Alfons Bürge

Savigny comparatiste : l'exemple de la responsabilité à raison du risque[1]

Sans doute la responsabilité à raison du risque est-elle aujourd'hui synonyme de la modernité d'un système de responsabilité civile qui affronte le défi de l'âge de la technique, celle-ci créant des sources nouvelles de dommage, et frappant potentiellement une multitude de personnes extérieures à l'activité nuisible[2]. Il est donc peu étonnant que cette forme de responsabilité soit dans les visées des « principes de droit européen de la responsabilité civile » qui ressortent des travaux d'un groupe de professeurs de tous les pays d'Europe. Le projet autrichien d'une réforme du régime de la responsabilité confirme cette vue, aussi bien que son analogue suisse[3]. Cet institut suit le progrès technique dès les origines de l'industrialisation du 19e siècle, et il est étroitement lié à l'essor des chemins de fer. Comme on sait, la première loi qui fixait ce principe était

1. Je remercie vivement Mme G. Blaikner-Hohenwart, Prof. à l'Université de Salzbourg, pour le travail et le temps qu'elle a investis pour corriger mon français.

2. L'article se base sur les idées que j'ai développées dans ma contribution « Die Entstehung und Begründung der Gefährdungshaftung im 19. Jahrhundert und ihr Verhältnis zur Verschuldenshaftung. Eine Skizze », dans *Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag*, t. 1, München, 2007, pp. 59-81. Pour les détails je renvoie à cet article. Une grande partie des ouvrages allemands du dix-neuvième siècle cités par moi sont accessibles sous http://dlib-pr.mpier.mpg.de/index.htm.

3. Pour l'Autriche, voir I. Griss (éd.), *Entwurf eines neuen österreichischen Schadenersatzrechts*, Wien, 2006, et le résumé de P. Apathy, « Schadenersatzreform - Gefährdungshaftung und Unternehmerhaftung », *JBl*, 2007, pp. 205-219 ; pour la Suisse, voir *Révision et unification du droit de la responsabilité civile, Avant-projet de loi fédérale*, par P. Widmer et P. Wessner, présenté sous http://www.bj.admin.ch/etc/medialib/data/wirtschaft/gesetzgebung/haftpflich.Par.0008.File.tmp/vn-ve-f.pdf ; Rapport explicatif, sous http://www.bj.admin.ch/etc/medialib/data/wirtschaft/gesetzgebung/haftpflich.Par.0003.File.tmp/vn-ber-f.pdf Classement des réponses à la procédure de consultation, sous http://www.bj.admin.ch/etc/medialib/data/wirtschaft/gesetzgebung/haftpflich.Par.0001.File.tmp/ve-ber.pdf et B. Foëx / F. Werro (éd.), *La réforme du droit de la responsabilité civile*, Zurich, 2004.

la Loi prussienne sur les entreprises des chemins de fer du 3 novembre 1838. Ce fait est d'autant plus remarquable que cette législation avait été entreprise à une époque où on ne comptait que quelques kilomètres de voies ferrées dans le pays [4]. Les membres du Conseil d'État prussien ne croyaient pas tous à un avenir de cette révolution du transport, cependant, ils ne voulaient pas empêcher le capital privé d'investir dans ces projets à ses propres risques.

Le résultat des travaux du Conseil d'État prussien fut le fameux §25 que je tente de traduire [5] :

> « La société est tenue de réparer tous les dommages causés aux personnes ou biens transportés ou à d'autres personnes et à leurs biens résultant du transport par voie ferrée, la société ne pourrait se libérer de cette obligation qu'en prouvant que le dommage a été causé soit par la faute du lésé soit à la suite d'un cas fortuit extérieur et irrésistible. La nature dangereuse de l'activité elle-même n'est pas à considérer comme pouvant constituer un cas fortuit libératoire de la réparation »[6].

Plus de cent ans après la naissance de cet institut, l'Allemand Josef Esser, un des professeurs les plus profilés de l'après-guerre, s'écriait [7] : « Cette forme de responsabilité stricte, née sans l'aide de la science grâce à l'initiative sociale du Conseil d'État et du ministère de la Justice, ne constituait pour l'école historique qu'un rien juridique. »

Cette phrase, maintes fois répétée par ses adeptes, devait établir l'opinion commune concernant cet acte de législation.

La conception prussienne est d'autant plus remarquable que l'exposé des motifs publié est de la même sobriété et modernité que la norme précitée. À part une référence concernant la responsabilité des aubergistes et hôteliers codifiée dans le Code général prussien, comme dans les articles 1952 et suivants du Code

---

4. Les travaux législatifs sont traités dans W. Schubert, « Das preußische Eisenbahngesetz von 1838 », *ZRG GA*, 1999, n° 116, pp. 152-203.

5. Je tiens à remercier Mme. U. Babusiaux, dr. en droit et Mme F. N'Diaye, dr. en droit à l'Université de la Sarre d'avoir contribué à la tâche délicate de cette traduction.

6. *Königlich Preußisches Gesetz über die Eisenbahnunternehmungen vom 3. November 1838*, §25 : « *Die Gesellschaft ist zum Ersatz verpflichtet für allen Schaden, welcher bei der Beförderung auf der Bahn, an den auf derselben beförderten Personen und Gütern, oder auch an anderen Personen und deren Sachen, entsteht und sie kann sich von dieser Verpflichtung nur durch den Beweis befreien, daß der Schade entweder durch die eigene Schuld des Beschädigten, oder durch einen unabwendbaren äußeren Zufall bewirkt worden ist. Die gefährliche Natur der Unternehmung selbst ist als ein solcher, von dem Schadensersatz befreiender, Zufall nicht zu betrachten.* »

7. J. Esser, *Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung*, 2e éd., 1969, pp. 49 et s.

civil sur le modèle du *receptum nautarum cauponum stabulariorum* du droit romain, les travaux préparatoires se concentrent sur des arguments pratiques. Ils soulignent qu'en matière d'incidents ferroviaires il serait encore plus difficile que dans les cas des aubergistes de prouver la faute des préposés et des employés de la société ferroviaire. S'adressant aux voix qui s'étaient soulevées contre cette solution et qui accusaient la nouveauté de ce régime de responsabilité si sévère, exceptionnel aussi à l'égard des autres entreprises dangereuses à cause du feu, ils insistaient dans une mise au point sur l'extension du réseau ferroviaire et sur le fait que les propriétaires des terrains adjacents avaient été préalablement soumis à l'expropriation au profit des mêmes sociétés ferroviaires. C'est pourquoi il incombait à l'État de prévoir et de surveiller. Ils ne craignaient pas d'invoquer le sentiment d'équité et de justice, propre à animer partout les actions de l'État.

