subjectif de la faute. Celle-ci peut être présumée, mais ne peut pas être éliminée : une obligation réparatrice qui se constitue sans *culpa* ne saurait être qualifiée de véritable responsabilité<sup>1043</sup>.

C'est à partir de ce point que nous pouvons évoquer la divergence entre cette théorie et l'étude de Venezian. L'ouvrage que nous considérons ici est *Danno e risarcimento fuori dai contratti*<sup>1044</sup>. C'est déjà dans le titre choisi par l'auteur que nous pouvons constater une particularité. En effet, Giovanni Cazzetta remarque que si la faute était le pilier de la recherche de Chironi, les points de départ de la construction de Venezian sont le dommage et la réparation<sup>1045</sup>. Ceci révèle une approche orientée dès le début vers l'attribution à la responsabilité aquilienne d'une fonction de rééquilibrage patrimonial.

Sur cette base, la théorie que Venezian soutient est inédite. Contrairement au droit pénal, dont les fonctions identifiées par l'auteur sont la prévention générale (*prevenzione generale*) et la prévention individuelle (*prevenzione specifica*)<sup>1046</sup>, la responsabilité aquilienne n'appréhende pas un comportement spécifique, mais son effet. Autrement dit, la gravité de deux actes qui produisent un préjudice de la même gravité est égale<sup>1047</sup>. Dès lors, d'après Venezian, le lien causal entre le comportement

---

<sup>1042</sup> *Id.*, commentaire au jugement du préteur de Rome, audience du 17 décembre 1912, *Foro it.* 38-1 (1912), c. 903-911, spéc. c. 904-907.

<sup>1043</sup> *Id.*, *op. cit.*, note 1041, p. 118-120. G. CAZZETTA (*op. cit.*, note 1029, p. 254-263) lie l'élaboration de la théorie de la *garantia* à l'exigence d'expliquer la loi de 1898 sur les accidents de travail (v. *supra*, note 1033).

<sup>1044</sup> G. VENEZIAN, « Danno e risarcimento fuori dai contratti », in *Id.*, *Opere giuridiche*, 1, Roma, Athenaeum, 1907, p. 1-342.

<sup>1045</sup> G. CAZZETTA, *op. cit.*, note 1029, p. 266.

<sup>1046</sup> G. VENEZIAN, *op. cit.*, note 1044, p. 67.

<sup>1047</sup> *Op. ult. cit.*, p. 68.

de l'agent et le résultat dommageable suffit à fonder l'obligation réparatrice : autrement dit, cet auteur promeut une responsabilité objective<sup>1048</sup>.

Venezian s'inspire de Jhering, selon lequel les punitions les plus archaïques du droit romain n'étaient pas infligées à cause d'une faute, mais se fondaient sur la seule injustice objective (*wissentliches Unrecht*<sup>1049</sup>). Sur cette base, Venezian soutient que la prise en compte de l'élément subjectif dérive d'un ajout ultérieur (*innesto posteriore*<sup>1050</sup>) dans le système juridique. Par conséquent, il construit une théorie de la responsabilité basée sur deux éléments constitutifs : le *torto dannoso*, c'est-à-dire le fait dommageable qui donne lieu à l'obligation réparatrice<sup>1051</sup>, et le lien de causalité qui lie – notons-le bien – le dommage à sa réparation<sup>1052</sup>.

Le résultat est le principe de la responsabilité objective. Selon Venezian, il ne faut pas prendre en compte la volonté de l'agent pour engager sa responsabilité. Le rétablissement de l'ordre perturbé par le fait dommageable est accompli dès lors que son auteur en subit l'effet juridique, qui consiste dans l'obligation de réparer<sup>1053</sup>. Le corollaire de ce principe est une nouvelle conception du rapport entre le patrimoine et le dommage. Selon Venezian, l'affirmation selon laquelle l'on répond du dommage avec son patrimoine mérite d'être corrigée : c'est le patrimoine lui-même qui répond du préjudice<sup>1054</sup>.

La cohérence logique de l'exposé est l'un des premiers soucis de Venezian, et c'est sur ce terrain que cet auteur critique la conception traditionnelle de la responsabilité pour faute. D'une part, il trouve quasiment impossible d'expliquer la

---

<sup>1048</sup> *Op. ult. cit., passim.*

<sup>1049</sup> R. VON JHERING, *op. cit.*, note 38, p. 14. Sur la punition dans la période archaïque, v. *supra*, première partie, ch. 1, sect. 1.

<sup>1050</sup> G. VENEZIAN, *op. cit.*, note 1044, p. 78.

<sup>1051</sup> *Op. ult. cit.*, p. 32.

<sup>1052</sup> *Op. ult. cit.*, p. 40.

<sup>1053</sup> *Op. ult. cit.*, p. 42 : « *Il diritto e il torto sono una realtà oggettiva sociale. Non dipende dalla volontà del soggetto, dell'individuo, la modificazione della sfera giuridica di altri individui. Non è quindi alla volontà di uno che si deve risalire per determinare la sua responsabilità. Non solo le sue azioni involontarie, non solo i movimenti coscienti e incoscienti che provengono dalla sua disposizione fisica, fisiologica e psichica, ma tutto il movimento delle cose, su cui la sua attività si estende, e che sono ordinate in modo da recargli un vantaggio, può impedire il legittimo svolgimento di un'altra attività. Come, se questo impedimento si può prevenire, egli è obbligato a rimuoverne la causa, così, se è avvenuto, deve compensare il danno che ne viene ad altri. La causa naturale del torto deve coincidere col suo effetto giuridico, e in questo modo avviene il ristabilimento dell'ordine giuridico turbato. La responsabilità, intesa nel suo più ampio significato, è la conseguenza generale del torto per chi ne è causa* ».

<sup>1054</sup> *Op. ult. cit.*, p. 43. Sur ce point, v. aussi G. CAZZETTA, *op. cit.*, note 1029, p. 294-300.



responsabilité de l'État ou, plus généralement, des personnes morales, par la théorie de la *culpa*<sup>1055</sup>. Les mêmes difficultés se présentent à propos de la responsabilité qui pèse sur les incapables pour les actes dommageables qu'ils commettent<sup>1056</sup>. D'autre part, Venezian applique le principe de la responsabilité objective là où Chironi avait dû avoir recours à la notion de *garantia*. C'est notamment le cas de la responsabilité de l'employeur pour les accidents de travail subis par ses salariés. Selon Venezian, le patron n'a souvent pas le choix entre un moyen dangereux et une alternative sûre. Par conséquent, la nécessité qu'il supporte le risque de l'emploi d'une machine ou d'une procédure périlleuse relève du sens commun (*sentimento comune*). Si un accident se produit dans un tel contexte, la théorie de la faute serait mise à mal par le fait que tout employeur aurait opéré le même choix. En revanche, l'application rigide du principe de la responsabilité objective ne charge pas l'employeur de prévoir l'imprévisible, mais fait peser sur lui le risque lié à l'activité : il casse, il paie<sup>1057</sup> !

L'importance de ce débat doctrinal est capitale dans notre étude. Loin de constituer un problème purement théorique, la question de la fonction de la responsabilité aquilienne semble guider l'évolution juridique italienne de 1865 à 1942<sup>1058</sup>.

Ce processus fut marqué, en 1927, par le projet franco-italien d'un Code des obligations et des contrats<sup>1059</sup>, élaboré par une commission paritaire présidée par le romaniste Vittorio Scialoja (1856-1933). Selon ce dernier, l'intention à la base du projet était de rétablir l'unité à travers le droit après le fléau de la première guerre mondiale<sup>1060</sup>, qui constitue l'étape finale de l'émiettement de l'unité juridique du *ius commune*. L'un des premiers problèmes que la réunification par le droit est tenue de traiter, explique-t-il au cours d'une conférence donnée en 1918, est le régime des

---

<sup>1055</sup> G. VENEZIAN, *op. cit.*, note 1044, p. 100 : « *Non saprei davvero immaginare, con quale portentoso sforzo d'ingegno si potrebbe dare un'apparenza scientifica alla responsabilità dello Stato, come applicazione del principio: nessuna responsabilità senza colpa* ».

<sup>1056</sup> *Op. ult. cit.*, p. 101.

<sup>1057</sup> *Op. ult. cit.*, p. 280-281.

<sup>1058</sup> Venezian préconise lui-même une réforme du droit de la responsabilité aquilienne qui vise à corriger la discipline à la lumière du principe de la responsabilité objective : en ce sens, v. *op. ult. cit.*, p. 97-112, spéc. p. 110.

<sup>1059</sup> *Projet de code des obligations et des contrats : texte définitif approuvé à Paris en Octobre 1927 = Progetto di codice delle obbligazioni e dei contratti testo definitivo approvato a Parigi nell'ottobre 1927*, Paris, Imprimerie Nationale, 1929 = Paris, Panthéon-Assas, 2015.

<sup>1060</sup> V. notamment V. SCIALOJA, « L'intesa giuridica fra l'Italia e la Francia », *Riv. dir. civ.* 10 (1918) = *Id.*, *Studi giuridici*, 4, Roma, Anonima Romana Editoriale, 1933, p. 191-199.

actes juridiques passés par les ressortissants de pays différents. Scialoja mit donc en exergue l'importance d'un cadre normatif partagé en matière d'obligations et de contrats, en raison du développement des rapports économiques et commerciaux<sup>1061</sup>.

Le projet vit le jour un peu moins d'une décennie après. La responsabilité aquilienne y est traitée aux articles 74 à 85<sup>1062</sup>, dans une section dont l'intitulé est

---

<sup>1061</sup> *Op. ult. cit.*, p. 194-199. V. aussi S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, Giuffrè, 1964, p. 13-16 ; G. ALPA, M. BESSONE, *La responsabilità civile*, Milano, Giuffrè, 1976, p. 149-166 ; G. CHIODI, « "Innovare senza distruggere": il progetto italo-francese di Codice delle obbligazioni e dei contratti (1927) », in O. TROIANO, G. RIZZELLI, M. N. MILETTI, *Harmonisation Involves History? Il diritto privato europeo al vaglio della comparazione e della storia*, Milano, Giuffrè, 2004 = G. ALPA, G. CHIODI (dir.), *op. cit.*, note 1025, p. 43-146, spéc. p. 47-53.

<sup>1062</sup> Projet de Code des obligations et des contrats : « 74. Toute faute qui cause un dommage à autrui oblige celui qui l'a commise à le réparer.

Doit également réparation celui qui a causé un dommage à autrui en excédant, dans l'exercice de son droit, les limites fixées par la bonne foi ou par le but en vue duquel ce droit lui a été conféré.

75. L'incapable est obligé par ses actes illicites, pourvu qu'il ait agi avec discernement.

76. En cas de dommage causé par une personne privée de discernement, si la victime n'a pu obtenir réparation de celui qui est tenu de la surveillance, les juges peuvent, en considération de la situation des parties, condamner l'auteur du dommage à une indemnité équitable.

77. N'est pas responsable celui qui cause un dommage à autrui pour sa légitime défense ou celle d'un tiers.

Celui qui cause un dommage à autrui pour se préserver lui-même ou pour protéger un tiers d'un dommage imminent et beaucoup plus grave, n'est tenu à réparation que dans la mesure que le juge estime équitable.

78. Lorsque le fait de la victime a contribué à causer le dommage, l'obligation de le réparer est diminuée dans la mesure où la victime y a contribué.

79. Le père, la mère à son défaut, le tuteur sont responsables du dommage causé par le fait illicite des enfants mineurs habitant avec eux.

Les instituteurs et les artisans sont responsables du dommage causé par le fait illicite de leurs élèves et apprentis pendant le temps qu'ils sont sous leur surveillance. Toutefois la responsabilité de l'État est substituée à celle des membres de l'enseignement public.

La responsabilité de ces personnes est engagée à moins qu'elles ne prouvent qu'elles n'ont pu empêcher le fait qui donne lieu à cette responsabilité ; elle subsiste, encore que l'auteur de l'acte soit irresponsable pour défaut de discernement.

80. Les maîtres et les commettants sont responsables pour le dommage causé par le fait illicite de leurs domestiques et préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés.

81. Le propriétaire d'un animal, ou celui qui s'en sert, pendant qu'il est à son usage, est responsable du dommage que l'animal a causé, soit qu'il fût sous sa garde, soit qu'il fût égaré ou échappé, à moins qu'il ne soit prouvé que l'accident a été causé par la faute de la victime ou par le fait d'un tiers, ou par un cas fortuit ou de force majeure.

82. On est responsable du dommage causé par les choses que l'on a sous sa garde, à moins qu'il ne soit prouvé que le dommage a été causé par la faute de la victime ou par le fait d'un tiers, ou par cas fortuit ou de force majeure.

Toutefois, celui qui détient, à un titre quelconque, tout ou partie de l'immeuble ou des biens mobiliers dans lesquels un incendie a pris naissance, n'est pas responsable, vis-à-vis des tiers, des dommages causés par cet incendie, que s'il est prouvé que l'incendie doit être attribué à sa faute ou à la faute des personnes dont il est responsable.

83. Le propriétaire d'un bâtiment est responsable du dommage causé par sa ruine, à moins qu'il ne prouve qu'elle n'est arrivée ni par suite de défaut d'entretien, ni par un vice de sa construction.

84. Lorsque plusieurs personnes sont responsables du même fait dommageable, elles sont obligées solidairement à la réparation du dommage.

« Des actes illicites ». Cette formulation, qui rappelle les *unerlaubte Handlungen* prévus par les codes germaniques<sup>1063</sup>, n'est que l'un des éléments qui montrent une convergence entre le projet de 1927 et les codes des systèmes germanophones, notamment le BGB. Ceci est bien visible dans le rapport sur le projet, où le *Gesetzbuch* de 1900 constitue le premier terme de comparaison en matière d'actes illicites<sup>1064</sup>.

La lecture des articles mis au point par la commission paritaire en matière d'actes illicites confirme cette influence. Tout comme dans les codes de 1804 et de 1865, l'axe de la responsabilité aquilienne, à partir de l'article 74 du projet, est la faute. Les pressions doctrinales vers un système de responsabilité objective ne furent donc pas accueillies<sup>1065</sup>. Dans le rapport sur le projet, la commission souligne que la même approche avait été suivie par le BGB, où la majorité des hypothèses de responsabilité aquilienne se fondent sur la faute de l'agent. Cependant, à la différence du code allemand, l'article 74 établit un principe très général de responsabilité pour faute, auquel s'ajoute l'obligation de réparer le dommage occasionné par l'abus de son propre droit<sup>1066</sup>.

Autour du noyau constitué par la responsabilité pour faute, le projet franco-italien prévoit plusieurs hypothèses où « quelques dérogations au principe rigide qu'il

---

Celui qui a payé la totalité du dommage a un recours contre chacun des autres pour une part qui sera fixée par le juge d'après la gravité de la faute commise par chacun. S'il est impossible de déterminer le degré de responsabilité de chacun des auteurs, la répartition se fera par parts viriles.

85. L'obligation de réparation s'étend à tout dommage matériel ou moral causé par l'acte illicite. Le juge peut, notamment, allouer une indemnité à la victime en cas de lésion corporelle, d'atteinte à son honneur, à sa réputation, ou à celle de sa famille, à sa liberté personnelle, de violation de son domicile ou d'un secret l'intéressant.

Le juge peut également allouer une indemnité aux parents, alliés ou conjoint en réparation de la douleur éprouvée en cas de mort de la victime ».

<sup>1063</sup> V. *supra*, sect. 1 et 3.

<sup>1064</sup> *Rapport sur le projet d'un code des obligations et contrats commun à la France et à l'Italie*, in G. ALPA, G. CHIODI, *op. cit.*, note 1025, p. 170-329, spéc. p. 228-235 (§ 16).

<sup>1065</sup> Si G. Venezian, cité dans les pages précédentes, est considéré comme le pionnier de cette théorie dans la doctrine italienne, les chercheurs français qui promeuvent le dépassement du critère de la faute ne manquent pas : v. à cet égard R. SALEILLES, *Les accidents de travail et la responsabilité civile. Essai d'une théorie objective de la responsabilité délictuelle*, Paris, Rousseau, 1897, *passim*, spéc. p. 3-8 ; G. RIPERT, R. TESSEIRE, « Essai d'une théorie générale de l'enrichissement sans cause », *RTD civ.* 3 (1904), p. 727-796, spéc. p. 741 ; L. MICHEL, « La responsabilité civile des patrons envers leurs ouvriers en cas d'accidents et la loi du 9 avril 1898 », *RCLJ* 30 (1901), p. 592-613, spéc. p. 606. Sur le rapport entre ces théories et le projet de 1927, v. R. SAVATIER, « La responsabilità da delitto nel Diritto francese e nel Progetto italo-francese di un Codice delle Obligazioni », *Ann. dir. comp. st. leg.* 4-5 (1930) = G. ALPA, G. CHIODI, *op. cit.*, note 1025, p. 839-863.

<sup>1066</sup> Sur les questions soulevées par la notion d'abus de droit à laquelle le second alinéa de l'article 74 du projet fait référence, v. *op. ult. cit.*, p. 845-847. V. aussi G. ALPA, M. BESSONE, *op. cit.*, note 1061, p. 162-166.

n'y a pas de responsabilité sans faute<sup>1067</sup> » sont apportées. D'une part, il s'agit de la responsabilité qui pèse sur le commettant du fait de son préposé, que l'article 80 du projet récupère des articles 1384 n. 3 du Code Napoléon et 1153 n. 3 *Codice civile*<sup>1068</sup>. D'autre part, nous nous référons à l'obligation réparatrice qui pèse sur la personne incapable pour le dommage qu'elle a produit, « lorsqu'il a été impossible d'en obtenir la réparation<sup>1069</sup> » de ceux qui étaient chargés de sa surveillance. Ici, l'influence du § 829 du BGB<sup>1070</sup>, ainsi que de leurs homologues dans les codes prussien<sup>1071</sup> et autrichien<sup>1072</sup>, est ressentie tant dans le contenu de la norme que dans son inspiration, c'est-à-dire l'équité jusnaturaliste qui avait animé les rédacteurs de l'ALR et de l'ABGB plus d'un siècle avant la publication du projet.

À ce propos, dans le rapport sur le projet, la commission admet que les contradictions internes furent résolues par l'acceptation de « ce cas de responsabilité objective, en remettant toutefois à la prudence du juge le soin d'allouer à la victime une indemnité fixée en considération de la condition des parties<sup>1073</sup> ». C'est donc à juste titre que René Savatier met l'accent sur le principe d'équité à la base de la réparation disposée par l'article 76 du projet. Cependant, l'auteur (ainsi que le traducteur Roberto Ago) emploie le vocable *risarcimento* dans son étude portant sur la section en question<sup>1074</sup>. Or, il semble que le choix terminologique de l'article 76 (*equa indennità*, indemnité équitable) n'est pas le fruit du hasard. En effet, il a été précisé à plusieurs reprises que la notion d'indemnité, que nous retrouvons plusieurs fois dans la responsabilité aquilienne du code de 1942<sup>1075</sup>, désigne la réparation d'un dommage occasionné par un comportement non contraire au droit<sup>1076</sup>. L'influence du BGB est à nouveau visible : la codification allemande exclut la *Widerrechtlichkeit* du comportement dommageable de l'incapable mais crée une obligation réparatrice à sa

---

<sup>1067</sup> *Rapport, op. cit.*, note 1064, p. 231.

<sup>1068</sup> À ce propos, R. SAVATIER (*op. cit.*, note 1065, p. 860-861) remarque que le projet ajoute à la formulation en vigueur, qui ne fait référence qu'au vocable « fait », l'adjectif « illicite ». Si l'interprétation était déjà consolidée en ce sens – précise l'auteur – le projet a le mérite de clarifier ce point au niveau du texte de la disposition codifiée.

<sup>1069</sup> *Rapport, op. cit.*, note 1064, p. 231.

<sup>1070</sup> *V. supra*, note 992.

<sup>1071</sup> ALR I.6 § 41-44, *v. supra*, note 839.

<sup>1072</sup> ABGB § 1308-1310, *v. supra*, note 841.

<sup>1073</sup> *Rapport, op. cit.*, note 1064, p. 233.

<sup>1074</sup> R. SAVATIER, *op. cit.*, note 1065, p. 862.

<sup>1075</sup> *Codice civile* (1942), articles 2044, 2045, 2047.

<sup>1076</sup> En ce sens, *v. A. DE CUPIS, Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, Milano, Giuffrè, 1979<sup>3</sup>, p. 25-38 ; R. SCOGNAMIGLIO, « Indennità », *NNDI* 8 (1968) = *Id., Scritti giuridici*, 1, Padova, CEDAM, 1996, p. 313-317.

charge lorsque la *Billigkeit* le requiert. De même, au sens du projet franco-italien, l'incapable qui cause un dommage est tenu de réparer le préjudice uniquement en raison de l'équité et non pas à cause de l'illicéité de son acte.

En plus de ces cas de responsabilité objective, nous observons certaines hypothèses où le projet de 1927 met en place une présomption de faute à la charge du responsable. Il s'agit des articles 79, 81, 82 alinéa 1<sup>er</sup> et 83, qui portent respectivement sur la responsabilité du fait d'autrui (sauf celle qui incombe sur les maîtres et commettants), des animaux, des choses, des bâtiments en ruine. Ces dispositions posèrent de nombreux problèmes en doctrine, notamment à l'aune de la jurisprudence française<sup>1077</sup>. Parmi ces points, il nous intéresse de remarquer que les preuves libératoires requises par ces quatre dispositions sont plus lourdes que celle de la simple absence d'une faute. Cette sévérité met en place une responsabilité « pour risque créé » : la personne qui se sert d'une chose apte à produire des dommages doit se charger de leur réparation, ce qui compense le profit qu'elle obtient de l'utilisation de cette chose<sup>1078</sup>. C'est l'esprit des lois française<sup>1079</sup> et italienne<sup>1080</sup> sur les accidents de travail, les deux datant de 1898. Plus généralement, il s'agit d'une nouvelle conception de la responsabilité aquilienne, qui s'apparente à la théorie de Thomasius<sup>1081</sup>.

Nous pouvons donc affirmer que, dans le projet de 1927, la fonction réparatrice de la responsabilité aquilienne reste le point de départ. La tradition française de la réparation du dommage causé par une faute, exportée dans le code de 1865, fut développée et affinée par la commission paritaire, qui recherchait une meilleure efficacité au profit de la victime.

À ce propos, l'article 84 du projet, qui traite de la responsabilité plurielle, est quasiment surprenant. Après le paiement de la réparation à la victime par l'un des responsables solidaires, les rapports de contribution à la dette peuvent être fixés par le juge en considération de la « gravité de la faute de chacun », non pas de la

---

<sup>1077</sup> Pour une analyse détaillée de ces questions, v. R. SAVATIER, *op. cit.*, note 1065, p. 850-860.

<sup>1078</sup> *Op. ult. cit.*, p. 853.

<sup>1079</sup> Loi du 9 avril 1898 concernant les responsabilités des accidents dont les ouvriers sont les victimes dans leur travail, *JO* 99 (10 avril 1898), p. 2209-2212.

<sup>1080</sup> V. *supra*, note 1033.

<sup>1081</sup> V. *supra*, ch. I, sect. 2, § 3.

participation causale de chaque coauteur à la production du dommage<sup>1082</sup>. Nous pouvons supposer que ceci soit dû tant à la difficulté du calcul de cette participation qu'à l'arrière-fond culturel allemand. Rappelons à ce propos que, dans le BGB, la finalité réparatrice de la responsabilité aquilienne coexiste avec le jugement sur le comportement dommageable.

Venons donc au *Codice civile* actuellement en vigueur, promulgué par décret du roi n. 262 du 16 mars 1942, en pleine seconde guerre mondiale. Il y a lieu de situer ce code à la fin de la modernité juridique. En effet, il convient d'attribuer à la période suivante le nom de « post-modernité juridique ». Cette dernière se caractérise par le recul de la loi étatique, qui a désormais perdu sa primauté en tant qu'expression de la volonté du peuple en faveur de nouvelles sources du droit<sup>1083</sup> (notamment les Constitutions rigides et les systèmes supranationaux).

Le régime de la responsabilité aquilienne que le *Codice civile* met en place à partir de son article 2043 reflète tant l'influence de la centralité de la faute, associée au comportement, que celle de la notion de *Widerrechtlichkeit*, qui se réfère au dommage, à la différence du BGB.

*Codice civile* 1942, art. 2043 : « *Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno* »

« Tout fait dolosif ou fautif, qui cause à autrui un dommage injuste, oblige celui qui a commis ce fait à réparer le dommage ».

Si la fonction de la responsabilité aquilienne sera traitée de manière plus approfondie dans les trois subdivisions suivantes, nous pouvons anticiper dès à présent que, par l'expression *danno ingiusto*, le *Codice* de 1942 déplace le centre de la responsabilité aquilienne du comportement vers le dommage. Ceci permet de faire

---

<sup>1082</sup> Il convient ici de rappeler le débat doctrinal entre Zeiller et Nippel à propos du régime de la contribution à la dette mis en place par l'ABGB : v. *supra*, note 853.

<sup>1083</sup> V., *ex plurimis*, F. TERRÉ, « La « crise de la loi » », *APD* 25 (1980), p. 17-28 ; J. RIVERO, « Fin d'un absolutisme », *Pouvoirs*, 13 (1991), p. 5-15 ; N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, Laterza, 2004, *passim* ; M. FIORAVANTI, « Fine o metamorfosi? », in P. ROSSI, *op. cit.*, note 676, p. 53-62 ; P. ALBERTINI, *op. cit.*, note 676, *passim* ; P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2015, p. IX et *passim*.

coexister le principe de la faute avec la possibilité d'appliquer la théorie de la responsabilité objective à toutes les hypothèses où l'obligation aquilienne pèse sur la personne qui introduit un risque dans la communauté<sup>1084</sup>. Comme l'affirme Pietro Trimarchi, la présence simultanée du comportement dolosif ou fautif et du *danno ingiusto* permet de construire un système qui se rapproche, avec une bonne approximation, de la cohérence parfaite<sup>1085</sup>.

### §1. L'évaluation du comportement

Examinons donc ce système à partir du comportement dommageable appréhendé par le code italien de 1942, pour en identifier la fonction punitive ou compensatrice au fur et à mesure de notre analyse.

Concernant l'acte dommageable, nous pouvons affirmer que le débat doctrinal qui se développa entre la fin du XIX<sup>e</sup> et le début du XX<sup>e</sup> siècle fut transposé dans le régime de la responsabilité aquilienne mis en place par le *Codice* de 1942. En effet, au sein du titre *Dei fatti illeciti*, nous pouvons observer la coexistence de dispositions qui renvoient au modèle de la *culpa* et de règles qui appliquent la théorie de la responsabilité pour risque.

Sans doute, l'article 2043 met en place une responsabilité subjective. En effet, l'obligation qui a pour objet la réparation du dommage injuste trouve son fondement dans tout fait où l'élément subjectif du dol ou de la faute est présent (*qualunque fatto doloso o colposo*). Au tournant de la promulgation du code et dans les décennies immédiatement postérieures, la doctrine italienne s'est longuement attardée sur la notion de faute (*colpa*) en droit civil. Strictement liée à la contrariété au droit du

---

<sup>1084</sup> P. TRIMARCHI, *op. cit.*, note 17, p. 55-56 ; R. SCOGNAMIGLIO, « Responsabilità per colpa e responsabilità oggettiva », in *Studi in memoria di Andrea Torrente*, 2, Giuffrè, Milano, 1968 = *Id.*, *Scritti, op. cit.*, note 1076, p. 395-415, spéc. p. 401 ; *Id.*, « Appunti sulla nozione di danno », in *Studi in onore di Gioacchino Scaduto*, Padova, CEDAM, 1969 = *Id.*, *op. ult. cit.*, p. 505-520, spéc. p. 516-519 ; A. DE CUPIS, *op. cit.*, note 1076, p. 141-167. V. aussi, plus récemment, M. BARCELLONA, *Trattato del danno e della responsabilità civile*, Milano, UTET, 2011, p. 37-38.

<sup>1085</sup> P. TRIMARCHI, *op. cit.*, note 17, p. 56 : « *il sistema positivo permette di applicare la responsabilità oggettiva a tutte le ipotesi più rilevanti di rischio organizzato, e può essere costruito in modo da realizzare un notevole grado di approssimazione a un sistema del tutto coerente* ».

comportement<sup>1086</sup>, la *colpa* ne saurait faire abstraction d'une composante éthique : elle consiste dans l'élément psychologique reprochable (*riprovevole*) du comportement dommageable<sup>1087</sup>.

La recherche d'une signification strictement juridique plutôt que morale de la notion de faute<sup>1088</sup> déboucha sur deux courants fondamentaux<sup>1089</sup>. Il s'agit, d'une part, d'une conception « normative », selon laquelle la faute est présente lorsque le comportement est contraire au droit<sup>1090</sup>. D'autre part, selon une notion « psychologique », la faute existe lorsque le fait dommageable, mais non pas le dommage, est présent dans l'esprit de l'agent<sup>1091</sup>.

