

Les transformations du discours sur l'équité : quelques remarques sur le rôle de l'équité dans le droit autrichien

Franz-Stefan Meissel, Université de Vienne

I. Introduction

D'abord je tiens non seulement à remercier les organisateurs de ce colloque dans la « ville fameuse et illustre » de Montpellier (ainsi déjà le pape Nicholas IV dans la bulle *Quia sapientia*) pour l'honneur de l'invitation, mais je voudrais aussi féliciter les Professeurs Mausen et Sirks pour le choix du sujet. L'équité concerne des questions méthodologiques juridiques essentielles et se prête, de manière unique, à une analyse multi-perspectiviste et comparatiste.

Pour un juriste moderne, le terme « équité » évoque d'abord surtout des associations historiques. Mais par une analyse de plus près, l'actualité de la question sur la relation entre le droit et l'équité se révèle. Il paraît particulièrement fascinant de se rapprocher à ce sujet d'un côté comparatif. Le retour aux racines historiques du débat sur l'équité et ses composants structurels aide à suivre les traces de l'équité dans le droit moderne, où elle n'apparaît pas toujours sous ce nom, mais se trouve parfois sous des formes modifiées dans beaucoup des processus de décisions.

Ma propre contribution ne peut être que très modeste : Je voudrais vous raconter une histoire de disparition et de réapparition. Dans la première partie nous allons décrire le rôle de l'équité dans la période de la codification du droit privé autrichien au 18^{ième} siècle. Nous constaterons l'inévitable marginalisation de l'équité en tant que source du droit et sa transformation en une idée immanente du droit. La seconde partie sera dédiée au retour de l'équité, même si ce n'est quelque fois qu'un retour déguisé, un retour de l'idée, sans qu'on utilise le terme d'« équité ». Nous y allons suivre quelques tendances récentes, dans le champ législatif, mais aussi dans la doctrine et la jurisprudence, où se manifeste la recherche d'une solution adéquate et juste. Car ceci est bien l'essence de l'équité depuis Aristote¹ : La Correction du droit général pour la sauvegarde de la justice individualisée.

¹ Aristot. *Eth. Nic.* 5,14; 1137 a 33 – b 27; Aristot. *Eth. Nic.* 5,14; 1138 a 1 – 3.

Déjà dans l'antiquité il ne se traite pourtant pas, comme on l'assume souvent en simplifiant excessivement, d'une opposition du droit et de la justice, mais d'une distinction entre une justice qui consiste dans l'application stricte d'une règle de la loi (nomos) et d'une justice qui se caractérise par les éléments d'individualisation et d'affection pour l'individu concerné.

a. Le rôle de l'équité dans le contexte de l'antiquité romaine

Pour le contexte de l'antiquité romaine il faut prendre en considération que l'ordre juridique est bien plus qu'une collection de lois. Au contraire, les *leges publicae* sont rares et ne concernent que quelques aspects limités de la vie. À part des lois il y a de nombreuses sources de droit² comme notamment les édits du préteur et des autres magistrats ayant le *ius edicendi*, mais aussi les *responsa prudentium*, qui eurent également le rang de source juridique autonome. Pour les romains, l'équité à laquelle se réfère le droit prétorien aussi bien que les juriconsultes n'est donc pas une catégorie morale, mais une notion juridique bien ancrée dans le système des sources de droit. Même si l'équité se trouve en opposition avec le *jus strictum* elle ne représente pas des valeurs extra-juridiques, mais se réfère à une couche de droit supplémentaire aux lois sporadiques et fragmentaires.³

Ceci s'applique notamment aux institutions qui visent la percée de l'équité, qui se reposent sur l'édit du préteur et les innovations prévues dedans, comme la défense de dol (*exceptio doli*).⁴ Un exemple classique est le célèbre texte de Javolen (D 39.5.25) dans lequel la *rei vindicatio* du propriétaire échoue à cause d'une défense de dol (*exceptio doli*). Si le propriétaire Ego a fourni une chose à Tu pour que Tu en fasses donation en le nom d'Ego à Titius, la propriété n'est pas strictement acquise par Titius, son donateur Tu n'étant pas propriétaire, néanmoins Ego ne peut pas revendiquer la chose, il y est empêché par l'*exceptio doli*, la défense de dol/de la mauvaise foi. Les institutions du *ius civile* et du *ius honorarium* y sont opposées l'une à l'autre, mais il y a aussi une opposition de la règle du droit civil sur l'acquisition de la propriété (*nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet*) et d'un principe de droit tenant à protéger la foi, qui sera plus tard dénommé Interdiction du venire

² Cf. Gaius *Institutiones* 1,2; Papinianus (2 *definitionum*) D 1,1,7.

³ Cf. Paulus (*libro quinto decimo quaestionum*) D 50.17.90: *In omnibus quidem, maxime tamen in iure aequitas spectanda est.*

⁴ Cf. Celsus (29 *digestorum*) D 1.3.18: *Benignius leges interpretandae sunt, quo voluntas earum conservetur*

contra factum proprium et qui correspond à ce qui est connu aujourd'hui en droit anglo-saxon sous le terme de l'estoppel.

Un autre exemple est fourni dans le litige de l'époque républicaine dont Cicéron nous parle dans son œuvre de officiis (3,16,76): Dans ce cas l'avocat du demandeur Cassius plaida pour le droit (ius) alors que l'orateur Antonius plaida pour l'équité. Les faits étaient comme suit: M. Marius Gratidianus avait acheté un fonds de C. Sergius Orata et plus tard, l'a revendu à celui-ci. Lors de la revente par mancipation, il n'avait pas signalé à l'acheteur Orata, que le fonds était chargé par une servitude. Crassus invoqua pour le demandeur Orata (probablement dans le cadre d'une actio auctoritatis, mais la même chose vaudrait quant à l'actio empti) un droit provenant du ius civile, comme le vendeur avait manqué de signaler qu'il y avait une servitude. Antonius répondit, qu'Orata n'était pas digne de protection, parce que l'acheteur savait très bien qu'il y eut cette servitude sur le fonds. Ici, il y a une règle (dans le contexte de la loi des douze tables sur l'obligation de praestare auctoritatem), établie en tant que règle de droit (ius) par voie d'interprétation (et qui se retrouve dans le cadre de la concrétisation du principe de bonne foi en droit d'emptio venditio), qui est relativisée par un principe qui vise le manque de dignité de protection dans le cas individuel (dans le sens de « scienti non fit iniuria »).