Il est remarquable que des voix professorales de l'après-guerre aient mis cette argumentation du législateur prussien en opposition avec la doctrine de son époque, en soulignant surtout le contraste avec les théories de Savigny, le fondateur et chef de l'école soi-disant historique, et avec un pandectisme respirant l'amour pour les constructions théoriques. Ce désaccord était d'autant plus évident qu'on croyait savoir que Savigny et son école s'étaient soulevés contre tout projet de législation. Bien qu'un courant puissant parmi les chercheurs allemands de notre temps se soit opposé à cette classification trop simpliste de Savigny et de ses élèves, à commencer par Rückert et Dieter Nörr jusqu'aux Falk et Haferkamp avec leurs recherches sur Windscheid ou Puchta [8], elle était opinion courante parmi les civilistes allemands. Ce fut donc une petite sensation lorsque dans les années quatre-vingts, Theodor Baums présenta dans un article très bref le résultat de ses recherches dans les archives prussiennes [9]. Il y réussit à éclaircir la paternité de ces idées modernes sur la responsabilité pour risque : c'était bien Savigny qui avait soutenu cette conception nouvelle, qui avait formulé et écrit la proposition de loi de sa propre main. En effet, le ministre de la Justice, en lutte avec une opposition au sein de l'administration, l'avait appelé à apporter son soutien au projet d'une responsabilité plus sévère, quittant le champ d'une responsabilité subsidiaire dans les cas de l'irrecouvrabilité des dommages-

8. J. Rückert, *Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl von Savigny*, Ebelsbach, 1984 ; D. Nörr, *Savignys philosophische Lehrjahre: ein Versuch*, Frankfurt-am-Main, 1994 ; voir la critique de O. Beaud, « Savigny revisité: le jeune Savigny, apprenti philosophe », *Rechtshist. Journal*, 1995, n° 14, pp. 108-127 ; U. Falk, *Ein Gelehrter wie Windscheid Erkundungen auf den Feldern der sogenannten Begriffsjurisprudenz*, 2e éd., Frankfurt-am-Main, 1999 (1re éd. 1989) ; H.-P. Haferkamp, *Georg Friedrich Puchta und die « Begriffsjurisprudenz »*, Frankfurt-am-Main, 2004.

9. Th. Baums, « Die Einführung der Gefährdungshaftung durch F. C. von Savigny », *ZRG Germ. Abt.*, 1987, n° 104, pp. 277-282 qui reproduit l'avis de Savigny en tant que l'avis et le procès-verbal du Conseil d'État, accessibles aussi dans G. Lehmann, *Körperverletzungen und Tödtungen auf deutschen Eisenbahnen*, 1869, pp. 45-48 note.

intérêts de l'auteur du dommage. Le résultat, à savoir la responsabilité stricte des entreprises ferroviaires, qui fut adopté par le Conseil d'État avec une majorité de 29 voix contre 4, était donc bien dû à l'influence de la science et d'un savant célèbre, à savoir Savigny.

Ce résultat est moins surprenant pour tous ceux qui savaient que Savigny avait participé aux travaux comme membre du Conseil d'État, et qu'il avait rédigé l'exposé des motifs dans lequel il réclamait une explication, il est d'autant plus surprenant qu'on pouvait présumer une opposition nette entre cette législation et ses doctrines, à commencer par son subjectivisme quant à la responsabilité, et qu'on connaissait ses réticences contre la vocation de son temps pour la législation. Dans un volume consacré aux influences de Savigny sur la science française, il convient de mettre le doigt sur un point intéressant concernant le droit comparé. Savigny fit remarquer qu'en France cette responsabilité présomptive était - avec une rigueur plus grande - la règle dans les cas d'entreprises similaires. Cette observation de Savigny demande une explication, parce qu'elle semble en contradiction avec l'essor de la responsabilité pour faute, si chère aux rédacteurs du Code civil, et à son déclin vers la fin du dix-neuvième siècle. Mais pour y parvenir il faut diriger nos regards vers le fondement de la responsabilité civile chez Savigny.

Je commencerai par le fondement de la responsabilité moderne pour faute que l'opinion allemande courante fait souvent remonter à l'autonomie de la personne, considérant donc comme donnée son origine kantienne[10]. De Kant à Savigny il y a seulement quelques pas à faire : nous savons que Savigny était imprégné de l'idéalisme de son époque qui dominait la pensée et la vie intellectuelle de Berlin. Eu égard à l'unanimité de cette hypothèse, qui fonde la responsabilité pour faute dans la même autonomie de la volonté que les obligations contractuelles et la propriété, on s'étonne de constater que Kant ne situe nulle part la responsabilité aquilienne dans l'autonomie d'une personne.

---

10. Voir seulement R. Ogorek, *Untersuchungen zur Entwicklung der Gefährdungshaftung im 19. Jahrhundert*, Köln/Wien, 1975, p. 23 ; R. Zimmermann, *Law of Obligations*, 1990, p. 1034 ; K. Larenz, C.-W. Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts*, t. 2.2, 13e éd., Munich, 1994, §75, I, 1/2 ; L. Lenz, *Haftung ohne Verschulden in deutscher Gesetzgebung und Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts*, Münster, 1995, p. 2 ; et B. Winiger, *La responsabilité aquilienne en droit commun*, Genève/Bâle/Munich, 2002, pp. 34, 224. On regrette que G. Etier, *Du risque à la faute. Évolution de la responsabilité civile pour le risque du droit romain au droit commun*, Zurich/Bruxelles, 2006, ne touche guère ni l'idéalisme de Kant ni le 19ème siècle ; de même O. Descamps, *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le Code civil de 1804*, Paris, 2005 laisse de côté ces aspects. Voir les réflexions très sensées dans M. Immenhauser, *Das Dogma von Vertrag und Delikt*, Köln/Weimar/Wien, 2006, pp. 215 et s., 257 et s. L'auteur y observe avec justesse l'hétéronomie dans la conception de la responsabilité délictuelle chez Kant et Savigny, sans pour autant en tirer les conséquences quant au développement de la responsabilité à raison du risque.