Au fil du temps, une définition hybride entre ces deux pôles fut adoptée. Tout d'abord, pour que la faute puisse être retenue, il faut que l'agent fût en mesure de prévoir les conséquences dommageables de son comportement (*rappresentazione, prevedibilità*) et d'éviter la production du préjudice<sup>1092</sup> (*evitabilità*). Cela étant, il faut que l'auteur du dommage ait agi sans éviter une conséquence préjudiciable que le *bonus pater familias* n'aurait pas occasionnée, ou que, par son comportement préjudiciable, il ait enfreint une loi, un règlement, ou une norme *lato sensu*<sup>1093</sup>.

Toute tentative d'étude systématique de la notion de *colpa* serait inappropriée dans ces pages. Cependant, la teneur de l'article 2043 et la très brève digression que nous venons d'effectuer nous permettent d'identifier quelques éléments saillants qui font diverger la nouvelle responsabilité italienne du système prévu dans le Code civil de 1804 et dans la codification italienne en vigueur jusqu'en 1942. D'une part, la formulation de l'article 2043 et l'intitulé du titre IX « *Dei fatti illeciti* » nous montrent

---

<sup>1086</sup> V. à cet égard G. CIAN, *Antigiuridicità e colpevolezza. Saggio per una teoria della responsabilità civile*, Padova, CEDAM, 1966, p. 169-271.

<sup>1087</sup> A. DE CUPIS, *op. cit.*, note 1076, p. 139-142, spéc. p. 140. En ce sens, v. aussi P. FORCHIELLI, *Responsabilità civile. Lezioni raccolte a cura del Dott. Alberto Villani*, 1, Padova, CEDAM, 1968, p. 74-76 ; G. ALPA, M. BESSONE, *op. cit.*, note 1061, p. 196-199.

<sup>1088</sup> L'exigence d'une telle définition fut mise en exergue, avant l'entrée en vigueur du code de 1942, par S. O. CASCIO (*Teoria della responsabilità per colpa. Osservazioni critiche*, Milano, Giuffrè, 1938, p. 16-19).

<sup>1089</sup> G. ALPA, M. BESSONE, *op. cit.*, note 1061, p. 200-201.

<sup>1090</sup> Pour un aperçu approfondi sur la conception « normative » de la *colpa*, v. C. MAJORCA, « Colpa civile (teoria gen.) », *EdD* 7 (1960), p. 534-614, spéc. p. 535-569.

<sup>1091</sup> *Op. ult. cit.*, p. 569 : l'auteur rejette immédiatement les « *dottrine che esauriscono nelle caratterizzazioni psicologiche la definizione della colpa* » : « *non poche sono le contraddizioni e le oscurità di queste dottrine tradizionali* ».

<sup>1092</sup> *Op. ult. cit.*, p. 569-574.

<sup>1093</sup> V. en ce sens R. SCOGNAMIGLIO, « *Responsabilità civile* », *NNDI* 15 (1968), p. 628-657 = *Id.*, *op. cit.*, note 1076, p. 319-374, spéc. p. 339.



que la distinction entre délits et quasi-délits, formulée sur la base de l'élément subjectif<sup>1094</sup>, fut supprimée dans le *Codice civile* de 1942<sup>1095</sup>. En second lieu, la *culpa levissima*, qui suffisait à engager la responsabilité aquilienne sous le régime juridique précédent<sup>1096</sup>, fut abandonnée par le code de 1942. Le nouveau critère fait référence aux qualités professionnelles de l'agent, mais se réfère tout de même à la diligence moyenne. Cette dernière est la seule connue par ce code, et la diligence professionnelle n'en constitue qu'une adaptation aux circonstances concrètes<sup>1097</sup>.

Dès lors, à l'aune de l'intitulé *Dei fatti illeciti*, il nous faut nous demander s'il est possible d'unifier toutes les hypothèses de responsabilité aquilienne sous une notion commune d'illicéité, axée sur la faute. Une réponse positive reconduirait l'observateur vers la notion traditionnelle de responsabilité pour faute : presque tous les *damna iniuriā* dépendent de cet élément subjectif, qui doit être prouvé ou est présumé, et les cas de responsabilité objective sont relégués au rang d'exceptions<sup>1098</sup>. Cette théorie ne semble pas défendable. D'une part, les cas où l'ordre juridique déclenche l'obligation réparatrice dépendent désormais de l'injustice du dommage et non pas du comportement. D'autre part, la faute n'est plus le seul fondement de la responsabilité aquilienne dans le *Codice* de 1942<sup>1099</sup>.

Il en dérive que la notion d'*illecito* dans l'intitulé du titre IX du quatrième livre du *Codice* de 1942 est directement liée à la fonction de la responsabilité aquilienne : de manière générale, les faits qui entraînent une obligation de dédommagement sont

---

<sup>1094</sup> V. par ex. : G. PACCHIONI, *Elementi di diritto civile*, Torino, UTET, 1916, p. 313-314.

<sup>1095</sup> V. *Relazione della Commissione Reale al progetto del libro «Obbligazioni e contratti», in Codice civile. Quarto libro. Obbligazioni e contratti. Progetto e relazione*, Roma, Istituto poligrafico dello Stato, 1936, p. 24 ; A. DE CUPIS, *op. cit.*, note 1076, p. 143.

<sup>1096</sup> S. O. CASCIO, *op. cit.*, note 1088, p. 19. Sur la *culpa levissima* dans le Code civil de 1804, v. *supra*, note 912.

<sup>1097</sup> En ce sens, v. P. FORCHIELLI, *op. cit.*, note 1087, p. 93-98. Tant la diligence du bon père de famille que celle professionnelle peuvent être retrouvées aux deux alinéas de l'article 1176 du *Codice civile* de 1942, qui fait référence à l'exécution des obligations : « *Nell'adempiere l'obbligazione il debitore deve usare la diligenza del buon padre di famiglia.*

*Nell'adempimento delle obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale, la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata* ».

<sup>1098</sup> M. FRANZONI, « Dei fatti illeciti. Art. 2043-2059 », in F. GALGANO (dir.), *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca*, Bologna, Zanichelli, 1993, p. 79-80 ; v. aussi la deuxième édition du même ouvrage (Bologna, Zanichelli, 2020), p. 30-34. Le fondement de la responsabilité pour *colpa*, affirme l'auteur, est la violation d'un devoir préexistant, qui a pour objet *alterum non laedere*. V. à ce propos S. PUGLIATTI, « Alterum non laedere. Il diritto positivo e le dottrine moderne », *EdD* 2 (1958), p. 98-108.

<sup>1099</sup> M. FRANZONI, *op. cit.*, note 1098, p. 80.

qualifiés d'*illiciti*<sup>1100</sup>. Il est donc temps de préciser notre aperçu à propos de cette finalité réparatrice à travers l'étude des cas de responsabilité objective, fondée sur la notion de risque.

Comme l'affirme à juste titre Giuseppe Tucci, la notion de risque est un critère économique, qui désigne une situation dont un dommage peut dériver selon une probabilité moyenne. Le fait d'engager la responsabilité sans faute de la personne qui exerce une activité dangereuse implique que la réparation du dommage qui dérive de l'exercice de cette activité se transforme en un poste de dépense, grâce au contrat d'assurance stipulé en amont par l'entrepreneur<sup>1101</sup>.

Certes, nous pouvons affirmer que le recours à ce type de responsabilité a une fonction préventive : la responsabilité objective peut viser à promouvoir le développement technologique et la réduction subséquente des événements dommageables<sup>1102</sup>. Toutefois, si nous suivons notre raisonnement à partir de la tension entre les fonctions punitive et réparatrice de l'obligation aquilienne, nous concluons que les victimes sont les plus efficacement protégées par ce système.

Attardons-nous sur les hypothèses de ce type que le code de 1942 prévoit, à commencer par les articles 2049<sup>1103</sup> et 2054<sup>1104</sup>, quatrième alinéa. Au sens de la première de ces dispositions, les maîtres et commettants (*i padroni e i committenti*) sont responsables pour les dommages produits par le fait illicite (*fatto illecito*) de leurs domestiques et préposés (*domestici e commessi*) dans l'exécution des tâches dont

---

<sup>1100</sup> *Op. ult. cit.*, p. 81. Toutefois, C. SALVI (« Responsabilità extracontrattuale (dir. vig.) », *EdD* 39 (1988), p. 1186-1265, spéc. p. 1190) met en garde sur « *la scarsa utilità di una figura generale dell'illecito civile, costruita astraendo dalle specifiche tecniche di tutela attivabili contro i fatti lesivi: variano infatti i presupposti, oggettivi e soggettivi, che il fatto deve presentare perché possa darsi luogo alle differenti forme di protezione degli interessi lesi* ».

<sup>1101</sup> G. TUCCI, « Responsabilità civile e danni ingiusti », in N. LIPARI, *Diritto privato. Una ricerca per l'insegnamento*, Bari, Laterza, 1974, p. 457-525, spéc. p. 507-508.

<sup>1102</sup> *Ibid.*

<sup>1103</sup> *Codice civile* 1942, art. 2049 : « *I padroni e i committenti sono responsabili per i danni arrecati dal fatto illecito dei loro domestici e commessi nell'esercizio delle incombenze a cui sono adibiti* ».

<sup>1104</sup> *Codice civile* 1942, art. 2054 : « *Il conducente di un veicolo senza guida di rotaie è obbligato a risarcire il danno prodotto a persone o cose dalla circolazione del veicolo, se non prova di aver fatto tutto il possibile per evitare il danno.*

*Nel caso di scontro tra veicoli si presume, fino a prova contraria, che ciascuno dei conducenti abbia concorso ugualmente a produrre il danno subito dai singoli veicoli.*

*Il proprietario del veicolo o, in sua vece, l'usufruttuario o l'acquirente con patto di riservato dominio, è responsabile in solido col conducente, se non prova che la circolazione del veicolo è avvenuta contro la sua volontà.*

*In ogni caso le persone indicate dai commi precedenti sono responsabili dei danni derivanti da vizi di costruzione o da difetto di manutenzione del veicolo ».*

ces derniers sont chargés. Quant à lui, le quatrième alinéa de l'article 2054 dispose que le conducteur, le propriétaire, l'usufruitaire ou le bénéficiaire d'une clause de réserve de propriété sur un véhicule qui ne se déplace pas sur des rails sont en tout cas (*in ogni caso*) responsables pour les dommages qui dérivent d'un vice de construction ou d'entretien de l'engin. Puisqu'aucune preuve libératoire pour les catégories visées n'est admise, ce qui exclut une présomption de faute<sup>1105</sup>, la responsabilité que ces deux dispositions mettent en place est objective. Autrement dit, elle répond à l'exigence de garantir à la victime une réparation de son préjudice en toutes circonstances.

Plus précisément, la responsabilité pour faute impose d'analyser le comportement dommageable du responsable pour en reconstruire l'élément subjectif. Si la faute en question fait l'objet d'une présomption irréfutable, il devient possible de se désintéresser du comportement et d'accorder une réparation à chaque fois qu'un dommage se produit, de manière quasiment automatique. Le fonctionnement et la finalité de cette responsabilité aquilienne sont donc superposables à des hypothèses de responsabilité objective.

Nous pourrions nous demander comment qualifier les hypothèses qui laissent au responsable la possibilité d'apporter une preuve libératoire. Le code civil italien de 1942 en connaît plusieurs. C'est le cas de l'article 2050<sup>1106</sup>, qui engage la responsabilité de celui qui cause un préjudice dans l'exercice d'une activité dangereuse (*nello svolgimento di un'attività pericolosa*). Pour se libérer, il doit prouver qu'il a adopté toutes les mesures appropriées pour éviter le dommage.

Une activité dangereuse particulière, dont la responsabilité aquilienne est réglée dans le *Codice civile*, est la circulation routière. À ce propos, l'article 2054<sup>1107</sup> permet au conducteur du véhicule de s'exonérer s'il prouve qu'il a fait tout son possible pour éviter le dommage. De même, le propriétaire, l'usufruitaire ou le bénéficiaire d'une

---

<sup>1105</sup> L'exclusion d'une présomption de faute ne fut pas immédiatement admise en doctrine et jurisprudence. V. à cet égard P. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1975<sup>2</sup>, p. 116-119 ; G. ALPA, M. BESSONE, *op. cit.*, note 1061, p. 259-275. La mémoire de ce débat est gardée dans les manuels les plus récents : v. par ex. : A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, a cura di F. Anelli e C. Granelli, Milano, Giuffrè, 2021<sup>25</sup>, p. 925-927 ; A. TRABUCCHI, G. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Milano, CEDAM, 2022, p. 1435-1458.

<sup>1106</sup> *Codice civile* 1942, art. 2050 : « *Chiunque cagiona danno ad altri nello svolgimento di un'attività pericolosa, per sua natura o per la natura dei mezzi adoperati, è tenuto al risarcimento, se non prova di avere adottato tutte le misure idonee a evitare il danno* ».

<sup>1107</sup> V. *supra*, note 1104.

réserve de propriété peuvent se libérer uniquement en démontrant que le véhicule circulait contre leur volonté. Ensuite, les articles 2051 et 2052<sup>1108</sup>, qui règlent respectivement la responsabilité du fait des choses et celle du fait des animaux, admettent seule la preuve du cas fortuit (*caso fortuito*) pour exonérer le responsable de l'obligation aquilienne. Enfin, au sens de l'article 2053<sup>1109</sup>, le propriétaire d'un bâtiment est responsable des dommages produits par sa ruine, sauf s'il prouve que cet événement n'est pas dû à un défaut d'entretien (*difetto di manutenzione*) ou à un vice de construction (*vizio di costruzione*) de l'immeuble.

Nous avons déjà précisé que le fait que ces dispositions laissent une possibilité d'exonération, aussi petite soit-elle, impose à l'observateur de s'interroger sur la nature subjective ou objective de ces hypothèses de responsabilité. Si la responsabilité qui n'admet aucune preuve libératoire peut aisément être qualifiée d'objective, ici nous pourrions nous demander si la responsabilité engagée est objective ou s'il ne s'agit que d'un ensemble de présomptions de faute. Une lecture des travaux préparatoires<sup>1110</sup> nous permettrait de conclure que toute responsabilité objective fut bannie par les rédacteurs du code de 1942. Le principe selon lequel la responsabilité aquilienne est subjective aurait donc acquis le rang de norme de principe<sup>1111</sup>. Néanmoins, il a été remarqué qu'une responsabilité qui est exclue par la plus haute diligence, voire par le seul cas fortuit, perd ce qui est essentiel à la notion de faute généralement adoptée<sup>1112</sup>. En doctrine, l'ancienne réticence à reconnaître la présence de cas de responsabilité objective dans la codification italienne de 1942 subit une

---

<sup>1108</sup> *Codice civile* 1942 : « 2051. Ciascuno è responsabile del danno cagionato dalle cose che ha in custodia, salvo che provi il caso fortuito.

2052. Il proprietario di un animale o chi se ne serve per il tempo in cui lo ha in uso, è responsabile dei danni cagionati dall'animale, sia che fosse sotto la sua custodia, sia che fosse smarrito o fuggito, salvo che provi il caso fortuito ».

<sup>1109</sup> *Codice civile* 1942, art. 2053 : « Il proprietario di un edificio o di altra costruzione è responsabile dei danni cagionati dalla loro rovina, salvo che provi che questa non è dovuta a difetto di manutenzione o a vizio di costruzione ».

<sup>1110</sup> G. PANDOLFELLI, G. SCARPELLO, M. STELLA RICHTER, G. DALLARI, *Codice civile. Libro delle obbligazioni illustrato con i lavori preparatori e disposizioni di attuazione e transitorie*, Milano, Giuffrè, 1942, p. 676-692.

<sup>1111</sup> Ceci fut accueilli par une partie de la doctrine. V. à ce propos, par ex. : D. BARBERO, « Criterio di nascita e criteri di propagazione della responsabilità per fatto illecito », *Riv. dir. civ.* 6 (1960), p. 572-592 = *Studi in onore di Biondo Biondi*, 4, Milano, Giuffrè, 1965, p. 1-30.

<sup>1112</sup> P. TRIMARCHI, *op. cit.*, note 17, p. 19. Sur le débat doctrinal autour de cette question, v. l'aperçu présenté par G. ALPA et M. BESSONE, (*op. cit.*, note 1061, p. 259-272) : « perde ciò che è essenziale al concetto di «colpa» così come esso viene generalmente inteso ».

véritable inversion de tendance, que nous pouvons remarquer jusque dans les manuels de droit privé<sup>1113</sup>.

Cependant, si nous en étudions la fonction, l'importance d'affirmer qu'un certain cas de responsabilité est objectif ou prévoit une présomption de faute est limitée. Partant, demandons-nous si le souci de simplifier l'obtention de la réparation de la part des victimes était présent à l'esprit du codificateur italien de 1942.

Ce législateur appliqua le principe dit d'exposition au danger (*principio di esposizione al pericolo*<sup>1114</sup>). Selon celui-ci, la personne qui produit un danger, à cause de son activité ou d'une chose, un animal ou un bâtiment en ruine qui lui appartient, doit réparer les dommages qui dérivent de ce danger, peu importe qu'il ait commis ou non une faute.

À ceci, nous devons ajouter le problème de la responsabilité du fait d'un incapable, qu'il s'agisse d'un mineur ou d'un majeur dépourvu de la capacité de discernement. À cet égard, l'article 2047<sup>1115</sup> dispose que si un dommage est causé par une personne incapable de discernement (*persona incapace di intendere e di volere*), la réparation incombe sur celui qui est chargé de sa surveillance (*il risarcimento è dovuto da chi è tenuto alla sorveglianza dell'incapace*), sauf s'il prouve qu'il n'a pas pu empêcher l'acte préjudiciable. L'auteur du dommage peut lui-même être condamné au vu des conditions économiques des parties (*in considerazione delle condizioni*

---

<sup>1113</sup> À cet égard, le manuel d'Andrea Torrente et Piero Schlesinger est emblématique. Dans les plus anciennes éditions (v. par ex. : A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1968<sup>7</sup>, p. 605), les auteurs précisent que « *la cosiddetta responsabilità oggettiva, che prescinde dalla colpa e dal dolo [...], non è ammessa in via generale nel nostro ordinamento* ». À partir de la huitième édition de l'ouvrage, qui date de 1974, les auteurs admirent l'existence de la responsabilité objective et la validité des théories qui la promouvaient : *Id.*, *Manuale di diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1974<sup>8</sup>, p. 644-648.

<sup>1114</sup> Sur cette théorie, dite *principio di esposizione al pericolo*, v., *ex plurimis*, E. BONVICINI, *La responsabilità per i danni nel diritto delle obbligazioni*, Milano, Giuffrè, 1963, p. 171-200 ; M. COMPORTI, *Esposizione al pericolo e responsabilità civile*, Napoli, Morano, 1965, p. 176-187 ; p. 291-295.

<sup>1115</sup> *Codice civile* 1942, art. 2047 : « *In caso di danno cagionato da persona incapace di intendere o di volere, il risarcimento è dovuto da chi è tenuto alla sorveglianza dell'incapace, salvo che provi di non aver potuto impedire il fatto.*

*Nel caso in cui il danneggiato non abbia potuto ottenere il risarcimento da chi è tenuto alla sorveglianza, il giudice, in considerazione delle condizioni economiche delle parti, può condannare l'autore del danno a un'equa indennità* ».

*economiche delle parti*). Dans ce cas, tout comme dans le projet franco-italien de 1927<sup>1116</sup>, son obligation aura pour objet une indemnité équitable (*equa indennità*).

Les travaux préparatoires<sup>1117</sup> nous permettent d'observer deux éléments à propos de cet article.

En premier lieu, ce texte fut repris du paragraphe 829 du BGB<sup>1118</sup>, qui établit un principe déjà connu par les codifications prussienne et autrichienne<sup>1119</sup>. Ceci nous permet de renvoyer, quant à la fonction de cette responsabilité, aux réflexions menées à propos des dispositions homologues dans ces codes.

Remarquons au passage qu'une présomption de faute est visible dans la responsabilité qui incombe sur le surveillant de la personne incapable<sup>1120</sup>. En effet, si la preuve libératoire a pour objet l'impossibilité d'empêcher le comportement dommageable au moment où l'incapable a agi, celui qui était chargé de la surveillance est présumé avoir omis de retenir l'incapable alors qu'il était en mesure de le faire, ce qui semble constituer un comportement fautif.

En second lieu, examinons l'obligation réparatrice qui peut peser directement sur l'incapable. À plusieurs reprises, les travaux préparatoires font référence à la solidarité sociale. De plus, le texte codifié contient expressément l'idée d'équité dans l'objet de la condamnation qui peut viser le coupable. C'est pourquoi Marco Comporti propose même de situer l'indemnité équitable en question en dehors du domaine de la responsabilité objective. En effet, elle semble répondre au principe d'accorder une certaine réparation à la victime<sup>1121</sup> en tout cas, sans aucune exception. L'emploi du vocable *indennità* au lieu de *risarcimento* confirmerait ceci. Plus précisément, il ne s'agirait pas d'une responsabilité objective à proprement parler, puisque l'obligation qui peut peser sur l'incapable ne relèverait même pas de la responsabilité aquilienne : aucune contrariété au droit n'est identifiable dans le fait

---

<sup>1116</sup> Nous nous référons à l'article 76 du projet : v. *supra*, note 1062.

<sup>1117</sup> G. PANDOLFELLI, G. SCARPELLO, M. STELLA RICHTER, G. DALLARI, *op. cit.*, note 1110, p. 680-682. Pour une synthèse des travaux préparatoires des articles 2047 et 2048, v. M. F. CURSI, *Danno, op. cit.*, note 34, p. 276-281.

<sup>1118</sup> V. *supra*, note 992.

<sup>1119</sup> V. *supra*, sect. 1, § 1.

<sup>1120</sup> V., en ce sens, M. F. CURSI, *Danno, op. cit.*, note 34, p. 275.

<sup>1121</sup> M. COMPORI, *Fatti illeciti. Le responsabilità presunte (artt. 2044-2048)*, in F. D. BUSNELLI, *Il Codice civile. Commentario*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 199.

dommageable en question<sup>1122</sup>. Le fondement de cette indemnité serait donc la seule appréciation équitable que le juge peut opérer. La conclusion de cet auteur mérite d'être partagée. En effet, la notion d'indemnité équitable est similaire à l'objet de l'obligation qui pèse sur les incapables au sens du BGB<sup>1123</sup>, et que le code allemand de 1900 se soucie d'exclure du domaine de la responsabilité aquilienne. Ce n'est donc que dans le but d'assurer la réparation du dommage que le législateur italien de 1942 prévoit cette obligation, qui dérive de la seule équité.

La matière de la responsabilité du fait d'autrui est complétée par l'article 2048<sup>1124</sup>. Au sens de cette disposition, les père et mère sont ensemble<sup>1125</sup> responsables du dommage causé par le fait illicite (*danno cagionato dal fatto illecito*) de leurs enfants mineurs non émancipés ou des personnes soumises à leur tutelle, qui habitent avec eux. La même disposition s'applique au tuteur et à celui qui est chargé de la garde d'un enfant (*affiliante*). Les précepteurs et instituteurs sont responsables des dommages causés par le fait illicite de leurs élèves ou apprentis pendant le temps où ils sont sous leur surveillance (*nel tempo in cui sono sotto la loro vigilanza*). Ces personnes s'exonèrent de leur responsabilité uniquement s'ils prouvent qu'ils n'ont pas pu empêcher le fait préjudiciable.

La question de savoir si la responsabilité en question, notamment celle des parents, est subjective ou objective a fait l'objet d'un débat doctrinal et jurisprudentiel encore inachevé<sup>1126</sup>, dont nous nous limitons à observer les deux orientations principales. D'une part, la responsabilité mise en place dans l'article 2048 a été qualifiée de subjective. La faute présumée est une *culpa in vigilando* pour les mineurs incapables de discernement et tant *in vigilando* qu'*in educando* (faute dans

---

<sup>1122</sup> V. *supra*, note 1076.

<sup>1123</sup> V. *supra*, sect. 3, § 1.

<sup>1124</sup> *Codice civile* 1942, art. 2048 : « *Il padre e la madre, o il tutore, sono responsabili del danno cagionato dal fatto illecito dei figli minori non emancipati o delle persone soggette alla tutela, che abitano con essi. La stessa disposizione si applica all'affiliante.*

*I precettori e coloro che insegnano un mestiere o un'arte sono responsabili del danno cagionato dal fatto illecito dei loro allievi e apprendisti nel tempo in cui sono sotto la loro vigilanza.*

*Le persone indicate dai commi precedenti sono liberate dalla responsabilità soltanto se provano di non aver potuto impedire il fatto* ». Sur l'articulation entre les articles 2046, 2047 et 2048, v. R. SCOGNAMIGLIO, « Responsabilità per fatto altrui », *NNDI* 15 (1968), p. 691-700 = *Id.*, *op. cit.*, note 1076, p. 443-462, spéc. p. 448-455.

<sup>1125</sup> V. à ce propos G. PANDOLFELLI, G. SCARPELLO, M. STELLA RICHTER, G. DALLARI, *op. cit.*, note 1110, p. 682-683.

<sup>1126</sup> Pour un aperçu de la question, ainsi que pour une bibliographie en la matière, v. M. F. CURSI, *Danno*, *op. cit.*, note 34, p. 274-281, 294-299.

l'éducation) pour les mineurs capables<sup>1127</sup>. Si nous suivons cette théorie, en présence d'un dommage causé par un mineur capable de discerner, la preuve libératoire devrait avoir pour objet, outre la vigilance, le fait d'avoir bien élevé son enfant<sup>1128</sup>. Plusieurs points de cette théorie ont été critiqués. En premier lieu, il est pratiquement impossible d'apporter de telles preuves. En deuxième lieu, un tel régime n'est pas conforme à la nécessité d'accorder un espace de liberté au mineur proche de l'âge de la majorité. En troisième lieu, cette théorie transforme une preuve négative (l'impossibilité d'empêcher le fait) en une preuve positive (l'éducation et la vigilance)<sup>1129</sup>.

D'autre part, il a été proposé de qualifier cette responsabilité d'objective : d'après cette opinion doctrinale, la responsabilité des père et mère serait fondée sur la cohabitation avec l'auteur matériel du dommage. Quant aux précepteurs et instituteurs, la responsabilité objective serait engagée pour les faits accomplis pendant le temps et dans les lieux où les mineurs sont soumis à leur surveillance<sup>1130</sup>.

Quoiqu'il en soit, l'article 2048 semble mettre en place, encore une fois, un ensemble d'outils à la disposition des victimes, pour que l'obtention d'une réparation soit plus aisée. En conclusion, quant aux comportements dommageables appréhendés, il y a lieu d'observer que le *Codice civile* de 1942 puise plusieurs éléments des cultures juridiques française et allemande. Ceux-ci lui permettent de décliner la fonction réparatrice dans les termes d'une responsabilité pour faute. Cette norme de principe est complétée de plusieurs règles spéciales où l'élément subjectif se rétrécit jusqu'à disparaître, de manière à augmenter l'efficacité de l'instrument aquilien pour les victimes.

Dans la prochaine subdivision, nous compléterons cette analyse à partir de la notion de *danno ingiusto*, évoquée à l'article 2043.

---

<sup>1127</sup> Sur ces deux fautes, v. notamment A. FERRANTE, *La responsabilità civile dell'insegnante e del genitore*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 206-256.

<sup>1128</sup> Une analyse de la doctrine et de la jurisprudence en la matière est menée par M. COMPORI (« Nuovi orientamenti giurisprudenziali sulla responsabilità dei genitori ex art. 2048 c.c. », in *Danno e resp.* 4 (2002) = *Id.*, S. MONTICELLI (dir.), *Studi in onore di Ugo Majello*, 1, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2005, p. 443-460. Sur la preuve libératoire, v. aussi L. ROSSI CARLEO, « La responsabilità dei genitori ex art. 2048 c.c. », *Riv. dir. civ.* 25 (1979), p. 125-151, spéc. p. 146-151.

<sup>1129</sup> V. à cet égard S. RODOTÀ, *op. cit.*, note 1061, p. 154 ; S. PATI, *Famiglia e responsabilità civile*, Milano, Giuffrè, 1984, p. 268-272 ; M. COMPORI, *op. cit.*, note 1128, p. 453-456 ; M. F. CURSI, *Danno, op. cit.*, note 34, p. 294-295.

<sup>1130</sup> V. à ce propos R. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, note 1124, p. 454-455.



## §2. Les caractéristiques du dommage

L'impact de la qualification d'injuste que la disposition de principe de la responsabilité aquilienne italienne attribue au dommage est remarquable. En effet, à travers le concept de *danno ingiusto*, l'injustice est incluse parmi les éléments à vérifier pour condamner l'agent à réparer le préjudice qu'il a produit<sup>1131</sup>.

Les influences culturelles à la base de l'introduction du *danno ingiusto* résultent des travaux préparatoires de l'article 2043. Dans le rapport au roi, il est affirmé que la référence à l'injustice du dommage confère plus de précision à la réglementation de la responsabilité par rapport à l'ancien article 1151 du code de 1865. Désormais, pour que l'obligation réparatrice se constitue, il fallait tant un comportement dolosif ou fautif que la lésion de la sphère juridique d'autrui, puisque la *culpa* et l'*iniuria* constituent des notions distinctes<sup>1132</sup>. Nous pouvons immédiatement observer que ces deux éléments essentiels du *damnum* sont proches du régime mis en place par le BGB, qui identifie directement, à partir du paragraphe 823, les biens et valeurs protégés par la responsabilité aquilienne<sup>1133</sup>.