Pour les mécanismes de réalisation de l'équité (surtout dans le droit prétorien et notamment pour la concrétisation du « oportere ex fide bona » dans le domaine des jugements de bonne foi) il y a un vaste champ d'action en droit romain classique. Ce sont les juristes qui, dans leurs consultations des parties et du iudex lors du procès privé développent, par voies argumentatives, le concept d'équité, « du bon et du juste ».

Toutefois, la liberté des juristes en appliquant et exerçant l'équité devient en quelque sorte canalisée et probablement restreinte par les constitutions impériales, comme par exemple par la constitution de Constantin de l'an 316, qui fait de la décision entre la loi et l'équité une prérogative de l'empereur (C 1.14.1, anno 316 : Inter aequitatem iusque interpositam interpretationem nobis solis et oportet et licet inspicere). Pourtant il est remarquable que ce même empereur, seulement deux ans auparavant (C 3.1.8, anno 314: Placuit in omnibus rebus praecipuam esse iustitiae aequitatisque quam stricti iuris rationem), avait parlé d'une prévalence de « iustitia aequitasque », par rapport au ius strictum. Ainsi le ius strictum doit être complété par les règles et principes de la justice et de l'équité pour avoir l'image intégrale de l'ordre juridique romain.

b. Le rôle de l'équité dans le contexte de l'état de droit moderne

La relation entre la loi et l'équité subit un changement fondamental lors de l'époque des codifications dans le contexte de l'état de droit moderne. Le recours à l'équité diminue dans la mesure où la loi devient source primaire et exclusive du droit. Pour le moins, ceci est la tendance générale que l'on peut constater dans le développement du droit autrichien à partir 18^e siècle.

Les codes et leur ambition de régler la matière de façon complète et détaillée prennent la place antérieurement accordée à l'équité ; symptôme significatif : les codifications réduisent la marge d'appréciation du juge. Au lieu du recours au « bonum et aequum » du droit prétorien il y a maintenant des dispositions légales. Mais très souvent, ces règles juridiques ne sont que supplétives, de façon que l'idée d'une solution selon l'équité peut toujours être invoquée par voie d'interprétation s'appuyant par exemple sur les intentions réelles ou hypothétiques des parties contractantes

Un autre retournement à la souplesse de l'*aequitas* est effectué par le droit accordé au juge de suppléer les dispositions légales par voie d'analogie dans les cas où la loi paraît lacunaire. Suivons et illustrons donc ces phénomènes dans un tour d'horizon rapide en traversant l'histoire de la codification de l'ABGB.

II. De la disparition de l'équité dans l'époque des codifications : Le rôle de l'équité dans l'histoire de la codification civile autrichienne

Jusqu'au milieu du 17^e siècle, l'équité naturelle est incontestée comme source de droit en Autriche. Dans les compilations autrichiennes du droit régional (Landesordnungen) du 17^e siècle, l'on peut constater que *l'aequitas naturalis* figure dans les catalogues de sources du droit de façon naturelle. Ainsi, dans la « *Landtafel* pour *Österreich ob der Enns* » de 1616/ 1629, il est noté que l'interprétation, dans un cas de doute ne doit pas seulement suivre la coutume générale du pays (*allgemeiner Landtsgebrauch*) et „les droits“ (les lois), mais aussi l'équité naturelle (*l'aequitas naturalis*) et l'honnêteté (*natürliche Billigkeit und Ehrlichkeit*).⁵ Et en 1753, à l'époque de Marie-Thérèse, le

⁵ *Landtafel für Österreich ob der Enns von 1616/1629 (Landtafel pour Österreich ob der Enns 1616/1629)* IV 1 § 3: « ainsi, des paroles unclaires ou douteuses doivent étre comprises selon la coutume régionale, la loi et l'équité naturelle» Cf. WESENER *Zur Bedeutung der österreichischen Landesordnungsentwürfe des 16. und 17. Jahrhunderts für die neuere Privatrechtsgeschichte*, FS Grassl (1974) p. 619, WESENER, *Aequitas*

juriste Josef Ferdinand Holger explique (dans un commentaire récemment redécouvert et édité par mon collègue Christian Neschwara⁶), que les tribunaux de première et deuxième instance (nachgesetzte Gerichtsstellen) dans les pays autrichiens n'ont pas l'habitude de demander continuellement des renseignements auprès de la Cour, mais font régulièrement recours à l'analogie et aux opinions des jurisconsultes ainsi qu'à l'*aequitas naturalis* - tout cela étant toléré par la cour.

Holger donne deux arguments pour ce pouvoir des tribunaux: D'un côté plusieurs statuts régionaux (compilations du droit régional) donnaient des instructions aux juges, les tenant de juger conformément à la disposition légale non seulement dans les cas expressément mentionnés, mais aussi « dans des cas semblables et cetera ». De l'autre côté, il remarque que souvent, en répondant aux demandes dans les „cas obscurs“ („in duncklen Vorfällen“) le souverain répondait que le juge, „saurait lui-même trouver une solution juridique en agissant conformément aux règles d'art de son office », (dass der Anfragende „sein Amt von selbst denen Rechten gemäß zuhandlen, und die rechtliche Erkantnis zuschöpfen wissen werde“.)

Dans le contexte du « Codex Theresianus », le grand projet de codification du droit civil sous Marie-Thérèse, la perspective changea profondément. Désormais, dans un esprit absolutiste, l'équité est considérée comme prérogative du législateur-souverain.

Le souverain éclairé cherche à réaliser l'équité lui-même, dans le cadre de projets législatifs, au même temps c'est le législateur enlève aux juges l'autorisation de corriger la loi et d'interpréter eux-mêmes des dispositions légales douteuses.

Ainsi, dans un „Avant-projet du Codex Theresianus“, élaboré par Josef Azzoni (1712 – 1760), il est noté que le juge „ne doit pas élargir ou restreindre » le champ d'application d'une disposition légale d'un cas à l'autre, il est interdit également que les juges fassent recours à ce qu'Azzoni désigne comme „équité prétendue“ pour prendre une décision contraire à la loi.⁷

naturalis, „natürliche Billigkeit“, in der privatrechtlichen Dogmen- und Kodifikationsgeschichte, *FS Mayer-Maly* (1996) p. 85 n 16 et p. 96 n 106 .