Bien au contraire, il développe une conception toute différente. Sans entrer dans le détail de sa philosophie, je me permettrai la remarque que dans ses *Éléments métaphysiques de la doctrine du droit* qui nous intéressent ici, il ne place pas l'action délictuelle sur le plan de la philosophie transcendantale mais sur celui de la doctrine empirique, et souligne qu'on « pourra [...] réduire la division du droit au mien et au tien extérieurs »[11]. Procédant de cette attribution du droit au sujet autonome, il considère d'abord le mien et le tien extérieurs, insistant sur le fait que la possibilité d'avoir quelque chose d'extérieur comme sien nécessite l'état civil et la constitution civile, c'est-à-dire « un état juridique qui assure à chacun le sien » mais qui « ne le constitue pas et ne le détermine pas »[12]. Il maintiendra cette position dans son œuvre tardive relative au projet de paix perpétuelle[13]. Dans cette perspective, il conçoit le délit ou la lésion comme atteinte « à ma liberté ». Dans son *Introduction à la métaphysique des mœurs* il se réfère, conformément à cette position, dans sa division générale des devoirs de droit à la maxime d'Ulpien « ne fais tort à personne - (*neminem laede*) »[14]. Les sanctions des transgressions appartiennent à la raison pratique - et c'est bien ici qu'il faut chercher le lieu de l'imputabilité. Il qualifie donc une transgression involontaire mais pourtant imputable de « simple faute » - la considère comme synonyme de la notion de *culpa* - et la met en opposition avec la transgression volontaire, le *dolus*[15].

Pour vérifier les résultats de notre analyse par l'exemple d'un philosophe de la seconde génération de l'idéalisme allemand, on peut consulter Fichte, le prédécesseur de Savigny au rectorat de l'université de Berlin. L'auteur fameux des *Discours à la Nation allemande* soutient les mêmes idées quant au rôle de l'État pour ce qui est de « la responsabilité de protéger [...] toute propriété absolue, et d'en garantir à chacun la sécurité »[16]. À cette fin, l'État se sert de la notion de « loi de contrainte »[17]. Dans ce contexte, Fichte nie que la loi de contrainte puisse se

---

11. Kant, *Metaphysik der Sitten*, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, AB 46 et s. = *Akad. Ausg.*, Bd. 6, p. 238 ; trad. française J. Barni, *Éléments métaphysiques de la doctrine du droit*, Paris, 1853, pp. 56 et s.

12. Kant, préc. note 11, AB 74 = *Akad. Ausg.*, p. 256 ; trad. citée, p. 82.

13. Kant, *Zum ewigen Frieden*, B 80 et s. ; A 75 et s., voir BA 57 et s. = *Akad. Ausg.*, Bd. 8, resp. pp. 373 et s., et pp. 365 et s. ; Kant, *Projet de paix perpétuelle. Essai philosophique*, trad. de l'allemand, Königsberg, 1796, pp. 56 et s., 80 et s.

14. Kant, préc. note 11, AB 43 et s. = *Akad. Ausg.*, pp. 236 et s. ; trad. citée, p. 54.

15. Kant, préc. note 11, AB 22 = *Akad. Ausg.*, p. 224 ; trad. citée, p. 33.

16. Fichte, *Grundlage des Naturrechts*, Meiner, 1979, §13, pp. 136 et s. ; §19G, pp. 234 et s. ; §20, pp. 253 et s. ; trad. française A. Renaut, *Fondement du droit naturel selon les principes de la doctrine de la science*, Paris, 1984, p. 251.

17. Préc. note 16 ; trad. Renaut, p. 157.

fonder sur « la volonté de favoriser son intérêt en portant préjudice à l'autre », car une telle loi disparaîtrait « si une telle volonté n'existait pas » et ne fournirait donc aucune protection. Le véhicule de la loi de contrainte est « le contrat d'expiation » (*Abbüssungsvertrag*)[18]. Le théâtre où se déploie ce contrat n'est pas seulement le droit civil mais, s'il y a une volonté de nuire, aussi le droit pénal. Pour la terminologie de « loi de contrainte » on pourrait aussi consulter Hegel et ses *Principes de la philosophie du droit*, œuvre dans laquelle il parle de l'injustice ou du « déni du droit », et de « l'opposition du droit en soi et de la volonté particulière »[19]. Par conséquent, pour y remédier, la contrainte « est conforme au droit - à savoir en tant que contrainte seconde, qui est un acte-d'abroger une première contrainte »[20]. De ce point de vue la réparation du dommage qui a affecté la propriété n'est en somme rien d'autre que « la réparation civile en tant que dédommagement »[21]. Nous n'avons pas à approfondir la notion de la loi de contrainte, il suffit de remarquer qu'elle a également ses racines chez Kant. Inutile d'observer qu'aucun de ces auteurs ne développe la réparation du dommage comme corollaire de l'autonomie de la volonté.

Pour revenir aux juristes, c'est Zeiller, l'adepte de Kant et rédacteur célèbre du Code civil général autrichien, qui prévoyait la possibilité d'obtenir une indemnité par des personnes incapables de discernement (§1310), paragraphe en quelque sorte précurseur de l'article 489-2 du Code civil actuel (futur article 414-3). Cette position correspond parfaitement à la doctrine de Zeiller développée dans son œuvre *Le droit privé naturel* [22].

Savigny s'insère parfaitement dans ces courants, sans qu'on puisse dire pour autant qu'il ait été influencé par tel ou tel auteur particulier. Comme penseur autonome ou « autopenseur » (*Selbstdenker*) [23] - s'il est permis d'évoquer une notion très populaire parmi les intellectuels de son temps - il est un représentant de l'idéalisme en vogue. Il serait donc inconcevable que seul Savigny parmi eux soit parti du point de vue inverse et ait - sans en perdre un mot - fondé la responsabilité civile sur l'autonomie de la personne. En outre, il se serait trouvé en contradiction ouverte avec sa réfutation ferme des doctrines du droit

---

18. Préc. note 16 ; trad. Renaut, p. 270.

19. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, dans *Werke*, 1970, vol. 7, §82, p. 172 ; trad. française J.-F. Kervégan, *Principes de la philosophie du droit*, présenté, rév. et annoté par J.-F. Kervégan, Paris, 1998, §82.

20. Hegel, préc. note 19, §93, p. 179 ; trad. Kervégan, §93.

21. Hegel, préc. note 19, §98, p. 186 ; trad. Kervégan, §98.

22. Zeiller, *Das natürliche Privat-Recht*, 3e éd., Wien, 1819, §179, p. 246.

23. Pour cette notion voir Nörr, préc. note 8, pp. 7 et s. avec note 12.

naturel qui posent, je cite Savigny, « comme base fondamentale l'injustice »[24] ; et il continue : « suivant eux [les auteurs du droit naturel] l'injustice est la violation de la liberté par une liberté étrangère, c'est un obstacle qui gène le développement de l'homme, et un mal auquel il faut remédier, et, dans leur opinion, ce mal a le droit pour remède ». À cette conception il oppose son point de vue idéaliste, que « chaque rapport de droit [...] apparaît comme une relation de personne à personne déterminée par une règle du droit » et que « cette règle déterminante assigne à chaque individu un domaine où sa volonté règne indépendante de toute volonté étrangère »[25]. Ceci signifie qu'à l'inverse, le droit de la responsabilité délictuelle – tout comme plusieurs institutions du droit positif – est effectivement destiné « à protéger ce pouvoir naturel de l'homme sur sa propre personne contre les agressions de ses semblables »[26].

