



HAL
open science

L'officialisation de la peine privée en Colombie

Diego Fernando Garcia Vasquez

► **To cite this version:**

Diego Fernando Garcia Vasquez. L'officialisation de la peine privée en Colombie. Droit. Université Panthéon-Sorbonne - Paris I; Universidad Externado de Colombia (Bogotá), 2018. Français. NNT : 2018PA01D006 . tel-01775990

HAL Id: tel-01775990

<https://theses.hal.science/tel-01775990>

Submitted on 24 Apr 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

L'officialisation de la peine privée en Colombie

Thèse pour le doctorat en droit en cotutelle des Universités Paris 1 (Panthéon-Sorbonne) et Externado de Colombie

(Résumé substantiel)

Diego GARCÍA

CODIRECTEURS DE THÈSE

**Loïc CADIET
Milagros KOTEICH**

2017

« On est amoureux quand on se rend compte que l'autre personne est unique »

J.-L. BORGES

Je dédie ce travail à mon épouse, cette personne qui pour moi est unique depuis si longtemps.

Remerciements

Le travail de thèse est long, parfois frustrant et trop solitaire. Pour moi, il l'a été moins grâce à vous.

Merci, Madame Koteich, de m'avoir accordé votre confiance, de m'avoir épaulé et d'avoir toujours été présente. J'espère d'avoir correspondu dignement aux trois choses.

Merci, Monsieur Cadiet, d'avoir ouvert les portes de l'Institut André Tunc à Paris et d'avoir été un collaborateur présent et disponible malgré la distance.

Quant à mon épouse, sa place est bien au-delà de ces lignes.

Abréviations

<i>APD</i> :	Archives de philosophie du droit
<i>Civ</i> :	Chambre civile de la Cour de cassation française
<i>CSJ</i> :	Cour suprême de justice colombienne
<i>CE</i> :	Conseil d'État colombien
<i>D.</i> :	Recueil Dalloz
<i>Éd.</i>	Édition
<i>Gaz Pal</i> :	Gazette du Palais
<i>G.J.</i>	Gazette judiciaire (Recueil des arrêts de la Cour suprême de Colombie)
<i>IRJS</i> :	Éditions de l'Institut de recherche juridique de la Sorbonne
<i>JCP G</i> :	La semaine juridique édition générale
<i>LGDJ</i> :	Librairie générale de droit et de jurisprudence
<i>LPA</i> :	Les petits affiches
<i>préf</i> :	Préface
<i>PUAM</i> :	Presses universitaires d'Aix-Marseille
<i>PUF</i> :	Presses universitaires de France
<i>RDC</i> :	Revue de contrats
<i>RTD civ</i> :	Revue trimestrielle de droit civil
<i>RRJ</i> :	Revue de recherche juridique (droit prospectif)

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	1
--------------------	---

PREMIÈRE PARTIE L'AUTONOMIE HISTORIQUE DE LA PEINE PRIVÉE

TITRE 1

L'unité de la responsabilité pénale et de la responsabilité civile : la fausse prémisse d'une conclusion erronée.	33
--	----

CHAPITRE 1

Les origines historiques du système sanctionnateur du fait illicite dans le Code Napoléon.....34

A. L'évolution préalable au Code Napoléon.....	34
§ 1. Une évolution marquée par deux traditions	34
§ 2. Une évolution systématisée par la doctrine	36
a. Une doctrine imprégnée par la religion.....	36
1°. Le droit naturel : un droit canonique non-militant.....	37
1/ Domat, un mélange de droit naturel et de religion	39
2/ Pothier : les définitions de délit et de quasi-délit.....	43
b. L'hypothétique dissociation des responsabilités civile et pénale : une œuvre de la doctrine	44
Conclusion du chapitre 1.....	45

CHAPITRE 2

À l'origine régnait la confusion.....46

A. La religion, un phénomène répressif de caractère collectif.....	49
B. Les critiques adressées au phénomène collectif de la religion	51
§ 1. La thèse de la distinction entre la peine privée et la réparation dans les droits préromains et le droit romain	51
§ 2. Les défauts de la thèse	52
C. Le Code Napoléon.....	54
§ 1. Les rapports entre la peine et la réparation	56
§ 2. Les manifestations de la thèse unitaire dans le Code Napoléon	61

a.	La clause pénale, une peine privée contractuelle	62
b.	La déchéance du droit d'option pour recel successoral, une peine privée légale.....	64
c.	La « réparation » symbolique, une peine privée jurisprudentielle	65
i)	La publication du jugement.....	65
ii)	La condamnation à l'euro symbolique.....	66
	Conclusion du chapitre 2.....	68
	Conclusion du titre 1.....	69

TITRE 2

L'autonomie de la peine privée : la prémisse réelle.....	70
--	----

CHAPITRE 1

Une théorie générale de la peine privée à partir de l'hypothèse de son autonomie .74

A.	La faute, critère nécessaire et suffisant d'imputation de la peine privée.....	75
§ 1.	La faute civile et quelques-uns de ses développements	75
§ 2.	L'appréciation <i>in concreto</i> de la faute	78
B.	L'utilitarisme, fondement de la peine privée.....	80
§ 1.	La justice rétributive, un fondement dépassé.....	80
§ 2.	L'utilitarisme, un fondement en vigueur.....	81

Conclusion du chapitre 1.....	83
--------------------------------------	-----------

CHAPITRE 2

Les peines privées spéciales85

A.	La résolution pour inexécution.....	85
§ 1.	Le caractère punitif de la résolution.....	86
a.	La négation du caractère punitif de la résolution	86
i)	La bilatéralité du remède résolutoire.....	87
ii)	La faute et le déséquilibre économique du contrat.....	87
iii)	L'hypothétique fonctionnalité punitive ne serait qu'accidentelle	87
b.	Les déficiences des arguments contre la nature punitive de la résolution....	88
i)	La fausse bilatéralité du remède résolutoire.....	88
ii)	La perte de la confiance cause le déséquilibre économique du contrat : une conclusion qui ne s'infère pas des prémisses.....	89
iii)	La multifonctionnalité des sanctions civiles	90
c.	L'affirmation du caractère punitif de la résolution : la faute et la gravité de l'inexécution.....	91

i) La faute comme condition de la résolution.....	91
ii) La gravité de l'inexécution comme condition de la résolution.....	92
§ 2. L'autonomie de la résolution par rapport à la responsabilité.....	94
a. La disparité des conditions de l'action en restitution et de l'action en responsabilité.....	94
b. Restitution et réparation : domaines distincts du rétablissement	95
B. La « responsabilité » pour atteinte aux droits fondamentaux.....	97
§ 1. Les arguments de la Cour	97
§ 2. L'effet principal de l'arrêt.....	100
Conclusion du chapitre 2.....	102
 CHAPITRE 3	
Ce que la peine privée n'est pas	104
A. La réparation en nature n'est pas une peine privée	104
§ 1. Le préjudice, fondement de la réparation en nature.....	104
§ 2. La faute, un élément contingent pour la réparation en nature.....	105
B. La cessation de l'illicite n'est pas une peine privée	106
§ 1. L'inanité de l'imputabilité de la faute.....	107
§ 2. Action en cessation de l'illicite : action prospective et objective	108
Conclusion du chapitre 3.....	110
Conclusion du titre 2.....	111
Conclusion de la première partie.....	112

SECONDE PARTIE

LE RÉGIME DE LA PEINE PRIVÉE

TITRE 1

Les aspects substantiels de la peine privée	114
---	-----

CHAPITRE 1

Conditions de la peine privée	115
A. La faute.....	115
§ 1. Les éléments constitutifs de la faute	116
§ 2. Le caractère absolu de la notion de faute.....	118
§ 3. La faute ne doit pas être grave	119
B. La lésion d'un droit	119
§ 1. Résumé doctrinal sur la distinction dommage/préjudice	120

§ 2. Notre choix.....	122
§ 3. Les effets de la distinction.....	123
a. L'imposition de sanctions différenciées au dommage et au préjudice.....	123
b. La répercussion de la distinction en matière de lien de causalité.....	124
c. La contestable répercussion sur les formes de réparation	124
C. Le test d'équité	126
Conclusions du chapitre 1	128

CHAPITRE 2

Les effets de la peine privée	130
A. Les parties concernées par la peine privée	130
§ 1. La partie active de la peine privée.....	130
a. L'attribution de la peine privée à la victime.....	131
b. L'attribution de la peine à la victime n'implique pas l'enrichissement sans cause de la victime.....	132
c. Peine privée et congestion judiciaire	132
§ 2. La partie passive de la peine privée	133
a. L'intransmissibilité de la peine privée	133
b. La non-assurabilité de la peine privée	134
c. L'impraticabilité de la subrogation de l'assureur	137
B. L'objet de la peine privée.....	137
§ 1. La nature pure et simple du droit à demander la peine	138
§ 2. La prétention d'une indemnisation compensatoire n'est pas une condition suspensive du droit à demander la peine.....	139
C. La mesure de la peine	140
Conclusion du chapitre 2.....	143
Conclusion du titre 1.....	146

TITRE 2

Aspects processuels du régime de la peine privée	147
--	-----

CHAPITRE 1

La prétention punitive.....	148
A. L'intérêt à agir	148
§ 1. L'intérêt à agir et la solidarité	149
a. Peine privée et solidarité aquilienne.....	149
b. La présomption de solidarité en matière commerciale.....	150
i) Les effets de la solidarité passive entre les débiteurs solidaires	151

ii) Les effets de la solidarité en matière punitive	151
§ 2. L'intérêt à agir de celui qui a contribué fautivement à la causation de sa propre lésion.....	152
§ 3. Peine privée et officiosité.....	152
§ 4. L'intérêt à agir des créanciers de la victime	154
B. La caducité de la prétention punitive	154
C. Le cumul des prétentions punitives et réparatrices	155
Conclusion du chapitre 1.....	157
 CHAPITRE 2	
La peine privée et les garanties processuelles constitutionnelles	158
A. La peine privée et le principe de légalité des peines	158
B. Peine privée et <i>non bis in idem</i>	161
C. La peine privée et l'interdiction de la <i>reformatio in pejus</i>	163
Conclusion du chapitre 2.....	165
 CHAPITRE 3	
L'exequatur des arrêts et des sentences arbitrales allouant des peines privées	167
A. La notion d'ordre public.....	168
B. La peine privée et l'ordre public international de Colombie	169
Conclusion du chapitre 3.....	172
Conclusion du titre 2.....	173
Conclusion de la seconde partie.....	175
 CONCLUSIONS GÉNÉRALES	
	176
 BIBLIOGRAPHIE.....	
	180

INTRODUCTION

« Le jour de sa mort, Santiago Nasar s'est levé à cinq heures et demie ». La mort du protagoniste d'une œuvre du Prix Nobel colombien fut ainsi annoncée en première page. Dès la première phrase, on connaissait le dénouement. De même, le déclin de la fonction dissuasive de la responsabilité civile s'annonçait face à la naissance de la responsabilité sans faute, à la fin du XIX^{ème} siècle. Aujourd'hui, ce déclin est un fait accompli.

Cependant, l'affirmation d'une telle fonction dissuasive à la charge de la responsabilité civile est encore un lieu commun¹. La cause est peut-être qu'on lui accorde, à présent, des attributs qu'elle avait dans le passé. La fonction principale de la responsabilité civile, dans l'imagination des auteurs postmédiévaux qui ont inspiré la rédaction du Code civil français, était la fonction dissuasive. Les rédacteurs du Code civil français ont repris fidèlement les postulats de leurs mentors intellectuels, en structurant un système de responsabilité qui soutenait la dissuasion par le biais de la sanction de la faute².

C'est pourquoi la responsabilité civile du code français et de ses épigones se basait sur la faute comme fondement exclusif³. Dans ces codes, la responsabilité était une réponse

¹ S. ROJAS, «Apología del potencial preventivo de la responsabilidad: desmitificación de la sanción en sede indemnizatoria», en *Universitas*, v. 61, n.º 125, pp. 339-375; C.-I. JARAMILLO, *Los deberes de evitar y mitigar el daño en el derecho privado: funciones de la responsabilidad civil en el siglo XXI y trascendencia de la prevención*, Bogotá, Temis, 2013, pp. 51 y ss; S. ESCOBAR, «El papel de la prevención del daño en la responsabilidad civil», en *Responsabilidad civil y del Estado*, n.º 37, Medellín, abril de 2016, pp. 151-189; T. RESTREPO, «El remedio preventivo en la responsabilidad civil», en *Revista de derecho privado* n.º 14, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008, pp. 219-238; E. CORTÉS, *Responsabilidad civil y daños a la persona*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009, § 15, pp. 61-64; M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, t. 2, *Responsabilité civile et quasi-contrats*, Paris, PUF, 3^e éd., 2013, pp. 56-62 ; Ph. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Paris, Dalloz, 9^e éd., 2012-2013, § 4, pp. 3-4 ; A. TUNC. « Responsabilité civile et dissuasion des comportements antisociaux. Aspects nouveaux de la pensée juridique », dans *Recueil d'études en hommage à Marc Ancel*, t. 1, Paris, Éd. Pédone, 1975, p. 407 ; Ch. ANDRÉ, *Le fait du créancier contractuel*, préf. G. Viney, Paris, LGDJ, 2002, § 24, p. 11; F. PEÑA LÓPEZ, *La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual*, Granada, Comares, 2002, pp. 203-219.

² D. DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, Paris, 2^e éd., Economica, 2012, pp. 696-697 ; J.-L. GAZZANIGA, *Introduction historique au droit des obligations*, Paris, PUF, 1992, § 212, p. 244.

³ G. VINEY, *Traité de droit civil. Introduction à la responsabilité*, 3^e éd., Paris, LGDJ, 2008, § 16, pp. 23-25.

sanctionnatrice face aux écarts de conduite des individus⁴. Ils sont libres. Ils savent que la seule limite de leur comportement est le droit d'autrui. Dès lors, si le comportement porte préjudice aux droits d'autrui, il faut imposer un châtement aux auteurs. Ce châtement est la condamnation à la réparation, que le responsable doit satisfaire avec son patrimoine⁵. Voici la dimension juridique du laissez faire.

Toutefois, à la fin du XIX^{ème} siècle, le contexte historique des codes de matrice française a beaucoup changé. Dans les années 30 du XX^{ème} siècle, les changements étaient consolidés. D'une économie essentiellement artisanale, on était passé à une économie industrielle, où la machine était devenue protagoniste. Le taux d'accidents avait augmenté. Les accidents étaient causés par des machines dans l'exécution d'activités dangereuses, ce qui rendait presque impossible la recherche de la faute et du fautif.

Cette situation fut la cause de la création jurisprudentielle des régimes de responsabilité pour risque. Il y fallait améliorer la situation des victimes. Dès lors, le fardeau probatoire⁶s'est allégé. Les victimes ne devaient plus prouver une faute imputable au défendant. La considération du comportement des responsables s'est embrouillée. Ils devenaient responsables pour le résultat dommageable, mais pas pour l'illicéité de leur comportement, ce qui se heurtait à la fonction dissuasive de la responsabilité.

De même, l'objectivation de la responsabilité se heurtait à sa fonction dissuasive, car les régimes objectifs se mettaient en œuvre (et continuent à se mettre en œuvre) pour imputer des responsabilités issues des dommages accidentels. Comment la dissuasion fonctionne-t-elle ? En effrayant le responsable potentiel, qui, devant la menace de se voir condamné à

⁴ L.-F. REGLERO-CAMPOS, «Los sistemas de responsabilidad civil», en *Tratado de responsabilidad civil*, Cizur Menor (Navarra), 5^e ed., Thomson Reuters/Aranzadi, 2014, p. 270.

⁵ L. CADIET, « Sur les faits et les méfaits de l'idéologie de la réparation », dans *Mél. P. Drai*, Paris, Dalloz, 2000, p. 497.

⁶ « Le succès de la théorie du risque comme fondement de la responsabilité civile tient certainement à ce qu'elle offre une approche laïque de la responsabilité, qui applique une conception terrestre de l'obligation de répondre pour les actes [...] » : L. GRYMBAUM, *Droit civil. Les obligations*, Paris, 2^e éd., Hachette Supérieur, 2007, § 434, p. 172.

réparer les préjudices, est dissuadé de se comporter illicitement⁷. Si le comportement illicite est accompli, la condamnation dissuade de récidiver.

Les régimes objectifs sont dissuasivement inefficaces, puisqu'ils opèrent dans les jugements de responsabilité pour des dommages issus d'activités licites, malgré leur dangerosité⁸. La licéité inhérente aux activités dangereuses, ainsi que le caractère fortuit des accidents qu'elles causent, empêchent que le poids d'une menace de condamnation dissuade l'acteur potentiel⁹. S'il y a un accident, il y a responsabilité, à moins qu'il ait des preuves de la non imputation du fait générateur¹⁰. Cela signifie que la plus haute diligence ne peut ni éviter la responsabilité, ni même assurer la non-occurrence de l'accident.

Par ailleurs, les accidents résultent principalement du hasard et de circonstances que l'homme moyen ne peut pas toujours conjurer. Enfin, pour paraphraser M^{me} Viney, « Il nous semble exact que l'effet dissuasif de la responsabilité civile est faible dans le domaine des accidents causés par l'usage de choses dangereuses. La plupart d'entre eux sont en effet imputables à la fois au hasard, à l'imperfection technique des objets ou appareils utilisés et à des déficiences physiques ou psychologiques que l'homme normal ne peut pas toujours éviter car elles sont inhérentes à sa nature. Ce n'est donc pas la perspective d'une responsabilité civile qui peut modifier très sensiblement le comportement des personnes qui se trouvent impliquées dans de tels accidents [...] »¹¹.

⁷ A. TUNC, *La dissuasion...*, *op. cit.*, *passim*; G. MARTY et P. RAYNAUD, *op. cit.*, p. 429; Ph. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats...*, *op. cit.*, § 3, p. 3; A. SOLARTE, «Reparación integral del daño y restitución de los beneficios obtenidos por el civilmente responsable», en *Responsabilidad civil y del Estado*, n.º 37, Medellín, abril de 2016, pp. 15-48; L.-F. REGLERO, «Los sistemas de responsabilidad civil», en *Tratado de responsabilidad civil*, Cizur Menor (Navarra), 5ª ed., Thomson Reuters/Aranzadi, 2014, p. 272 (capítulo actualizado por F. Peña-López para esta 5ª edición).

⁸ L. GRZYBAUM, *op. cit.*, § 426, p. 169.

⁹ « Le dommage se produit contre la volonté de celui qui le cause. Lui-même en est souvent la victime, à moins que la victime ne soit son conjoint, son père ou sa mère, son fils ou sa fille. Dans ce cadre, la fonction de dissuasion de la responsabilité civile apparaît à l'évidence bien douteuse » : A. TUNC., « La dissuasion... », *op. cit.*, p. 408.

¹⁰ CSJ, Salle de cassation civile, 24/08/2009, n° 11001-3103-038-2001-01054-01.

¹¹ G. VINEY, *Introduction...*, *op. cit.*, §, 41, p. 87.

D'autre part, le contexte politique a aussi changé. De l'État-gendarme, on est passé à l'État providence¹². L'individualisme a cédé le pas au collectivisme, sous le critère de la solidarité nationale. Cela signifie que — tandis que les régimes de responsabilité sans faute ont augmenté, tant légalement que jurisprudentiellement — l'assurance de responsabilité civile s'est développée proportionnellement.

Il est logique que l'aggravation de la responsabilité ait eu un contrepois, puisque responsabiliser les responsables des activités périlleuses, c'était responsabiliser des personnes innocentes¹³. Par ailleurs, la menace d'une condamnation, bien qu'il n'y ait pas d'illicéité, pouvait paralyser des activités qui étaient déjà essentielles pour la société¹⁴.

Ce contrepois s'est exprimé avec l'imposition légale de l'obligation de s'assurer. Personne ne pourrait pratiquer d'activités sans une assurance de responsabilité, sous peine d'être jugé fautif¹⁵. Ainsi, le risque d'accidents s'est socialisé, puisqu'il n'incombait plus au patrimoine du responsable, mais à celui de la communauté d'assurés¹⁶.

Le droit des assurances consacre une action directe de la victime contre l'assureur¹⁷. Cette action est incompatible avec l'accomplissement de la fonction dissuasive de la responsabilité civile¹⁸. La victime cherche l'indemnisation des préjudices, et sa rationalité la

¹² Ch. DUBOIS, *Responsabilité civile et responsabilité pénale. À la recherche d'une cohérence perdue*, préf. Y. Lequette, Paris, LGDJ, 2016, § 16, p. 26.

¹³ « Condamner une personne non coupable, c'est condamner un innocent, mais ne pas réparer le dommage subi par une victime, c'est aussi la condamner » : C. GRARE, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle*, Préf. Y. Lequette, Paris, Dalloz, 2005, §§ 47-48, p. 35.

¹⁴ Ph. LE TOURNEAU, « La verdeur de la faute dans la responsabilité civile (ou la relativité de son déclin) », dans *RTD civ.* 1988, p. 507.

¹⁵ « La logique assurancière se mettait alors en place qui a conduit à multiplier les cas d'assurance obligatoire de sorte que, savoureux paradoxe, le défaut d'assurance devint constitutif d'une faute ! » : L. CADIET, « Sur les faits et les méfaits... », *op. cit.*, p. 499.

¹⁶ En ce sens, Y. LAMBERT-FAIVRE, « L'évolution de la responsabilité civile. D'une dette de responsabilité à une créance d'indemnisation », *RTD civ* 1987, pp. 1-19.

¹⁷ Code des assurances, art. L. 124-3.

¹⁸ G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, Paris, 4^e éd., LGDJ, 2013, § 26, p. 44 ; A. FAVRE ROCHEX, G. COURTIEU, *Le droit du contrat d'assurance terrestre*, Paris, LGDJ, 1998, n° 2-232/2-233 ; C. JAMIN, *La notion d'action directe*, préf. J. Ghestin, Paris, LGDJ, 1991, § 100.

conduit normalement à aller chez la personne qui lui offre la meilleure garantie de solvabilité, c'est-à-dire la compagnie d'assurances.

Dans le procès de la victime contre l'assureur, il n'est pas obligatoire de convoquer l'assuré¹⁹, car il n'y a pas d'identité entre les rapports substantiels qui rattachent la victime au responsable et ceux qui rattachent le responsable à son assureur. En outre, le jugement condamnant l'assureur n'a pas de l'autorité de la chose jugée à l'égard du responsable²⁰. L'action directe permet « l'effacement du responsable derrière son assureur »²¹, sans tenir compte du comportement du responsable.

Enfin, l'assurance de responsabilité civile se heurte à la dissuasion, en raison de l'inexistence d'action en subrogation de l'assureur contre le responsable²². Il est logique qu'une telle action n'existe pas, car, si elle existait, elle perturberait toute la logique sous-jacente à la garantie de l'assurance. L'assureur pourrait exiger à son propre assuré le remboursement de l'indemnisation payé à la victime.

En somme, dès la moitié du XX^{ème} siècle, « le centre de gravité du droit de la responsabilité a cessé d'être l'auteur du dommage et sa faute. La victime et son dommage sont passés au premier plan. Dès lors, l'évolution du droit de la responsabilité ne s'expliquait plus que par le souci d'améliorer l'indemnisation des préjudices »²³.

Ce tour d'horizon était globalement le même en Colombie. On doit nuancer cependant le point concernant l'obligation de s'assurer. Durant les XIX^{ème} et XX^{ème} siècles, il n'existait

¹⁹ M. CHAGNY, L. PERDRIX, *Droit des assurances*, Paris, 2e éd., LGDJ, 2013, § 750, p. 399.

²⁰ H.-F. LÓPEZ, *Comentarios al contrato de seguro*, Bogotá, 5^a éd., Dupré, 2010, pp. 408-411; M.-C. MESA, «Reflexiones procesales sobre la acción directa en el seguro de responsabilidad civil», en *Responsabilidad civil y del Estado*, n.º 22, octobre de 2007, pp. 47-63; *contra*: J.-M. DÍAZ-GRANADOS, *El seguro de responsabilidad*, Bogotá, 2^a éd., Pontificia Universidad Javeriana y Universidad del Rosario, 2012, pp. 272-274.

²¹ L'expression est de G. VINEY, *Introduction...*, *op. cit.*, § 26, p. 42.

²² H. ZORNOSA, «El seguro de responsabilidad civil: su evolución normativa y jurisprudencial en Colombia», en *Responsabilidad civil, derecho de seguros y filosofía del derecho. Homenaje al profesor Javier Tamayo Jaramillo*, t. 2, Medellín, Diké, 2011, p. 960.

²³ L. CADIET, « Sur les faits et les méfaits... », *op. cit.*, p. 499.

pas en Colombie, comme c'est le cas aujourd'hui, d'obligation générale de s'assurer. En revanche, la transition de la responsabilité pour faute à la responsabilité sans faute a été identique. En 1930, la jurisprudence française a reconnu, pour la deuxième fois, la responsabilité sans faute²⁴. En Colombie, la Cour suprême de justice a prononcé l'arrêt de principe, huit ans après, avec la même argumentation que son homologue français²⁵.

Dès lors, en Colombie, le nombre d'activités dont la concrétion des risques déclenche les régimes objectifs de responsabilité a augmenté. Il s'agit des régimes dont la caractéristique principale est l'exonération pour cause étrangère²⁶. Le nombre d'activités pour lesquelles la loi exige une police d'assurance a aussi augmenté²⁷.

Le dénombrement des faits indique que la responsabilité a faibli, voire perdu sa fonction dissuasive²⁸. Le développement technologique et les nouveaux besoins lui ont assigné d'autres rôles. Le contexte social de notre temps a besoin d'un système de protection réparatrice optimal. Ce système doit s'assurer de dédommager intégralement les victimes.

C'est pourquoi la constitutionnalisation du droit privé a amené des considérations autres que purement civiles aux procès de responsabilité, dans lesquels les juges tranchent le litige avec des critères comme le principe de solidarité²⁹. Cela afin de privilégier les intérêts

²⁴ Connu comme l'arrêt *Jand'heur*, S. 1930, I, p. 21., qui a développé les fondements formulés par l'arrêt *Teffaine*. Ce dernier est le premier précédent en matière de responsabilité sans faute pour le fait des choses.

²⁵ CSJ, Salle de cassation civile, 14/03/1938, G. J. t. XLVI.

²⁶ Cela signifie que la thèse jurisprudentielle selon laquelle, en Colombie, il y a présomption de faute plutôt que responsabilité objective est erronée. Cette thèse est cependant la thèse en vigueur depuis bien longtemps : voir CSJ, Salle de cassation civile, 15/09/2016, n° 25290 31 03 002 2010 00111 01 ; 6 /10 / 2015, n° 76001-31-03-015-2005-00105-01 ; 18/12/ 2012, n° 76001-31-03-009-2006-00094-01.

²⁷ Transport terrestre, décrets 170, 171, 172, 174 y 175 de 2001 ; transport fluvial, art. 32 de la loi 1242 de 2008 ; surveillance privée, décret 356 de 1994 ; exploitation environnementale, loi 491 de 1999 ; courtage en assurance et rassurance, décret 1866 de 1992 ; parcs d'attractions, art. 3 de la loi 1225 de 2008, etc.

²⁸ « Par le déclin de la normativité était promue la fonction indemnitaire de la responsabilité : elle s'est recentré sur la question du dommage, délaissant de la sorte le comportement de l'agent. Ce n'est plus tant une faute qu'un fait générateur qu'il convient désormais de caractériser afin d'identifier un débiteur d'indemnisation. Privée de ses aspirations morales, la responsabilité devient rien de plus qu'un simple mécanisme de rééquilibrage patrimonial » : Ch. DUBOIS, *op. cit.*, § 32, p. 38.

²⁹ Sur le principe de solidarité en responsabilité civile : E. CORTÉS, *op. cit.*, § 18, pp. 70-72.

des victimes et leur dédommagement, en tournant vers la victime l'attention qui s'adressait auparavant aux coupables.

Le principe d'égalité a aussi eu des effets dans les procès de responsabilité civile. Le dédommagement des atteintes aux droits de la personne, et notamment des atteintes à la santé et à l'intégrité physique, requiert des réponses juridictionnelles uniformes, que les faits générateurs soient graves ou non³⁰.

Quant aux préjudices patrimoniaux, la responsabilité des codes s'appuie sur des conceptions archaïques. Dire que l'indemnisation est le *damnum emergens* et le *lucrum cesans*³¹, c'est-à-dire la perte qu'elle a causée et le gain dont elle a été privée³², c'est comme dire que la responsabilité se cantonne à la fixation d'un paramètre de liquidation. Et la liquidation se fait à partir des preuves de la perte subie et du gain perdu, sans s'interroger sur les faits générateurs. D'autres considérations hors préjudice ne sont pas non plus prises en compte pour moduler la condamnation³³.

Ainsi, il est envisageable que la responsabilité ait aujourd'hui la seule fonction d'assurer, autant que faire se peut, la réparation intégrale des victimes³⁴. Les efforts du plaideur en responsabilité et du juge qui tranche les litiges visent à la réparation intégrale des préjudices. Le législateur a aussi compris que la réparation est la fonction de la responsabilité,

³⁰ E. CORTÉS, *op. cit.*, § 23, p. 83.

³¹ Code civil, art. 1613 : « Les dommages et intérêts dus au créancier sont de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison de l'exécution imparfaite, soit à raison du retard dans l'exécution ».

³² Code civil, art. 1614.

³³ Quand la condamnation visait à punir le responsable, il était possible, voire obligatoire d'analyser les faits générateurs et la modulation de la condamnation.

³⁴ « Force est de constater que la responsabilité poursuit avant tout, dans son état actuel, un objectif d'indemnisation et que l'on ne pourrait, sans travestir gravement la réalité, affirmer qu'elle est demeurée une discipline normative de premier plan »: S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, préf. G. Viney, Paris, LGDJ, 1995, § 14, p. 13.; en ce sens, F. HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, t. 2, v. 1, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015, § 2, p. 50.

puisqu'il a été établi, dans deux normes d'ordre public³⁵, que, dans les procès judiciaires, « la quantification des dommages » doit se faire d'après le principe de la réparation intégrale.

D'où vient la fonction dissuasive, qui était la fonction fondamentale dans l'esprit des rédacteurs du Code Napoléon³⁶? Elle est issue d'une erreur historique que l'on peut imputer à la doctrine. Elle a toujours considéré que, dans le droit romain, la responsabilité pénale et la responsabilité civile formaient une unité, laquelle résultait de la fusion des peines publiques et des peines privées au sein du droit pénal³⁷. Selon cette conception, la peine privée était la partie civile de cette unité de responsabilités.

Pour entendre le fonctionnement de la responsabilité civile par le biais des peines privées, ce qui équivalait à considérer que la peine et la réparation étaient la même chose, il est évident que l'émergence ultérieure d'une responsabilité réparatrice (non punitive) a constitué un progrès³⁸ marqué par deux situations : d'une part, la séparation de la responsabilité pénale et de la responsabilité civile³⁹ ; d'autre part, l'émergence consécutive d'une responsabilité non-punitive mais réparatrice.

Aucune des deux situations ne correspondait à la réalité. En premier lieu, il n'y avait pas de séparation des deux responsabilités puisqu'elles n'avaient jamais été unies. À la responsabilité pénale, s'unissait la peine privée, qui était peine, punition, pénalisation, mais pas réparation. Dès lors, il était faux d'affirmer que les deux responsabilités formaient une unité. Cela serait une hypothèse dont les arguments se baseraient sur une prémisse fautive. En effet, la prémisse majeure est la suivante : la responsabilité civile consistait en des peines

³⁵ Art. 16 de la loi 446 de 1998 et art. 283/4 du Code général du procès. Le caractère d'ordre public de ces normes est établi dans l'article 13 du Code général du procès.

³⁶ G. VINEY, *Introduction...*, *op. cit.*, § 34, p. 76.

³⁷ P. JOURDAIN, *Les principes de la responsabilité civile*, 9^e éd., Paris, Dalloz, 2014, p. 8 ; Ch. DUBOIS, *op. cit.*, §§ 2-3, pp. 3-4.

³⁸ « Cette distinction, que l'on date des temps modernes, serait un progrès du droit, une marque de son humanisation par rapport à l'antique loi du Talion » : L. CADIET, « Sur les faits et les méfaits... », *op. cit.*, p. 506.

³⁹ Une juriste et historienne du droit a dit que la responsabilité pénale est « la matrice qui a donné la naissance à la responsabilité civile » : A. LEFEBVRE-TEILLARD, préface à la thèse de O. Descamps, *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le Code civil de 1804*, Paris, LGDJ, 2005.

privées. La prémisse mineure est la suivante : les peines publiques et les peines privées appartenaient au droit pénal. La conclusion est que la responsabilité civile était incorporée au droit pénal.

La prémisse majeure est fautive parce que, comme punir n'est pas réparer, on ne peut considérer la punition comme mécanisme de responsabilité, car cette dernière est précisément l'obligation de réparer⁴⁰.

En second lieu, il n'est pas vrai que la responsabilité qui émergeait n'ait pas été punitive. Elle l'était. Elle a été structurée autour de la faute, qui était le critère fondamental et exclusif d'imputation⁴¹. Bien que la réparation intégrale, en tant que sanction des faits illicites dommageables, ait eu une évolution historique, la condamnation à réparer se fonde sur la faute et porte sur le patrimoine du coupable. Cela signifie que cette condamnation était un mécanisme de punition⁴², par ailleurs prioritaire⁴³, tandis que la réparation était un but accessoire⁴⁴.

Ainsi, la responsabilité civile du Code Napoléon a été structurée en tant que mécanisme à double fonction : « Instrument de la réparation du préjudice, elle est aussi dotée d'une fonction de dissuasion. En 1804, c'est d'ailleurs ce second objectif qui dominait. Une forme de priorité se dessine ; l'indemnisation n'est concevable que par le biais de la sanction d'une faute »⁴⁵. Cette structure initiale du Code Napoléon — dont la cause peut se trouver dans la religion, comme nous le verrons ensuite — est la cause de la recherche doctrinale⁴⁶, ainsi que

⁴⁰ Il s'agit d'une erreur propre à l'argument déductif, c'est-à-dire d'un argument en *modus tolens* (si « a », alors « b ») : A. WESTON, *Las claves de la argumentación*, 10.^a ed., Barcelona, Ariel, 2005, pp. 79-82.

⁴¹ L. GRZYBAUM, § 428, p. 170.

⁴² M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, p. 36 ; L. CADIET, « sur les faits et les méfaits... », *op. cit.*, p. 497.

⁴³ G. VINEY, *Introduction...*, *op. cit.*, § 34, p. 76.

⁴⁴ *Ibid.*, § 36, p. 77.

⁴⁵ C. GRARE, *op. cit.*, § 1, p. 1.

⁴⁶ B. STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, préf. M. Picard, Paris, Rodstein, 1947, *passim* ; S. CARVAL, *op. cit.*, *passim* ; E. JUEN, *La remise en cause de la distinction entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle*, préf. E. Loquin, Paris, LGDJ, 2016, §§ 305-358, pp. 230-271, qui parle de responsabilité civile aggravée.

des projets de réformes légales⁴⁷, visant à faire revivre la dissuasion des comportements illicites à travers la responsabilité civile.

Or, le Code civil colombien érige la faute et le délit comme sources d'obligations⁴⁸. À l'époque de rédaction du code, on pouvait accepter l'idée qu'elles impliquaient l'obligation réparatrice. « Pouvait » car il était possible, hier comme aujourd'hui, de ne pas causer de préjudices pour la faute ou le délit. Et le préjudice n'est, à proprement parler, ni la faute ni le délit, mais la source de l'obligation de réparer.

En revanche, à l'époque actuelle, il n'est plus acceptable d'affirmer que la faute et le délit sont la source de l'obligation réparatrice. En premier lieu, parce qu'il est encore vrai que la faute peut être inoffensive ; en second lieu, parce qu'il existe des régimes qui ne requièrent pas de faute pour engendrer l'obligation de réparer⁴⁹.

De ce fait, il semble plus raisonnable de songer que, autrefois comme aujourd'hui, le préjudice a été et reste la source de l'obligation réparatrice, tandis que la faute et le délit ont été et restent la source d'une autre obligation : la peine privée. La faute et le délit sont des conditions nécessaires à l'existence de la peine privée.

I. Le délit et la faute : éléments en vigueur d'une peine privée en vigueur

Le Code civil colombien utilise deux articles pour établir les sources des obligations. Dans l'article 1494, il établit que le délit est une des sources. Dans l'article 2302, il dit que le délit est un « fait illicite et commis avec l'intention de nuire ». Cet article reconnaît une autre source : le « quasi-délit ou faute », qu'il définit comme « le fait coupable, mais commis sans l'intention de nuire ».

⁴⁷ En 2005, l'Avant-Projet Catala ; en 2009, le projet du sénateur Béteille ; en 2011, le Projet Terré, qui a consacré une mesure de confiscation des profits retirés illicitement. Certains auteurs considèrent qu'une telle mesure est une peine privée ; d'autres ne le considèrent pas. Enfin, en 2016, le dernier projet de réforme au droit de la responsabilité, qui a consacré les dommages et intérêts punitifs.

⁴⁸ Code civil, art. 1494.

⁴⁹ Car des régimes de responsabilité sans faute existent.

Cela signifie que, dans l'esprit du législateur, était présente l'intention de sanctionner civilement les conduites illicites, tant fautives que dolosives. Or, cela ne signifie pas que la seule sanction considérée ait été la réparation des préjudices⁵⁰. Cette dernière fut une des sanctions consacrées⁵¹, au caractère punitif certain, ou du moins fortement souhaité, au XIX^{ème} siècle, mais plus aujourd'hui.

Plusieurs articles du Code civil établissent des sanctions qui ne sont pas réparatrices mais punitives. Elles s'imposent face aux fautes et aux délits. L'article 1525 du Code civil interdit les restitutions dans la nullité pour objet illicite, lorsqu'un vice est connu d'un des contractants. L'article 1747 établit la même sanction dans l'hypothèse de nullité pour incapacité. L'article 1824 dit que le conjoint receleur perd sa part correspondant à l'objet recelé et doit le rembourser au double de sa valeur. L'article 411 impose l'obligation alimentaire au conjoint coupable du divorce.

L'article 1859 permet, dans la vente avec arrhes, que chaque contractant se réserve une faculté de dédit. Le vendeur conserve les arrhes, si l'acheteur se rétracte ; si ce dernier se rétracte, le vendeur doit les payer au double de leur valeur⁵². La clause pénale se trouve dans l'article 1592. Elle opère même en l'absence de préjudice⁵³. Enfin, l'article 997 sanctionne le propriétaire d'un immeuble lorsqu'il est coupable d'une fuite d'eau vers l'immeuble voisin, en l'obligeant à payer le double de la valeur du préjudice.

Ces sanctions ont une essence punitive. Toutes les hypothèses mettent en exergue deux éléments : la faute et le dol. Aucune des sanctions ne vise à réparer un préjudice. Toutes bénéficient à la victime de la faute ou du délit. Cela signifie que le droit civil, en tant que

⁵⁰ Dans les chapitres 1 et 2 de la première partie, on présentera des exemples qui confirment cette affirmation.

⁵¹ Sanction conçue d'après l'article 6 du Code civil : « La sanction n'est seulement pas la peine, mais aussi la récompense ; c'est le bien ou le mal qui résulte du remplir les mandats de la loi ou de la transgression de ses interdictions ».

⁵² Ce qui signifie que le droit de dédit est un droit pour l'acheteur, non pour le vendeur, car la conséquence du dédit de ce dernier est plus onéreuse.

⁵³ Si des préjudices sont causés, il est possible de cumuler leur réparation avec la peine (Code civil, art. 1600).

régulateur des comportements des personnes, a aussi la fonction de punir les comportements répréhensibles des individus, afin de dissuader la récidive. Pour atteindre ce but prophylactique, il fait appel à un mécanisme hérité du droit romain : la peine privée⁵⁴, tandis que la responsabilité civile (contemporaine) conserve un rôle correctif dont l'axe central est la victime, non le coupable.

Le système de droit privé autorise, bien sûr, l'action cumulative des deux mécanismes : peine privée et responsabilité civile. Il n'existe pas de subordination ou de dépendance entre peine et responsabilité ; il y a seulement des conditions partagées, comme les prestations pécuniaires. La peine privée n'est pas un dispositif amplificateur de la responsabilité et son application judiciaire ne dépend pas du succès des prétentions réparatrices. Ce qui est essentiel pour l'un, la faute, ne l'est pas pour l'autre ; et ce qui est essentiel pour le second, le préjudice, ne l'est pas pour le premier. Tout cela démontre que ces mécanismes sont indépendants⁵⁵.

Après avoir analysé le rapport entre peine privée et responsabilité et avoir expliqué les causes de l'extinction ou de l'affaiblissement de la fonction dissuasive de la responsabilité civile, il convient d'analyser la figure dissuasive par excellence : la peine privée.

II. La peine privée : un mécanisme injustement méprisé en Colombie

Pourquoi faut-il parler de la peine privée dans un pays de tradition romaniste comme la Colombie ? Puisque l'origine de la figure est romaine — et non anglo-saxonne, comme on le pense souvent — et, en tout cas, puisque cette institution peut contribuer à atteindre l'objectif de la dissuasion de l'illicéité⁵⁶. On est en droit de s'interroger sur la possibilité

⁵⁴ Sur la peine privée en droit romain, L.-C. SÁNCHEZ, «Reflexiones en torno a las funciones de condena por daños extrapatrimoniales a la persona a partir del estudio de la “iniuria” del derecho romano clásico», en *Revista de derecho privado*, n.º 23, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012, pp. 333-376.

⁵⁵ En ce sens, A. JAULT, *La notion de peine privée*, préf. F. Chabas, Paris, LGDJ, 2005, §§ 114-146, pp. 67-87.

⁵⁶ Sur ce point, E. JUEN, *op. cit.*, §§ 305-358, pp. 230-271 ; M.-S. SHAPO, *Principles of tort law*, 3rd ed., St. Paul (MN), Thomson Reuters, 2010, pp. 494-495.

d'officialiser la peine dans le cadre des sanctions civiles du fait illicite. Il y a une tendance à rattacher la peine au droit anglo-saxon, possiblement pour cause d'ignorance ou de manque d'information, en refusant son entrée dans notre système juridique⁵⁷.

L'imagination collective rattache la peine privée à la responsabilité civile⁵⁸, en lui attribuant la nature d'un complément de la réparation et en la subordonnant, pour son succès judiciaire, à la preuve des conditions de la responsabilité civile⁵⁹. Cette méthodologie est aussi appliquée aux États-Unis, où la Cour suprême a accordé des dommages et intérêts punitifs sous condition que ceux-ci soient proportionnels à la condamnation réparatrice⁶⁰. Ainsi, la Cour a considéré que la peine privée n'est qu'un supplément de la réparation.

Malgré les préjugés, il convient d'officialiser la peine privée en droit colombien. Il ne s'agit pas de snobisme. Il ne s'agit pas, non plus, de faire une révolution copernicienne du XXI^{ème} siècle⁶¹. Il s'agit d'officialiser une figure qui fait partie du système juridique interne, en tant que système romaniste, bien qu'elle ait été négligée, ignorée, voire méprisée par manque de réflexion et d'analyse⁶².

Pourquoi faut-il la considérer maintenant ? Pour avoir un autre moyen d'améliorer la dissuasion, qui, comme on vient de le voir, est un but inhérent à l'idéologie originelle du

⁵⁷ L.-V. GARCÍA, M.-C. HERRERA, «El concepto de los daños punitivos o punitive damages», en *Estudios sociojurídicos*, n.º 5, Bogotá, Universidad del Rosario, 2003, *passim*.

⁵⁸ Il est possible que cette démarche soit correcte. On soutient ici l'antithèse, mais on est prêt à la réévaluer, étant entendu que « C'est cet esprit critique qui conduit l'homme de science et de culture à repousser d'un côté, toute vérité dogmatiquement imposée, et de l'autre, à ne pas considérer comme définitifs et irréfutables les résultats de ses propres recherches [...] » : R. TREVES, « *Sociologie du droit*, (traduction de l'italien par W. Barnes et O. Simsek), Paris, PUF, 1995, pp. 17-18.

⁵⁹ En ce sens: Civ. 1^{re} arrêt Fontaine Pajot, rendu le 1^{er} décembre 2010, https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/1090_1_18234.html (consulté le 27 octobre 2016).