⁶ JOSEF FERDINAND HOLGER, *Anmerkungen über das österreichische Recht*, dans: NESCHWARA (éd.), *Die ältesten Quellen zur Kodifikationsgeschichte des österreichischen ABGB* (2012) pp.191 et s.

⁷ JOSEPH AZZONI, *Vorentwurf zum Codex Theresianus, 1. Teil, 5. Abschnitt, Von Ausdeutung deren rechten und der natürlichen Billigkeit: 2.* dans: NESCHWARA (éd.), *Die ältesten Quellen zur Kodifikationsgeschichte des österreichischen ABGB* (2012) p. 106: „Daß ferner keinerley Ausdehnung von einem Fall auf den anderen, oder Einschränkung auf gewisse Fälle, noch sonstige Ausdeutung zugelassen werden solle; am allerwenigsten

Par conséquent, le Codex Theresianus (I Cap I § V n. 81) postule une stricte fixation du juge au texte de la loi. L'interprétation selon l'esprit de la loi est interdite aussi bien que la dérogation d'une disposition „sous le prétexte frivole d'une équité opposé à la rigueur de la loi“ (n. 82). Si la loi manque de clarté, le juge est tenu de faire une demande formelle auprès de la cour afin de demander une interprétation autoritaire (n. 83). C'est seulement dans les cas, où la loi demande du juge de considérer les conditions spécifiques du cas individuel, qu'il est autorisé de les prendre en considération (n. 87).

Ces dispositions mentionnées furent discuté de manière controversée lors des séances de la commission de compilation du 13 octobre 1772. Ainsi, le juge Goldegg nota, que « les cas que le libellé soit suffisamment claire pour qu'un juge puisse raisonner les attendus du jugement, soient assez rares ». Il plaida donc pour une autorisation au juge de prendre en considération « la raison ou l'objectif de la loi ou une combinaison de la loi et des *règles générales fondamentales* ». Cette revendication, qui s'approche à ce qui est aujourd'hui le texte du § 7 ABGB, ne fut pas réalisée. Plutôt, la commission objecta, « que l'on ne pourrait, en aucun cas, accorder au juge le droit d'interprétation de la loi », sans que l'objectif de la codification soit entravé.

Le Code Thérésien du droit civil n'entra jamais en vigueur. Mais les tendances restrictives de la théorie juridique absolutiste furent réalisées dans le Code Civil de Joseph Deux de 1786, cependant de manière moins étendue : La prévalence de la loi, qui, quant à elle, se fonde sur le pouvoir souverain du monarque, est un pilier fondamental du code Josephinien. Ainsi, le code dispose, que les coutumes ne doivent pas être contraires à la loi. (JosGB I 1 Nr 9) et qu'elles ne font autorité que si les dispositions du code s'y réfèrent ou le souverain accorde leur application (du moins implicitement). La correction de la loi par l'équité était strictement réservée au souverain, par exemple dans le cas d'une erreur sur le droit ou d'une ignorance du droit.

Pour les juges, il y a une fixation à la loi et son libellé. Selon le Code Josephinien (I 1 Nr 24) personne n'est autorisé de s'arroger le droit d'une interprétation valable, ni d'élargir ou restreindre l'application d'une disposition légale sous prétexte qu'il y ait une différence entre le texte de la loi et ce qui fut envisagé par le législateur. Le recours a

eine eingebildete Billigkeit entgegen den Inhalt dieses allgemeinen Rechtes vorgeschuzet werden könne“ („ Que d'ailleurs aucun elargement d'un cas à autres ni des restrictions à certains cas ne doivent être admises , notamment il n'est pas admis que sous prétexte d'une équité imaginée le contenu de ces droits généraux soit opposé)“.

l'*aequitas* n'est permis que « quand le juge est assigné par la loi de considérer les circonstances du temps, de l'endroit, ou d'une personne individuelle. (JosGB I 1 Nr 24 Satz 3).

„L'apogée de la restriction judiciaire/juridictionnelle »⁸ se manifeste dans la disposition qui stipule, que le juge, en cas de doute „si un cas actuel est compris de la loi“ ou „si des doutes particulières et graves y sont opposées“, doit, à chaque moment, demander „l'instruction“ du souverain. Toutefois, le raisonnement par voie d'analogie est permis, « mais chaque cas doit être communiqué au souverain“ (JosGB I 1 Nr 26 à la fin). Cette conception de l'équité dans l'époque de l'absolutisme éclairé fait penser à l'idée clé de la constitution de Constantin C 1.14.1 de 316, qui réclame l'interprétation et l'admission d'un recours à l'équité comme monopoles du souverain.

La suite de l'histoire qui mena, enfin, à la rédaction de l'ABGB 1811, est caractérisée par deux tendances:

1) L'attitude restrictive envers l'interprétation de dispositions lacunaires ou peu claires fut abandonnée. Les juges, qui sont désormais considérées comme une partie essentielle de l'administration professionnelle et centralisée de l'état, sont explicitement autorisés d'interpréter la loi conformément à la « raison de la loi » et de fermer les lacunes par un raisonnement par voie d'analogie.

2) D'autre côté, on évite péniblement le terme « équité », dans la doctrine aussi bien que dans les dispositions légales qui font référence à un pouvoir créateur du droit conféré aux juges. L'idée qu'une décision individuelle puisse déroger à la loi est incompatible non seulement avec l'idée d'exclusivité de la loi mais aussi avec la conception du monarque absolutiste du 18^e siècle, qui lui-même se sent lié à la loi, et qui se prive du droit de juger *contra legem*.⁹ Au même temps, l'attachement à la loi n'exclut pas d'accepter une interprétation de la loi qui prend en considération la téléologie de la loi et même la création de droit par voie d'analogie et le recours à des principes généraux du droit.

Lors de l'évaluation du projet-loi de Martini (1796), il y eut des discussions controversées sur la licéité et le rôle d'une argumentation selon la « ratio legis ». Alors

⁸ Ainsi SCHOTT, „Rechtsgrundsätze“ und Gesetzeskorrektur. Ein Beitrag zur Geschichte gesetzlicher Rechtsfindungsregeln (1975) p. 29.

⁹ SCHOTT, *Rechtsgrundsätze* p. 81 et s.

qu'une partie des membres de la commission législative de la cour (Hofcommission in Gesetzssachen) favorisait un attachement strict du juge au texte, d'autres membres se prononçaient pour l'autorisation de considérer l'équité naturelle dans les cas individuels, même contre le libellé.