Traitant des délits dans son droit de l'obligation, il souligne encore une fois que « tout délit a son principe dans une violation du droit »[27]. Il qualifie de délits proprement dits ceux qui « sont la plupart du temps sanctionnés par des actions spéciales ». Parmi ces obligations figure la responsabilité aquilienne qui est comme d'autres obligations délictuelles rattachée « à une intention contraire au droit », que ce soit le *dolus* ou que ce soit « le défaut de la diligence (*culpa*) exigée dans toute opération juridique ». « Elles supposent », c'est ainsi qu'il s'exprime, « nécessairement la possibilité d'imputer l'acte à la personne du débiteur. » Son annotation nous le montre partisan de l'opinion qu'il est possible dans certains cas d'imputer des délits aux incapables[28].

En tout cas c'est l'État qui règle par sa législation la responsabilité civile. L'observation qui suit sa prise de position pour l'exercice du libre arbitre nous montre l'État dans un rôle positif, car Savigny souligne que selon son « opinion, l'État brillerait alors d'une noblesse et d'une puissance nouvelle »[29]. Sous cet angle, il est moins surprenant qu'il ait opéré comme législateur résolu quand il s'agissait de protéger l'individu. Et c'est donc dans cet esprit qu'il développait les lignes de la responsabilité à raison du risque, comme il participait en même temps avec ardeur à l'élaboration de la loi prussienne sur les droits d'auteur dont

---

24. Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, t. 1, Berlin, 1840, §52, p. 332 ; trad. française Ch. Guenoux, *Traité de droit romain*, t. 1, Paris, 1840, §52, p. 326.

25. Savigny, préc. note 24, p. 333 ; trad. citée, p. 327.

26. Savigny, préc. note 24, pp. 336 et s. ; trad. citée, pp. 330 et s.

27. Savigny, *Das Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts*, t. 2, Berlin, 1851/53, §82, pp. 293 et s. ; trad. française C. Gérardin et P. Jozon, *Le Droit des obligations*, t. 2, 2e éd., Paris, 1873, §82, pp. 460 et s.

28. Savigny, préc. note 27, p. 295 avec renvoi à Savigny, préc. note 24, t. 3, §108, p. 41 ; trad. citée, p. 463 avec renvoi à t. 3, §108.

29. Voir Savigny, préc. note 24, p. 333 ; trad. citée, p. 323.

les traits décisifs, manifestes dans la législation allemande jusqu'à nos jours, remontent à son activité [30]. Dans tous ces cas, l'État prévoyant et protecteur devait répondre au péril de l'injustice à laquelle les individus étaient exposés. On s'aperçoit facilement de l'affinité avec *l'Essai sur les limites de l'action de l'État* de W. von Humboldt, le penseur qui avait nommé Savigny à l'Université de Berlin et qui a sa place parmi les réformateurs et législateurs de la Prusse après la défaite contre Napoléon. Soit dit en passant, tous les deux étaient membres de la société sans lois (*gesetzlose Gesellschaft*) de Berlin, un détail qui peut mettre en lumière l'attitude de ces acteurs.

Après ces propos sur le rôle de la législation dans l'œuvre de Savigny, y compris son activité de conseiller d'État, je dirai quelques mots sur le rôle de l'histoire, vu qu'il est inévitable d'associer Savigny avec l'image ou plutôt la caricature d'une école historique souvent fondée sur des préjugés non vérifiés. Bien que Savigny, comme antiquisant, fût un écrivain d'envergure (il suffit de regarder son *Histoire du droit romain au Moyen-Âge*, œuvre qui n'a pas été remplacée jusqu'à nos jours malgré des initiatives considérables), l'histoire n'a cependant jamais été pour lui un but en soi. Son intérêt était de rénover la dogmatique. Le regard sur l'antiquité permettait - selon la fameuse formule d'August Boeckh - la reconnaissance du connu ou la construction [31], notion discréditée cent ans plus tard à tel point qu'il convient de la traduire comme recherche des structures [32]. En effet, il s'insérait dans les rangs des chefs de l'herméneutique de son temps. Une analyse récente de Stephan Meder le voit à la tête du mouvement, avant Schleiermacher et Boeckh, un mouvement progressif qui développait des solutions nouvelles [33]. Dans le cas de la responsabilité à raison

30. E. Wadle, *Friedrich Carl von Savignys Beitrag zum Urheberrecht*, Köln, 1989 ; le même, *Geistiges Eigentum, Bausteine zur Rechtsgeschichte*, Weinheim, 1996, pp. 267-307.

31. Voir G. Čivikov, « « Connaissance du connu » et science de la littérature. Remarques sur la théorie herméneutique d'August Boeckh », et A. Horstmann, « L'herméneutique, théorie générale ou *organon* des sciences philologiques chez August Boeckh ? », dans A. Laks / A. Neschke (éd.), *La naissance du paradigme herméneutique: Schleiermacher, Humboldt, Boeckh, Droysen*, Lille, 1991, resp. pp. 349-358 et pp. 327-347 ; St. Meder, *Missverstehen und Verstehen. Savignys Grundlegung der juristischen Hermeneutik*, Tübingen, 2004, pp. 26 et s., 89, 175 et s. ; et A. Bürge, « Der Text als Problem des Kontextes », *ZRG Rom. Abt.*, 1998, n° 115, pp. 150-160, et 159 et s.

32. Il suffit de rappeler l'analyse de l'argent comme objet de l'obligation, où Savigny se résigne, avouant « même la complète impossibilité d'aller chercher chez les Romains des règles satisfaisantes et décisives », Savigny, préc. note 27, t. 1, §44, p. 469 ; trad. citée, t. 2, p. 82 ; voir H. Kiefner, « Geld und Geldschuld in der Privatrechtsdogmatik des 19. Jahrhunderts », dans H. Coing / W. Wilhelm (éd.), *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert*, t. 5, Frankfurt-am-Main, 1980, pp. 27-54 ; le même, *Ideal wird, was Natur war : Abhandlungen zur Privatrechtsgeschichte des späteren 18. und des 19. Jahrhunderts*, Goldbach, 1997, pp. 109-136.