Effectivement, le codificateur italien s'intéressa au modèle du BGB. Cependant, il ne voulut pas dresser une liste limitative. Dans sa propre relation, la commission royale dénonça le manque de clarté d'une telle approche et son inaptitude à atteindre le résultat, contrairement à la clause très générale contenue dans l'article 1382 du Code Napoléon et dans l'ancien article 1151 en vigueur en Italie depuis 1865<sup>1134</sup>. La solution retenue fut, semble-t-il, l'inclusion du plus grand nombre de préjudices, que seule une clause générale de responsabilité aquilienne peut pleinement obtenir. Dans l'esprit du codificateur italien, la formule *danno ingiusto* est donc le produit d'un mélange entre la volonté d'inclure la contrariété au droit dans le

---

<sup>1131</sup> M. F. CURSI, *Danno*, *op. cit.*, note 34, p. 248. Sur l'injustice du dommage à l'époque de la promulgation du *Codice civile*, v., *ex plurimis*, P. SCHLESINGER, «La «ingiustizia» del danno nell'illecito civile», *JUS* 11 (1960), p. 336-347 ; S. RODOTÀ, *op. cit.*, note 1061, p. 79-126 ; R. SCOGNAMIGLIO, « Appunti », *op. cit.*, note 1084, p. 516-519. Pour une analyse complète et actualisée du problème, v. C. SCOGNAMIGLIO, *Ingiustizia del danno, contatto sociale, funzioni del risarcimento (Saggi sulla responsabilità del diritto civile)*, Torino, Giappichelli, 2021, *passim* ; L. BERTI, « Ingiustizia del danno e dallo al patrimonio », in G. CASSANO (dir.), *Il danno alla persona*, Milano, Giuffrè, 2022<sup>2</sup>, p. 53-85.

<sup>1132</sup> G. PANDOLFELLI, G. SCARPELLO, M. STELLA RICHTER, G. DALLARI, *op. cit.*, note 1110, p. 678.

<sup>1133</sup> V. *supra*, sect. 3, § 2.

<sup>1134</sup> *Op. ult. cit.*, p. 676-677.

principe de la responsabilité aquilienne, en vertu de l'influence allemande, et la nécessité de couvrir le plus large nombre possible de préjudices par la responsabilité aquilienne.

Toutefois, dans les années qui suivirent immédiatement l'entrée en vigueur du code, il semble que l'adjectif *ingiusto* contribua à une limitation de l'ensemble des dommages réparables. Comme nous l'avons vu, le BGB accorde la réparation aquilienne uniquement en cas d'atteinte à un droit absolu<sup>1135</sup>. De même, la position doctrinale origininaire par rapport à l'évaluation du dommage au sens de l'article 2043 faisait coïncider le préjudice réparable avec la lésion d'un droit absolu<sup>1136</sup>. Cette théorie fut contestée par plusieurs auteurs, qui dénonçaient le détournement opéré dans la portée de l'article 2043. D'après eux, ce texte se bornait désormais à appréhender la violation dolosive ou fautive d'un devoir juridique préexistant et visant à la protection de la victime<sup>1137</sup>.

À partir du début des années '70, nous assistons à une inversion de tendance tant en doctrine qu'en jurisprudence. D'une part, la protection aquilienne fut étendue à la lésion de droits de créance de la part d'un tiers. D'autre part, cette responsabilité fut également engagée en cas de lésion d'intérêts non expressément protégées par la loi<sup>1138</sup>.

À la lumière de ce processus, il nous faut tenter de reconstruire la signification de l'expression *danno ingiusto*. À cet égard, la théorie la plus convaincante, à l'aune des travaux préparatoires, semble justement celle qui fonde la critique à la limitation de la protection aquilienne aux droits absolus. Comme l'a résumé Renato Scognamiglio, par la notion d'injustice le système juridique reconnaît la nécessité que

---

<sup>1135</sup> V. *supra*, note 1002.

<sup>1136</sup> En ce sens, par ex. : F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, Jovene, 1962<sup>8</sup>, p. 109.

<sup>1137</sup> P. SCHLESINGER, *op. cit.*, note 1131, p. 337 : selon l'auteur, l'article 2043 « *rappresenterebbe [...] una norma secondaria o sanzionatoria, intesa a comminare conseguenze giuridiche sfavorevoli a carico di chi abbia violato – beninteso con colpa o dolo – un dovere già autonomamente predisposto da qualche altra disposizione di legge, dettata a tutela dell'interesse del soggetto leso* ». V. aussi en ce sens S. PUGLIATTI, « *Alterum non laedere* », *EdD* 2 (1958), p. 98-108, spéc. p. 103-105 ; F. D. BUSNELLI, *La lesione del credito da parte di terzi*, Milano, Giuffrè, 1964, p. 81 et n. 88 ; S. RODOTÀ, *op. cit.*, note 1061, p. 88-89 ; R. SCOGNAMIGLIO, « *Appunti* », *op. cit.*, note 1084, p. 516-517.

<sup>1138</sup> Pour un aperçu de l'évolution jurisprudentielle en la matière, v. M. F. CURSI, *Danno, op. cit.*, note 34, p. 253-258 ; L. BERTI, *op. cit.*, note 1131, p. 54-57.

le dommage soit réparé<sup>1139</sup>. Pour comprendre l'élément de l'injustice, affirme Stefano Rodotà, l'élément-clé est la solidarité sociale<sup>1140</sup>. Par l'expression *danno ingiusto*, l'article 2043 insère le devoir d'*alterum non laedere*, très général et indépendant des dispositions qui prohibent déjà des actes illicites particuliers<sup>1141</sup>. Le caractère injuste du dommage, écrit Piero Schlesinger, est également utile pour ne pas paralyser toute activité par la crainte de l'engagement de sa responsabilité aquilienne. En effet, le *danno ingiusto* est le dommage injustifié, *iniuriā*, c'est-à-dire produit à l'encontre du droit (*contra ius*) ou en l'absence d'un droit de l'agent à l'occasionner (*non iure*)<sup>1142</sup>.

Deux bons exemples de justification sont constitués par les articles 2044 et 2045<sup>1143</sup> : ils excluent la responsabilité aquilienne si un préjudice est produit par un comportement qui visait à la légitime défense ou dans un état de nécessité. Dans ces deux cas, l'auteur du dommage peut tout au plus être condamné à payer une *equa indennità* : les considérations que nous avons effectuées à propos de l'article 2047<sup>1144</sup>, ainsi que de l'article 76 du projet de 1927<sup>1145</sup>, peuvent être appliquées. Puisque l'illicéité de l'acte dommageable est exclue et que seule l'équité est à la base de l'évaluation opérée par le juge, le fait de la victime du dommage qui a donné lieu à la réaction défensive du responsable est évalué dans toutes ses composantes. La gravité (*gravità*), les modalités de mise en œuvre (*modalità di realizzazione*) et la contribution causale au dommage finalement subi (*contributo causale*) seront donc évaluées.

---

<sup>1139</sup> R. SCOGNAMIGLIO, « Appunti », *op. cit.*, note 1084, p. 518 : « *l'ingiustizia vuole esprimere, con una formula compendiosa, la valutazione da parte dell'ordinamento del danno nel senso che debba essere risarcito* ».

<sup>1140</sup> S. RODOTÀ, *op. cit.*, note 1061, p. 92-107.

<sup>1141</sup> P. SCHLESINGER, *op. cit.*, note 1131, p. 342-343.

<sup>1142</sup> *Ibid.*

<sup>1143</sup> *Codice civile 1942* : « 2044. *Non è responsabile chi cagiona il danno per legittima difesa di sé o di altri.*

*Nei casi di cui all'articolo 52, commi secondo, terzo e quarto del codice penale, la responsabilità di chi ha compiuto il fatto è esclusa.*

*Nel caso di cui all'articolo 55, secondo comma, del codice penale, al danneggiato è dovuta una indennità la cui misura è rimessa all'equo apprezzamento del giudice, tenuto altresì conto della gravità, delle modalità realizzative e del contributo causale della condotta posta in essere dal danneggiato.*

2045. *Quando chi ha compiuto il fatto dannoso vi è stato costretto dalla necessità di salvare sé o altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona e il pericolo non è stato da lui volontariamente causato né era altrimenti evitabile, al danneggiato è dovuta un'indennità, la cui misura è rimessa all'equo apprezzamento del giudice* ».

<sup>1144</sup> V. *supra*, note 1115.

<sup>1145</sup> V. *supra*, note 1062.

L'analyse de la notion de dommage retenue par le *Codice civile* de 1942 doit être complétée par la mention du dommage moral (*danno non patrimoniale*), que l'article 2059, le dernier du titre consacré aux *fatti illeciti*, limite aux seuls cas prévus par la loi (*solo nei casi determinati dalla legge*). Cette norme fut à l'origine d'un débat doctrinal et jurisprudentiel mouvementé. À ce propos, la Cour constitutionnelle italienne intervint à plusieurs reprises pour accorder, dans le silence du code, une protection efficace aux victimes d'atteintes à l'intégrité physique et morale et à d'autres intérêts garantis par la Constitution<sup>1146</sup>.

Cependant, il nous intéresse encore une fois de reconstruire, autant que possible, l'esprit du codificateur de 1942, six ans avant l'entrée en vigueur de la charte constitutionnelle de la République italienne. À cet égard, le cadre restitué par les travaux préparatoires de l'article 2059 est une véritable surprise dans notre analyse de la fonction de la responsabilité aquilienne.

Précisons d'abord que la limitation aux seuls cas prévus par la loi se réfère au droit pénal. L'article 185 du code pénal italien, entré en vigueur en 1930, dispose que tous délits et contraventions obligent leur auteur (ou les personnes dont la responsabilité est engagée de son fait) à réparer les dommages patrimoniaux et moraux qui dérivent de l'infraction<sup>1147</sup>. Contrairement à la solution adoptée par le Code Napoléon et par l'article 85 du projet de 1927<sup>1148</sup>, le codificateur italien ne visa pas à étendre la réparabilité des préjudices moraux aux cas où la responsabilité aquilienne de l'agent est engagée bien qu'une infraction pénale ne soit pas commise<sup>1149</sup>. La raison d'une telle limitation est inattendue : notre conscience juridique, affirme le rapport au roi, reconnaît que l'offense est plus grave en cas

---

<sup>1146</sup> Pour un approfondissement sur l'évolution dont la matière a fait l'objet jusqu'à nos jours, v. G. PASCALE, « Il danno non patrimoniale: il danno biologico », in G. CASSANO (dir.), *op. cit.*, note 1131, p. 87-119 ; G. PASCALE, « Il danno non patrimoniale: il danno esistenziale », in *op. ult. cit.*, p. 121-145 ; *Id.*, « Il danno morale », in *op. ult. cit.*, p. 147-166 ; *Id.*, « Danni da morte », in *op. ult. cit.*, p. 167-192. Une bibliographie détaillée est également présentée par M. F. CURSI, *Danno, op. cit.*, note 34, p. 259-272, 288-293.

<sup>1147</sup> *Codice penale* 1930, art. 185 : « Ogni reato obbliga alle restituzioni, a norma delle leggi civili. Ogni reato, che abbia cagionato un danno patrimoniale o non patrimoniale, obbliga al risarcimento il colpevole e le persone che, a norma delle leggi civili, debbono rispondere per il fatto di lui ».

<sup>1148</sup> V. *supra*, note 1062. Sur ce point, v., *ex plurimis*, P. CALAMANDREI, « Il risarcimento dei danni non patrimoniali nella nuova legislazione penale », *Riv. it. dir. pen.* 9 (1931), p. 171-182.

<sup>1149</sup> G. PANDOLFELLI, G. SCARPELLO, M. STELLA RICHTER, G. DALLARI, *op. cit.*, note 1110, p. 691-692.

d'infraction, ce qui nécessite une répression plus vigoureuse dont la nature est également préventive<sup>1150</sup>.

L'arrière-fond politique de cette limitation ne saurait être négligé. Le garde des Sceaux Dino Grandi (1895-1988) déclara en 1939 que le nouveau projet du livre *delle obbligazioni*, d'inspiration purement et exclusivement italienne et fasciste<sup>1151</sup>, devait se détacher des traditions juridiques de certains pays – la France en premier – qui se déclaraient étrangers au droit romain<sup>1152</sup>.

Cela dit, soulignons que les intentions politiques fascistes réintroduisirent une fonction ouvertement punitive de la responsabilité aquilienne. La réparation des dommages moraux outre la réparation pure et simple du préjudice était donc vue comme un instrument de répression (*repressione*), dont la nature était punitive<sup>1153</sup>. En omettant d'étendre la réparation des préjudices moraux aux comportements préjudiciables non appréhendés par le droit pénal, le codificateur italien parvint à distinguer deux régimes différents de *l'aestimatio damni* suivant la gravité du comportement. Dans l'esprit du codificateur de 1942, les actes les plus graves, qui engagent la responsabilité pénale de leur auteur, donnent lieu à une réparation plus complète, une sorte de *volle Genugthuung*<sup>1154</sup> à l'allemande, qui prend en compte tout type de préjudice patrimonial ou moral. Il en va autrement si le comportement est moins grave, de telle sorte qu'il ne constitue pas une infraction pénale. Dans ce cas, les chefs de préjudice dont la réparation est prévue se limitent à la seule perte patrimoniale soufferte par la victime.

En conclusion, le régime du dommage dans le *Codice civile* de 1942 confirme l'influence germanique en matière de responsabilité aquilienne. Des solutions proches des ALR, ABGB et BGB sont présentes tant dans la notion d'injustice, bien qu'elle soit déplacée du comportement au dommage, que dans la limitation de la réparation

---

<sup>1150</sup> *Ibid.* : « [la nostra coscienza giuridica] avverte che soltanto nel caso di reato è più intensa l'offesa all'ordine giuridico e maggiormente sentito il bisogno di una più energica repressione con carattere anche preventivo ».

<sup>1151</sup> D. GRANDI, « La Riforma fascista dei Codici. Discorso alla Commissione del Senato e della Camera dei Fasci e delle Corporazioni, 16 ottobre 1939 », in *Relazione al Duce del Guardasigilli Dino Grandi nei Lavori preparatori, in Progetti preliminari del libro delle obbligazioni, del Codice di commercio e del libro del lavoro*, 1, Roma, Libreria dello Stato, 1942, p. XXIX-XXXIX, spéc. p. XXXII n. 1.

<sup>1152</sup> *Op. ult. cit.*, p. XXXIII.

<sup>1153</sup> V. aussi, à ce propos, M. F. CURSI, *Danno, op. cit.*, note 34, p. 259-260.

<sup>1154</sup> L'expression est empruntée des paragraphes 1323 et 1324 de l'ABGB : v. *supra*, note 827.

des préjudices moraux aux comportements punis par le droit pénal. Sur le plan téléologique, nous pouvons déduire que la responsabilité aquilienne dans le *Codice* tend en principe à la réparation. Néanmoins, elle peut tout de même accompagner et soutenir la punition prévue par le droit pénal, où l'*ingiustizia* du dommage est la plus haute.

Compte tenu de cette fonction potentiellement double, il ne nous reste, pour compléter notre analyse, qu'à examiner les solutions adoptées par le code italien de 1942 en matière de responsabilité plurielle et de transmissibilité passive de l'action aquilienne.

### §3. Responsabilité plurielle et transmissibilité passive de l'action

Encore une fois, le régime de la responsabilité aquilienne que nous étudions reste silencieux sur la transmissibilité passive de l'action en justice contre le prétendu responsable d'un *danno ingiusto*. Si l'article 150 du code pénal italien dispose que la mort du délinquant avant la condamnation entraîne l'extinction de l'infraction<sup>1155</sup>, il n'en va pas de même lorsqu'un dommage aquilien est en jeu. En ce cas, le régime général de la transmissibilité des obligations s'applique : au sens des articles 752 et 754 du *Codice civile* de 1942, les dettes et charges du défunt sont réparties entre les cohéritiers en proportion de leurs parts successorales<sup>1156</sup>.

La responsabilité aquilienne plurielle trouve sa réglementation à l'article 2055 du *Codice civile*<sup>1157</sup>. Celui-ci met en place une solidarité élective entre les coauteurs

---

<sup>1155</sup> *Codice penale* 1930, art. 150 : « *La morte del reo, avvenuta prima della condanna, estingue il reato* ». Si la mort de l'auteur de l'infraction survient après la condamnation définitive, l'extinction ne concerne que la peine, au sens de l'article 171 du même code : « *La morte del reo, avvenuta dopo la condanna, estingue la pena* ».

<sup>1156</sup> *Codice civile* 1942 : « 752. *I coeredi contribuiscono tra loro al pagamento dei debiti e pesi ereditari in proporzione delle loro quote ereditarie, salvo che il testatore abbia altrimenti disposto. [...]*

754. *Gli eredi sono tenuti verso i creditori al pagamento dei debiti e pesi ereditari personalmente in proporzione della loro quota ereditaria e ipotecariamente per l'intero. Il coerede che ha pagato oltre la parte a lui incombente può ripetere dagli altri coeredi soltanto la parte per cui essi devono contribuire a norma dell'articolo 752, quantunque si sia fatto surrogare nei diritti dei creditori.*

*Il coerede conserva la facoltà di chiedere il pagamento del credito a lui personale e garantito da ipoteca, non diversamente da ogni altro creditore, detratta la parte che deve sopportare come coerede ».*

<sup>1157</sup> *Codice civile* 1942, art. 2055 : « *Se il fatto dannoso è imputabile a più persone, tutte sono obbligate in solido al risarcimento del danno. Colui che ha risarcito il danno ha regresso contro ciascuno degli altri, nella misura determinata dalla gravità della rispettiva colpa e dall'entità delle conseguenze che ne sono derivate.*

*Nel dubbio, le singole colpe si presumono uguali ».*

d'un seul dommage. La victime peut donc demander l'entièreté du préjudice subi à un seul d'entre eux ; celui qui paie dispose d'une action récursoire (*regresso*) à l'encontre des autres. Deux critères sont pris en compte dans les rapports de contribution à la dette : d'une part, la gravité de la faute par rapport à celle des autres (*gravità della rispettiva colpa*) ; d'autre part, les conséquences qui en ont dérivé (*entità delle conseguenze che ne sono derivate*). Sur le plan pratique, ceci parvient à attribuer au juge un large pouvoir d'appréciation<sup>1158</sup>. Néanmoins, la portée de la coexistence de ces critères sur la fonction de la responsabilité aquilienne n'est apparemment pas claire. En effet, le juge opérerait son estimation tant sur la base du comportement, ce qui pourrait renvoyer à la punition du coauteur qui a commis l'acte le plus grave, que sur celle de la contribution causale, qui prend en compte le dommage occasionné par chaque coauteur et vise à répartir la réparation le plus équitablement possible. Curieusement, nous pouvons trouver cette même divergence dans les rapports qui précéderent l'entrée en vigueur du code : le rapport de la commission royale ne mentionne que « *la gravità della colpa commessa da ciascuno*<sup>1159</sup> » ; le rapport au roi fait référence au seul « *grado di partecipazione al risultato*<sup>1160</sup> ».

En dépit de ces ambiguïtés, il semble que l'élément essentiel à considérer concernant le rapport de contribution à la dette dans le *Codice* est l'appréciation équitable du juge. Pour obtenir ce résultat, il peut évaluer tant la gravité des comportements des coauteurs que leur degré de participation à la production du dommage. Dès lors, il ne paraît pas possible d'attribuer une finalité punitive à l'un de ces critères pour le seul fait qu'il se base sur l'évaluation du comportement, d'autant plus que le pouvoir d'appréciation au juge concerne seule la contribution à la dette et ne modifie point l'obligation que tous les coauteurs doivent solidairement à la victime.

Nous concluons ainsi l'étude de la fonction de la responsabilité aquilienne dans le code civil italien de 1942. Le titre *Dei fatti illeciti* (articles 2043 à 2059 du *Codice civile*) témoigne de l'intention du codificateur de s'affranchir de la culture juridique française qui avait animé, dans notre matière, tant le code de 1865 que le projet

---

<sup>1158</sup> C'est ce qui résulte du rapport de la commission royale (G. PANDOLFELLI, G. SCARPELLO, M. STELLA RICHTER, G. DALLARI, *op. cit.*, note 1110, p. 689) : la contribution à la dette est fixée « *secondo la stima che ne farà il giudice* ».

<sup>1159</sup> *Ibid.*

<sup>1160</sup> *Op. ult. cit.*, p. 689-690.

franco-italien de 1927. La divergence est notamment visible dans la notion de *danno ingiusto*, qui emprunte la notion allemande de *Widerrechtlichkeit* pour la transférer au dommage. Dans le *Codice* de 1942, est « injuste » le préjudice qui mérite d'être réparé. Cette nécessité peut dériver d'un comportement dolosif ou fautif, du fait d'autrui ou d'une série de cas où celui qui tire profit d'une activité dangereuse doit réparer tout dommage produit. Comme dans les codes précédemment observés, il y a lieu d'associer le rétrécissement du principe de la faute à la volonté de renforcer l'efficacité réparatrice de la responsabilité aquilienne.

Tous ces éléments, accompagnés de la solidarité non cumulative et de la transmissibilité passive des action et obligation aquilienne, tendent vers une fonction purement réparatrice. Compte tenu de ces données, nous pourrions même nous demander si le *danno ingiusto* est superposable à la notion scolastique et jusnaturaliste d'injustice. Or, une réponse positive ne serait pas satisfaisante. Certes, la réparation du dommage est à la première place dans l'esprit du codificateur italien. Néanmoins, lorsque le comportement du responsable aquilien constitue une infraction pénale, sa punition n'est pas négligée. En ce cas, l'obligation pesant sur l'auteur du *danno ingiusto* inclut également le préjudice non patrimonial, que l'article 2059 limite aux cas prévus par la loi : à l'époque, seul l'article 185 du code pénal de 1930 en imposait la réparation.

Nous pouvons donc affirmer que le résultat obtenu par le code de 1942, en amont des évolutions doctrinales et jurisprudentielles qui eurent lieu depuis, fut la mise en place d'une responsabilité aquilienne en quelque sorte *mixta*, où le souci de réparation du dommage peut potentiellement coexister avec la nécessité d'infliger à l'auteur d'une infraction pénale une majoration de sa dette envers la victime, dans la mesure du préjudice moral. Dès lors, la codification italienne de 1942 diverge du Code Napoléon, qui tend à reconnaître amplement la réparabilité des dommages moraux, et se rapproche des codifications germaniques que nous avons examinées (ALR, ABGB, BGB).



### Conclusion de la troisième partie

Par l'examen du code italien de 1942, nous concluons notre étude de la fonction de la responsabilité aquilienne dans la période que nous avons qualifiée de modernité juridique. Bien que la question de la primauté de la punition ou de la réparation du dommage puisse paraître restreinte, notre analyse nous a imposé d'examiner plusieurs éléments de chaque régime juridique de la responsabilité aquilienne, ainsi que de prendre en compte le démembrement du continent européen dans plusieurs systèmes indépendants. Néanmoins, si nous nous frayons un chemin à partir des acquis de la philosophie du droit, il semble possible de résoudre le problème de la fonction de la responsabilité *ex damno* à l'époque en question avec un degré suffisant de précision.

La seconde Scolastique et l'école jusnaturaliste parvinrent à une véritable apothéose de la réparation du dommage. À cet égard, le fait que les tardo-scolastiques attribuent à la propriété la qualification de fondement de la responsabilité aquilienne revêtit un rôle central. Désormais, la perte patrimoniale pouvait à elle seule engager cette responsabilité, sans égard au comportement ou au lien de causalité qui le lie au préjudice. Quant à eux, les jusnaturalistes opérèrent une laïcisation des résultats de l'étude tardo-scolastique, en éliminant la référence au droit divin. Néanmoins, le déséquilibre patrimonial resta au centre de leurs constructions théoriques de la responsabilité aquilienne. À la suite de la production d'un dommage, le droit devait assurer à la victime la reconstitution équitable de la situation antérieure au fait préjudiciable, sans que ceci comporte un effort excessif de la part du responsable.

Dans ces théories, qui inspirèrent l'ALR, l'ABGB et le Code civil de 1804, la punition du responsable aquilien était absente. Il en alla presque de même concernant les débats doctrinaux qui précédèrent le BGB allemand de 1900, c'est-à-dire l'école historique et celle des pandectistes, et le *Codice civile* italien de 1942. Les points en discussion, notamment le caractère subjectif ou objectif de la responsabilité aquilienne, postulaient la primauté, voire l'exclusivité de sa fonction de dédommagement.

Un tel cadre nous permettrait de partager la théorie du *fortwährende Absterben*<sup>1161</sup> soutenue par le pandectiste Jhering. Surclassée par les exigences d'une société en mutation, la punition du responsable aquilien n'aurait désormais plus relevé que de l'histoire ancienne du droit.

Or, les codes modernes dont nous avons étudié la réglementation de la responsabilité aquilienne se détachent de la théorie de Jhering. Certes, dans toutes ces codifications, la réparation du dommage est la première finalité de l'obligation qui naît d'un fait préjudiciable, que ceci soit ou non explicité dans les textes codifiés. Les hypothèses de responsabilité objective constituent justement l'un des instruments utilisés pour augmenter l'efficacité réparatrice des réglementations en question, de même que les normes de principe très générales, capables d'appréhender potentiellement tout comportement préjudiciable.

Néanmoins, nous avons également identifié plusieurs éléments, dans différents codes, dont la seule explication est le fait que les codificateurs aient voulu punir le comportement contraire au droit que le responsable a commis. Par exemple, l'ALR et l'ABGB différencient l'étendue de l'obligation aquilienne sur la base de la gravité de l'élément subjectif. Ensuite, le code italien de 1942 semble limiter la réparation du dommage moral aux comportements punis par le droit pénal. En somme, pour reprendre la théorie de Jhering, la punition du responsable aquilien est bien coriace !

Nous excluons donc qu'il existe un chemin linéaire dans l'histoire de la responsabilité aquilienne, dont la sanction du responsable serait le point de départ et la réparation du dommage l'aboutissement. Au contraire, il est possible de constater que les deux fonctions furent savamment modulées au fil du temps, selon les nécessités pratiques et politiques qui caractérisent les différents systèmes.

---

<sup>1161</sup> V. *supra*, note 38.

## Conclusion générale

Il est désormais temps de conclure notre étude sur l'histoire de la fonction de la responsabilité aquilienne. Tout d'abord, il y a lieu de revenir sur le processus par lequel la réparation du dommage acquit sa primauté sur la punition au cours de l'histoire du droit continental. Ensuite, nous récapitulerons nos résultats à propos de la finalité punitive de l'instrument aquilien à travers les siècles, jusqu'au rôle de satellite de la fonction réparatrice dans les périodes les plus récentes.

### 1. La montée de la réparation du dommage entre philosophie, religion et droit

Nous avons vu que la compensation de la perte subie par la victime ne fut pas la première fonction de la responsabilité aquilienne. Les données dont nous disposons à propos de l'origine de la répression juridique des comportements dommageables nous conduisent à affirmer que la première fonction attribuée à ces réglementations fut l'élimination de la vengeance privée sans bornes. Par la vengeance, aucune réparation du dommage subi n'est recherchée, mais seulement une satisfaction morale, que nous avons résumée dans l'expression du langage commun « Justice est faite ! ».

À ce propos, plusieurs dispositions qui remontent à la loi des XII Tables ont été examinées, afin d'attester qu'il était nécessaire d'encadrer, voire de réprimer la réaction violente de la victime. L'impact de cette considération sur la fonction des règles en question est immédiat. En effet, le pouvoir public doit s'emparer de la punition des comportements illicites pour abolir la vengeance privée : bien que certaines sources nous laissent entrevoir une finalité réparatrice dans le droit préaquilien, la punition du responsable reste toujours, sur le fond, prête à intervenir à titre subsidiaire.

C'est dans ce cadre qu'intervint le plébiscite que nous connaissons sous le nom de *lex Aquilia*. Cette dernière chargea l'auteur d'un *damnum iniuriā datum* de l'obligation de remettre à la victime une somme égale à la plus haute valeur du bien

endommagé dans l'année ou dans le mois précédent, selon le chapitre appliqué. Pour identifier la fonction de la responsabilité aquilienne dans la jurisprudence romaine, nous nous sommes concentrés sur deux éléments particuliers qui semblent les mieux à même d'attester la primauté de la punition ou de la réparation dans l'histoire de l'interprétation de ce plébiscite. Il s'agit, d'une part, de la qualification procédurale de l'*actio legis Aquiliae*, et d'autre part du critère d'évaluation du montant de l'obligation infligée au défendeur.