Lors de la séance de commission le 11 janvier 1796, la majorité se prononça contre une autorisation du juge de décider d'après des principes généraux de droits dans un cas de doute. Plutôt, le juge devra demander une « instruction » du législateur.¹⁰ Mais à la fin, dans le Projet Martini¹¹ ainsi que dans le Code civil de la Galicie occidentale (WGGB), qui entra en vigueur en 1797 il y eut une disposition, selon laquelle les principes généraux du droit sont considérés comme source subsidiaire du droit. Dans les cas où ni l'interprétation (avec toutes les méthodes : selon les mots utilisés, selon l'ordre systématique, selon la volonté du législateur et selon la téléologie de la loi) ni le raisonnement par voie d'analogie s'avèrent suffisantes, le juge peut faire recours (selon le texte du Code civil galicien) aux « principes généraux et naturels » du droit.¹²

Dans la version finale de cette disposition qui se trouve dans le § 7 du Code civil autrichien de 1811 on a éliminé la référence aux principes « généraux », parce qu'on voulait éviter un équivoque avec le *ius commune*¹³; ainsi on ne parlait que des « principes naturels du droit » auxquels le juge pouvait faire recours le cas échéant.

2) Le discrédit du terme « équité » vers la fin du 18^e siècle se manifeste entre autres dans les énoncés d'Immanuel Kant qui considère l'équité comme une obligation « de la vertu », à l'écart du domaine juridique, une catégorie appartenant à la sphère de la moralité et non pas à la sphère légale. Kant identifie dans sa théorie juridique, de

¹⁰ HARRASOWSKI V p. 11 n. 6.

¹¹ Projet-loi Martini (Entwurf Martini) (Harrasowsky, Der Codex Theresianus und seine Umarbeitungen, tome V, pp. 10 et. s.): § 11: Die Worte des Gesetzes müssen nach ihrer eigentlichen Bedeutung und dem gemeinüblichen Sprachsinne genommen und verstanden werden. (Les paroles du législateur doivent être comprises dans le sens généralement accordées aux mots). § 12: Findet der Richter einen Rechtsfall durch die Worte des Gesetzes nicht entschieden, so muß er auf den erklärten Sinn desselben, auf Gründe eines andern damit verwandten Gesetzes, auf ähnliche Fälle, die im Gesetz bestimmt entschieden sind, Rücksicht nehmen, und darnach sein Urtheil fällen; bleibt ihm noch ein Zweifel übrig, so hat er denselben mit Hinsicht auf die sorgfältig gesammelten und erwogenen Sachumstände nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen. (Si le juge ne trouve pas de décision par les paroles du mot, il doit prendre en considération l'esprit déclaré de la loi, ou fonder son jugement sur une autre loi, qui est apparenté à la loi en question, ou, s'il reste encore un doute, il doit juger d'après les principes généraux de droit selon les circonstances rassemblées et examinées.) § 13: Eine Abänderung oder gar die Aufhebung des Gesetzes, so wie Erläuterungen desselben können nur durch ausdrückliche Willenserklärung des Gesetzgebers geschehen. (Une modification ou une abrogation de la loi, ainsi que des explications de la loi, ne peuvent être effectuées que par la volonté expressément formulée du législateur.)

¹² Westgalizisches Gesetzbuch (OFNER, I S. IV) §§ 18, 19.

¹³ OFNER I 23.

manière simplifiante le droit et le droit stricte, que l'on peut déterminer selon lui « de manière presque mathématique » et oppose le droit à l'équité. L'équité n'appartient qu'au forum soli (c'est à dire à la sphère céleste), et non pas au forum poli, le jugement terrestre.¹⁴ Dans son « Fondement de la métaphysique des mœurs », Kant parle de l'équité comme « déité muette », « qui ne peut pas être entendue ». ¹⁵ Cette doctrine de Kant est reçue par son disciple autrichien Franz von Zeiller et exerce ainsi une influence sur la position théorique de l'homme qui a marqué décisivement la rédaction finale de l'ABGB.

Dans son discours lors de la première séance de la nouvelle série de délibérations sur le futur Code civil autrichien (ABGB) le 21 décembre 1801, Zeiller explique, que « la justice de la loi consiste, avant tout, du respect de la liberté » (qui ne peut être restreinte „qu'en cas d'urgence“), de la sécurité juridique et l'égalité. Mais la loi ne doit pas forcer la moralité et les « obligations de bonté » parce que l'équité et la bienveillance ne peuvent être accomplies selon Zeiller qu'en vertu d'une obligation morale, et non pas par la loi.¹⁶

Par conséquent, il n'est pas étonnant, qu'une suggestion de la Faculté de droit de Fribourg n'a pas été réalisée lors de la codification de l'ABGB: Les professeurs de Fribourg avait approuvé l'admission d'une correction de la loi par le juge dans les cas exceptionnels, ou l'application de la loi conduisait à un résultat manifestement injuste ou incohérent (dans les circonstances concrètes du cas). D'après cette proposition, les principes naturels de droit n'auraient pas seulement eu la fonction de source de droit subsidiaire (à laquelle l'on fait recours si toutes les autres méthodes d'interprétation et l'analogie échouent), mais une source de droit correctif de la loi, comme dans la conception antique de l'*epikeia* chez Aristote.¹⁷

¹⁴ KANT, *Metaphysik der Sitten*, „Werkausgabe“ (éd. par W. Weischedel, 9^e édition, 1991), VIII 342: „Der Sinnspruch (dictum) der Billigkeit ist nun zwar: „das strengste Recht ist das größte Unrecht“ (summmus ius summa iniuria); aber diesem Übel ist auf dem Wege Rechtens nicht abzuhelfen, ob es gleich eine Rechtsforderung betrifft, weil diese für das Gewissensgericht (forum poli) allein gehört, dagegen jede Frage Rechtens vor das bürgerliche Recht (forum soli) gezogen werden muß.“ (La sentence (dictum) de l'équité est la suivante: « l'extrême droit est l'extrême injustice (summmus ius, summa iniuria) » est donc celle de l'équité ; mais c'est là un mal auquel on ne peut trouver de remède dans la voie même du droit, quoiqu'il s'agisse d'une chose fondée en droit ; car l'équité ne ressort que du tribunal de la conscience (forum poli), tandis que toute question de droit proprement dit est de la compétence du tribunal civil.)

¹⁵ KANT, *Metaphysik der Sitten*, „Werkausgabe“ (éd. par W. Weischedel, 9^e édition, 1991), VIII 342.