33. Préc. note 31, *passim*.

du risque, pour rester dans le cadre du sujet, Savigny note certes, comme nous l'avons vu, l'affinité de la norme nouvelle avec la responsabilité traditionnelle des aubergistes et hôteliers, mais il se sert d'arguments pratiques tirés de la dimension de grande entreprise d'un réseau ferroviaire.

Après cette observation il convient de revenir à la remarque de Savigny (au sein du Conseil d'État) concernant le projet de responsabilité ferroviaire : il y souligne qu'en France cette responsabilité présomptive était réglée avec plus de rigueur pour des entreprises similaires. À quoi pensait-il ? On se rappelle d'abord les règlements spéciaux pour les voituriers. Savigny mentionnait aussi, entre autres, les navires. Lorsqu'il ajoute que ces normes concernaient d'abord uniquement le rapport avec ceux qui se servaient volontairement de ces moyens pour le voyage ou le transport des choses, mais qu'il était encore plus nécessaire d'adopter ce principe dans les cas de dommages causés par ces entreprises si la victime n'était pas entrée dans une relation contractuelle avec la société, on pense à la responsabilité des voituriers par terre et par eau de l'article 1782 du Code civil. Mais qu'en était-il des relations extracontractuelles ? Laissons à part le fait qu'il fait la même observation à l'égard de l'Angleterre. On se demande nonobstant si sa conclusion se référait à la situation en France ou seulement à la Prusse. On peut exclure la Prusse, parce que dans ce cas il n'aurait pas été nécessaire de légiférer sur ce point. Est-ce qu'il aurait été possible que le droit français pratiquât déjà une telle responsabilité ?

Nous savons que Savigny était très bien renseigné sur le droit français, ce que prouve sa bibliothèque : parmi les droits étrangers la part du droit français était la plus ample [34], et il était toujours resté en contact avec des correspondants français [35]. Signe extérieur de ses relations profondes : la décoration de la Légion d'honneur que lui avait communiquée Victor Cousin en 1833 [36] ; signe intérieur : sa réception en tant que membre correspondant puis comme associé étranger à l'Institut [37].

---

34. Voir H. P. Weber, *Die Bibliothek des Juristen Friedrich Carl von Savigny in der Universitätsbibliothek Bonn*, Bonn, 1971, p. 50.

35. Voir O. Motte, *Savigny et la France*, Berne, 1983 ; voir les obs. de A. Bürge, *ZRG Rom. Abt.*, 1987, n° 104, pp. 806-813 ; le même (éd.), *Lettres inédites des juristes francais du XIXe siècle conservées dans les archives et bibliothèques allemandes*, 2 vol., Bonn, 1989/90 ; voir le compte-rendu de A. Bürge, « Neue Quellen zur Begegnung der deutschen und französischen Rechtswissenschaft im 19. Jahrhundert », *ZRG Germ. Abt.*, 1993, n° 100, pp. 546 - 570.

36. Voir la lettre de remerciements de Savigny chez. J. Barthélemy-Saint-Hilaire, *M. Victor Cousin, sa vie et sa correspondance*, t. 3, Paris, 1895, p. 308.

37. Voir F.-A. Mignet, Institut impérial de France, « Notice historique sur la vie et les travaux de M. de Savigny, associé étranger de l'Académie, [...] lue à la séance publique annuelle du 17 déc. 1864 », Paris, 1864 ; *Rev. crit.*, 1865, n° 26, pp. 49-77.

Laissons de côté ces éléments biographiques et précisons la question. Est-ce que les vues de Savigny étaient correctes aux yeux d'un observateur objectif ? Un regard sur les codifications allemandes ayant transmis le Code civil français nous montre qu'on pouvait bien douter d'une conception d'une responsabilité fondée seulement sur la faute. Le Code civil du grand-duché de Bade formule l'article 1382 comme suit : « Tout fait illicite d'un homme qui cause un dommage à un autre, oblige celui par lequel il est arrivé à le réparer »[38]. Ceci n'est pas loin des propositions de Cambacérès qui dans ses trois projets ne mentionne jamais la faute. Je cite la version du premier projet qui est la plus longue : « Ainsi, tout homme qui a causé du dommage à un autre, dans sa personne ou dans ses biens, est obligé à le réparer »[39]. Le juriste français note aussitôt une différence par rapport à la version du Code civil de 1804 : il manque l'élément principal, si précieux pour les auteurs des manuels du droit civil actuel, pour peindre le tableau de l'essor et du déclin de la faute. Mais en lisant la discussion au sein du Conseil d'État de Napoléon, on commence à douter de la plausibilité de ce modèle si notoire. En effet, le projet proposait la codification de l'action *de effusis vel deiectis* - la responsabilité des habitants pour les choses jetées de leur maison. C'est l'exemple d'une responsabilité sans faute dans le droit romain, par ailleurs codifié par le Code civil autrichien (§1318). Les rédacteurs français le retranchaient comme simple exemplification, parce que l'énonciation du principe leur semblait être suffisante[40] - le principe étant énoncé dans le texte de l'article 1382 actuel - et que les commentateurs traitaient cette responsabilité spéciale comme droit en vigueur[41].

N'oublions pas les problèmes du droit romain et du *jus commune* avec la gradation fine et continue de *culpa, culpa lata, levis* ou *culpa levissima*; qui a laissé ses traces dans la jurisprudence française. Elle donnait lieu à des discussions mesquines et des interprétations méticuleuses. L'origine de ces querelles se trouve dans les textes du droit romain, d'abord dans la *lex Aquilia*, qui n'emploie

38. « *Jede unrechte That eines Menschen, welche einen Andern beschädigt, verbindet den Thäter zur Entschädigung* ».

39. Premier projet de Cambacérès, Livre III, tit. 1er, §1, art. 3, éd. par P. A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 1, Paris, 1827, pp. 17 et s., 65 ; voir Descamps, préc. note 10, pp. 447 et s.

40. Fenet, préc. note 39, t. 13, p. 455 ; Locré, *Législation civile, commerciale et criminelle*, t. 6, Bruxelles, 1836, n° 12 ; voir R. Hochstein, *Obligationes quasi ex delicto. Untersuchung zur dogmengeschichtlichen Entwicklung verschuldensunabhängiger Deliktshaftung unter besonderer Berücksichtigung des 16. bis 18. Jahrhunderts*, Stuttgart, 1971, p. 142 avec n. 97. Descamps, préc. note 10, pp. 459 et s. interprète pourtant cette suppression comme affirmation du principe, ce qui me paraît assez douteux eu égard à la longue tradition de l'action *de effusis vel deiectis*.