⁶⁰ En ce sens : voir la jurisprudence états-unienne : BMW contre Gore (1996), repris dans State Farm Mutual contre Campbell (2003). Sur ces décisions, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/538/408/case.html> (consulté le 27 octobre 2016).

⁶¹ On veut, comme a dit Carlos Fuentes, « d'empêcher la consécration sclérotique des choses », afin d'atteindre un objectif d'utilité générale.

⁶² « Rien n'est jamais nouveau en droit, et l'inédit n'est en réalité qu'un simple ordonnancement ou une découverte de l'existant » : J. FISCHER, « Causalité, imputation, imputabilité : les liens de la responsabilité civile », dans *Mélanges en l'honneur de Philippe le Tourneau*, Paris, Dalloz, 2008, p. 389.

droit civil. Par ailleurs, l'officialisation de la peine privée est nécessaire pour éliminer la croissante incohérence jurisprudentielle. La Cour suprême de justice et le Conseil d'État ont prononcé des condamnations pour atteinte aux droits fondamentaux⁶³. Sous la règle de la réparation intégrale, les deux juridictions ont imposé des condamnations face à la seule atteinte au droit fondamental.

Les deux institutions remarquent que ces condamnations se soutiennent dans la considération individuelle des effets issus de la lésion⁶⁴, et tous deux préviennent que les objets réparables sont ces effets⁶⁵, mais, dans les motivations des arrêts, on ne voit aucune réflexion sur ces effets en l'espèce⁶⁶. Cette attitude est peut-être due à l'inconfessable souhait de ne pas abolir la tradition et de prévenir la censure.

En surmontant les blocages dogmatiques, le droit civil français, dont le nationalisme est presque chauviniste, a compris qu'il convient de revenir aux racines, même si cela signifie reprendre quelque chose dont le développement majeur s'est produit hors système. Après trois tentatives académiques⁶⁷ et onze ans de doctrine favorable et non favorable, la peine privée a été consacrée dans un avant-projet⁶⁸ qui deviendra assurément loi de la République.

C'est faire preuve de bon sens que de reconnaître que la peine conçue n'est pas privée, car elle doit être payée au fonds d'indemnisation concerné ou, à défaut, au Trésor public. Cette peine est donc une amende, c'est-à-dire une peine publique⁶⁹.

⁶³ En ce sens : CSJ, Salle de cassation civile, 5/08/2014, n° 11001 3103 003 2003 00660 01 ; C. E. 28/08/2014, n°s 2651, 27709, 28804, 28832, 31170, 31172, 32988 y 36149.

⁶⁴ « Le dommage est classifié, bien sûr, par les effets, non par les causes » : CSJ, Salle de cassation civile, 5/08/2014, n° 11001 3103 003 2003 00660 01.

⁶⁵ M.-C. M'CAUSLAND, *Tipología y reparación del daño inmaterial en Colombia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015, p. 44.

⁶⁶ Car la Cour avait l'intention d'imposer une sanction pour la seule lésion. Elle l'a dit en se référant à la lésion du demandeur : « Quant à la lésion au droit à la réputation, il faut reconnaître que le dommage se concrétise lorsqu'on démontre la violation du bien juridique, sans qu'il y ait besoin d'une autre conséquence ».

⁶⁷ Avant-projet Catala, de 2005 ; projet du sénateur Béteille, de 2010 ; et projet Terré, de 2011.

⁶⁸ Avant-projet de loi. Réforme de la responsabilité civile (2016) : http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/avpjl-responsabilite-civile.pdf (consulté le 28 octobre 2016).

⁶⁹ Cfr. art. 1266 de l'Avant-projet de loi.

Les questionnements de toujours au sujet de la peine ont été surmontés. Le mur mental qui concevait la peine privée comme une intruse est tombé, ce qui a allégé le discours du caractère impératif du principe de la réparation intégrale et des violations des principes constitutionnels. Ces questionnements ont été surmontés en acceptant que le besoin d'optimiser la dissuasion devait dépasser le dogmatisme.

D'autre part, il doit être clair que l'on n'a pas dit que la peine privée est la pierre philosophale contre l'illicéité. On n'a pas dit non plus que la peine est le seul mécanisme de dissuasion efficace. On reconnaît même une efficacité marginale à la responsabilité. Ce que l'on prétend, c'est présenter des arguments juridiques visant à régler officiellement la peine privée en droit colombien⁷⁰. L'objectif de cette prétention est de mettre en œuvre un mécanisme qui contribue à la prévention par le biais de la dissuasion, en acceptant à l'avance que la détermination quantitative⁷¹ de l'efficacité dissuasive du droit appartient à la sociologie du droit⁷². La question est simple : si ce qui existe déjà est effectif, rien n'empêche de l'améliorer ; sinon, cela vaut la peine de tenter qu'il le soit⁷³.

Comment ces arguments doivent-ils s'élaborer ? À partir de la prémisse selon laquelle la peine privée — pas seulement dans son origine la plus lointaine, mais aussi dans sa mise en œuvre par le droit privé — a toujours été autonome par rapport à la responsabilité civile. Cette prémisse doit conduire à ne pas appliquer à chaque institution, peine privée et responsabilité civile, les règles et les principes de l'autre, et cela conduit à dépasser les obstacles théoriques formulés contre l'officialisation de la peine privée en Colombie.

⁷⁰ La jurisprudence a fait le premier pas, en sanctionnant la lésion aux droits fondamentaux. Cependant, elle l'a fait en méconnaissant l'ordre juridique et la généalogie de la peine privée. On présentera des arguments qui reconnaissent les deux choses.

⁷¹ Sur la méthode quantitative : V. FERRARI, *Derecho y sociedad. Elementos de sociología del derecho*, (traduction de l'italien par S. Perea), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2^a ed., 2012, pp. 54-55.

⁷² « Penser le droit de la responsabilité civile sous l'angle de ses fonctions, c'est adopter une posture sociologique » : M. MEKKI, « La cohérence sociologique du droit de la responsabilité civile », dans *Études offertes à Geneviève Viney*, Paris, LGDJ, 2008, § 5, p. 745.

⁷³ En tout cas, la sociologie devra établir quantitativement si ce qui existe maintenant est efficace ou non. Elle devra établir aussi si la mise en œuvre de notre proposition est efficace ou non.

En effet, si la peine privée est autonome par rapport à la responsabilité, il ne faut pas chercher un préjudice comme condition de sa mise en œuvre, parce qu'il peut y avoir des peines sans préjudices ; il ne faut pas respecter le prétendu principe de la réparation intégrale, car il ne s'agit pas de réparer ; enfin, il ne s'agit pas de prétendre que la peine ne transgresse pas le principe *non bis in idem*, car la peine et la responsabilité sont deux sanctions possibles et indépendantes face à l'illicéité⁷⁴.

Or, la thèse de l'autonomie de la peine privée servirait à soutenir son officialisation en droit colombien, mais elle ne résoudrait pas la difficulté de l'appliquer judiciairement en cas de litiges concrets. Il faut donc insister sur l'enjeu pratique de cette thèse. « Son but ne réside pas dans une spéculation intellectuelle stérile. Une bonne théorie est faite pour servir »⁷⁵. Partant, nous construirons un régime de la peine privée compatible avec l'hypothèse de son autonomie à l'égard de la responsabilité.

III. Quelques précisions conceptuelles

Il est opportun ici de rompre le fil conducteur du discours pour faire une digression nécessaire sur quelques termes que l'on va utiliser tout à long du travail : indemnisation, réparation, dédommagement, principe, sanction, responsabilité civile et Code Napoléon.

Bien que les mots indemnisation, réparation et dédommagement aient la même signification, d'après la *Real Academia Española*, quelques auteurs ont vu une erreur dans cette synonymie⁷⁶ : selon eux, la réparation a une sorte de majeure complétude à l'égard des

⁷⁴ On développera le rapport entre la peine privée et le *non bis in idem*, dans le deuxième chapitre de la seconde partie.

⁷⁵ G. FOREST, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, préf. F. Leduc, Paris, Dalloz, 2012, § 14, p. 18.

⁷⁶ M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, p. 54 ; Ph. BRUN, « Personnes et préjudice », *Revue générale de droit* (Ottawa) 2003, v. 33, n° 2, p. 203.

autres, puisqu'elle suppose la résorption absolue des préjudices, c'est-à-dire leur disparition du monde des faits et sans qu'il y ait besoin d'argent⁷⁷.

Dans cette recherche, la réparation et le dédommagement seront traités comme synonymes. La loi ne les définit pas, ce qui permet d'appliquer la règle herméneutique de l'article 28 du Code civil colombien, selon laquelle les mots de la loi doivent être compris dans leur sens naturel et évident, sauf si la loi leur donne une signification spécifique. « Le sens naturel et évident » de ces mots, c'est donc le sens que leur donne le dictionnaire ; il les définit comme synonymes.

On utilisera le terme indemnisation comme espèce des genres réparation et dédommagement. Les deux derniers seront considérés indistinctement. Bien que le Code civil colombien considère l'indemnisation comme un synonyme de la réparation et du dédommagement, le manque de définition légale oblige à consulter à nouveau le dictionnaire. Celui-ci dit que les trois termes désignent la même chose, mais il met en relief une différence concernant l'indemnisation : elle est le plus souvent pécuniaire⁷⁸. Cette différence a été aussi mise en relief par la doctrine⁷⁹ et par la jurisprudence contentieux-administrative, qui a utilisé l'expression « mesures réparatrices non indemnitaires »⁸⁰.

Quant au terme principe, la discussion sur sa signification précise est plus compliquée. Il y a un accord général sur le besoin de différencier les principes des règles, mais il n'y a aucun accord quant à ce que chaque chose est. Et, pour compliquer encore plus les choses, chaque courant affirme que le principe est pour l'un ce que la règle est pour l'autre, et vice-versa.

⁷⁷ J.-C. HENAO, «Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado: hacia su unificación sustancial en todas las acciones contra el Estado», en *Revista de derecho privado*, n.º 28, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015, § 12, pp. 285-286.

⁷⁸ Cfr. <http://dle.rae.es/?id=LMrZNIo> (consulté le 14/09/2016).

⁷⁹ J.-C. HENAO, « Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado... », *op. cit.*, §§ 10-12, pp. 285-286.

⁸⁰ Dans un document officiel où le Conseil d'État colombien a fixé les critères d'unification en matière de préjudices immatériels.

Les citations suivantes, l'une jurisprudentielle et l'autre doctrinale, témoignent de cette situation. La Cour constitutionnelle a distingué ainsi les deux termes : « La théorie du droit a établi la distinction conceptuelle entre les règles et les principes, pour avertir que, quoique tous les deux soient des normes juridiques, leurs degrés de coaction et d'efficacité sont différents. Certes, tandis que les règles sont des normes qui *ordonnent une conséquence juridique définitive*, les principes sont des mandats d'optimisation ordonnant que quelque chose se fasse, *autant que faire se peut*, selon les possibilités factuelles et juridiques »⁸¹.

De son côté, M. López-Blanco, posant la différence entre principes et règles techniques en droit processuel, a affirmé que « les principes [...] sont *absolus*, c'est-à-dire qu'ils n'admettent pas d'idées contraires ; ils sont permanents et immutables ; si on les considère comme principes, ils doivent être observés sans exception »⁸².

En résumé, la seule opinion homogène est celle de l'existence de la distinction, mais non les définitions des concepts distingués. C'est pourquoi on utilisera le mot principe quand la loi l'utilise ; par exemple, quand on parle du principe de la réparation intégrale ou du principe indemnitaire du droit des assurances. Au-delà de savoir s'il est correct ou pas de les nommer principe, ils seront désignés ici par ce nom, en premier lieu, puisqu'il s'agit de définitions légales, et, en second lieu, puisque la discussion sur cette nomenclature ne fait pas partie de cette recherche⁸³.

D'autre part, l'aspect le plus important du terme sanction est sa polysémie⁸⁴. Dans sa conception la plus large, elle est comprise comme la consécration d'une norme, c'est-à-dire comme l'acte de proclamation d'un énoncé normatif appartenant à l'ordre juridique en tant

⁸¹ Décision C-713 de 2008.

⁸² H.-F. LÓPEZ, *Procedimiento civil*, Bogotá, 11^a ed., Dupré Editores, 2012, p. 88.

⁸³ Sur ce sujet, voir les décisions SU-1122 de 2001 et C-1041 de 2007 de la Cour constitutionnelle.

⁸⁴ Sur ce sujet : A. JAULT, *op. cit.*, §§ 149-153, pp. 91-93.

que fait de sanction⁸⁵. La validité de cette acception semble incontestable. Un droit en vigueur, c'est un droit sanctionné.

Toutefois, dans cette étude, cette validité n'est pas pertinente, parce qu'elle n'ajoute rien qui ne soit déjà sous-entendu. On ne peut pas négliger que cette étude se construit à partir du droit positif, du droit en vigueur, du droit sanctionné.

Les autres acceptions de sanction sont la restreinte et le large. Celles-ci s'apparentent davantage aux institutions qui sont l'objet de cette étude (responsabilité civile et peine privée). L'acception restreinte est utilisée dans le langage courant. « Par automatisme, la sanction est connotée négativement à l'image de la peine »⁸⁶. Voici la notion courante que le citoyen commun a du terme sanction, en limitant sa portée à celle de la punition.

Le Vocabulaire Juridique de l'Association Henri Capitant accepte cette acception, en disant que la sanction est « punition, peine infligée par une autorité à l'auteur d'une infraction »⁸⁷. Pourtant, cette acception populaire peut ne pas être la plus conforme à la dimension technique du terme. Cette dimension la considère d'une manière plus longue.

L'acception longue se conçoit comme l'effet juridique qu'une norme attribue à certains faits déterminés dans son texte. Selon cette définition, la sanction n'a aucune connotation négative ou punitive, la sanction normative de certains faits pouvant même être bienfaisante. On songe, par exemple, à la prescription extinctive : elle est la conséquence favorable du fait que le débiteur n'ait pas exercé ses droits opportunément.

La sanction ainsi conçu ne porte pas de jugements de valeur ni n'applique de censure. Elle est simplement « [...] la conséquence juridique (bénéfique ou néfaste) de l'adoption

⁸⁵ Ph. JESTAZ, « La sanction ou l'inconnue du droit », dans *D.* 1986, p. 197.

⁸⁶ C. SINTEZ, *La sanction préventive en droit de la responsabilité civile. Contribution à la théorie de l'interprétation et de la mise en effet des normes*, préf. C. Thibierge, Paris, Dalloz, 2011, § 218, p. 135.

⁸⁷ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*. Association Henri Capitant, Paris, 10^e éd., PUF, 2014, p. 941, V^o sanction.

d'un certain comportement. La punition est une variété de sanction, toujours défavorable, attachée à la commission d'un acte fautif [...] En droit, la sanction pénale est un exemple de punition, alors que la nullité d'un acte est une sanction, mais pas nécessairement une punition »⁸⁸.

Cette manière de concevoir la sanction est adéquate pour comprendre tous les effets qui naissent de l'application des normes juridiques aux cas concrets⁸⁹. Par ailleurs, cette conception est celle du Code civil colombien, qui, dans son article 6, la définit de la manière suivante : « La sanction légale n'est pas seulement la peine, mais aussi la récompense ; elle est le bien ou le mal qui résulte du manquement de leurs mandats ou de la transgression de leurs interdictions »⁹⁰.

Quant à la responsabilité civile, on en restreindra la définition. La responsabilité civile sera envisagée seulement comme l'obligation de réparer les préjudices causés aux tiers⁹¹. Cela signifie que l'on ne lui attribuera aucune fonction préventive. On ne considérera pas non plus que la menace de dommage est un dommage réparable⁹², et le principe de précaution ne sera donc pas considéré un appendice de la responsabilité civile.

⁸⁸ C. QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, préf. Ph. Brun, Paris, Dalloz, 2010, § 487, note 1.

⁸⁹ Pour Ph. JESTAZ, les sanctions sont tarifs, c'est-à-dire « les conséquences précises attachées à la règle » : *op. cit.*, p. 198.

⁹⁰ Sur ce sujet : J. SANTOS BALLESTEROS, *Responsabilidad civil*, t.1, Bogotá, 3^e ed., Temis y Pontificia Universidad Javeriana, 2012, pp. 24-28.

⁹¹ *Contra*: F. NAVIA, «La supresión del ilícito en la acción popular», en *Tendencias de la responsabilidad civil en el siglo XXI*, Bogotá, Diké, 2009, p. 592. D'après lui, « il est une erreur d'assimiler les termes responsabilité et réparation ».

⁹² *Contra*: J.-C. HENAO, «Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado...», *art. cit.*, §§ 5, pp. 280-281.

Les mécanismes de tutelle préventive⁹³, tels que le principe de précaution et l'action de cessation de l'illicite, bien que placés dans le titre relatif à la responsabilité du Code civil⁹⁴, ne cherchent pas la réparation intégrale des victimes ; ils visent à ce qu'il n'y ait pas de victimes. Le système d'absorption de profits retirés des fautes lucratives⁹⁵ ne répond pas non plus à une problématique de la responsabilité, puisque les profits du coupable ne sont pas des préjudices pour la contrepartie.

Les mécanismes énoncés visent à la prévention des dommages. Mais la prévention n'est pas le *leitmotiv* de la responsabilité civile. Jadis, la responsabilité servait à la prévention des dommages à travers la dissuasion, mais on a montré les causes du déclin de ce service. En tout cas, il serait illogique de penser que ces mécanismes font partie de la responsabilité civile.

En effet, si on pense que les mécanismes de tutelle préventive appartiennent à la responsabilité, on doit alors accepter des responsabilités sans dommage, bien que la responsabilité soit mise en œuvre *ex post* (dommage), non *ex ante*⁹⁶. Pour qu'il y ait responsabilité, il doit y avoir un dommage auquel répondre⁹⁷.

⁹³ Sur les mécanismes de tutelle préventive : M. BOUTONNET, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, préf. C. Thibierge, Paris, LGDJ, 2005 ; C. BLOCH, *La cessation de l'illicite*, préf. R. Bout, Paris, Dalloz, 2008 ; D. TAPINOS, *Prévention, précaution et responsabilité civile*, préf. N. Molfessis, Paris, L'Harmattan, 2008 ; T. RESTREPO, «El remedio preventivo en la responsabilidad civil», en *Revista de derecho privado*, n.º 14, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008, pp. 219-238 ; J.-L. DÍEZ-SCHWERTER, «La aplicación de la acción por daño contingente en Chile, Colombia y Ecuador: del modelo de Bello a nuestros días», en *Revista de derecho privado*, n.º 30, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016, pp. 257-286.

⁹⁴ Art. 2359. L'article VI-6 :301 du Cadre commun de référence (doit privée européen) établit que tels mécanismes appartiennent à la responsabilité civile.

⁹⁵ Sur les profits retirés illicitement, voir R. MÉSA, « L'opportune consécration d'un principe de restitution intégrale des profits illicites comme sanction des fautes lucratives », dans *D.* 2012, n.º 41, p. 2754 ; A. COURT DE FONTMICHEL, « La sanction des fautes lucratives par des dommages-intérêts punitifs et le droit français », *Revue de droit Uniforme*, v. X, n.º 4, 2005, UNIDROIT, <http://109.168.120.21/siti/Unidroit/index/pdf/X-4-0737.pdf> (consulté le 3/03/2015) ; A. SOLARTE, «Reparación integral del daño y restitución de los beneficios obtenidos por el civilmente responsable», en *Responsabilidad civil y del Estado*, n.º 37, Medellín, avril de 2016, pp. 15-48.

⁹⁶ *Contra*, J.-C. HENAO : « [...] la menace d'une lésion définitive du droit est *per se* un dommage » : *art. cit.*, § 5, pp. 280-281 ; C. SINTEZ présente la responsabilité comme « l'obligation de répondre de ses actes, qu'ils soient passés, présents ou futurs, et non seulement des dommages commis [...] » : *op. cit.* § 301, p. 172.

⁹⁷ L'Avant-projet de loi de 2016, en France, régit autrement la responsabilité, en établissant une action visant « à prévenir ou faire cesser le trouble illicite auquel est exposé le demandeur ».

Quant au Code Napoléon, on utilisera cette expression pour parler de la version originelle du Code civil français, c'est-à-dire la version de 1804. On contextualisera, le cas échéant, le discours avec des réformes et des lois particulières.

On a expliqué l'autonomie historique de la peine privée, ainsi que le besoin de structurer un régime fondé sur cette autonomie. On a aussi expliqué les concepts les plus importants que l'on développera dans la thèse. Il convient maintenant d'expliquer les raisons de l'élaboration d'une étude sur la peine privée et la responsabilité civile.

IV. Justification

Cette recherche se justifie par son importance théorique et pratique. L'importance théorique est fondée sur la réfutation du dogme de l'incompatibilité de la peine privée avec le système juridique continental, ainsi que sur la réévaluation de la thèse d'après laquelle la peine appartient à la responsabilité civile⁹⁸. On émet l'hypothèse que la peine n'est pas un complément du dédommagement ni un mécanisme dont la recevabilité dépend d'un prononcé de condamnation réparatrice.

L'importance pratique est fondée sur la possibilité réelle que, avec la mise en œuvre de la proposition centrale de cette thèse, le droit privé puisse améliorer l'accomplissement de son rôle dissuasif, car il se doterait d'un outil supplémentaire, en conservant, de toute façon, la cohérence des outils existants, c'est-à-dire la peine pour dissuader et la responsabilité pour réparer.

⁹⁸ Sur cette thèse : B. STARCK, *op. cit.*, *passim* ; S CARVAL, *op. cit.*, *passim*; C. SINTEZ, *op. cit.*, §§ 170-183, pp. 107-118.

De même, l'importance pratique est mise en évidence par l'arrivée d'arrêts états-uniens en Allemagne⁹⁹, en France¹⁰⁰ et en Italie¹⁰¹, afin de y reconnaître les condamnations punitives qui ont été allouées dans ces arrêts. Il n'est pas absurde de penser que des arrêts états-uniens allouant des dommages et intérêts punitifs puissent arriver en Colombie, en raison de la signature du Traité de libre-échange avec les États-Unis.

Les analyses élaborées dans les procès d'*exequatur* en Europe ont été fondées sur l'acceptation du dogme de la non-conformité de la peine privée avec le droit continental¹⁰², ce qui permet d'inférer l'importance d'une thèse qui questionne ce dogme et qui avance vers la proposition d'un régime de peine privée organisé en accord avec les règles et principes du droit colombien.

Enfin, l'élaboration de l'Avant-projet français de réforme de la responsabilité civile (2016) est un autre argument pour la justification de cette thèse, parce que cet avant-projet, qui a suivi ses prédécesseurs de 2005 (Catala), 2010 (Béteille) et 2011 (Terré¹⁰³), inclut des versions nuancées de la peine, sous la dénomination d'amende civil¹⁰⁴.

Etant donné qu'en Colombie on suit souvent les développements légaux et jurisprudentiels européens, presque toujours sans les contextualiser avec nos besoins, il convient de faire une contribution qui, bien qu'empruntant des éléments d'expériences étrangères, filtre les aspects qui pourraient dénaturer notre droit. Il s'agit de ne pas faire

⁹⁹ *Bundesgerichtshof* (BGH), 4/06/1992, IX ZR 149/91.

¹⁰⁰ Civ. 1^{re}, 10/12/2010, Bull. civ. n° 09-13303.

¹⁰¹ Cass. civ. III, 19/01/2007, n° 1183.

¹⁰² Le précédent français exprime la tendance suivant laquelle la peine est accessoire par rapport à la responsabilité civile, car il a fixé le critère de la proportionnalité en fonction du montant des dommages et intérêts compensatoires.

¹⁰³ Les auteurs du Projet Terré ont dit que le projet ne consacre pas l'octroi des dommages et intérêts punitifs. D'après eux, le projet consacre l'octroi des dommages et intérêts restitutoires : Ph. RÉMY, J.-S. BORGHETTI, « Présentation du projet de réforme de la responsabilité délictuelle », dans *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Paris, Dalloz, 2011, § 14, p. 82 ; *contra*, Y. LAMBERT-FAIVRE, S. PORCHY-SIMON, *Droit du dommage corporel*, Paris, 8^e éd., 2016, § 35, p. 25, ont dit que le projet Terré consacre l'octroi des dommages et intérêts punitifs.

¹⁰⁴ La peine est octroyée au fonds d'indemnisation chargé de sauvegarder le droit concerné ou, le cas échéant, au Trésor public.

purement et simplement une greffe qui négligerait des caractéristiques vernaculaires à considérer pour officialiser la peine privée en Colombie.

Après avoir exprimé les motifs justifiant cette recherche, poursuivons avec sa finalité et son domaine.

V. Finalité de la recherche

Cette recherche a pour but de mettre en lumière l'autonomie historique de la peine privée par rapport à la responsabilité civile et l'autonomie dont elle est revêtue en droit privé contemporain. Elle prétend aussi structurer un régime de peine privée qui soit conforme à l'hypothèse de son autonomie.

Le chemin vers ces finalités sera limité au modèle du domaine suivant.

VI. Domaine de la recherche

L'objet d'étude sera le droit privé colombien. L'analyse jurisprudentielle se bornera aux arrêts de cassation rendus par la Salle de Cassation civile de la Cour suprême de justice de Colombie, même si on analysera des décisions de la Cour constitutionnelle et des arrêts du Conseil d'État quand cela sera pertinent.

L'analyse doctrinale se fera essentiellement sur des sources françaises. Ce choix obéit, d'une part, au manque de doctrine nationale et, d'autre part, à la ressemblance entre les Codes civils colombien et français. Cette démarche nous permet également d'analyser notre droit à partir des contributions doctrinales que les commentateurs classiques et contemporains du Code français ont fait de leur code, et de tirer des conclusions communes.

Par ailleurs, notre jurisprudence a suivi maintes fois la doctrine française, pour construire des lignes jurisprudentielles sur des sujets très négligés par la doctrine interne. En

effet, comme l'a dit un auteur, « L'absence d'une production doctrinale latino-américaine, après les processus d'élaboration et de promulgation des Codes civils, dus au besoin de prioriser les affaires politiques et de consolider les républiques naissantes, a conduit à combler ce vide avec la littérature juridique européenne¹⁰⁵. La plus influente fut la doctrine française, non seulement en raison de l'importance de la France au XIX^{ème} siècle, mais aussi de l'empreinte laissée par le Code civil français dans les codes et droits d'Amérique latine ».

Quoique les causes de « ce vide » ne soient plus les mêmes, le vide persiste et l'analyse de la doctrine européenne est encore justifiée¹⁰⁶.

La délimitation de la thèse sera guidée par un problème central (A) et par une hypothèse centrale (B) qui cerneront le fil conducteur de l'argumentation, ainsi que le développement progressif des divisions du texte.

A. Problème central de recherche

Ce que cherche à faire la thèse, c'est trouver les fondements conceptuels permettant d'officialiser la peine privée en droit privé colombien. Selon la *Real Academia Española*, officialiser, c'est donner un caractère ou une validité officielle à ce qui ne l'avait pas auparavant¹⁰⁷. La solution du problème doit conduire à « donner une validité officielle » à une institution qui a toujours eu une validité non-officielle, niée et masquée. Le problème est résumé dans la question suivante : comment le socle conceptuel permettant d'officialiser la peine privée en droit privé colombien doit-il se structurer ?

¹⁰⁵ E. CORTÉS, *Responsabilidad civil y daños a la persona...*, *op. cit.*, § 5, pp. 27-28.

¹⁰⁶ *Ibid.*, § 5, p. 27.

¹⁰⁷ <http://dle.rae.es/?id=QvhUWqx> (consulté le 30/01/2017).

B. Hypothèse centrale de la recherche

Le socle conceptuel permettant d'officialiser la peine privée doit se structurer à partir de la prémisse qu'elle est autonome par rapport la responsabilité civile. Autonome signifie qu'elle ne fait pas partie de la réparation, c'est-à-dire que la peine privée n'est ni un complément ni un surcroît de la réparation. Par conséquent, le prononcé de la peine privée ne dépend nullement du succès de la prétention de réparation.

Cette hypothèse est le corolaire d'une hypothèse secondaire : l'affirmation de la fusion de la responsabilité civile et de la responsabilité pénale en droit romain est une prémisse fausse qui pousse à concevoir la peine privée comme mécanisme de réparation et, en conséquence, comme l'expression ancienne de la responsabilité civile. Cette conception a conduit la doctrine à affirmer la séparation des deux ordres de responsabilité juridique, ce qu'elle a considéré une étape dans l'évolution de la responsabilité. Une telle séparation et une telle évolution n'ont jamais existé.

Après avoir défini la théorie, délimité l'objet et formulé l'hypothèse, il faut expliquer la méthodologie conduisant à sa démonstration, ainsi que le plan de rédaction.

C. Méthodologie

La démonstration de l'hypothèse résultera de l'étude analytique de la peine privée¹⁰⁸. Pour cela, on utilisera la méthode historique et la méthode dogmatique¹⁰⁹. D'abord, on analysera l'hypothèse doctrinale de la fusion de la responsabilité civile et de la responsabilité pénale à l'époque romaine. Ensuite, on étudiera les origines historiques du système sanctionnateur des faits illicites du Code Napoléon. Cela nous conduira à confirmer notre

¹⁰⁸ Sur cette perspective : C. BERNAL PULIDO, *El derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, note 4, p. 23.

¹⁰⁹ R. CAÑAS, «Esquema tipo de un método de investigación dogmática en derecho positivo», en *Revista de derecho*, Universidad Católica de Chile, <http://www.rderecho.equipu.cl/index.php/rderecho/article/viewFile/30/24> (consulté le 27/01/2017).

idée suivant laquelle dans ces origines se trouve le germe de la confusion historique qui lie la peine privée à la responsabilité civile.

Après avoir étudié les origines, les causes, on analysera ce qui fut causé : le système sanctionnateur du Code Napoléon. Ce faisant, on étudiera les rapports entre la peine privée et la réparation d'après leur régulation par le Code Napoléon. Ensuite, on analysera quelques peines privées spéciales de ce Code : une contractuelle¹¹⁰, une légale¹¹¹ et une jurisprudentielle¹¹².

On étudiera ensuite le Code de Bello¹¹³. Dans cette étude, on élaborera d'abord une théorie générale de la peine privée, et puis on analysera quelques peines privées spéciales : une contractuelle¹¹⁴, dont l'origine est plutôt légale¹¹⁵, et une jurisprudentielle.

L'étude de ces peines se fera à partir du droit positif en vigueur, y compris la jurisprudence, qui fait aujourd'hui force de loi¹¹⁶. Si un juge méconnaît un précédent, le jugement devient attaquant par moyen des mécanismes récursoires, en raison de la violation du droit à l'égalité¹¹⁷. Cette méthodologie nous permettra de tirer des conclusions sur les origines de la peine privée, sur ses développements légaux et jurisprudentiels et sur ses rapports avec la responsabilité civile. Ces conclusions seront le socle du régime punitif privé que l'on construira dans la seconde partie de la thèse.

La présente thèse ne formule pas de propositions *de lege ferenda*. Elle formule des propositions soutenues sur la base du droit en vigueur, car la peine privée existe déjà dans notre droit privé. Il manque l'officialisation et la régulation générale. Toutes deux doivent se

¹¹⁰ La clause pénale.

¹¹¹ La déchéance du droit d'option due au recel successoral.

¹¹² La « réparation » symbolique.

¹¹³ Andrés Bello fut le rédacteur du Code civil chilien et colombien.

¹¹⁴ La résolution du contrat pour inexécution.

¹¹⁵ La résolution est consacrée dans l'article 1546 du Code civil colombien.

¹¹⁶ C. BERNAL PULIDO, «El precedente en Colombia», en *Revista derecho del Estado*, n.º 21, diciembre de 2008, pp. 82-94.

¹¹⁷ Décisions T-193 de 1995 et T-918 de 2010.

faire par la jurisprudence. Il arrive que les éléments essentiels de la peine privée existent déjà, ce qui signifie qu'il n'y a aucun besoin de promulguer une norme la reconnaissant. Il suffit que la jurisprudence la régle *erga omnes*.

On utilisera tout au long du texte un langage dialectique. On considèrera les discussions que les sujets analysés ont suscitées et d'autres discussions qui pourraient émerger dans le futur. Dans les passages concernant l'Histoire, le langage sera cependant descriptif, puisque l'objectif est de donner des explications sur le fonctionnement d'institutions qui sont les ancêtres d'institutions actuelles, afin de mettre en évidence des erreurs qui se sont perpétuées avec l'interprétation doctrinale de ces institutions.

Les résultats que cette méthodologie obtiendra seront rédigés selon la structure du plan suivant.

D. Annonce du plan

Le manuscrit comprend deux parties. Dans la première, on présentera les arguments qui soutiennent l'hypothèse de l'autonomie historique et contemporaine de la peine privée. Dans la seconde, on analysera les éléments que doit avoir un régime de peine privée : ses conditions de mise en œuvre et ses effets.

Ainsi, le début de la première partie étudiera l'hypothèse de l'unité de la responsabilité pénale et de la responsabilité civile, en tant que fausse prémisse d'une conclusion erronée (titre 1). Pour ce faire, on analysera les origines historiques du système sanctionnateur de l'illicite dans le Code Napoléon (chapitre 1). On étudiera ensuite les confusions présentes dans ces origines (chapitre 2), pour finir avec l'étude du produit de ces origines : le Code Napoléon, en matière de sanction du fait illicite.

L'étude du Code Napoléon nous permettra d'inférer l'autonomie de la peine privée, en tant que prémisse réelle (titre 2), héritée par le code de Bello (titre 2). Sur la base de cette

autonomie, on construira une théorie générale de la peine privée (chapitre 1), afin de l'appliquer aux affaires spéciales (chapitre 2). Après avoir déterminé ce qu'est la peine privée, on étudiera quelques institutions semblables pouvant être confondues avec celle-ci (chapitre 3), mais n'ayant pas ses éléments essentiels.

Dans la seconde partie, on présentera les éléments que doit avoir le régime de la peine privée. On traitera le sujet des aspects substantiels du régime (titre 1) — qui sont les conditions d'imposition d'une peine privée (chapitre 1) et les effets de cette imposition (chapitre 2) — et le sujet des aspects processuels du régime, avec l'analyse de la prétention punitive (chapitre 1), les garanties processuelles constitutionnelles (chapitre 2) et la conformité de la peine privée à l'ordre public international colombien¹¹⁸ (chapitre 3).

¹¹⁸ Dans le cadre de l'*exequatur* d'arrêts et de sentences arbitrales étrangères : art. 606 du Code général du procès et 112 de la loi de l'arbitrage (loi 1563 de 2012).

PREMIÈRE PARTIE

L'AUTONOMIE HISTORIQUE DE LA PEINE PRIVÉE

Le principe de l'équivalence entre le préjudice et sa réparation n'existait pas à l'époque romaine¹¹⁹. Ce principe a commencé à s'annoncer dans la codification du droit Justinien¹²⁰. Jusqu'alors, il existait un système de délits privés sanctionnés par des peines privées. Dans la période antique, la loi du Talion demeurait en vigueur et la fixation des compositions était possible selon les considérations de la victime¹²¹.

Dans la période classique, les délits étaient sanctionnés par le biais de l'*actio iniuriarum aestimatoria*, la procédure pour imposer une peine dont la mesure était déterminée selon le pouvoir souverain d'appréciation du magistrat, en fonction de la gravité du fait imputé¹²². Dans la loi Aquilia, le délit privé de *damnum iniuria datum* était sanctionné par une *actio ex delicto*, dont l'objet était d'imposer une peine privée à la charge de l'auteur du fait illicite et en faveur de la victime¹²³.

Rien de ce que l'on vient de dire n'indique qu'il existe une union entre la responsabilité civile et la responsabilité pénale, ni que la responsabilité civile soit absorbée par la responsabilité pénale¹²⁴. On ne peut pas noter non plus d'émergence de la responsabilité civile, en tant qu'effet d'un déclin corrélatif de la responsabilité pénale¹²⁵. Il semble plutôt

¹¹⁹ J.-L. GAZZANIGA, *Introduction historique...*, *op. cit.*, § 187, p. 213.

¹²⁰ S. SCHIPANI, «De la Ley Aquilia a Digesto 9: perspectivas sistemáticas del derecho romano y problemas de la responsabilidad extracontractual», (traducción del italiano de V. Abelenda.), en *Revista de derecho privado*, n.º 12-13, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 287; M. KOTEICH, *La reparación del daño como mecanismo de tutela de la persona*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012, p. 325.

¹²¹ J.-L. GAZZANIGA, *Introduction historique...*, *op. cit.*, § 189, p. 215.

¹²² *Ibid.* § 189, p. 215.

¹²³ L.-C. SÁNCHEZ, «De la culpa de la lex Aquilia del derecho romano al principio de la responsabilidad por culpa en el derecho civil colombiano», en *Revista de derecho privado*, n.º 30, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016, p. 289.

¹²⁴ *Contra*, P. JOURDAIN : « La responsabilité civile est donc née de la responsabilité pénale qui l'a longtemps absorbée » : *Les principes de la responsabilité civile*, *op. cit.*, p. 8.

¹²⁵ Sur l'émergence : P. JOURDAIN, *Recherche sur l'imputabilité en matière de responsabilité civile et pénale*, thèse, Paris 2, 1982, § 90 ; P.-F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, 8^e éd., Paris, Dalloz, 1929, p. 420 ; B. STARCK, *op. cit.*, p. 373 ; Ch. COUTANT-LAPALOUS, *Le principe de la réparation intégrale en droit privée*, préf. F. Pollaud-Dulian, Aix-en-Provence, PUAM, 2002, § 449, p. 438.

que la distinction entre l'ordre civil et l'ordre pénal existait déjà en droit romain. Les délits publics, c'est-à-dire les *crimina*, correspondaient au droit pénal. Ils portaient atteinte aux intérêts publics et étaient sanctionnés par l'État qui en était le garant¹²⁶. Les délits publics donnaient lieu à la persécution criminelle par le biais d'un *judicium publicum*¹²⁷. À l'ordre civil correspondaient les délits privés, *delicta*, qui portaient atteinte aux intérêts particuliers dont la punition était appliquée selon le texte légal ou à travers la vengeance de la famille de la victime¹²⁸. À Rome, il n'avait aucune division des lois selon la matière (lois pénales ou civiles, lois du travail, etc.), mais les conséquences de chaque hypothèse d'illicéité (*crimina* ou *maleficia*) étaient distinctes, ainsi que les actions imposant les sanctions.

Cependant, la doctrine reconnaît que, dans le droit romain, la responsabilité pénale et la responsabilité civile ne faisaient qu'un¹²⁹. D'après la doctrine, à l'époque romaine, les préjudices endurés par l'individu ne se discernaient pas de ceux endurés par la société, ce qui se traduisait par une seule voie visant à la réparation de chaque domaine d'affectation. Cette voie, la répression, constituait une responsabilité mixte qui avait la double fonction de réparer les préjudices causés à la société et ceux causés à l'individu¹³⁰.

Cette forme mixte de responsabilité représente, selon la doctrine, qui la considère comme « l'ancêtre de la responsabilité civile pure »¹³¹, « une étape très importante de son évolution historique »¹³².

L'idée d'unité des deux responsabilités est basée sur une erreur : des deux éléments réunis, responsabilité civile et responsabilité pénale, l'élément civil consistait en peines, en raison du caractère essentiellement répressif de la prétendue mono-responsabilité. Mais ces

¹²⁶ P.-F. GIRARD, *op. cit.*, p. 418.

¹²⁷ J.-L. GAZZANIGA, *Introduction historique...*, *op. cit.*, § 188, p. 214.

¹²⁸ M. KOTEICH, *La reparación del daño...*, *op. cit.*, p. 321.

¹²⁹ P. JOURDAIN, *Les principes de la responsabilité...*, *op. cit.*, p. 7 ; P.-F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, 8^e éd., Paris, Dalloz, 1929, p. 420 ; B. STARCK, *op. cit.*, p. 373 ; G. VINEY, *Introduction...*, *op. cit.*, § 6, pp. 8-9.

¹³⁰ A. JAULT, *op. cit.*, § 26, p. 18.

¹³¹ P. JOURDAIN, *Recherche sur l'imputabilité en matière de responsabilité civile et pénale...*, *op. cit.*, § 89.

¹³² *Ibid.*, § 89.

peines privées ne pouvaient pas conformer la partie civile de l'unité, car elles ne réparaient pas ; elles se déterminaient avec des forfaits au simple, au double, au quadruple, etc., ce qui signifie que l'on ne prenait pas en considération la mesure réelle du préjudice ni ne cherchait la réparation intégrale de ce dernier.

Dans la première partie de la thèse, on présentera des arguments visant à démontrer l'erreur de l'affirmation de la nature réparatrice de la peine privée. Cette démonstration sera donc la démonstration de son autonomie par rapport à la responsabilité civile. Pour ce faire, on analysera en profondeur la fausse prémisse de l'unité de la responsabilité civile et de la responsabilité pénale (titre 1), dont la dissémination s'est répercutée sur la régulation des faits illicites du Code Napoléon (titre 2).

TITRE 1

L'unité de la responsabilité pénale et de la responsabilité civile : la fausse prémisse d'une conclusion erronée.

« Depuis la formation de l'État-nation colombien, le droit français est un guide et une base d'inspiration »¹³³. « L'étude du droit a davantage de richesse quand on se reporte aux sources dont découle l'organisation juridique nationale. Se référer aux origines de ce droit constitue une base de compréhension de ses orientations et de ses principes. Le droit civil français constitue une référence incontournable pour ceux qui veulent approfondir la théorie juridique colombienne »¹³⁴.

À partir de cette considération, nous étudierons le système sanctionnateur des faits illicites en droit français, dans la mesure où le codificateur colombien et notre Cour suprême de justice ont suivi le droit français pour structurer nos institutions du droit privé, notamment celles du droit des obligations et du droit des contrats.

Une étude de ce type doit se faire depuis une perspective historique, car les institutions comprises dans le Code Napoléon ne sont pas le fruit du hasard, mais de l'évolution historique qui précède la promulgation de ce code. Le Code Napoléon est donc l'abrégé de cette évolution.

Nous analyserons les origines des sanctions du fait illicite dans le Code Napoléon (chapitre 1) et nous démontrerons que dans ces origines régnait déjà la confusion (chapitre 2) qui subsiste aujourd'hui.

¹³³ A. CELY, *Les fondements de la responsabilité civile des dirigeants des sociétés. Étude franco-colombienne*, thèse, Paris 2, 2011, p. 4.

¹³⁴ *Ibid.*, p. 13.

CHAPITRE 1

Les origines historiques du système sanctionnateur du fait illicite dans le Code Napoléon.

Le Code Napoléon est un recueil de plusieurs types de droit : coutumier et écrit, romain et barbare, doctrinal et légiféré. Il est fortement influencé par deux écoles : le droit canonique et le droit naturel. Prétendument juridiques, tous deux étaient des écoles sociologiques. Une génétique si variée mérite une étude aussi détaillée que possible, afin de marquer les nuances issues de chacun de ces droits. Dans une section unique, subdivisée selon les traditions influençant le Code Napoléon, nous étudierons l'évolution antérieure au Code (A).

A. L'évolution préalable au Code Napoléon

Le droit civil français résulte de la conjonction de deux traditions¹³⁵ : le droit romain et les lois barbares de l'époque franque. Dès maintenant, disons clairement que les développements de la peine privée et de la responsabilité civile n'ont pas été linéaires¹³⁶. On doit donc comprendre que chaque étape et chaque tradition n'était pas nécessairement le dépassement de l'antérieure. On peut trouver des reculs et des contradictions parmi les solutions offertes par chaque étape et tradition. L'évolution précédant le code a été marquée par deux traditions (§ 1) et a été systématisée par la doctrine (§ 2).

§ 1. Une évolution marquée par deux traditions

Le droit romain ignorait la distinction entre la responsabilité civile et la responsabilité pénale. À l'époque classique, cependant, il existait des actions restitutoires et des actions pénales¹³⁷, mais cette dualité d'actions n'a jamais été systématisée. Elle a disparu au Bas-empire, à cause de l'émergence d'actions mixtes qui cherchaient tant la punition que la

¹³⁵ G. VINEY, *Introduction...*, *op. cit.* § 4, pp. 7-8.