¹⁶ OFNER, *Protokolle I* p.7.

¹⁷ Vorschlag der Freiburger Juristenfakultät zu § 12 Entwurf Martini (*Proposition de la faculté de droit de Fribourg*) (1797) sur § 12 du Projet-loi de Martini), cf. SCHOTT, *Rechtsgrundsätze* p. 18; selon SCHOTT, p. 23 présomptivement dérivé de l'initiative de Joseph Anton Petzek (1745 – 1804).

Le rejet de cette proposition de Fribourg correspondait à la position théorique de Zeiller, que nous avons décrit en dessus. Zeiller craignait que « l'ordre civil » était en danger, si un individu puisse se faire „juge sur la justice de la loi“. L'homme honnête, qui était convaincu que la loi était contraire au droit, avait seulement le devoir de communiquer les raisons de cette conviction au législateur et d'animer une correction.¹⁸ Zeiller souligne dans son commentaire, que „le juge, en appliquant le présent code, ne doit pas, comme en droit romain et selon les commentaires sur le droit romain, prendre en considération la notion d'équité quand il juge ».“¹⁹ Les valeurs de la prévisibilité et de l'uniformité des décisions doivent être prises en considération davantage par rapport à la considération des circonstances dans le cas individuel. « Un tribunal de justice n'est pas un office de bienveillance, il est ... conçu pour que la justice soit rendue à tout citoyen, quel que soit sa classe sociale ou sa fortune. »

Dans la mesure où cela concerne l'assistance des „personnes démunies“, c'est à dire des groupes comme des mineurs, des aliénés ou des personnes absentes, il est la tâche du législateur, de stipuler une protection adéquate et de créer des dispositions légales afin de les protéger²⁰ d'estampe (comme les dispositions sur la lésion et l'usure). De telles dispositions étaient des aspects d'une équité législative, mais pas d'une équité judiciaire.

Selon la conception générale de l'ABGB, l'équité ne doit être considérée que si la loi impose au juge de la considérer, comme le code civil autrichien le prévoit dans le § 914 ABGB qui dispose que l'interprétation doit suivre les intentions des parties et les pratiques du commerce honnête.²¹

III. De la réapparition de l'équité

Comme nous avons pu observer, la disparition de l'équité ne fut pas totale dans l'ABGB de 1811 même si l'équité perdit son rang de source de droit équivalente à la loi. Désormais, elle ne joue qu'un rôle de relevance dérivée, dans la mesure où la loi demande exceptionnellement une décision rendue « selon l'équité ». Une telle disposition se trouve notamment dans le § 1310 ABGB, une norme du droit des dommages intérêts qui permet d'attribuer la responsabilité civile d'après une appréciation équitable des faits du cas concret dans un cas où un dommage fut causé par

¹⁸ ZEILLER, *Commentar I* (1811) p. 67.

¹⁹ ZEILLER, *Commentar I* (1811) p. 69.

²⁰ ZEILLER, *Commentar I* (1811) p.69.

²¹ § 914 ABGB : Bei Auslegung von Verträgen ist nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften, sondern die Absicht der Parteien zu erforschen und der Vertrag so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. (Dans l'interprétation des contrats, il ne faut pas s'en tenir au sens littéral des expressions, mais il faut rechercher l'intention des parties et le contrat doit se comprendre comme c'est l'usage dans le commerce de bonne foi.); ZEILLER, *Commentar I* (1811) p. 70.

le comportement d'une personne qui manque la capacité délictuelle en raison de sa jeunesse.²²

Au cours du 19^e siècle, l'importance subsidiaire du droit naturel, mentionnée dans le § 7 ABGB, n'a joué qu'un rôle marginal dans la jurisprudence et était quasiment nié par la doctrine pandectiste autrichienne, qui contestait le droit naturel.²³ ²⁴ Des auteurs comme notamment le jeune Joseph Unger, influencé par la doctrine pandectiste allemande s'opposaient aux rares survivances de l'équité comme le § 1310 ABGB.²⁵

Cette image changea vers la fin du 19^e siècle, quand la « question sociale » et le développement d'une sensibilité pour les besoins des couches sociales défavorisées conduisit la doctrine juridique à chercher un juste équilibre des intérêts.

Désormais, le caractère « ouvert » de l'ABGB et la liberté du juge d'opérer non seulement par analogie mais de recourir aussi aux principes naturels du droit (§ 7 ABGB) furent redécouverts et estimés. Le même Unger, qui avait soutenu une position strictement positiviste dans son premier volume du « système du droit privé autrichien » (1856), souligne à la fin du siècle la liberté du juge de créer du droit, non pas contre la loi mais au moins *praeter legem*, c'est à dire au-dehors de la loi.²⁶ Alors, face aux nouvelles codifications civiles allemande et suisse une révision majeure du code civil autrichien fut sur le plan politique en Autriche.

a. Les délibérations sur la révision de l'ABGB au début du 20^e siècle

Lors de la préparation la révision partielle du Code civil autrichien de 1916, il y eut une discussion, inspiré par « la force suggestive de quelques dispositions du BGB », sur un renforcement du principe de « la bonne foi ». Ainsi, on envisagea d'intégrer dans le code des

²² § 1310 ABGB 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. (Si la victime ne peut, de cette manière, recevoir de dédommagement, le juge doit décider s'il y a eu lieu á un dédommagement total ou seulement partiel équitable, en examinant, d'après les circonstances, si une faute n'incombe pas, dans ce cas déterminé à celui qui a causé le dommage, bien qu'il n'ait pas habituellement l'usage des sa raison, ou bien si la victime n'a pas renoncé à se défendre pour ménager l'auteur du dommage, ou finalement, en tenant compte de la fortune de la victime et de celle de l'auteur du dommage) .

²³ Sur la valeur (modeste) des principes généraux de droit dans la jurisprudence de la Cour Suprême (OGH) cf. GAMPL, *Die „natürlichen“ Rechtsgrundsätze in der Judikatur der k.k. Höchstgerichte Österreichs*, dans *FS Demelius* (1973) pp. 51 et s. (notamment pp 53 et s.).

²⁴ UNGER, *System I* (1856) p. 71.

²⁵ UNGER, *System I* (1856) p. 72 not. 20. UNGER, *System II*, p. 232 et s.