41. Toullier, *Le droit civil français*, t. 11, 4e éd., Paris, 1824/28, n° 233 et s., pp. 326 et s. ; et encore L. Perrin, *Code des constructions et de la contiguïté*, 3e éd., Paris, 1844, n° 1598, pp. 446 et s.

nulle part l'expression *culpa*, mais parle de *iniuria* - illicéité (fait illicite). Dans la discussion parmi les juristes romains qui reflétaient les débats du forum, y compris la pratique rhétorique, les procédures engagées devant les magistrats et juges s'étaient développées à partir d'arguments comme la *culpa* qui faisait son entrée dans les textes juridiques, laissant après la compilation des juristes de Justinien un tableau assez disparate et hétérogène. La publication en 1815 de *La culpa du droit romain* du juriste allemand Hasse, suivant l'exemple de Doneau, mettait fin à ces distinctions subtiles. Le remède de Hasse était en fait simpliste et génial à la fois : il supposait que *iniuria* - illicéité - signifie la composante objective, tandis qu'il interprétait la *culpa* comme composante subjective - imputabilité. Grâce à ce procédé, il parvenait à une notion unique. Les deux mots, *iniuria* et *culpa*, étaient seulement des nuances d'une seule notion, par conséquent *iniuria* incluait toujours l'élément subjectif, et *culpa* en revanche l'élément objectif, fût-il exprimé concrètement ou non dans le texte romain[42].

Un juriste allemand de cette époque qui connaissait comme Savigny le droit commun, la solution française et les résultats de Hasse, n'avait donc pas de problème à s'apercevoir qu'il était plus facile de négliger l'élément subjectif dans le système français que dans la doctrine allemande après le triomphe de la solution de Hasse. En effet, la doctrine de Hasse exige du législateur et du juge de rendre compte des deux éléments. Après ces réflexions plutôt techniques, il nous faut regarder la jurisprudence française. Est-ce qu'on y trouve une confirmation de ces conclusions ? Trente ans après l'acte du législateur prussien un avocat de Dresde, Gustav Lehmann, qui observait la jurisprudence française, fait l'éloge de la sévérité des jugements contre les compagnies ferroviaires[43]. Il l'explique d'une part par la conception – à ses yeux plutôt un manque de conception – des articles 1382 et suivants, d'autre part, il expose qu'en Allemagne le champ du cas fortuit est plus étendu qu'en France, parce qu'en France le tissu des lois a de petites mailles et qu'on trouve donc toujours une loi, un décret ou

---

42. J. Ch. Hasse, *Die Culpa des Römischen Rechts*, 2e éd., Bonn, 1838, pp. 38 et s., 169 ; A. d'Hauthuille, « De la prestation des fautes, courte exposition de la doctrine de M. Hasse, et application au droit français actuel », *Rev. Wol.*, 1835, n° 2, pp. 269-282, 342-356, présentait les éléments décisifs aux juristes français. C'est un des nombreux exemples de la fonction de la *Revue Wolowski* dans la transmission des idées allemandes ; nier cette fonction signifierait annihiler le rôle dans la propagation de la perspective historique. De 1834 à 1852, on trouve plus de 80 articles avec une référence explicite à l'école historique, voir aussi Motte, 1989/90, préc. note 35, t. 1, pp. 65-80. Un exemple fameux au-delà de cette revue est la réception de la notion de patrimoine, voir A. Bürge, « Der Einfluß der Pandektenwissenschaft auf das französische Privatrecht im 19. Jahrhundert: Vom Vermögen zum patrimoine », dans R. Schulze (éd.), *Europäische Rechts- und Verfassungsgeschichte. Ergebnisse und Perspektiven der Forschung*, Berlin, 1991, pp. 221-244.

43. Lehmann, préc. note 9, pp. 35 et s., 48 et s.

une ordonnance dont la violation permette d'exclure le cas fortuit et la force majeure[44]. Il loue explicitement le maniement de la preuve par les tribunaux, la souplesse et le peu d'importance de la charge de la preuve dans la pratique[45]. Il est possible qu'on ait observé la distinction entre les questions de fait et les questions de droit avec plus de diligence qu'on ne le faisait et ne le fait encore en Allemagne. Une structure dogmatique peu différenciée peut d'ailleurs influencer le procès et surtout le régime probatoire, et soustraire les actes du juge du fond au contrôle pénible du juge du droit.

Les arrêts sur les accidents ferroviaires que nous avons trouvés confirment l'analyse de Lehmann - et les prévisions de Savigny. Lehmann lui-même cite d'abord une décision du tribunal de la Seine de 1859 qui concerne un accident d'un agent de la compagnie ferroviaire. Il s'agit donc d'une responsabilité contractuelle. Néanmoins, le tribunal ne prenait en considération que les infractions aux dispositions réglementaires et rendait la compagnie « responsable des conséquences de cette infraction ». Il refusait l'argumentation de la compagnie fondée sur l'imprudence de l'agent et exposait que « les dispositions (concernées) [...] sont établies dans un intérêt d'ordre public, sur lequel il n'est pas au pouvoir desdites compagnies de transiger, et qu'elles ne sauraient s'autoriser des infractions qu'elles auraient tolérées de la part de leurs agents, pour se soustraire à la réparation du préjudice que le défaut d'exécution de ces dispositions réglementaires aurait occasionné »[46]. Lehmann note que la jurisprudence fait abstraction du contrat et se réfère sans hésiter à l'article 1382 et éventuellement à l'article 1384, ce qui est aussi valable pour des passagers qui ont conclu un contrat de transport avec la compagnie ferroviaire[47]. Un arrêt de la Cour de cassation de 1859 concernant un incendie de divers bâtiments occasionné par les flammèches d'une locomotive maintenait une décision qui avait combiné le délit d'incendie de propriété par imprudence du Code pénal avec l'article 1382[48]. Est remarquable le fait qu'elle confirmait aussi les dommages-intérêts adjugés à la compagnie d'assurance contre l'incendie pour les sommes payées aux assurés. Le tribunal les avait justifiés avec l'article 1382 : « Considérant que l'incendie d'une propriété assurée est un dommage causé, non pas seulement au propriétaire, mais encore et surtout à la compagnie d'assurance obligée d'indemniser ce propriétaire », en quelque sorte un cas de subrogation légale[49].