Tant l'un que l'autre élément nous ont conduits à la même conclusion : les premiers juristes qui abordèrent la *lex Aquilia* visaient à punir le responsable, comme en témoignent la nature *poenalis* de l'*actio* et l'*aestimatio damni* qui part du seul *pretium rei* selon les plus anciennes interprétations. Toutefois, la responsabilité aquilienne se tourna progressivement vers la réparation du dommage. À l'époque de Justinien, l'action aquilienne n'était pénale que lorsque la *repetitio temporis* ou la litiscroissance *in duplum* s'appliquaient. Même dans ces cas, elle ne cessait pas de viser également la *rei persecutio*, ce qui déboucha sur une qualification d'*actio mixta*. Dans les autres cas, elle était purement et simplement réipersécutoire. Quant à l'*aestimatio*, à la fin de la période classique, elle ne prenait plus en compte, objectivement, le prix du bien détruit ou détérioré, mais, subjectivement, la valeur de l'intérêt (*id quod interest*) qu'avait la victime à ce que le dommage ne se produisît pas.

Nous avons donc tenté d'expliquer ce processus par l'évolution culturelle que Rome connut après la conquête de la Grèce et l'avènement du christianisme.

Quant à la culture hellénique, nous avons considéré la notion de justice corrective, élaborée par Aristote. D'après celle-ci, la production d'un dommage entraîne un déséquilibre entre le patrimoine de la victime et celui du responsable. Par conséquent, peu importe la nature de son comportement, l'auteur du dommage est tenu de réparer la perte économique occasionnée. Les théories d'Aristote furent reprises par le stoïcisme moyen, qui fut importé à Rome. Les préceptes stoïciens d'harmonie et d'équilibre, dont la religion chrétienne se fit également porteuse, exercèrent une profonde influence sur la science juridique, à tel point que les compilateurs insérèrent, au tout début du Digeste, l'affirmation d'Ulpien selon laquelle les enseignements du droit sont *honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*.

Si la fonction réparatrice revêtait déjà un rôle de protagoniste au moment de la promulgation de la compilation, elle connut un essor sans précédent dans la tradition du *ius commune*, à partir de la fondation de l'école de Bologne.

Le christianisme était désormais au centre de l'activité intellectuelle. Dans la philosophie de l'époque, la pensée de Thomas d'Aquin nous intéresse particulièrement, puisqu'il s'occupa directement des rapports entre la punition et la réparation (*restitutio*), au départ des théories d'Aristote. À ce propos, ce philosophe introduisit une scission ontologique entre la punition et la *restitutio*. La première frappe le coupable du fait de l'illicéité de son comportement, et la seconde est l'instrument de la justice commutative, dont la victime se prévaut pour restaurer son patrimoine en effaçant le déséquilibre produit par le dommage. Chez Thomas d'Aquin, les deux fonctions pouvaient être remplies de manière séparée et parallèle dans un seul et même cas concret, ce qui constitue un affinement tant par rapport à la philosophie d'Aristote que par rapport à la construction romaine du *damnum iniuriā*.

Il est bien connu que la compilation de Justinien fut à la base de l'activité des juristes du *ius commune*. Les produits de leur interprétation s'accumulèrent jusqu'à constituer le système de droit privé en vigueur, sur le continent européen, jusqu'à la promulgation des codes modernes. En matière de responsabilité aquilienne, les notions thomistes d'injustice et de *restitutio* contribuèrent à la construction d'un nouveau système. Dans celui-ci, l'obligation réparatrice avait pour objet l'*id quod interest*. Ce dernier était accordé dans un très grand nombre de cas où un comportement fautif (*culpā*) avait produit un dommage à autrui. La responsabilité aquilienne permettait désormais de réparer tout préjudice patrimonial. Certains juristes admirent même la réparation du dommage moral.

Désormais, la fonction réparatrice semblait avoir entièrement surclassé la sanction punitive du responsable. Dans le sillage des acquis thomistes, repris par les philosophes et juristes de la seconde Scolastique, la responsabilité aquilienne ne devait plus être qu'un instrument de rééquilibrage des patrimoines. La nécessité d'un comportement commis *culpā* pour la mise en place de l'obligation réparatrice, jadis mise en avant en droit canon dans un souci moral, fut elle-même remise en question

à partir de la seconde Scolastique, pour éliminer toute entrave au droit de la victime à la compensation du dommage subi.

La seconde Scolastique rattacha ce droit au rééquilibrage des patrimoines à la propriété sur la chose détériorée, ce qui éliminait la nécessité d'un comportement illicite ou fautif pour engager la responsabilité. Ce raisonnement fut repris par l'école jusnaturaliste : l'un de ses représentants, Christian Thomasius, parvint à consacrer un principe de responsabilité objective, dépourvu de toute référence à l'élément subjectif de l'acte ou de l'omission du responsable.

Quant aux codes modernes que nous avons étudiés, la réparation du dommage reste bien au centre de leurs réglementations. Néanmoins, la responsabilité aquilienne qu'ils consacrent est principalement subjective, et vise à protéger la personne qui, malgré la mise en place de toutes les précautions nécessaires, a tout de même occasionné un préjudice. Il en va autrement dans plusieurs cas où une finalité de garantie est associée à la responsabilité aquilienne. Il ne s'agit pas d'une fonction alternative à la réparation du dommage. Au contraire, les codifications modernes analysées envisagent plusieurs cas de responsabilité objective, afin d'optimiser la fonction réparatrice là où c'est requis, par exemple, en raison de la nature dangereuse de l'activité dommageable ou par égard au fait que l'agent est mineur ou incapable.

Cette prédominance de la réparation n'empêche pas qu'un souci de punition du responsable se soit fait jour à plusieurs reprises dans l'histoire de la responsabilité aquilienne, comme nous le résumerons dans la subdivision suivante.

## **2. La survivance de la fonction punitive de la responsabilité aquilienne jusqu'aux codifications modernes**

Nous avons affirmé à plusieurs reprises que le droit romain archaïque s'occupait pour la première fois de la production illicite de dommages entre particuliers. Il visait à éviter, par le biais d'une norme punitive, la pratique de la vengeance privée. De plus, nous avons vu qu'en dépit de l'essor de la réparation du dommage, la fonction punitive ne fut pas oubliée, voire connut un regain d'intérêt. Il s'agit d'une conclusion

intéressante, puisqu'elle permet d'infirmer, en la matière, la théorie du dépérissement constant de la punition<sup>1162</sup>.

À la lumière de notre étude, nous pourrions identifier deux données principales à propos de la fonction punitive de la responsabilité aquilienne. D'une part, nous remarquons que, bien que la composante punitive ait été sensiblement restreinte durant la longue période du *ius commune*, elle ne fut pas complètement exclue du débat.

D'autre part – ce qui nous intéresse même plus – la modernité juridique connaît la présence de plusieurs règles où nous pouvons identifier une volonté de punir le responsable aquilien. C'est le cas, par exemple, du montant de la réparation dans les codes prussien et autrichien : l'objet de l'obligation varie selon la gravité de l'élément subjectif du comportement. C'est aussi le cas de la réparation des dommages moraux (*danni non patrimoniali*) dans le *Codice civile* de 1942, que le codificateur italien limita aux seuls comportements punis par le droit pénal.

Dans la présente étude, nous nous sommes assignés pour mission de parcourir l'histoire de la fonction de la responsabilité aquilienne, du droit romain à la modernité juridique. Si nous avons remarqué, dans les pages introductives, une résurgence de la punition dans le débat des dernières décennies, il est probablement plus satisfaisant d'affirmer que la punition du responsable aquilien ne fut jamais complètement perdue de vue. Certes, la culture de la réparation du dommage, soutenue par la philosophie, la religion et l'économie, conduisit à une marginalisation de la finalité punitive. Néanmoins, les codificateurs modernes ne manquèrent pas de mettre en place des règles qui tendent à la punition, y voyant une amélioration de l'efficacité préventive.

Nous nous référons ici à la même finalité préventive que nous avons identifiée à plusieurs reprises, au cours de notre introduction. La prévention du dommage est réalisée par tout régime de responsabilité aquilienne : craignant la réaction du système juridique, la personne est poussée à agir de manière à ne pas nuire à autrui. Néanmoins, pour que cette efficacité préventive soit la plus haute possible, la mise en place de règles qui visent à la punition du responsable est nécessaire.

---

<sup>1162</sup> V. *supra*, note 38.

### 3. *Pro futuro*

Il est possible d'appréhender la production illicite d'un dommage soit en punissant le responsable, soit en accordant à la victime une compensation calibrée sur la perte subie. L'intention poursuivie par la présente étude était justement de fournir un regard historique – du droit romain à la modernité – sur les solutions adoptées à cet égard par les différents systèmes juridiques du continent européen.

Les limites de notre champ de recherche appellent l'analyse de la réaction d'autres ordres juridiques à la production d'un dommage. Sur le plan géographique, il y aurait lieu d'étudier d'autres systèmes que les droits continentaux. Sur le plan temporel, la période qui suit la modernité juridique mériteraient un approfondissement.

Quel que soit le régime juridique étudié, les pages que nous nous apprêtons à conclure nous semblent mettre en lumière une donnée méthodologique digne d'attention. Starck avait mis l'accent sur une « double fonction » de la responsabilité aquilienne<sup>1163</sup> pour montrer qu'elle est mesure de poursuivre tant la garantie que la peine privée. Nous réaffirmons que la punition et la réparation, en dépit de leurs significations apparemment opposées, parviennent à se contaminer mutuellement. Nous avons vu que la fonction de principe de la responsabilité aquilienne dépend de la culture juridique du temps et du lieu examinés. Cependant, la nécessité que les victimes voient leurs préjudices réparés ne disparaît pas dans un système essentiellement punitif. De la même manière, le besoin de prévenir le dommage ne disparaît pas lorsque la responsabilité aquilienne tend principalement à la réparation du dommage. Étudier la fonction de la réaction juridique aux actes préjudiciables, c'est donc observer cet enchevêtrement des exigences culturelles et pratiques, par lesquelles le droit évite la violence aveugle entre personnes.

---

<sup>1163</sup> *Op. cit.*, note 14, *passim*.



## Index des sources citées

### Sources juridiques romaines

XII TABULAE (FIRA)		VIII.14	2.43
III.3	14		16.87
VIII.2	2.43		16.88
	11.67	VIII.16	8
	14		11.67
VIII.3	2.44	XII.3	8
	11.67		11.67
VIII.4	2.44		
	11.67	GAIUS	
VIII.5	12.70	2.201	22.103
	13	3.88	24.112
	16	3.182	24.112
VIII.6	16.88	3.212	62.234
VIII.9	16.87		69.253
	16.88		73
VIII.10	11.67		176.536
	16.88	3.214	26
VIII.11	2.44		51.208
VIII.12	2.43	3.215	22.102
	10	3.216	22.102
VIII.13	2.43	3.218	25.115
	11		64.240

3.219	144.445		83.292
	145.449		108.357
4.2	24.112		138
4.6	30	4.8	30
	34.138		34.138
	36.149		35.149
	39		39
	40		40
	42		42
	42.176		42.176
	48.196		48.196
	52		52
	84.292		83.292
	108.357		108.357
	138		138
4.7	30	4.9	30
	34.138		34.138
	36.149		35.149
	39		39
	40		40
	42		42
	42.176		43
	48.196		42.176
	52		48.196

Index des sources citées

	52	4.11.1 a. 531	86.297
	83.292	7.47 a. 531	209
	108.357		209.642
	138	9.20.12 a. 294	50
4.16	15.83		
4.17a	15	IUSTINIANI DIGESTA	
4.76	28	1.1.3	133
4.112	28	1.1.10.pr	121
	46.189	1.1.10.1	121
	56.220		140
			256.771
EPITOME GAI		1.3.32.1	20.96
2.11.1	24.112	2.3.1.4	70.257
			71.259
PAULI SENTENTIAE		2.11.14	95
2.31.13	50		97.330
2.31.14	50	2.12.1.1	19.96
		4.2.12.pr	74.266
CODEX IUSTINIANUS		4.2.14.9	46.190
1.14.12.5 a. 529	19.96	4.5.7.1	24.112
1.17.1.7 a. 530	20.96	4.9.7.4	150.467
2.4.7 a. 238	20.96	6.1.13	44.184
3.35.2 a. 239	47.192	6.1.14	44.184
3.35.3 a. 241	47.192	6.1.20	74.266

7.1.17.3	101.344		203
8.5.4.3	87.300	9.2.11.3	28.120
9.1.1.pr	16.88	9.2.11.10	101.344
9.1.3	178.545	9.2.12	62.234
9.2.1.pr.	9.62		87.300
	19		101
9.2.2.pr.	21.102		102
	25.115	9.2.13.pr	179.548
9.2.4	208.634		180
9.2.5.1	117.391	9.2.17	102.344
	145.450	9.2.21.pr	25.115
	146.452	9.2.21.1	97.333
	194	9.2.21.2	62
	216.659		62.234
9.2.5.2	146.453		73.264
9.2.6	146.453		97
9.2.7.pr	62.234		104.351
9.2.7.4	179.546		174.530
9.2.7.6	144.448	9.2.22.pr	62.234
9.2.8	146.453		69.251
9.2.9.pr	145.448		105
9.2.10	146.453		106.355
9.2.11.pr	146.453	9.2.22.1	62.234
9.2.11.2	28		69.253

Index des sources citées

	74		78
	83.289		79
	176.536	9.2.23.5	26
9.2.23.pr	62.234		51.208
	69.252		62.234
	77		78
	105.353		78.277
9.2.23.1	62.234	9.2.23.6	26
	77		51.208
9.2.23.2	62.234		62.234
	77		175.535
	87	9.2.23.7	26
	87.299		51.208
	89	9.2.23.8	28.121
	105.353		55
9.2.23.3	26		204.625
	51.208	9.2.27.4	22.102
	62.234	9.2.27.5	21.102
	78		25.115
	78.277	9.2.27.11	57.225
9.2.23.4	26	9.2.27.13	66.245
	51.208		143.443
	62.234	9.2.27.14	92.317
	76		176.536

9.2.27.17	62.234		83
	99	9.2.39.pr	65
9.2.27.18	67.248	9.2.41.pr	62.234
9.2.27.22	65		92.318
9.2.27.23	65.242	9.2.42	91
9.2.27.24	67.248		93.319
9.2.27.35	80	9.2.44.pr	147.457
9.2.29.2	146.453		213.650
9.2.29.3	62.234	9.2.44.1	147.457
	77.271	9.2.45.4	146.453
	90.310	9.2.51.pr	28.120
	146.453		87.301
9.2.29.4	146.453	9.2.51.2	62.234
9.2.29.8	25.115		87.301
9.2.30.1	62.234		104.352
9.2.30.3	146.453	9.2.52.1	146.453
9.2.31	146.453	9.2.52.2	146.453
9.2.32	146.453	9.2.52.3	146.453
9.2.33.pr	62.234	9.2.52.4	146.453
	97.330	9.2.55	62.234
	98.335		104
9.2.36.1	86.298	9.2.57	146.453
9.2.37.1	62.234	9.3.1.4	150.467
	81	9.3.5.6	149.465

Index des sources citées

9.3.5.8	149.465	20.1.27	77.274
9.3.5.10	149.465	26.5.8	20.96
9.3.5.11	149.465	27.6.7.pr	71.260
9.3.5.13	149.465	27.6.7.2	71
9.3.6.2	150.467	28.7.8.7	90.312
9.3.7	178.545	35.2.63.pr	97.330
	179.549	39.1.21.6	79.281
9.4.2.1	13.75	39.1.21.7	79.281
10.1.4.1	96.329	39.2.3	8
10.4.9.8	87.300	39.2.4.7	70
	94		97.330
	97.329	39.2.4.9	71.259
	97.330	39.2.7.1	47
11.3.6	97.330	40.12.13.pr	146.453
11.3.11.pr	87.300	43.4.1.5	97.330
12.6.14	120	43.5.3.13	87.300
13.6.18.1	45.184	43.24.15.7	74.266
14.1.1.2	150.467	44.7.1.pr	24.112
17.2.17.2	87.300	44.7.4	24.112
17.2.50	45	44.7.5.pr	148.462
19.1.21.3	87.300	44.7.5.1	148.462
	97.329	44.7.5.2	23.112
19.2.25.5	45.184		148.462
19.2.30.2	45.184	44.7.5.3	148.462

44.7.5.4	148.462		16.88
44.7.5.5	24.112	47.10.1.pr	146.452
	148.462		158.485
44.7.5.6	148.462	48.19.41	19.96
	214.655	50.13.6	24.112
44.7.26	172.524	50.16.35	74.266
44.7.34.pr	146.453	50.16.102.pr	20
44.7.34.2	45	50.16.179	69
44.7.35.pr	39	50.16.193	70
	42	50.17.45.1	19.96
44.7.37.1	49.199	50.17.80	19.96
44.7.59	172.524	50.17.139.pr	172.524
46.8.8.2	78.280	50.17.164	173.524
47.1.3	195	50.17.206	120
	195.601		
	196	IUSTINIANI INSTITUTIONES	
47.2.23	146.453	3.13.2	24.112
47.2.32.1	62.234	3.27.5	24.112
47.2.46.1	102	4.1.R	24.112
47.2.50.pr	70.255	4.1	24.112
47.2.57.pr	24.111	4.3.4	147.459
47.4.1.2	146.453	4.3.5	147.459
47.7.7.2	67.248	4.3.6	147.459
47.9.9	11.67	4.3.7	147.459



Index des sources citées

4.3.8	147.459		49.199
4.3.9	27	4.6.17	49.199
	51.207	4.6.18	49.199
	51.208		50.206
	55	4.6.19	3
	57		30
	57.224		49.199
	62.234		52
4.3.10	62.234		56
	68.250		109.361
	69.253		170
	98	4.6.20	49.199
	176.536	4.13.pr	xi.2
4.3.12	22.102		
4.3.16	144.445	BASILICORUM LIBRI	
	145.449	60.3.23.9	85.293
4.4	146.453	60.3.27.132	65.243
4.5.R	148.461	60.3.36.10	86.297
4.5.pr	24.112	60.3.37.12	82.288
4.5.1	24.112	60.3.42.1	91.315
4.6.1	24.112		
4.6.15	49.197		
4.6.16	30		
	49.198		



## Sources littéraires anciennes

ARISTOTELES		BAVA KAMMA	
Ἠθικὰ Νικομάχεια		83b	261.784
1094a	122.404		
1099b	122.405	CICERO	
1129b	112.369	<i>De Finibus</i>	
1130b	112.371	5.65	131
	156.483	<i>De Legibus</i>	
1131a	113.377	1.16	132.430
1131b	113	<i>De Officiis</i>	
	113.376	1.6	124
	113.378	1.7	124.414
	114.382		126.417
1132a	112.368	1.9	124.414
	113	1.15	125
	115.385	1.20	126
	115.386	1.53	132.430
	116.389	1.54	132.430
	117	1.55	132.430
		1.56	132.430
Τὰ πολιτικά		1.57	132.430
I 1253a	112.365	1.58	132.430
		1.94	130.424
		1.107	129

1.115	129	HORATIUS	
1.152	124.414	<i>Epistulae</i>	
1.161	124.414	2.1.156	124.413
<i>Pro Tullio</i>		2.1.157	124.413
20.47	11.64		
		LIVIVS	
DIOGENES LAERTIVS		22.10.1	67.246
7.87	123.409	22.10.2	67.246
7.92	124.411	22.10.3	67.246
7.107	123.408	22.10.4	67.246
7.108	123	22.10.5	67.246
		22.10.6	67.246
EPICIVTIVS		22.10.7	67.246
<i>Dissertationes</i>			
4.7	132.431	MARCUS AURELIIVS	
		4.10	127.421
FESTIVS		4.22	128.421
<i>v. Derogare</i>	20.97	9.5	128.421
<i>v. Rupitia</i>	12	11.3	132.431
<i>v. Sarcito</i>	12		
		PLATO	
GELLIIVS		<b>Πολιτεία</b>	
11.8.8	16.88	1.331c	112.370

PLAUTUS		VARRO	
<i>Menaechmi</i>		<i>De lingua latina</i>	
133	7.53	5.176	8.57
<i>Cistellaria</i>			
106	7.53		
<i>Captivi</i>			
327	7.53		
PLINIUS MAIOR			
<i>Naturalis historia</i>			
17.1.7	2.44		
18.3.12	16.88		
SENECA			
<i>De Ira</i>			
1.14.3	128		
1.15.1	128		
1.19.5	128.422		
1.19.6	128.422		
1.19.7	128.422		
2.31.6	256.772		
2.31.7	256.772		

### Sources bibliques

Les extraits bibliques traduits sont tirés de [www.aelf.org](http://www.aelf.org) (site de l'Association épiscopale liturgique pour les pays francophones).

Lev. 19.18	166.506
Jn. 1.3.4	155
Lc. 10.25	166.506
Lc. 10.26	166.506
Lc. 10.27	166.506
Lc. 10.28	166.506
Mc. 12.29	166.506
Mc. 12.30	166.506
Mc. 12.31	166.506
Mt. 7.12	132.432
	231.686
Mt. 22.37	166.506
Mt. 22.38	166.506
Mt. 22.39	166.506
Mt. 22.40	166.506

**Sources du droit canon**

DECRETUM GRATIANI

Dist. 1

C. XIV q. VI c. 1                    217.663

LIBER SEXTUS DECRETALIUM

86 *vel* 87                                221  
    221.672

LIBER EXTRA

5.36.9                                    218

## Sources juridiques modernes

### Textes codifiés

<i>Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten</i> (1794)			276
I.6 § 1	283.859	I.6 § 14	274.826
I.6 § 2	283		275
	283.859		276
I.6 § 3	283.859	I.6 § 15	274.826
I.6 § 4	283.859		275
I.6 § 5	283.859	I.6 § 16	274
	284.864		274.826
I.6 § 6	283.859	I.6 § 18	281
I.6 § 7	285		281.850
	285.868	I.6 § 19	281
I.6 § 10	274.826		281.850
	275	I.6 § 20	281
I.6 § 11	274.826		281.850
	275	I.6 § 21	281
I.6 § 12	274.826		281.850
	275	I.6 § 28	291.889
	276	I.6 § 29	289.880
I.6 § 13	274.826	I.6 § 32	289.881
	275	I.6 § 33	289.882
		I.6 § 34	289.883



Index des sources citées

I.6 § 35	289.884	I.6 § 99	286.873
I.6 § 41	278	I.6 § 100	286.873
	278.839	I.6 § 101	286.873
	342.1071	I.6 § 102	286.873
I.6 § 42	278	I.6 § 103	286.874
	278.839	I.6 § 104	286.874
	279	I.6 § 105	286.874
	342.1071	I.6 § 106	286.874
I.6 § 43	278	I.6 § 107	286.874
	278.839	I.6 § 108	286.874
	342.1071	I.6 § 109	286.872
I.6 § 44	278		286.874
	278.839	I.6 § 110	286.870
	342.1071	I.6 § 111	286.876
I.6 § 45	282.855	I.6 § 112	286
I.6 § 46	282.855		287.877
I.6 § 47	282.855	I.6 § 113	286
I.6 § 48	282.855		287
I.6 § 49	282.855		287.877
I.6 § 85	275.831	I.6 § 114	286
I.6 § 86	275.831		287.877
I.6 § 87	275.831	I.6 § 115	286
I.6 § 88	276.834	I.6 § 116	286
I.6 § 98	286.870	I.6 § 117	286

I.6 § 118	286		290.886
I.6 § 119	286	§ 1304	281
I.6 § 120	286		281.851
I.6 § 121	286	§ 1308	278
I.6 § 122	286		278.841
I.6 § 123	286		342.1072
I.6 § 124	286	§ 1309	278
I.6 § 125	286		279
I.6 § 126	286		279.841
I.6 § 127	286		342.1072
I.6 § 128	286	§ 1310	278
I.6 § 129	286		279
			279.841
<i>Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch</i>			279.843
(1811)			280
§ 1293	283.860		342.1072
	284	§ 1316	282.856
	284.865	§ 1317	282.857
§ 1294	283.860	§ 1318	282.858
§ 1295	274	§ 1323	274
	274.827		274.827
	276		276
§ 1301	290.886		359.1154
§ 1302	290	§ 1324	274

Index des sources citées

	274.827		314.968
	276		316
	290.887		317
	359.1154		318
§ 1325	287		319
	287.878		320
§ 1326	287		325
	287.878		326.1002
§ 1327	286		355
	286.875	§ 824	326
§ 1331	285.869		326.1003
§ 1332	285.869	§ 825	326
§ 1337	291.889		326.1004
		§ 827	321
<i>Bürgerliches Gesetzbuch (1900)</i>			321.991
§ 249	328.1009		322
§ 251	328.1010	§ 828	321
§ 253	329		321.991
	329.1013	§ 829	321
	329.1015		321.992
§ 426	331		322
	331.1022		324
§ 823	xi		342
	313		352

§ 830	331		327
	331.1019		327.1005
§ 831	322	§ 847	329
	322.996		329.1014
	324	§ 1300	329
§ 832	322		329.1016
	324	§ 1967	331
	322.996		331.1023
	324.999		
§ 835	331.1021	<i>Code civil des Français (1804)</i>	
§ 840	323	Art. 414-3 (FR)	302.930
	323.997	Art. 489-2 (FR)	302.930
	331	Art. 1382	xi
	331.1020		6.49
§ 842	327		185
	327.1008		296
§ 843	326		296.905
	326.1005		297
§ 844	326		305
	326.1005		306
§ 845	326		308
	327		313
	327.1005		314
§ 846	326		325

	332		303
	355		303.934
Art. 1383	294		305
	295		306
	295.901		308
	296		311
	296.905		332
	305	Art. 1386	296
	306		303
	308		305
	325		306
	332		308
Art. 1384	296		311
	303		332
	303.934	Art. 1386bis (BE)	302.929
	304		
	305	<i>Codice civile del Regno d'Italia</i> (1865)	
	306	Art. 1151	332
	308		355
	311	Art. 1152	332
	332	Art. 1153	333
	333		342
	342	Art. 1154	333
Art. 1385	296	Art. 1155	333

Art. 1156	333	Art. 2046	353.1124
		Art. 2047	342.1075
<i>Codice civile</i> (1942)			351
Art. 752	360		351.1115
	360.1156		352.1117
Art. 754	360		353.1124
Art. 1176	347.1097		357
Art. 2043	xi	Art. 2048	352.1117
	185		353
	313		353.1124
	344		354
	345	Art. 2049	348
	346		348.1103
	354	Art. 2050	349
	355		349.1106
	356	Art. 2051	350
	356.1137		350.1108
	357	Art. 2053	350
Art. 2044	342.1075		350.1109
	357	Art. 2054	348
	357.1143		348.1104
Art. 2045	342.1075		349
	357	Art. 2055	360
	357.1143		360.1157

Art. 2059 329.1013

358

362

*Codice penale* (1930)

Art. 150 360

360.1155

Art. 185 358

358.1147

362

## Textes non codifiés

### ALLEMAGNE

- Zweites Gesetz zur Änderung schadenersatzrechtlicher Vorschriften vom 19. Juli 2002, Art. 2 ..... 329.1015
- Gesetz zur Neuordnung des Eheschließungsrechts (Eheschließungsgesetz – EheschlRG) vom 4. Mai 1998, Art. 1 ..... 329.1017

### BELGIQUE

- Loi du 16 avril 1935 sur la réparation de dommages causés par les déments et les anormaux, *Pasin.* 1935, p. 286 ..... 302

### FRANCE

- Loi du 9 avril 1898 concernant les responsabilités des accidents dont les ouvriers sont les victimes dans leur travail, JO 99 (10 avril 1898), p. 2209-2212 ..... 343.1079
- Loi n° 68-5 du 3 janvier 1968 portant réforme du droit des incapables majeurs, JO 2 (4 janvier 1968), p. 114-118 ..... 302
- Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs, JO 56 (7 mars 2007), texte 12 ..... 302.930

### ITALIE

- Regio Decreto 23 dicembre 1875, n. 2852, GU 300 (27 dicembre 1875), p. 7669-7670 ..... 334.1027
- Legge 17 marzo 1898, n. 80, concernente gli infortunii sul lavoro, GU 75 (31 marzo 1898), p. 1165-1170 ..... 335.1033
- Regio Decreto 24 marzo 1923, n. 601, riguardante la circoscrizione giudiziaria del Regno, GU 92 (19 aprile 1923), p. 3117-3169 ..... 334.1027



Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 262, GU 79 (4 aprile 1942), p. 7-284..... 344

UNION EUROPÉENNE

Règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement européen et du Conseil, du 11 juillet  
2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (« Rome II »),

Considérant 32.....xvi

## Jurisprudence

### COUR DE CASSATION FRANÇAISE

Ass. plén., 9 mai 1984, 79-16612, Publié au bulletin.....	302.930
Ass. plén., 9 mai 1984, 80-14994, Publié au bulletin.....	302.930
Ass. plén., 9 mai 1984, 80-93031, Publié au bulletin.....	302.930
Ass. plén., 9 mai 1984, 80-93481, Publié au bulletin.....	302.930
Ass. plén., 9 mai 1984, 82-92934, Publié au bulletin.....	302.930
Civ. 1 <sup>e</sup> , 1 déc. 2010, 09-13303, Publié au bulletin.....	xvi ; xvi.23

### COUR DE CASSATION ITALIENNE

Sez. Un. 5 luglio 2017, 16601 .....	xvi.24 ; xxi.37
-------------------------------------	-----------------