²⁶ UNGER, « *Zur Revision des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches* » dans *Grünhuts Zeitschrift* 31 (1904) p.389 (ici p. 398 et s).

dispositions avec le but de réaliser une plus évidente « harmonie entre la loi et la morale »

Le législateur des « Teilnovellen » (réalisées dans les années 1914-1916) se limita enfin de ne réformer que quelques dispositions. Selon la nouvelle version du § 1295 alinéa 2 ABGB, une « lésion d'autrui par un acte exprès/intentionnel contraire aux bonnes mœurs » pouvait engendrer la responsabilité pour des dommages-intérêts. Et la nullité d'un acte juridique résulte selon la nouvelle version du § 879 ABGB non seulement d'une violation d'une loi mais aussi dans le cas d'une infraction aux bonnes mœurs.²⁷ En revanche, le législateur s'est abstenue d'intégrer une norme qui correspondait au § 242 BGB ou à l'Art. 4 du Code Civil suisse, qui tous les deux évoquent, de manière générale, le principe de bonne foi et les bonnes mœurs.²⁸

Ce sont donc des dispositions dispersées (comme les §§ 879 et 1295, ainsi que § 863 et § 914) qui représentent en droit civil autrichien le fondement pour la reconnaissance du principe de bonne foi (« Prinzip von Treu und Glauben »). Le manque d'une disposition générale a eu comme conséquence, que la jurisprudence autrichienne ne reconnaît que rarement la possibilité de recourir au principe de la bonne foi dans des cas qui ne sont pas explicitement réglés dans la loi. Un exemple pour une telle reconnaissance est la réplique du dol (replicatio doli) qui n'a pas de base légale explicite dans les cas où malgré des négociations de compromis, le défendeur fait valoir, plus tard, la prescription de la dette.²⁹ Pourtant, on doit souligner qu'en droit autrichien, la jurisprudence n'a pas reconnu toutes les hypothèses d'application du principe de la bonne foi qui relèvent par exemple du champ d'application du § 242 BGB dans la jurisprudence allemande.³⁰

b. Le retour de l'équité dans la législation autrichienne

Cependant, le législateur autrichien a continué d'ajouter des cas spécifiques d'équité législative. Dans des nombreuses dispositions légales du 20^e siècle, les juges sont

²⁷ Mais cf. *le Rapport de la commission* (Kommissionsbericht), dans *78 der Beilagen zu den stenografischen Protokollen des Herrenhauses, XXI. Session*, p. 138.

²⁸ *Kommissionsbericht (Rapport de la commission)*, dans *78 der Beilagen zu den stenografischen Protokollen des Herrenhauses, XXI. Session*, p. 138, 151, 258; décisions de la Cour Suprême (Oberster Gerichtshof) OGH 28.11.1967, 4 Ob353/67 = SZ 40/154. Cf. aussi OGH 2 Ob 375/64 = SZ 38/72.

²⁹ Décision de la Cour Suprême (OGH) : OGH 7.10.1974 1 Ob 158/74 = SZ 47/104.

³⁰ Cf. KRAMER, *Verwirkung und Anspruchsverzicht*, dans *JBl 1962*, p. 540 (p.554 et.s.); RUMMEL dans *Rummel³* (Commentaire sur l'ABGB) § 863 Rz 2; WHITTAKER/ZIMMERMANN, *Good Faith in European Contract Law: surveying the legal landscape*, dans WHITTAKER/ZIMMERMANN, *Good Faith in European Contract Law* (2000) pp.7 et s. (p. 50 et s.).

appelés de juger en équité ce qui contribua au retour de l'équité.³¹ Parmi ces dispositions figure par exemple le § 83 du Code du mariage (EheG), qui stipule – depuis la réforme de 1978 - que la répartition des objets d'usage quotidien conjugal et des épargnes communes doit s'accomplir en équité. Ici, le législateur décrit les critères auxquels le juge doit suivre afin de réaliser un jugement équitable : Il est tenu de considérer l'importance et l'étendue de la contribution de chaque époux et le bien-être des enfants, ainsi que prendre en considération les dettes qui sont liées aux frais de la vie quotidienne conjugale.

Un exemple d'une délégation de questions d'appréciation difficiles par un recours à l'équité se trouve aussi dans la récente loi fédérale sur le Fonds Général d'Indemnisation³², une loi destinée à combler des lacunes de la législation autrichienne en faveur des victimes du national-socialisme. Dans cette loi de 2001 il y a une double référence à l'équité : D'un côté on y trouve une procédure de restitution « équitable », (§§ 19 et suivant Entschädigungsfondsgesetz) qui permet d'indemniser plusieurs catégories de dommages de victimes du nazisme, même s'il n'est pas prouvé mais seulement probable qu'elles fussent subies et causées par le régime national-socialiste; selon cette « procédure équitable », il suffit de rendre les faits vraisemblables. En revanche, la restitution n'est faite que par des montants forfaitaires, qui ne couvrent qu'une partie du dommage.

Une autre disposition dans cette loi sur le Fonds Général d'Indemnisation paraît encore plus intéressante du point de vue théorique. C'est une disposition (§ 32 alinéa 2 chiffre 1 EF-G) qui se trouve dans le contexte de la restitution en nature des fonds de terre publiques qui ont été spoliés pendant le temps du nazisme en Autriche. Pour la décision de tels cas, un Comité d'arbitrage est établi qui doit donner des recommandations au ministre fédéral compétent, s'il se trouve qu'un fonds de terre publique aurait dû être restitué selon les lois autrichiennes de l'après-guerre. De façon exceptionnelle une

³¹ Parmi ces dispositions se trouve § 848a ABGB, selon lequel, les procédures de séparation de biens immobiliers doivent être effectuées d'une manière qui fait en sorte que les droits d'usage et les charges soient partagées de manière que « tous les intérêts soient équitablement considérés ».