¹³⁶ A. JAULT, *op. cit.*, § 44, p. 26; Ch. DUBOIS, *op. cit.*, § 3, p. 4; P. JOURDAIN, *Les principes...*, *op. cit.*, p. 7.

¹³⁷ Ch. DUBOIS, *op. cit.*, §§ 3-4, pp. 4-5.

restitution¹³⁸. Les actions restitutoires n'avaient pas pour but de réparer les préjudices endurés par la victime, mais de récupérer un bien perdu, comme le font les actions réelles contemporaines.

En outre, on doit prendre en compte que les actions *reipersecutoires*, bien que cherchant la restitution d'une chose et, par ce biais, le rétablissement patrimonial de la victime, étaient conditionnées à ce que le fait illicite imputé fût aussi délit pénal. Cela démontrait l'autonomie, ou du moins l'autonomie processuelle, de la matière civile¹³⁹.

La loi principale du droit barbare en vigueur à l'époque franque¹⁴⁰ était la loi salique. Cette loi établissait des tarifs de composition. Elle typifiait plusieurs délits dont la commission déclenchait la peine qui consistait en une somme d'argent appelée *wergeld*, dont le montant était déterminé selon la nature, et non pas l'extension, du dommage, et se fondait sur la condition franque ou romaine de la victime.

La doctrine dit que les lois barbares comprenaient aussi la fameuse unité de la responsabilité pénale et de la responsabilité civile¹⁴¹. Selon celle-ci, le *wergeld* était considéré simultanément comme peine publique, payable au trésor royal¹⁴², et peine privée, le reste de la somme étant payable à la victime ou à sa famille¹⁴³.

Ainsi, l'idée de l'unité des deux responsabilités s'est consolidée en se basant sur le caractère dual de la punition. C'est la partie privée de la punition qui pousse à l'affirmation erronée de l'unité. Mais la peine s'imposait à titre de punition, non de réparation. Elle était déterminée forfaitairement, et non en fonction de la mesure du préjudice.

¹³⁸ G. VINEY, *Introduction...*, *op. cit.*, § 6, p. 8; J.-Ph. LÉVY, A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Paris, Dalloz, 2002, §§ 608-609, pp. 880-881.

¹³⁹ G. VINEY, *Introduction...*, *op. cit.*, § 12, p. 16.

¹⁴⁰ Sur ce sujet : A. TUNC, *La responsabilité civile*, Paris, Dalloz, 1981, § 60 ; A.-E. GIFFARD, R. VILLERS, *Droit romain et ancien droit français*, 4^e éd., Paris, Dalloz, 1976, §§ 390 et s. ; P. OUIRLIAC, J. DE MALAFOSSE, *Droit romain et ancien droit français*, t. 1, *Les obligations*, Paris, PUF, 1957, §§ 390-395.

¹⁴¹ Ch. DUBOIS, *op. cit.*, § 3, p. 5.

¹⁴² La peine publique s'appelait *fredus*. Il s'agissait d'une amende.

¹⁴³ La peine privée s'appelait *faidus*, qui vient du terme de *faida* qui signifie la vengeance.

Les lois barbares sont devenues caduques à la fin du Moyen Âge, au XVI^{ème} siècle de notre ère. Une autre étape, M. Descamps l'appelle moderne¹⁴⁴, a alors commencé. Nous parlons de la période prérévolutionnaire dont le développement s'est basé sur la doctrine de l'époque.

§ 2. Une évolution systématisée par la doctrine

Le droit était dispersé. Il y avait deux traditions opposées, ayant toutes deux influencé le droit français. Il existait donc un désordre généralisé en matière juridique. Afin de l'organiser, Domat, au XVII^{ème} siècle, et Pothier, au XVIII^{ème}, ont façonné le droit à travers leurs travaux de systématisation. Leurs œuvres représentent le substrat idéologique du Code Napoléon¹⁴⁵.

La doctrine de l'Ancien Régime, imprégnée par la religion (a), est à l'origine de la prétendue séparation de la responsabilité civile et de la responsabilité pénale (b).

a. Une doctrine imprégnée par la religion

Les juristes de l'Ancien Régime ont façonné leurs œuvres selon les principes du droit naturel rationaliste¹⁴⁶. En ce qui concerne les faits illicites, cette influence est très évidente. Dès lors, il convient, avant de développer les traits et les contributions de chaque juriste, d'étudier les fondements du droit naturel, en tant qu'école dont Domat et Pothier se sont inspirés. Notons que l'idéologie du droit naturel était le droit canonique.

¹⁴⁴ O. DESCAMPS, *op. cit.*, seconde partie.

¹⁴⁵ A.-J. ARNAUD, *Les origines doctrinales du Code civil français*, Paris, LGDJ, 1969.

¹⁴⁶ Ph. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats...*, *op. cit.* § 19, pp. 16 y 17 ; E. JUEN, *op. cit.*, § 5, p. 3.

1°. Le droit naturel : un droit canonique non-militant

Après plusieurs siècles de doctrine religieuse militante¹⁴⁷, l'école du droit naturel est apparue. Nous pouvons l'appeler doctrine religieuse non-militante, car elle soutenait ses théories avec des idées comme les « biens basiques évidents par eux-mêmes »¹⁴⁸, dont la connaissance se fondait sur la « raison pratique »¹⁴⁹. Les deux éléments, biens basiques et raison pratique, étaient basés sur des vérités universelles et intemporelles.

La régulation de l'illicite civil dans le droit naturel était semblable à celle du droit médiéval, y compris la confusion entre peine privée et réparation. Cette régulation s'est consolidée législativement¹⁵⁰ par l'influence exercée par les juristes français de l'Ancien Régime sur les rédacteurs du Code Napoléon.

Quant à la régulation de l'illicite, on attribue à cette école la formulation initiale d'un principe général de responsabilité civile¹⁵¹. Ce principe a été érigé en tant que développement d'une obligation issue de la « loi naturelle », qui oblige tous les individus à réparer les préjudices portés à leurs semblables. Grotius a posé ce principe, sous l'influence de la Seconde Scolastique¹⁵², doctrine thomiste pratiquée par les universités de Salamanca et de Coimbra, aux XVI^{ème} et XVII^{ème} siècles¹⁵³.

L'élément le plus important du système de responsabilité chez Grotius est le droit subjectif. La responsabilité se justifie dans la mesure où elle protège un droit ou une

¹⁴⁷ Représentée par les théologiens et systématisée dans le droit canonique.

¹⁴⁸ A.-R. CIRO, «A propósito del criterio de validez del derecho de John Finnis», en *Del concepto de validez del derecho en la teoría jurídica contemporánea*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2016, p. 72.

¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 72.

¹⁵⁰ G. VINEY, *Introduction...*, *op. cit.*, § 11, pp. 13-14; C. GRARE, *op. cit.*, § 159, p. 123.

¹⁵¹ O. DESCAMPS, *op. cit.*, p. 395; D. DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations ...*, *op. cit.*, p. 711.

¹⁵² O. DESCAMPS, *op. cit.*, p. 396.

¹⁵³ «La Segunda Escolástica española», artículo del Acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/6/2698/9.pdf> (consulté le 6 /10/ 2016).

prérogative violé par l'agresseur¹⁵⁴. Le chef d'œuvre de Grotius est *De jure belli ac pacis*, œuvre dans laquelle il prétend réfléchir sur un droit « entièrement analysé et méthodologiquement déterminé »¹⁵⁵. « Entièrement analysé » en raison de principes universels édictés *erga omnes*, réunis dans le huitième paragraphe des prolégomènes : « privation des choses d'autrui, restitutions des choses d'autrui, restitutions des profits qui résultent de cette possession, respect des promesses, réparation du dommage causé coupablement et mérite de la peine chez l'homme »¹⁵⁶.

Dans le chapitre XVII du deuxième livre, on établit la clause générale de responsabilité pour faute. Cette clause est fondée sur la notion de *maleficium*, ou « toute faute, autant par acte que par omission, contrevenant à ce que les hommes doivent faire normalement ou à cause d'une certaine qualité. De cette faute naît naturellement l'obligation, si le dommage est survenu, de le réparer ».

La faute est donc la pierre angulaire de la clause générale de responsabilité chez Grotius. Elle représente aussi un écart de conduite à l'égard d'un modèle établi. Cependant, Grotius n'est pas le seul représentant du droit naturel. Pufendorf en est aussi un. Ce dernier se rapproche plus de Francisco Suárez, un prêtre jésuite de la Seconde Scolastique, en ce qui concerne les plus importantes notions du droit¹⁵⁷. Néanmoins, ses analyses de la responsabilité suivent Grotius, bien qu'avec des différences. Par exemple, dans sa notion de dommage, Pufendorf inclut les atteintes aux droits de la personne, notamment le droit à l'honneur et le droit à la réputation¹⁵⁸.

¹⁵⁴ R. FEENSTRA, « Hugues Doneau et les juristes hollandais du XVII^e siècle : l'influence de son 'système' sur l'évolution du droit privé avant le pandectisme », dans *Jacques Godefroy (1587-1652) et l'humanisme juridique à Genève*, Genève, 1991, p. 242.

¹⁵⁵ H. GROCIO, *Del derecho de la guerra y de la paz*, t. 1 (traduction du latin par Jaime Torrubiano), Madrid, Reus, 1925, § 1 (prolegómenos), p. 8, <http://fama2.us.es/fde/ocr/2010/delDerechoDeLaGuerraYDeLaPazT1.pdf>, (consulté le 6 octobre 2016).

¹⁵⁵ *Ibid.*, § 8 (prolegómenos), p. 11

¹⁵⁶ H. GROCIO, *op. cit.*, p. 8, <http://fama2.us.es/fde/ocr/2010/delDerechoDeLaGuerraYDeLaPazT3.pdf>, (consulté le 6/10/2016).

¹⁵⁷ S. GOYARD-FABRE, *Pufendorf et le droit naturel*, Paris, PUF, 1994, pp. 36-37.

¹⁵⁸ PUFENDORF, *Le droit de la nature et des gens, ou Système général des principes les plus importants de la morale, de la jurisprudence et de la politique*, t. 1^{er} (traduction du latin par J. Barbeyrac), Amsterdam, Chez la veuve de Pierre de Coup, 1712, p. 339,

Il analyse les devoirs à la charge de tout le monde. Ces devoirs concernent l'ensemble du genre humain et s'ordonnent autour de deux éléments : *neminem lædere* et réparation des préjudices causés¹⁵⁹. Le principe *neminem lædere* se fonde sur l'obligation de sauvegarder les biens appartenant naturellement à la personne, comme la vie, le corps, la liberté, etc. Si ce principe est transgressé, l'obligation de réparer devient exigible. Par ailleurs, l'obligation réparatrice remplit un rôle double : d'une part, prévenir le dommage grâce à « la vertu comminatoire concernée dans la norme » et, d'autre part, condamner un comportement répréhensible.

Dans les œuvres de Domat et de Pothier, on peut noter la conception canonique selon laquelle la condamnation réparatrice du coupable est un châtement. Le sort en était jeté. La peine et la réparation étaient les deux faces de la sanction de l'illicite. La doctrine du droit naturel s'est répercutée sur la doctrine française des XVII^{ème} et XVIII^{ème} siècles, notamment dans Domat (1/) et Pothier (2/), juristes de la fin de l'Ancien Régime.

1/ Domat, un mélange de droit naturel et de religion¹⁶⁰

Domat a mis en œuvre les idées rationalistes de systématisation du droit. Il a commencé son travail dans son *Traité des lois*, et son chef d'œuvre est *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, dont le titre témoigne de l'idéologie religieuse de son auteur, pour qui il existait un « ordre naturel » consistant en « [...] un système à l'intérieur duquel les différentes parties du droit auraient été composées par la force des liens d'interdépendance et de concordance *naturels et immuables* [...] »¹⁶¹.

<https://ia902704.us.archive.org/5/items/ledroitdelanatur01pufe/ledroitdelanatur01pufe.pdf>. (consulté le 6/10/2016.

¹⁵⁹ O. DESCAMPS, *op. cit.*, p. 411.

¹⁶⁰ Un auteur a considéré que Domat était un auteur « imprégné de moral chrétienne » : L. GRYMBAUM, *op. cit.* § 428, p. 170.

¹⁶¹ L. SAN MARTÍN, *op. cit.* p. 155.

Les conceptions morales et religieuses de Domat, et peut-être son amitié avec Pascal¹⁶², ont déterminé son appartenance au jansénisme¹⁶³. Cette filiation chrétienne l'a conduit à élaborer des interprétations du droit romain à partir de principes religieux. « La doctrine de l'Église, telle qu'elle apparaît dans les textes de l'évangile et de l'Ancien Testament, occupe une grande place dans son œuvre [...] Mais c'est le droit romain qui lui a servi de guide dans le détail des matières du droit civil »¹⁶⁴.

L'influence de sa religiosité dans son œuvre juridique est reflétée par la définition qu'il donne du fait illicite dans le préambule : « On appelle des faits illicites non seulement ceux qui sont défendus par des lois expresses, mais tous ceux qui blessent l'équité, l'honnêteté ou les bonnes mœurs, quoiqu'il ne se trouvât point de loi écrite qui les exprimât car tout ce qui est contraire à l'équité, à l'honnêteté, ou aux bonnes mœurs est contraire aux principes des lois divines et humaines »¹⁶⁵.

L'œuvre de Domat a consolidé un effort de systématisation de la doctrine juridique compris entre la bas Moyen Âge et la fin de l'Ancien Régime. Cette doctrine correspond aux systèmes alors en vigueur : l'*ius comune* ou droit savant¹⁶⁶ et le couple droit coutumier/droit royal¹⁶⁷.

En ce qui concerne la responsabilité civile, Domat s'est émancipé méthodologiquement de Grotius et de Pufendorf, car il n'a pas commencé sa systématisation de la responsabilité civile avec la formulation d'un principe général suivi d'effets ponctuels, mais en différenciant les différentes fautes (pénale, contractuelle, quasi-délictuelle, etc.) pour conclure ensuite en formulant le principe général¹⁶⁸, après la faute quasi-délictuelle.

¹⁶² O. DESCAMPS, *op. cit.* p. 423 ; P. NOURRISSON, *Un ami de pascal : Jean Domat*, Paris, Recueil Sirey, 1939, p. 2.

¹⁶³ H. LOUBERS, *Jean Domat : philosophe et magistrat*, Paris, Chez Ernest Thorin, 1873, p. 20.

¹⁶⁴ Y. RANJARD, *La responsabilité civile dans Domat*, thèse, Paris, 1943, p. 8.

¹⁶⁵ J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, préambule.

¹⁶⁶ D. DEROUSSIN, *op. cit.*, p. 696.

¹⁶⁷ O. DESCAMPS, *op. cit.* 1^{re} partie.

¹⁶⁸ J. DOMAT, *op. cit.*, L. 2, t. VIII, S. VI, § 1.

Dans le deuxième livre, il régle les engagements formés sans convention. Le septième titre aborde la problématique du paiement de l'indu et des possessions hors convention. Dans ce contexte, qui n'a aucun rapport avec la responsabilité civile, Domat systématise les faits illicites et rédige la clause générale de responsabilité¹⁶⁹ : « Toutes les pertes et tous les dommages qui peuvent arriver par le fait de quelque personne, soit imprudence, légèreté, ignorance de ce que l'on doit savoir ou d'autres fautes semblables, si légères qu'elles puissent être, doivent être réparés par celui dont l'imprudence ou autre faute y a donné lieu »¹⁷⁰.

Domat reprend l'idée du droit naturel suivant laquelle la responsabilité émerge de principes et de conditions qui définissent la sociabilité comme un trait naturel de l'être humain en tant que tel. Ce trait naturel impose des obligations qui, selon Domat, émergent aussi de la nature, c'est-à-dire de ce que lui et ses prédécesseurs appelaient « l'ordre naturel ». Parmi ces obligations on trouve celle de réparer les préjudices causés coupablement aux tiers.

En étudiant l'œuvre de Domat, on peut noter que sa conception de la sanction réparatrice diffère de la conception contemporaine de cette sanction et de celle établie dans le Code Napoléon. Domat définit les règles de la réparation en fonction du comportement du responsable, et non en fonction de la mesure du préjudice¹⁷¹. Cela est dû à ce que, pour lui, la sanction se fonde exclusivement sur la faute et a un caractère pénitentiel mis en exergue par son idéologie religieuse. Il a façonné les règles de la réparation en considération du comportement du responsable, et non pas en fonction de la mesure du préjudice¹⁷².

¹⁶⁹ Y. RANJARD, *op. cit.*, p. 45.

¹⁷⁰ J. DOMAT, *op. cit.*, L. 2, t. VIII, S. VI, § 1.

¹⁷¹ « On doit premièrement considérer la qualité du fait d'où le dommage est arrivé, comme si c'est un crime, un délit, une tromperie ; ou si c'est seulement quelque faute, quelque négligence, ou l'inexécution volontaire d'un engagement. Car, selon ces différences, les dédommagements peuvent être, ou plus grands, ou moindre » : *ibid.*, 1^{re} partie, L. 3, t. V.

¹⁷² « De quelque nature que soit le dommage, et quelque cause qu'il puisse avoir, celui qui en est tenu doit le réparer par un dédommagement proportionné, ou à sa faute, ou à son délit, ou autre cause de sa part, et à la perte qui en est arrivée » : *Ibid.*, titre 5, préambule.

Ce façonnement des règles de la réparation est un précédent doctrinal de la confusion entre peine privée et responsabilité civile. Domat affirme que, face à la causation de préjudices, il faut imposer la réparation au responsable. Il affirme aussi que la réparation doit se moduler en fonction des circonstances concomitantes au fait générateur¹⁷³. Cette démarche est inhérente à la quantification punitive, civile ou pénale, mais non à la quantification de la réparation.

Domat a le mérite d'avoir systématisé les paramètres et les bases conceptuelles des siècles antérieurs au sien¹⁷⁴. Toutefois, on peut lui adresser quelques objections. Sa conception de la sanction réparatrice est tout à fait punitive, et contribue à renforcer la confusion déjà consolidée entre punition et responsabilité. L'idée d'une fusion entre peine et responsabilité est la cause du fondement subjectif, exclusif et moraliste de la responsabilité dans la codification napoléonienne. Cette idée entraîne la possibilité, absente dans le Code, de moduler la réparation tant pour modération que pour aggravation¹⁷⁵.

En bref, Domat avait une conception punitive de la dette de réparation. Cela vient de l'idée ancienne d'une responsabilité juridique exclusivement punitive. Et cette idée vient, quant à elle, de la pensée religieuse de Domat.

L'autre mentor intellectuel de la codification napoléonienne est Pothier. Ses contributions sont du domaine contractuel, bien que certaines de ses réflexions en matière extracontractuelle aient été acceptées.

¹⁷³ *Ibid.*, titre 5, préambule.

¹⁷⁴ Domat [...] a réussi à faire, au XVII^e siècle, le bilan de l'expérience acquise au cours des siècles précédents et à construire, à partir de là [...] un véritable système cohérent [,] ordonné autour de principes fondamentaux » : G. VINEY, *Introduction...*, *op. cit.*, § 12, p. 15.

¹⁷⁵ C. GRARE, *op. cit.*, §§ 279-289, pp. 201-211.

2/ Pothier : les définitions de délit et de quasi-délit

Pothier vivait au XVIII^{ème} siècle. Ses contributions à la codification, bien qu'inférieures à celles de Domat, demeurent importantes¹⁷⁶. Le fil conducteur de l'œuvre de Pothier a été marqué par les critères de la justice et de l'équité¹⁷⁷, en accord avec les canons que son affiliation religieuse, janséniste comme celle de Domat, édictaient¹⁷⁸.

Son étude de la responsabilité est développée dans le *Traité des obligations*, dont le paragraphe 16 fournit les définitions de délit¹⁷⁹ et de quasi-délit¹⁸⁰. Tous deux intègrent les deux possibilités de comportements illicites de caractère civil, dans la mesure où le délit suppose un acte délibéré (dol) et le quasi-délit suppose un acte négligent ou imprudent.

Le point le plus important de la responsabilité chez Pothier est celui de la capacité délictuelle du responsable. Pour qu'il y ait responsabilité, il doit y avoir capacité, c'est-à-dire connaissance de la malignité du comportement et de ses conséquences. La doctrine française appelle imputabilité cette caractéristique¹⁸¹, laquelle n'est aujourd'hui plus considérée comme un élément de la faute¹⁸².

¹⁷⁶ Pour M^{me} Viney, les travaux de Pothier « constituent la source la plus directe du Code civil » : *Introduction...*, *op. cit.*, § 12, p. 19.

¹⁷⁷ J.-L. SOURIOUX, « Pothier ou le sphinx d'Orléans », dans *La naissance du droit français. Droits, Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridique*, t. 39, 2004, p. 72.

¹⁷⁸ A.-J. ARNAUD, *op. cit.*, p. 14.

¹⁷⁹ « Le fait par lequel une personne, par dol ou malignité, cause un dommage ou quelque autre tort à une autre » : R.-J. POTHIER, *Traité des obligations*, dans *Œuvres de Pothier par M. Bugnet*, t. 2, 1848, § 116.

¹⁸⁰ « Le fait par lequel une personne, sans malignité mais par une imprudence qui n'est pas excusable, cause quelque tort à une autre » : *Ibid.*, § 16.

¹⁸¹ G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, *Les conditions...*, *op. cit.*, §§ 444-444-1, pp. 446-449 ; Ph. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, Paris, 3^e éd., LexisNexis, 2014, §§ 296-302, pp. 195-200 ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit civil. Les obligations*, Paris, 7^e éd., LGDJ, 2015, § 54, p. 43 ; G. MAITRE, *La responsabilité civile à l'épreuve de l'analyse économique du droit*, préf. H. Muirwatt, Paris, LGDJ, 2005, § 148, p. 75.

¹⁸² Car l'actuelle rédaction de l'article 414/3 du Code civil établit que « Celui qui a causé un dommage à autrui alors qu'il était sous l'empire d'un trouble mental n'en est pas moins obligé à réparation ». De plus, la jurisprudence (arrêts *Lemaire* et *Deguni*) a établi depuis 1984 que le discernement n'est pas une condition de la responsabilité des enfants en bas âge.

Le Code civil colombien a acquis, *mutatis mutandis*, ces notions de délit et de quasi-délit. Toutes deux ont été consacrées comme sources d'obligations.

La plus importante contribution des doctrines de Domat et de Pothier est l'hypothétique dissociation des responsabilités civile et pénale.

b. L'hypothétique dissociation des responsabilités civile et pénale : une œuvre de la doctrine

Guidé par la distinction des délits publics et des délits privés et par celle des actions pénales et des actions *reipersecutoires*, Domat soutient l'idée que la répression doit être maîtrisée par l'État et que la réparation des préjudices est une affaire d'intérêt particulier¹⁸³.

En se basant sur cette idée, il différencie la peine criminelle de la réparation¹⁸⁴. La distinction des responsabilités a facilité une autre des créations de Domat : le principe général de responsabilité pour faute. Etant donnée l'élimination du caractère punissable de la conduite¹⁸⁵, en tant que condition de l'opérativité de la responsabilité civile, la formulation d'une règle générale assurant la réparation des victimes a été facilitée¹⁸⁶.

¹⁸³ G. VINEY, *Introduction...*, *op. cit.*, § 12, p. 15.

¹⁸⁴ O. DESCAMPS, *op. cit.*, p. 117 ; J.-Ph. LÉVY, A. CASTALDO, *op. cit.*, § 637; G. VINEY, *ibidem*, § 12, pp. 15-16; *contra*, M. KOTEICH, *La reparación del daño...*, *op. cit.*, p. 325.

¹⁸⁵ Du point de vue du droit pénal.

¹⁸⁶ « À partir du moment où l'on renonça à faire de l'existence d'une infraction une condition de la responsabilité civile, il devint possible de poser une règle plus générale tendant à assurer aux victimes la réparation de l'ensemble des dommages dont elles souffrent injustement » : G. VINEY, *Introducción...*, *op. cit.*, §12, p. 16.

Conclusion du chapitre 1

Le Code Napoléon n'est pas apparu par génération spontanée. Il est le fruit des traditions préalables qui ont déterminé sa génétique conceptuelle, à savoir le droit romain et les lois barbares. La doctrine a affirmé que dans ces droits la responsabilité civile et la responsabilité pénale ne faisaient qu'un. Cette affirmation se basait sur une double erreur : d'une part, la considération selon laquelle la peine privée est un mécanisme de réparation et, d'autre part, la croyance selon laquelle les actions *reipersecutoires*, qui se subordonnaient à l'incrimination pénale du fait imputé, étaient des actions en responsabilité civile.

Ces erreurs survivent encore aujourd'hui. C'est pour cela que la doctrine dit encore que — dans les droits anciens, y compris le droit romain — les deux responsabilités ne font qu'une. Cette affirmation a conduit à considérer la naissance de la responsabilité civile, en 1804, comme évolution ou progrès manifestée par la séparation de la responsabilité pénale.

CHAPITRE 2

À l'origine régnait la confusion

Au début de la civilisation, le droit était principalement répressif¹⁸⁷. La seule responsabilité juridique était alors la responsabilité pénale. Même la juridicité se réduisait au domaine punitif¹⁸⁸. Ceci était la conséquence de l'épanouissement de la religion. Cette dernière était un phénomène social qui, en tant que tel, étendait ses canons et sa philosophie de manière excessive. Dès lors, le droit était fondamentalement répressif, comme la religion qui l'influçait.

La conception médiévale de la responsabilité juridique été fondée sur une base moraliste. La responsabilité était un mécanisme visant à censurer les comportements répréhensibles. Par le biais de la censure, la responsabilité se chargeait de « moraliser les comportements individuels »¹⁸⁹. Le droit canonique, médiéval et postérieur aux glosateurs et commentateurs, se chargeait de juger non seulement les rapports interpersonnels, mais également les rapports entre les hommes et les dieux¹⁹⁰. Ainsi, les contractants étaient engagés non seulement les uns envers les autres, mais aussi envers un dieu auquel l'Église catholique attribuait la vertu d'être témoin du serment que les contractants prêtaient devant la divinité¹⁹¹. Le serment s'appelait donc serment promissoire¹⁹².

La situation des faits illicites extracontractuels était semblable. L'individu commettant une faute dommageable devenait responsable devant un dieu qui surveillait et était prêt à pénaliser. Au nom de ce dieu, les tribunaux ecclésiastiques, qui possédaient des pouvoirs

¹⁸⁷ E. DURKHEIM, *De la division du travail social*, 5^e éd., Paris, PUF, 1998, p. 108 ; P.-F GIRARD, *op. cit.*, p. 420.

¹⁸⁸ E. DURKHEIM, *Ibid.*, p. 108.

¹⁸⁹ G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, Paris, 3^e éd., 2013, § 444, p. 446.

¹⁹⁰ D. DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations...*, cit., p. 697.

¹⁹¹ J. SALCEDO SEGURA, *Teoría general del derecho civil*, t. 1, Bogotá, Doctrina y Ley, 2006, p. 456.

¹⁹² E. DELL'AQUILA, *La resolución del contrato bilateral por incumplimiento*, Salamanca, Ediciones de la Universidad de Salamanca, p. 58; A. ESMEIN, «Le serment promissoire dans le droit canonique», dans *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, 1888, pp. 311-319.

universels comme le jugement des affaires juridiques parmi les particuliers, imposaient des peines civiles pour les agissements fautifs. À la faute, qui se confondait avec le péché, se rattachait une sanction punitive, conséquence juridique de l'exercice du libre arbitre.

« La morale chrétienne s'intéresse non seulement aux rapports de l'homme avec ses semblables mais encore avec Dieu. Dominée par la menace de jugement dernier [...] elle subordonne "l'appréciation objective et sociale de la valeur des actes humains au jugement subjectif et dernier de la divinité" »¹⁹³. Le jugement moral se composait d'une analyse complexe de la conduite. La faute seule ne suffisait pas. Pour qu'elle fût répréhensible, il fallait qu'une intention l'accompagnât, c'est-à-dire que le fautif devait commettre un acte intellectuel visant à faire ou à ne pas faire quelque chose. L'exigence d'agir volontairement impliquait de confondre, d'une part, la faute avec le dol et, d'autre part, tous deux avec le péché. « Le coupable commet un péché s'il agit avec intelligence et liberté »¹⁹⁴.

La confusion de la faute avec le péché avait pour conséquence logique de considérer la responsabilité en tant que domaine où la morale et le droit convergeaient. C'est pourquoi les fautes les plus légères ne pouvaient pas être considérées comme des péchés et par conséquent n'engendraient pas l'obligation de réparer¹⁹⁵. En matière contractuelle, la pénalité réparatrice s'imposait pour manquement à la parole donnée, parole qui se donnait non seulement à la contrepartie, mais aussi à un dieu.

La confusion de la faute et du péché dénote une autre rupture du droit canonique et du droit romain, car, à Rome, on distinguait nettement la faute et le dol à partir de l'intentionnalité. En tout cas, la nature punitive attribuée à la condamnation réparatrice venait de ce que la conduite irrégulière était considérée comme l'exercice illégitime du libre arbitre.

¹⁹³ D. DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations...*, *op. cit.*, p. 697.

¹⁹⁴ J.-L. GAZZANIGA, *op. cit.*, § 209, p. 237.

¹⁹⁵ *Ibid.*, p. 697.

Canonistes et théologiens cherchaient la prévention et la punition du péché. L'individu devenait responsable s'il abusait de sa liberté en s'éloignant des seuils que celle-ci lui imposait. L'homme jouit de la liberté. Cette dernière est rattachée au bon jugement et à la raison. La liberté permet à l'individu d'évaluer à l'avance les conséquences de ses actes. C'est pourquoi la conception religieuse supposait que l'auteur était conscient des conséquences des décisions qu'il prenait. Par là même, l'enfant, le fou ou la personne en état d'ivresse n'étaient pas juridiquement imputables¹⁹⁶. Leurs délits étaient excusables car ils ne résultaient pas de décisions libres et pondérées. De même, les individus qui commettaient des faits illicites en état de nécessité, légitime défense ou force majeure étaient exonérés de toute pénalité, ces circonstances compromettaient leur liberté¹⁹⁷.

Au Moyen-Âge, la religion était un phénomène collectif et institutionnalisé¹⁹⁸. L'existence non seulement d'une religion, mais aussi d'une église a eu des répercussions majeures dans le domaine juridique. C'est pour cela que les glosateurs de l'Université de Bologne et les commentateurs, qui étaient des interprètes du droit romain Justinien¹⁹⁹, furent les initiateurs de ce que l'on appelle « science » canonique²⁰⁰. L'interprétation des glosateurs et commentateurs était régie, cela allant de soi, par les canons de la « science » canonique, ce qui conduisait à imprégner encore plus le droit de religion.

L'inoculation des canons religieux à la responsabilité juridique médiévale a également été causée par la marginalisation des juristes de l'époque. Leur rôle était devenu mineur et subalterne, alors que la doctrine ecclésiastique diffusait son décalogue²⁰¹. Cet état des choses a persisté jusqu'à la fin du XV^{ème} siècle de notre ère.

¹⁹⁶ *Ibid.*, § 209, p. 238.

¹⁹⁷ *Ibid.*, § 209, p. 238.

¹⁹⁸ J. GAUDEMET, *Église et cité. Histoire du droit canonique*, Paris, Montchrestien, 1994, p. 404.

¹⁹⁹ C.-I. JARAMILLO, *Escuelas de los glosadores, canonistas y 'post glosadores'*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 1996, pp. 93-277.

²⁰⁰ J. GAUDEMET, *op. cit.*, p. 404.

²⁰¹ « Une littérature religieuse a conquis la place dominante [...] l'ordre social passe sous le coupe des moralistes dont le propos fut de prêcher en premier lieu l'obéissance à la loi morale divine » : G. CARDASCIA, « Réparation et peine dans les droits cunéiformes et le droit romain », dans *La responsabilité à travers les âges*, Paris, Economica, p. 82.

Pourquoi la religion avait-elle un pouvoir si déterminant sur l'organisation de la responsabilité juridique ? Parce que la religion était un phénomène répressif de caractère collectif (A), phénomène dont l'impact réel en matière de responsabilité a été mis en cause (B). Malgré les doutes, le caractère collectif de la religion est avéré et s'est élargi jusqu'au Code Napoléon (C).

A. La religion, un phénomène répressif de caractère collectif

Chez les peuples primitifs, les matières juridiques non-répressives se cantonnaient à quelques règles du droit de propriété²⁰². Le droit était essentiellement répressif. La cause en était la religiosité régnant chez ces peuples, qui faisait que l'ordre juridique sanctionnât pénalement les fautes commises contre les dieux²⁰³.

La religion est une institution sociologique de caractère collectif²⁰⁴. Elle a été décrite comme « la plus haute et la plus pure expression de la vie sociale »²⁰⁵. La généralisation du droit répressif est donc logique, car la religion se fondait principalement sur des critères de répression²⁰⁶. La religion contraignait socialement les individus, en les obligeant à se sacrifier par le biais de rites nécessitant de grands investissements en temps, en argent, voire en douleur physique, sous peine d'encourir les peines imposables²⁰⁷.

L'intérêt punitif de la religion ne concernait ni l'individu, ni ses intérêts, mais les offenses sociales, car les offenses envers les dieux étaient des offenses envers la société toute

²⁰² A. JAULT, *ibidem*, § 24, p. 17.

²⁰³ M. MAUSS, « La religion et les origines du droit pénal d'après un livre récent », dans *Revue de l'histoire des religions*, http://classiques.uqac.ca/classiques/mauss_marcel/oeuvres_2/oeuvres_2_15/religion_droit_penal.html (consulté le 24/04/2017) ; P. JOURDAIN, *Recherche sur l'imputabilité...*, *op. cit.*, § 18.

²⁰⁴ E. DURKHEIM, *op. cit.*, p. 54.

²⁰⁵ P. JOURDAIN, *Recherche sur l'imputabilité...*, *op. cit.*, § 18.

²⁰⁶ A. JAULT, *op. cit.*, § 24, p. 16; Ch. DUBOIS, *Responsabilité civile et responsabilité pénale...*, *op. cit.*, § 2, pp. 3-4.

²⁰⁷ M. KNEALE, *Historia de las creencias contada por un ateo*, Madrid, Taurus, 2013, p. 26.

entière²⁰⁸. Ainsi, les dieux étaient fonctionnellement équivalents aux biens juridiques protégés par le droit pénal contemporain. L'offense envers les dieux était considérée comme une offense envers la société, et les peines applicables étaient payées à cette dernière²⁰⁹.

De même, les offenses envers le prochain étaient considérées comme des atteintes aux dieux. Le domaine relationnel des individus avait ainsi une dimension publique et donc pénale.

La conclusion de Girard, très proche de celle de Durkheim, est naturelle : « Le fondement du système est historique. Le système des délits privés romains, de même que les institutions parallèles de beaucoup d'autres peuples, s'explique uniquement comme une étape de l'histoire du droit pénal »²¹⁰. En tant que phénomène collectif et pénalisant, la religion donnait à la responsabilité ses fondements, ce qui explique pourquoi la responsabilité était répressive.

D'autre part, la conclusion de Durkheim est correcte quant au caractère collectif de la religion et à ses répercussions juridiques : la réduction de la matière juridique à la matière répressive. D'après Durkheim, « [...] un droit qui est censé être la parole de Dieu lui-même ne peut manquer d'être essentiellement répressif »²¹¹. Voici la thèse soutenant que la responsabilité civile se fondait sur la responsabilité pénale²¹². Il est compréhensible que, si on pensait que « ce sont leurs propres offenses que les dieux vengent par la peine et non celles des particuliers »²¹³, on considérerait aussi que les offenses envers les dieux étaient des offenses envers la société.

²⁰⁸ E. DURKHEIM, *op. cit.*, p. 60.

²⁰⁹ « Si donc le droit criminel est primitivement un droit religieux, on peut être sûr que les intérêts qu'il sert sont sociaux. Ce sont leurs propres offenses que les dieux vengent par la peine et non celles des particuliers ; or, les offenses contre les dieux sont des offenses contre la société » : *Ibid.*, p. 60

²¹⁰ P.-F GIRARD, *op. cit.*, p. 421.

²¹¹ E. DURKHEIM, *op. cit.*, p. 111.

²¹² Sur cette thèse : P. JOURDAIN, « Conclusion prospective », dans *RCA* 2013, § 1, p. 57.

²¹³ E. DURKHEIM, *op. cit.*, p. 60.

Néanmoins, on aurait tort de penser que les peines privées étaient les réponses de la responsabilité face à ces offenses. Les peines, comme aujourd'hui, punissaient, mais ne réparaient pas. Dès lors, on ne peut pas parler d'unité entre les domaines civil et pénal de la responsabilité juridique. Le seul domaine existant jusqu'à l'œuvre de Domat était le domaine pénal. L'entérinement de la dichotomie romaine entre délits publics et privés n'y change rien, car ces deux domaines avaient la même fonction : punir le coupable.

Toutefois, le phénomène répressif et collectif de la religion a été discuté par un courant doctrinal.

B. Les critiques adressées au phénomène collectif de la religion

La remise en cause de la thèse du phénomène religieux se résume ainsi : « Elle exagère le caractère dominant de la conscience collective dans les sociétés traditionnelles, et néglige le fait, démontré depuis, que toutes les sociétés ont à la fois un droit répressif et un droit restitutif »²¹⁴. La critique s'appuie sur une hypothétique distinction entre la peine privée et la réparation dans les droits préromains et le droit romain.

§ 1. La thèse de la distinction entre la peine privée et la réparation dans les droits préromains et le droit romain

La preuve de la distinction de la peine privée et de la réparation serait le droit ancien²¹⁵. Par exemple, en se référant aux droits cunéiformes, M. Cardascia a énoncé les cas suivants, qui s'appliquaient en matière contractuelle chaque fois qu'une chose était perdue à cause d'un contractant²¹⁶ : c'est le cas du teinturier qui a perdu le vêtement de son client, du locataire d'un bateau qui le laisse couler, ou du dépositaire qui doit répondre du vol des

²¹⁴ N. ROULAND, *Anthropologie juridique*, Paris, PUF, 1988, § 35, p. 62.

²¹⁵ *Ibid.*, § 35, p. 62; A. JAULT, *op. cit.*, §§ 45-49, pp. 26 et s.

²¹⁶ G. CARDASCIA, *op. cit.*, pp. 5-6.

choses confiées. Tous étaient obligés de restituer, mais non de payer une peine²¹⁷. Voici la preuve, pour M. Cardascia, de la distinction entre la peine privée et la réparation.

En ce qui concerne le droit romain, l'auteur donne les exemples suivants : le fait de laisser paître son troupeau sur le fonds d'autrui était sanctionné par l'action *de pastu*, en vertu de laquelle le fautif était tenu d'abandonner le bétail ; il en va de même pour les dommages causés par le bétail. La loi Aquilia ordonnait le paiement d'une amende fixée à la hauteur de la valeur de la chose lors de l'année préalable au délit²¹⁸, s'il s'agissait d'animaux ou d'esclaves, ou lors des trente jours précédents, s'il s'agissait d'autres choses²¹⁹.

Une autre critique s'appuie sur la dichotomie romaine entre actions pénales et actions *reipersecutoires*. Les actions pénales visaient à imposer une peine en faveur de la victime, alors que les actions *reipersecutoires* visaient à la dédommager²²⁰.

Ces exemples ne sont pas des preuves concluantes, et ont même quelques défauts.

§ 2. Les défauts de la thèse

Les auteurs de la thèse ont étayé leur hypothèse avec beaucoup d'exemples. Mais tous ces exemples sont des obligations de restitution, non de réparation. En effet, un des auteurs cités parle de « droit restitutif »²²¹. Le détenteur contractuel et matériel d'un bien a l'obligation de le restituer. L'obligation des détenteurs, dans les exemples, ne consiste pas à remplacer le bien sinistré ni à le dédommager, mais à le restituer. Et la restitution est une obligation issue du contrat, non une réparation issue du sinistre.

²¹⁷ *Ibid.* pp. 5-6; A. JAULT, *op. cit.*, § 47, p. 27.

²¹⁸ D. 9, 2, 2.

²¹⁹ L.-C. SÁNCHEZ, «De la culpa...», *op. cit.*, p. 289.

²²⁰ A. JAULT, *op. cit.*, § 51, pp. 30-31.

²²¹ N. ROULAND, *op. cit.*, § 35.

Quant aux exemples issus du droit romain, nous pouvons les contester de la façon suivante : ils n'avaient aucune capacité réparatrice. Un dommage à un immeuble ne peut pas être réparé par le fait de recevoir des vaches. Au sujet de la « réparation » ordonnée par la loi Aquilia, il faut dire qu'à cette étape du droit romain, la notion de réparation n'existait pas encore²²². Même si la sanction consistait en une valeur calculée selon le prix de la chose, cette valeur était majorée à la plus haute valeur atteinte par la chose durant les trente jours antérieurs au délit. Par ailleurs, le seul cas où la valeur de la chose se rapprocherait d'une réparation intégrale serait la mort, car les esclaves et les animaux étaient évaluables pécuniairement.

En revanche, dans les cas de brûlure, amputation ou fractures, les seules formes de réparation seraient soit la compensation des frais de guérison ou de réparation, selon le cas, soit les actes matériels de guérison ou de réparation de l'objet concerné (réparation en nature). Dès lors, le paiement total d'un cheval — comme s'il était nouveau, alors qu'il était seulement blessé, amputé ou brûlé — signifiait procurer des bénéfices à la victime et grever le coupable. De même, la figure de la *litiscrescence*²²³ et l'intransmissibilité passive de l'action confirment le caractère punitif de cette dernière.

En ce qui concerne la dualité d'actions, l'argument est contestable. Les actions *reipersecutoires*, comme leur nom l'indique, visaient à poursuivre une chose dont le propriétaire avait été dépossédé illicitement²²⁴. Une des principales actions *reipersecutoires* s'appelait *actio en revendication*²²⁵, et la revendication, comme on le sait, est une action réelle. Une autre action *reipersecutoire* était la *condictio furtiva*, dont l'objet était la restitution de la chose volée.

²²² *Contra* : J.-L. GAZZANIGA, *op. cit.*, § 192, p. 220.

²²³ L'*actio lege aquiliae* était à litiscrescence. « Le défendeur qui nie à tort sera condamné au double alors qu'il aurait été condamné au simple s'il avait avoué » : D. DEROUSSIN, *op. cit.*, p. 689.

²²⁴ J.-Ph. LÉVY, A. CASTALDO, *op. cit.*, § 614, p. 887.

²²⁵ *Ibid.*, § 614, p. 887.

Ces actions, en bref, n'avaient pas pour but de réparer intégralement les préjudices subis par les victimes, mais cherchaient plutôt la restitution de la chose perdue par son propriétaire²²⁶.

Les origines historiques que nous avons étudiées sont la base structurelle du système sanctionnateur des faits illicites du Code Napoléon. Dans ce code, les confusions des époques précédentes ont été, *mutatis mutandis*, reproduites. À continuation, nous étudierons la structure du système sanctionnateur des faits illicites dans le Code Napoléon.

C. Le Code Napoléon

Le passage de l'ancien au nouveau régime a conduit des personnalités influentes de l'époque, dont Napoléon, à vouloir modifier le droit coutumier qui régissait le nord de la France. Pour accomplir ce but, ils ont modifié les coutumes en édictant un nouveau droit. Ce droit était unifié dans toute la République et était en accord avec les principes de la révolution²²⁷.

Il faut noter que les hommes chargés du bouleversement juridique, en particulier Napoléon, étaient des « partisans convaincus » de l'école du droit naturel²²⁸ et, en tant que tels, croyaient en l'existence de principes juridiques généraux et fondamentaux valables partout et en tout temps. La source de tels principes était la nature humaine. On cherchait donc à inférer et codifier l'ensemble des principes fondamentaux en accord avec ce que Domat appelait les « lois immuables et naturelles qui sont essentielles à l'ordre de la société »²²⁹.

²²⁶ D. DEROUSSIN, *op. cit.*, p. 651 ; E. JUEN, *op. cit.*, § 341, p. 257, note 339.

²²⁷ J. GHESTIN, G. GOUBEAUX, *Traité de droit civil. Introduction générale*, Paris, 2^e éd., LGDJ, § 231.

²²⁸ L'expression est de M^{me} Viney, *Introduction...*, *op. cit.*, § 14, p. 21.