---

44. Lehmann, préc. note 9, pp. 52 et s.

45. Lehmann, préc. note 9, pp. 50 et s.

46. Lehmann, préc. note 9, pp. 90 et s.

47. Lehmann, préc. note 9, pp. 48 et s.

48. Cass. crim. 23 juin 1859, DP 1859.1.329

49. Aujourd'hui réglé par art. 121-13 L. C. assur.

Deux autres décisions nous intéressent, l'une de la cour de Lyon en 1856, l'autre de la cour de Bordeaux en 1857 [50], parce que toutes les deux accordaient des dommages-intérêts à des ouvriers qui faisaient un travail qui ne les regardait pas. Dans le cas de l'ouvrier de Bordeaux, celui-ci avait aidé « par pur zèle » des hommes d'équipe à déplacer un wagon ; dans le cas de Lyon, l'ouvrier était « en état d'infraction aux règlements de la compagnie ». Il voulait, ému par « un sentiment généreux », enlever des cailloux qui étaient placés sur un rail du chemin de fer de peur qu'ils puissent faire dérailler un train de voyageurs. Cependant, « il était prescrit à tous les ouvriers de s'éloigner à l'approche des trains, et que même pour sauver la vie des voyageurs, ils ne devaient pas enfreindre cette prescription ». Néanmoins, le tribunal condamna la compagnie à payer des dommages-intérêts. Un argument décisif était le travail dangereux et les circonstances du travail. L'arrêtiste critiquait cet arrêt parce qu'il n'avait pas établi « si la compagnie avait à se reprocher une faute, une négligence ou une imprudence ».

En 1859, la cour de Bordeaux condamna une compagnie ferroviaire, parce que le feu qui s'échappait de ses locomotives avait incendié le terrain d'un riverain. Sur le plan des preuves, la cour fondait son argumentation sur la notoriété du danger des étincelles qui donnent souvent lieu à des incendies. La compagnie soutenait qu'elle avait pris « toutes les précautions prescrites par l'administration ou recommandées par la science ». À ce dernier argument la cour répliquait « qu'enfin, la science fût-elle quant à présent, impuissante, les compagnies ne seraient pas moins obligées d'indemniser les propriétaires incendiés, car le dommage nécessaire occasionné par une industrie doit être à la charge de cette industrie, et l'État n'a ni concédé ni pu concéder aux compagnies de chemin de fer le droit d'incendier, sans indemnité, les propriétaires riveraines »[51]. Il faut souligner que l'arrêtiste notait la complète harmonie de cette décision avec la jurisprudence établie en matière d'établissements dangereux et insalubres. Nous sommes non seulement très proches des motifs de Savigny et du législateur prussien, mais aussi de la ligne que poursuivra la jurisprudence, y compris la Cour de cassation. Celle-ci réfutera l'argument de l'employeur - dans un cas il s'agissait de Schneider du Creusot - qui soutenait que les connaissances techniques et scientifiques ne permettaient pas de prévenir ce type d'accidents [52]. Je ne continuerai pas cette liste d'arrêts, et vais suivre les méandres d'une jurisprudence qui se ne souciait guère de la faute, si précieuse qu'elle soit pour les manuels actuels. On constate un assemblage

50. C. de Lyon 5 avril 1856, DP 1857.2.86 ; C. de Bordeaux 12 août 1857, DP 1858.2.31.

51. C. de Bordeaux 21 juin 1859, DP 1859.2.187.

52. Cass. 7. janv. 1878 avec C. de Dijon 27 avril 1877, DP 1878.1.297 ; voir aussi C. de Paris 21 déc. 1874, DP 1876.2.72.

d'arguments qui ne correspond pas nécessairement à l'image d'un esprit de libéralisme effréné [53].

Quand-même, si l'essor de la faute en 1804 n'était pas si spectaculaire et, plus encore, si un observateur bien informé comme Savigny pouvait déclarer qu'en France cette responsabilité présomptive, comme il la proposait pour les chemins de fer, était la règle avec plus de rigueur dans les cas d'entreprises similaires, et que la France n'avait donc pas besoin de l'introduire ; la question qui se pose est de savoir pourquoi on comprend aujourd'hui l'arrêt *Teffaine* de 1896 [54] et (le second) arrêt *Jand'heur* de 1930 [55] comme une rupture - selon la position -, comme modernisation du droit, ou comme destruction de ses principes. La consultation de l'arrêt *Teffaine* dans le *Recueil Sirey* nous fait découvrir que la rédaction donne les références d'une jurisprudence constante. Il en est de même avec l'arrêt *Jand'heur*. Récemment un auteur allemand, Werner Schubert, spécialiste éminent et de longue expérience du droit français, a fait remarquer la sévérité des tribunaux vis-à-vis des automobilistes vers la fin du siècle [56]. Et il est remarquable que le législateur français ait pu si longtemps s'abstenir de légiférer sur la responsabilité dans ce domaine et par là confirmer en quelque sorte l'avis de Savigny.

Il vaut la peine de risquer encore une fois un regard sur la discussion allemande. Bien que la doctrine du 19e siècle ait, grâce aux travaux de Hasse, forgé les structures dogmatiques d'une manière plus précise, la responsabilité n'était pas le sujet préféré de la doctrine. On avait certes discuté la conception de la responsabilité au sein du Conseil d'État prussien. Certes, cette matière restait à l'ordre du jour dans les divers pays de langue allemande. Certes, il y avait des manuels pour les praticiens, en nombre croissant d'ailleurs après la Loi de l'Empire allemand sur la responsabilité de 1871, mais le débat doctrinal préférait d'autres sujets. Sur le plan technique, on parlait de présomption de faute, comme l'avait fait Savigny, et on n'était pas très soucieux pour ce qui était de la structure dogmatique. Mais, chose étrange, dans ces années, une discussion sur *Schuld* et *Verschulden* commençait - ce qu'on traduit normalement par faute, mais ce mot ne rend pas le vaste contenu de l'expression allemande, pas plus que culpabilité. Je ne veux pas spéculer sur les motifs de cette discussion. Quant au droit civil, il

---

53. Ceci vaut, d'une manière générale, également pour les accidents de travail, voir A. Bürge, « Die Mischung von Rechtstraditionen als Problem der Rechtsgeschichte », dans R. Marti (éd.), *Grenzkultur - Mischkultur ?*, Saarbrücken, 2000, pp. 367-385, 368 et s.

54. Cass. civ. 16 juin 1896, DP 1897.1.433 (note Saleilles), S. 1897.1.17 (note Esmein).

55. Ch. réun. 13 févr. 1930, D. 1930.1.57 (note Ripert), S. 1930.1.121 (note Esmein).

56. W. Schubert, « « Das Automobil ist der Anarchist unter den Gefährten » – Das frühe französische Automobilrecht von 1893 und 1899/1901 im Vergleich zum deutschen Recht », *ZRG Germ. Abt.*, 2006, n° 123, pp. 218-265, spéc. 232 et s.

y a un foyer qui permet de localiser ce mouvement, à savoir Rudolf von Jhering avec son essai célèbre *De la faute en droit privé*. Il existe peu de formules qu'on ait aussi souvent citées dans la doctrine juridique que celle de Jhering : « Ce n'est pas le dommage qui oblige aux dommages-intérêts, c'est la faute »[57].