³² Loi fédérale sur la mise en place d'un fonds général de Restitution pour les victimes du national-socialisme et sur les mesures de restitution, dite loi sur le fonds de restitution (Bundesgesetz über die Einrichtung eines Allgemeinen Entschädigungsfonds für Opfer des Nationalsozialismus und über Restitutionsmaßnahmen (Entschädigungsfondsgesetz) sowie zur Änderung des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes und des Opferfürsorgegesetzes), BGBl I 2001, p. 12. Cf. F. S. MEISSEL, *Le passé réexaminé : l'histoire récente des restitutions aux victimes du nazisme en Autriche*, dans *Revue historique de droit français et étranger* 85 (2007) pp. 559 et s.

restitution peut même être recommandée³³ dans un cas, où il y avait déjà une décision négative ou une transaction après la deuxième guerre mondiale. Même si les autorités compétentes autrichiennes de l'après-guerre avaient niés l'existence d'une spoliation le comité d'arbitrage peut recommander une restitution malgré la force de la chose jugée s' il est convaincu (à l'unanimité des trois arbitres) que cette décision était „manifestement injuste“ parce que les dispositions légales n'avaient pas été appliquées correctement. La même règle s'applique si la transaction faite après la guerre entre les spoliateurs et les spoliés doit être considérée manifestement injuste du point de vue actuel.³⁴

À part des références légales à l'équité, je voudrais mentionner deux autres aspects dans lesquels on peut observer le retour de l'idée de l'équité, sans que le terme équité soit nécessairement utilisé. Le premier exemple concerne la doctrine civiliste.

c. Le rôle de l'équité dans la doctrine civiliste autrichienne

En général, la doctrine actuelle du droit civil autrichien n'accorde qu'un rôle limité à l'équité. Selon l'opinion dominante, elle n'est évoquée que dans les cas prévus par la loi, mais ne doit pas être considérée comme une source de droit indépendante.³⁵

Même le civiliste autrichien Walter Wilburg, père du „système flexible« qui plaide pour une méthodologie souple en droit civil s'oppose à la liberté du juge de décider en équité au lieu de suivre la loi.³⁶ Dans son « système flexible » Wilburg prend les dispositions légales comme point de départ, mais les considère comme une valorisation générale du législateur (Basiswertung), qui peut être réajustée dans le cas individuel. Si les éléments constitutifs d'une norme légale ne sont pas tous présent dans un cas spécifique, la conséquence juridique prévue par la loi pourrait néanmoins se produire selon Wilburg,

³³ Le Comité d'arbitrage transmet ses recommandations concernant les restitutions en nature au Ministre fédéral autrichien compétent.

³⁴ Sur la notion d'injustice extrême voir G. GRAF, *Arisierung und Restitution*, dans *Juristische Blätter* 2001, p. 746 et suiv. ; F. S. MEISSEL, « Unrechtsbewältigung durch Rechtsgeschichte ? », *Juridicum* 2003, p. 41 et suiv. ; W. RECHBERGER, *Ist Ungerechtigkeit komparationsfähig ?*, dans *Juridicum* 2005, p. 59 et suiv. ; F. AZIZI, G. GÖBLER, *Extreme Ungerechtigkeit und bewegliches System*, dans *Juristische Blätter* 2006, p. 415 et suiv. ; H.-P. FOLZ, *The Arbitration Panel for In Rem Restitution and its Jurisprudence : Extreme Injustice in International Law*, dans: *Essays in Honour of Judge Bruno Simma* (2011) pp. 895 et s. (pp. 903 et s.).

³⁵ Vgl Ehrenzweig, *System I/1* (2^e éd. 1951) § 14 p. 66.

³⁶ WILBURG, *Entwicklung eines beweglichen Systems im bürgerlichen Recht* (1950) p. 6; WILBURG *Zusammenspiel der Kräfte im Aufbau des Schuldrechts*, dans *Archiv für die civilistische Praxis* 163 (1964) p. 346 et s. cf. aussi BYDLINSKI/KREJCI/SCHILCHER/STEININGER, *Das Bewegliche System im geltenden und künftigen Recht* (1986).

si les éléments présents prévalent aux éléments qui manquent et les substituent d'une certaine manière.

Ainsi, selon cette théorie du « système flexible » dans le droit de la responsabilité médicale il est accepté que dans les cas où le dommage n'est pas prouvé, mais la causalité est possible et probable alors qu'il y ait une constatation que les actes furent illicites et fautives, il y pourrait avoir une responsabilité proportionnelle. Par exemple, si l'on peut rapprocher une faute à l'hôpital, mais qu'il ne peut pas être déterminé si la faute ou bien le hasard ont causé le dommage au malade. Ici, suivant Wilburg et ses adhérents, l'on pourrait répartir l'indemnité entre le patient et l'hôpital, une idée qui a été reconnue aussi par la cour suprême autrichienne dans une série de décisions.³⁷

Si Wilburg s'oppose quand même au classement de l'équité comme source de droit, c'est parce qu'il adhère à une notion très étroite et a priori péjorative du terme. Dans la doctrine de Wilburg le terme équité est discrédité comme une « clause trop vague » et laissant penser à une liberté du juge de décider le litige juste « à son gout », c'est à dire selon ses préférences personnelles. Pourtant, on peut noter que l'idée centrale du « système flexible » est tout à fait orientée vers une solution d'un cas concret selon les circonstances individuelles. Dès lors le système flexible présente des idées qui se trouvent traditionnellement dans le contexte de la notion d'équité.³⁸

d. La correction prétorienne des lois par la voie d'une « constitutionnalisation » du droit privé : le contrôle constitutionnel et l'interprétation systématique conforme aux principes constitutionnels

Le dernier aspect que je veux mentionner est celui d'une correction « prétorienne » des normes du droit privé, qui est fondée sur la valeur supérieure de la constitution à l'égard d'une loi. A cause de la supériorité du droit constitutionnel en droit autrichien, les dispositions des lois « simples » doivent être interprétées en conformité avec les droits individuels qui dérivent des garanties constitutionnelles. Dans ce contexte on peut parler d'une « Constitutionnalisation du droit privé » qui, elle aussi, mène à un certain retour des figures de l'équité. Cette interprétation constitutionnel permet aux tribunaux,

³⁷ F. BYDLINSKI, *JBl* 1959, pp. 1 et s. (pp.8 et s.); F. BYDLINSKI, *Haftungsgrund und Zufall als alternativ mögliche Schadensursachen* dans *FS Frotz* (1993) pp. 3 et s; KOZIOL, *Haftpflichtrecht I*² (1987) pp. 66 et s. ;cf. aussi : WELSER, *Zur solidarischen Schadenshaftung bei ungeklärter Verursachung im deutschen Recht* dans *ZfRV* 1968, pp. 38 et s.

³⁸ Cela fut reconnu tout à fait correctement par le Professeur Bydlinski, le disciple le plus influent de Wilburg dans son manuel sur la méthodologie juridique, cf. F. BYDLINSKI, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff* (2^e édition 1991) p. 363 et s.

surtout aux tribunaux de dernière instance de suppléer et de corriger des dispositions légales avec le but de trouver une solution qui est en ligne avec les principes constitutionnels fondamentaux.