## Bibliographie

- A -

ACCURSII *Codicis DN. Iustiniani sacratissimi principis libri XII*, éd. Venetiis, 1574

ACCURSII *Institutionum sive primorum totius Iurisprudentiae elementorum libri quatuor*, éd. Venetiis, 1581

ADAR Y., « Touring the Punitive Damages Forest: A Proposed Roadmap », *ODCC* 2 (2012), p. 301-349

ALBANESE B., « Studi sulla legge Aquilia », *AUPA* 21 (1950), p. 5-343

ALBANESE B., « La sussidiarietà dell'*actio de dolo* », *AUPA* 28 (1962), p. 173-319

ALBANESE B., « Cenni sullo svolgimento storico dell'illecito privato in Roma », in A. GUARINO, L. LABRUNA (dir.), *Synthese Vincenzo Arangio-Ruiz*, 1, Napoli, Jovene, 1964, p. 104-122

ALBERTARIO E., « L'origine post classica del possesso dell'usufrutto », *BIDR* 25 (1912), p. 5-14

ALBERTARIO E., « Nota sulle azioni penali e sulla loro trasmissibilità passiva », *BIDR* 26 (1913) p. 90-132 = *Studi di diritto romano*, 4, Milano, Giuffrè, 1946, p. 369-408

ALBERTARIO E., « Le fonti delle obbligazioni e la genesi dell'art. 1097 del Codice civile », in *Studi di diritto romano*, 3, Milano, Giuffrè, 1946, p. 71-94

ALBERTINI P., *La crise de la loi – Déclin ou mutation ?*, Paris, LexisNexis, 2015

ALPA G., « Dal Code civil al Codice civile del 1942 e ai progetti di ricodificazione », in *Id.*, G. CHIODI (dir.), *Il Progetto italo-francese delle obbligazioni (1927). Un modello di armonizzazione nell'epoca della ricodificazione*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 1-42

ALPA G., « Le funzioni della responsabilità civile e i danni “punitivi”: un dibattito sulle recenti sentenze della Suprema Corte di Cassazione », *Contr. impr.* 33 (2017), 4 p. 1084-1106

- ALPA G., BESSONE M., *La responsabilità civile*, Milano, Giuffré, 1976, p. 149-166
- AMBROSETTI G., *I presupposti teologici e speculativi delle concezioni giuridiche di Grozio*, Bologna, Zanichelli, 1955
- AMELOTTI M., « 'Actiones perpetuae' e 'actiones temporales' nel processo formulare », *SDHI* 22 (1956), p. 185-227
- AMELOTTI M., *La prescrizione delle azioni in diritto romano*, Milano, Giuffré, 1958
- ANKUM H., « *Utilitatis causa receptum*. On the pragmatical methods of the Roman lawyers », in *Symbolae iuridicae et historicae Martino David dedicatae*, 1, Leiden, Ius Romanum, 1968, p. 1-31
- ANKUM H., « *Utilitatis causa receptum*. Sur la méthode pragmatique des juristes romains classiques », *RIDA* 15 (1968), p. 119-133, spéc. p. 132
- ANKUM H., « Actions by Which We Claim a Thing (*res*) and a Penalty (*poena*) in Classical Roman Law », *BIDR* 85, 1982, p. 15-39
- ANKUM H., « L'*actio de pauperie* et l'*actio legis Aquiliae* dans le droit romain classique », in *Studi in onore di Cesare Sanfilippo*, 2, Milano, Giuffré, 1982, p. 11-59
- ANKUM H., « Gaius, Theophilus and Tribonian and the Actiones Mixtae », in p. STEIN, A.D.E. LEWIS (dir.), *Studies in Justinian's Institutes in memory of J. A. C. Thomas*, London, Sweet&Maxwell, 1983, p. 4-17
- ANKUM H. « Quanti ea res erit in diebus XXX proximis dans le troisième chapitre de la *lex Aquilia* : un fantasma florentin », in *Religion, société et politique. Mélanges en hommage à Jacques Ellul*, Paris, Puf, 1983, p. 171-183
- ANKUM H., « El carácter jurídico de la *actio legis Aquiliae* en el derecho romano clásico », in *Id.*, J. E. SPRUIT, *Extravagantes. Scritti sparsi sul diritto romano*, Napoli, Jovene, 2007, p. 99-112
- ANKUM H., « *Utilitatis causa* en los trabajos de los juristas clásicos romanos », *Revista Chilena de Derecho* 43/3 (2016), p. 1121-1132
- ARANGIO-RUIZ V., *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, Jovene, 1943<sup>7</sup>

ARANGIO-RUIZ V., « La répression du vol flagrant et du non flagrant dans l'ancien droit romain », in *Id.*, *Rariora*, Roma, Edizioni di "Storia e Letteratura,,", 1946, p. 197-230

ARNDTS K. L., *Lehrbuch der Pandekten*, Stuttgart, Cotta'schen, 1883<sup>12</sup>

ARNESE A., *Maleficium. Le obbligazioni da fatto illecito nella riflessione gaiana*, Bari, Cacucci, 2011

ASTONE M. « Responsabilità civile e pluralità di funzioni nella prospettiva dei rimedi. Dall'astreinte al danno punitivo », *Contr. impr.* 34 (2018), 1, p. 276-288

AZONIS *Summa aurea recens, pristinae suae fidei restituta, ac archetypo collata*, éd. Lugduni, 1557

(AB) AZPILCUETA MARTINI *Enchiridion vel Manuale confessoriorum et poenitentium*, éd. Romae, 1623

**- B -**

BALDI UBALDI PERUSINI *iurisconsulti, Omnium suae tempestatis celeberrimi, ingenio acutissimi, sensuque profundissimi, in vii, viii, ix, x & xi Codicis libros Commentaria*, éd. Venetiis, 1578

BALDI UBALDI PERUSINI *Consiliorum sive Responsorum Volumen Tertium*, Venetiis, apud Dominicum Nicolinum & Socios, 1580

BALDI UBALDI PERUSINI *in primam Digesti veteris partem Commentaria, doctissimorum hominum aliis omnibus hactenus impressis Adnotationibus illustrata*, éd. Venetiis, Haeredes Georgii Varisci, 1616

BALZARINI M., « *De iniuria extra ordinem statui* ». *Contributo allo studio del diritto penale romano dell'età classica*, Padova, CEDAM, 1983

BARBERO D., « Criterio di nascita e criteri di propagazione della responsabilità per fatto illecito », *Riv. dir. civ.* 6 (1960), p. 572-592 = *Studi in onore di Biondo Biondi*, 4, Giuffré, Milano, 1965, p. 1-30.

BARCELLONA M., *Trattato del danno e della responsabilità civile*, Milano, UTET, 2011

BARON J., *Pandekten*, Leipzig, Duncker & Humblot, 1879

BARTOLI A SAXOFERRATO *Omnium Iuris Interpretum Antesignani Commentaria in Secundam Digesti Veteris Partem*, éd. Venetiis, 1602

BEHRENDTS O., « Das römische Gesetz unter dem Einfluß der hellenistischen Philosophie », in O. BEHRENDTS, W. SELLERT (dir.), *Nomos und Gesetz. Ursprunge und Wirkungen des griechischen Gesetzesdenkens*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1995, p. 135-249

BEINART B. « Once More on the Origin of the Lex Aquilia », *Butterworths S. Afr. L. Rev.* (1956), p. 70-80

BELLI M. M., « Punitive Damages: Their History, Their Use and Their Worth in Present-Day Society », *UMKC Law Review* 49 (1980), p. 1-23

BELLOMO M., *L'Europa del diritto comune*, Roma, Il Cigno Galileo Galilei, 1994<sup>7</sup>

BELOW K.-H., *Die Haftung für lucrum cessans im römischen Recht*, München, Beck, 1964

BENÖHR H.-P., « Außervertragliche Schadensersatzpflicht ohne Verschulden? Die Argumente der Naturrechtslehren und -kodifikationen », *ZSS RA* 93 (1976) p. 208-252

BENÖHR H.-P., « Die Redaktion der Paragraphen 823 und 826 BGB », in R. ZIMMERMANN (dir.), *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik*, Heidelberg, Müller, 1999, p. 499-547

BENVENISTE E., *Le vocabulaire des institutions indo-européennes. I: Économie, parenté, société, II. Pouvoir, droit, religion* Paris, Les Éditions de Minuit, 1969

BERTI L., « Ingiustizia del danno e dallo al patrimonio », in G. CASSANO (dir.), *Il danno alla persona*, Milano, Giuffrè, 2022<sup>2</sup>, p. 53-85

BESELER G., *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, 4, Tübingen, Mohr, 1920

- BESELER G., « Romanistische Studien », *ZSS RA* 50 (1930), p. 18-77
- BESTA E., *L'opera di Irnerio*, 2, Torino, Loescher, 1896
- BETTI E., « Le fonti d'obbligazione e i problemi storici della loro classificazione », *AG* 93 (1925), p. 267-318
- BETTI E., *Teoria generale delle obbligazioni. III. Fonti e vicende dell'obbligazione*, Milano, Giuffrè, 1954
- BETTI E. *La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi. Discorso inaugurale pronunciato nell'apertura dell'anno accademico 1918-19 nell'Università di Camerino*, Camerino, Mercuri-Miconi, 1919 = Milano, Giuffrè, 1955<sup>2</sup>
- BETTI E., *La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi*, Milano, Giuffrè, 1955
- BIELITZ G. A., *Praktischer Kommentar zum allgemeinen Landrechte für die preußischen Staaten*, 2, Erfurt, Reysersche Buchhandlung, 1824
- BIGNARDI A., « Theophr. Par. 4.3.15 : ancora sulla data della lex Aquilia », *Ann. Univ. Ferrara – Sc. Giur.* 3 (1989), p. 3-38
- BIGNARDI A., « Frangere e rumpere nel lessico normativo e nella *interpretatio prudentium* », in *Nozione, formazione e interpretazione del diritto. Studi Gallo*, 1, Napoli, Jovene, 1997, p. 11-60
- BIGNARDI A., « Gai 3.219 e il principio del *damnum corpore datum* », *AG* 220 (2000), p. 487-539
- BINDING K., *Die Normen und ihre Ubertretung: eine Untersuchung über die Rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts*, 4, Leipzig, Meiner, 1919<sup>12</sup>
- BIONDI B., « Le actiones noxales nel diritto romano classico », *AUPA* 10 (1925), p. 1-366
- BIONDI B., *Il diritto romano cristiano*, 2, Milano, Giuffrè, 1952
- BIONDI B., *Il diritto romano cristiano*, 3, Milano, Giuffrè, 1954

- BIRKS B. H., « The Early History of *iniuria* », *RHD* 37 (1969), p. 173-208
- BISCARDI A. « Sulla data della “lex Aquilia” », in *Scritti in memoria di Antonino Giuffré*, 1, Milano, Giuffré, 1967, p. 75-88
- BOERII *Decisiones Burdegalenses diligentia summa et eruditione collectae et explicatae*, éd. Lugduni, apud Barth. Vincentium, 1603
- BÖHMERS *Doctrina de actionibus ad praxin hodiernam accomodata*, Halae Magdeburgicae, Officina Libraria Rengeriana, 1725
- BONDON M.-S., *Le principe de réparation intégrale du préjudice. Contribution à une réflexion sur l’articulation des fonctions de la responsabilité civile*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d’Aix-Marseille, 2020
- BONFANTE P., *Corso di diritto romano. IV. Le obbligazioni (dalle lezioni)*, Milano, Giuffré, 1979
- BONTEMS C., « Les dommages et intérêts dans les lois barbares », *RHDFE* 47 (1969), p. 454-473
- BONVICINI E., *La responsabilità per i danni nel diritto delle obbligazioni*, Milano, Giuffré, 1963
- BORÉ L., « Le recours entre coobligés *in solidum* », *La semaine juridique – Édition générale*, 1967, 2126
- BRASIELLO U., *Corso di diritto romano. Atto illecito, pena e risarcimento del danno*, Milano, Giuffré, 1957
- BRAUNEDER W., « Der historische Charakter des österreichischen ABGB und seine Weiterentwicklung 1812–1987 », in G. HAMZA (dir.), *Studien zum römischen Recht in Europa*, Budapest, U. Eotvos Lorand, 1992, p. 134-238
- BUCKLAND W. W., *A Text-Book of Roman Law from Augustus to Justinian*, Cambridge, Cambridge University Press, 1963<sup>3</sup>
- BULGARI *ad Digestorum titulum De diversis regulis iuris antiqui Commentarius, et Placentini ad eum additiones sive exceptiones*, éd. Bonnae, Henry & Cohen, 1856
- BUSNELLI F. D., *La lesione del credito da parte di terzi*, Milano, Giuffré, 1964



BUSNELLI F. D., « La funzione deterrente e le nuove sfide della responsabilità civile », in P. SIRENA (dir.), *La funzione deterrente della responsabilità civile alla luce delle riforme straniere e dei Principles of European Tort Law*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 37-60

BUSSANI M., INFANTINO, M., « Tort Law and Legal Cultures », *AJCL* 63 (2015), p. 77-108

BUSSANI M. « Le funzioni delle funzioni della responsabilità civile », *Riv. dir. civ.* 68 (2022), 2, p. 264-306

BUSSI E., *La formazione dei dogmi del diritto privato nel diritto comune (diritti reali e diritti di obbligazione)*, Padova, CEDAM, 1937

BYDLINSKI F., *Probleme der Schadenverursachung nach deutschem und österreichischem Recht*, Stuttgart, Ferdinand Enke, 1964

- C -

(VON) CAEMMERER E., *Wandlungen des Deliktsrechts*, Karlsruhe, Müller, 1964

CAILLAU D. A. B. (dir.), *Collectio selecta SS. Ecclesiae Patrum*, 126, Parisiis, Parent-Desbarres, 1838

CALABRESI G., *The Costs of Accidents. A Legal and Economical Analysis*, New Haven, Yale University Press, 1970

CALABRESI G., « Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts », *Yale Law Journal* 70 (1971), p. 499-553

CALABRESI G., « The Complexity of Torts. The case of punitive damages », in M. STUART MADDEN, *Exploring Tort Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, p. 333-351

CALAMANDREI P., « Il risarcimento dei danni non patrimoniali nella nuova legislazione penale », *Riv. it. dir. pen.* 9 (1931), p. 171-182

CAMBY C., *Wergeld ou uueregildus. Le rachat pécuniaire de l'offense entre continuités romaines et innovations germanique*, Genève, Droz, 2013

CANNATA C. A., « Delitto e obbligazione », in *Illecito e pena privata in età repubblicana*, Atti del convegno internazionale di diritto romano, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1992 = L. VACCA (dir.), *Scritti scelti di diritto romano*, 1, Torino, Giappichelli, 2011, p. 587-604

CANNATA C. A., *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*, Catania, Torre, 1996

CANNATA C. A., « Il danno risarcibile nel diritto romano », in L. VACCA (dir.), *Il danno risarcibile. Congresso internazionale ARISTEC, Baia delle Zagare 14-16 giugno 2007*, Napoli, Jovene, 2011, p. 9-46

CANNATA C. A., « Considerazioni sul testo e la portata originaria del secondo capo della «lex Aquilia» », *Index* 22 (1994) = L. VACCA (dir.), *Scritti scelti di diritto romano*, 2, Torino, Giappichelli, 2012, p. 119-129

CANNATA C. A., « Il terzo capo della *lex Aquilia* », *BIDR* 98-99 (1995-1996) = L. VACCA (dir.), *Scritti scelti di diritto romano*, 2, Torino, Giappichelli, 2012, p. 239-274

CANNATA C. A., « Sul testo della *lex Aquilia* e sulla sua portata originaria », in L. VACCA (dir.), *La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica. Madrid, 7-10 ottobre 1993*, Torino, Giappichelli, 1995, p. 25-57 = *Scritti scelti di diritto romano*, 2, Torino, Giappichelli, 2012, p. 153-182

CANNATA C. A., « Sul testo originale della *lex Aquilia*: premesse e ricostruzione del primo capo », *SDHI* 58 (1992) = L. VACCA (dir.), *Scritti scelti di diritto romano*, 2, Torino, Giappichelli, 2012, p. 1-22

CARBASSE J.-M., *Manuel d'introduction historique au droit*, Paris, PUF, 2002<sup>2</sup>

CARDASCIA G., « La portée primitive de la Loi Aquilia », in *Daube Noster. Essays in Legal History for David Daube*, Edinburgh and London, Scottish Academic Press, 1974, p. 53-75

CARRELLI O., « La legittimazione attiva dell'«*actio legis Aquiliae*, », *RISG* 9 (1934), p. 356-420

- CARVAL S., *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, Paris, LGDJ, 1995
- CARVAL S., « Les manifestations occultes », in D. FENOUILLET (dir.), *Flexibles notions. La responsabilité civile*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2020, p. 159-162
- CASCIO S. O., *Teoria della responsabilità per colpa. Osservazioni critiche*, Milano, Giuffré, 1938
- CASTELLARI P. G., « Della lex Aquilia ossia del danno dato », *AG* 22 (1879), p. 305-433
- CATTALANO-CLOAREC G., « Lo stato dell'arte del risarcimento punitivo nel diritto francese », *Contr. impr. Eur.* 22 (2017), p. 12-27
- CAZZETTA G., *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico (1865-1914)*, Milano, Giuffré, 1991
- CERAMI P., « La responsabilità extracontrattuale dalla compilazione di Giustiniano ad Ugo Grozio », in L. VACCA (dir.), *La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica*, Torino, Giappichelli, 1995, p. 103-122
- CHABAS F., *L'influence de la pluralité de causes sur le droit à réparation*, Paris, LGDJ, 1967
- CHEVREAU E., « Quelques brèves réflexions sur la responsabilité noxale en droit romain », in L. OTIS-COUR (dir.), *Histoires de famille. À la convergence du droit pénal et des liens de parenté*, Limoges, Pulim, 2012, p. 33-53
- CHIAZZESE L., « Confronti testuali. Contributo alla dottrina delle interpolazioni giustiniane », *AUPA* 16 (1931), p. 3-554
- CHIODI G., « “Innovare senza distruggere”: il progetto italo-francese di Codice delle obbligazioni e dei contratti (1927) », in O. TROIANO, G. RIZZELLI, M. N. MILETTI, *Harmonisation Involves History? Il diritto privato europeo al vaglio della comparazione e della storia*, Milano, Giuffré, 2004 = G. ALPA, G. CHIODI (dir.), *Il Progetto italo-francese delle obbligazioni (1927). Un modello di armonizzazione nell'epoca della ricodificazione*, Milano, Giuffré, 2007, p. 43-146

CHIRONI G., P., *Della responsabilità dei padroni e della garanzia contro gli infortunii del lavoro*, Siena, Torrini, 1884

CHIRONI G. P., *La colpa nel diritto civile odierno. Colpa contrattuale*, Roma-Torino-Firenze, Bocca, 1884

CHIRONI G. P., *La colpa nel diritto civile odierno. Colpa extra-contrattuale (Aquiliana)*, 1, Roma-Torino-Firenze, Bocca, 1886

CHIRONI G. P., *La colpa nel diritto civile odierno. Colpa extracontrattuale*, 2, Torino, Bocca, 1906<sup>2</sup>

CHIRONI G. P., commentaire au jugement du préteur de Rome, audience du 17 décembre 1912, *Foro it.* 38-1 (1912), c. 903-911

CHRISTINAEI PAULI *Practicarum quaestionum rerumque in supremis Belgicarum Curiiis iudicatarum observatarumque Volumen II. III. & IV.*, éd. Antverpiae, Verdussen, 1661

CIAN G., *Antigiuridicità e colpevolezza. Saggio per una teoria della responsabilità civile*, Padova, CEDAM, 1966

CIATTI CAIMI A., «I danni punitivi e quello che non vorremmo sentirci dire dalle Corti di *common law*», *Contr. impr. Eur.* 22 (2017), p. 1-11

CIMBALI E., *La nuova fase del diritto civile nei rapporti economici e sociali con proposte di riforma della legislazione civile vigente*, Torino, UTET, 1885

COASE R. H., «The Problem of Social Cost», *JLE* 3 (1960), p. 1-44

COCCEJI SAMUELIS *Juris civilis controversi pars II*, éd. Francofurti & Lipsiae, Officina Weidmanniana, 1790

COGLIOLO P., *La teoria dell'evoluzione darwinistica nel diritto privato*, Camerino, Tipografia Savini, 1882

COLIN A., CAPITANT H., *Précis de droit civil*, 2, Paris, Dalloz, 1943<sup>7</sup>

COMPORITI M., *Esposizione al pericolo e responsabilità civile*, Napoli, Morano, 1965

COMPORITI M., *Fatti illeciti. Le responsabilità presunte (artt. 2044-2048)*, in F. D. BUSNELLI, *Il Codice civile. Commentario*, Milano, Giuffrè, 2002

COMPORITI M., « Nuovi orientamenti giurisprudenziali sulla responsabilità dei genitori ex art. 2048 c.c. », in *Danno e resp.* 4 (2002) = *Id.*, S. MONTICELLI (dir.), *Studi in onore di Ugo Majello*, 1, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2005, p. 443-460

CONDORELLI O., « Norma giuridica e norma morale, giustizia e *salus animarum* secondo Diego de Covarrubias », *RIDC* 19 (2008), p. 163-203

CONDORELLI O., « Consuetudini delle città di Sicilia e restituzione dei ‘male ablata’. Tra ‘ius proprium’ e ‘utrumque ius’ », in L. BERKVENNS, J. HALLEBEEK, G. MARTYN, P. NÈVE, *Recto ordine procedit magister. Liber amicorum E. C. Coppens*, Bruxelles, Koninklijke Vlaamse Academie van België voor Wetenschappen en Kunsten, 2012, p. 55-91

CORBINO A., « *Actio directa, actio utilis e actio in factum* nella disciplina giustiniana del danno aquiliano », in *Studi per Giovanni Nicosia*, 3, Milano, Giuffrè, 2007, p. 1-43

CORBINO A. *Il danno qualificato e la lex Aquilia*, Padova, CEDAM, 2008<sup>2</sup>

CORBINO A., « Antigiuridicità e colpevolezza nella previsione del plebiscito aquiliano », *SDHI* 75 (2009), p. 77-111

COURDAVEAUX V., *Les Entretiens d'Épictète recueillis par Arrien*, Paris, Perrin, 1908, p. 312

COVARRUBIAS A LEYVA DIDACI *Regulae, Peccatum, 6 Relectio*

CROOK J. A., « Lex Aquilia », *Athenaeum* 62 (1984), p. 67-77

CUIACII JACOBI *j. c. praestantissimi Tomus sextus vel tertius operum postumorum*, éd. Neapoli, Michaelis Aloysii Mutio, 1722

CUIACII IACOBI *Observationum et Emendationum libri XXVIII*, éd. Halae, Impensis Orphanotrophei, 1737

CUQ E., *Manuel des institutions juridiques des Romains*, Paris, Plon-LGDJ, 1917

CURSI M. F., *Iniuria cum damno. Antigiuridicità e colpevolezza nella storia del danno aquiliano*, Milano, Giuffrè, 2002

CURSI M. F., « Per una storia critica della tutela aquiliana dei diritti assoluti », in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, 2, Napoli, Jovene, 2006, p. 23-126

CURSI M. F., « La formazione delle obbligazioni *ex delicto* », *RIDA* 58 (2011), p. 143-173

CURSI M. F., « Dalla tipicità della tutela del danno extracontrattuale alle clausole generali di responsabilità », in G. SANTUCCI (dir.), *Fondamenti del diritto europeo. Seminari trentini*, Napoli, Jovene, 2012, p. 5-91

CURSI M. F., « Roman Delicts and the Construction of Fault », in A. J. MCGINN (dir.), *Obligations in Roman Law : Past, Present, and Future*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 2012, p. 296-319

CURSI M. F., « Gli illeciti privati », in *Ead.* (dir.), *XII Tabulae. Testo e commento*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2018, p. 561-646

CURSI M. F., *Danno e responsabilità extracontrattuale nella storia del diritto privato*, Napoli, Jovene, 2021<sup>2</sup>

CUTURI T., « Delle recenti discussioni sul metodo nello studio del diritto civile italiano », *AG* 39 (1887), p. 269-309

CYNI PISTORIENSIS *Lectura super Codice*, éd. Roma, Il Cigno Galileo Galilei, 1998

#### - D -

D'ALÈS T., TERDJMAN L., « L'introduction envisagée de mécanismes répressifs dans le droit de la responsabilité civile : le Rubicon sera-t-il franchi ? », *AJ Contrat* 2 (2017), p. 69-73

D'ARIENZO M., *L'obbligo di riparazione del danno in diritto canonico. Percorsi di ricerca*, Cosenza, Pellegrini, 2013

- DALCQ R. O., *Traité de la responsabilité civile*, 2, in *Les Nouvelles. Corpus Juris Belgici*, Droit Civil, 5.2, Bruxelles, Larcier, 1962
- DAUBE D., « On the Third Chapter of the Lex Aquilia », *LQR* 52 (1936), p. 253-268
- DAUBE D., « On the use of the term *Damnum* », in *Studi in onore di Siro Solazzi*, Napoli, Jovene, 1949, p. 93-156
- DAUBE D., *Roman Law: Linguistic, Social and Philosophical Aspects*, Edimburgh, Edimburgh University Press, 1969
- DE BARBEYRAC J., *Le droit de la nature et des gens*, Amsterdam, Briasson, 1734
- DE BERTOLIS O., TODESCAN F. (dir.), *Tommaso d'Aquino*, Padova, CEDAM, 2003
- DE CLERCQ A., *Code civil général de l'Empire d'Autriche*, Paris, Joubert (Rennes, Blin), 1837
- DE CUPIS A., *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, Milano, Giuffré, 1979<sup>3</sup>
- DE FRANCISCI P., *Studii sopra le azioni penali e la loro intrasmissibilità passiva*, Milano, Cogliati, 1912
- DE LA GRASSERIE R., *Code civil allemand*, Paris, Pedone, 1910<sup>3</sup>
- DE LACY P. H., « The Four Stoic Personae », *Illinois Classical Studies* 2 (1977), p. 163-172
- DE MENECH C., *Le prestazioni pecuniarie sanzionatorie. Studio per una teoria dei danni punitivi*, Padova, CEDAM, 2019
- DE PAGE H., *Traité élémentaire de droit civil belge*, 2, Bruxelles, Bruylant, 1964<sup>3</sup>
- DE ROBERTIS F. M., *Damnum iniuria datum*, 1, Bari, Cacucci, 2000
- DE ROBERTIS F. M., *Damnum iniuria datum*, 2, Bari, Cacucci, 2002
- DE VIO THOMAE *Cardinalis Cajetani ad Secundam Secundae*, éd. Patavii, Typographia Seminarium, 1698
- DE VISSCHER F., « Les origines de l'obligation "ex delicto" », *RHDFE* 7 (1928), p. 335-386

DE VISSCHER F., « L'extension du régime de la noxalité aux délits prévus par la lex Aquilia », in M. DAVID, B. A. VAN GRONINGEN, E. M. MEIJERS, *Symbolae ad ius et historiam antiquitatis pertinentes Iulio Christiano Van Oven dedicatae*, Leiden, Brill, 1946, p. 307-312

DE VISSCHER F., *Le régime romain de la noxalité. De la vengeance collective à la responsabilité individuelle*, Bruxelles, A. de Visscher, 1947

DE VISSCHER F., « Il sistema romano della noxalità », *Iura* 11 (1960), p. 1-68

DECOCK W., *Theologians and Contract Law. The Moral Transformation of the Ius Commune*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2013

DECOCK W., *Le marché du mérite. Penser le droit et l'économie avec Léonard Lessius*, Le Kremlin-Bicêtre, Zones Sensibles, 2019

DECOCK W., BIRR, C., *Recht und Moral in der Scholastik der frühen Neuzeit 1500-1750*, Berlin-Boston, De Gruyter, 2016

DEKKERS R., « Des ordalies en droit romain », *RIDA* 1 (1948), p. 55-78

DEKKERS R., *Précis de droit civil belge*, 2, Bruxelles, Bruylant, 1955

DEL POZZO M., « Il rapporto tra delitto e peccato nell'attualità del diritto canonico », *Ius canonicum* 53 (2013), p. 199-224

DELLACASA M., « Punitive damages, risarcimento del danno, sanzioni civili: un punto di vista sulla funzione deterrente della responsabilità aquiliana », *Contr. impr.* 33 (2017), 4, p. 1142-1186

DEMOGUE R., *Traité des obligations en général*, 4, Paris, Arthur Rousseau, 1924

DENZER H., *Moralphilosophie und Naturrecht bei Samuel Pufendorf*, München, Beck, 1972

DERNBURG H., *Pandekten*, 2, Berlin, Müller, 1886

DERNBURG H., *Pandekten*, 2, Berlin, Müller, 1889<sup>2</sup>

DEROUSSIN D., *Histoire du droit des obligations*, Paris, Economica, 2012<sup>2</sup>



DESANTI L., *La legge Aquilia. Tra verba legis e interpretazione giurisprudenziale*, Torino, Giappichelli, 2015

DESCAMPS O., *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le Code civil de 1804*, Paris, LGDJ, 2005