²²⁹ Y. RANJARD, *op. cit.*, p. 5.

Ces principes contrastaient avec les lois que Domat appelait arbitraires, assurément en raison de leur origine humaine et non divine, contre lesquelles l'autorité compétente pouvait légiférer ou introduire des modifications selon les besoins de chaque lieu et moment²³⁰.

Le principe de la responsabilité pour faute se distinguait parmi les principes universels du droit naturel. La faute était le seul fondement de l'obligation de réparer, dont on peut assurer qu'elle se basait sur les mêmes jugements moraux et religieux qui motivaient les sanctions civiles aux siècles précédents. Il faut noter que l'œuvre de Domat, et donc le Code de 1804, a conservé l'autonomie de la responsabilité civile et de la responsabilité pénale, même si ces deux responsabilités s'entendaient comme des pénalités imposables face aux faits illicites et moralement censurables²³¹.

À ce moment-là, il y avait déjà une science juridique autonome chargée de la criminalisation et judiciarisation des comportements socialement répréhensibles, car, depuis le 25 octobre 1795, le Code des délits et des peines avait été promulgué pour les affaires criminelles²³². Dès lors, l'hypothèse infondée d'une fusion entre la responsabilité civile et la responsabilité pénale était devenue caduque. Cependant, on ne pouvait pas en dire autant de l'affirmation, également erronée, suivant laquelle la peine privée et la réparation étaient une seule et même chose.

La confusion introduite par les évangélistes du droit a favorisé la préparation d'études sur les rapports entre la peine et la réparation (§ 1) et sur la mise en œuvre de tels rapports dans la codification napoléonienne (§ 2).

²³⁰ *Ibid.*, p. 5 ; G. VINEY, *Introduction...*, *op. cit.*, §14, p. 21.

²³¹ J.-Ph. LÉVY, A. CASTALDO, *op. cit.*, § 640.

²³² Dont l'article 5 dit que « L'action publique a pour objet de punir les atteintes portées à l'ordre social. Elle appartient essentiellement au peuple. Elle est exercée en son nom par des fonctionnaires spécialement établis à cet effet ». Et l'article 6 dit que « L'action civile a pour objet la réparation du dommage que le délit a causé. Elle appartient à ceux qui ont souffert ce dommage ».

http://ledroitcriminel.fr/la_legislation_criminelle/anciens_textes/code_delits_et_peines_1795/code_delits_et_peines_1795_1.htm (consulté le 23/04/2017).

§ 1. Les rapports entre la peine et la réparation

Au début et à la fin du XX^{ème} siècle²³³ et au début de XXI^{ème} 234, plusieurs travaux sur les rapports entre peine et réparation ont été faits, représentant deux écoles opposées : pour la première, la peine privée est une sanction mixte²³⁵, aussi punitive que réparatrice²³⁶ ; pour la seconde, la peine et la réparation sont deux qualifications exclusives. Cette école accorde une nature unitaire à la peine²³⁷.

La conception mixte de la peine privée découle de la thèse de doctorat de M. Hugueney qui, au début du XX^{ème} siècle, a élaboré une méthodologie visant à distinguer le domaine à la fois punitif et indemnitaire qu'avait selon lui la peine privée. Son but était de trouver des arguments permettant d'accorder une nature curative à la peine privée²³⁸. Pour l'atteindre, sa méthodologie consistait à appliquer trois critères cumulatifs.

Le premier critère est objectif. Le montant de la condamnation détermine la nature de cette dernière²³⁹. Si le montant de la condamnation correspond à la mesure du préjudice, il y a réparation ; sinon, il y a peine privée²⁴⁰.

²³³ L. HUGUENEY, *L'idée de peine privée en droit contemporain*, thèse, Dijon, 1904 ; M. CRÉMIEUX : « Réflexions sur la peine privée moderne », dans *Études offertes à P. Kayser*, t. 1, Paris, PUAM, 1979, p. 261 ; M.-E ROUJOU DE BOUBÉE, *Essai sur la notion de réparation*, préf. P. Hébraud, Paris, LGDJ, 1974 ; D. MAZEAUD, *La notion de clause pénale*, Préf. F. Chabas, Paris, LGDJ, 1992 ; S. CARVAL, *op. cit.*, *passim*.

²³⁴ Ch. COUTANT-LAPALOUS, *op. cit.*, §§ 449-463, pp. 348-394 ; A. JAULT, *La notion de peine privée*, préf. F. Chabas, Paris, LGDJ, 2005 ; B. MAZABRAUD, *La peine privée. Aspects de droit interne et international*, thèse, Paris 2, 2006.

²³⁵ « La peine privée a par nature un but mixte, but pénal et but réparateur » : L. HUGUENEY, *op. cit.*, p. 28.

²³⁶ B. STARCK, *op. cit.*, p. 11.

²³⁷ M.-E ROUJOU DE BOUBÉE, *op. cit.*, pp. 59-70 ; A. JAULT, *op. cit.*, *passim*.

²³⁸ B. BARRY, *La réparation en nature*, préf. M. Poumarède, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse 1 (Capitole)/LGDJ, 2016, § 276, p. 324

²³⁹ L. HUGUENEY, *op. cit.*, p. 25.

²⁴⁰ En ce sens, R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. 4, § 510 ; P. ESMEIN, « Peine ou réparation », dans *Mélanges en l'honneur de P. Roubier*, Paris, Dalloz/Sirey, 1961, p. 37 ; G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^e éd., Paris, LGDJ, 1949, § 179.

Le deuxième critère est subjectif. Ce que l'on doit analyser ici est la prépondérance accordée à la faute, en tant que critère déterminant du montant de la peine privée²⁴¹. En matière de réparation, la faute n'est qu'un élément déclenchant l'obligation de réparer²⁴², tandis que, en matière punitive, la faute est un élément caractéristique²⁴³. La faute n'est pas seulement le fondement de la condamnation, mais également l'élément déterminant son extension²⁴⁴.

Le troisième critère est téléologique. Les dimensions punitive et réparatrice ont des buts différents se manifestant par des éléments différents. Ainsi, la réparation est centrée sur la victime, tandis que la peine est centrée sur l'auteur²⁴⁵. Il y a peine chaque fois que le législateur, en reconnaissant une action à la victime, vise à la répréhension de l'auteur du dommage et non à réparer la victime²⁴⁶. Hugueney considérait que le critère téléologique était prépondérant²⁴⁷, bien que promouvant l'application cumulative des trois critères²⁴⁸.

La méthodologie de M. Hugueney a été nuancée par M. Crémieux qui, bien que prétendant différencier sa thèse de celle de M. Hugueney et la dépasser, ne l'a en réalité pas modifiée de manière essentielle. M. Crémieux a critiqué M. Hugueney en lui reprochant de ne considérer qu'une espèce de peine privée : la peine privée morale²⁴⁹. Selon la critique, Hugueney avait laissé de côté « d'autres variétés de peines qui n'ont pas, principalement, une finalité répressive »²⁵⁰, parmi lesquelles on trouve la peine dit satisfaisante « qui tend essentiellement à réparer le préjudice subi par la victime »²⁵¹. Les deux thèses présentaient,

²⁴¹ L. HUGUENEY, *op. cit.*, p. 27.

²⁴² *Ibid.*, p. 27.

²⁴³ *Ibid.*, p. 27.

²⁴⁴ *Ibid.*, p. 27.

²⁴⁵ *Ibid.*, p. 27.

²⁴⁶ *Ibid.*, p. 27.

²⁴⁷ *Ibid.*, p. 27.

²⁴⁸ *Ibid.*, p. 27.

²⁴⁹ M. CRÉMIEUX, *op. cit.*, § 24, p. 261.

²⁵⁰ *Ibid.*, § 25, p. 275.

²⁵¹ M. CRÉMIEUX, *Ibid.*, § 25, p. 276.

comme l'a dit M. Mazeaud, une grande faiblesse pour ne pas tracer une « frontière nette » entre peine privée et réparation²⁵².

L'autre école, défendue par M^{me} Roujou de Boubée²⁵³, distingue la peine privée de la réparation en fonction du fondement autonome qui correspond à chacune d'elles²⁵⁴. Pour l'auteure, le fondement est « l'élément sanctionné par la condamnation [...] la cause catégorique de cette condamnation »²⁵⁵. Ainsi, la faute est le fondement nécessaire et suffisant de la peine privée²⁵⁶, tandis que le préjudice est le fondement nécessaire et suffisant de la réparation²⁵⁷. Au XXI^{ème} siècle, une proposition suggestive a repris le critère téléologique de Hugueney, en lui ajoutant quelques éléments pour la rendre efficace et applicable. Étant entendu que « la recherche d'une volonté de réprimer l'auteur d'un dommage constitue une opération délicate parce qu'elle repose sur des considérations d'ordre économique et psychologique »²⁵⁸, on a proposé d'ajouter trois éléments au critère téléologique, afin de pallier la difficulté de partir de considérations psychologiques et économiques.

Le premier élément est la personne concernée par la condamnation. Etant donné que la réparation n'a aucun caractère essentiellement afflictif, son accomplissement peut être exécuté par un tiers comme la compagnie d'assurances ou le fond d'indemnisation. En revanche, on ne peut pas accomplir une peine privée par personne interposée, car cela dénaturerait son caractère dissuasif²⁵⁹.

²⁵² D. MAZEAUD, *op. cit.* § 540, p. 211.

²⁵³ M.-E ROUJOU DE BOUBÉE, *op. cit.*, pp. 59-70.

²⁵⁴ *Ibid.*, p. 59.

²⁵⁵ *Ibid.*, p. 59.

²⁵⁶ *Ibid.*, pp. 59-69.

²⁵⁷ « Envisagée comme la sanction punitive d'un comportement particulièrement répréhensible, la peine privée doit nécessairement être distinguée de la réparation » : A. JAULT, *op. cit.*, § 125, p. 75. De son côté, M. Mazeaud a dit que la « peine privée et la réparation sont deux notions distinctes et cette distinction repose sur un critère de qualification tangible [...] » : *op. cit.*, § 541, p. 312.

²⁵⁸ Ch. COUTANT-LAPALOUS, *op. cit.*, § 460, p. 392.

²⁵⁹ *Ibid.*, § 461, p. 392.

Le deuxième élément est le déclencheur de la condamnation. Pour qualifier une condamnation de réparatrice, il est nécessaire d'avoir un préjudice comme condition *sine qua non*, tandis que pour déclencher la punition, une telle condition n'est nullement nécessaire. Le comportement du responsable est un élément essentiel pour déclencher la peine, mais le préjudice ne fait jamais partie des autres éléments éventuellement considérés²⁶⁰.

Le troisième élément consiste à considérer des critères distincts pour établir le montant de la condamnation²⁶¹. Celui-ci est fixé uniquement sur la base du préjudice et de son extension, alors que le montant de la peine privée peut s'établir sur la base du comportement de l'auteur, ainsi que d'autres facteurs comme sa capacité contributive²⁶².

Nous pensons que la thèse n'a pas réussi à améliorer le critère téléologique. Cette thèse a plutôt répété les arguments de la thèse originelle, différenciant la peine et la réparation à partir de leurs fondements. En effet, le deuxième et le troisième élément montrent que la réparation requiert, à la différence de la peine, un préjudice (deuxième élément) et que l'extension de ce dernier est la seule mesure de la réparation (troisième élément), tandis que le comportement doit être considéré pour mesurer la peine. Enfin, cette proposition ne fait que répéter de manière différente la thèse de M^{me} Roujou de Boubée, laquelle est selon nous la plus juste pour effectuer ces distinctions²⁶³.

D'après M^{me} Roujou de Boubée, le critère différenciateur est le fondement, considéré comme « l'élément sanctionné par la condamnation »²⁶⁴ de chaque sanction. Quant à la peine privée, son fondement est la faute. Cette dernière est le facteur permettant de discerner la peine privée de la réparation. La faute est son fait générateur et le critère le plus important pour établir sa mesure. Elle est aussi son critère nécessaire et suffisant.

²⁶⁰ *Ibid.*, § 462, pp. 392-393.

²⁶¹ *Ibid.*, § 463, pp. 393-394.

²⁶² C. LE GALLOU, *La notion d'indemnité en droit privé*, préf. A. Sériaux., Paris, LGDJ, 2007, § 306, p. 257.

²⁶³ B. BARRY, *op. cit.*, § 283, p. 333.

²⁶⁴ M.-E. ROUJOU DE BOUBÉE, *op. cit.*, p. 59.

En revanche, en matière de réparation, elle n'est qu'une « condition contingente de l'action en responsabilité »²⁶⁵. Elle n'est qu'un des faits générateurs, et ce uniquement dans les régimes subjectifs. *Contrario sensu*, en matière de réparation, l'élément sanctionné est le préjudice. Celui-ci est condition et mesure de la condamnation.

La thèse de M^{me} Roujou de Boubée nous semble correcte. Celle-ci interprète correctement le système adopté par le Code Napoléon en matière de sanctions aux faits illicites : la faute est le fondement de la peine privée, tandis que le préjudice est le fondement de la réparation²⁶⁶. Bien que la formulation de la clause générale de responsabilité civile ait été conçue selon le canon mystique de la conjonction punition/réparation²⁶⁷, il est évident que cette clause considère la sanction réparatrice selon le paramètre de la réparation intégrale. Cela signifie qu'un fait, en marge du fait d'être plus ou moins répréhensible, déclenche le même dosage sanctionnateur²⁶⁸. Ainsi, des conduites répréhensibles mais inoffensives entraînent des exonérations, tandis que de petites maladroites peuvent être lourdement punies²⁶⁹.

Une autre raison, cette fois pratique, nous conduit à écarter la conception mixte de la peine privée : la fusion des responsabilités conduirait à une confusion fonctionnelle de la condamnation mixte. En effet, si, dans un même jugement, le juge entendait réparer et punir, le défendeur ne pourrait pas distinguer ce qui relève de la réparation de ce qui relève de la punition et tout cela priverait la peine de sa dimension dissuasive²⁷⁰. Ce problème est particulièrement important en France, en raison du pouvoir souverain d'appréciation dont le

²⁶⁵ B. BARRY, *op. cit.*, § 283, p. 333.

²⁶⁶ La faute, en tant que fondement, fait référence au fondement juridique, non au fondement philosophique. Le fondement philosophique s'exprime en termes de justice (corrective, distributive, utilitarisme, etc.).

²⁶⁷ « L'article 1382 du Code civil marque bien la fonction punitive de la responsabilité. L'auteur de la faute est obligé à en réparer. La faute est sanctionnée par l'obligation de réparation » : GRYMBAUM, *op. cit.*, § 426, p. 168 ; A. TUNC, « Responsabilité civile et dissuasion... », *op. cit.*, pp. 407-415 ; Y. FLOUR, « Faute et responsabilité civile », dans *Revue Droits* n° 5, 1987, p. 29, § 1 ; C. GRARE, *op. cit.*, § 1, p. 1.

²⁶⁸ M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, p. 424.

²⁶⁹ G. VINEY, *Introduction...*, *op. cit.*, § 40, p. 87.

²⁷⁰ Ch. DUBOIS, *op. cit.*, § 243, p. 196.

juge est titulaire. En vertu d'un tel pouvoir, le juge a le droit d'émettre sa décision de condamner sans avoir à discerner les postes de la condamnation²⁷¹.

Tout ce que nous avons dit jusqu'à présent nous permet de conclure que la nature juridique de la peine privée est unitaire. La peine privée ne dépend pas de la réparation et n'en est pas le complément. En matière processuelle, cela signifie que le succès de la prétention punitive n'est pas subordonné au succès préalable d'une prétention réparatrice. En ce qui concerne le fondement, selon M^{me} Roujou de Boubée, la sanction punitive est fondée seulement sur la faute, quoique d'autres conditions puissent être nécessaires. La réparation, quant à elle, est fondée sur le préjudice, bien que la faute soit une condition nécessaire dans certains régimes de responsabilité subjective.

Enfin, il faut mettre en lumière que le Code Napoléon a consacré plusieurs peines privées qui confirment leur autonomie par rapport à la responsabilité civile et donc la validité de la thèse unitaire.

§ 2. *Les manifestations de la thèse unitaire dans le Code Napoléon*

Dans le Code Napoléon, on trouve beaucoup d'exemples prouvant l'autonomie de la peine privée à l'égard de la responsabilité. Nous en citerons quelques-uns. Il ne s'agit pas de faire une liste des peines privées dans le Code ou dans le droit privé, mais de montrer quelques exemples emblématiques de l'autonomie. Pour ce faire, nous analyserons une peine privée contractuelle (a), une peine privée légale (b) et une peine privée jurisprudentielle (c), ce qui nous permettra d'avoir une vision panoramique de la peine privée dans le Code français.

²⁷¹ M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, p. 55 ; Ph. BRUN, *op. cit.*, § 608, p. 408 ; Civ 2^e, 25/10/1992, *D.* 1963, p. 377, note P. Azard ; Civ 1^{re}, 20/02/1966, *D.* 1996, p. 511, note B. Edelman.

a. La clause pénale, une peine privée contractuelle

La clause pénale est une stipulation contractuelle en vertu de laquelle les contractants anticipent le manquement et établissent à l'avance la punition²⁷². Les contractants, en exerçant leur autonomie, fixent une sanction forfaitaire exigible en cas d'inexécution illicite, sans tenir compte d'éventuels préjudices subis par le créancier.

L'ordonnance du 10 février 2016, réformatrice du droit des contrats, a repris l'erreur que à notre avis contenait la régulation initiale, qui établissait que la clause pénale est une somme à titre de dommages et intérêts, c'est-à-dire à titre d'indemnisation des préjudices²⁷³. Cependant, cela ne signifie pas que ce que dit la loi est correct. Le texte originel comme le texte actuel du Code ont conservé la faculté de cumuler la peine et la réparation.

Même si le premier paragraphe des deux textes normatifs dit que, s'il y a clause pénale, on ne doit accorder au créancier une somme ni inférieure ni supérieure à celle fixée dans la clause, le Code ne sanctionne pas d'inefficacité si cela se produit, comme il le fait avec la stipulation consistant à empêcher la modulation judiciaire de la clause et sa réduction lorsque l'engagement a été exécuté en partie²⁷⁴.

Cette stipulation est essentiellement pénale. Elle est en même temps punitive et dissuasive²⁷⁵. M. Mazeaud a décrit avec précision les raisons justifiant sa nature punitive : « La clause pénale déroge le principe selon lequel il ne peut pas avoir de responsabilité sans dommage causé par l'inexécution. Lorsqu'une telle clause a été stipulée, l'inexécution illicite entraîne la condamnation du débiteur, même si les conditions de la réparation, et spécialement l'existence d'un préjudice réparable, ne sont pas remplies »²⁷⁶.

²⁷² Ch. DUBOIS, *op. cit.*, § 257, p. 203.

²⁷³ Tant l'article 1152 du Code Napoléon que l'article 1231/5 de la version actuelle sont rédigés ainsi : « Lorsque le contrat stipule que celui qui manquera de l'exécuter paiera une certaine somme à titre de dommages et intérêts ».

²⁷⁴ Art. 1231-5 de la version actuelle et 1152/ 2 et 1235/5 de la version originelle.

²⁷⁵ A. JAULT, *op. cit.*, § 86, pp. 49-50.

²⁷⁶ D. MAZEAUD, *op. cit.*, § 461.

L'argument de M. Mazeaud a toutefois une affirmation impropre, car il a dit que « la clause pénale déroge le principe selon lequel il ne peut pas avoir de responsabilité sans dommage [...] ». La clause pénale ne déroge pas au principe de nécessité du dommage. S'il s'agissait d'une dérogation au principe, il faudrait en conclure qu'il existe au moins une exception au principe. Qu'il soit acceptable ou non qu'un principe puisse avoir des exceptions, il faut dire catégoriquement que le principe de nécessité du dommage est absolu, et n'admet aucune exception. La proposition « pas de responsabilité sans dommage » est incontestable.

Or, la futilité du préjudice pour l'opérativité de la clause pénale confirme plutôt que la peine et la responsabilité sont des sanctions différentes qui se structurent sur la base d'éléments essentiels distincts. Néanmoins, on pourrait opposer un argument au caractère punitif de la clause pénale : pour prévenir l'abus de stipuler des clauses pénales abusives par leur montant, le législateur a promulgué la loi 75-597 du 9 juillet 1975. Celle-ci reconnaît la possibilité de modérer ou de majorer judiciairement le montant de la clause pénale. Le critère pour ordonner la modulation est la disproportion, car la loi ouvre la révision aux situations dont la peine est soit excessive, soit dérisoire²⁷⁷.

En conséquence, la disproportion, dans un sens ou dans un autre, doit résulter d'un contraste avec un élément objectif non déterminé par la norme. Pour certains auteurs, cet élément est le préjudice²⁷⁸, ce qui contredirait les arguments en faveur de la nature punitive.

Cet argument ne nous semble pas correct. Le rapport de proportionnalité ne doit pas se baser sur le préjudice, puisqu'il est tout à fait possible qu'il n'y ait aucun préjudice malgré le manquement. Mais l'absence de préjudice n'implique pas l'extinction de la modulation. Il faut conclure, partant, que le jugement sur la proportionnalité doit se faire en fonction de

²⁷⁷ « Le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la pénalité ainsi convenue si elle est manifestement excessive ou dérisoire ».

²⁷⁸ Ch. DUBOIS, *op. cit.*, § 258, note 53, p. 204.

certaines éléments essentiels de la clause pénale, à savoir l'inexécution ou la faute du défendeur.

D'autre part, le Code Napoléon a consacré une autre peine privée dans le cadre du droit familial : la déchéance du droit d'option pour cause de recel successoral.

b. La déchéance du droit d'option pour recel successoral, une peine privée légale

Il existe une peine privée incluse dans le domaine des déchéances. On trouve le recel successoral, qui consiste en « toute manœuvre dolosive. Tout fraude commise intentionnellement avec l'objectif de rompre l'égalité du partage, quels que soient les moyens pour l'atteindre »²⁷⁹.

Les éléments du recel sont d'ordre matériel et moral. L'élément matériel est la dissimulation de biens ou de droits, qui, selon l'article 778 du Code civil français, peut affecter les biens ou les cohéritiers. La jurisprudence a étendu cet élément matériel en y incluant les déclarations conduisant à un inventaire inexact et la dissimulation d'une donation partageable²⁸⁰. L'élément moral est le dessein frauduleux de rompre l'égalité du partage²⁸¹.

Face à l'évidence d'un recel successoral, l'imposition de deux peines privées est possible. D'une part, le receleur perd son droit sur les biens recelés ; d'autre part, il perd son droit d'option. Le droit d'option consiste à choisir entre trois alternatives : accepter purement et simplement la succession, accepter la succession à concurrence de l'actif net ou renoncer à la succession²⁸². Le receleur perd son droit d'option et est obligé d'accepter purement et simplement la succession. Il doit aussi restituer les gains produits par les biens recelés lorsque ces derniers étaient en sa possession.

²⁷⁹ Civ. 1^{re}, 15/04/1890, *DP* 1890, 1, 437.

²⁸⁰ Ch. DUBOIS, *op. cit.*, § 275, p. 211.

²⁸¹ M. GRIMALDI, *Droit civil. Successions*, Paris, 6^e éd., Litec, 2001, § 481

²⁸² *Cfr.* <https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F1199> (consulté le 29/12/2016).

Les pertes du droit d'option et des droits successoraux sont des sanctions punitives visant à la pénalisation de la fraude envers les cohéritiers et à l'universalité juridique qu'est la succession. Pour imposer ces sanctions, il ne faut pas nécessairement prouver un préjudice. Il suffit de prouver l'intention dolosive de frauder. Par ailleurs, l'article 778 du Code civil stipule que les sanctions punitives sont autonomes à l'égard des dommages et intérêts dérivés du recel²⁸³.

c. La « réparation » symbolique, une peine privée jurisprudentielle

La peine privée n'est pas nécessairement pécuniaire. Elle peut consister en obligations de faire ou de ne pas faire, ainsi qu'en déchéances. Si la sanction est fondée et mesurée en fonction de la faute, si elle est attribuée à la victime et si elle est à la charge du coupable, on l'appelle peine privée. La jurisprudence française reconnaît plusieurs cas de peines privées non pécuniaires. Par exemple, la Cour de cassation impose des peines consistant à infliger une sorte de déshonneur au coupable²⁸⁴.

C'est le cas typique de la condamnation à publier le jugement condamnant le défendeur (i) et de la condamnation au paiement d'un euro symbolique (ii)

i) La publication du jugement

La décision de justice enjoignant le coupable de publier le jugement dans un media a été citée comme une mesure de réparation en nature²⁸⁵ et comme une peine privée²⁸⁶. La

²⁸³ Art. 778 : « Sans préjudice de dommages et intérêts, l'héritier qui a recelé des biens ou des droits d'une succession ou dissimulé l'existence d'un cohéritier est réputé accepter purement et simplement la succession, nonobstant toute renonciation ou acceptation à concurrence de l'actif net, sans pouvoir prétendre à aucune part dans les biens ou les droits détournés ou recelés ».

²⁸⁴ Ch. DUBOIS, *op. cit.*, §§ 264-266, p.207-208.

²⁸⁵ J. FLOUR, J.-L AUBERT, E. SAVAUX, *Droit Civil. Les obligations*, t. 2, *Le fait juridique*, Paris, Sirey, 14^e éd., 2011, § 386, p. 499 ; G. VINEY, P. JOURDAIN, *Traité de droit civil. Les effets de la responsabilité*, 3^e éd., Paris, LGDJ, 2011, § 33.

²⁸⁶ Ph. BRUN, *op. cit.*, § 602, p. 405 ; Ch. COUTANT-LAPALOUS, *op. cit.*, § 475-476, pp. 403-404..

thèse de la réparation en nature ne nous semble pas correcte, car la divulgation d'un jugement ne rétablit pas le *statu quo ante*. En revanche, le responsable est grevé par les frais de divulgation, en plus d'être stigmatisé, ce qui rend la condamnation punitive²⁸⁷. En outre, ces condamnations ont été imposées dans des litiges où la faute a été considérée comme lourde.

Une autre mesure punitive non-pécuniaire est la condamnation à payer un euro symbolique.

ii) La condamnation à l'euro symbolique

Face à l'atteinte aux droits de la personne, aux droits collectifs et à la libre concurrence, la Cour de cassation a condamné les auteurs à payer un euro²⁸⁸. D'abord, il faut dire que le bas montant de la sanction n'infirmes pas son caractère pécuniaire²⁸⁹ ; ensuite, il faut dire ce qui est évident : la lésion des droits peut causer des préjudices qui doivent être réparés intégralement. En d'autres termes, ces préjudices sont l'objet de la réparation et ceux-ci supposent l'application de la règle de responsabilité, tandis que l'imposition de la condamnation à payer un euro obéit à la règle de la punition.

Mais l'importance spéciale des intérêts affectés constitue une faute si lourde que la Cour, d'office où sur demande, peut prononcer une peine symbolique²⁹⁰ qui, soit dit en passant, s'ajoute parfois à la peine consistant en la publication du jugement, de nature punitive puisqu'à caractère infamant.

Le tour d'horizon que nous avons présenté de quelques peines privées dans le Code Napoléon nous permet d'inférer l'autonomie des peines privées par rapport à la responsabilité. Il convient d'analyser maintenant le passage du Code Napoléon au Code

²⁸⁷ *Contra*, B. BARRY, *op. cit.*, pp. 333-334.

²⁸⁸ *Ibid.*, § 270, p. 320.

²⁸⁹ *Contra*, P. JOURDAIN, « Évaluation du préjudice et obligations du juge », dans *RTD civ.*, 2010, p. 328.

²⁹⁰ B. BARRY, *op. cit.*, § 270, p. 320.

d'Andrés Bello²⁹¹, ainsi que le déroulement de la peine privée dans ce Code, afin de bien montrer le développement de cette autonomie.

²⁹¹ Le juriste Andrés Bello fut le rédacteur du Code civil chilien, qui fut adopté par la Colombie à la fin du XIX^e siècle.

Conclusion du chapitre 2

Il existe une tendance à concevoir la peine privée comme une mesure de réparation, tendance issue d'un phénomène collectif : la religion. Les premières sociétés étaient tellement influencées par les dogmes religieux que la plupart de leurs membres les acceptaient²⁹². Cette influence embrassait le droit. Étant donné, d'une part, que le droit romain et les lois dites barbares étaient imprégnés de religion et, d'autre part, que la religion était essentiellement répressive, le droit l'était également.

Mais le caractère répressif du droit ancien n'est pas une prémisse permettant de conclure que la responsabilité civile et la responsabilité pénale formaient une unité d'ensemble. C'est impossible, car l'unité de deux éléments suppose leur existence individuelle, ce qui n'était pas le cas. Dans l'antiquité, le droit n'était que pénal. Il n'y avait pas de mécanismes de réparation. Il est donc faux de considérer les peines privées et les amendes comme des institutions de la responsabilité civile.

²⁹² Aujourd'hui, la situation n'est guère différente. « Seulement, des petites minorités s'émancipent de la religion, en remplaçant avec la culture le vide qu'elle laisse dans leurs vies : la philosophie, la littérature et les arts » : M. VARGAS LLOSA, *La civilización del espectáculo*, Bogotá, Alfaguara, 2012, p. 43.

Conclusion du titre 1

La responsabilité civile et la responsabilité pénale ont toujours été des institutions autonomes. On ne peut donc ni parler d'unité entre elles ni d'évolution ou progrès consistant en leur séparation. Jusqu'à la promulgation du Code Napoléon, il n'existait aucun système de responsabilité civile. Etant donné l'inexistence d'un tel système, il est tout à fait erroné de soutenir le rassemblement de la responsabilité civile et de la responsabilité pénale, car le rassemblement de deux choses suppose l'existence de chacune.

Avant le Code Napoléon, il existait un système de punition civile des délits privés et un système parallèle de punition criminelle des délits publics. Il n'y avait pas jusqu'alors de système visant à la réparation intégrale des préjudices causés aux tiers.

On peut conclure aussi que, si l'on ne peut pas rattacher une chose à une autre qui n'existe pas, on ne peut pas non plus les séparer. La reconnaissance de la sanction réparatrice dans le Code Napoléon n'implique pas le divorce des deux responsabilités. Une telle reconnaissance implique, en revanche, la naissance de la responsabilité civile, ce qui ne signifie pas que la responsabilité pénale et la peine privée soient mortes simultanément. Par contre, cela démontre l'autonomie non pas de deux mais de trois domaines sanctionneurs différents : la sanction punitive de caractère criminel, la sanction punitive de caractère civil et la sanction réparatrice, également de caractère civil.

Cette autonomie est la prémisse véritable qui a structuré le système sanctionneur du fait illicite dans le Code Napoléon. Cette prémisse a été acquise par le droit privé colombien.

TITRE 2

L'autonomie de la peine privée : la prémisse réelle

La rédaction du Code Napoléon est assez semblable à celle du Code de Bello, du moins en ce qui concerne le livre des obligations et des contrats, c'est-à-dire le troisième livre du premier et le quatrième livre du second. Au-delà de la ressemblance dans la rédaction, on peut remarquer la consécration, *mutatis mutandis*, des mêmes figures juridiques dans lesdites matières. Ainsi, par exemple, les deux Codes établissent des clauses générales de responsabilité pour faute²⁹³ ; tous deux ordonnent l'aggravation de la responsabilité contractuelle imputable au dol du débiteur²⁹⁴ et les deux établissent des clauses générales de résolution du contrat pour inexécution²⁹⁵.

Cela n'est pas le fruit du hasard. Bello a manifesté plus d'une fois sa connaissance et son admiration pour le Code Napoléon, dont il a fait une traduction²⁹⁶. Il a aussi traduit, en 1833, le discours préliminaire de Portalis au corps législatif français²⁹⁷. Enfin, il a écrit un article dans le journal *El Araucano*, dans lequel il a salué l'acceptation croissante d'œuvres juridiques françaises au Chili²⁹⁸.

Quant au traitement des faits illicites et de leurs sanctions, Bello accepte la distinction de Pothier entre délit et quasi-délit²⁹⁹ en tant que sources non conventionnelles d'obligations, distinction se basant elle-même sur une autre distinction : celle entre faute et dol³⁰⁰. Bello établit aussi une clause générale de responsabilité pour faute³⁰¹, en incluant, dans un même

²⁹³ Code Napoléon, art. 1382 (actuel art. 1240) ; Code civil colombien, art. 2341.

²⁹⁴ Code Napoléon, art., 1150 (actuel 1231-3) ; Code civil colombien, art. 1616.

²⁹⁵ Code Napoléon, art. 1184 (actuel 1224) ; Code civil colombien, art. 1546.

²⁹⁶ A. CELY, *op. cit.*, p. 17.

²⁹⁷ Paru dans le journal *El Araucano*, n^{os} 152 et 153, 17/08/1833 à 18/10/1833.

²⁹⁸ A. BELLO, *Obras completas*, Santiago, Imprenta Cervantes, v. XV, 1893, p. 331, <http://www.memoriachilena.cl/archivos2/pdfs/MC0064765.pdf> (consulté le 19/12/2016).

²⁹⁹ Code civil chilien, art 1437, équivalent au 1494 du Code civil colombien.

³⁰⁰ L.-C. SÁNCHEZ, «De la culpa...», *op. cit.*, p. 316.

³⁰¹ Code civil chilien, art 2314, équivalent au 2341 du Code civil colombien.

article, la faute et le dol. Dans la clause générale française on lit « tout fait de l'homme » et « pour la *faute* duquel », tandis que, dans le Code de Bello, on lit délit et quasi-délit³⁰².

Dans de si petites différences, qui sont à notre avis sémantiques et non substantielles, certains ont vu des « différences radicales »³⁰³. Nous pensons que de telles différences n'existent pas. Ladite « différence radicale » entre la faute et la *culpa* vient de la traduction littérale et erronée du terme faute. En espagnol, faute se traduit littéralement par *falta*, mais la traduction, pour bien faire, doit considérer le contexte technique du droit et s'ajuster à l'usage commun qu'a chaque mot dans la langue d'origine. La *culpa* n'existe pas en français, mais la faute est son équivalent fonctionnel et linguistique. C'est pourquoi on peut utiliser l'adjectif coupable, traduisible comme *culpable*, pour désigner celui qui a commis une faute³⁰⁴. Par ailleurs, *coupable* est synonyme de *fautif*, mais personne ne traduirait fautif par *faltivo*. Ce dernier mot, inexistant en espagnol, serait une traduction valide si l'on acceptait l'argument des « différences radicales ».

Or, nous ne prétendons pas affirmer que Bello a copié le modèle du Code Napoléon pour l'appliquer au Chili. Au contraire, il faut reconnaître que, sur certains sujets, Bello a suivi le droit hérité de la colonie espagnole, notamment les *Siete Partidas* et le *Fuero Real*. C'est le cas de la modération de la clause pénale³⁰⁵, qui ne se trouve pas dans la version originale du Code français³⁰⁶. Bello a extrapolé dans son Code les conclusions doctrinales

³⁰² La version colombienne utilise les mots délit ou faute. Mais la faute équivaut au quasi-délit. Partant, le changement n'a ni d'explication technique ni d'effet pratique.

³⁰³ J. BARRIENTOS GRANDÓN, «De la presunción general de culpa por el hecho propio. A propósito de los artículos 2314 y 2329 de nuestro "código civil imaginario" (II)», en *Revista chilena de derecho privado*, Santiago, n.º 13, décembre 2009, p. 18.

³⁰⁴ Sur l'équivalence entre la *culpa* et la faute : B. WINIGER, *La responsabilidad aquilienne en droit commun*, Geneva, Helbing and Lichtenhahn, 2002, p. 220-222

³⁰⁵ F. NAVIA, «La cláusula penal en la transacción», en *Derecho civil. Obligaciones y contratos*, t. 2, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 487.

³⁰⁶ La loi 75-597 de 1975 a introduit la faculté de modérer judiciairement la clause pénale.

d'un autre Code. Il a accompli cette tâche à partir de l'étude des œuvres de Pothier et de l'exégèse de M. Delvincourt³⁰⁷, l'un des premiers commentateurs³⁰⁸ du Code Napoléon.

L'influence du Code Napoléon sur le Code de Bello est donc évidente. On peut discuter la magnitude de cette influence ou le caractère primaire ou secondaire de ce Code au regard d'autres sources, mais on ne saurait affirmer un manque de précédent.

L'autonomie de la peine privée par rapport à la responsabilité, quant à elle, a été maintenue dans le Code de Bello, qui a structuré les deux institutions en considérant cette autonomie. Sa connaissance du droit romain et du Code Napoléon est la raison de ce choix. Or, si une telle autonomie existe, elle doit s'identifier à partir de différences essentielles entre les deux institutions car, si les différences n'existent pas ou si elles ne sont pas essentielles, l'autonomie est insoutenable.

Les différences entre la responsabilité et la peine, pour être essentielles, doivent se référer à toutes les manifestations des deux figures. Ces différences sont présentes dans deux aspects ponctuels : d'une part, les critères d'imputation des sanctions et, d'autre part, leurs fondements philosophiques. Ces deux éléments nous permettent d'établir les principes généraux des deux domaines.

L'objet de notre thèse se circonscrit aux arguments visant à officialiser la peine privée dans le droit privé colombien, en arguant que la peine privée a toujours existé de façon cachée. Il faut noter que la jurisprudence a donné beaucoup d'importance à la peine privée, bien qu'avec des euphémismes³⁰⁹ et dans des cas spéciaux.

³⁰⁷ Dans le *Cours de code civil*, dont la première édition, par P. Gueffier, date de 1812.

³⁰⁸ Sur ce sujet, A. GUZMÁN-BRITO, «El Código Napoleón y el Código Civil de Chile», en *Estudios de historia dogmática y sistemática sobre el código civil chileno-colombiano*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana y Biblioteca Jurídica Diké, 2009, p. 33.

³⁰⁹ Dans le chapitre 2 de ce titre, on expliquera les raisons de cette affirmation.

Le caractère masqué et le caractère spécial de la peine privée justifient l'élaboration d'une théorie générale (chapitre 1), applicable à tous les cas de peine privée, effaçant son actuel caractère masqué et conduisant à l'imposer de manière cohérente et systématisée dans les cas particuliers. Une telle théorie générale doit se fonder sur l'hypothèse de l'autonomie de la peine privée et de la responsabilité. Nous aborderons ensuite l'étude de certaines peines privées spéciales (chapitre 2), établies par le codificateur et la haute juridiction, et dont la base théorique est en accord avec l'hypothèse de l'autonomie.

Après avoir étudié ce qu'est la peine privée, nous étudierons ce qu'elle n'est pas, en analysant deux figures voisines avec lesquelles la peine peut se confondre (chapitre 3).

CHAPITRE 1

Une théorie générale de la peine privée à partir de l'hypothèse de son autonomie

La responsabilité civile et la peine privée ont été bâties sur des bases philosophiques distinctes. La responsabilité, selon la conception de Bello, était une obligation imputable à titre de faute. Cette conception a été réévaluée par la jurisprudence dès la première moitié du XX^{ème} siècle, lors de l'introduction de la responsabilité objective, même si cette responsabilité objective a toujours porté le déguisement d'une fausse présomption de faute³¹⁰ ou le calembour d'une présomption de responsabilité.

Qu'il s'agisse de présomption de faute ou de responsabilité, toute la doctrine s'accorde pour dire que, dans les deux cas, la seule exonération possible est la cause étrangère, ce qui dénote l'objectivité du régime, indépendamment du déguisement qu'il revêt.

En ce qui concerne les fondements, la responsabilité se base philosophiquement sur les critères aristotéliens de la justice corrective³¹¹. De son côté, la peine privée a parcouru les chemins usés de la justice rétributive pour finalement entrer sur le terrain de l'utilitarisme. Il existe toutefois des différences évidentes entre la peine et la réparation, en raison, cette fois, de leurs critères d'imputation et de leurs fondements philosophiques.

On doit donc développer l'hypothèse de la faute en tant que critère nécessaire et suffisant d'imputation de la peine privée (A), pour développer ensuite son fondement (B).

³¹⁰ CSJ, Salle de cassation civile, 26/08/2010, n° 47001-3103-003-2005-00611-01 ; 13/05/2010, n° 73319-31-03-002-2001-00161-01 ; 18 /12/ 2012, n° 76001-31-03-009-2006-00094-01.

³¹¹ M. ARAMBURO, «Modernizar la responsabilidad extracontractual: un mapa de problemas», en *Modernización de las obligaciones y los contratos*, Bogotá, Temis y Universidad de los Andes, 2016, p. 153; L. CADIET, préface du livre de L. Raschel, *Le droit processuel de la responsabilité civile*, Paris, IRJS, 2010, p.1.

A. La faute, critère nécessaire et suffisant d'imputation de la peine privée

En matière de responsabilité, l'obligation de réparer est imputée à titre de sanction civile pour avoir commis une faute ou pour avoir pris un risque. La faute et le risque sont les critères d'imputation de la responsabilité. En matière de peine privée, il s'agit aussi d'imputer une sanction civile ne consistant pas obligatoirement en une obligation pécuniaire, bien que cela soit en général le cas. En matière de peine privée, la sanction peut également prendre la forme d'une obligation de faire ou de ne pas faire, ou d'une déchéance.

Il convient d'analyser la structure de la faute civile et de certains de ses développements particuliers (§ 1), pour ensuite étudier les arguments permettant de l'apprécier *in concreto* (§ 2), par opposition à l'appréciation *in abstracto*, faite dans le cadre de la responsabilité.

§ 1. La faute civile et quelques-uns de ses développements

La faute est un fait sanctionné de manière punitive par la loi. Le Code civil ne définit pas la faute, mais la régulation de ses degrés en matière contractuelle³¹² nous permet de dégager sinon une définition, du moins une tendance entre deux possibles. En effet, les définitions doctrinales de faute varient de la conception objective, qui la réduit au manquement, à la conception subjective, qui la définit comme un écart de conduite à l'égard d'un modèle établi³¹³. En Colombie, on applique un système mixte. En matière contractuelle, la faute est déterminée en comparant la conduite du débiteur avec la conduite du modèle. Autrement dit, en matière contractuelle il existe un système subjectif. Dans le domaine contractuel, la loi fixe le critère de l'*utilitas contrahentium*, d'après la gradation *tripartita* de la faute. Cette gradation n'existe pas en matière de sanctions extracontractuelles.

³¹² Arts. 63 y 1604 du Code civil.

³¹³ M. KOTEICH, «Los criterios de imputación de la responsabilidad contractual: una mirada a los códigos y sus fuentes romanas», en *Estudios de derecho civil en homenaje a Fernando Hinestrosa*, t. 1, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014, p. 649.

Etant donné le caractère général du domaine extracontractuel, applicable à tous les cas non-contractuels, nous choisirons une définition objective de la faute, car notre thèse cherche des critères génériques pour appliquer la peine privée. Nous considérerons donc que « la faute est un comportement illicite qui contrevient à une obligation ou à un devoir imposé par la loi ou par la coutume »³¹⁴.

Or, l'affirmation selon laquelle la faute est le critère d'imputation de la peine privée est une déduction logique du concept de peine privée. Il y a peine privée chaque fois que l'on se trouve face à un comportement qui mérite d'être puni dans un but dissuasif. Tandis que la responsabilité (du moins la responsabilité contemporaine) se concentre sur la victime, en cherchant sa réparation intégrale sans vraiment tenir compte de la conduite du responsable, la peine se concentre sur la personne et sa conduite.

C'est pourquoi les règles pour imposer et pour évaluer la peine prennent en considération les conditions particulières de l'auteur : sa capacité contributive, la gravité de sa faute, la gravité de l'inexécution, les profits retirés, la récidive, etc.³¹⁵.

En droit privé, beaucoup d'exemples prouvent la nature fondamentale de la faute comme critère d'imputation de la peine privée. Dans le chapitre suivant, nous aborderons l'étude détaillée de deux cas de peine privée, dont l'essence punitive a été aussi défendue qu'attaquée. Nous nous référerons tangentiellement à d'autres peines privées dont le caractère punitif n'a jamais été discuté et qui démontrent incontestablement l'essentialité de la faute.

Premièrement, la sanction imposée au souscripteur réticent en matière d'assurances. L'article 1058 du Code de commerce impose au souscripteur l'obligation de déclarer sincèrement l'état du risque assurable, sous peine de déclaration de nullité relative du contrat

³¹⁴ Ph. LE TOURNEAU, *La responsabilité civile*, Paris, PUF, 2003, p. 72 ; A. SÉRIAUX, *Manuel de droit des obligations*, Paris, 2^e éd., PUF, 2014, §§ 129-130, pp. 175 y 176.