Je ne vous donne que quelques exemples. Récemment la Cour constitutionnelle autrichienne a été saisie pour contrôler la conformité à la constitution des nouvelles règles sur « le partenariat enregistré des couples du même sexe ». Dans sa décision du mars 2012 la cour a expliqué que selon une interprétation constitutionnel il y résulte que les noms des époux et des „partenaires enregistrés“ doivent être formés selon les mêmes règles, une décision « équitable », qui conduit à une situation d'égalité, même si la loi n'était pas du tout clair à cet égard. Des autres exemples sont fournis par la jurisprudence de la Cour suprême en matière de droit civil et de droit pénal (Oberster Gerichtshof - OGH) qui, en faisant recours à des droits fondamentaux constitutionnels, (reconnus dans l'ABGB en tant que droits inhérents dans le célèbre § 16 ABGB³⁹), reconnaît parfois des droit subjectifs, qui dépassent le libellé d'une loi ou, au contraire, limite des droits privés pour protéger par exemple les droits de la personnalité individuelle sur la base de principes constitutionnels et d'une appréciation des intérêts protégés par la Constitution.

IV. Conclusion

Résumant ce bref tour d'horizon, ce que l'on peut constater c'est que l'exemple du droit autrichien a démontré comment la relevance de l'équité peut varier au cours de l'évolution du système juridique.

Après une phase de disparition de la notion d'équité lors de l'émergence de l'idée de la codification et de « l'état de lois » (Gesetzesstaat) nous avons pu observer un certain retour de l'équité non seulement sur le plan législatif mais aussi dans la doctrine et dans la jurisprudence. Malgré le fait que son application ait été restreinte en faveur de la loi à partir de l'établissement de l'état du droit, le législateur se sert toujours des idées caractéristiques de l'équité. Ainsi en plusieurs cas, il s'appuie sur ce dispositif juridique,

³⁹ § 16 ABGB : Jeder Mensch hat angeborne, schon durch die Vernunft einleuchtende Rechte, und ist daher als eine Person zu betrachten. Slavery oder Leibeigenschaft, und die Ausübung einer darauf sich beziehenden Macht, wird in diesen Ländern nicht gestattet. (Tout être a des droits innés, que la raison rend évidents, et il doit, de ce fait, être considéré comme une personne. L'esclavage ou le servage et l'exercice de tout pouvoir qui s'y rapporte ne sont pas permis dans cet Etat).

afin que les juges puissent décider des cas difficiles selon les circonstances individuelles. Sous l'angle de la séparation des pouvoirs, il s'agit là d'un transfert volontaire du pouvoir de décision de la législation à la branche judiciaire.

Un autre phénomène d'un retour de l'équité (moins volontaire du point de vue du législateur) s'opère dans le cadre de l'interprétation constitutionnel. Après une délibération subtile qui balance des principes fondamentaux constitutionnels, les tribunaux reconnaissent des droits subjectifs au-delà de la loi/des règlements légaux. Ainsi l'état de droit moderne produit une situation dans laquelle il y a une correction de la loi en faisant référence à des principes supérieures, une construction qui rappelle à l'historien du droit tout à fait la fonction classique de l'*aequitas romana*.

Les transformations du discours sur l'équité : quelques remarques sur le rôle de l'équité dans le droit autrichien

I. Introduction

- a. L'équité dans le contexte de l'antiquité romaine
- b. Le rôle de l'équité dans le contexte de l'état de droit moderne

II. De la disparition de l'équité à l'époque des codifications : Le rôle de l'équité dans l'histoire de la codification civile autrichienne

- a. L'équité à l'époque de Marie-Thérèse
- b. Le Code civil Josephin (1787)
- c. Le Projet de Martini (1796)/Code civil galicien (1797)
- d. L'équité comme catégorie morale chez Kant et Zeiller
- e. Les principes naturels du droit dans § 7 ABGB

III. De La réapparition de l'équité

- a. Les délibérations sur la révision de l'ABGB au début du 20^e siècle
- b. Le retour de l'équité dans la législation autrichienne
 - i. § 83 Code du mariage (1978)
 - ii. La loi sur le fonds général d'indemnisation (2001)
- c. Le rôle de l'équité dans la doctrine civiliste actuelle
- d. La « constitutionnalisation » du droit privé : le contrôle constitutionnel et l'interprétation systématique conforme aux principes constitutionnels

IV. Conclusion

Textes du Code civil autrichien

§ 6 ABGB :

Une loi ne doit pas, dans son application être comprise dans un sens autre que celui qui résulte de la signification coutumière des mots pris dans leur contexte, et de l'intention clairement exprimée du législateur.

§ 7 ABGB :

Si un cas litigieux ne peut se résoudre ni d'après le texte, ni d'après le sens naturel d'une loi, on doit s'attacher aux cas semblables résolus par les lois et aux motifs d'autres lois analogues. Si le cas litigieux demeure encore douteux, on doit statuer d'après les principes naturels du droit, en tenant compte des faits soigneusement rassemblés et minutieusement examinés.

§ 879 (dans la version de 1916) :

Un contrat fait à l'encontre d'une interdiction légale et des bonnes mœurs est nul.
(...)

§ 914 ABGB :

Dans l'interprétation des contrats, il ne faut pas s'en tenir au sens littéral des expressions, mais il faut rechercher l'intention des parties et le contrat doit se comprendre comme c'est l'usage dans le commerce de bonne foi.

§ 1295 aliéna 2 ABGB (dans la version de 1916) :

De même, celui qui cause un dommage intentionnel d'une manière contraire aux bonnes mœurs en est responsable, mais au cas où il s'est produit dans l'exercice d'un droit seulement, si l'exercice de ce droit avait pour but évident de nuire à l'autre

§ 1310 ABGB

Si la victime ne peut, de cette manière, recevoir de dédommagement, le juge doit décider s'il y a lieu à un dédommagement total, ou seulement partiel et équitable, en examinant, d'après les circonstances, si une faute n'incombe pas, dans ce cas déterminé à celui qui a causé le dommage, bien qu'il n'ait pas habituellement l'usage de sa raison ou bien si la victime n'a pas renoncé à se défendre pour ménager l'auteur du dommage, ou finalement en tenant compte de la fortune de la victime et celle de l'auteur du dommage.