DESCAMPS O., « L'influence du droit canonique médiéval sur la formation d'un droit de la responsabilité », in O. CONDORELLI, F. ROUMY, M. SCHMOECKEL (dir.), *Der Einfluss der Kanonistik auf die europäische Rechtskultur*, 1, Köln-Weimar-Wien, Böhlau, 2009, p. 137-167

DESCAMPS O., « Étude comparative de la responsabilité civile dans le Code civil de 1804 et l'ABGB », in F.-S. MEISSEL, L. PFISTER, *Le Code civil autrichien (ABGB). Un autre bicentenaire (1811-2011)*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2015, p. 89-104

DEZZA E., *Lezioni di storia della codificazione civile. Il Code civil (1804) e l'Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB, 1812)*, Torino, Giappichelli, 2000<sup>2</sup>

DÍAZ BAUTISTA A., « La función reipersecutoria de la *poena ex lege Aquilia* », in A. MURILLO VILLAR (dir.), *La responsabilidad civil. De Roma al derecho moderno: IV Congreso Internacional y VII Congreso Iberoamericano de Derecho Romano*, Burgos, Universidad de Burgos, 2001, p. 269-284

DIESELHORST M., *Die Lehre des Hugo Grotius vom Versprechen*, Weimar, Hermann Bohlau, 1959, p. 4-30

DOLEZALEK G., « The Moral Theologians' Doctrine of Restitution and its Juridification in the Sixteenth and Seventeenth Centuries », in *Unjustified Enrichment. Essays in honour of Wouter de Vos (Acta Juridica 1992)*, Cape Town-Wetton-Johannesburg, Juta & Co, p. 104-114

DOMAT J., *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, éd. Paris, Savoye, 1756

DONATI B., *Dottrina pitagorica e aristotelica della giustizia*, Modena, A. F. Formiggini, 1911

DONATUTI G., « Di un punto controverso in materia di stipulazione penale », *SDHI* 1 (1935), p. 299-306

DONELLI HUGONIS *iurisconsulti et antecessoris Opera Omnia*, 10, éd. Lucae, Riccomini, 1766

DONELLI HUGONIS *iurisconsulti et antecessoris Opera Omnia commentariorum de jure civili*, 4, éd. Maceratae, Officina Benedicti q. Antonii Cortesi, 1830

DREYER E., « Propos critiques sur l'amende civile », in D. FENOUILLET (dir.), *Flexibles notions. La responsabilité civile*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2020, p. 163-171

DUPREE JR. T. H., « Punitive Damages and the Constitution », *Louisiana Law Review* 70 (2010), p. 421-434

DUVE T., « La teoría de la restitución en Domingo de Soto: Su significación para la Historia del Derecho Privado Moderno », in J. CRUZ CRUZ (dir.), *La ley natural como fundamento moral y jurídico en Domingo de Soto*, Pamplona, EUNSA, 2007, p. 181-197

DUVE T., « Kanonisches Recht und die Ausbildung allgemeiner Vertragslehre in der spanischen Spätscholastik », in O. CONDORELLI, F. ROUMY, M. SCHMOECKEL (dir.), *Der Einfluss der Kanonistik auf die europäische Rechtskultur*, 1, Köln-Weimar-Wien, Böhlau, 2009, p. 389-408

DUVE T., EGIO J. L., BIRR C., (dir.), *The School of Salamanca: A Case of Global Knowledge Production*, Leiden, Brill, 2021

- E -

EISENBERG T., HEISE M., WATERS N. L., WELLS M. T., « The Decision to Award Punitive Damages: An Empirical Study », *JLA* 2 (2010), p. 577-620

ERDÖ P., « Foro interno e foro esterno nel diritto canonico », *Periodica de re canonica* (2006), p. 3-35

ERNST W., *Justinian's Digest 9.2.51 in the Western Legal Canon. Roman Legal Thought and Modern Causality Concepts*, Cambridge, Intersentia, 2019

ERNST W., « The politics of the *lex Aquilia*. Reparation disputes in the battle of the orders: the quest for fair trials », *RHD* 90 (2022), p. 1-38

- F -

FABRI IOANNIS *iurisconsulti clarissimi Galliarumque Cancellarii Supremi, atque omnium concessu subtilissimi, summique caussarum Patroni in quattuor libros Institutionum eruditissima Commentaria*, éd. Venetiis, apud Altobellum Salicatum, 1572

FALCHI G. F., *Diritto penale romano (dottrine generali)*, Treviso, Vianello, 1930

FEENSTRA R., « Théories sur la responsabilité civile en cas d'homicide et en cas de lésion corporelle avant Grotius », in *Études d'histoire du droit privé offertes à Pierre Petot*, Paris, LGDJ, 1959, p. 157-171

FEENSTRA R., « L'influence de la Scolastique espagnole sur Grotius en droit privé : quelques expériences dans des questions de fond et de forme, concernant notamment les doctrines de l'erreur et de l'enrichissement sans cause », in P. GROSSI (dir.), *La seconda scolastica nella formazione del diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1973, p. 377-402

FEENSTRA R., « Impossibilitas and clausula rebus sic stantibus. Some Aspects of Frustration of Contract in Continental Legal History up to Grotius », in *Id.*, *Fata Iuris Romani. Études d'Histoire du Droit*, Leiden, Presse Universitaire de Leyde, 1974, p. 364-391

FEENSTRA R., « L'*actio legis Aquiliae utilis* en cas d'homicide chez les glossateurs », *Studia Gratiana* 8 (1979), p. 45-65

FEENSTRA R., « Das Deliktsrecht bei Grotius, insbesondere der Schadensersatz bei Tötung und Körperverletzung », in *Id.*, R. ZIMMERMANN (dir.), *Das römisch-holländische Recht. Fortschritte des Zivilrechts im 17. und 18. Jahrhundert*, Berlin, Duncker & Humblot, 1992, p. 429-454

FEENSTRA R., « Grotius' Doctrine of Unjust Enrichment as a Source of Obligation: its Origin and its Influence in Roman-Dutch Law », in E. J. H. SCHRAGE (dir.),

*Unjust Enrichment. The Comparative Legal History of the Law of Restitution*, Berlin, Duncker & Humblot, 1999, p. 197-236

FEENSTRA R., « Grotius' Doctrine of Liability for Negligence: its Origin and its Influence in Civil Law Countries until Modern Codifications », in E. J. H. SCHRAGE, *Negligence. The Comparative Legal History of the Law of Torts*, Berlin, Duncker & Humblot, 2001, p. 129-170

FEHI I. GUILDORFENSIS *Corpus Iuris Civilis Iustiniani, cum commentariis Accursiis, scholiis Contii, et D. Gothofredi lucubrationibus ad Accursium*, Lugduni, 1627

FERRANTE A., *La responsabilità civile dell'insegnante e del genitore*, Milano, Giuffré, 2008

FERRARIS LUCII *Prompta Bibliotheca canonica, juridica, moralis, theologica nec non ascetica, polemica, rubricistica, historica*, 2, éd. Romae, Barbiellini, 1785

FERRARY J.-L., « Lex Cornelia de sicariis et veneficis », *Athenaeum* 1 (1991), p. 417-434

FERRINI C., « Sulle fonti delle Istituzioni di Giustiniano », *BIDR* 13, 1901 = E. ALBERTARIO (dir.), *Opere di Contardo Ferrini*, 2, Milano, Hoepli, 1929, p. 307-419

FERRINI C., « La legittimazione attiva nell'actio legis Aquiliae », *RISG* 12 (1891), p. 161-189 = V. ARANGIO-RUIZ (dir.), *Opere di Contardo Ferrini*, 5, Milano, Hoepli, 1930, p. 191-219

FERRINI C., *Diritto penale romano*, éd. Roma, "l'Erma" di Bretschneider, 1976

FINKENAUER T. « Pönale Elemente der *lex Aquilia* », in R. GAMAUF (dir.), *Ausgleich oder Buße als Grundproblem des Schadenersatzrechts von der lex Aquilia bis zur Gegenwart. Symposium zum 80. Geburtstag von Herbert Hausmaninger*, Wien, Manz, 2017, p. 35-71

FIORAVANTI M., « Fine o metamorfosi? », in P. ROSSI (dir.), *Fine del diritto?*, Bologna, Il Mulino, 2009, p. 53-62

FIORILLO V., « Verbrechen und Sünde in der Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs », in B. GEYER, H. GOERLICH (dir.), *Samuel Pufendorf und seine Wirkungen bis auf die heutige Zeit*, Baden-Baden, Nomos, 1996, p. 99-116

FORCHIELLI P., *Responsabilità civile*. Lezioni raccolte a cura del Dott. Alberto Villani, 1, Padova, CEDAM, 1968

FORSCHNER M., *Über das Glück des Menschen*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1993, p. 45-79

FORSCHNER M., « Le Portique et le concept de personne », in G. ROMEYER DHERBEY, J.-B. GOURINAT (dir.), *Les stoïciens*, Paris, Vrin, 2005, p. 293-317

FRANZONI M., *Dei fatti illeciti. Art. 2043-2059*, in F. GALGANO (dir.), *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca*, Bologna, Zanichelli, 1993

FRANZONI M., « Quale danno punitivo », *Contr. impr.* 33 (2017), 4, p. 1107-1121

FRANZONI M., *Fatti illeciti*, in G. DE NOVA (dir.), *Commentario del Codice Civile e codici collegati Scialoja-Branca-Galgano*, Bologna, Zanichelli, 2020<sup>2</sup>

FREZZA P., « Ordalia e legis actio sacramento », *SCO* II (1953), p. 63-68

FUHRMANN M., « Persona. Ein römischer Rollenbegriff », in O. MARQUARD, K. STIERLE (dir.), *Identität*, München, Brill/Fink, 1979, p. 83-106

- G -

GALEOTTI S., « *Rupit, rupitias, noxia, damnum*: il danneggiamento nella normativa preaquiliana », *SDHI* 80 (2014), p. 229-273

GALEOTTI S., *Ricerche sulla nozione di damnum. I. Il danno nel diritto romano tra semantica e interpretazione*, Napoli, Jovene, 2015

GALLO P., *Pene private e responsabilità civile*, Milano, Giuffré, 1996

GAUDEMET-TALLON H., « De la conformité des dommages-intérêts punitifs à l'ordre public », *Rev. crit. DIP* 1 (2011), p. 93-101

GAUDENZI A., *Bibliotheca Iuridica Medii Aevi. Scripta anecdota glossatorum*, 3, Bononiae, Monti, 1901

GERKE T. J., « Geschichtliche Entwicklung der Bemessung der Ansprüche aus der ‚lex Aquilia‘ », *SDHI* 23 (1957), p. 61-118

GERKENS J.-F., « *Aequae perituris...* ». *Une approche de la causalité dépassante en droit romain classique*, Liège, Collection Scientifique de la Faculté de Droit de Liège, 1997

GERKENS J.-F., « De l'origine criminelle des obligations », in M. BORN, F. KÉFER, A. LEMAÎTRE, G. KELLENS, *Une criminologie de la tradition à l'innovation : en hommage à Georges Kellens*, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 131-138

GERKENS J.-F., « Réflexions sur le *damnum*: *Damnum* et dommage, l'histoire de deux faux amis ? », in A. RUELLE, M. BERLINGIN (dir.), *Le droit romain d'hier à aujourd'hui. Collationes et oblationes: Liber amicorum en l'honneur du professeur Gilbert Hanard*, Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, 2009, p. 79-99

GIANTURCO E., « Gli studi di diritto civile e la questione del metodo in Italia », in *Id.*, *Opere giuridiche*, Roma, La libreria dello Stato, 1947, p. 3-19

GILL C., « Personhood and Personality: the four-*personae* theory in Cicero, *De officiis* I », *Oxford Studies in Ancient Philosophy* 6 (1988), p. 169-199

GILL C., « The School in the Roman Imperial Period », in B. INWOOD (dir.), *The Cambridge Companion to the Stoics*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p. 33-58

GIOFFREDI C., *Contributi allo studio del processo civile romano (note critiche e spunti ricostruttivi)*, Milano, Giuffré, 1947

GIRARD F., *Manuel élémentaire de droit romain*, Paris, Rousseau, 1906<sup>4</sup>

GIUNTI P., « Friendship, Virtue, Politics. A Never-Ending Debate in the Light of Cicero's *Amicitia* », in L. FRANCHINI (dir.), *Armata Sapientia. Scritti in onore di Francesco Paolo Casavola in occasione dei suoi novant'anni*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, p. 465-475

GIUSTO M., « Per una storia del *litem suam facere* », *SDHI* 71 (2005), p. 457-473

GLÜCK C. F., *Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld. Ein Commentar für meine Zuhörer*, 4.2, Erlangen, Johann Jacob Palm, 1797

GORDLEY J., *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine* Oxford, Clarendon Press, 1991

GORDLEY J., « Tort Law in the Aristotelian Tradition », in D. G. OWEN (dir.), *The Philosophical Foundations of Tort Law*, Oxford, Clarendon Press, 1995, p. 131-158

GORDLEY J., « The Moral Foundations of Private Law », *The American Journal of Jurisprudence* 47 (2002), p. 1-23

GORDLEY J., *Foundations of Private Law. Property, Tort, Contract, Unjust Enrichment*, Oxford, Oxford University Press, 2006

GORDON W. M., « Dating the *Lex Aquilia* », *Acta Juridica* (1976), p. 315-321

GOULET-CAZÉ M.-O. (dir.), *Vies et doctrines des philosophes illustres*, Paris, Le Livre de Poche, 1999<sup>2</sup>

GOURINAT J.-B., « La disparition et la reconstitution du Stoïcisme : éléments pour une histoire », in G. ROMÉYER DHERBEY, J.-B. GOURINAT (dir.), *Les stoïciens*, Paris, Vrin, 2005, p. 13-28

GOURINAT J.-B., BARNES J., « Introduction », in *Id.* (dir.), *Lire les stoïciens*, Paris, PUF, 2009, p. 5-20

GRONDONA M., *La responsabilità civile tra libertà individuale e responsabilità sociale. Contributo allo studio sui «risarcimenti punitivi»*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2017

(DE) GROOT H., *Inleiding tot de Hollandsche Rechtsgeleerdheid*, éd. Middelburg, Pieter Gillissen, 1767

GROSSI P., *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2015

GROSSO G. « La distinzione tra “res corporales” e “res incorporales” e il secondo capo della “lex Aquilia” », in A. GUARINO, L. LABRUNA (dir.), *Syntelesia Arangio-Ruiz*, 2, Napoli, Jovene, 1964, p. 791-793

GROTII HUGONIS *De Iure Belli ac Pacis libri tres*, éd. Amstelaedami, apud Janssonio-Waesbergios, 1680

GROTII HUGONIS *Defensio fidei catholicae De satisfactione Christi*, éd. Lipsiae, Fromman, 1730

GROU J.-N., *L'État ou la République de Platon*, Paris, Charpentier, 1849

GRUEBER E., *The Roman Law of Damage to Property*, Oxford, Clarendon Press, 1886

GUARINO A., *Diritto privato romano*, Napoli, Jovene, 1984<sup>7</sup>

GULIELMI DURANDI *Speculi pars Tertia & Quarta, una cum Io. Andreae, ac Baldi Doctorum in utraque iurium facultate longe praestantissimorum theorematibus, faustissimo impressa sidere relucet*, éd. Lugduni, 1547

GUZMÁN BRITO A., *El derecho como facultad en la Neoescolástica del siglo XVI*, Madrid, Iustel, 2009

- H -

HALLEBEEK J., «Traces of Canon Law in Thomas Aquinas' Doctrine of *Lex Naturalis*», in H. J. M. SCHOOT (dir.), *Jaarboek 1991-1992 Thomas Instituut te Utrecht*, Utrecht, Mercken, 1993, p. 45-68

HALLEBEEK J., *The Concept of Unjust Enrichment in Late Scholasticism*, Nijmegen, Gerard Noodt Instituut, 1996

HALLEBEEK J., «Specific Performance in Obligations to Do According to Early Modern Spanish Doctrine», in Id., H. DONDORP (dir.), *The Right to Specific Performance. The Historical Development*, Cambridge, Intersentia, 2010, p. 57-79

HANDFORD P. R., «Moral Damage in Germany», *ICLQ* 27 (1978), p. 849-875

HATTENHAUER H., *Grundbegriffe des bürgerlichen Rechts. Historisch-dogmatische Einführung*, München, Beck, 1982

HAUSMANINGER H., *Das Schadenersatzrecht in der lex Aquilia*, Wien, Manz, 1987



- HAUSMANINGER H., « Le Code civil autrichien de 1812 et le droit romain des délits », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique* 19 (1998), p. 189-213
- HEALY N. M., *Thomas Aquinas. Theologian of the Christian Life*, Aldershot, Ashgate, 2003
- HEGEL G. W. F., *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Leipzig, Felix Meiner, 1911
- HENRY X., ANCEL P., VENANDET G., WIEDERKEHR G., TISSERAND-MARTIN A., GUIOMARD P. (dir.), *Code civil annoté 2022*, Paris, Dalloz, 2021<sup>121</sup>
- HONORÉ A. M., « Linguistic and social context of the *Lex Aquilia* », *The Irish Jurist* 7 (1972), p. 138-150
- HONORÉ A. M., *Tribonian*, London, Duckworth, 1978
- HONORÉ A. M., *Ulpian: pioneer of human rights*, Oxford, Oxford University Press, 2002<sup>2</sup>
- HUGO H. R., *Lehrbuch des Naturrechts*, Berlin, August Mylius, 1819<sup>4</sup>
- HUGUENEY L., *L'idée de peine privée en droit contemporain*, Paris, LGDJ, 1904
- HUMBERT M., *La loi des XII Tables. Édition et commentaire*, Rome, École française de Rome, 2018

- I -

- ILIFFE J. A., « Thirty days hath Lex Aquilia », *RIDA* 5 (1958), p. 493-506
- IMPALLOMENI G., « Sull'obbligo del debitore alla conservazione degli oggetti promessi alternativamente », *SDHI* 25 (1959), p. 55-93
- INNOCENTII QUARTI PONTIFICIS MAXIMIS *in quinque libros decretalium Apparatus seu Commentaria*, éd. Lugduni, 1577
- IOANNIS SARESBERIENSIS *Metalogicus*, éd. Parisiis, Beys, 1610
- IRTI N., *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, Laterza, 2004

ISNARDI PARENTE M., « Introduzione », in *Ead.* (dir.), *Stoici antichi*, 1, Torino, UTET, 1989, p. 1-74

- J -

JANSEN N., « Von der Restitutionslehre der Spanischen Spätscholastik zu einem europäischen Recht nichtvertraglicher Schuldverhältnisse? », *RabelsZ* 76 (2012), p. 921-946

JANSSEN A., « The Recognition and Enforceability of US-American Punitive Damages Awards in Germany and Italy: Forever Divided? », *Contr. Impr. Eur.* 22 (2017), p. 43-51

(VON) JHERING R. *Das Schuldmoment im römischen Privatrecht*, Giessen, Emil Roth, 1867

(VON) JHERING R., *Geist des römischen Rechts*, trad. fr. O. DE MEULENAERE, *L'esprit du droit romain*, 1, Paris, Marescq, 1880

JOLOWICZ H. F., « The Original Scope of the *Lex Aquilia* and the Question of Damages », *LQR* 38 (1922), p. 220-230

JOSSA G., « Epitteto e i cristiani », in *Id.*, *Giudei, pagani e cristiani. Quattro saggi sulla spiritualità nel mondo antico*, Napoli, Associazione di studi tardoantichi, 1977

JOSSA G., *I cristiani e l'Impero romano. Da Tiberio a Marco Aurelio*, Roma, Carocci, 2000

JOSSERAND L., *Cours de droit civil positif français*, 2, Paris, Sirey, 1939

JUEN E., « Vers la consécration des dommages-intérêts punitifs en droit français », *RTD civ.* 3 (2017), p. 565-586

- K -

KARLOWA O., *Römische Rechtsgeschichte*, 2.1, Leipzig, Veit & comp., 1901

KASER M., *'Quanti ea res est'. Studien zur Methode der Litisaestimation im klassischen römischen Recht*, München, Beck, 1935

KASER M., « Typisierter «dolus» im altrömischen Recht », *BIDR* 65 (1962), p. 79-104

KASER M., « Noxae dedere oder noxae dare », *ZSS RA* 87 (1970), p. 445-446

KASER M., *Das römische Zivilprozessrecht*, München, Beck, 1996<sup>2</sup>

KELLY J. M., « The Meaning of the Lex Aquilia », *LQR* 80 (1964), p. 73-83

KELLY J. M., « Further Reflections on the 'Lex Aquilia' », in *Studi in onore di Edoardo Volterra*, 1, Milano, Giuffré, 1971, p. 235-241

KELSEN H., *Reine Rechtslehre*, Wien, Verlag Franz Deuticke, 1934

KIEFER T., *Die Aquilische Haftung im „Allgemeinen Landrecht für die preußischen Staaten“ von 1794*, Pfaffenweiler, Centaurus, 1989, p. 96-101

(VON) KIRCHSTETTER L., *Commentar zum österreichischen Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche*, Leipzig und Wien, Brockhaus, 1872

KNÜTEL R., « Die Haftung für Hilfspersonen im römischen Recht », *ZSS RA* 100 (1983), p. 340-443

KÖNDGEN J., *Haftpflichtfunktionen und Immaterialschaden am Beispiel von Schmerzensgeld bei Gefährdungshaftung*, Berlin, Duncker & Humblot, 1976

KUPISCH B., « La responsabilità da atto illecito nel diritto naturale », in L. VACCA (dir.), *La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica. Congresso internazionale ARISTEC, Madrid 7-10 ottobre 1993*, Torino, Giappichelli, 1995, p. 123-143

- L -

LA PIRA G., « Il concetto di legge secondo San Tommaso », in P. GIUNTI (dir.), *Edizione nazionale delle opere di Giorgio La Pira. La fondazione romanistica. Scritti di storia e di diritto romano*, Firenze, Firenze University Press, 2019, p. 137-147

- LA PIRA G., « Il diritto naturale nella concezione di S. Tommaso d'Aquino », in P. GIUNTI (dir.), *Edizione nazionale delle opere di Giorgio La Pira. La fondazione romanistica. Scritti di storia e di diritto romano*, Firenze, Firenze University Press, 2019, p. 307-320
- LA ROSA R., *La repressione del furtum in età arcaica. Manus iniectio e duplione damnum decidere*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1990
- LAFERRIÈRE M. F., *De l'influence du stoïcisme sur la doctrine des jurisconsultes romains*, Paris, Académie des Sciences Morales et Politiques, 1860
- LANDINI S., *Assicurazione e responsabilità*, Milano, Giuffrè, 2004
- LANDINI S., « La condanna a danni punitivi tra penale e civile: la questione rimane attuale », *Dir. pen. e proc.* 23 (2017), 2, p. 262-267
- LAROMBIÈRE M. L., *Théorie et pratique des obligations ou Commentaire des titre III et IV, livre III du Code civil*, 7, Paris, Durand et Pedone-Lauriel, 1885
- LAURENT F., *Principes de droit civil français*, 20, Paris, Durand et Pedone-Lauriel = Bruxelles, Bruylant-Christophe, 1876
- LAURENT F., *Cours élémentaire de droit civil*, Paris, Marescq = Bruxelles, Bruylant, 1881
- LAWSON F. H., *Negligence in the Civil Law*, Oxford, Clarendon Press, 1950
- LAWSON F. H., MARKESINIS B., *Tortious Liability for Unintentional Harm in the Common Law and the Civil Law*, 1, Cambridge, Cambridge University Press, 1982
- LENEL O., *Palingenesia Iuris Civilis*, 2, Lipsiae, Officina Bernardi Tauchnitz, 1889
- LEPTIEN U., « 'Utilitatis causa'. Zweckmässigkeitenscheidungen im römischen Recht », *SDHI* 35 (1969), p. 51-72
- LESSII LEONARDI *De iustitiā et iure libri quatuor*, éd. Brixiae, 1696
- LEVENEUR L., (dir.), *Code civil*, Paris, LexisNexis, 2022
- LEVY E., *Privatstrafe und Schadenersatz im klassischen römischen Recht*, Berlin, Franz Vahlen, 1915

LEVY E., *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht*, Band 2, Berlin, Franz Vahlen, 1918

LEVY E., *Nachträge zur Konkurrenz der Aktionen und Personen*, Weimar, Hermann Böhlau, 1962

LEVY-BRUHL H., *Quelques problèmes du très ancien droit romain*, Paris, Domat-Montchrestien, 1934

LEVY-BRUHL H. « Le deuxième chapitre de la loi Aquilia », *RIDA* 5 (1958), p. 507-517

LÉVY-BRUHL H., « Sur l'abandon noxal », in *Mélanges Philippe Meylan*, 1, Lausanne, Imprimerie Centrale de Lausanne, 1963, p. 193-209

LICARI F.-X., « La compatibilité de principe des *punitive damages* avec l'ordre public international : une décision en trompe-l'œil de la Cour de cassation ? », *Rec. Dalloz* 6 (2011), p. 423-427

LIEBS D. « Damnum, damnare und damnas », *ZSS RA* 85 (1968), p. 173-252

LONGO G., *Delictum e crimen*, Milano, Giuffré, 1976

LONGO G., « I quasi delicta – Actio de effusis vel deiectis – Actio de positis ac suspensis », in *Studi in onore di Cesare Sanfilippo*, 4, Milano, Giuffré, 1982, p. 399-469

LOPEZ FRATRIS LUDOVICI *Instructorium Conscientiae*, éd. Salmanticae, 1585

(VON) LÜBTOW U., *Untersuchungen zur lex Aquilia de damno iniuria dato*, Berlin, Duncker & Humblot, 1971

LUCHETTI G., *La legislazione imperiale nelle istituzioni di Giustiniano*, Milano, Giuffré, 1996

LUZZATTO G. I., *Per un'ipotesi sulle origini e la natura delle obbligazioni romane*, Milano, Giuffré, 1934<sup>2</sup>

- M -

- MACCORMACK G., « On the Third Chapter of the *lex Aquilia* », *The Irish Jurist* 5 (1970), p. 164-178
- MACCORMACK G., « Aquilian Culpa », in *Daube Noster. Essays in Legal History for David Daube*, Edinburgh and London, Scottish Academic Press, 1974, p. 201-224
- MACCORMACK G., « Impossible Conditions in Wills », *RIDA* 21 (1974), p. 263-297
- MACCORMACK G., « Aquilian Studies », *SDHI* 41 (1975), p. 1-78
- MACCORMICK D. N., « *Iudex qui litem suam fecit* », in W. DE VOS, W. H. B. DEAN, I. LEEMAN, C. F. FORSYTH (dir.), *Essays in honour of Ben Beinart*, 2, Cape Town-Welton-Johannesburg, Juta & Company, 1979, p. 149-165
- MAFFEI D., CORTESE E., ROSSI G., *Opera iuridica rariora*, 1, Bologna, Forni, 1967
- MAGDELAIN A., « Aspects arbitraux de la justice civile archaïque », *RIDA* 27 (1980), p. 205-281
- MAGNUS U., « Damages for Non-Economic Loss: German Developments in a Comparative Perspective », *ICLQ* 39 (1990), p. 675-683
- MAIER G. H., *Prätorische Bereicherungsklagen*, Berlin, De Gruyter, 1932
- MAITRE G., « La responsabilité civile à l'épreuve de l'analyse économique du droit », Paris, LDGJ, 2005
- MALOMO A., *Responsabilità civile e funzione punitiva*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2017
- MANTOVANI D., *Les jurists écrivains de la Rome antique. Les œuvres des juristes comme littérature*, Paris, Les Belles Lettres, 2018
- MARKESINIS B., « La perversion des notions de responsabilité civile délictuelle par la pratique de l'assurance », *RIDC* 35 (1983), p. 301-317
- MASUERII *Aureus ac perutilis Tractatus stilum curiarum praximque iudiciorum atque consuetudinum continens*, éd. Lugduni, 1536

- MATTHAEI ANTONII *De criminibus ad lib. XLVII et XLVIII Dig. Commentarius*, éd. Vesaliae, Hoogenhutsen, 1679
- MAYER MALY T., compte rendu de U. VON LÜBTOW, *Untersuchungen zur lex Aquilia de damno iniuria dato*, *GGA* 226 (1974), p. 128-137
- MAZEAUD H., L., J., TUNC A., *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile contractuelle et délictuelle*, 1, Paris, Montchrestien, 1965-1983<sup>6</sup>
- MAZEAUD L., « Obligations *in solidum* et solidarité entre codébiteurs délictuels », *RCLJ* 70 (1930), p. 141-176
- MEDICUS D., *Id quod interest. Studien zum römischen Recht des Schadensersatzes*, Köln-Graz, Böhlau, 1962
- MEYLAN P., « Origine de l'effet extinctif de la *litis contestatio* », in P. COLLINET, F. DE VISSCHER (dir.), *Mélanges de droit romain dédiés à Georges Cornil*, 2, Gand-Paris, Vandenpoorten-Sirey, 1926, p. 83-110
- MICHEL L., « La responsabilité civile des patrons envers leurs ouvriers en cas d'accidents et la loi du 9 avril 1898 », *RCLJ* 30 (1901), p. 592-613
- MIGLIETTA M., « Il terzo capo della lex Aquilia è, ora, il secondo ». Considerazioni sul testo del plebiscito aquiliano alla luce della tradizione giuridica bizantina », *AUPA* 55 (2012), p. 403-442
- MOLLAT G., *Rechtsphilosophisches aus Leibnizens ungedruckten Schriften*, Leipzig, Robolsky, 1885
- MOLTENI G., « I nuovi orizzonti del diritto civile », *RISSDA* 26 (1901), p. 375-394
- MOMMSEN T., *Römisches Strafrecht*, Leipzig, Duncker & Humblot, 1899
- MONATERI P. G., « Le Sezioni Unite e le molteplici funzioni della responsabilità civile », *Nuova giur. civ. comm.* 2 (2017), p. 1410-1412
- MONIER R., *Manuel élémentaire de droit romain*, 2, Paris, Domat-Montchrestien, 1944<sup>4</sup>
- MONRO C. H., *Digest IX. 2. Lex Aquilia*, Cambridge, University Press, 1898