³¹⁵ C. LE GALLOU, *op. cit.*, § 306, p. 257 ; Ph. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats...*, *op. cit.*, § 45, p. 38.

d'assurance. L'article 1059 *ibidem* établit une sanction additionnelle face à la réticence : en plus de la nullité du contrat et malgré elle, l'assureur a le droit de retenir toute la prime payée. Cette rétention se fait « à titre de peine », selon les termes de la norme. La rétention est une peine châtiante la conduite de l'assuré qui masque négligemment ou intentionnellement l'information sur l'état du risque.

De même, l'article 1059 *ejusdem* impose l'obligation de déclarer les circonstances nouvelles aggravant les risques ou en suscitant de nouveaux, afin que l'assureur puisse choisir de résilier le contrat ou d'augmenter la valeur de la prime. Devant l'inexécution de cette obligation, la sanction applicable est la résiliation unilatérale du contrat de la part de l'assureur, qui a le droit de retenir la prime échue, à condition que l'assuré ait agi de mauvaise foi³¹⁶.

D'autre part, le droit familial établit une peine privée qui dénote le caractère essentiel de la faute. Il s'agit du recel de biens de la société conjugale de la part d'un des conjoints. Selon l'article 1824 du Code civil, le conjoint qui recèle des biens sociaux perd sa portion conjugale sur les biens recelés ; en outre, il doit les restituer au double de leur valeur³¹⁷. La norme sanctionne le dol, sans même mentionner la cause des préjudices.

L'imputabilité de la faute est un autre thème qui mérite l'attention de notre étude. Est-il nécessaire que l'acteur ait conscience de l'anormalité et de l'illicéité de son comportement, ainsi que de ses conséquences dommageables ? Ou suffit-il de commettre l'acte pour déclencher la sanction punitive ?

³¹⁶ Art. 1060 du Code de commerce.

³¹⁷ Art. 1824 du Code civil.

La doctrine française appelle imputabilité cet élément qui s'ajoute à la faute et au dol³¹⁸. Il est tout à fait logique que cet élément fasse partie de la faute ou du dol que l'on juge³¹⁹, car dans le cas contraire, le caractère punitif de la sanction disparaîtrait³²⁰.

Au demeurant, le besoin de considérer cet élément est l'un des attributs qui différencient la peine et la responsabilité, car cette dernière, en plus de tendre vers l'objectivation, responsabilise de la même manière la personne qui agit illicitement et consciemment et celle qui agit sous l'effet de l'alcool³²¹, de drogues ou sous l'impulsion, quelquefois irrépressible, de la jeunesse³²².

Critère nécessaire d'imputation de la peine privée, la faute est aussi un critère suffisant, qui, en matière de peine privée, doit s'apprécier *in concreto*.

§ 2. L'appréciation *in concreto* de la faute

Le bon père de famille, le bon homme d'affaires, l'homme raisonnable, etc., constituent le paramètre générique pour confirmer la présence d'une faute dans les affaires de responsabilité³²³. La faute, en tant qu'erreur de conduite, anormalité de conduite ou écart de conduite, est jugée en comparant la conduite du défendant avec celle qu'aurait eue le paramètre général dans les mêmes circonstances externes.

C'est la raison pour laquelle, dans un procès en responsabilité, le défendant ne peut invoquer aucune cause d'exonération d'ordre, par exemple, psychologique, comme le

³¹⁸ G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, *Les conditions ...*, *op. cit.*, §§ 444-444-1, pp. 446-449 ; Ph. BRUN, *op. cit.*, §§ 296-302, pp. 195-200 ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, § 54, p. 43.

³¹⁹ S. CARVAL, *op. cit.*, § 297, p. 337.

³²⁰ « La faute civile comporte un élément moral. Le comportement anormal peut être reproché à son auteur car il était conscient de ce qu'il faisait. Usant de son libre arbitre, il aurait pu décider d'agir autrement » : F. TERRÉ, Y. LEQUETTE, Ph. SIMLER., *Droit civil. Les obligations*, Paris, Dalloz, 11^e éd., 2013, § 722, p. 780.

³²¹ Code civil, art 2345.

³²² Étant donné que l'article 2346 du Code civil fixe la capacité aquilienne aux dix ans.

³²³ H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuel et contractuelle*, Paris, Montchrestien, 1931, § 439, p. 352.

manque d'instruction, d'habileté, d'intelligence, etc., afin d'atténuer ou d'exclure sa responsabilité³²⁴. En responsabilité, il suffit de prouver l'écart de conduite pour engager la responsabilité pour faute.

Cette démarche n'est pas applicable dans le domaine de la peine privée. Une peine s'impose dans le but de dissuader la récidive et l'imitation³²⁵. Dès lors, il est indispensable de considérer les circonstances du temps, du mode et du lieu influant sur la réalisation du fait illicite, afin d'établir la nécessité d'une sanction et son dosage pour empêcher, autant que possible, la récidive. Cela signifie que, en matière de peine privée, le juge doit prendre en considération les circonstances internes, spéciales et personnelles du coupable, telles que son degré d'instruction, ses habiletés ou inhabilités dans certains domaines ponctuels, son expérience spécifique, etc. Il ne s'agit plus de juger son comportement à l'égard d'un modèle général et abstrait ; il s'agit de le juger au regard de ses conditions individuelles³²⁶.

Dans ce domaine, l'équité, en tant que critère auxiliaire de l'office du juge, acquiert beaucoup d'importance. La décision d'imposer ou d'écarter la peine privée, ainsi que celle d'imposer une peine pécuniaire ou une peine matérielle, et dans quelle mesure, se fonde sur l'équité. L'appréciation *in concreto* de la faute est une manifestation de l'équité comme critère judiciaire d'application et de quantification de la peine privée.

D'ailleurs, l'appréciation *in concreto* de la faute est un élément nécessaire, dû au fondement utilitariste de la peine privée.

³²⁴ N. DE JEAN DE LA BÂTIE, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français*, Paris, LGDJ, 1965, § 22, p. 20.

³²⁵ F. TERRÉ, Y. LEQUETTE, Ph. SIMLER., *op. cit.*, § 688, p. 741.

³²⁶ P. PRATTE, « Les dommages punitifs : institution autonome et distincte de la responsabilité civile », dans *Revue du Barreau*, n° 58, 1998, p. 287.

B. L'utilitarisme, fondement de la peine privée

La justification philosophique de la peine privée est l'utilité. Imposer une peine par caprice n'aurait pas de sens. La peine doit produire des profits supérieurs à ceux que l'impunité produirait. Nous sommes d'avis d'écartier tout fondement moral de la peine. Le droit n'est pas un mécanisme moralisateur des comportements, mais un système coordonné qui facilite la vie des individus.

La discussion sur le fondement de la peine privée implique deux courants distincts : celui qui fonde la peine sur la justice rétributive, qui nous semble être un fondement dépassé (§ 1), et celui qui la fonde sur l'utilitarisme, qui nous semble être un fondement en vigueur (§ 2).

§ 1. La justice rétributive, un fondement dépassé

Pour la justice rétributive, l'individu qui commet un acte blâmable mérite d'être puni³²⁷. La notion de mérite est particulièrement importante dans ce domaine. La punition est la sanction que l'illicéité du contrevenant mérite. Peu importe si la punition ne profite aucunement à la société. La notion de liberté est également importante. L'individu n'a de limite que le droit d'autrui, et la transgression illicite de cette limite, par le seul fait qu'elle est commise, doit entraîner une pénalisation.

La punition rétributive a plusieurs objectifs. Elle sert à la satisfaction du désir naturel et humain de vengeance. Elle sert aussi à effacer le mal causé (expiation) et à désapprouver la conduite du contrevenant. La peine est donc un mécanisme à travers lequel la société et ses individus, par l'entremise des tribunaux, atteint ces objectifs³²⁸. C'est pourquoi la peine doit

³²⁷ P. PRATTE, « Le rôle des dommages punitifs en droit québécois », dans *Revue du Barreau*, t. 59, Québec, 1999, p. 455.

³²⁸ *Ibid.*, p. 455.

être proportionnelle à la frustration, au chagrin, à l'extension du mal causé, au niveau de désapprobation de la conduite, etc.³²⁹.

Pour la justice rétributive, la peine s'impose seulement sur la base d'une analyse rétrospective du comportement du justiciable. L'analyse est circonscrite au passé. Même si la punition ne permet de retirer aucune utilité ponctuelle, la peine doit s'imposer devant le fait illicite. En somme, d'après cette théorie, « le mal commis suffit à justifier l'imposition d'un autre mal »³³⁰.

Cette conception de la peine est en accord avec les doctrines religieuses que nous avons étudiées ci-dessus. Elle est aujourd'hui dépassée, puisque les motivations individualistes sur lesquelles la justice rétributive est fondée, à savoir la vengeance, l'expiation et la réprobation, ont laissé place aux intérêts collectifs, parmi lesquels on trouve le besoin de promouvoir la dissuasion des faits illicites par le biais de moyens juridiques.

Il est tout à fait possible que, lorsque Bello a rédigé son Code, sa conception de la peine et de la responsabilité ait été rétributive, car telle était la conception qui prévalait à cette époque. Aujourd'hui, cette conception est devenue désuète et doit être remplacée par le critère d'utilité.

§ 2. *L'utilitarisme, un fondement en vigueur*

D'après la conception utilitariste, la peine se justifie à condition qu'elle profite à un individu ou à la société³³¹. Et la peine est utile quand elle dissuade la récidive ou l'imitation. La peine ne cherche pas à moraliser l'acteur, mais à le contraindre afin que les dispositions légales soient prises. L'utilitarisme exprime la rationalité des individus qui, en tant qu'êtres rationnels, « réfléchissent et calculent avant d'agir »³³². En conséquence, la peine vise à

³²⁹ P. PONCELA, « Par la peine, dissuader ou rétribuer », dans *APD*, t. 26, Paris, Sirey, 1981, p. 65, note 17.

³³⁰ P. PRATTE, « Le rôle des dommages punitifs... », *op. cit.*, p. 456.

³³¹ P. PONCELA, « Par la peine, dissuader ou rétribuer » ..., *op. cit.*, p. 60.

³³² P. PRATTE, « Le rôle des dommages punitifs... », *op. cit.*, p. 458.

encourager les individus à respecter la loi, étant entendu que l'individu est rationnel, et qu'un individu rationnel ne souhaite pas être sanctionné.

L'utilitarisme prône l'imposition de peines caractérisées, c'est-à-dire de peines adaptées aux traits spéciaux de chaque contrevenant. Le caractère instrumental de la peine signifie en même temps la banalisation d'un hypothétique caractère moralisateur, ce qui signifie qu'il n'y a pas besoin d'une conduite profondément blâmable pour que la punition opère. Il suffit, en revanche, que la conduite soit de celles que l'on veut décourager³³³.

En se basant sur la rationalité de l'homme, la conception utilitariste de la peine prétend que la possibilité d'obtenir une récompense pour la dénonciation de comportements illicites encourage les victimes à déclencher l'appareil judiciaire. C'est pourquoi un utilitariste ne soutiendrait ni l'officiosité de la condamnation punitive ni son attribution à l'État ou aux fonds d'indemnisation.

³³³ « Animée d'un esprit neutre et sans souci moralisateur, la pénalité ne cherche pas à blâmer celui qui a transgressé la règle : les notions de mérite et démérite ne sont pas pertinentes ; nul besoin que la personne sanctionnée soit moralement responsable » : P. PRATTE, « Le rôle des dommages punitifs ... », *op. cit.*, p. 458.

Conclusion du chapitre 1

Outre les différences quant aux régimes de chacune, la peine privée et la responsabilité civile possèdent des principes généraux propres. Ceci nous permet de tracer un chemin vers la détermination de manifestations spéciales de chaque institution. Ces principes généraux correspondent à deux grands domaines permettant d'aborder la distinction : les critères d'imputation et les fondements de chaque sanction. Ainsi, tandis que les critères d'imputation de la responsabilité sont la faute et le risque, celui de la peine privée est la faute, laquelle est analysée en fonction des personnes et des cas spécifiques. Il est logique qu'il en soit ainsi. La peine existe pour punir, et le punissable est l'illicéité.

Il doit exister au moins une négligence pour pouvoir appliquer la punition. La faute doit être accompagnée de la conscience, qui est l'élément justifiant la censure. Ni la conscience ni la censure ne sont nécessaires pour engager la responsabilité civile. Il ne s'agit pas d'éléments essentiels pour responsabiliser quelqu'un, car il existe des régimes de responsabilités objectives et de responsabilités des personnes en état d'ivresse et des jeunes.

En ce qui concerne l'appréciation de la faute, les deux institutions montrent une différence fondamentale. En responsabilité, la faute s'apprécie en suivant la règle du comportement standardisé. Au juge correspond alors de comparer le comportement du défendeur avec celui que l'on attendrait de l'individu modèle. La parité ou la disparité résultant de la comparaison permet d'engager ou d'écarter la responsabilité.

En matière punitive, la démarche est différente. Le but dissuasif de la peine implique la correspondance du dosage punitif avec les conditions propres à la personne. La mesure punitive doit s'approcher autant que possible de l'accomplissement du but dissuasif, ce qui explique pourquoi l'on doit faire des considérations spéciales et non génériques. Voici l'équité dans sa plus haute expression. L'équité consiste à mitiger la rigueur et aggraver le laxisme selon les conditions propres à chaque situation, en fonction de la personne concernée.

Or, on peut noter une ressemblance en ce qui concerne les fondements philosophiques des deux institutions, en ce sens que la doctrine réfléchit à partir de raisonnements binaires. La justice corrective et la justice rétributive se disputent la place d'honneur dans le domaine de la responsabilité, tandis que la justice rétributive et l'utilitarisme se la disputent dans le domaine de la peine privée. Mise à part la ressemblance méthodologique, la dissimilitude substantielle est évidente.

Les débats sur le fondement gravitent autour de considérations différentes. La recherche du fondement de la responsabilité vise à répondre à la question de la justification du transfert du coût de réparation du patrimoine de la victime au patrimoine du responsable. Les débats sur le fondement de la peine privée prétendent résoudre l'interrogation sur le « pourquoi » de la punition civile.

La réponse à la première question ne nous intéresse pas dans ce travail. La réponse à la seconde choisit un fondement utilitariste en vertu duquel la peine doit s'imposer dans la mesure où des utilités individuelles ou collectives sont créées. L'utilité consiste à dissuader l'individu de récidiver ou d'imiter un comportement illicite. Cette conception de la peine privée n'a aucune prétention moralisatrice. De telles prétentions appartiennent à d'autres moments de l'histoire du droit, faisant heureusement partie du passé.

CHAPITRE 2

Les peines privées spéciales

La peine privée a beaucoup de manifestations en droit privé colombien. Nous analyserons deux peines privées qui ont été reconnues par le droit colombien : la résolution pour inexécution et la « responsabilité » pour atteintes aux droits fondamentaux, afin de souligner leurs traits et, surtout, de mettre en évidence leur autonomie par rapport à la responsabilité civile. Notre propos n'est pas de faire une liste des peines privées existant en Colombie, car une telle démarche, déjà suivie par d'autres juristes³³⁴, n'apporterait pas grand-chose à la démonstration de cette thèse.

Les critères de sélection des peines privées ont été les suivants : premièrement, le fait que la *communis opinio* nie l'entité punitive de la résolution³³⁵, hypothèse traditionnelle et unanime qu'il convient de remettre en question ; deuxièmement, la confusion introduite par la Cour suprême concernant les notions de peine et de réparation, confusion qui a eu lieu dans le cadre d'un litige où le demandeur avait subi des dommages portant atteinte à ses droits fondamentaux. Troisièmement, la source de chaque peine : la résolution, une peine d'origine contractuelle et légale (A) ; la « responsabilité » pour atteinte aux droits fondamentaux, une peine d'origine jurisprudentielle (B).

A. La résolution pour inexécution

Les Codes civils d'inspiration romano-germanique ont une clause générale de résolution pour inexécution³³⁶. Cette clause est incorporée dans tous les contrats

³³⁴ J. BUITRAGO, *El daño punitivo en la responsabilidad civil*, Bogotá, édition propia del autor, 2007, pp. 109-144.

³³⁵ E. DELL'AQUILA, *op. cit.*, pp. 155-157; F. HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, t. 2, v. 2, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016, § 1185, pp. 866-868; P. GROSSER, *Les remèdes à l'inexécution du contrat : essai de classification*, thèse, Paris 1, 2000, § 192, pp. 235 et s.; Y.-M LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, préf. H. Muir-Watt, Paris, LGDJ, 2004, § 195, p. 275 ; G. MARTY, P. RAYNAUD, *op. cit.*, p. 340.

³³⁶ Art. 1184 du code Napoléon, 1124 de la version actuelle (Ordonnance 2016-131) ; art. 1453 du Code civil italien, 1124 du Code civil espagnol et 1546 du Code civil colombien.

synallagmatiques, expressément ou non. La doctrine est féconde quant à la recherche de la nature juridique de la résolution. Plus que d'énoncer les théories et d'en débattre, ce qui nous intéresse ici est de prendre parti pour une de ces théories, en l'occurrence pour celle qui accorde une nature punitive à la résolution. Cette théorie est relativement minoritaire.

Nous contesterons les arguments présentés contre la nature punitive de la résolution, afin de mettre en évidence cette nature (§ 1). Nous montrerons ensuite l'autonomie de la résolution par rapport à la responsabilité civile (§ 2).

§ 1. Le caractère punitif de la résolution

L'entité punitive de la résolution résulte de plusieurs situations : l'unilatéralité de la sanction résolutoire, le besoin d'une faute comme critère d'imputation de l'inexécution et la gravité de l'inexécution.

Etant donné le caractère minoritaire de la thèse de la nature punitive de la résolution, il faut exposer et discuter les arguments en faveur de la négation de cette nature (a), en vue de réaffirmer son entité punitive (b).

a. La négation du caractère punitif de la résolution

La négation de la résolution est soutenue par trois arguments : en premier lieu, parce que la résolution est ouverte pour les deux contractants (i). En deuxième lieu, on ne considère la faute que comme un facteur se répercutant sur l'équilibre économique du contrat, ce qui signifie qu'elle n'est pas une condition de mise en œuvre. En troisième lieu, on prétend que l'hypothétique fonctionnalité punitive ne serait qu'accidentelle, et non fonctionnelle (iii).

i) La bilatéralité du remède résolutoire

La résolution n'est pas de nature punitive car elle représente un remède établi par la loi en faveur des deux parties. Lors de la conclusion du contrat, toutes deux ont la possibilité d'agir en justice afin d'anéantir le contrat. Cela signifie que, face à l'application de la résolution dans un cas concret, les deux parties, non seulement celle ayant rempli ses obligations, seraient affectés par les effets de ce remède. Autrement dit, les obligations et les droits des deux contractants seraient éteints³³⁷. En outre, les deux contractants deviendraient créanciers des restitutions réciproques en vertu de l'anéantissement du contrat.

En somme, ce courant doctrinal raisonne selon la logique que « ce qui est égal pour tout le monde ne procure pas d'avantage à personne ». Dès lors, en raison de sa bilatéralité³³⁸, on ne peut pas accorder de caractère punitif au remède.

ii) La faute et le déséquilibre économique du contrat

La faute ne s'apprécie pas en tant que punissable, mais en tant que cause d'un effet indésirable : le déséquilibre économique du contrat. Le contrat n'est pas anéanti par la faute, mais par le manque de confiance que ce dernier engendre. La confiance est un élément essentiel du contrat, dont la perte rompt l'équilibre économique³³⁹.

iii) L'hypothétique fonctionnalité punitive ne serait qu'accidentelle

La punition du contrevenant est un effet accidentel. Elle « n'est pas inscrite dans la finalité de l'institution »³⁴⁰. La résolution remplit une fonction économique essentielle. Une

³³⁷ P. GROSSER, *op. cit.*, § 267, pp. 325-326 ; § 300, p. 391 ; § 301, p. 393.

³³⁸ E. DELL'AQUILA, *op. cit.*, pp. 155-157.

³³⁹ Ph. STOFFEL-MUNCK, « Le contrôle à *posteriori* de la résiliation unilatérale », dans *Droit et patrimoine*, mai 2004, p. 72 ; P. GROSSER, *op. cit.*, § 276, p. 337 ; Y.-M LAITHIER, *op. cit.*, §§ 234-235, pp. 319-320.

³⁴⁰ T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, préf. L. Leveneur, Paris, LGDJ, 2007, § 234, p. 174.

telle fonction est donc sa raison d'être et sa fonction systématique. On ne peut pas en dire autant de la résolution.

Tous les arguments présentés contre la nature punitive de la résolution peuvent être contestés, afin de soutenir notre position quant au caractère punitif de la résolution.

b. Les déficiences des arguments contre la nature punitive de la résolution

L'affirmation de la nature punitive de la résolution implique une étape préalable : on doit réfuter les arguments adressés contre cette affirmation. La réfutation peut se résumer comme suit : la bilatéralité du remède est fausse (i). La thèse du déséquilibre économique est logiquement insoutenable (ii). Les sanctions civiles sont multifonctionnelles (iii).

i) La fausse bilatéralité du remède résolutoire

La résolution est sous-entendue dans le contrat. Les deux contractants, lors de la conclusion du contrat et dès avant son exécution, sont liés par les dispositions que cette figure a définies à l'avance. Cependant, lorsque le fait générateur de la sanction, c'est-à-dire l'inexécution, se produit, l'extinction des *droits* issus du contrat s'applique seulement à l'égard de la partie qui ne l'a pas rempli. En même temps, la résolution a un effet extinctif sur les *obligations* de l'autre partie (la victime).

Si le contrat est synallagmatique, si seule l'une des parties perd tous ses droits pour l'inexécution et si la contrepartie retient tout à la fois les siens, alors la déchéance des droits est une conséquence négative que l'on impose au contractant n'ayant pas rempli le contrat. En outre, le manquement sanctionné doit être fautif³⁴¹.

³⁴¹ *Contra* : P. GROSSER, *op. cit.*, § 192, p. 235 ; Y.-M. LAITHIER, *op. cit.*, § 195, p. 275. Ils ont dit que la fonction de la résolution n'est pas punitive : sa fonction est économique et de rétablissement.

Par contre, les obligations du contractant qui n'a pas rempli le contrat subsistent après le manquement³⁴². Sinon, l'autre contractant ne pourrait pas demander, avec la résolution, le versement de dommages et intérêts compensatoires, car ces derniers sont une conséquence de l'inexécution de l'obligation. Le paiement, qu'il soit en nature ou par équivalent, présuppose l'existence de l'obligation, d'où l'impossibilité d'affirmer sans se contredire que la résolution éteint les obligations des deux contractants et que celui qui a rempli le contrat peut cumuler la résolution et les dommages et intérêts compensatoires.

De deux choses l'une : ou les obligations des deux contractants s'éteignent à la résolution, et la partie qui a rempli le contrat ne peut donc pas cumuler la résolution et les dommages et intérêts compensatoires, ou les seules obligations à s'éteindre sont celles de la partie qui a rempli le contrat, auquel cas cette partie peut cumuler les sanctions comme l'exprime la clause générale de résolution.

D'autre part, quant aux restitutions réciproques et à leur bilatéralité, nous allons proposer une autre thèse impopulaire : une telle bilatéralité n'existe pas. La partie qui n'a pas rempli le contrat est tenue, elle exclusivement, de restituer. Elle perd, à cause de l'inexécution, le droit de recevoir ce que le contrat lui avait accordé. Ce droit est résolu, et la résolution implique rétroactivité, ce qui entraîne restitution³⁴³. Mais la résolution de ce droit ne concerne que le contractant qui n'a pas rempli le contrat. En conséquence, il est le seul affecté par les effets de la résolution, parmi lesquels l'obligation de restituer.

- ii) La perte de la confiance cause le déséquilibre économique du contrat : une conclusion qui ne s'infère pas des prémisses

L'argument contient quelques erreurs de logique argumentative. Il n'est pas vrai que la faute du débiteur qui ne remplit pas le contrat cause immanquablement la méfiance. Cela

³⁴² « Dans les contrats synallagmatiques, qui contiennent des engagements réciproques entre chacun des contractants, on met souvent pour condition résolutoire de l'obligation que contracte *l'un des contractants*, l'inexécution de quelqu'un des engagements *de l'autre* » : R.-J. POTHIER, *op. cit.*, 1824, § 672, p. 406.

³⁴³ Code civil, art. 1544.

devrait être prouvé dans chaque cas ponctuel de faute d'un débiteur. Mais, si l'on accepte hypothétiquement que la méfiance est une conséquence inévitable de la faute, le déséquilibre économique du contrat n'en est pas la conséquence irrémédiable. Plus encore : un tel déséquilibre peut exister avant la commission d'une faute. Prenons un contrat d'adhésion entre une personne physique et une grande entreprise de téléphonie mobile, une compagnie d'assurances, de services bancaires, etc. Le contrat naît déséquilibré, même s'il est exécuté loyalement et légalement par les deux parties.

On doit considérer que l'affirmation d'un déséquilibre économique suppose une appréciation quantitative des obligations à la charge de chaque contractant. Un déséquilibre surviendrait si l'onérosité affectait seulement l'une des parties, mais cet effet ne résulterait pas de la faute. Il peut être congénital ou survenir sans faute. Dans le cas contraire, la théorie de l'imprévision n'existerait pas.

iii) La multifonctionnalité des sanctions civiles

L'argument du caractère accidentel de la fonction punitive de la résolution n'est pas satisfaisant. La thèse selon laquelle la résolution est un mécanisme de sauvegarde économique et non de punition suppose la preuve que telle était l'intention des rédacteurs du Code quand ils ont rédigé la norme fondamentale sur la résolution. Une telle démonstration n'existe pas. En outre, il est tout à fait possible que telle n'ait pas été l'intention des codificateurs du XIX^{ème} siècle.

On sait que l'origine de la résolution se trouve dans le droit canon³⁴⁴, qui a structuré cette figure avec les mêmes fondements que ceux des autres sanctions. Il est probable que les législateurs du XIX^{ème} siècle aient conçu la résolution selon ces fondements et non pas selon les fondements économiques, apparus beaucoup plus tard.

³⁴⁴ E. DELL'AQUILA, *op. cit.*, pp. 45-63; A. ESMEIN, *op. cit.*, pp. 311-319.

c. L'affirmation du caractère punitif de la résolution : la faute et la gravité de l'inexécution

Nous avons contesté les arguments qui nient la nature punitive de la résolution. Nous allons maintenant présenter nos arguments en faveur d'un tel caractère. Ces arguments sont, d'une part, le besoin d'une faute comme condition de mise en œuvre de la résolution (i) et, d'autre part, la gravité que doit revêtir l'inexécution pour ouvrir droit à la résolution (ii).

i) La faute comme condition de la résolution

L'inexécution doit être fautive. Les clauses générales de résolution n'établissent pas le besoin d'une faute, mais si l'on interprète systématiquement les normes sur l'extinction des obligations, surtout la théorie des risques, on en déduit un tel besoin. L'impossibilité de remplir le contrat libère le débiteur via l'extinction de son obligation, à condition que l'impossibilité ne soit pas imputable à une faute³⁴⁵. En effet, l'article 1625/7 du Code civil érige « la perte de la chose due » comme mode d'extinction d'obligations³⁴⁶. Les Codes modernes, comme l'italien³⁴⁷ ou comme la nouvelle version du Code français³⁴⁸, parlent d'impossibilité survenue d'exécuter.

On peut en déduire ce qui est évident : une obligation peut seulement être inexécutée pour trois raisons : parce que son objet devient irréalisable ; parce que, bien qu'il demeure réalisable, une faute empêche son exécution ; ou parce que le débiteur a volontairement décidé de ne pas la remplir. Si l'obligation devient irréalisable, elle s'éteint, et donc le débiteur ne l'a pas inexécutée car une obligation inexistante ne peut nullement être inexécutée. Ainsi, étant donné que le fait générateur de la résolution est l'inexécution, cette sanction devient inapplicable.

³⁴⁵ F. HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, t. 1, 3.^a ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, § 626, pp. 776.

³⁴⁶ *Ibid.*, § 628, p. 780.

³⁴⁷ Art. 1256.

³⁴⁸ Art. 1351 qui a modifié l'article 1148 de la version originale.

Cela signifie que l'épreuve de l'impossibilité sert au débiteur non seulement pour exclure sa responsabilité, mais aussi pour empêcher la résolution contre lui. Ceci nous montre que l'élément subjectif fait partie des conditions de mise en œuvre de la résolution. Si un tel élément fait plutôt partie de l'action ou de l'exception est discutable. En revanche, le caractère essentiel de la faute comme déclencheur de la résolution est indiscutable.

La faute est une conduite blâmable. Dès lors, si le juge la considère comme le fait déclencheur de la sanction, il cherche à blâmer l'auteur à travers la sanction punitive. Parallèlement à la faute, il y a une autre condition de la résolution : la gravité de l'inexécution.

ii) La gravité de l'inexécution comme condition de la résolution

En Colombie, les clauses générales de résolution n'établissent pas la gravité de l'inexécution comme une condition de la résolution³⁴⁹. La jurisprudence, en revanche, est féconde quant à l'existence de cette condition³⁵⁰. La doctrine a reconnu l'essentialité que doit revêtir l'obligation inexécutée³⁵¹, tel que l'a fait la jurisprudence³⁵², ce qui équivaut à défendre le besoin de prouver l'essentialité du manquement.

Si l'obligation inexécutée est essentielle — on pense, par exemple, au versement du prix dans la vente — son inexécution sera inmanquablement essentielle, car elle portera sur l'une des prestations en vertu desquelles le contrat a été conclu. L'exigence de la gravité de l'inexécution se base sur l'obligation légale d'exécuter les contrats de bonne foi³⁵³. Prétendre se détacher du contrat devant un retard insignifiant ou devant l'inexécution d'une obligation

³⁴⁹ En France, la gravité de l'inexécution a été consacrée par la jurisprudence depuis 1908 (Civ. 1^{re}, 1/12/1908, *D.* 1909, 1, 420). En Italie, l'article 1455 du Code civil l'établit expressément.

³⁵⁰ CSJ, Salle de cassation civile, 11/09/1984, G. J., t. CLXXVI ; 7/03/1997, G. J. t. CCLV ; 19/10/2009, n° 05001 3103 009 2001 0026 01 ; 18/12/2009, n° 41001 3103 004 1996 0916 01.

³⁵¹ R. URIBE-HOLGUÍN, *De las obligaciones en general y de los contratos*, 2.^a ed., Bogotá, Temis, 1982, p. 233; avec des nuances, A. VALENCIA ZEA, A. ORTIZ, *Derecho civil*, t. 3, *Las obligaciones*, Bogotá, 9^a ed., Temis, 1998, § 43, p. 131.

³⁵² CSJ, Salle de cassation civile, 18/12/2009, n° 41001 3103 004 1996 0916 01.

³⁵³ Arts. 1603 du Code civil et 871 du Code de commerce.

non-essentielle serait contraire à la bonne foi³⁵⁴. Par ailleurs, une action en résolution fondée sur un manquement non-essentiel entraînerait un abus du droit à exercer l'action en résolution.

D'autre part, le droit colombien comprend une norme établissant l'essentialité. Il s'agit de l'article 64 de la loi 599 de 1999, portant approbation de la Convention sur la vente intentionnelle de marchandises. D'après la norme, la résolution est subordonnée au caractère « essentiel » de l'inexécution. Bien que cette norme soit applicable à un contrat spécial, son hypothèse normative est applicable à n'importe quel type de contrat par le biais de l'analogie. Et nul ne saurait dire que les peines n'admettent pas l'analogie. La résolution est la peine, équivalente dans la norme spéciale et dans le Code civil.

Plus que débattre sur l'application de l'interdiction de l'analogie en matière civile, il faut prendre en considération qu'une telle interdiction a au moins une exception : son application *in bonam partem*. Dans ce cas, un autre principe doit être appliqué : le principe de faveur ou de la loi la plus favorable.

Dans le cas que l'on analyse, il s'agit d'analogie *in bonam partem* car la norme spéciale pose une condition additionnelle pour imposer la peine : l'essentialité de l'inexécution, ce qui implique une charge majeure pour le requérant et un bénéfice pour le défendant, qui a un argument défensif additionnel : la manque de gravité de l'inexécution.

Nous avons présenté les arguments qui soutiennent la nature punitive de la résolution. Nous présenterons maintenant les arguments qui soutiennent l'autonomie de la résolution par rapport à la responsabilité.

³⁵⁴ R. ÁLVAREZ-VIGARAY, *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, Granada, Comares, 2003, p. 213.

§ 2. L'autonomie de la résolution par rapport à la responsabilité

La résolution déclenche un effet rétroactif qui se traduit par les restitutions. Bien que les restitutions ne soient pas rattachées à la réparation, leurs similitudes peuvent conduire à les confondre³⁵⁵. Cette confusion conduit certains auteurs à considérer la résolution comme un mécanisme de réparation³⁵⁶.

Nous présenterons nos arguments visant à écarter la nature réparatrice de la peine privée. Ces arguments cherchent, d'une part, à montrer la disparité entre les conditions des actions respectives (a) et, d'autre part, la disparité des domaines de remises en état par le biais des restitutions et de la réparation (b).

a. La disparité des conditions de l'action en restitution et de l'action en responsabilité

L'autonomie de la résolution est un corollaire des éléments essentiels de chacune. La résolution requiert une faute et une inexécution qualifiée, conditions qui pour la responsabilité ne sont qu'accidentelles. La faute n'est qu'un des faits déclenchant la sanction réparatrice contractuelle, car il existe des régimes de responsabilité contractuelle objective, qui n'ont pas besoin de cet élément. La gravité de l'inexécution n'est pas non plus un élément nécessaire pour ouvrir le droit à la réparation. La seule inexécution, accompagnée des autres conditions légales, donne lieu à la déclaration de la responsabilité du débiteur. Enfin, il est possible que la victime veuille conserver le contrat malgré l'inexécution, ce qui ne l'empêche pas de demander réparation.

Un doute subsiste cependant en ce qui concerne l'autonomie, si l'on analyse la nature des restitutions réciproques. Sont-elles des mesures intrinsèquement réparatrices ? Nous ne

³⁵⁵ Y.-M. SERINET, « Les domaines respectifs de la remise en état par voie de restitution et de réparation », dans *Études offertes à Geneviève Viney*, Paris, LGDJ, 2008, § 2, p. 867.

³⁵⁶ A. PINNA, *La mesure du préjudice contractuel*, préf. P.-Y. Gautier, Paris, LGDJ, 2007, troisième partie ; A. BOUSIGES, *Les restitutions après annulation ou résolution d'un contrat*, thèse, Poitiers, 1982, pp. 348-350.

le croyons pas, car les domaines des rétablissements restitutifs et indemnitaires sont bel et bien différents.

b. Restitution et réparation : domaines distincts du rétablissement

Les causes de la restitution et de la réparation sont différentes. Leurs effets le sont aussi. La cause des restitutions est l'extinction des droits du débiteur qui a inexécuté le contrat. L'extinction est la conséquence logique de l'extinction rétroactive des obligations de l'autre contractant. Autrement dit, l'inexécution est une condition résolutoire des obligations à la charge du contractant ayant rempli le contrat³⁵⁷ et des droits corrélatifs de celui qui ne l'a pas rempli³⁵⁸. Devant une telle situation, il faut restituer les prestations exécutées *pendente conditione*, mais seul celui qui a reçu les prestations en vertu du droit résolu est obligé d'effectuer les restitutions.

Bien que les restitutions facilitent la remise en état, cette dernière n'est que le résultat de tout remboursement ou restitution. Mais ce résultat ne signifie pas en lui-même l'indemnisation de la victime. En effet, la victime peut subir beaucoup de préjudices à cause de l'inexécution, sans que les restitutions impliquent pour autant leur réparation. On songe, par exemple, aux préjudices extrapatrimoniaux, aux intérêts moratoires ou à la perte de chance, qui peuvent être l'objet de postes indemnitaires hors restitutions³⁵⁹.

De même, la nature réparatrice des restitutions est encore plus douteuse si l'on analyse le régime d'imputation de la responsabilité. Si les restitutions constituent une forme de réparation, celles-ci et la résolution sont donc des institutions de la responsabilité civile. Dès

³⁵⁷ Code civil, art. 1625/9.

³⁵⁸ Code civil, art. 1536.

³⁵⁹ Un auteur a proposé trois critères de distinction : l'esprit de chacune, car la restitution est « fatale, automatique, tandis que la réparation est un droit plus raffiné, plus élaboré, ne serait-ce que parce qu'il fait appel à des conditions particulières » ; le fondement, car celui des restitutions est objectif, tandis que celui de la réparation est subjectif ; le critère technique, car les restitutions tendent « à corriger les flux patrimoniaux intervenus à la faveur du contrat en organisant la réintégration d'un bien », tandis que la réparation vise à rendre indemne à la victime : Y.-M- SERINET, *op. cit.*, § 3, p. 870.

lors, si le régime de responsabilité de l'obligation inexécutée est subjectif, le créancier doit prouver la faute du débiteur pour ouvrir droit à la réparation, mise en œuvre avec les restitutions. Mais la réalité est toute différente. Les restitutions doivent se faire indépendamment du fait qu'il y ait une faute du débiteur³⁶⁰ ; ils doivent se faire même si le régime de responsabilité est objectif.

Nous considérons que les restitutions à la charge du contractant qui n'a pas rempli son contrat trouvent leur raison d'être dans le besoin d'empêcher l'enrichissement sans cause qu'entraînerait la conservation des choses reçues³⁶¹. La résolution du droit de les saisir rend la saisie injustifiée. Et le manque de justification impose la restitution, que ce soit pour une prétention spécifique ou d'office³⁶².

Un tel mécanisme contre l'enrichissement sans cause ne peut pas être contesté sous le prétexte de la subsidiarité de l'*actio in rem verso*, car notre argument n'affecte pas cette subsidiarité. La restitution de ce qui a été payé sans cause s'effectue via l'action en résolution, et non par le moyen de l'*actio in rem verso*. Il va de soi que la première est la plus importante.

Après avoir analysé cette peine, dont l'origine est tant légale que contractuelle, nous allons étudier une peine d'origine jurisprudentielle : la « responsabilité » pour atteinte aux droits fondamentaux.

³⁶⁰ C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions, responsabilité*, préf. J. Ghestin, Paris, LGDJ, 1992, §§ 150-151.

³⁶¹ N. CATALA, *La nature juridique du payement*, préf. J. Carbonnier, Paris, LGDJ, 1961, § 224 ; *contra* : C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions, responsabilité*, préf. J. Ghestin, Paris, LGDJ, 1992, § 641 ; A. BOUSIGES, *op. cit.*, pp. 348 et s.

³⁶² F. HINESTROSA, «Las restituciones consecuenciales a la terminación del contrato», en *Estudios de derecho privado en homenaje a Christian Larroumet*, Bogotá, Universidad del Rosario y Fundación Fernando Fueyo, 2008, p. 464.

B. La « responsabilité » pour atteinte aux droits fondamentaux

La Cour suprême a accordé une indemnisation pour dommage aux droits fondamentaux³⁶³. L'arrêt présente des arguments qui montrent l'imposition dissimulée d'une peine privée pour la lésion des droits fondamentaux. Les arguments de la Cour (§ 1) ne se limitent pas au cas concret, car les effets de l'arrêt (§ 2) ont des répercussions générales.

§ 1. *Les arguments de la Cour*

Selon la Cour, ce dommage est une « [...] atteinte à un droit inhérent de l'être humain ». Quant à la sanction, la Cour a dit que, en raison du caractère privé de l'affaire, la sanction doit être pécuniaire, par opposition à la protection accordée en procès de tutelle (actions constitutionnelles de sauvegarde des droits fondamentaux), dont les condamnations consistent en obligations de faire et de ne pas faire.

La Cour a aussi dit que la condition de droit de la personne de cette figure met en évidence « ses profondes racines privatistes ». Cette condition, selon la Cour, restreint l'intérêt à agir (*legitimatio ad causam*). La restriction consiste à empêcher l'action en justice de personnes autres que la victime directe. Cette dernière est la seule à avoir le droit d'agir légitimement. En outre, la victime directe ne peut pas transférer son droit issu de la décision judiciaire, car un tel droit lui appartient de façon exclusive.

La Cour a d'abord distingué la lésion de ses conséquences, en précisant que l'objet de la réparation sont les conséquences. Cependant, la Cour a ensuite contredit maintes fois cette précision. En se fondant sur l'idée que l'intérêt de la victime vise à la « revendication de sa dignité plutôt qu'à sa réparation », la Cour conclut que le juge ne peut pas nier la réparation, bien qu'elle vienne d'affirmer qu'il ne s'agissait pas de réparer, en raison du manque de preuves concernant les effets de la lésion.

³⁶³CSJ, Salle de cassation civile, 5/08/2014, n° 11001 3103 003 2003 00660 01.

Quant à la réparation des préjudices extrapatrimoniaux, la Cour a ratifié la règle de l'équité, suivant laquelle le juge doit accorder au cas par cas les réparations, en renonçant aux paramètres généraux et aux règles d'application automatique. Or, malgré la règle de l'équité qu'elle a établie, au moment de fixer la mesure de la réparation du dommage au droit fondamental, la Cour s'est cantonnée à décrire la lésion, sans rien dire sur ses conséquences.

Enfin, la Cour a fixé le montant de l'indemnisation du dommage aux droits fondamentaux à 20 000 000 de pesos colombiens, après avoir dit que ce nombre était le corollaire incontestable des conséquences préjudiciables de l'atteinte au droit fondamental à la réputation des demandeurs. En se référant au dommage au droit fondamental dans l'affaire *sub iudice*, la Cour a manifesté que celui-ci « existe lorsque l'on démontre la violation fautive de ce bien juridique (la réputation), sans que l'existence d'aucune autre conséquence soit nécessaire ».

Nous pouvons conclure que la Cour, bien que sans le dire expressément, a consacré une peine privée dont le fait générateur est la faute consistant à violer les droits fondamentaux³⁶⁴. Il est possible que la Cour ait voulu prévenir les contestations que l'opinion lui aurait adressées si elle avait confessé que la sanction pour la lésion des droits fondamentaux était la peine privée. Pour ce faire, elle a contredit ce qu'elle avait d'abord affirmé : l'objet de la réparation est l'effet ou les effets de la lésion du droit fondamental. Cette affirmation a été démentie par cette même Cour dans le même arrêt, de façon explicite, avec des fragments démontrant clairement un revirement de position.

Quoi qu'il en soit, la Cour a imposé une sanction civile à une conduite fautive consistant à transgresser un droit fondamental. Qu'on le veuille ou non, cela signifie que la sanction n'est pas une mesure conduisant à réparer des préjudices, mais une peine privée conduisant à punir celui qui a porté atteinte à un droit fondamental d'autrui. Si la prétention

³⁶⁴ CSJ, Salle de cassation civile, 30/09/2016, n° 05001 3103 003 2005 00174 01.

de la Cour avait été de commander la réparation intégrale de la victime, elle aurait analysé ponctuellement les répercussions que la lésion lui avait causées, afin que la mesure, autant que possible, répare « tout le préjudice, mais rien que le préjudice ».

Parler d'un nouveau préjudice est donc une erreur. Tous les dommages sont des lésions de droits³⁶⁵, qu'il s'agisse de droits constitutionnels ou non. En termes de responsabilité, la technique montre qu'il s'agit de réparer, et que l'objet réparable est l'ensemble des conséquences issues de la lésion³⁶⁶. En conséquence, il ne faut pas ériger un « autre » préjudice extrapatrimonial, car toutes les atteintes extrapatrimoniales sont déjà comprises dans les chefs de préjudice moral et de préjudice d'agrément (ce dernier est appelé en Colombie *perjuicio a la vida de relación*), et qui sont les seuls préjudices extrapatrimoniaux reconnus jusqu'à la date de l'arrêt.