Par sa simplicité - Jhering faisait la comparaison avec la « proposition bien simple [...] du chimiste enseignant que ce n'est point la lumière qui brûle, mais l'oxygène de l'air » - cette formule eut un succès sans pareil. À partir de ce moment, on mesura la jurisprudence et les solutions de la législation par rapport à ce concept, comme si elle correspondait à une vérité des sciences physiques et n'était pas fruit d'une pure spéculation sans base suffisante dans l'expérience juridique. Le triomphe fut presque total; et la réception en France ne tarda pas. Ce ne fut pas par hasard qu'on commença, une vingtaine d'années après cet événement, à s'occuper de la conception d'une responsabilité sans faute ou à raison du risque - la *Gefährdungshaftung*, une notion qui était inconnue à Savigny et à ses contemporains[58].

Le jugement de Savigny sur la situation de la responsabilité délictuelle en France était possible, parce qu'il n'avait pas à se heurter à la formule de Jhering et qu'il avait la vue libre. Après que cette formule eut aussi triomphé en France, la jurisprudence française suivit nonobstant cette route, alors que la doctrine présentait progressivement des problèmes. On trouve sans doute des arrêts qui quittaient la ligne, mais c'était plutôt la doctrine qui réagissait et considérait les arrêts conformes à la jurisprudence constante comme déviations de l'idéologie du Code civil.

Il faut signaler que nous n'avons pas - à part quelques études de J.-L. Halpérin - jusqu'à présent une analyse historique de la jurisprudence du 19e siècle sur la responsabilité délictuelle qui suive le mouvement pas à pas[59]. Pour illustrer la qualité du changement, il suffit de jeter un regard sur le développement de la jurisprudence des soi-disant troubles de voisinage[60]. Le législateur du décret du

57. R. von Jhering, *Das Schuldmoment im römischen Privatrecht*, Gießen, 1867, p. 40 ; le même, *Études complémentaires de l'esprit du droit romain, I : De la faute en droit privé*, trad. française O. de Meulenaere, Paris, 1880, pp. 45 et s.

58. On ne s'étonne donc guère que la monographie d'Etier, préc. note 10, pp. 10 et s. commence l'analyse du droit français avec les théories développées à cette époque.

59. J.-L. Halpérin, « La naissance de l'obligation de sécurité », *Gaz. Pal.*, 1997, Doctrine, 1176-1183 ; du même auteur, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris, 1996, n° 95, pp. 147 et s.

60. Voir aussi A. Bürge, *Das französische Privatrecht im 19. Jahrhundert. Zwischen Tradition und Pandektenwissenschaft, Liberalismus und Etatismus*, Frankfurt-am-Main, 1991 (rééd. 1995), pp. 391-410 ; du même auteur, « Das Selbstverständnis des Gesetzgebers im Spannungsfeld zwischen Rechtsprechung und Lehre », dans *Liber Memorialis François Laurent*, Bruxelles, 1989, pp. 265-300.

15 octobre 1810, qui introduisait un régime spécial « aux manufactures et ateliers qui répandent une odeur insalubre ou incommode », ne voulait pas changer la longue tradition de la jurisprudence de l'action négatoire, permettant au propriétaire de se défendre contre les préjudices qui dépassent les désagréments ordinaires du voisinage. Personne n'a le droit d'empiéter sur la propriété de son voisin.

Jamais au cours d'une histoire de deux mille ans on n'avait rattaché cette action négatoire à une *culpa* du voisin. Le fait du dommage provenant de la propriété voisine suffisait. On regardait un tel empiétement comme abus, *abusus*, dans le sens d'une transgression de la part de quelqu'un qui n'a pas le droit. L'usufruitier par exemple qui commet un abus de la chose transgresse son droit de jouir, *usus*, mais il ne s'agit pas d'un abus de droit. Les premières décisions après 1810 maintenaient cette jurisprudence. La citation de l'article 1382 qu'on trouve souvent n'avait rien de particulier, elle n'a jamais servi à discuter la faute du voisin dans le sens d'une culpabilité, mais indiquait seulement le fait du préjudice et la causalité. Elle se trouve donc dans la tradition des projets d'un Cambacérès. De nombreux manuels documentent le mouvement tranquille de la jurisprudence au cours du 19e siècle. On constate des problèmes graves seulement vers la fin du 19e siècle. D'une part, c'étaient les entreprises qui voulaient plus de liberté pour répandre leurs activités au-delà des limites de leur propriété sans être dérangées par le droit que la loi civile accordait aux voisins. Ce désir est compréhensible : qui ne voudrait pas jouir des fruits gratuits du voisin ? D'autre part, les propriétaires des industries nuisibles changeaient d'arguments et faisaient valoir que la culpabilité ou la faute subjective manquait. La monographie de Georges Ripert de 1902 sur l'exercice du droit de propriété part de l'opinion non vérifiée que cette législation présuppose un reproche subjectif, mais la première décision qui parle vraiment d'une faute subjective dans le sens de culpabilité date de 1907 et rejette par cet argument les dommages-intérêts. Il n'est guère étonnant que l'arrêtiste ait noté la tendance nouvelle, tendance qui ne durerait pas [61]. Comme l'a montré Ripert dans sa monographie que nous venons de citer, recourant à des modèles assez compliqués et à des explications nouvelles, on réussit à arriver à la solution traditionnelle. La génération qui n'était pas encore influencée par la formule de Jhering ne se posait pas encore le problème de constructions de ce type.

Pour conclure on peut résumer que Savigny comme législateur et comparatiste analysait la situation de son temps à tête reposée et avec justesse. Une ironie de l'histoire réside dans le fait qu'à la fin du siècle la transmission des idées nouvelles

61. Pour les influences de la doctrine allemande au cours du 19e siècle, voir Bürge, 1995, préc. note 60 ; du même auteur, « Le Code civil et son évolution vers un droit imprégné d'individualisme libéral », *RTD civ.*, 2000, pp. 1-24.

de la science allemande avait obscurci la vue des juristes français sur l'origine de leur droit de la responsabilité, tout comme celle de leurs homologues d'outre-Rhin[62]. Le secret de la sensibilité de Savigny pour la comparaison du droit était son esprit ouvert qui reconnaissait les mouvements de la jurisprudence des pays voisins, la conscience de voir l'histoire non comme un passé lointain et pétrifié mais rayonnant dans le présent, et une faculté intellectuelle pour une vue d'ensemble.

Alfons Bürge
Professeur à l'Université de Munich (LMU)

62. Voir Bürge, préc. note 2, pp. 78 et s.