MOREAU J., « La place des *officia* dans l'éthique stoïcienne », *RPA* 1 (1983), p. 99-112

MOSSLER P., « The discussion on general clause or *numerus clausus* during the preparation of the German Civil Code », in E. J. H. SCHRAGE (dir.), *Negligence. The Comparative Legal History of the Law of Torts*, Berlin, Duncker & Humblot, 2001, p. 361-389

MUGDAN B. (dir.), *Die gesammten Materialien zum bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich*, 2, Berlin, Decker, 1899

MURATORI L. A., *Dei difetti della giurisprudenza*, éd. Napoli, Stamperia Muziana, 1795

MUSUMECI F., « *Quasi ruperit*, «*quasi rupto*». In tema di applicazione concreta del terzo capitolo della *lex Aquilia* », in C. RUSSO RUGGERI (dir.), *Studi in onore di Antonino Metro*, 4, Milano, Giuffré, 2010, p. 347-394

- N -

NATALI N., *La legge Aquilia ossia il damnum iniuria datum*, Roma, "l'Erma" di Bretschneider, 1896

NAVARRA M., *Ricerche sulla utilitas nel pensiero dei giuristi romani*, Torino, Giappichelli, 2002

NAVARRETTA E., « Il risarcimento in forma specifica e il dibattito sui danni punitivi tra effettività, prevenzione e deterrenza », *Resp. civ. prev.* 1 (2019), p. 6-26

NEHLSSEN H., *Sklavenrecht zwischen Antike und Mittelalter*, 1, Göttingen, 1972

NICOSIA G. *Il processo privato romano. I. Le origini*, Torino, Giappichelli, 1986<sup>2</sup>

NIPPEL F. X., *Erläuterung des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches für die gesammten deutscher Länder des österreichischen Monarchie*, 8, Grätz, Damian und Sorge, 1835

NOAILLES P., *Du droit sacré au droit civil. Cours de droit romain approfondi*, Paris, Sirey, 1949



NOGUÉRO D., « La réparation intégrale à l'épreuve de l'assurance », *BJDA* 61 (2019), 3

NÖRR D., « Zur Interdependenz von Prozeßrecht und materiellem Recht am Beispiel der lex Aquilia », *Rechtshistorisches Journal* 6 (1987), p. 99-116

NUFER G., *Über die Restitutionslehre der spanischen Spätscholastiker und ihre Ausstrahlung auf die Folgezeit*, München, Schön, 1969

- O -

OBERDIEK J. (dir.), *Philosophical Foundations of the Law of Torts*, Oxford, Oxford University Press, 2014

ODOFFREDI *in iure absolutissimi matura, diligentissimeque repetita interpretatio, in undecim primos pandectarum libros, iuris candidatis, propter exemplorum (quae rudiores movent) mirificam copiam, usui maximo futura*, éd. Lugduni, 1550

ODOFFREDI *iuris utriusque peritissimi dicaearchi, in primam Codicis partem complectentem I, II, III, IIII, & V, lib. Praelectiones (quae Lecturae appellantur) cum breves, tum utiles: Epitomis, sive Summarijs rerum praecipuarum capitibus praenotatae: mendis, quam maxima fieri potuit, diligentia dispunctis*, éd. Lugduni, 1550

OFNER J. (dir.), *Der Ur-Entwurf und die Verhathungs-Protokolle des Oesterreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches*, 2, Wien, Hölder, 1809

OGRIS W., « Zur Geschichte und Bedeutung des österreichischen Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches (ABGB) » in J. ERAUW, B. BOUCKAERT, H. BOCKEN, H. GAUS, M. STORME, *Liber Memorialis François Laurent 1810–1887*, Bruxelles, Story Scientia, 1989, p. 373-391

OINOTOMI IOANNIS *iurisconsulti in quatuor Institutionum imperialium Iustiniani Imp. Libros, Commentarii*, éd. Aureliae Allobrogum, apud Stephanum Gamonetum, 1609

OST F., VAN DE KERCHOVE M., *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002

OTTE G., *Das Privatrecht bei Francisco de Vitoria*, Köln-Graz, Böhlau, 1964

OWEN D. G. (dir.), *The Philosophical Foundations of Tort Law*, Oxford, Clarendon Press, 1995

- P -

PACCHIONI G., *Elementi di diritto civile*, Torino, UTET, 1916

PALMERIO G. B., *Scripta anecdota glossatorum*, 1, Bononiae, Societas Azzoguidiana, 1888

PALMERIO G. B., *Scripta anecdota antiquissimorum glossatorum. Additiones*, Bononiae, Societas Azzoguidiana, 1914<sup>2</sup>

PAMPALONI M., « Osservazioni esegetiche alle LL. 23 §. 1, 27 §. 5, 55 Dig. ad legem Aquiliam 9.2. (Ricordi di un corso di Esegesi sulle Fonti del Diritto Romano, fatto all'Università di Urbino nell'anno 1882-83 », *AG* 32 (1884), p. 387-426

PANDOLFELLI G., SCARPELLO G., STELLA RICHTER M., DALLARI G. (dir.) *Codice civile. Libro delle obbligazioni illustrato con i lavori preparatori e disposizioni di attuazione e transitorie*, Milano, Giuffrè, 1942

PANORMITANI ABBATIS *Commentaria in Quartum et Quintum Decretalium Librum*, éd. Lugduni, 1577

PAOLI J., *Lis infitiando crescit in duplum*, Paris, Domat-Montchrestien, 1933

PARISI F., « *Alterum non laedere*: An Intellectual History of Civil Liability », *The American Journal of Jurisprudence* 39 (1994), p. 317-351

PASCALE G., « Danni da morte », in G. CASSANO (dir.), *Il danno alla persona*, Milano, Giuffrè, 2022<sup>2</sup>, p. 167-192

- PASCALE G., « Il danno morale », in G. CASSANO (dir.), *Il danno alla persona*, Milano, Giuffrè, 2022<sup>2</sup>, p. 147-166
- PASCALE G., « Il danno non patrimoniale: il danno biologico », in G. CASSANO (dir.), *Il danno alla persona*, Milano, Giuffrè, 2022<sup>2</sup>, p. 87-119
- PASCALE G., « Il danno non patrimoniale: il danno esistenziale », in G. CASSANO (dir.), *Il danno alla persona*, Milano, Giuffrè, 2022<sup>2</sup>, p. 121-145
- PATTI S., *Famiglia e responsabilità civile*, Milano, Giuffrè, 1984
- PERLINGIERI P., « Le funzioni della responsabilità civile », *Rass. dir. civ.* 1 (2011), p. 115-123
- PERNICE A., *Zur Lehre von den Sachbeschädigungen nach römischen Rechte*, Weimar, Hermann Böhlau, 1867
- PEROZZI S., *Istituzioni di diritto romano*, 2, Firenze, Barbera, 1908
- PIEPER J., *Über die Gerechtigkeit*, München, Kösel, 1960<sup>3</sup>
- PIERRON A., *Pensées de Marc-Aurèle*, Paris, Enseigne du Pot cassé, 1943
- PIRO I., *Damnum 'corpore suo' dare. Rem 'corpore' possidere. L'oggettiva riferibilità del comportamento lesivo e della possessio nella riflessione e nel linguaggio dei giuristi romani*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2004
- PLACENTINI in *Codicis DN. Iustiniani sacratissimi principis ex repetita praelectione libros IX*, éd. Moguntiae, 1536
- PLANIOL M., *Traité élémentaire de droit civil*, 2, Paris, Pichet, 1902
- POLARA G., « Gai 4.9: alla radice del principio "adversus infitiantem in duplum agimus" », in *Studi per Giovanni Nicosia*, 6, Milano, Giuffrè, 2007, p. 195-280
- POLOJAC M., « Nature of Noxal Actions and Noxal Liability », *Orbis iuris Romani* 6 (2000), p. 151-170
- PONZANELLI G., « I punitive damages nell'esperienza nordamericana », *Riv. dir. civ.* 29 (1983), 1, p. 435-487

- PONZANELLI G., « Le Sezioni Unite sui danni punitivi tra diritto internazionale privato e diritto interno », *Nuova giur. civ. comm.* 33 (2017), p. 1413-1415
- POTHIER R.-J., *Traité des obligations*, in A.-M.-J.-J. DUPIN, *Œuvres de Pothier*, 1, Paris, Béchet Aîné, 1824, p. 1-541
- PREE H., « *Forum externum und forum internum: zur Relevanz des Gewissensurteils im kanonischen Recht* », *Archiv für katholisches Kirchenrecht* 168 (1999), p. 25-50
- PRINGSHEIM A., « Die Verletzung Freier und die 'lex Aquilia' », *SDHI* 28 (1962), p. 2-13
- PRINGSHEIM F., « *Miszellen* », *ZSS RA* 45 (1925) p. 396-492
- PROVERA G., *Lezioni sul processo civile giustiniano*, Torino, Giappichelli, 1989
- PUCHTA G. F., *Pandekten*, Leipzig, Johann Ambrosius Barth, 1848<sup>14</sup>
- PUFENDORFII SAMUELI *de Jure Naturae et Gentium Libri Octo*, éd. Francofurti ad Moenum, Fridericius Knochius, 1684
- PUGSLEY D. « *Damni injuriae* », *RHD* 36 (1968), p. 371-386
- PUGSLEY D. « *On the Lex Aquilia and Culpa* », *RHD* 50 (1982), p. 1-17

- R -

- RABBIE E., « Grotius on Damages in Case of Homicide: De Iure Belli Ac Pacis 2,17,13 and de Satisfactione 2,9 », *RHD* 57 (1989), p. 109-116
- RASI P., « *L'actio legis Aquiliae e la responsabilità extracontrattuale nella 'Glossa'* », in G. ROSSI (dir.), *Atti del Convegno internazionale di studi accursiani. Bologna 21-26 ottobre 1963*, 2, Milano, Giuffré, 1968, p. 723-775
- REIFFENSTUEL A., *Jus canonicum universum*, 6, éd. Maceratae, 1742
- RENOUX-ZAGAMÉ M.-F., *Origines théologiques du concept moderne de propriété*, Genève, Droz, 1987

- REYNAUD P., « La nature de l'obligation des coauteurs d'un dommage : obligation « in solidum » ou solidarité ? », in *Mélanges dédiés à Jean Vincent*, Paris, Dalloz, 1981, p. 317-332
- RIPERT G., TESSEIRE, R., « Essai d'une théorie générale de l'enrichissement sans cause », *RTD civ.* 3 (1904), p. 727-796
- RIVERO J., « Fin d'un absolutisme », *Pouvoirs*, 13 (1991), p. 5-15
- RIZZO N. « Le funzioni della responsabilità civile tra concettualizzazioni e regole operative », *Resp. civ. prev.* 6 (2018), p. 1811-1825
- RODGER A., « Damages for the Loss of an Inheritance », in *Daube Noster. Essays in Legal History for David Daube*, Edinburgh and London, Scottish Academic Press, 1974, p. 289-299
- RODOTÀ S., *Il problema della responsabilità civile*, Milano, Giuffrè, 1964
- ROFFREDI BENEVENTANI *Libelli iuris civilis*, éd. Augustae Taurinorum, Officina Erasmiana, 1968
- ROMANO S., *L'ordinamento giuridico*, éd. Macerata, Quodlibet, 2018
- ROSSETTI G., « Problemi e prospettive in tema di “struttura” e “funzione” delle azioni penali private », *BIDR* 96-97 (1993-1994), p. 364-394
- ROSSETTI G., *'Poena' e 'rei persecutio' nell'actio legis Aquiliae*, Napoli, Jovene, 2013
- ROSSETTI G., « Alle origini della moderna responsabilità extracontrattuale. L'*actio ex lege Aquilia* tra “natura penale” e “funzione reipersecutoria” », *Forum historiae iuris*, 22 mai 2020
- ROSSI CARLEO L., « La responsabilità dei genitori *ex art. 2048 c.c.* », *Riv. dir. civ.* 25 (1979), p. 125-151
- ROSSI P. (dir.), *Fine del diritto?*, Bologna, Il Mulino, 2009
- ROSSI P., « Observations sur le droit civil français considéré dans ses rapports avec l'état économique de la société », in *Id.*, *Mélanges d'économie politique, d'histoire et de philosophie*, 2, Paris, Guillaumin, 1857, p. 1-23

ROTONDI G., « “Dolus ex delicto,, e “dolus ex contractu,, nelle teorie bizantine sulla trasmissibilità delle azioni », *Annali della Facoltà di Giurisprudenza della Università di Perugia*, 1913 = E. ALBERTARIO (dir.), *Scritti giuridici. Vol. 2 Studii sul diritto romano delle obbligazioni*, Milano, Hoepli, 1922, p. 371-410

ROTONDI G., « Teorie postclassiche sull’“actio legis Aquiliae,, », *Annali della Facoltà di Giurisprudenza della Università di Perugia*, 1914 = E. ALBERTARIO (dir.), *Scritti giuridici. Vol. 2 Studii sul diritto romano delle obbligazioni*, Milano, Hoepli, 1922, p. 411-464

ROTONDI G., « Dalla “lex Aquilia,, all’art. 1151 cod. civ. Ricerche storico-dogmatiche », *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni* 14 (1916), p. 942-970, 15 (1917), p. 236-295 = *Id.*, *Scritti giuridici*, Milano, Hoepli, 1922, p. 465-578

- S -

SALEILLES R., *Les accidents de travail et la responsabilité civile. Essai d’une théorie objective de la responsabilité délictuelle*, Paris, Rousseau, 1897

SALVI C., « Quali funzioni per la responsabilità civile? », *Danno e resp.* 27 (2022), 2, p. 137-139

SAMPSON J., *The Historical Foundations of Grotius’ Analysis of Delict*, Leiden, Brill, 2018

SANFILIPPO C., *Corso di diritto romano. Gli atti illeciti. Pena e risarcimento*, Catania, Tipografia dell’Università, 1960

SANNA M. V., « *Quasi rupto, quasi rumpere*: dalle XII Tavole ai *Digesta* », *Min. Ep. Pap.* 12 (2009), p. 7-18

SANNA M. V., « *Rumpere e quasi rumpere* tra *lex* e *interpretatio* », *BIDR* 111 (2017), p. 347-369

SANTALUCIA B., « ‘Crimen furti’. La repressione straordinaria del furto nell’età del principato », in F. J. PARICIO SERRANO, *Derecho romano de obligaciones : homenaje al*

*profesor José Luis Murga Gener*, Madrid, Centro de Estudios Ramon Areces, 1994, p. 785-797

SANTALUCIA B., *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, Milano, Giuffré, 1998<sup>2</sup>

SANTORO R., « Aspetti formulari della tutela delle convenzioni atipiche », in N. BELLOCCI, *Le teorie contrattualistiche romane nella storiografia contemporanea*, atti del Convegno di diritto romano, Siena, 14-15 aprile 1989, Napoli, Jovene, 1991, p. 83-124

SANTORO-PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, Jovene, 1962<sup>8</sup>

SARTORIS C., « Riflessioni sulle funzioni della responsabilità aquiliana alla luce delle Sezioni Unite n. 16601/2017 », *Pers. e merc.* 3 (2017), p. 316-330

SARTORIS C., « La responsabilità civile tra funzione riparatoria e funzione sanzionatoria », in D. BIANCHI, M. RIZZUTI, *Funzioni punitive e funzioni ripristinatorie. Combinazioni e contaminazioni tra sistemi*, Torino, Giappichelli, 2020, p. 1-22

SAVATIER R., « La responsabilità da delitto nel Diritto francese e nel Progetto italo-francese di un Codice delle Obligazioni », *Ann. dir. comp. st. leg.* 4-5 (1930) = G. ALPA, G. CHIODI, *Il Progetto italo-francese delle obbligazioni (1927). Un modello di armonizzazione nell'epoca della ricodificazione*, Milano, Giuffré, 2007, p. 839-863

SAVATIER R., *Traité de la responsabilité civile en droit français*, 1, Paris, LGDJ, 1951<sup>2</sup>

SAVATIER R., *Traité de la responsabilité civile en droit français*, 2, Paris, LGDJ, 1951<sup>2</sup>

(VON) SAVIGNY F. C., *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*, 2, Heidelberg, Mohr, 1834<sup>2</sup>

(VON) SAVIGNY F. C., *Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter*, trad. fr. C. GUENOUX, *Histoire du droit romain au Moyen-Âge*, 3, Paris, Hingray, 1839

(VON) SAVIGNY F. C., *System des heutigen römischen Rechts*, 5, Berlin, Veit und Comp, 1841

(VON) SAVIGNY F. C., *Das Obligationenrecht als Theil des heutigen römischen Rechts*, trad. fr. C. GÉRARDIN, P. JOZON, *Le droit des obligations*, 2, Paris, Thorin, 1873<sup>2</sup>

SCARCHILLO G., « La natura polifunzionale della responsabilità civile: dai *punitive damages* ai risarcimenti punitivi. Origini, evoluzioni giurisprudenziali e prospettive di diritto comparato », *Contr. impr.* 34 (2018), p. 289-327

SCHIEMANN G., « Das allgemeine Schädigungsverbot: „alterum non laedere“ », *JuS* 1989, p. 345-350

SCHIEMANN G., « Schadensersatz aus unerlaubten Handlung im geltenden deutschen BGB », in L. VACCA (dir.), *La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica*, Torino, Giappichelli, 1995, p. 183-194

SCHILTERI IOANNIS *Praxis iuris Romani in foro Germanico iuxta ordinem Edicti perpetui et Pandectarum Iustiniani*, 1, Ienae, 1698

SCHINDLER K.-H., « Ein Streit zwischen Julian und Celsus. Zum Problem der überholenden Kausalität », *ZSS RA* 74 (1957), p. 201-233

SCHIPANI S., *Responsabilità "ex lege Aquilia". Criteri di imputazione e problema della "culpa"*, Torino, Giappichelli, 1969

SCHLESINGER P., « La «ingiustizia» del danno nell'illecito civile », *JUS* 11 (1960), p. 336-347

SCHMIEDEL B., *Deliktsobligationen nach deutschem Kartellrecht*, 1, Tübingen, Mohr, 1974

SCHULZ F., *History of Roman Legal Science*, Oxford, Clarendon Press, 1946

SCHULZ F., *Classical Roman Law*, Oxford, Clarendon, 1951

SCIALOJA V., « L'intesa giuridica fra l'Italia e la Francia », *Riv. dir. civ.* 10 (1918) = *Id., Studi giuridici*, 4, Roma, Anonima Romana Editoriale, 1933, p. 191-199

SCOGNAMIGLIO C., « Le Sezioni Unite e i danni punitivi: tra legge e giudizio », *Resp. civ. prev.* 4 (2017), p. 1109-1122

SCOGNAMIGLIO C., « Quale futuro per i danni punitivi? (aspettando la decisione delle Sezioni Unite) », *giustiziacivile.com* 3 (2017), p. 1-44

SCOGNAMIGLIO C., *Ingiustizia del danno, contatto sociale, funzioni del risarcimento (Saggi sulla responsabilità del diritto civile)*, Torino, Giappichelli, 2021



- SCOGNAMIGLIO R., « Indennità », *NNDI* 8 (1968) = *Id.*, *Scritti giuridici*, 1, Padova, CEDAM, 1996, p. 313-317
- SCOGNAMIGLIO R., « Responsabilità civile », *NNDI* 15 (1968) = *Id.*, *Scritti giuridici*, 1, Padova, CEDAM, 1996, p. 319-374
- SCOGNAMIGLIO R., « Responsabilità per colpa e responsabilità oggettiva », in *Studi in memoria di Andrea Torrente*, 2, Giuffrè, Milano, 1968 = *Id.*, *Scritti giuridici*, 1, Padova, CEDAM, 1996, p. 395-415
- SCOGNAMIGLIO R., « Responsabilità per fatto altrui », *NNDI* 15 (1968) = *Id.*, *Scritti giuridici*, 1, Padova, CEDAM, 1996, p. 443-462
- SCOGNAMIGLIO R., « Appunti sulla nozione di danno », in *Studi in onore di Gioacchino Scaduto*, Padova, CEDAM, 1969 = *Id.*, *Scritti giuridici*, 1, Padova, CEDAM, 1996, p. 505-520
- SELL C., *Die actio de rupitiis sarciendis der XII Tafeln und ihre Aufhebung durch die lex Aquilia*, Bonn, Adolph Marcus, 1877
- SERRAO F., « La responsabilità per fatto altrui in diritto romano », *BIDR* 65 (1963), p. 19-34
- SESTA M. « Risarcimenti punitivi e legalità costituzionale », *Riv. dir. civ.* 64 (2018), 1, p. 305-316
- SHARKEY C. M., « Punitive Damages as Societal Damages », *Yale Law Journal* 113 (2003), p. 347-453
- SICHARDI IOANNIS *jurisconsulti clarissimi in Codicem Iustinianum Praelectiones*, éd. Francofurti ad Moenum, 1586
- SIEVERS J., *Das Schmerzensgeld. ein Abriß über Begriff und Inhalt im deutschen und französischen Recht und unter Hinweis auf die wesentliche Rechtsprechung im italienischen Recht*, Karlsruhe, Verlag Versicherungswirtschaft e. V., 1967
- SIEWERT F. G., *Materialien zur wissenschaftlichen Erklärung der neuesten allgemeinen preußischen Landesgesetze*, Viertes Heft, Halle, Rengersche Buchhandlung, 1801

SINTENIS K. F. F., *Das practische gemeine Civilrecht*, 2, Leipzig, Bernhard Tauchnitz, 1868<sup>3</sup>

SIRENA P., « Dalle pene private ai rimedi ultracompensativi », in *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, 4, Milano, Giuffrè, 2006, p. 825-863

SIRKS B., « The delictual origin, penal nature and reipersecutory function of the *actio damni iniuriae legis Aquiliae* », *RHD* 77 (2009), p. 303-353

SOLIDORO MARUOTTI L., « *Aequitas e ius scriptum*. Profili storici », *Ann. Fac. Giur. Camerino* 1 (2012), p. 207-320

SOMMER E., *Traité des devoirs*, Paris, Hachette, 1877, p. 2

SORDI M., *Il Cristianesimo e Roma*, Bologna, Licinio Cappelli, 1965

SOTO SEGOVIENSIS FRATRIS DOMINICI *De iustitiā et iure*, éd. Salmanticae, 1619

SOURDAT A., *Traité général de la responsabilité ou de l'action en dommages-intérêts en dehors des contrats*, 1, Paris, Imprimerie et Librairie Générale de Jurisprudence, 1852

STARCK B., *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, Paris, Rodstein, 1947

STEIN P., « The Nature of quasi-delictal Obligations in Roman Law », *RIDA* 5 (1958), p. 563-570

STOJCEVIC D., « Sur le caractère des quasi-délits en droit romain », *Iura* 8 (1957), p. 57-74

STOLL H., « Zum Rechtfertigungsgrund des verkehrsrichtigen Verhaltens », *JZ* 13 (1958), p. 137-143

STURM F., « Le code prussien », *Index* 26 (1998), p. 427-435

- T -

TAFARO S., *La interpretatio ai verba 'quanti ea res est' nella giurisprudenza romana. L'analisi di Ulpiano*, Napoli, Jovene, 1980

TALAMANCA M., *Istituzioni di diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1990

- TALAMANCA M., « Delitti e pena privata nelle XII Tavole », in L. CAPOGROSSI COLOGNESI, M. F. CURSI (dir.), *Forme di responsabilità in età decemvirale*, Napoli, Jovene, 2008, p. 41-100
- TARELLO G., *Storia della cultura giuridica moderna*, Bologna, Il Mulino, 1976
- TAULIER J. F., *Théorie raisonnée du Code civil*, 4, Paris, Alphonse Delhomme, s.d.
- TAVAGLIONE F. S., « Il problema della trasmissibilità passiva dell'azione di danno nella riflessione canonistica classica », *SDHI* 86 (2020), p. 261-278
- TELLEGEN-COUPERUS O., « The limits of *culpa levissima* », *RHD* 76 (2008), p. 19-25
- TERRÉ F., « La «crise de la loi» », *APD* 25 (1980), p. 17-28
- TESCARO M., « Il *revirement* “moderato” sui *punitive damages* », *Contr. impr. Eur.* 22 (2017), p. 52-67
- THIELMANN G., « ‘*Actio utilis*’ und ‘*actio in factum*’ zu den Klagen im Umfeld der Lex Aquilia », in *Studi in onore di Arnaldo Biscardi*, 2, p. 295-317
- THIEME H., « Natürliches Privatrecht und Spätscholastik », *ZSS GA* 70 (1953), p. 230-266
- THIEME H., « Qu'est-ce que nous, les juristes, devons à la seconde Scolastique espagnole ? », in P. GROSSI (dir.), *La seconda scolastica nella formazione del diritto privato*, Milano, Giuffré, 1973, p. 7-21
- THOMAE AQUINATIS *In decem libros Ethicorum ad Nicomachum Expositio*, éd. Torino, Marietti, 1964
- THOMAE AQUINATIS *Summa theologica, Secunda Secundae*, éd. Milano, Salani, 1996
- THOMAS J. A. C., « *Furtum* of Documents », *RIDA* 15 (1968), p. 429-444
- THOMAS J. A. C., « Pro Noxal Surrender », *Labeo* 17 (1971), p. 16-32
- THOMASII CHRISTIANI *Institutiones Jurisprudentiae Divinae in Positiones Succintae contractae, In quibus Hypotheses Illustris Pufendorffii circa doctrinam Juris Naturalis Apodictice demonstrantur & corroborantur [...]*, Francofurtii & Lipsiae, Mauritius Georgius Weidmannus, 1688

- THOMASII CHRISTIANI *Larva legis Aquiliae detracta Actioni de damno dato recepta in foris Germanorum*, éd. M. HEWITT (dir.), Oxford/Portland, Hart Publishing, 2000
- THOMSON J. M., « Who Could Sue on the Lex Aquilia? », *LQR* 91 (1975), p. 207-217
- TODESCAN F., *Le radici teologiche del giusnaturalismo laico. I. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Ugo Grozio*, Milano, Giuffré, 1983
- TOMULESCU C. S., « Les trois chapitres de la lex Aquilia », *Iura* 21 (1970), p. 191-196
- TORRENT RUIZ A., *Ad legem Aquiliam. I. Estudios sustantivos: culpa, damnum, causa*, Madrid, Edisofer, 2019
- TORRENTE A. SCHLESINGER P., *Manuale di diritto privato*, Milano, Giuffré, 1968<sup>7</sup>
- TORRENTE A. SCHLESINGER P., *Manuale di diritto privato*, Milano, Giuffré, 1974<sup>8</sup>
- TORRENTE A., SCHLESINGER P., *Manuale di diritto privato*, a cura di F. Anelli e C. Granelli, Milano, Giuffré, 2021<sup>25</sup>
- TRABUCCHI A., TRABUCCHI G., *Istituzioni di diritto civile*, Milano, CEDAM, 2022
- TRICOT J., *Éthique à Nicomaque*, Les Echos du Maquis, 2014
- TRIMARCHI P., *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, Giuffré, 1961
- TRIMARCHI P., *Istituzioni di diritto privato*, Milano, Giuffré, 1975<sup>2</sup>
- TRIMARCHI P., *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danni*, Milano, Giuffré, 2021<sup>3</sup>
- TROJANO P. R., *Dottrine morali di Protagora e Aristotele*, Napoli, Pierro, 1897
- TUCCI G., « Responsabilità civile e danni ingiusti », in N. LIPARI, *Diritto privato. Una ricerca per l'insegnamento*, Bari, Laterza, 1974, p. 457-525
- (VON) TUHR A., *Zur Schätzung des Schadens in der lex Aquilia*, Basel, Juristische Fakultät der Universität Basel, 1892