Autrement dit, si la Cour avait voulu remplir le rôle inhérent à la responsabilité, c'est-à-dire la réparation intégrale des préjudices, elle aurait alors dû considérer les preuves des conséquences issues de l'atteinte portée au droit, afin de prononcer une condamnation remplissant les paramètres établis pour la réparation des préjudices extrapatrimoniaux. La Cour avait même la faculté de monter le plafond de l'indemnisation en raison du caractère fondamental du droit transgressé. Si le souhait d'établir un préjudice nouveau était incontournable, la Cour devait le traiter comme tel, c'est-à-dire en admettant que la lésion avait causé des effets préjudiciels aux victimes du cas *sub judice*, lesquels devaient être réparés d'une manière ou d'une autre.

Vu que la Cour n'a pas agi ainsi, mais a sanctionné purement et simplement la lésion, on peut en déduire qu'elle a établi un mécanisme punitif face à un fait générateur concret : la faute consistant à violer un droit fondamental. L'établissement de ce mécanisme punitif nous

³⁶⁵ En ce sens, M.-C. M'CAUSLAND : « toute dommage — que ce soit matériel ou immatériel — suppose la violation à un droit fondamental [...] » : *op. cit.*, p. 44.

³⁶⁶ J. ORTSCHIEDT, *La réparation du dommage dans l'arbitrage commercial international*, Paris, Dalloz, 2001, § 1, pp. 1-2 ; X. PRADEL, *Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité*, préf. P. Jourdain, Paris, LGDJ, 2004, § 15.

permet d'affirmer que dans notre droit privé il existe déjà une peine privée d'origine jurisprudentielle.

L'arrêt que nous venons d'analyser a eu au moins un effet considérable.

§ 2. L'effet principal de l'arrêt

En Colombie, il existe un système de précédents jurisprudentiels dans toutes les spécialités juridictionnelles³⁶⁷. Le juge colombien, du moins dans la haute juridiction, est créateur de droit³⁶⁸. On doit donc en conclure que notre droit privé sanctionne de manière punitive la faute consistant en la violation d'un droit fondamental. Or, à l'hypothétique et discutable argument qu'une seule décision ne constitue pas un précédent, on doit répondre, en premier lieu, que le caractère obligatoire du précédent se base sur le droit fondamental à l'égalité. Cela signifie que, si quelqu'un demande l'imposition de la peine pour violation d'un droit fondamental, il n'y a pas de raison valable de rejeter sa prétention sous prétexte de manque de précédent. Au contraire, si quelqu'un invoque et prouve ce qui a été invoqué et prouvé dans le litige tranché par la Cour, le juge doit lui accorder les mêmes choses.

En deuxième lieu, en matière contentieuse-administrative, le précédent est consolidé³⁶⁹. Sous le nom de « dommage immatériel pour atteinte aux biens ou aux droits conventionnellement et constitutionnellement sauvegardés », le Conseil d'État a prononcé des peines privées contre la puissance publique. Même si le Conseil d'État a dit, comme la Cour, que l'objet de la réparation est l'ensemble des conséquences issues de la lésion du droit, beaucoup de ses arrêts ne tiennent pas compte de telles conséquences³⁷⁰.

³⁶⁷ C. BERNAL PULIDO, «El precedente en Colombia» ..., *op. cit.* p. 93.

³⁶⁸ C. GAVIRIA DÍAZ, «Una explicación necesaria», en *Sentencias. Herejías constitucionales*, Bogotá, Fondo de Cultura Económica -filial Colombia-, 2002, pp. XIII y XIV.

³⁶⁹ Sur ce sujet, voir les arrêts suivants : CE, n^{os} 26251, 27709, 28804, 28832, 31170, 31172, 32988 y 36149, du 28/08/2014.

³⁷⁰ M.-C. M'CAUSLAND, *op. cit.*, p. 43.

De même, le Conseil d'État a fixé les critères d'unification en matière de préjudices extrapatrimoniaux, dans un document explicatif qui stipule expressément la possibilité d'imposer des « mesures de réparation non indemnitaires ». La détermination de ces mesures dans les cas particuliers dépend de facteurs tels que « l'importance du cas » « la gravité des faits », « la réprobation des violations des droits humains », etc. Cela équivaut à choisir l'analyse de facteurs étrangers au préjudice et inhérents à la conduite, afin d'imposer la mesure. Cette dernière, bien que le Conseil d'État l'appelle mesure réparatrice, est tout à fait punitive.

En troisième lieu, le droit à l'égalité, socle du précédent et de son caractère obligatoire, n'admet pas de dérogations. Il est absolu, ce qui implique que la spécialité juridictionnelle n'est nullement un critère pour la non-application du précédent jurisprudentiel. Les mêmes lésions doivent entraîner les mêmes sanctions juridiques, que le responsable soit un particulier ou l'État. C'est pourquoi nous pensons que les précédents du Conseil d'État en matière de lésion aux droits fondamentaux sont aussi des précédents pour les juges civils. Nous pouvons tirer cette conclusion en nous basant non seulement sur l'argument de l'égalité, mais aussi sur la jurisprudence de la Cour constitutionnelle qui, dans une décision d'unification³⁷¹, a précisé les différences entre le précédent horizontal et le précédent vertical, en indiquant que ce dernier rassemble les décisions « des hautes Cours »³⁷² sans se borner à chaque spécialité.

³⁷¹ Les décisions d'unification cherchent à établir des principes généraux quant à la protection des droits fondamentaux.

³⁷² Décision SU-074 de 2014.

Conclusion du chapitre 2

Quant aux peines privées spéciales, l'analyse de la résolution pour inexécution et de la « responsabilité » pour lésion des droits fondamentaux confirme l'hypothèse que nous avons émise : toutes deux ont une nature punitive. La résolution a un tel caractère en raison de la nécessité d'une faute pour sa mise en œuvre et de la qualification, fautive ou essentielle, que doit revêtir l'inexécution. Les deux facteurs, faute et gravité de l'inexécution, ainsi que la perte des droits contractuels du contractant qui n'a pas rempli le contrat, mettent en lumière l'entité punitive de la sanction.

On peut aussi conclure que la sanction résolutoire et la sanction réparatrice sont autonomes. Les conditions de la résolution, faute et inexécution, sont indépendantes du succès de l'action en responsabilité. De même, le succès de l'action résolutoire ne dépend pas de l'existence de préjudices. On ne peut pas non plus prétendre que les restitutions réciproques sont une manière de réparer la victime. À proprement parler, les restitutions ne sont pas réciproques. Le débiteur qui n'a pas rempli le contrat est le seul à devoir les effectuer, car il est le seul contractant ayant perdu le droit de saisir les choses reçues. En tout cas, il ne doit pas les restituer pour réparer un préjudice, mais pour empêcher un enrichissement sans justification.

D'autre part, la « responsabilité » pour lésion des droits fondamentaux est une peine privée, malgré le nom que la Cour lui a donné. La Cour impose une sanction pécuniaire devant la seule constatation de l'atteinte à un droit fondamental. Pour fixer le montant de « l'indemnisation », la Cour ne considère pas les effets de l'atteinte, bien qu'ayant dit qu'elle le ferait. En revanche, elle détermine sans réflexion un montant quelconque, en précisant que son objet n'est pas de réparer la victime mais de revendiquer les droits de cette dernière. En conclusion, on peut reconnaître une logique punitive, et non réparatrice, dans les arguments de la Cour.

Comme en Colombie le précédent jurisprudentiel est obligatoire, cet arrêt est une raison suffisante pour affirmer l'officialisation de la peine privée lorsque la faute consiste en une atteinte aux droits fondamentaux d'autrui. Le fondement axiologique qui justifie le caractère obligatoire du précédent est l'égalité, ce qui signifie qu'un juge de hiérarchie inférieure qui connaît des faits semblables doit résoudre le cas sur la base des mêmes arguments, sous peine de violer le droit fondamental à l'égalité.

De même, les multiples précédents de la juridiction administrative³⁷³ obligent les juges de la juridiction civile à prendre en compte ces précédents en accord avec le *ratio decidendi* de l'arrêt unique de son supérieur fonctionnel. En outre, le juge civil ne saurait négliger le fondement du précédent, l'égalité, sous prétexte que l'argumentation diffère selon que la nature du responsable soit publique ou privée, car cela l'obligerait à résoudre des cas similaires avec des arguments et des condamnations différentes.

³⁷³ En Colombie, le juge administratif est un juge judiciaire. Le contentieux-administratif fait partie du pouvoir judiciaire.

CHAPITRE 3

Ce que la peine privée n'est pas

La peine privée est semblable à d'autres institutions, notamment à la réparation en nature (A) et à la cessation de l'illicite (B), avec lesquelles la peine privée a des éléments en commun. Nonobstant les similitudes, les institutions diffèrent quant à leurs éléments essentiels.

A. La réparation en nature n'est pas une peine privée

La réparation des préjudices doit être intégrale. Cela signifie qu'il faut réparer tous les postes des préjudices et cela dans la mesure de leur extension. Ni la clause générale de responsabilité pour faute³⁷⁴ ni les normes processuelles qui établissent le principe de la réparation dite intégrale³⁷⁵ n'obligent à réparer pécuniairement. Le responsable peut réparer en nature³⁷⁶. Le manque d'équivalence quantitative entre le préjudice subi et la mesure de la réparation en nature peut conduire à penser que cette dernière est une forme de peine privée.

Pourtant, ce raisonnement est erroné car le fondement de la condamnation réparatrice (§ 1) diffère de celui de la peine et également parce que la réparation en nature peut s'imposer même en l'absence du fondement de la peine (§ 2).

§ 1. Le préjudice, fondement de la réparation en nature

Le critère distinctif de la peine privée et de la réparation est ce qui, selon les termes de M^{me} Roujou de Boubée, constitue le fondement de chaque condamnation : la faute, fondement de la peine privée ; le préjudice, fondement de la réparation. En partant de ce

³⁷⁴ Code civil, art. 2341.

³⁷⁵ Code général du procès, art. 283/4. ; loi 446 de 1998, art. 16.

³⁷⁶ A. SOLARTE, «La reparación *in natura* del daño», en *Universitas*, v. 54, n.º 108, 2005, pp. 187-238; del mismo autor, «El principio de reparación integral del daño en el derecho contemporáneo», en *La responsabilidad civil en el siglo XXI*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana y Diké, Medellín, 2009, p. 130.

principe, on doit conclure rationnellement que, bien que la réparation soit en nature, son fondement est le préjudice ; ce dernier justifie la condamnation et sa preuve est nécessaire pour prononcer la déclaration de responsabilité du défendeur.

Un autre argument, qui serait d'ailleurs suffisant pour corroborer l'affirmation précédente, est l'argument linguistique. La réparation en nature est une expression qui dénote précisément une forme de réparation, et ce qui est réparable est le préjudice. Dès lors, l'opérativité des mesures de réparation en nature se concrétise dans le cadre d'un procès en responsabilité civile dans lequel le requérant doit prouver les conditions de la responsabilité.

Au demeurant, la réparation en nature est la forme de réparation par excellence. Le sens original du verbe réparer en espagnol est « amender, corriger ou remédier »³⁷⁷. La réparation en nature prône l'effacement du préjudice du monde des faits et est donc la forme prioritaire de la réparation. Ceci n'est pas toujours possible, d'une part, parce que sa viabilité dépend du type de préjudice, dans la mesure où celui-ci doit avoir la capacité de « se ramener, se recomposer, presque dans le monde physique »³⁷⁸ ; d'autre part, parce qu'il est possible que le demandeur veuille seulement une réparation pécuniaire, auquel cas nul ne pourrait l'obliger à accepter une réparation en nature.

Le fondement de la peine privée est un autre élément que l'on doit considérer pour écarter la nature de peine privée de la réparation en nature.

§ 2. *La faute, un élément contingent pour la réparation en nature*

D'après la thèse de M^{me} Roujou de Boubée³⁷⁹, le fondement de la peine privée, la faute, est un élément contingent face à la viabilité de la condamnation à réparer en nature. En effet, cette forme de réparation est applicable, que le régime soit subjectif ou objectif. En

³⁷⁷ Dictionario de la Lengua Española, <http://dle.rae.es/?id=W0NbaIw> (consulté le 13/04/2017).

³⁷⁸ A. SOLARTE, «El principio de reparación integral del daño en el derecho contemporáneo», *op. cit.*, p. 130.

³⁷⁹ *Op. cit.*, p. 59.

conséquence, on ne peut pas considérer que la réparation en nature soit une forme de peine privée, car cette dernière requiert un facteur subjectif d'imputation³⁸⁰.

On peut confondre à tort la peine privée avec la cessation de l'illicite.

B. La cessation de l'illicite n'est pas une peine privée

Le droit privé colombien consacre des actions de cessation de l'illicite. Tant le Code civil que la loi 472 de 1998 ont établi des actions visant à prévenir la survenance du dommage éventuel. Dans l'introduction de cette thèse, nous avons manifesté que la responsabilité ne couvre pas la prévention des dommages³⁸¹, bien que le Code civil consacre des actions de dommage contingent dans le chapitre où il régle la responsabilité. Au-delà du débat sur l'aptitude préventive de la responsabilité civile, qui ne fait pas partie essentielle de notre thèse, nous devons déterminer si les actions en cessation de l'illicite peuvent se considérer ou non comme des peines privées.

L'importance d'une telle analyse résulte de ce que le commandement de cessation de l'illicite est précisément une mesure sanctionnatrice qui résulte de la démonstration judiciaire d'un fait illicite pouvant potentiellement causer des dommages³⁸². Le commandement de cessation de l'illicite est donc une sanction du fait illicite, ce qui l'apparente à la peine privée.

Malgré leur similitude, la peine privée et l'injonction de cessation de l'illicite sont tout à fait distinguables car, d'une part, une faute n'est pas nécessaire pour imposer cette dernière (§ 1) et, d'autre part, parce que la cessation de l'illicite a un caractère objectif, ce qui la dissocie de l'individu obligé de remplir la cessation (§ 2).

³⁸⁰ « La peine privée suppose naturellement la faute » : ROUJOU DE BOUBÉE, *op. cit.*, p. 65; « Nul n'imaginerait voir prononcée une peine privée en l'absence de faute »: B. BARRY, *op. cit.*, § 283, p. 333.

³⁸¹ *Contra*, C. THIBIERGE, « Libres propos sur l'évolution du droit de la responsabilité (vers un élargissement de la fonction de la responsabilité civile ?) », dans *RTD civ.* 1999, § 3, pp. 561-584 ; C. SINTEZ, *op. cit.*, *passim* ; D. TAPINOS, *Prévention, précaution et responsabilité civile. Risque avéré, risque suspecté et transformation du paradigme de la responsabilité civile*, préf. N. Molfessis, Paris, L'Harmattan, 2008, *passim*

³⁸² C. BLOCH, *la cessation de l'illicite...*, *op. cit.*, § 10-1, p. 23.

§ 1. L'inanité de l'imputabilité de la faute

Selon le système punitif que nous avons élaboré dans la rubrique de la théorie générale, le seul fait générateur pouvant être rattaché à la lésion des droits de la victime est la faute, laquelle est aussi le critère nécessaire et suffisant d'imputation de la peine privée. Mais la faute doit aussi être imputable, c'est-à-dire que l'auteur doit avoir agi en connaissance de l'illicéité de son comportement. Ceci est nécessaire en raison du fondement utilitariste de l'institution et de sa finalité dissuasive.

L'article 2359 du Code civil attribue l'intérêt à agir à celui qui « menace des personnes indéterminées par négligence ou imprudence ». Cela signifie qu'il doit y avoir un acte fautif de la part du défendeur. Nous devons donc déterminer si la faute doit être commise en connaissance de l'illicéité ou s'il suffit plutôt de contrevenir imprudemment ou négligemment à la règle de conduite concernée. Nous prendrons parti pour la seconde alternative : la connaissance n'est pas nécessaire.

En premier lieu, le Code n'exige pas l'imputabilité de la faute car il permet d'imputer la faute aux enfants et aux personnes en état d'ivresse ; en second lieu, le but de l'action est de mettre le fait éventuellement dommageable « en conformité avec la règle de droit »³⁸³. La cessation de l'illicite ne cherche pas la récrimination d'une conduite, mais la remise en état d'une règle qui a été transgressée, afin de prévenir les effets dommageables de la transgression³⁸⁴.

La loi 472 de 1998, qui définit le mécanisme processuel de sauvegarde des droits et intérêts collectifs, a établi que l'action doit s'interposer contre toute personne publique ou

³⁸³ *Ibid.*, § 10-1, p. 23.

³⁸⁴ « Les critères de désignation du débiteur de cessation de l'illicite sont prospectifs et objectifs : la cessation de l'illicite ne détermine pas son débiteur en fonction d'un jugement de valeur sur son propre comportement mais simplement au regard de son aptitude actuelle à mettre un terme à la situation illicite » : *Ibid.*, § 11-1, p. 24.

privée qui par action ou par omission viole ou menace le droit ou l'intérêt collectif. La loi ne mentionne pas la faute³⁸⁵, ce qui nous montre que l'analyse de l'imputabilité n'est pas pertinente lorsque l'action en cessation de l'illicite est fondée sur cette loi.

Le caractère prospectif et objectif de l'action en cessation de l'illicite remet en cause son éventuelle nature punitive.

§ 2. Action en cessation de l'illicite : action prospective et objective

En raison du caractère prospectif et objectif de l'action, celle-ci peut être adressée contre toute personne pouvant faire cesser l'illicite³⁸⁶. Plus encore : si le demandeur de l'action en cessation ne connaît pas le contrevenant et si la voie processuelle qu'il choisit est l'action dite populaire, le juge doit se charger de trouver le contrevenant et de prononcer l'injonction contre lui³⁸⁷.

Le caractère prospectif de l'action implique que le demandeur ne cherche pas à ce que l'on juge une conduite passée et blâmable ; le juge ne doit pas non plus faire de tels jugements. La prétention de l'acteur a des buts prospectifs : la sauvegarde de l'ordre juridique et la prévention efficace du dommage. Ni le juge ni le demandeur ne cherchent à apprécier le comportement de personne, car l'objectif de l'action est de rétablir l'ordre juridique et non pas de dissuader.

D'autre part, l'action en cessation, quelle que soit sa modalité, est une action publique³⁸⁸. Ceci se traduit par l'impossibilité de se désister de la prétention, ce qui enterre

³⁸⁵ Loi 472 de 1998, art. 14.

³⁸⁶ « Tendait simplement à faire cesser une situation illicite, l'action en cessation désigne son débiteur en fonction de critères purement objectifs. Elle s'adresse à toute personne, fautive ou non, qui dispose des moyens matériels et juridiques de mettre fin à l'illicéité » : C. BLOCH, *La cessation de l'illicite...*, *op. cit.*, § 295, p. 349.

³⁸⁷ Loi 472 de 1998, art. 14.

³⁸⁸ J. HENAO HIDRÓN, *Derecho procesal constitucional*, 2^a ed., Bogotá, Temis, 2006, pp. 60-76.

définitivement toute idée de punition dans l'action en cessation, car la peine, en tant que destinée à bénéficier au demandeur, peut être sujette à désistement.

Conclusion du chapitre 3

Malgré les similitudes entre la peine privée, la réparation en nature et la cessation de l'illicite, on ne doit pas tomber dans l'erreur de penser que celles-ci sont des espèces de celle-là. La réparation en nature, tel que son nom l'indique, est une forme de réparation, et appartient donc à la responsabilité civile. Le préjudice est le fondement, ainsi que l'une des conditions de la condamnation à réparer en nature.

La cessation de l'illicite est une mesure de prévention de dommages dont le caractère prospectif et objectif est le trait principal. Cela signifie que le commandement ne vise ni à punir le coupable ni à le dissuader, mais à prévenir la survenance d'un dommage éventuel en corrigeant un comportement qui s'écarte du droit. Par conséquent, la cessation de l'illicite ne requiert pas l'imputabilité de la faute, car elle ne sanctionne pas la décision informée de commettre le fait illicite, mais sa commission brute, afin de prévenir un résultat dommageable.

Conclusion du titre 2

La régulation générale de la peine privée doit se faire en fonction d'un seul et nécessaire critère d'imputation : la faute. Elle doit être appréciée *in concreto*, c'est-à-dire en considérant les circonstances internes de l'acteur, et non en comparant son comportement avec celui de l'homme modèle placé dans les mêmes circonstances externes. La régulation générale doit aussi se faire en fonction d'un fondement qui justifie l'imposition d'une peine privée. Ce fondement est l'utilitarisme. L'imposition d'une peine doit obéir au besoin de dissuader les comportements illicites, et non au désir de pénaliser le coupable ou d'assouvir une vengeance. En d'autres termes, la peine doit être un moyen d'atteindre un but utile : la dissuasion. Elle ne doit pas être un but en soi.

Sur la base de ce critère d'imputation et de ce fondement philosophique, notre droit privé a développé, parmi d'autres, deux peines privées : la résolution pour inexécution et la « responsabilité » pour atteinte aux droits fondamentaux. Le fonctionnement de la résolution exige une faute et une inexécution qualifiée, ce qui l'érige en peine privée. Pour sa part, le fonctionnement de la « responsabilité » pour atteinte aux droits fondamentaux exige une faute consistant précisément en la transgression du droit fondamental, sans qu'il y ait besoin de prouver les effets de l'atteinte.

Enfin, d'autres institutions, comme la réparation en nature et la cessation de l'illicite, n'entrant pas dans le cadre des éléments de la théorie générale de la peine privée. On ne peut donc pas leur assigner une telle nature. La réparation en nature peut ignorer la faute, si celle-ci est imposée dans le cadre d'un régime objectif de responsabilité. De son côté, la cessation de l'illicite peut ignorer l'imputabilité grâce au caractère prospectif et objectif de l'action.

Conclusion de la première partie

La peine privée et la responsabilité civile sont des institutions autonomes. Leurs naissances et leurs développements sont apparus à différents moments. Leurs buts étaient également différents. La peine privée est née lorsque le droit était seulement punitif, pour sanctionner l'atteinte illicite d'intérêts privés. Elle n'est pas née pour réparer les préjudices issus de cette atteinte. Son développement s'est étendu jusqu'à la promulgation du Code de Bello qui, en s'inspirant du Code Napoléon, l'a consacrée comme mécanisme de punition de la faute, en vue d'obtenir tout à la fois la punition et la dissuasion.

La responsabilité civile, dont la naissance est très ultérieure à celle de la peine, est née avec un double but : punir le coupable et réparer intégralement les préjudices endurés par la victime. Cette double nature est le corollaire de l'immixtion de la religion dans le droit. Elle ne résulte pas d'une caractérisation naturelle de la responsabilité. La perte d'importance de la « punition réparatrice » en faveur de l'objectivation de la responsabilité en est la preuve.

L'autonomie de la peine privée à l'égard de la responsabilité civile implique que l'on doit leur appliquer leurs propres règles et principes. Par conséquent, les craintes souvent exprimées à l'encontre de l'officialisation de la peine privée sont sans fondement, car elles se basent sur l'idée erronée que la peine privée appartient à la responsabilité civile.

SECONDE PARTIE

LE RÉGIME DE LA PEINE PRIVEE

Dans la première partie, nous avons présenté les arguments conduisant à structurer l'officialisation de la peine privée en droit privé colombien. Comme nous pensons avoir atteint cet objectif, nous présenterons dans cette seconde partie les arguments conduisant à appliquer la peine privée dans des litiges concrets. Cette application suppose l'existence d'un régime que les plaidoyers et les juges doivent mettre en œuvre pour déposer plainte et pour résoudre les condamnations punitives. Ce régime constitue l'objet de la seconde partie de notre thèse.

La complétude d'un régime résulte de la considération tant des aspects substantiels que des aspects processuels. En matière substantielle, nous réfléchirons sur les conditions du succès d'une prétention judiciaire de condamnation punitive et sur les effets émergeant quand une telle prétention se résout en faveur du demandeur. En matière processuelle, nous étudierons les traits spéciaux de la prétention punitive et les sujets relatifs à la prétendue non-conformité de la peine privée à l'ordre public, aspect marquant en matière de cassation et d'*exequatur*.

Ainsi, le plan de la seconde partie se base sur la *summa divisio* droit substantiel/droit processuel, en consacrant une première rubrique aux aspects substantiels de la peine privée (titre 1) et une seconde aux aspects processuels (titre 2).

TITRE 1

Les aspects substantiels de la peine privée

La peine privée est l'une des sanctions que la loi civile attribue aux faits illicites. Le respect des dispositions légales est une règle de conduite pour tout le monde, et la transgression de telles dispositions déclenche les sanctions civiles, que ce soit la responsabilité ou la peine privée. En matière punitive, étant donné qu'il n'y a pas de régimes objectifs comme ceux qui existent en responsabilité civile, le seul fait générateur est le fait illicite. Cela signifie que doit toujours exister la violation d'une règle de conduite dont la source peut être légale ou contractuelle, ou simplement émerger du devoir général de prudence et de diligence.

Il faut aussi que le fait illicite porte atteinte à un droit d'autrui. Si une telle atteinte n'était pas nécessaire, la peine sanctionnerait des fautes inoffensives, ce qui contredirait le but dissuasif du mécanisme et signifierait un recul à l'époque des conceptions de la punition rétributive. Pour imposer la peine, le juge doit faire un test fondé sur l'équité, de manière à ce que la décision d'imposer et de mesurer la peine résulte d'une analyse pondérée des circonstances particulières du cas *sub judice* et surtout de la personne et de la conduite jugées.

Une fois que les trois conditions, faute, lésion et test d'équité, sont remplies, il faut émettre la condamnation punitive, dont les effets consistent à déterminer le coupable et la victime de la sanction, ainsi que son objet et, le cas échéant, son montant. Nous ferons l'analyse des aspects substantiels en deux temps : dans un premier temps, nous étudierons les conditions de mise en œuvre de la peine privée (chapitre 1) et, dans un second temps, nous étudierons les effets dérivant de son imposition (chapitre 2).

CHAPITRE 1

Conditions de la peine privée

La présentation des conditions de la peine privée nous conduit à considérer trois sujets qui ont suscité l'intérêt de la doctrine de la responsabilité civile. Bien que la peine privée et la responsabilité soient des institutions autonomes, il est important de remarquer qu'elles ont des éléments en commun, tels que la faute, la lésion de droits et l'équité. Ces éléments nous conduisent à déplacer certains débats concernant la responsabilité vers le domaine de la punition.

Ainsi, nous participerons au débat relatif à la notion de faute (A) et à ses éléments essentiels. Nous aborderons également le débat sur la distinction entre la lésion du droit (B) et ses conséquences, posée ailleurs dans la rubrique de la distinction entre le dommage et le préjudice. Enfin, nous analyserons le test d'équité (C) afin de déployer notre argumentation en faveur d'une opposition radicale entre la peine et la responsabilité, notamment à propos du principe de la réparation intégrale.

A. La faute

La faute consiste à commettre intentionnellement ou négligemment un fait illicite³⁸⁹. Le fait est illicite lorsqu'il transgresse une règle de conduite, qu'elle soit légale, contractuelle ou issue du devoir général de prudence et de diligence³⁹⁰. Cette notion diffère de celle donnée par les frères Mazeaud³⁹¹, notamment quant aux éléments constitutifs de la faute (§ 1), et nous amène à discuter du caractère absolu ou relatif de la notion de faute (§ 2). Etant donné

³⁸⁹ Cette notion de faute est, *mutatis mutandis*, la même du projet Terré : C. BLOCH, « Définition de la faute », dans *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Paris, Dalloz, 2011, p. 101.

³⁹⁰ Ph. LE TOURNEAU, *La responsabilité civile...*, *op. cit.* p. 72.

³⁹¹ « La faute quasi délictuelle est une erreur de conduite telle qu'elle n'aurait pas été commise par une personne avisée placée dans les mêmes circonstances externes que l'auteur du dommage » : H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, Paris, Montchrestien, 1931, § 439, p. 352.

que l'on analyse la faute en tant que condition de la peine privée, il faut aborder le sujet de sa gravité (§ 3).

§ 1. Les éléments constitutifs de la faute

On a adressé à cette notion de faute des critiques basées sur l'idée qu'il n'existe pas de liste des devoirs dont l'inobservance implique une faute³⁹². Ces critiques sont accompagnées d'une solution : la faute doit se définir comme écart de conduite. La critique et la soi-disant solution ne sont pas acceptables. L'inexistence de la liste est un faux problème, car la définition critiquée conjure à l'avance la difficulté de dénombrer les devoirs, en incluant la règle générale de se comporter avec diligence et avec prudence³⁹³, ce qui inclut tout acte ne pouvant pas entrer à l'avance dans le cadre d'une norme légale. Par ailleurs, la soi-disant solution ne fait que confirmer que la critique est infondée car, en parlant d'écart de conduite, on reconnaît tacitement l'existence d'une règle qui imposait une conduite « sans écarts », laquelle a été transgressée au moment de l'acte³⁹⁴.

Ainsi, l'illicéité est un élément objectif et inhérent à la notion de faute, du moins dans le système colombien, qui n'utilise pas la théorie de la relativité aquilienne³⁹⁵, propre aux codes qui ont suivi le modèle allemand. L'autre élément est la conscience, aussi appelée culpabilité ou imputabilité, déjà considérée lors de l'étude de la faute comme critère d'imputation. Il reste encore à dire que l'imputabilité ou culpabilité est aussi applicable aux

³⁹² G. MARTY, « Illicéité et responsabilité », dans *Études juridiques offertes à L. Julliot de la Morandière*, Paris, Dalloz, 1964, p. 339 ; H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, *op. cit.*, § 392, pp. 325-326.

³⁹³ Norme de civilité, en termes de P. JOURDAIN, *Les principes de la responsabilité civile*, 9^e éd., Paris, 2014, p. 48.

³⁹⁴ En ce sens, C. BLOCH, « La définition de la faute » ..., *op. cit.*, p. 104 ; G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, *Les conditions...*, *op. cit.*, § 443, pp. 444-445.

³⁹⁵ « [...] Le précepte *casum sentit dominus* fait reposer sur la victime les dommages susceptibles d'advenir, sauf dans les cas où le droit décide d'en transférer la charge à autrui. Seul un chef de préjudice spécifiquement identifié par l'ordre juridique, qui peut prévoir au surplus une hiérarchie entre les divers chefs de préjudice, est réparable. La doctrine de la relativité aquilienne participe de ce précepte et tend à circonscrire le champ d'application de la responsabilité civile aux cas qui sont expressément prévus par la norme juridique » : M. LACROIX, « La relativité aquilienne en droit de la responsabilité civile — analyse comparée des systèmes germanique, canadien et québécois », dans *Revue de droit Mc Gill*, v. 59, n.° 2, 2013, p. 427: <http://www.erudit.org/revue/mlj/2013/v59/n2/1022313ar.html?vue=resume> (consulté le 13/11/2016).

personnes morales. Bien qu'elles manquent de jugement propre, les personnes morales agissent à travers leurs organes de représentation et leurs salariés. C'est pourquoi les agissements de ces derniers peuvent engager la personne morale du point de vue punitif.

La jurisprudence de la Cour suprême a soutenu la thèse selon laquelle l'imputabilité, en tant que connaissance et volonté du coupable, ne doit pas être prise en considération dans le jugement de responsabilité subjective³⁹⁶. Cette thèse jurisprudentielle souligne plus encore l'autonomie de la responsabilité et de la peine, car, pour cette dernière, il est tout à fait nécessaire de considérer l'imputabilité, le fondement utilitariste et la fonction dissuasive l'imposant. Une faute sans imputabilité ne serait pas punissable, car on ne punirait rien ; il n'y aurait pas de jugement de reproche et la conduite serait jugée seulement en fonction du résultat, ce qui empêcherait la punition, ainsi pratiquée, de dissuader l'auteur de la faute.

La non-imputabilité se rapproche, d'après la jurisprudence citée, du critère d'appréciation *in abstracto* de la faute car « [...] le reproche civil ne repose pas sur le fait d'avoir mal agi, mais sur le fait de n'avoir pas agi en conformité avec le standard de prudence exigible, tout en ayant eu la possibilité de faire autrement ». Ce raisonnement renforce notre argument sur l'autonomie de la responsabilité et de la peine privée, car cette dernière requiert effectivement un jugement de valeur, en raison de l'analyse *in concreto* qui est faite de la conduite du justiciable. Une telle analyse se fait en fonction des conditions spéciales, internes et propres au défendant et non par le biais de la comparaison de son comportement avec le stéréotype.

Or, cette notion de faute a-t-elle un caractère absolu ou peut-elle se relativiser ? Dans le paragraphe suivant, nous présenterons les arguments visant à justifier le caractère absolu de la notion de faute.

³⁹⁶ CSJ, Salle de cassation civile, 30/09/2016, n° 05001-31-03-003-2005-00174-01.

§ 2. Le caractère absolu de la notion de faute

Un fait illicite peut porter atteinte à n'importe quel droit. Et tout droit lésé mérite une tutelle civile, que ce soit par la réparation, la peine privée, ou voire même les deux. Ceci vient de ce que dans notre système de sanctions civiles il n'existe pas de « relativité aquilienne », un système *numerus clausus* dénombrant les intérêts protégeables par ces sanctions³⁹⁷.

D'après cette théorie, la loi indique les intérêts protégeables. La sanction civile est applicable uniquement si l'un des droits protégés par la loi est lésé. L'exemple paradigmatique de ce système est fourni par le BGB, dont le paragraphe 823 établit que, outre les intérêts protégés par la norme (la vie, l'intégrité corporelle, la santé, la liberté et la propriété), l'atteinte négligente ou intentionnelle à « tout autre droit d'autrui » mérite une sanction civile³⁹⁸. Dans l'hypothèse d'atteinte à « tout autre droit d'autrui », il est nécessaire que la règle violée ait pour objet la protection du droit atteint³⁹⁹.

Ce système sanctionnateur des faits illicites n'est pas applicable en Colombie. Notre système se concentre sur le fait générateur, faute ou dol, dont la commission dommageable déclenche les sanctions⁴⁰⁰. Autrement dit, tous les intérêts licites sont protégés par les mécanismes de sanction civile. Cela dit, il reste à définir si l'application de la peine privée requiert une certaine gravité de la faute.

³⁹⁷ Sur cette théorie : J. LIMPENS, « La théorie dit de la relativité aquilienne », dans *Mélanges offerts à R. Savatier*, Paris, Dalloz, 1965, p. 539 ; D. PHILIPPE, « La théorie de la relativité aquilienne », dans *Mélanges R.-O. Dalcq*, Bruxelles, Larcier, 1994, pp. 467-486 ; G. MARTY, « Illicéité et responsabilité », dans *Études juridiques offertes à Léon Julliot de la Morandière*, Paris, Dalloz, 1964, p. 339.

³⁹⁸ § 823: "A person who, intentionally or negligently, unlawfully injures the life, body, health, freedom, property or another right of another person is liable to make compensation to the other party for the damage arising from this", http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p3484 (consulted on 12/10/2016).

³⁹⁹ G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, *Les conditions...*, *op. cit.*, § 441, p. 439.

⁴⁰⁰ La sanction réparatrice, par exemple, est applicable envers celui « qui a commis délit ou faute » : Code civil, art. 2341.

§ 3. La faute ne doit pas être grave

La faute, comme condition d'application de la peine privée, ne doit revêtir aucune gravité particulière. La peine se justifie en fonction de l'utilité qu'elle offre à l'avenir, c'est-à-dire dans la mesure où elle peut dissuader la commission d'un autre fait illicite. Une faute mineure peut très bien causer des dommages considérables, ce qui justifierait de dissuader le contrevenant de récidiver⁴⁰¹.

La faute est nécessaire car la violation de la loi est une condition de l'application de la punition. Punir les faits licites et les conduites normales reviendrait à punir des personnes innocentes. Or, il faut préciser que nous ne pensons pas qu'il faille ignorer la faute. Au contraire : la faute est une condition nécessaire de la peine privée, à la différence de la gravité⁴⁰². La gravité de la faute est un critère important pour fixer et mesurer la peine, comme l'indique le critère équitable qui régit sa fixation et sa mesure. En bref, ce n'est pas la gravité de la faute qui est nécessaire pour imposer la peine, mais l'existence de la faute⁴⁰³.

D'autre part, quiconque prétend agir en justice contre quelqu'un afin de le punir, doit prouver la lésion d'un droit.

B. La lésion d'un droit

La conséquence nécessaire de la commission d'une faute est l'atteinte à un droit de la victime. Il est possible que cette atteinte porte préjudice à la victime. En matière de responsabilité civile, on accepte presque uniformément qu'il s'agit de réparer intégralement de tels préjudices. Mais cet objet n'inclut pas la sanction de ce qui arrive d'abord, à savoir la

⁴⁰¹ P. PRATTE, « Le rôle des dommages punitifs en droit québécois » ..., *op. cit.*, p. 446.

⁴⁰² *Contra*, S. CARVAL, qui veut restreindre les peines privées aux fautes lourdes : *La responsabilité civile dans sa fonction...*, *op. cit.*, § 293, pp. 332-333; en ce sens, A. GUÉGAN-LECUYER, *Domages de masse et responsabilité civile*, préf. P. Jourdain, Paris, LGDJ, 2006, § 419, p. 453.

⁴⁰³ En ce sens : A. JAULT, *op. cit.*, § 116, p. 68.

lésion du droit. La lésion a été considérée comme un autre maillon de la chaîne de conditions ouvrant droit à la réparation, sans que personne ne lui ait assigné d'effets ponctuels.

Cela est dû au fait que les débats sur la distinction entre la lésion et ses conséquences ont été centrés sur le domaine de la responsabilité, ce qui épuise la discussion dès sa formulation, car la conclusion est prévisible : le réparable, c'est le préjudice. De ce fait, la distinction est valable du point de vue académique, mais non du point de vue pratique.

Il nous semble donc plus approprié de ne pas situer la discussion dans le domaine de la responsabilité, mais plutôt comme critère de distinction entre la peine et la responsabilité. En effet, la responsabilité se borne à la réparation, et l'objet réparable, c'est le préjudice. Cela ne signifie pas que la lésion n'ait pas de conséquences juridiques sanctionnatrices. De telles conséquences existent, mais dans un domaine distinct de celui de la responsabilité : celui de la peine privée.

Dans le langage commun, le dommage et le préjudice s'utilisent indistinctement. Dans le langage juridique, certains auteurs les utilisent aussi indifféremment, alors que d'autres les distinguent. Par conséquent, il faut présenter un résumé doctrinal sur la distinction (§ 1), pour pouvoir ensuite choisir (§ 2) et expliquer ses effets (§ 3).

§ 1. Résumé doctrinal sur la distinction dommage/préjudice

Un courant doctrinal désigne les deux termes comme synonymes, en les considérant indistinctement, ce qui équivaut à ignorer la distinction⁴⁰⁴. Un autre courant admet la validité théorique de la distinction, sans lui accorder de validité pratique⁴⁰⁵. Selon ce dernier courant,

⁴⁰⁴ J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*, Paris, 22^e éd., PUF, 2000, § 205, p. 337 ; G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL *Les conditions...*, *op. cit.*, §§ 247- 248 ; F. TERRÉ, Ph SIMLER, Y. LEQUETTE, *op. cit.*, §§ 697-702, pp. 755-760.

⁴⁰⁵ J.-C. HENAO, *Le dommage. Analyse à partir de la responsabilité civile extracontractuelle de l'État en droit colombien et en droit français*, thèse, Paris 2, 2007, § 27 ; J. ORTSCHIEDT, *op. cit.*, § 1, p. 1 ; X. PRADEL, *op. cit.*, § 15 ; M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations...*, *op. cit.*, pp. 175-176 ; B. CAMGUILHEM,

le manque de validité pratique se base sur deux raisons : d'une part, le fait que l'élément essentiel des deux notions soit la lésion d'un droit juridiquement protégé⁴⁰⁶ et, d'autre part, le fait que la seule vertu de la distinction soit de permettre de démontrer qu'il peut y avoir dommage sans préjudice⁴⁰⁷, ce qui, à son tour, permet d'écarter la réparation du dommage. Pour ce faire, selon cette doctrine, il suffit de dissocier le dommage ou le préjudice réparable de celui que ne l'est pas⁴⁰⁸.

Un autre auteur pense que la distinction est désuète car elle ne correspond pas à l'état actuel du droit positif, qui considère les deux concepts comme des synonymes⁴⁰⁹. Parmi les auteurs qui justifient la distinction, on peut discerner deux positions : en premier lieu, celle qui affirme que le dommage est une lésion subie par la victime, tandis que le préjudice est la manifestation subjective d'une telle lésion⁴¹⁰ ; en second lieu, celle qui affirme que le dommage est une situation factuelle et matérielle, tandis que le préjudice est une situation juridique⁴¹¹.

Nous avons porté notre choix sur la distinction de la manière suivante :

Recherche sur les fondements de la responsabilité sans faute en droit administratif, pref. B. Seiller, Paris, Dalloz, 2014, § 9, pp. 9-10.

⁴⁰⁶ J.-C. HENAO, *Le dommage ...*, *op. cit.* § 27

⁴⁰⁷ Ph. LE TOURNEAU, *droit de la responsabilité et des contrats...*, *op. cit.*, § 1305, p. 523 ; C. SINTEZ, *op. cit.*, § 458, pp. 260-261

⁴⁰⁸ J. ORTSCHIEDT, *op. cit.*, § 1, p. 1 ; M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, p. 176.

⁴⁰⁹ B. FAGÈS, *Droit des obligations*, Paris, 5^e éd., LGDJ, 2015, § 367 et note 1 du même paragraphe.

⁴¹⁰ L. CADIET, *Le préjudice d'agrément*, thèse, Poitiers, 1983, § 323-329, pp. 365-372 ; F.-P. BÉNOIT, « Essai sur les conditions de la responsabilité en droit public et privé (problèmes de causalité et d'imputabilité) », *JCP* 1957, I, 1351 ; Ph. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats...*, § 1305, p. 523 ; Ph. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, Paris, 3^e éd., Lexis-Nexis, § 175, p. 117-118 ; C. CORMIER, *Le préjudice en droit administratif français. Étude sur la responsabilité extra-contractuelle des personnes publiques*, préf. D. Truchet, Paris, LGDJ, 2002, p. 35 ; A. GUÉGAN-LÉCUYER, *Domages de masse et responsabilité civile*, préf. P. Jourdain, Paris, LGDJ, 2006, § 62, pp. 74-75.

⁴¹¹ R. RODIÈRE, note sous Civ. 1^{re}, 21 oct. 1952, *JCP* 1953, II, 7592 ; L. NEYRET, *Atteintes au vivant et responsabilité civile*, préf. C. Thibierge, Paris, LGDJ, 2006, § 36 ; M. DEGUERGUE, « Les préjudices liés à la naissance », *RCA* n° spécial, mai 1998, p. 14-20 ; J. FISCHER, *op. cit.*, p. 388.

§ 2. Notre choix

Nous admettons la distinction, qui existe depuis le droit romain. Le préjudice est apparu lorsque la loi du Talion a été remplacée par les peines privées, remplacées à leur tour par les mesures de réparation⁴¹². Ainsi, le dommage, qui était un mal que l'on causait comme réponse à un mal antérieur, a cédé la place au *præjudicium*, qui était la dimension juridique des conséquences subjectives du fait matériel⁴¹³.

Cette distinction historique n'a été reprise ni dans l'article 1382 du Code Napoléon ni dans l'article 2341 du Code civil colombien. Ce dernier utilise le terme dommage. Il nous semble très important de reprendre la distinction, afin de justifier l'autonomie entre la peine privée et la responsabilité civile. Nous pensons que les deux courants qui acceptent la distinction ne présentent pas de véritables différences. Passer de la lésion objective à la lésion subjective équivaut à passer de la lésion matérielle à la lésion juridique, et ces deux formes de lésion équivalent à passer de la lésion à ses effets. Les prétendues différences sont de forme mais pas de fond ; elles se mêlent plutôt que s'opposent⁴¹⁴.

Qu'on accepte ou non la distinction, la conséquence juridique du préjudice est la sanction réparatrice. Il faut alors s'interroger sur la conséquence du dommage. En effet, si l'on accepte la distinction, comme on l'a fait, on ne saurait comprendre le dommage comme une condition additionnelle parmi les conditions de la responsabilité, car une telle démarche signifierait la futilité de cette distinction. On présentera donc une proposition sur les effets du dommage, afin de justifier la contribution de la distinction.

⁴¹² C. SINTEZ, *op. cit.*, § 458, pp. 260-261.