## - V -

- VACCA L., « Delitti privati e azioni penali nel principato », *ANRW* 2.14 (1982), p. 682-721
- VACCA L., « 'Actiones poenales' e 'actiones quibus rem persequimur' », *Iura* 40 (1989), p. 41-54
- VACCA L., « Eccezione di dolo generale e delitti », in L. GAROFALO (dir.), *Eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica*, Padova, CEDAM, 2006
- VACCA L., « L'aequitas' nella 'interpretatio prudentium' », in G. SANTUCCI (dir.), *'Aequitas'. Giornate in memoria di Paolo Silli*, Padova, CEDAM, 2006, p. 21-42
- VACCA L., « Osservazioni in tema di 'condictio' e di 'arricchimento senza causa' nel diritto romano classico », in F. M. D'IPPOLITO (dir.), *Filia. Scritti per Gennaro Franciosi*, 4, Napoli, Satura, 2007, p. 2709-2732
- VADALÀ-PAPALE G., *Il Codice civile italiano e la scienza*, Napoli, Domenico Morano, 1881
- VALDITARA G., *Superamento dell'aestimatio rei nella valutazione del danno aquiliano ed estensione della tutela ai non domini*, Milano, Giuffrè, 1992
- VALDITARA G. *Sulle origini del concetto di damnum*, Torino, Giappichelli, 1998<sup>2</sup>
- VALDITARA G., *Damnum iniuria datum*, Torino, Giappichelli, 2005<sup>2</sup>
- VALDITARA G., « In tema di stima del danno aquiliano », *Index* 44 (2016), p. 197-216
- VALIÑO E., *Acciones pretorias complementarias de la acción civil de la ley Aquilia*, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1973
- VALIÑO E., *Actiones utiles*, Pamplona, EUNSA, 1974
- VAN WARMELO P., « À propos de la loi Aquilia », *RIDA* 27 (1980), p. 333-348
- VAN WETTER P., *Pandectes contenant l'histoire du droit romain et la législation de Justinien*, 4, Paris, LGDJ, 1910<sup>2</sup>
- VENEZIAN G., « Danno e risarcimento fuori dai contratti », in *Id.*, *Opere giuridiche*, 1, Roma, Athenaeum, 1907, p. 1-342

VENTURINI C., « “Bis idem exigere” e “corruptio servi”: un’ipotesi particolare », in L. GAROFALO (dir.), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell’esperienza giuridica storica e contemporanea*, 4, Padova, CEDAM, 2003, p. 403-437

VERLINDEN C., *L’esclavage dans l’Europe médiévale*, Brugge, De Tempel, 1955

VETTORI G., « La responsabilità civile tra funzione compensativa e deterrente », in *Liber amicorum per Francesco D. Busnelli. Il diritto civile tra principi e regole*, 1, Milano, Giuffré, 2008, p. 691-711

VILLEY M., « Suum jus cuique tribuens », in *Studi in onore di Pietro De Francisci*, 1, Milano, Giuffré, 1956, p. 363-371

VILLEY M., « La promotion de la loi et du droit subjectif dans la seconde Scholastique », in P. GROSSI (dir.), *La seconda scolastica nella formazione del diritto privato*, Milano, Giuffré, 1973, p. 52-71

VILLEY M., *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, PUF, 2003

VINCENT J., « L’extension en jurisprudence de la notion de solidarité passive », *RTD civ.* (1939), p. 601-683

VINEY G., *Le déclin de la responsabilité individuelle*, Paris, LGDJ, 1965

VINNII ARNOLDI JC. *in quatuor libros Institutionum imperialium Commentarius Academicus & Forensis*, éd. Lugduni Batavorum, Van der Linden, 1726

(DE) VIO THOMAE CARDINALIS CAJETANI *ad Secundam Secundae*, éd. Patavii, Typographia Seminarii, 1698

VITERBO C., *L’assicurazione della responsabilità civile*, Milano, Giuffré, 1936

(DE) VITORIA F., *Comentarios a la Secunda secundae de Santo Tomas*, éd. Salamanca, Apartado 17, 1934

VOCI P. *Risarcimento e pena privata nel diritto romano classico*, Milano, Giuffré, 1939

VOCI P. « Azioni penali e azioni miste », *SDHI* 64 (1998) p. 1-46

VOET JOANNIS JCTi & Antecessoris *in Academia Lugduno-Batava Commentarius ad Pandectas*, 2, éd. Coloniae Allobrogum, Fratres de Tournes, 1778

VOIGT M., *Die XII Tafeln. Geschichte und System des Civil- und Criminalrechtes, wie -processes der XII Tafeln nebst deren Fragmenten*, 2, Leipzig, Liebeskind, 1883

VOLANTE R., *Id quod interest. Il risarcimento in equivalente nel diritto comune*, Padova, dirittolibero, 2012

VÖLKL A., « *Quanti ea res erit in diebus triginta proximis*. Zum dritter Kapitel der *lex Aquilia* », *RIDA* 24 (1977), p. 461-486

VÖLKL A., *Die Verfolgung der Körperverletzung im frühen römischen Recht: Studien zum Verhältnis von Tötungsverbrechen und Injuriendelikt*, Wien, Böhlau, 1984

VON LÜBTOW U., « Die Aktionen im Umkreis der «lex Aquilia» », *Labeo* 30 (1984), p. 317-328

- W -

WAGNER G. « § 823 », in M. HABERSACK (dir.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Schuldrecht. Besonderer Teil IV*, 7, München, Beck, 2020, 1679-2139

WATSON A., « Liability in the *actio de positis ac suspensis* », in *Mélanges Philippe Meylan*, 1, Lausanne, Imprimerie Centrale de Lausanne, 1963, p. 379-382.

WATSON A., *The Law of Obligations in the Later Roman Republic*, Aalen, Scientia, 1984

WESEL U., *Rhetorische Statuslehre und Gesetzesauslegung der römischen Juristen*, Köln, Karl Heymanns, 1967

WESENER G., « *Actiones ad exemplum* », *ZSS RA* 75 (1958), p. 220-250

WHITTAKER S., « L'amende civile et *punitive damages*. Réflexions comparatives d'un juriste anglais sur le projet de réforme de la responsabilité civile », in D. FENOUILLET (dir.), *Flexibles notions. La responsabilité civile*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2020, p. 173-185

WIEACKER F., « *Furtum tabularum* », in A. GUARINO, L. LABRUNA (dir.), *Synteleia Arangio-Ruiz*, 1, Napoli, Jovene, 1964, p. 562-576

WIEACKER F., *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1967<sup>2</sup>

WIESE G., *Der Ersatz des Immateriellen Schaden*, Tübingen, Mohr, 1964

WILLEMS J.-J., (dir.), *Les Codes Larcier 2022*, 1, Bruxelles, Intersentia, 2022

WINDSCHEID B., *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 2, Frankfurt a. M., Rütten & Loening, 1891<sup>7</sup>

WINIGER B., *La responsabilité aquilienne romaine. Damnum Iniuria Datum*, Bâle et Francfort-sur-le-Main, Helbing & Lichtenhahn, 1997

WINIGER B., *La responsabilité aquilienne en droit commun. Damnum culpa datum*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2002

WINIGER B., *La responsabilité aquilienne au 19<sup>ème</sup> siècle. Damnum iniuria et culpa datum*, Genève, Schulthess, 2009

WINIGER B., «Klage wegen Sachbeschädigung (*actio legis Aquiliae*)», in U. BABUSIAUX, C. BALDUS, W. ERNST, F.-S. MEISSEL, J. PLATSCHEK, T. RÜFNER (dir.), *Handbuch des römischen Privatrechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022, p. 2572-2595

(DE) WOLFF CHRISTIANI *Institutiones juris naturae et gentium*, éd. Halae Magdeburgicae, Officina Rengeriana, 1763

- Z -

(VON) ZEILLER F., *Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesammten Deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie*, 1, Wien und Triest, Geistingers Verlagshandlung, 1811

ZACHARIAE K.-S., *Le droit civil français*, 4, Paris, Durand, 1858, p. 15-16

ZANON G., *Le strutture accusatorie della cognitio extra ordinem nel principato*, Padova, CEDAM, 1998

ZANOTTI A. «*Actus humanus e principio di responsabilità*», *Stato, Chiesa e pluralismo confessionale* 18 (2015), p. 1-30



ZILIOFFO P. *L'imputazione del danno aquiliano tra iniuria e damnum corpore datum*, Padova, CEDAM, 2000

ZIMMERMANN R., *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford, Clarendon, 1996

ZWEIGERT K., KÖTZ H., *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 2, Tübingen, Mohr, 1984<sup>2</sup>

### Entrées de dictionnaires ou encyclopédies

CHANTRAINE, P., *Dictionnaire étymologique de la langue grecque*, 1, Paris, Klincksieck, 1968

- δόπτω

CHATELAIN, E., *Dictionnaire latin-français*, Paris, Hachette, 1910

- *restitutio*

CORNU, G., *Vocabulaire juridique*, Paris, Puf, 2022<sup>14</sup> :

- Civil
- Extracontractuel
- Responsabilité civile

*Digesto delle Discipline Privatistiche. Sezione Civile*

- NEGRI, G., «Concorso delle azioni nel diritto romano, medievale e moderno », 3

ERNOUT, A., MEILLET, A., *Dictionnaire étymologique de la langue latine*, Paris, Klincksieck, 2001<sup>4</sup>

- *aequus*
- *damnum*
- *daps*
- *fas*
- *lax*

*Enciclopedia del diritto*

- PUGLIATTI, S., « Alterum non laedere », 2 (1958)
- PUGLIATTI, S., « Alterum non laedere. Il diritto positivo e le dottrine moderne », 2 (1958)
- CESARINI SFORZA, W., « Alterum non laedere (problema filosofico) », 2 (1958)
- TALAMANCA, M., « Colpa civile (dir. rom. e interm.) », 7 (1960)
- MAJORCA, C., « Colpa civile (teoria gen.) », 7 (1960)
- ALBANESE, B. « Illecito (storia) », 20 (1970)
- MASSETTO, G. P., « Responsabilità extracontrattuale (dir. interm.) », 39 (1988)
- SALVI, C., « Responsabilità extracontrattuale (dir. vig.) », 39 (1988)

*Enciclopedia giuridica italiana*

- ASTUTI, G., « Guidrigildo », 7.2 (1935)

HEUMANN, H. G., SECKEL, E., *Handlexicon zu den Quellen des römischen Rechts*, Jena, Gustav Fischer, 1926

- *causa*

*Petit Robert de la langue française*, Paris, Dictionnaires Le Robert, 2015

- Faute

*The Online Liddell-Scott-Jones Greek-English Lexicon*, <http://stephanus.tlg.uci.edu>

- Κέρδος

## Projets, avant-projets et travaux préparatoires de textes juridiques

### ALLEMAGNE

*Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich*, Berlin und Leipzig, Guttentag, 1888

F. P. VON KÜBEL, *Recht der Schuldverhältnisse*, 1, in W. SCHUBERT (dir.), *Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches.*, Berlin-New York, De Gruyter, 1980

### AUTRICHE

*Ur-Entwurf*

### BELGIQUE

Avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le Code civil, rédigé par la Commission de réforme du droit de la responsabilité instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017, [https://justice.belgium.be/sites/default/files/avant-projet\\_de\\_loi\\_-\\_voorontwerp\\_van\\_wet\\_-\\_livre\\_boek\\_5.pdf](https://justice.belgium.be/sites/default/files/avant-projet_de_loi_-_voorontwerp_van_wet_-_livre_boek_5.pdf)

Exposé des motifs. Avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le Code civil, [www.justice.belgium.be/sites/default/files/expose\\_des\\_motifs\\_-\\_memorie\\_van\\_toelichting\\_-\\_livre\\_boek\\_5.pdf](http://www.justice.belgium.be/sites/default/files/expose_des_motifs_-_memorie_van_toelichting_-_livre_boek_5.pdf)

### FRANCE

J. DE DIEU D'OLIVIER, *Code civil proposé à la nation française et soumis à l'Assemblée Nationale*, 1789

P.-T. DURAND-MAILLANE, *Plan de Code civil et uniforme pour toute la République française, Lu au comité de législation, le 8 juillet 1793, l'an deuxième de la République*

Projets de Code civil présentés par J.-J. Régis de Cambacérès, *in* FENET, P.-A., *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, 1, Paris, 1827

Projet de Code civil du 24 thermidor an VIII, *in* P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, 2, Paris, 1827, p. 3-413

Présentation au Corps législatif et exposé des motifs, par M. Treilhard, *in* P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, 13, Paris, 1827, p. 464-468

Communication officielle au Tribunal, rapport fait par M. Bertrand-de-Greuille, *in* P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, 13, Paris, 1827, p. 468-478

Discours devant le Corps législatif, prononcé par le tribun Tarrible, *in* P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, 13, Paris, 1827, p. 478-491

Avant-projet de réforme du droit des obligations (Articles 1101 à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (Articles 2234 à 2281 du Code civil), Rapport à Monsieur Pascal Clément, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, 22 septembre 2005, [www.justice.gouv.fr/art\\_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf](http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf)

Projet de réforme de la responsabilité civile, présenté le 13 mars 2017 par Jean-Jacques Urvoas, garde des sceaux, ministre de la justice, suite à la consultation publique menée d'avril à juillet 2016, [www.justice.gouv.fr/publication/Projet\\_de\\_reforme\\_de\\_la\\_responsabilite\\_civile\\_13032017.pdf](http://www.justice.gouv.fr/publication/Projet_de_reforme_de_la_responsabilite_civile_13032017.pdf)

#### FRANCE-ITALIE

Projet de code des obligations et des contrats : texte définitif approuvé à Paris en Octobre 1927 = Progetto di codice delle obbligazioni e dei contratti testo definitivo approvato a Parigi nell'ottobre 1927, Paris, Imprimerie Nationale, 1929 = Paris, Panthéon-Assas, 2015

Rapport sur le projet d'un code des obligations et contrats commun à la France et à l'Italie, in G. ALPA, G. CHIODI, *Il Progetto italo-francese delle obbligazioni (1927). Un modello di armonizzazione nell'epoca della ricodificazione*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 170-329

#### ITALIE

Osservazioni della Corte di cassazione in Milano, in *Lavori preparatori del Codice civile del Regno d'Italia*, 5, Roma, Stamperia Reale Ripamonti, 1890<sup>2</sup>, p. 5-77

Relazione della Commissione Reale al progetto del libro «Obbligazioni e contratti», in *Codice civile. Quarto libro. Obbligazioni e contratti. Progetto e relazione*, Roma, Istituto poligrafico dello Stato, 1936

Relazione al Duce del Guardasigilli Dino Grandi nei Lavori preparatori, in *Progetti preliminari del libro delle obbligazioni, del Codice di commercio e del libro del lavoro*, 1, Roma, Libreria dello Stato, 1942

#### EUROPE

European Group on Tort Law, *Principles of European Tort Law. Text and Commentary*, Wien, Springer, 2005, p. 149-150.

## Summary

Over the last years, the debate over the function of tort liability has become more and more important in continental Europe. Historically, in these legal systems, tort liability only pursued the aim to compensate the damage and was not meant to punish the wrongdoer.

However, foreign judgments – mostly American ones – have raised the question of whether to enforce them on this side of the Atlantic or to deny their exequatur, as they condemned the person responsible for the wrongful act to pay punitive damages to the victim. At the same time, doctrine and jurisprudence in several European legal systems (e.g. Belgium, France, Italy) reflected on the actual function of tort liability with a view to possible law reforms. They highlighted not only the necessity to provide the victim with an effective way to recover the unjust damage, but also the need to penalise torts, in order to enhance their prevention.

This thesis aims to analyse this question from a historical standpoint. On the one hand, we attempted to reconstruct the origins of the compensatory function of tort liability throughout the history of legal systems in continental Europe. On the other hand, we endeavoured to verify whether historical precedents of a punitive law of torts can be found in these systems.

As regulatory changes do not occur randomly but are usually the result of a cultural evolution, we took this aspect into account. In particular, we examined the intellectual and religious context by means of philosophical writings and sacred texts, in order to find the answers that they gave to the question of whether to punish the person held liable for a damage or to provide the victim with a compensation.

Our research is divided into three parts. In the first one, we focus on Roman law. The second part is devoted to the age of the *ius commune*, from the 11<sup>th</sup> to the 18<sup>th</sup> century. The third part deals with the era of civil codes in continental Europe, from the late 1700s to the 1900s.

## 1. Roman law: the evolution of tort liability *ex lege Aquilia* towards compensation

During the late republican period, Romans enacted the most well-known statute about tort liability, namely the *lex Aquilia de damno*. Nevertheless, the history of Roman liability for wrongdoing dates back to the archaic period. Over time, the obligation to pay a certain amount of money to the victim of an unjust damage overrode the practice of private revenge. Such an obligation had two main advantages. On the one hand, the victim was able to recover their damage rather than taking revenge against the wrongdoer. On the other hand, the legal system had better control over the disputes, as they were taken away from the arbitrariness of the two parties involved.

During the archaic period, several rules concerning tort liability were collected in the Law of the Twelve Tables (*lex duodecim tabularum*). We claim that these ancient regulations had a punitive function: in case of default of payment, the right to retaliate against the perpetrator was re-established (“*talio esto*”), with the only limitation being the principle “an eye for an eye”. Thus, the recovery of the damage depended only on the wrongdoer’s will, and the victim could not force them to pay.

The *lex Aquilia*, a plebiscite enacted in the late republic, introduced the *obligatio ex delicto*: once held responsible, the defendant could no longer choose between paying or suffering vengeance. Still, liability *ex lege Aquilia* did not pursue a purely compensatory aim. Firstly, the action that the victim could bring against the perpetrator was *poenalis*: it featured noxal liability, passive transmissibility, and cumulative joint liability. Secondly, the *obligatio* was assessed on the basis of the highest value of the damaged good over the previous year (1<sup>st</sup> chapter) or month (3<sup>rd</sup> chapter), and the sources available to us relate this to the punitive function of *lex Aquilia*.

Both the *actio legis Aquiliae* and the *aestimatio damni* underwent a remarkable evolution during the classical period, as we can tell by Justinian’s Institutes. There, the action of the *lex Aquilia* is presented as an *actio mixta* when *litis crescentia contra infitiantem* or *repetitio temporis* occur; as an *actio qui rei persecutionem continet* in all other cases. As for the damage assessment, jurists like Paul and Ulpian estimated the



*obligatio* on the sole basis of the actual economic loss suffered by the victim (*id quod interest*), instead of the commercial value of the damaged good (*pretium rei*). We claim that these two lines of evolution are parallel and bear witness to a new way of perceiving the function of liability *ex lege Aquiliā*. Indeed, both tend to provide this liability with a better efficiency in granting compensation to the victim.

As mentioned before, this evolution does not seem to be coincidental. Classical jurists tended more and more to consider tort liability *ex lege Aquiliā* as a compensatory remedy, and the authors of Justinian's Institutes did nothing but acknowledge it.

To understand why compensation was increasingly perceived as the core of tort liability, we looked at the cultural, philosophical and religious shifts that occurred when Romans conquered Greece. Aristotelian philosophy and Middle Stoicism were thus imported to Rome and inevitably influenced Roman culture, including its perception of legal implications of a wrongful act. Aristotle's theory of justice is based on the equal distribution of wealth (distributive justice) and the mutual balance between personal fortunes (corrective justice). Every loss (ζημία) corresponding with an unlawful gain (κέρδος) must be compensated. Middle Stoicism, for its part, claims that every person shares Reason with others; therefore, mankind is a whole where harmony must reign.

Moreover, Christianity spread more and more throughout the empire and was made the state religion during the postclassical period. The idea of a harmonious society was also promoted by the new faith.

Therefore, we conclude that the evolution of the function of Roman tort liability derived from the jurists' growing awareness of the capabilities of *lex Aquilia* as a compensatory instrument. This awareness was made possible thanks to the discovery of values – such as economic equality – which were brought to Rome after the conquest of Greece and the spreading of Christianity.

## 2. *Ius commune*: the marginalisation of penalty and the triumph of *culpa*

Starting from its rediscovery, Justinian's compilation was studied and applied as the law in force all over continental Europe, until the arising of civil codes in the late 18<sup>th</sup> century.

Regarding philosophy and theology, Thomas Aquinas played a central role in the Middle Ages, and his thinking had a direct influence on legal developments. In his *Summa theologica*, Aquinas discusses Aristotle's theory of justice and manages to separate punishment and compensation (*restitutio*) from a logical standpoint.

According to Aquinas, when a wrongful act causes damage, a sin is committed, and commutative justice (*iustitia commutativa*) is broken. Thus, the expiation of sin is separated from the *restitutio*, which is the act of commutative justice (“*actus commutativae iustitiae*”) and is not related in any way to the sinfulness of the deed. Nevertheless, the fact of not paying the compensation is an *iniustificatio* in itself and precludes the salvation of the soul.

This logical separation between penalty and compensation is reflected in the way medieval jurists interpret Justinian's sources concerning liability *ex lege Aquiliā*. To illustrate this, we considered four elements of this matter: the character of the action, the damage assessment, the scope, and the subjective element.

As for the character of the action, scholars of the *ius commune* separated the punitive component from the compensatory one within the *actio mixta* known by Justinian's court jurists. The *poenalis* character was strictly limited to the heads of damage which exceeded the commercial value of the damaged good (namely *repetitio temporis* and *litis crescentia in duplum*), and the scope of these elements was gradually restricted. This marginalisation of penalty in tort liability *ex lege Aquiliā* led to a symmetrical widening of compensation: especially after the publication of Accursius' *Magna Glossa*, the liability action was almost entirely compensatory.

The evaluation of the damage evolved towards a better effectiveness in the eyes of the victim. Medieval jurists enhanced the criterion of *id quod interest*: they even granted compensation for the murder of a free relative (this was not possible

according to *lex Aquilia*, as the only murder it punished was the fact of killing a slave – *liberum corpus nullam recipit aestimationem*).

In general terms, these jurists considerably widened the scope of liability *ex lege Aquiliā*. Roman praetors had already applied the pattern of *lex Aquilia* to more and more cases, by means of *actiones utiles* and *in factum*. Medieval jurists developed a general action (*actio subsidiaria in factum*) in order to condemn wrongdoers to compensate damages even in cases not covered by Justinian's compilation. The only limitation, as we read in works such as Hugo Donellus', is the pecuniary character of the damage, thus excluding refundability of the injury to feelings. Therefore, despite some differing opinions, it eventually became possible to claim compensation of the damages derived from a relative's decease.

Regarding the subjective element, negligence (*culpa*) was at the centre of tort liability during *ius commune*, even in cases to which out *lex Aquilia* did not apply, and where Roman law had provided for a sort of strict liability. At first glance, this may come as a surprise, as the burden of proving the negligence of the other party may be a major obstacle to the effectiveness of compensation, even more so if we compare this to strict liability. Nevertheless, we do not consider the expansion of *culpa*'s scope as sufficient to threaten the compensatory character of medieval liability *ex lege Aquiliā*. This conclusion is related to *ius commune*'s religious background. As mentioned before in relation to Thomas Aquinas, theology and canon law consider that a harmful act is both a sin and a rupture of commutative justice. This moral side may have led to the central role of negligence, which might be seen as a return to punishment. However, all the other elements are indicative of a strong, well-established compensatory function.

### 3. Modern civil codes: the apotheosis of compensation and the return of punishment

The era of modern law began when Justinian's compilation was no longer applied as the law in force. Private law matters started to be regulated by new sources of law, namely civil codes. This resulted in the fragmentation of continental Europe into a

variety of legal systems. Tort liability was no exception: the revolution brought by codes was the occasion to rethink it from scratch, starting from its function.

In accordance with the research method that we have chosen, we examined the philosophical debate which preceded modern law. Then, we studied the actual provisions of some European civil codes enacted between 1794 and 1942.

The two philosophical currents which influenced the evolution of tort liability at the beginning of legal modernity are the late Scholastics and the natural law theory. The late Scholastics aimed to deepen and update Aquinas' theory: these philosophers studied Aquinas' *restitutio* and derived it from private property. In other terms, they saw the right to compensation as one of the prerogatives of the owner. Although it was not expressly stated, tort liability was now compensatory at its most, as it did not even take wrongfulness into account. Potentially, it was sufficient for the victim to prove that a damage had been produced by someone else, without even referring to the unlawfulness of their deed.

The exponents of natural law theory, for their part, developed the compensatory function to a point where strict liability was explicitly promoted as a general rule, namely in the work of Christian Thomasius (1655-1728). In his theory, there was no more to punish, as the only criterion for holding someone liable was now a causal link between their act or omission, whether legal or illegal, and the damage invoked by the applicant.

In such a scenario, we might think that tort liability in civil codes was entirely compensatory and left no room for penalty. This is only partly true, as the five codes we examined (Prussian *Allgemeines Landrecht* of 1794, Napoleonic *Code civil* of 1804, Austrian *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch* of 1810, German *Bürgerliches Gesetzbuch* of 1900, Italian *Codice civile* of 1942) give us the picture of a diversity of solutions which mix compensation and penalty in various proportions.

Prussian and Austrian Codes regulate tort liability in similar ways. Certainly, they provide for compensation-inspired rules, such as the refundability of the damages caused by minors and persons who do not have legal capacity. However, they differentiate the compensation rate on the basis of the gravity of the act. This leads

to a liability system which we may define as mixed: punitive and compensatory elements coexist in the balancing of the two parties' interests.

Napoleon's *Code civil* does not provide for punitive rules in the matter of tort liability. Moreover, the principle of *réparation intégrale du préjudice* does not allow to differentiate the compensation depending on whether the perpetrator was at fault or negligent. Nevertheless, *Code civil*'s tort liability is strictly subjective: as persons lacking legal capacity cannot be held liable, the damages caused by them cannot be compensated. Both the absence of punitive elements and the subjective character of Napoleonic tort liability refer to Jean Domat (1625-1696) and Robert J. Pothier's (1699-1772) thoughts. In accordance with natural law theory, they promoted a compensatory liability, but they also paid attention to the moral aspect of wrongdoing. As a result, they could not accept that the defendant had to compensate the damage when no reproach could be made against them.

German *BGB* was influenced by the Historical School of Law and the current of Pandectists. As a result, on the one hand, tort liability in this code relies on the unlawfulness (*Widerrechtlichkeit*) of the harmful act. On the other hand, its function is openly compensatory: German lawmakers sought the efficiency of the compensation by promoting the payment in kind whenever possible, sufficient, and proportional. They even granted compensation for non-pecuniary damage under certain conditions.

Italian *Codice civile* came into force in 1942. Given the political context of the time, it was meant as a shift away from the juridical culture of France, which had been the first point of reference for Italian doctrine throughout the previous century. Tort liability is no exception: the influence of German-speaking systems is detectable starting from the notion of "unjust damage" (*danno ingiusto*), where the concept of *Widerrechtlichkeit* shifts from the act to its outcome. The unjust nature of the damage makes it necessary to compensate it and derives from either an unlawful act or the pursuit of a lawful but dangerous activity. In the latter case, the person who benefits from this activity is held strictly liable and must compensate any damage that may occur from it. Still, this system features a punitive element. Indeed, Article 2059 limits the refundability of non-pecuniary damage to the cases provided by law: at the

time of *Codice civile*'s enactment, the only such case was the wrongful act constituting a criminal offence.

#### 4. Conclusion

Starting from the spread of Greek culture and philosophy in Rome, the compensatory function of liability *ex lege Aquiliā* never stopped gaining importance. Throughout the history of civil law, Stoicism, Catholic philosophy, natural law doctrine etc. constantly pushed Aquilian liability towards compensation, since damages were seen as an unfair imbalance that the legal system had to redress. Nevertheless, despite being relegated to a marginal role, penalty was never totally rejected by continental jurists and lawmakers who dealt with tort liability. Indeed, in modern codifications, several provisions aim to punish the wrongdoer.

Though compensatory rules restore the *status quo ante*, punitive ones are the most effective when it comes to preventing people from causing damage to others. In conclusion, these two functions of tort liability must not be seen as contradictory. Instead, it is desirable that they coexist in order to meet the need for full effectiveness of this legal instrument.

## **Annexe : Réforme du Code civil belge**

Dans le présent travail, nous citons à plusieurs reprises l'avant-projet et l'exposé des motifs rendus en matière de responsabilité aquilienne par la Commission belge de réforme du droit de la responsabilité, instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017 (p. xi ; xviii ; xix ; 301). Nous signalons qu'une proposition de loi portant le livre 6 « La responsabilité extracontractuelle » du nouveau Code civil belge a été déposée à la Chambre des représentants le 8 mars 2023.

À la date du 1<sup>er</sup> juin 2023, la proposition de loi est disponible au lien suivant : <https://www.lachambre.be/FLWB/PDF/55/3213/55K3213001.pdf>

Quant à la fonction de la responsabilité aquilienne, les observations que nous avons formulées par rapport à l'avant-projet susmentionné demeurent inchangées. En effet, la proposition de loi (p. 13) précise que « le droit commun de la responsabilité conserve sa fonction principalement indemnitaire. Toutefois, la fonction préventive de la responsabilité civile est reconnue et mise en avant. [...] On ne trouvera, par contre, dans la proposition aucune consécration des dommages et intérêts punitifs ». Seules les fautes qualifiées de « lucratives » permettent à la victime de demander, dans certaines hypothèses, « une indemnité complémentaire à concurrence de tout ou partie du bénéfice net réalisé par le responsable. Cette possibilité est cependant envisagée comme une indemnité complémentaire et non comme une peine civile » (*ibid.*).