⁴¹³ S. ROUXEL, *Recherches sur la distinction du dommage et du préjudice en droit civil français*, thèse, Grenoble, 1994, pp. 4 et s. ; L. REISS, *Le juge et le préjudice. Étude comparée des droits français et anglais*, préf. Ph. Delebecque, Aix-en-Provence, PUAM, 2003, § 2 bis.

⁴¹⁴ En ce sens, C. BLOCH, *La cessation de l'illicite, op. cit.*, § 120, p. 127.

§ 3. *Les effets de la distinction*

La distinction entre le dommage et le préjudice produit deux effets : l'imposition de sanctions différenciées (a) et la multiplication des liens de causalité qui opèrent dans les jugements conduisant à imposer les sanctions (b). L'un des défenseurs de la distinction a proposé un autre effet portant sur la réparation en nature (c).

a. L'imposition de sanctions différenciées au dommage et au préjudice

Le dommage déclenche une sanction punitive. Cette dernière peut consister en l'imposition d'une obligation de donner, de faire ou de ne pas faire, ainsi qu'en la déchéance d'un droit. Le préjudice déclenche la sanction réparatrice. Tel est le répertoire de sanctions imposables en droit privé. On peut donc prétendre tout à la fois à la résolution contractuelle et à la réparation des préjudices contractuels, ainsi qu'à la réparation et à la prestation issue de la clause pénale.

La Cour suprême et le Conseil d'État semblent l'avoir entendu ainsi, dans les arrêts où ils ont puni les atteintes aux droits fondamentaux. Le législateur l'a aussi entendu ainsi lorsqu'il a fixé les peines privées mentionnées ci-dessus. Les appellations dommage et préjudice tiennent peut-être du caprice, car les différences entre l'une et l'autre viennent de leurs contenus ontologiques et non de leurs dénominations⁴¹⁵, lesquelles ont été, en tout cas, élaborées par la doctrine. Il convient donc de parler de lésion ou atteinte aux droits et des conséquences subjectives de telles lésions.

La distinction a aussi des répercussions en matière de lien de causalité.

⁴¹⁵ S. ROUXEL, *Recherche sur la distinction du dommage et du préjudice*, thèse, Grenoble, 1994, p. 4.

b. La répercussion de la distinction en matière de lien de causalité

La causalité est une condition des deux sanctions civiles. En responsabilité, on dit qu'un lien de causalité doit rattacher le fait générateur, faute ou activité dangereuse, au préjudice⁴¹⁶, afin de pouvoir le réparer. Or, étant donné que nous avons choisi la distinction, l'analyse de la causalité se multiplie car si l'on considère que le dommage est la cause du préjudice, il est donc logique que la causalité entre le dommage et le préjudice doive être prouvée. En conséquence, le jugement de responsabilité doit considérer plusieurs liens : celui qui rattache le défendeur au fait générateur, celui qui rattache le fait générateur au dommage et celui qui rattache le dommage au préjudice⁴¹⁷.

La dénomination correcte de chaque lien est encore discutée⁴¹⁸ (lien d'imputation *vs* lien de causalité), mais le besoin de leur existence est accepté unanimement. En ce qui concerne le lien de causalité dans les jugements exclusivement punitifs, la chaîne des causes est plus courte car elle se rompt après vérification du deuxième rapport, c'est-à-dire celui qui existe entre le fait générateur et le dommage. Le fait générateur, qui est toujours la faute ou le dol en matière punitive, doit être rattaché au coupable (lien d'imputation) et au dommage (lien de causalité).

D'autre part, la distinction entre le dommage et le préjudice se répercute sur les formes de réparation, notamment sur la réparation en nature.

c. La contestable répercussion sur les formes de réparation

L'une des vertus attribuées à la distinction entre le dommage et le préjudice est le discernement entre les formes de la réparation, de manière que la réparation par équivalent

⁴¹⁶ J. SANTOS BALLESTEROS, *op. cit.*, pp. 375-422; O. VELÁSQUEZ, *Responsabilidad civil extracontractual*, Bogotá, Temis, 2009, pp. 461-465; Ph BRUN, *op. cit.*, § 228, p. 153; Ch. QUÉZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, *passim*.

⁴¹⁷ B. CAMGUILHEM, *op. cit.*, § 6, p. 6.

⁴¹⁸ J. FISCHER, *op. cit.*, p. 388-389 ; B. CAMGUILHEM, *op. cit.*, §§ 6-8, pp. 6-8.

est du domaine du préjudice et la réparation en nature du domaine du dommage. La proposition a été faite par M. Cadiet dans les termes suivants : « La réparation en nature est, à proprement parler, remise en état, rétablissement ; elle agit sur la lésion, sur le siège de l'atteinte, sur le dommage. C'est, par exemple, le traitement médical du dommage corporel ; c'est la restauration biologique du dommage écologique »⁴¹⁹.

Selon cette opinion, la réparation en nature est la véritable réparation, la réparation par excellence, dans la mesure où elle agit sur la lésion même, en l'effaçant du panorama factuel, tandis que la réparation par équivalent est un mécanisme de compensation qui n'efface pas l'atteinte⁴²⁰. Ce point de vue a été entériné implicitement par l'avant-projet Catala en 2005, qui a fait référence au dommage dans le paragraphe sur la réparation en nature, et au préjudice⁴²¹ dans celui sur les dommages et intérêts.

Nous ne sommes pas d'accord avec cette opinion. La réparation en nature n'agit pas sur le dommage et ne rétablit pas la victime. Nous pensons, par exemple, au cas d'un dommage à la santé qui crée un préjudice patrimonial en rapport avec l'aménagement d'une maison. Il est possible que le responsable soit condamné à réparer en nature ce préjudice, en aménageant lui-même la maison.

Dans ce cas, la lésion ne serait pas effacée car elle est indélébile⁴²². Il s'agirait plutôt de réparer en nature le préjudice patrimonial causé par le dommage à la santé. De plus, cette condamnation suppose la preuve du besoin d'aménager la maison, besoin qui résulte d'une appréciation des conséquences ponctuelles que la lésion a causées à la victime dans le cas concret. Il faut rappeler que de telles conséquences s'appellent préjudices.

⁴¹⁹ L. CADIET, « Les métamorphoses du préjudice », dans *Les métamorphoses de la responsabilité*, Paris, PUF, 1997, p. 63 ; en ce sens, C. SINTEZ, *op. cit.* § 459, pp. 261-262 ; Ph. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats...*, *op. cit.*, § 1309.

⁴²⁰ « La réparation par équivalent n'est pas, à proprement parler, une réparation ; ce n'est qu'une solution par défaut, une compensation qui apaise les plaies sans effacer le mal [...] » : L. CADIET, « Les métamorphoses du préjudice » ... », *op. cit.* p. 63.

⁴²¹ B. BARRY, *op. cit.*, § 196, p. 227.

⁴²² L'exemple est de M. Leduc : « Faut-il distinguer le dommage et le préjudice ? », dans, *RCA Hors-série*, 2010, § 27, p. 16.

Le prononcé d'une condamnation punitive pour atteinte fautive ou dolosive à un droit doit se fonder sur un test d'équité.

C. Le test d'équité

Dans le domaine de la peine privée, l'équité remplit un rôle prépondérant. Si la peine est contractuelle et si le requérant demande son prononcé, le juge doit, devant la preuve des conditions de mise en œuvre, la prononcer. C'est précisément le cas quand on demande la résolution d'un contrat ou l'exécution judiciaire de la clause pénale. De même, lorsque la peine est extracontractuelle et forfaitaire — telle que la peine au double en cas de recel de biens sociaux —, si le demandeur prouve les éléments de la *causa petendi*, le juge doit accorder la peine demandée.

Les peines contractuelles et les peines extracontractuelles forfaitaires doivent obligatoirement être prononcées par le juge. Dans le cas contraire, l'arrêt serait attaqué par le biais des moyens récursoires, en raison de la transgression du droit matériel pour inapplication des normes applicables.

Contrario sensu, face à la demande de peines privées non établies par la loi, mais reconnues par le droit positif⁴²³, le juge a une marge de manœuvre plus large, car l'absence d'un critère objectif d'évaluation de la sanction l'oblige à utiliser l'équité, qui est précisément un critère auxiliaire de l'office du juge. L'équité, c'est la justice du cas concret⁴²⁴. En fonction de l'équité, le juge peut déterminer la viabilité ou la non-viabilité de la peine dans le cas concret. Ainsi, il est possible qu'il existe des preuves d'une faute et d'une lésion, mais aussi de l'incapacité contributive du défendeur, ce qui permet au juge de s'abstenir d'imposer la peine.

⁴²³ Y compris la jurisprudence.

⁴²⁴ E. GARCÍA-MÁYNEZ, *La definición del derecho*, México D. F., Ediciones Coyoacán, 1948, p. 378.

L'équité fonctionne donc comme le critère permettant au juge d'imposer, d'écarter et de moduler les peines privées, dans tous les cas où la peine n'est ni déterminée légalement ni tarifée. Dans le cas des peines reconnues dans un précédent judiciaire pour lesquelles la jurisprudence a fixé des forfaits, le juge n'est pas obligé de respecter ces derniers, car les tests d'équité peuvent le conduire à les modifier à la hausse ou à la baisse de manière ponctuelle.

L'application du critère équitable oblige le juge à bien motiver sa décision. Ce dernier doit expliquer chacun des critères qu'il considère afin de résoudre la prétention punitive. Ces critères se résument, *grosso modo*, ainsi : la gravité de la faute, en tant que critère de mesure et non pas d'imposition, la capacité contributive du coupable et les profits retirés illicitement. Il faut préciser que les profits retirés illicitement ne se cantonnent pas aux profits pécuniaires⁴²⁵.

Une fois remplies les trois conditions de mise en œuvre de la peine privée, le juge doit la prononcer.

⁴²⁵ Le profit peut consister à éliminer un concurrent.

Conclusions du chapitre 1

La peine privée est une des sanctions civiles du fait illicite. Le seul fait donnant lieu à son imposition est l'illicéité. Il n'existe pas de peines privées dérivées de faits licites. L'illicéité peut se manifester à titre de faute ou de dol. Il faut que le fait illicite lèse un droit, pour ne pas sanctionner un fait illicite inoffensif. En somme, les conditions de la peine privée sont la faute, la lésion d'un droit et la réalisation d'un test d'équité.

La faute est la commission imprudent ou négligente d'un fait illicite. L'illicéité résulte de la transgression d'une règle de conduite établie dans une loi, dans un contrat ou dans le devoir général de prudence et de diligence. La transgression de la règle de conduite doit produire la lésion d'un intérêt licite de la victime. Il n'y a pas d'intérêts désignés comme étant les seuls protégeables par la tutelle civile. Tous les intérêts licites sont protégeables.

La gravité de la faute n'est pas prise en compte pour déclencher la punition. Le fondement utilitariste de la peine privée permet de négliger la gravité du comportement. Une faute légère peut causer des lésions graves, ce qui justifie la dissuasion de la récidive par l'auteur et de l'émulation par des tiers. De même, une faute lourde peut être inoffensive, ce qui rend inutile sa punition, sauf si on la fonde sur la justice rétributive. Il faut préciser que si la gravité de la faute n'est pas importante pour imposer la sanction, elle est très importante comme critère de modulation de la peine. À une faute plus lourde, on impose une peine plus lourde.

La lésion d'un droit est une autre condition de la peine privée. La lésion est l'effet immédiat du fait illicite. Cette lésion peut causer des préjudices. La distinction entre la lésion et ses effets n'est pas reconnue par la loi, mais a été reconnue implicitement par la jurisprudence, lorsque cette dernière a prononcé des sanctions civiles devant la seule constatation d'une atteinte à un droit fondamental. Quand la jurisprudence a discerné les sanctions civiles, en condamnant le défendeur, d'une part, à réparer intégralement les préjudices et, d'autre part, à payer une « indemnisation » pour atteinte aux droits

fondamentaux, elle a reconnu la distinction entre la lésion et ses conséquences, bien qu'ayant prétendu ne pas sanctionner seulement la lésion.

La dernière condition de la peine privée est l'application d'un test d'équité. Le juge doit évaluer toutes les conditions qui entourent le cas, notamment celles relatives au coupable et à sa conduite. La décision de lui imposer ou non la peine est une décision équitable, et l'équité est la justice du cas concret. L'équité permet au juge de moduler la condamnation en fonction de la gravité de la faute, la capacité contributive du coupable, les profits retirés, etc. L'appréciation équitable doit englober tous ces aspects pour moduler la peine aussi justement et rationnellement que possible.

L'équité ne fonctionne pas, en tant que critère de modulation, lorsque la peine a un tarif fixe ou un plafond. En matière contractuelle, par exemple, la volonté des contractants détermine le montant de la clause pénale, bien que celui-ci ne puisse pas dépasser un certain plafond. La résolution pour inexécution est similaire. Le contractant qui n'a pas rempli son contrat ne perd que les droits qu'il avait avant l'inexécution ; ni plus ni moins. Dans un tel cas, si le juge recueille les preuves des conditions d'application de la peine, il doit l'appliquer, sans pouvoir ni l'écarter ni la moduler. Lorsque la peine est extracontractuelle, forfaitaire ou plafonnée, le juge doit suivre cette même démarche.

CHAPITRE 2

Les effets de la peine privée

Le prononcé de la peine privée implique la naissance d'un rapport juridique : celui qui existe entre le bénéficiaire de la peine et le sanctionné. Ce lien juridique concerne l'objet de la peine. Si cet objet consiste à donner, faire ou ne pas faire quelque chose, il y aura évidemment une obligation civile. Mais si l'objet consiste en la déchéance d'un droit, il n'y aura aucune obligation. Si la peine est une obligation de faire ou de ne pas faire ou la déchéance d'un droit, elle n'est pas mesurable. Au contraire, la peine pécuniaire est bel et bien mesurable.

Il convient maintenant d'étudier les parties concernées par la sanction punitive (A), l'objet de cette dernière (B) et sa mesure (C).

A. Les parties concernées par la peine privée

Il faut d'abord préciser que l'expression « parties concernées », plutôt que débiteur et créancier, vient de ce que la peine privée ne revêt pas toujours la forme d'une obligation. Les parties concernées sont la partie passive (§ 2), c'est-à-dire la partie fautive, et la partie active (§1), qui est la bénéficiaire de la peine et qui peut légitimement agir en justice.

§ 1. La partie active de la peine privée

La partie active est la personne qui retire un bénéfice de la peine, celle qui a subi la lésion. Ce sujet suscite trois discussions qu'il faut trancher. En premier lieu, l'attribution de la peine privée (a) ; en deuxième lieu, l'enrichissement sans cause que pourrait engendrer la peine privée (b) ; en troisième lieu, la surcharge de travail des juges (c).

a. L'attribution de la peine privée à la victime

La peine privée doit bénéficier à la victime⁴²⁶. L'espoir d'un bénéfice l'encourage à agir en justice⁴²⁷. La rationalité de l'*homo œconomicus* indique qu'un être rationnel tend à déclencher l'appareil judiciaire — en se soumettant à sa bureaucratie, à son onérosité et à son manque de célérité — s'il sait à l'avance qu'il en retirera un bénéfice⁴²⁸. De plus, il est logique de penser que la personne chargée de déclencher l'appareil juridictionnel est celle qui a été la première informée du fait illicite⁴²⁹, c'est-à-dire la victime, qui est d'ailleurs la seule à pouvoir agir légitimement. Cette légitimité lui est accordée par sa condition exclusive de créancier ou d'attributaire de la peine.

Si l'on acceptait hypothétiquement que le montant de la peine pécuniaire doive se payer au Trésor public ou aux fonds d'indemnisation, le mécanisme perdrait sa nature privée, et deviendrait une peine publique ou mixte⁴³⁰. Une telle mutation aurait un effet négatif : elle découragerait la dénonciation des faits illicites civils, car un individu, dans des conditions normales, ne souhaite pas intenter un procès pour le bénéfice d'un tiers, surtout si le bénéficiaire est l'État et le bénéfice est de l'argent.

Une telle solution n'impliquerait-elle pas l'enrichissement sans cause de la victime ? Nous ne le croyons pas.

⁴²⁶ A. JAULT, *op. cit.*, §§ 276-277., pp. 179-180.

⁴²⁷ A. GUÉGAN-LECUYER, *op. cit.*, § 419, p. 454 ; C. JAUFFRET-SPINOSI, « Les dommages-intérêts punitifs dans les systèmes de droit étranger », dans *LPA* n° 232, p. 8 ; G. MAITRE, *op. cit.*, § 326, p. 187.

⁴²⁸ S. CARVAL, *op. cit.*, § 318, p. 361 ; D. FASQUELLE, « Amendes civiles ou 'dommages punitifs' », dans *Gaz. Pal.*, 9-10/11/2001, p. 59.

⁴²⁹ E. JUEN, *op. cit.*, § 335, p. 254.

⁴³⁰ S. PIEDELIÈVRE, « Les dommages et intérêts punitifs : une solution d'avenir ? », dans *RCA* Hors-série, 2001, § 21.

b. L'attribution de la peine à la victime n'implique pas l'enrichissement sans cause de la victime⁴³¹

La crainte d'enrichir la victime sans cause est infondée, car l'enrichissement a plusieurs causes : en premier lieu, le droit à recevoir une récompense pour le fait de remplacer l'État dans sa fonction de recherche et de poursuite des actes illicites⁴³² ; en deuxième lieu, la sentence prononcée par la peine⁴³³ ; en troisième lieu, le délit ou le quasi-délit, qui sont des sources d'obligations ; en quatrième lieu, la loi quand elle reconnaît la peine⁴³⁴.

De plus, la thèse de l'enrichissement doit être écartée car elle ignore le fait qu'il y ait des peines privées non pécuniaires⁴³⁵. Une demande d'excuses publique ou privée ou la publication d'une décision judiciaire dans un journal n'enrichissent pas la victime.

Et la congestion du système judiciaire ?

c. Peine privée et congestion judiciaire

L'attribution de la peine privée à la victime encouragerait le litige, ce qui pourrait contribuer à congestionner le système judiciaire. Cette critique est également contestable. Premièrement, les mécanismes pour améliorer ou prévenir la congestion du système ne peuvent pas affaiblir les droits substantiels des citoyens. La congestion s'évite avec des mesures de gestion et d'administration, et non en affaiblissant les droits. Deuxièmement, si l'imposition de peines privées atteint son but dissuasif, l'effet logique est que la congestion du système se réduit grâce à la diminution des procès fondés sur la commission d'actes illicites.

⁴³¹ *Contra* : Ph. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats...*, *op. cit.*, § 45, p. 38 ; M. ATTAL, « Le droit français est-il devenu favorable aux dommages et intérêts punitifs ? », dans *Droit et patrimoine*, 2011, n.° 205, p. 50.

⁴³² E. JUEN, *op. cit.*, § 334, p. 253.

⁴³³ Ch. COUTANT-LAPALOUS, *op. cit.*, § 529, p. 456 ; A. JAULT, *op. cit.*, § 282, p. 185.

⁴³⁴ A. JAULT, *Ibid.*, § 283, p. 185.

⁴³⁵ *Ibid.*, § 282, p. 184.

§ 2. La partie passive de la peine privée

Il s'agit de l'auteur de la faute, sur lequel pèse la condamnation punitive. Ici le débat se concentre autour de trois aspects : l'intransmissibilité passive de la peine (a), sa non-assurabilité (b) et l'impraticabilité de la subrogation de l'assureur patrimonial (c).

a. L'intransmissibilité de la peine privée

Les peines privées sont-elles intransmissibles en raison de leur nature punitive ? Les peines consistant en obligations sont-elles également intransmissibles ? Les peines privées sont intransmissibles, non parce qu'elles sont de nature punitive, mais parce qu'elles ont un fondement utilitariste, qui implique que la peine est seulement un moyen d'atteindre un but : la dissuasion. Par conséquent, la réponse quant à la transmissibilité de la peine doit se fonder sur le degré de capacité dissuasive de cette dernière. Penser autrement reviendrait à considérer la peine comme un but en soi.

Si l'objectif de la peine est de dissuader, on doit alors conclure que la peine privée est intransmissible. L'effet de dissuasion agit sur le coupable, qui doit donc supporter le poids de la peine, qui doit le dissuader de récidiver. La possibilité de transférer la peine reviendrait à proclamer son inefficacité, la profitabilité de la faute et la légitimité de l'impunité. Et tout cela signifierait que la peine ait été prononcée gratuitement et en vain.

Comment peut-on soutenir la thèse selon laquelle la peine privée est intransmissible bien qu'étant une obligation ? Comment serait-ce possible si les obligations sont transmissibles *mortis causa* et entre personnes vivantes ? La réponse est simple : les obligations de caractère punitif ont des traits spéciaux les dotant de conditions spéciales et d'effets particuliers. Le fondement utilitariste des obligations à titre punitif nous oblige à leur attribuer des spécificités telles que l'impossibilité de les transmettre. En d'autres termes, l'obligation à titre punitif n'a pas le même régime que les obligations en général, en raison

de sa finalité dissuasive et de son fondement utilitariste. En conclusion, une peine payée par autrui est une peine stérile ; elle n'aboutit à rien de fructueux.

Enfin, il reste à résoudre l'interrogation sur la transmissibilité des peines privées contractuelles, notamment la clause pénale et la résolution pour inexécution. Comment peut-on soutenir raisonnablement que ces peines soient intransmissibles malgré la consécration légale de la cession du contrat ? Encore une fois, la réponse est simple : celui qui transmet sa position contractuelle ne transmet pas les peines. Il transmet seulement les stipulations qui permettent de les imposer aux parties à l'avenir. Au moment de la conclusion de la transmission du contrat, la peine n'est prononcée contre aucun des contractants. A ce moment-là, seuls les droits d'imposer les peines ont été transférés.

Les arguments soutenant l'intransmissibilité de la peine servent aussi à soutenir sa non-assurabilité.

b. La non-assurabilité de la peine privée

Cette discussion a deux dimensions : la dimension technique et la dimension de la convenance. Quant à la discussion technique, il est clair qu'en Colombie la faute lourde ne peut pas s'assurer par le biais de l'assurance de responsabilité civile, depuis l'entrée en vigueur de la loi 45 de 1990. L'article 84 a modifié l'article 1127 du Code de commerce. La nouvelle rédaction est la suivante : « La responsabilité contractuelle et extracontractuelle sont assurables, ainsi que la faute lourde ».

Nul ne pourrait s'opposer à l'assurance de la peine privée en arguant que la faute, même la faute lourde équivalente au dol, n'est pas un risque assurable. À proprement parler, ce qui interdit l'assurance de la peine privée, c'est le caractère exceptionnel de l'assurabilité de la faute lourde et du dol par rapport à la règle générale de leur non-assurabilité, règle générale consacrée par l'article 1055 du Code de commerce. Ce dernier établit la règle générale interdisant l'assurance de la faute lourde et du dol, à l'exception de l'assurance de

responsabilité. Mais la peine privée n'entre pas dans l'exception car elle n'appartient pas à la responsabilité. Le risque assurable, dans une hypothétique assurance de la peine privée, ne serait pas l'éventuelle dette de réparation à la charge de l'assuré, mais l'éventuelle dette punitive.

On pourrait réfuter notre argument, en disant que la loi interdit seulement l'assurance de la faute lourde et du dol, mais non celle des fautes légères et extrêmement légères. Une telle réfutation, bien que juridiquement soutenable, n'est pas valable du point de vue pratique et technique. Il faut rappeler que les peines privées ne sont pas toujours des obligations et que, quand elles le sont, elles ne sont pas toujours pécuniaires. En résumé : comment l'assureur pourrait-il remplir son obligation envers l'assuré, si la peine consiste en la perte d'un droit ou à l'imposition d'une obligation de faire ou de ne pas faire ?

En termes pratiques, il est évident que l'éventuelle possibilité de garantir une dette punitive via l'assurance éliminerait le but dissuasif de la punition⁴³⁶, ce qui mettrait en lumière le manque de convenance d'une telle possibilité. L'assurance favoriserait ce que l'industrie des assurances appelle risque moral, qui, selon le Fonds monétaire international, consiste à ce que « [...] quand on dispose d'une assurance, les possibilités de sinistres augmentent considérablement, car on est moins encouragé à adopter des mesures préventives »⁴³⁷.

Un courant doctrinal a contesté l'argument du risque moral. Pour ce courant, le risque moral n'existe pas car, si un sinistre survient, une punition est appliquée par l'assureur, qui, lors de la rénovation de la police d'assurance postérieure au sinistre, punira son assuré en augmentant le coût de sa prime⁴³⁸. Il s'agirait d'une procédure visant à tarifier les primes en fonction des fautes commises auparavant⁴³⁹.

⁴³⁶ A. GUÉGAN-LÉCUYER, *op. cit.*, § 417, p. 452; *contra*, R. MÉSA, *op. cit.*, p. 2757.

⁴³⁷ «Riesgo moral: ¿Alienta el financiamiento del FMI la imprudencia de prestatarios y prestamistas?», en *Temas de economía*, n.º 28, 2002, p. 1., <https://www.imf.org/external/pubs/ft/issues/issues28/esl/issue28s.pdf>, (consulté le 29/08/2016).

⁴³⁸ Sur les clauses de réduction-majoration, voir R. MÉSA, *op. cit.*, p. 2757.

⁴³⁹ G. VINEY, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, préf. A. Tunc, Paris, LGDJ, 1965, § 202.

Que les clauses de réduction-majoration dans les assurances patrimoniales⁴⁴⁰ soient pertinentes ou non⁴⁴¹, l'argument de la punition de l'assureur est contestable pour plusieurs raisons : en premier lieu, l'accroissement des primes n'est pas un mécanisme punitif mais financier, permettant à la compagnie d'assurances de réajuster son bilan comptable après le versement d'une indemnité. Une entité punitive n'aurait pas d'utilité dissuasive, car les accroissements des primes sont régis par des tarifs au double de la prime initiale.

La fixation de tarifs, connus par l'assuré quand il contracte la police, implique la prévisibilité du coût de cette dernière. L'assuré sait à l'avance qu'en cas de sinistre, la prochaine police lui coûtera une valeur déterminée ou déterminable. Cela signifie qu'il peut calculer à l'avance les coûts de sa faute éventuelle. Si, après soustraction des coûts, la commission d'un fait illicite lui semble rentable, sa rationalité économique le conduira à le commettre. Ainsi, punitive ou non-punitive, la pénalisation de l'assureur n'est pas dissuasive.

En deuxième lieu, on peut contredire l'argument en rappelant que la sanction civile des faits illicites n'est pas de la compétence des particuliers. L'assureur ne peut nullement sanctionner les actes illicites de ses souscripteurs et assurés⁴⁴² ; la compétence sanctionnatrice appartient à l'État. L'assureur peut, en revanche, transférer les coûts non-opérationnels aux clients, comme le font tous les entrepreneurs, du moins dans les économies de marché.

En troisième lieu, accepter l'assurance de peine privée signifierait accepter l'inacceptable : qu'une peine individuelle soit payée par la communauté des assurés, puisque les indemnités à la charge des assureurs sont payées par le fonds constitué par la somme de toutes les primes.

⁴⁴⁰ En Colombie, on oppose les assurances réelles et les assurances patrimoniales. Les réelles équivalent aux assurances de choses et les patrimoniaux équivalent aux assurances de responsabilité. Il faut préciser que les assurances patrimoniales, en Colombie, ne se limitent pas aux assurances de responsabilité.

⁴⁴¹ Elles sont applicables notamment dans les assurances de choses.

⁴⁴² En ce sens, S. CARVAL, *op. cit.*, § 327, p. 371; A. JAULT, *op. cit.*, § 108, p. 63.

De même que l'assurance de la peine privée, la subrogation de l'assureur à la prestation punitive de l'indemnité est impraticable.

c. L'impraticabilité de la subrogation de l'assureur

Dans les assurances de dommages, la loi a établi un droit de subrogation en faveur de l'assureur ayant payé une indemnité pour un sinistre⁴⁴³. Cette figure met en exergue une autre difficulté qui existerait si l'on considérait la peine privée comme faisant partie de la responsabilité. D'après la norme qui établit le droit de subrogation assurantielle, cette dernière est applicable « jusqu'à la valeur du montant payé ». En conséquence, si la peine faisait partie de la responsabilité civile, l'assureur, dans sa requête judiciaire subrogative, pourrait recouvrer la partie punitive de l'indemnité qu'il a payée en tant que garant de son assuré.

Cela conduirait à un double paiement de la peine : celui de l'assureur à l'assuré et celui du tiers responsable à l'assureur. Un tel phénomène se présenterait, bien sûr, dans les assurances patrimoniales distinctes de l'assurance de responsabilité⁴⁴⁴, car cette dernière n'autorise pas la subrogation⁴⁴⁵.

Après avoir vu les caractéristiques des individus concernés dans le cadre de la peine privée, il faut analyser l'objet de la peine

B. L'objet de la peine privée

La peine privée peut consister en la perte d'un droit ou en l'imposition d'une obligation. La perte de la portion conjugale des biens recelés, la perte des droits du contractant n'ayant

⁴⁴³ Code de commerce, art. 1076.

⁴⁴⁴ L'assurance de créance ou l'assurance d'accomplissement contractuel, par exemple.

⁴⁴⁵ Code de commerce, art. 1099.

pas rempli son contrat en cas de résolution et la perte du droit au remboursement de la prime d'assurance non-causée en cas de réticence dolosive sont des exemples du premier type. L'imposition d'une obligation de donner, de faire ou de ne pas faire est l'exemple du second type. Parmi les peines consistant en des obligations, les obligations pécuniaires punitives, aussi appelées dommages et intérêts punitifs, ont été accusées de provoquer l'enrichissement sans cause. On a déjà expliqué le manque de fondement d'une telle accusation.

Il faut analyser d'autres sous-thèmes de la peine privée consistant en obligations. Ces sous-thèmes mettent en lumière l'autonomie de la peine privée : la nature non résolutoire du paiement volontaire de l'obligation réparatrice (§ 1) et la nature non suspensive (en termes d'obligations conditionnelles) de la prétention d'une indemnisation compensatoire des préjudices (§ 2).

§ 1. La nature pure et simple du droit à demander la peine

Si l'on acceptait hypothétiquement que la peine privée appartient à la responsabilité, on devrait nécessairement conclure que le paiement volontaire de l'obligation de réparer résoudrait le droit de la victime à demander l'imposition de la peine. Si la peine était un accessoire de la responsabilité, quand la dette de responsabilité s'éteint, tous ses éléments accessoires s'éteindraient aussi. Et cela équivaudrait à dire que le paiement volontaire de l'obligation réparatrice est une condition résolutoire du droit de la victime à demander la peine.

Mais la réalité est différente. Le responsable peut payer volontairement l'indemnisation et s'abstenir de payer une autre somme. De même, il est possible que le responsable et la victime passent un accord conciliatoire ou transactionnel concernant l'indemnisation, mais pas concernant une autre prétention de la victime.

§ 2. La prétention d'une indemnisation compensatoire n'est pas une condition suspensive du droit à demander la peine

Si la peine appartenait à la responsabilité, l'inexécution contractuelle obligerait le créancier à demander une indemnisation compensatoire, afin de recevoir en plus le versement de la peine. Devant l'inexécution contractuelle, le créancier a deux alternatives : soit demander l'exécution coercitive et l'indemnisation moratoire, soit demander l'exécution par équivalent pécuniaire et les intérêts moratoires. La seconde alternative s'appelle indemnisation compensatoire⁴⁴⁶.

Rien n'empêche que le créancier veuille seulement le prononcé de la peine privée. Cependant, un tel choix ne serait pas viable car, comme la peine appartient à la responsabilité, on doit conclure que la pétition préalable d'une indemnisation compensatoire, ainsi que la décision judiciaire l'allouant, sont des conditions suspensives du droit à demander la peine. Cette dernière n'est possible qu'à condition que l'indemnisation compensatoire soit demandée et allouée. En droit processuel, cela signifierait que la prétention punitive est accessoire à la prétention indemnitaire.

Il en irait de même pour un contractant dont le rétablissement requiert des restitutions issues de l'anéantissement du contrat. Le créancier obtient son rétablissement en recevant les choses restituées, mais il peut vouloir en plus une pénalité contre la contrepartie, ce qui l'amènerait à demander la réparation de préjudices qu'il sait inexistantes.

En somme, on doit rejeter l'idée que la peine privée appartient à la responsabilité, entre autres, parce qu'une telle idée engendrerait les effets pervers que l'on vient d'expliquer.

Notre étude des éléments de la peine privée continue avec la mesure de cette dernière.

⁴⁴⁶ CSJ, Salle de cassation civile, 3/11/1977, G. J. t. CLV.

C. La mesure de la peine

Après avoir établi la viabilité de la peine privée, le juge doit la mesurer, ce qui doit aussi se faire à l'égard des peines non pécuniaires. Pour choisir la peine applicable, le juge doit considérer des critères équitables, dont la proportionnalité. Celle-ci peut s'entendre de deux manières : en France, par exemple, le dernier projet de réforme de la responsabilité (2016), en suivant et en prétendant améliorer les idées des projets Catala, Terré et Bételle, a établi une sanction civile au sein de la responsabilité, laquelle est appelée amende civile. Cette amende doit être proportionnelle à la gravité de la faute, à la capacité contributive de l'auteur et aux profits qu'il en a retirés⁴⁴⁷.

Il s'agit d'une des manières de comprendre la proportionnalité. La proportionnalité, ainsi entendue, correspond précisément à l'idée de l'autonomie de la peine privée, bien que l'exemple présenté fasse partie d'un avant-projet de réforme du droit de la responsabilité. En tout cas, les critères d'évaluation de la peine se mesurent en fonction du coupable et de son comportement, sans que l'on n'analyse ni les préjudices ni leur extension.

Une autre version de la proportionnalité inclut la valeur de la réparation dans les critères servant à déterminer la peine imposable. Outre la gravité de la faute, la capacité contributive et les profits retirés, on doit prendre en considération le montant de l'indemnisation des préjudices patrimoniaux et extrapatrimoniaux⁴⁴⁸. Cette manière d'établir le rapport de proportionnalité est erronée, car elle rend accessoire la peine privée. En effet, si la proportionnalité de la peine s'établit en fonction du montant de l'indemnisation des préjudices, c'est parce que l'indemnisation est un fait antérieur et nécessaire pour prononcer la peine. On a montré toutefois qu'il n'en est pas ainsi⁴⁴⁹.

⁴⁴⁷ Art. 1266.

⁴⁴⁸ Cette version de la proportionnalité a été appliquée en France dans l'arrêt *Fontaine Pajot*, du 1^{er} décembre 2010 (n° 09-13303).

⁴⁴⁹ F.-X. LICARI, « La compatibilité des *punitive damages* avec l'ordre public international : une décision en trompe-l'œil de la Cour de cassation ? » note sus Civ. 1^{er}, 10 déc. 2010, *D.* 10 fév. 2011, n° 6, p. 426.

Un autre aspect à considérer pour imposer une peine privée, qui ne se trouve pas dans un texte légal ou un précédent jurisprudentiel, est le besoin impératif de ne fixer ni barèmes ni plafonds. Il ne faut pas oublier que la peine privée a un objectif : la dissuasion des faits illicites. Pour l'atteindre, la peine doit se caractériser par l'imprévisibilité de son montant⁴⁵⁰. L'imprévisibilité permet de s'assurer que le coupable potentiel ne calcule pas à l'avance les coûts de l'illicéité. Un calcul indiquant un gain potentiel le pousserait à commettre un fait illicite.

Les barèmes et les plafonds punitifs, comme celui qui va fonctionner en France pour l'amende civile, avec un plafond de 2 000 000 euros ou, le cas échéant, jusqu'au décuple des profits retirés illicitement⁴⁵¹, ne semblent donc pas très utiles. Ces plafonds sont certes élevés, et une bonne partie de la classe moyenne alphabétisée sera dissuadée par une menace punitive aussi grande.

Mais il n'en sera pas forcément ainsi pour les grandes entreprises, dont les fonds et budgets sont inépuisables, notamment les entreprises dont la concurrence se réduit à deux ou trois compétiteurs, par exemple certaines compagnies de téléphonie ou d'exploration pétrolière. La prévention dissuasive doit porter sur de telles entreprises, qui ont une plus grande capacité à nuire⁴⁵².

Un autre système de mesure des peines est celui du coefficient. Il consiste à imposer une peine dont le montant équivaut à un pourcentage du montant de l'indemnisation des préjudices⁴⁵³. Un tel système présente, en plus du problème de la prévisibilité, une autre difficulté : il subordonne la mesure de la peine à l'existence d'un préjudice. Cela est une

⁴⁵⁰ *Ibid.*, p. 426.

⁴⁵¹ Art. 1266, al. 3.

⁴⁵² L'Avant-projet veut que la dissuasion comprenne les entreprises : « Si le responsable est une personne morale, l'amende peut être portée à 10 % du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel la faute a été commis » : art. 1266, al 4.

⁴⁵³ C. QUÉZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, § 491, p. 499.

erreur car la peine n'est nullement un surcroit de l'indemnisation ; elle n'est pas non plus un complément arithmétique de la réparation.

L'étude des aspects substantiels du régime punitif serait incomplète si elle ne s'accompagnait pas d'une étude similaire de ses aspects processuels. Les arguments d'ordre matériel et théorique que l'on vient de présenter pour défendre l'autonomie de la peine et les éléments substantiels de son régime n'auraient aucune valeur transformatrice, si l'on ne pouvait les appliquer dans des affaires réelles soumises à un juge. Pour cette raison, le dernier titre développera les aspects processuels (seulement ceux qui sont ou peuvent être problématiques) du régime.

Les aspects processuels seront étudiés après la conclusion du chapitre 2.

Conclusion du chapitre 2

Le prononcé de la peine privée a plusieurs effets. La décision judiciaire suscite un lien juridique entre le coupable et la victime, qui peut consister en une obligation civile ou en la perte d'un droit. Quant à la victime, trois questions se posent : la première consiste à déterminer si la victime peut ou non être attributaire de la prestation punitive à la charge du coupable. La deuxième consiste à déterminer si l'attribution d'une telle prestation à la victime signifierait son enrichissement. La troisième vise à reprocher la congestion judiciaire que la peine privée entraînerait si elle était attribuée à la victime.

On peut conclure que la peine privée, pour l'être, doit être attribuée à la victime. L'espoir d'un profit encourage à demander l'application de la peine. Sans un tel encouragement, il est tout à fait possible que la rationalité amène la victime à ne pas agir. Personne ne commence un procès long et onéreux pour bénéficier à autrui. De même, il faut prendre en considération que la personne de nature à intenter un procès est celle ayant une connaissance directe du fait illicite. Elle est d'ailleurs la seule pouvant agir en justice légitimement.

D'autre part, l'enrichissement sans cause de la victime n'existe pas. L'enrichissement existe, mais peut avoir plusieurs causes : le droit à une récompense pour remplacer l'État dans sa fonction d'identification des actes illicites, le jugement allouant la peine, la loi, le délit et le quasi-délit.

Le coupable est l'auteur du fait illicite. En ce qui le concerne, trois questions se posent : établir si la peine est transmissible, si elle est assurable et si l'assureur peut se subroger. La transmissibilité de la peine doit être écartée, le fondement utilitariste l'empêchant. La punition sert à la dissuasion et cette dernière doit porter sur le coupable. On le punit pour éviter la récidive et l'imitation, et la peine serait donc inutile s'il pouvait la transmettre. Cela reviendrait à proclamer au coupable et aux tiers l'inefficacité de la peine et la rentabilité de l'illicéité.

On doit aussi écarter l'assurabilité de la peine privée. La raison en est le fondement utilitariste de la peine. L'assurance mettrait en péril la dissuasion. Une assurance de la peine engendrerait le risque moral, un risque rationnel et prévisible compte tenu de la rationalité qui détermine normalement le comportement humain. On doit également considérer que, bien qu'elles ne soient pas des conditions de la peine, la faute lourde et le dol sont des faits générateurs que l'équité sanctionne plus lourdement. La faute lourde et le dol sont tous deux légalement inassurables. La non-assurabilité de la faute lourde et du dol a cependant une exception : l'assurance de responsabilité. Mais cette exception n'est pas applicable car les sinistres de responsabilité et de peine privée sont différents.

On ne peut pas accepter l'argument qui, pour justifier l'assurance de la peine privée, prétend qu'en cas de sinistre, l'assureur peut pénaliser son assuré⁴⁵⁴. La majoration de la prime n'est pas une pénalité, mais plutôt un mécanisme d'ajustement financier que le souscripteur connaît lors de la conclusion du contrat d'assurance. Par ailleurs, la pénalisation maîtrisée par l'assureur manquerait absolument de capacité dissuasive, car elle fonctionne à travers des barèmes connaissables à l'avance. Quand le souscripteur prend une police d'assurance, il est informé sur la manière de calculer la pénalité applicable en cas de sinistre⁴⁵⁵. En bref, la pénalité à la charge de l'assureur est quantitativement prévisible pour l'assuré, ce qui signifie qu'elle est inefficace en termes de dissuasion.

D'autre part, quant à la subrogation de l'assureur, on peut tirer la conclusion suivante : si l'on considérait que la peine fait partie de la responsabilité, le droit à la subrogation inclurait la partie correspondant à la peine car, selon la loi, l'assureur se subroge jusqu'au montant de l'indemnité qu'il a payée. En conséquence, la peine, qui est essentiellement individuelle et unique, serait payée deux fois par deux personnes distinctes, ce qui n'est nullement acceptable.

⁴⁵⁴ Il s'agit de la clause de réduction-majoration ou *bonus-malus*.

⁴⁵⁵ La majoration de la prime d'assurance est souvent au double.

Quant à la mesure de la peine, on peut tirer les conclusions suivantes : la mesure ne s'applique pas seulement aux peines pécuniaires. Le critère utilisé pour mesurer la peine est l'équité. Cette dernière sert à déterminer la peine que l'on doit imposer selon les particularités du cas. Le juge doit maintenir la proportionnalité entre plusieurs éléments : d'une part, la nature et le montant de la peine ; d'autre part, la gravité de la faute, la condition contributive du coupable, la récidive et les profits retirés ; en somme, le juge doit évaluer tous les éléments se rapportant au défendeur et à sa conduite. La proportionnalité ne doit pas considérer les préjudices subis par la victime, car la peine est autonome par rapport à la responsabilité, ce qui implique que la proportionnalité doit s'établir au regard d'autres éléments.

La peine doit se mesurer indépendamment de tarifs et de plafonds. Le but dissuasif de la peine requiert que le type de peine et son montant soient imprévisibles pour les coupables potentiels. Sinon, on faciliterait les fautes lucratives, car un individu n'aurait qu'à évaluer les coûts de l'illicéité, y compris les peines, pour déterminer l'éventuelle rentabilité de l'illicéité. Le cas échéant, tout être économiquement rationnel choisira la commission de l'acte illicite et la peine aura été inutile.

Conclusion du titre 1

La peine privée est un mécanisme pour dissuader l'illicéité. Ses faits générateurs sont la faute et le dol, sans lesquels elle ne pourrait pas s'exprimer par le biais de l'action en justice. En termes de peine privée, le fait générateur doit causer une lésion, même s'il ne cause pas de préjudice. Si les deux conditions sont réunies, la peine doit être prononcée, sauf si, après le test d'équité, on en conclut autrement.

Le prononcé de la peine privée doit obéir à des critères d'équité quant au type de peine et quant à sa mesure. Le prononcé d'une peine privée est à l'origine d'une nouvelle situation juridique⁴⁵⁶. Il y a un coupable puni et une victime en faveur de laquelle la peine a été prononcée. Si la peine est pécuniaire, elle peut s'attribuer à la victime. Une telle attribution a beaucoup de causes, ce qui permet d'écarter l'idée d'un enrichissement sans cause.

Du point de vue du coupable, la peine privée est intransmissible en raison de sa finalité dissuasive, finalité qui est aussi la cause de sa non-assurabilité. Le droit à demander une peine privée est pur et simple. Ce droit ne se résout pas par le paiement volontaire de la dette de réparation. En d'autres termes, le paiement volontaire de la dette de réparation n'est pas une condition résolutoire du droit à demander la peine privée.

En matière contractuelle, le caractère pur et simple du droit de demander le prononcé de la peine se traduit par le fait que la victime peut l'exercer sans avoir besoin de demander une indemnisation compensatoire, cette dernière n'étant pas une condition suspensive du droit de demander le prononcé de la peine privée.

⁴⁵⁶ Sur la notion de situation juridique : G. OSPINA FERNÁNDEZ, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, 7^a ed., Bogotá, Temis, 2005, §§ 2-4, pp. 3-5.

TITRE 2

Aspects processuels du régime de la peine privée

La dimension processuelle de la peine privée nous permet de définir quelques situations problématiques s'éloignant de ce qui a été résolu par les règles générales. Ces situations appartiennent au domaine de la prétention punitive (chapitre 1), aux garanties processuelles de rang constitutionnel (chapitre 2) et au rapport entre la peine privée et l'ordre public (chapitre 3).

CHAPITRE 1

La prétention punitive

Etant donné son caractère punitif, la peine privée requiert un prononcé judiciaire. L'action judiciaire doit être déclenchée par la victime, en raison de la nature civile de la sanction imposable et du caractère dispositif de notre juridiction civile⁴⁵⁷. Les règles du procès civil punitif sont celles de tout litige civil. Nous n'analyserons donc pas les traits spéciaux de la demande, les délais, les actes récursoires, etc. Nous développerons certains sujets pouvant susciter des discussions sur la prétention d'une condamnation contre la partie défenderesse.

Sans chercher vainement à épuiser tous les sujets que peut susciter la prétention punitive, nous avons choisi ceux que nous considérons comme les plus discutables : l'intérêt à agir (A), la caducité (B) et le cumul des prétentions punitives et réparatrices (B).

A. L'intérêt à agir

La détermination des intéressés à agir résulte de la détermination préalable des détenteurs des droits substantiels en dispute⁴⁵⁸. Le droit de demander le prononcé d'une peine privée appartient à la personne dont le droit a été lésé⁴⁵⁹. Le droit de s'opposer à la prétention appartient à l'auteur du fait illicite. Une telle lapalissade est mise en doute quand on formule les questions suivantes : le concours de coupables conduit-il à multiplier le nombre de personnes pouvant agir légitimement ? Dans l'affirmative, la cause de la multiplication est-elle la solidarité ? (§ 1) La victime qui a contribué à sa propre lésion peut-elle demander le prononcé d'une peine privée ? (§ 2). Le juge peut-il prononcer officieusement une peine privée ? (§ 3) Les créanciers de la victime peuvent-ils demander légitimement une peine en vertu de l'action oblique ? (§ 4).

⁴⁵⁷ Code général du procès, art. 8.

⁴⁵⁸ Sur ce sujet, voir CSJ, Salle de cassation civile, 9/04/2014, n° 08001 3103 002 2008-00069-01.

⁴⁵⁹ J. DUPICHOT, Des préjudices réfléchis nés de l'atteinte à la vie ou à l'intégrité corporelle, Paris, LGDJ, 1969, § 176.

§ 1. L'intérêt à agir et la solidarité

La question concernant la viabilité d'imputer solidairement la peine aux multiples auteurs du fait illicite doit se poser à partir de deux prémisses : en premier lieu, à partir du besoin d'une norme expresse qui consacre la solidarité en matière civile⁴⁶⁰ ; en second lieu, à partir de la présomption de solidarité en matière commerciale⁴⁶¹.

En partant de ces prémisses, il faut analyser, d'une part, si en droit civil on peut appliquer — avec des buts punitifs et dans le cadre d'un fait illicite extracontractuel — la norme de responsabilité qui consacre la solidarité aquilienne⁴⁶² (a) et, d'autre part, si en matière commerciale, l'article 825 du Code de commerce⁴⁶³ suffit pour appliquer la solidarité punitive (b).

a. Peine privée et solidarité aquilienne

En principe, on pourrait penser que la solidarité aquilienne n'est pas applicable à la matière punitive en raison du caractère exceptionnel de la solidarité civile. Cependant, il existe des arguments en faveur de l'application de la figure : d'une part, le Conseil d'État a appliqué analogiquement la norme de la solidarité aquilienne à des procès de responsabilité de la puissance publique, sans que la règle de l'exceptionnalité de la solidarité civile ait constitué un obstacle. D'autre part, la jurisprudence constitutionnelle a validé l'application de la solidarité *ex article 2344* du Code civil (source de la solidarité aquilienne) dans le domaine de la responsabilité de l'État⁴⁶⁴.

⁴⁶⁰ Code civil, art. 1568/3.

⁴⁶¹ Code de commerce, art. 825.

⁴⁶² Code civil, art. 2344.

⁴⁶³ Cet article établit une présomption de solidarité passive dans le cadre des « affaires commerciales ».

⁴⁶⁴ Décision C-055/16.

La Cour suprême de justice a suivi la même démarche : elle a appliqué l'article 2344 du Code civil pour résoudre des procès de responsabilité dite contractuelle, comme celui qui a donné lieu à la reconnaissance de la responsabilité solidaire des préposés et du commettant, dans une affaire de responsabilité médicale⁴⁶⁵. Dans aucun des deux cas l'exceptionnalité de la solidarité civile n'a été un obstacle pour appliquer et établir la règle de la solidarité aquilienne. En conséquence, étant donné le principe d'égalité régissant le précédent jurisprudentiel, aucun juge ne pourrait prétexter que la solidarité civile est exceptionnelle, afin de l'écarter comme un cas particulier.

b. La présomption de solidarité en matière commerciale

En droit commercial, la solidarité est la règle générale et la discussion n'existe donc pas. D'ailleurs, la solidarité commerciale n'opère pas seulement dans le domaine contractuel. Bien que la norme établisse l'expression « dans les affaires commerciales »⁴⁶⁶, une telle norme figure dans le livre « des obligations en général » et s'accompagne de normes régissant des sujets non-contractuels, tels que l'enrichissent sans cause en matière d'instruments négociables⁴⁶⁷ ou la règle sur le domicile pour le paiement des obligations commerciales pécuniaires⁴⁶⁸.

On peut donc conclure que le droit civil et le droit commercial permettent l'application de la solidarité aquilienne à la peine privée. Il faut analyser si les effets de la solidarité passive, notamment ceux qui se produisent entre les débiteurs solidaires (i), sont applicables à la peine privée ou si l'on doit les écarter (ii).

⁴⁶⁵ CSJ, Salle de cassation civile, 11/09/2002, n° 6430.

⁴⁶⁶ Code de commerce, art. 825.

⁴⁶⁷ Code de commerce, art. 882.

⁴⁶⁸ Code de commerce, art. 876.

i) Les effets de la solidarité passive entre les débiteurs solidaires

Dans les obligations solidaires, une pluralité de liens juridiques apparaît⁴⁶⁹. Une telle pluralité naît avec la source de l'obligation. Si un débiteur paie l'obligation, il est subrogé à l'égard des autres débiteurs. Pour ceux-ci, l'obligation devient conjointe quant au solde⁴⁷⁰. Aucun de ces effets n'est appliqué à la peine privée, car ils ne sont pas compatibles avec son fondement et avec certaines règles juridiques fondamentales.

Si la source de l'obligation ne permet pas d'inférer la partie de l'obligation que chaque débiteur a à sa charge, le partage doit se faire à parts égales⁴⁷¹. Si un débiteur ne paie pas pour sa faillite, sa part de l'obligation doit être partagée entre les autres débiteurs au prorata des parties des autres, en incluant dans le partage ceux que le créancier a exonérés de la solidarité⁴⁷².

ii) Les effets de la solidarité en matière punitive

Les effets de la solidarité ne sont pas applicables à la peine privée. En premier lieu, la subrogation n'est pas pertinente. La nature de la peine et son montant sont déterminés en fonction de la gravité de la faute, des profits retirés et de la capacité contributive. Par conséquent, le débiteur qui a payé ne peut pas prétendre au remboursement par les autres débiteurs, car la peine qu'il a payée a été fixée sur la base de ses circonstances spéciales⁴⁷³. Cela signifie que chaque coupable est débiteur d'une prestation différente, qui a été fixée selon les circonstances de chacun, ce qui contredit l'essentialité de la solidarité.

En second lieu, le partage de la dette à parts égales en cas d'indétermination est aussi inapplicable à la peine privée. La raison est similaire : les peines s'imposent en prenant en

⁴⁶⁹ J. CUBIDES, *Obligaciones*, 6.^a ed. Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2009, p. 69.

⁴⁷⁰ Code civil, art. 1579, al.1.

⁴⁷¹ J. CUBIDES, *op. cit.*, p. 81.

⁴⁷² Code civil, art. 1579, al. 3.

⁴⁷³ P. PRATTE, « Les dommages punitifs... », *op. cit.*, p. 289.

compte des considérations individuelles. Un partage purement et simplement mathématique serait donc absurde. En outre, les peines sont personnelles : nul ne paie une peine via autrui.

Un autre problème, semblable à celui que l'on vient d'étudier, est celui de la légitimation de celui que s'est blessé coupablement.

§ 2. *L'intérêt à agir de celui qui a contribué fautivement à la causation de sa propre lésion*

Il faut écarter sa légitimité pour demander l'imposition de la peine. Bien que rien n'empêche de lui allouer la légitimité — dans la mesure où la faute concernée n'est pas seulement le fait de la victime, mais aussi celui d'une autre personne dont la faute serait sanctionnée — il semble plus convaincant de ne pas récompenser une personne ayant agi aussi illicitement que l'autre coauteur. Cela remettrait en cause l'utilité de la peine et favoriserait les complicités lucratives.

§ 3. *Peine privée et officiosité*

Il existe trois arguments en faveur de l'officiosité : le premier dit que la victime peut craindre les représailles de la contrepartie. Le deuxième dit que la victime peut méconnaître son droit de demander la peine⁴⁷⁴. Le troisième dit que la peine doit remplir un but général de prévention des comportements dommageables⁴⁷⁵.

Ces trois arguments doivent être contestés. L'argument de la crainte des représailles, outre qu'il n'est pas un argument juridique, ignore le fait que les représailles peuvent se produire bien qu'il n'y ait pas de peine privée. Le seul fait de se voir attaqué en justice peut pousser un individu à se venger. L'argument de la méconnaissance, quant à lui, oublie que les actions civiles requièrent l'*ius postulandi*. Cela signifie que la demande punitive doit être réalisée par un avocat, supposé connaître les droits de son client. Par ailleurs, il est toujours

⁴⁷⁴ A. JAULT, *op. cit.*, § 330, p. 215; S. CARVAL, *op. cit.*, §§ 305 y 308, pp. 345 y 349.

⁴⁷⁵ S. CARVAL, *op. cit.*, § 309, p. 350.

possible qu'un litigant méconnaisse certaines règles, droits et devoirs, sans que cela implique la viabilité de l'officiosité.

L'argument de l'objectif de prévention générale est erroné, parce qu'il part d'une prémisse fautive : l'action officieuse est la seule de nature à atteindre le but général de la prévention dissuasive. La peine est dissuasive par le seul fait d'être imposée. La diffusion de la décision, et non son officiosité, est ce qui procure à la peine privée son efficacité dissuasive.

On doit considérer, d'autre part, que les procès civils sont oraux et publics. Ceci facilite la diffusion des jugements et des arrêts, notamment de ceux ayant une importance locale, régionale ou nationale. Enfin, on doit considérer que l'imposition de la peine privée est un droit de la victime. Comme il s'agit d'un droit susceptible de renonciation, la victime peut renoncer à le faire valoir, ce qui permet d'écarter l'officiosité. Cette dernière se rapproche plutôt des amendes, dont l'attributaire est le Trésor public.

Il y a une autre raison pour écarter l'officiosité de la peine privée : en droit processuel, on applique la règle de la congruence ou de l'immutabilité de l'objet du litige. D'après l'article 281 du Code général du procès, « la sentence sera en accord avec les faits et les prétentions de la demande [...] Il n'y aura de condamnation ni *ultra petita* ni *extra petita* [...] ». La non-conformité de la sentence avec les faits et les prétentions entraîne l'illégalité de la décision, ce qui la rend attaquantable par le biais de l'action constitutionnelle de sauvegarde aux droits fondamentaux⁴⁷⁶ (*acción de tutela*), ainsi que, le cas échéant, par le biais d'un pourvoi en cassation⁴⁷⁷.

⁴⁷⁶ Cour constitutionnelle, décision SU-424 de 2012 ; décision T-152/13.

⁴⁷⁷ Code général du procès, art. 336, núm. 3.

§ 4. *L'intérêt à agir des créanciers de la victime*

Les créanciers de la victime n'ont pas le droit de demander le prononcé de la peine privée en sa faveur. En d'autres termes, ils ne disposent pas de l'action oblique. Une telle action se fonde sur la négligence du créancier⁴⁷⁸, qui ne cherche pas le paiement de ses créances, ce qui nuit indirectement à ses propres créanciers. Dans le cas de la peine privée, la victime a la possibilité, et non l'obligation, de la solliciter. Nul ne peut l'accuser de négligence si elle ne le fait pas.

D'autre part, l'action oblique requiert que la créance soit certaine, exigible et que son montant soit déterminé⁴⁷⁹. Dans le cas de la peine privée, ces caractéristiques sont seulement accordées par la décision d'un juge.

Nous analyserons maintenant un autre aspect de la prétention punitive : celui de sa caducité.

B. La caducité de la prétention punitive

Dans ce domaine, les règles applicables sont les règles générales. Cela pourrait susciter un débat sur la répercussion de la caducité de la prétention réparatrice sur celle de la prétention punitive. Cependant, nous éviterons un tel débat en rappelant l'autonomie de la peine privée et de la réparation. Une telle autonomie n'empêche pas que, dans la même demande, le demandeur cumule les deux types de prétention, auquel cas la loi lui exigera seulement qu'aucune des prétentions ne soit caduque. Pour remplir une telle exigence, il faut considérer certains points relatifs à la distinction entre le dommage et le préjudice.

Quant à l'opportunité de la prétention punitive, il faut savoir que son délai de caducité est toujours distinct de celui de la prétention de réparation. Le délai de la première commence

⁴⁷⁸ A. TAMAYO, *Manual de obligaciones*, t. 1, 6^a ed., Bogotá, Temis, 2004, § 277, p. 351.

⁴⁷⁹ *Ibid.*, § 278, p. 352.

à courir avant celui de la seconde, car les deux délais commencent à courir quand la victime a la connaissance du dommage, pour la peine, et du préjudice, pour la réparation⁴⁸⁰. Le dommage, en tant que cause du préjudice, est antérieur et son délai commence logiquement à courir avant⁴⁸¹.

En ce qui concerne la compétence territoriale, une seule règle pourrait engendrer des doutes : il s'agit de l'article 28/6 du Code général du procès, qui établit que, dans les procès en responsabilité civile extracontractuelle, le demandeur peut choisir l'endroit où il va demander : il peut le faire au domicile du défendeur ou là où le fait générateur s'est accompli⁴⁸². Cette règle se borne aux procès en responsabilité civile. En conséquence, si le demandeur utilisait la règle lui permettant de demander le prononcé de la peine à l'endroit du fait générateur, le défendeur pourrait opposer l'exception d'incompétence⁴⁸³, puisque la prétention formulée n'est pas de responsabilité.

C. Le cumul des prétentions punitives et réparatrices

Le cumul est possible, tant pour l'autonomie de chaque prétention que pour l'assouplissement de la loi processuelle quant au cumul⁴⁸⁴. Or, le demandeur doit établir la caducité de chaque prétention et se garder de cumuler des prétentions déclaratives et des prétentions d'exécution coactive. La prétention d'exécution coactive est la voie la plus usuelle pour demander le paiement de la clause pénale d'un contrat. Mais si le demandeur veut aussi demander la réparation des préjudices issus de l'inexécution, la nature du procès change car son objet est différent : il s'agit de déterminer l'inexécution, la mise en demeure, le lien de causalité, etc., thèmes qui appartiennent au procès déclaratif, non au procès d'exécution coactive.

⁴⁸⁰ F. LEDUC, « Faut-il distinguer le dommage et le préjudice ? : point de vue privatiste », dans *RCA hors-série*, 2010, § 20, p. 14.

⁴⁸¹ *Ibid.*, § 20, p. 14.

⁴⁸² Code général du procès, art. 28/6.

⁴⁸³ Code général du procès, art. 100/1

⁴⁸⁴ Code général du procès, art. 88.

L'étude de la prétention punitive est terminée. Il convient maintenant d'étudier le rapport entre la peine privée et les garanties processuelles de rang constitutionnel (chapitre 2), ainsi que la reconnaissance d'arrêts et de sentences arbitrales étrangères allouant des peines privées (chapitre 3). Cette étude se fera après la conclusion du chapitre 1.

Conclusion du chapitre 1

La peine privée doit être demandée en justice par la victime du fait illicite, qui est la seule ayant l'intérêt à agir. Le droit de s'opposer à la prétention punitive appartient seulement à l'auteur du fait illicite. Tout cela est l'expression des règles générales de l'intérêt à agir. Cependant, il est possible de discuter la validité de ces règles, quand on analyse la peine privée. Il y a quatre points sur lesquels on peut se concentrer : la solidarité entre les coupables, l'intérêt à agir de celui qui a causé coupablement sa propre lésion, l'officiosité de la peine et l'intérêt à agir des créanciers de la victime.

Nous avons tiré les conclusions suivantes :

1. Il n'existe pas d'obstacle juridique pour appliquer analogiquement la solidarité aquilienne, mais il existe un obstacle pratique : on ne pourrait pas exercer l'action en répétition parmi les débiteurs solidaires, car les peines sont individuelles et sont mesurées en considération des circonstances spéciales de chaque débiteur.
2. On ne peut légitimer quiconque a contribué coupablement à se léser, sous peine de récompenser la co-perpétration d'un fait illicite. Une telle récompense diminuerait l'utilité de la peine privée et encouragerait la confabulation.
3. On ne saurait imposer officieusement des peines privées. La peine est privée et la victime est la seule attributaire. Si cette dernière ne la demande pas, c'est qu'elle ne veut pas en bénéficier.
4. Les créanciers de la victime n'ont pas d'intérêt à agir. L'action dite oblique se fonde sur la négligence du créancier. Ne pas demander la peine, en tant que droit, ne peut pas être considéré comme un acte négligent.

CHAPITRE 2

La peine privée et les garanties processuelles constitutionnelles

Étant donné la nature punitive de la peine privée, il faut analyser sa compatibilité avec les garanties processuelles de rang constitutionnel. On met souvent en cause ladite compatibilité, surtout dans les pays de tradition romaine-germanique comme la Colombie. La première remarque que l'on peut adresser aux critiques est que les garanties constitutionnelles sont avant tout des droits de l'homme. Dès lors, elles sont obligatoires dans tous les systèmes juridiques : *civil law*, *common law*, Sharia, etc. Nous sommes d'avis que, si la peine privée a été appliquée depuis plus d'un siècle dans la *common law*⁴⁸⁵ sans que sa conformité avec les garanties ait été mise en doute, il ne semble pas nécessaire de discuter une telle conformité dans un autre système.

Néanmoins, comme ce qui est répété et accepté n'est pas nécessairement légal, il faut s'efforcer de prouver la conformité de la peine privée avec les garanties en droit privé colombien. Nous analyserons donc le principe de légalité des peines (A), le *non bis in idem* (B) et l'interdiction de la *reformatio in pejus* (C). Le principe de la proportionnalité de la peine a déjà été étudié dans la rubrique de la mesure de la peine privée.

A. La peine privée et le principe de légalité des peines

D'abord, il faut rappeler que la conception originelle du principe de légalité des peines visait les peines du droit pénal. L'article 11 de la Déclaration universelle des droits de l'homme consacre le principe de légalité et la présomption d'innocence dans le même article, ce qui montre que le principe de légalité appartient au même domaine que la présomption. De son côté, la Convention américaine des droits de l'homme établit le principe de légalité des peines et le principe de rétroactivité de la peine la plus favorable dans le même article. Cet article donne la définition du principe de légalité, dans le cadre des délits⁴⁸⁶.

⁴⁸⁵ La première condamnation a été prononcée en 1763 dans l'arrêt anglais *Huckle vs. Money*.

⁴⁸⁶ Art. 9.

La nature pénale de ce principe est logique et justifiée, car les peines des délits pénaux impliquent la privation d'un droit fondamental : le droit à la liberté⁴⁸⁷. Cependant, ce principe est appliqué dans d'autres domaines punitifs, comme le droit administratif sanctionnateur, où l'on accepte l'application nuancée des garanties constitutionnelles⁴⁸⁸. Il faut noter que, en droit administratif sanctionnateur, l'application de telles garanties est aussi justifiée, en raison de leur similitude avec le droit pénal. L'administration sanctionne quand le particulier affecte un bien protégé socialement car d'intérêt général, comme la concurrence libre et les droits des consommateurs.

Dans ce domaine, le Conseil constitutionnel français a prononcé une décision sur l'application du principe de légalité aux autorités administratives, avec une thèse conduisant à alléger la rigueur du principe de légalité en matière administrative. Le fondement de cette thèse est tout à fait applicable en Colombie : « Appliquée en dehors du droit pénal, l'exigence d'une définition des infractions sanctionnées se trouve satisfaite, en matière administrative, par la référence aux obligations auxquelles le titulaire d'une autorisation administrative est soumis en vertu des lois et règlements »⁴⁸⁹.

Quant à la légalité des peines en droit privé, nous soutenons l'idée qu'un tel principe n'est pas applicable, car les raisons le justifiant en matière pénale et administrative ne le justifient pas en droit privé. Les faits illicites privés affectent des intérêts privés. Ses sanctions ont deux objectifs : le rétablissement de l'intérêt affecté, à travers la responsabilité, et la dissuasion de la récidive, à travers la peine privée.

Néanmoins, si l'on accepte hypothétiquement l'application du principe de légalité dans le domaine des peines civiles, de telles peines ont leur source légale dans l'article 2341 du

⁴⁸⁷ « Il n'est pas inconcevable que, strictement mis en œuvre dans un système répressif aussi sévère que celui du droit pénal, il fasse l'objet d'une application plus souple dans des systèmes qui, tels ceux des sanctions administratives ou civiles, sont exclusifs de toute privation de liberté » : S CARVAL, *op. cit.*, § 209, p. 225.

⁴⁸⁸ J.-M. LAVERDE, *Manual de procedimiento administrativo sancionatorio*, Bogotá, Legis, 2016, pp. 50-85.

⁴⁸⁹ Décision n.° 88-248 DC, du 17 janvier 1989, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-con..decision-n-88-248-dc-du-17-janvier-1989.8636.html> (consulté le 21 mars 2017).

Code civil. Cet article consacre la clause générale de responsabilité civile extracontractuelle, c'est-à-dire l'obligation générale et abstraite de réparer les préjudices causés coupablement à autrui. Mais cette clause avertit que l'obligation réparatrice s'impose « sans préjudice de la peine principale que la loi impose pour la faute ou le délit commis ».

La réaction immédiate du lecteur sera assurément de penser qu'un tel avertissement vise seulement la peine fixée par le droit pénal concernant un délit ou « faute » qui constitue aussi un crime. Cet argument est contestable et doit pour le moins être nuancé. Le législateur a défini ce que le Code civil entend par faute et délit. Il a aussi établi des règles d'interprétation de la loi. L'une de ces règles établit que les mots définis par le législateur dans certains domaines doivent s'entendre, dans ces domaines, selon l'acception donnée par le législateur⁴⁹⁰.

Il faut noter que, quand la loi dit que la réparation s'impose sans préjudice de la peine, elle ne précise pas de quel type de peine elle parle. On ne peut donc pas faire de distinction là où la loi n'en fait pas. Dès lors, on ne peut pas inférer que le texte légal fait référence aux peines des délits pénaux. Les peines administratives et les peines civiles sont incluses dans le mot peine utilisé dans l'article. Plus encore : un autre article du même Code, l'article 5, dit, en se référant aux peines criminelles, que « C'est le Code pénal qui définit les délits et signale les peines ».

L'article 5 fait référence expresse aux délits et peines criminelles. Cela signifie que, si le Code n'a pas qualifié un délit comme pénal dans l'article 2341, il l'a fait intentionnellement, afin d'y restreindre le mot délit au délit civil. De plus, dans l'article 5, le législateur a omis le mot faute. Une telle omission n'est pas le fruit de la négligence, mais la conséquence logique de parler en termes de droit pénal, pour lequel la faute n'est pas un fait illicite, mais une des modalités de la conduite punissable, avec le dol et la faute pénale non-intentionnelle⁴⁹¹ (Cette dernière s'appelle *preterintención* en droit pénal colombien).

⁴⁹⁰ Code civil, art. 28.

⁴⁹¹ Code pénal, art. 21.

Ainsi, si la clause générale de responsabilité dit que la responsabilité doit se prononcer sans préjudice de la peine que la loi fixe « pour la faute ou le délit » (le législateur a donc exclu l'élément qu'il avait inclus auparavant, dans l'article 5, au sujet de peines), il faut conclure que la faute peut être sanctionnée civilement, qu'il y ait sanction réparatrice ou non.

Enfin, il faut prendre en considération que le Code pénal a sa propre clause générale de responsabilité civile dérivée du délit pénal. L'article 94 établit que « la conduite punissable déclenche l'obligation de réparer les dommages matériels et moraux qu'elle a causés ». Cet article est la source normative qui attribue des sanctions civiles en matière pénale. On pourrait dire qu'une telle norme n'existait pas au XIX^{ème} siècle, quand le Code civil a été rédigé, ce qui, bien que vrai, ne mettrait pas en péril notre argument, car il est également vrai que l'avertissement de l'article 2341 est encore en vigueur. En vertu du principe herméneutique appelé « de l'effet utile des normes »⁴⁹², si un tel article est en vigueur, on doit lui donner un sens et lui attribuer des effets.

Intimement lié au principe de légalité, le principe de l'interdiction de la double poursuite, énoncé en latin comme *non bis in idem*, est une autre garantie processuelle de rang constitutionnel.

B. Peine privée et *non bis in idem*

Affirmer que la condamnation punitive enfreint l'interdiction du *non bis in idem*, c'est ignorer l'autonomie de la peine privée à l'égard de la responsabilité. En revanche, si l'on comprend que la peine est une sanction distincte de la réparation, quoiqu'une même conduite puisse donner lieu aux deux sanctions, on comprend que la peine et la réparation ont des objectifs différents : la réparation, corriger un déséquilibre entre deux patrimoines ; la peine, dissuader la récidive.

⁴⁹² Cour constitutionnelle, décision C-569/04, 8/06/2004.

Par ailleurs, une même conduite peut affecter des biens juridiques différents. Par exemple : un acte de concurrence déloyale porte atteinte au patrimoine de la victime, dont le rétablissement requiert la responsabilité. Ce même acte porte atteinte au bien de libre marché, dont la protection future requiert une amende à la charge du coupable et en faveur du Trésor public. Nul n'affirmerait que cette double sanction enfreint le principe du *non bis in idem*, car les droits affectés correspondent à des domaines différents de la protection juridique.

Il en va de même pour les actes punis disciplinairement, pénalement et civilement. Les peines imposables à chaque domaine sont distinctes, puisque les droits protégés le sont également. Autrement dit, l'unicité de l'acte n'implique ni l'unicité des biens juridiquement protégés, ni celle des droits affectés, ni celle des mécanismes de tutelle juridique.

La jurisprudence constitutionnelle a exprimé des conditions d'inapplication du principe : d'une part, que les recherches et les sanctions aient des fondements normatifs distincts ; d'autre part, que les procès et les sanctions aient des buts différents ; enfin, que le procès et la sanction n'aient pas les mêmes sujets, objets, causes, portées, fondements normatifs et finalités⁴⁹³. Au sujet de l'identité de la cause, le Cour a dit que « Il n'existe pas d'identité de cause quand la nature juridique des sanctions, sa finalité, la juridiction et le bien protégé diffèrent »⁴⁹⁴.

Si l'on compare la responsabilité et la peine, on remarque les différences portant sur tous les aspects qui constituent la cause : la nature juridique des sanctions, car celle de la peine est afflictive, tandis que celle de la responsabilité est réparatrice ; la finalité, car celle de la peine est la dissuasion du coupable, tandis que celle de la responsabilité est la réparation intégrale des préjudices ; les fondements normatifs, car ceux de la peine sont fixés par les normes spéciales consacrant chaque peine ou, le cas échéant, par la jurisprudence, tandis que ceux de la responsabilité sont les normes de la « responsabilité commune pour les délits et

⁴⁹³ Cour constitutionnelle, décision C-1265/05.

⁴⁹⁴ Cour constitutionnelle, décision C-1265/05.

les fautes », si la responsabilité est aquilienne, et les normes des effets des obligations, si la responsabilité est contractuelle.

On pourrait penser que la distinction entre le dommage et le préjudice signifierait un double jugement si le fait générateur cause des dommages et des préjudices. La faute déclencherait tout à la fois la punition du dommage et la réparation du préjudice. Encore une fois, une telle critique serait infondée. La punition survient lors de la lésion coupable d'un droit. Peu importe si la lésion cause aussi un préjudice. Le bien juridique protégé est la licéité des rapports entre les individus. La transgression pure et simple d'un tel bien juridique justifie l'imposition d'une peine dissuasive.

Quant à la cause, le prononcé de la condamnation réparatrice requiert deux éléments que la peine ne requiert pas : le préjudice et sa mesure. De son côté, la peine requiert un élément qui pour la réparation est aléatoire : la faute.

En somme, quand un demandeur sollicite l'imposition d'une peine, le juge analyse principalement la faute du défendeur ; si le demandeur sollicite la condamnation à réparer, le juge doit analyser principalement le préjudice, ses causes et sa mesure.

On a démontré que l'imposition des peines privées ne signifie pas la violation de l'interdiction du *non bis in idem*. Il convient maintenant de démontrer que la peine privée ne viole pas non plus le principe de l'interdiction de la *reformatio in pejus*.

C. La peine privée et l'interdiction de la *reformatio in pejus*

L'article 31 de la Constitution colombienne établit la garantie suivante : le supérieur fonctionnel, le juge d'appel, ne peut pas aggraver la peine imposée par le juge de la première instance, si le condamné est le seul à avoir formé recours⁴⁹⁵. Ce principe doit s'appliquer

⁴⁹⁵ Constitution colombienne, art. 31.

dans les procès civils, selon l'article 336/4 du Code général du procès, qui établit les moyens du pourvoi en cassation. Ainsi, si la décision de première instance impose une peine privée, et l'une⁴⁹⁶ des parties processuelles dépose un recours d'appel, le juge *ad quem* ne peut pas aggraver la peine prononcée par le juge *a quo*⁴⁹⁷. Ce dernier n'a pas compétence pour le faire.

Si le jugement de seconde instance n'est pas susceptible de pourvoi en cassation, la *non-reformatio in pejus* doit aussi se respecter. Dans ce cas, le mécanisme processuel pour conjurer la violation de la garantie est l'action constitutionnelle de protection aux droits fondamentaux (en Colombie, *acción de tutela*), dont le fondement est la transgression du droit fondamental au *due process*, dont la *non-reformatio in pejus* fait partie.

La violation de toutes les garanties constitutionnelles implique la violation de l'ordre public, car les normes qui établissent ces garanties sont d'ordre public. Nous avons vu que les peines privées sont compatibles avec ces garanties et, dès lors, avec l'ordre public circonscrit à ces matières. Il reste à analyser la conformité de la peine privée avec l'ordre public, mais au regard d'un autre aspect procédural : l'*exequatur* des arrêts étrangers allouant des peines privées.

Cette analyse se fera après la conclusion du chapitre 2.

⁴⁹⁶ Cour constitutionnelle, décision T-1249393.

⁴⁹⁷ J. AZULA, *Manual de derecho procesal*, v. 2, 9^a ed., Bogotá, Temis, 2015, p. 329.

Conclusion du chapitre 2

Dans ce chapitre, on a étudié le sujet des garanties processuelles de rang constitutionnel. Plusieurs conclusions ont été tirées. On peut conclure que le domaine du principe de légalité des peines est le droit pénal, en raison des droits pouvant être concernés par la peine criminelle. Dans le domaine punitif du droit privé, par contre, seuls des intérêts juridiques privés, dont la protection juridique s'obtient à travers les sanctions civiles, entrent en jeu.

Pourtant, même si l'on acceptait hypothétiquement que le principe de légalité n'a pas d'exceptions, la peine aurait, en tout cas, une source normative. Il s'agirait de la clause générale de la responsabilité pour faute, qui avertit que le fautif devient civilement responsable sans préjudice de la peine (civile) rattachée à la faute ou au délit. Les définitions légales de la faute et du délit, les règles herméneutiques, la clause générale de responsabilité dérivée du droit pénal⁴⁹⁸ et le principe de l'effet utile des normes nous permettent de déduire ce fondement normatif pour les peines privées qui manquent de fondement spécial.

La non-*reformatio in pejus*, quant à elle, n'est pas transgressée par la peine privée. Les droits et les biens juridiques protégeables ont des natures et des mécanismes de protection différents. Un seul comportement peut affecter beaucoup de biens et de droits, ce qui déclenche l'application d'autant de sanctions qu'il existe de droits et biens affectés, sans que la multiplicité sanctionnatrice n'implique la violation de la garantie constitutionnelle.

La jurisprudence constitutionnelle a établi que la transgression de la non-*bis in idem* présuppose que les multiples jugements partagent la cause, les normes applicables et les portées des sanctions. Aucun de ces éléments n'est partagé quand on cumule la peine avec les autres sanctions. La non-*reformatio in pejus* doit être respectée lorsque l'on impose une peine privée. La Constitution et la loi consacrent la garantie sans la limiter au domaine du

⁴⁹⁸ Art. 94 du Code pénal.

droit pénal. On peut la sauvegarder par la voie ordinaire, en déposant le recours de cassation, ou par la voie constitutionnelle, à travers l'action constitutionnelle de protection aux droits fondamentaux si la cassation n'est pas applicable en l'espèce.

CHAPITRE 3

L'exequatur des arrêts et des sentences arbitrales allouant des peines privées

La peine privée s'est développée principalement dans la *common law*, notamment dans la *common law* américaine. Cela a suscité le débat sur la possibilité de reconnaître internement, dans un pays de la *civil law* comme la Colombie, un arrêt étranger ordonnant une peine privée⁴⁹⁹. Le problème peut se formuler ainsi : la peine privée est-elle compatible avec l'ordre public international du pays où l'arrêt veut être reconnu ? Les juges doivent résoudre ce problème afin d'admettre ou de refuser l'*exequatur*.

En Colombie, la reconnaissance interne des arrêts étrangers doit remplir des conditions légales⁵⁰⁰. La loi les établit, à l'exception de deux d'entre elles, de façon négative, c'est-à-dire en expliquant quelles caractéristiques elles ne doivent pas présenter afin que l'arrêt soit reconnu⁵⁰¹. L'article 606 du Code général du procès dit que, pour admettre l'*exequatur*, l'arrêt ne peut pas contredire les lois ou d'autres normes colombiennes d'ordre public.

De son côté, la loi de l'arbitrage, loi 1563 de 2012, établit que la sentence arbitrale étrangère ne peut pas être reconnue en Colombie, si la reconnaissance implique la violation de l'ordre public international de Colombie⁵⁰².

Le problème central des jugements d'*exequatur* consiste donc à vérifier la conformité de l'arrêt ou de la sentence arbitrale avec l'ordre public international colombien. L'analyse de la conformité de la peine privée avec l'ordre public international de Colombie requiert une étape préalable : dégager la notion d'ordre public (A) pour vérifier ensuite son accord avec l'ordre public (B).

⁴⁹⁹ Sur ce sujet, M. REQUEJO, «Punitive damages from a private law perspective», in *Punitive damages: Common Law and Civil Law perspectives*, New York/Wien, Institute for European Tort Law of the Austrian Academy of Sciences, 2009, §§ 22-35, pp. 245-251.

⁵⁰⁰ Code général du procès, art. 606.

⁵⁰¹ F. HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, t. 2, *op. cit.*, § 145, p. 355.

⁵⁰² Loi 1563 de 2012, art. 112.

A. La notion d'ordre public

On doit d'abord distinguer l'ordre public constitutionnel ou politique⁵⁰³ de l'ordre public du droit privé. Dans un procès d'*exequatur*, les deux types d'ordre public sont concernés en principe, car la loi ne nous dit pas lequel est le plus important. Cependant, en matière de rapports juridiques de droit privé, l'ordre public politique n'a aucune importance. Par conséquent, on se bornera à analyser l'ordre public de droit privé.

Le Code civil fait référence à l'ordre public sans le définir⁵⁰⁴. Le Code le considère comme un seuil de l'autonomie de la volonté, ce qui le place dans le domaine de la théorie générale de l'acte juridique. Dans ce domaine, l'ordre public doit être classé comme ordre public de direction et comme ordre public de protection. Le premier se base sur les préceptes fondamentaux, ainsi que sur la structure basique de l'État⁵⁰⁵ ; le second, sur la protection de secteurs ou corporations déterminés, ce qui permet d'écarter les postulats et les fondements essentiels d'un État ou d'une société⁵⁰⁶.

On étudiera l'ordre public de protection, car c'est l'ordre public qui concerne l'ordre public international, et ce dernier est celui que le juge doit évaluer dans les procès de reconnaissance⁵⁰⁷. L'ordre public international, dans le domaine du droit international privé, est une défense au fond⁵⁰⁸ conduisant à écarter la reconnaissance interne d'un arrêt ou d'une sentence arbitrale étrangère.⁵⁰⁹ Une telle exception⁵¹⁰ substantielle peut être soulevée d'office par le juge, en raison de l'importance du concept concerné : l'ordre public international.

⁵⁰³ F. HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, t. 2, v. 1, *op. cit.*, § 146, p. 356.

⁵⁰⁴ Code civil, art. 16.

⁵⁰⁵ J.-F. ROLDÁN-PARDO, «El estado del arte del concepto de orden público internacional en el ámbito del derecho privado y del arbitraje internacional», en *Revista de derecho privado*, n.º 44, Bogotá, Universidad de los Andes, p. 6.

⁵⁰⁶ *Ibid.*, p. 6.

⁵⁰⁷ F. HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, t. 2, v. 1, *op. cit.*, § 151, p. 369.

⁵⁰⁸ Constitue une défense au fond tout moyen qui tend à faire rejeter comme non justifiée, après examen au fond du droit, la prétention de l'adversaire.

⁵⁰⁹ C. HOLGUÍN, «La noción de orden público en el campo internacional», *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, n.º 290-291, Bogotá, 1991-1992, p. 9.

⁵¹⁰ En Colombie, les défenses au fond son nommées exceptions (substantielles ou procédurales).

La notion d'ordre public est variable. Chaque État détermine son contenu en fonction de sa propre idiosyncrasie. D'après la Cour constitutionnelle, l'ordre public interne est l'ensemble des « principes éthiques des peuples »⁵¹¹ ; d'après la Cour suprême de justice, c'est l'ensemble des « intérêts essentiels des pays, étant données les idées particulières de chaque époque, qu'il s'agisse d'intérêts politiques, moraux, religieux ou économiques »⁵¹².

La variabilité du concept oblige le juge à l'adapter dans chaque cas concret, selon les circonstances de l'époque⁵¹³. Après avoir dégagé les traits généraux de l'ordre public, on doit étudier sa conformité avec la peine privée, en se bornant à l'ordre public international de Colombie.

B. La peine privée et l'ordre public international de Colombie

La peine privée n'est pas contraire à l'ordre public international colombien. Notre législateur l'a démontré, tant en matière civile que commerciale, en consacrant beaucoup de peines privées qui, plus de cent ans après la naissance du Code civil et quarante-six ans après celle du Code de commerce, n'ont pas été exclues de l'ordre juridique par des actions d'inconstitutionnalité. Il faut noter que l'action d'inconstitutionnalité est la procédure qui permettrait de juger la conformité abstraite d'une norme avec l'ordre public, car le manque de conformité avec l'ordre public est une forme d'inconstitutionnalité.

D'autre part, la haute juridiction en matière civile et contentieux-administrative s'est montrée en faveur de l'introduction de la peine privée. Tant la Cour suprême que le Conseil d'État a produit une jurisprudence allant en ce sens, en allouant des peines privées en faveur des victimes d'atteintes aux droits fondamentaux. Il faut ajouter que ces peines ont été prononcées sans avoir été fixées par un texte légal. En outre, le Conseil d'État a même dit

⁵¹¹ Cour constitutionnelle, décision C-410/01.

⁵¹² CSJ, Salle de cassation civile, n° 3894, 19/07/1994.

⁵¹³ CSJ, Salle de cassation civile, n° 4868, 13/07/1995.

que la sanction de la lésion des droits fondamentaux peut, voire doit être prononcée officieusement⁵¹⁴.

En somme, les deux juridictions chargées de sanctionner civilement les faits illicites non-pénaux ne considèrent pas la peine privée comme illégitime. Plus encore : elles ont rendu des arrêts dans lesquels les deux institutions ont reconnu les mérites et les vertus de la peine privée. De son côté, la jurisprudence constitutionnelle s'est prononcée en faveur de la constitutionnalité de la peine privée. Elle l'a fait dans un *obiter dictum* qui considère à tort que la peine privée entre dans le cadre de la notion de réparation intégrale. Malgré l'erreur conceptuelle, la Cour a été claire quant à la constitutionnalité de la figure. Elle a dit que « Le législateur, quand il définit la portée de la réparation intégrale, peut déterminer quels dommages on doit prendre en considération pour réparer intégralement. Parmi les postes de l'indemnité, le juge peut accorder des dommages et intérêts punitifs, en respectant les limites raisonnables »⁵¹⁵. La Cour a aussi alloué au juge la faculté de fixer les règles de liquidation de la peine privée, afin de prévenir l'arbitraire judiciaire⁵¹⁶.

D'autre part, il existe un autre fait qui montre la conformité de la peine privée avec l'ordre public : dans le domaine du droit des affaires, le législateur a procédé à des changements légaux en matière de concurrence déloyale⁵¹⁷ et de droits des consommateurs⁵¹⁸. Dans ces deux domaines, le législateur a consacré des régimes sanctionneurs permettant aux institutions de surveillance administrative d'imposer des amendes aux personnes surveillées. Les lois ont permis la majoration des montants des amendes par rapport aux régimes abrogés. Ces amendes ont pour but de sauvegarder des biens juridiques d'intérêt général, à la différence des peines privées, qui cherchent à sauvegarder l'intérêt privé. Cependant, la punition administrative vise à dissuader la commission d'actes anti-concurrentiels et la transgression des droits des consommateurs,

⁵¹⁴ M.-C. M'CAUSLAND, *op. cit.*, p. 33.

⁵¹⁵ Cour constitutionnelle, décision C-916 de 2002.

⁵¹⁶ Cour constitutionnelle, décision C-916 de 2002.

⁵¹⁷ Loi 1340 de 2009, arts. 25-29.

⁵¹⁸ Loi 1480 de 2011, art. 61.

c'est-à-dire qu'elle a un but dissuasif dans des domaines spéciaux. Voilà la raison qui justifie la peine privée.

Dans tous les domaines, les peines sont imposées pour atteindre ce but. Dès lors, s'il est désirable de chercher la dissuasion de l'illicéité dans les domaines généraux, comme la concurrence et la consommation, et si le faire est en accord avec l'ordre public, on doit conclure que la dissuasion dans le domaine des lésions individuelles est également désirable, d'autant plus que les contrats, bien qu'entraînant un rapport privé, ont aussi une dimension publique, quand ils régulent un rapport de consommation. On ne peut pas accepter la dissuasion dans le domaine public du contrat mais non dans son domaine privé.

Conclusion du chapitre 3

La reconnaissance d'arrêts et de sentences arbitrales allouant des peines privées doit être acceptée, puisque de telles décisions ne sont pas contraires à l'ordre public international de la Colombie. La survie des peines privées reconnues par les codes de droit privé démontre leur légalité et leur constitutionnalité, ainsi que leur conformité à l'ordre public.

La jurisprudence a aussi approuvé cette conformité. Le Conseil d'État a développé une ligne jurisprudentielle sur les peines privées applicables en cas d'atteinte aux droits fondamentaux, en ordonnant même l'imposition officieuse. La Cour suprême de justice a rendu deux arrêts dans le même sens que la ligne jurisprudentielle administrative. La Cour constitutionnelle, dans un *obiter dictum*, a quant à elle dit que la peine privée n'est pas inconstitutionnelle.

La reconnaissance d'amendes dans le cadre de la concurrence déloyale et du droit des consommateurs renforce l'hypothèse de la conformité des peines à l'ordre public. Bien que ces peines ne soient pas privées, leur finalité est celle des peines privées, et si la finalité et ses moyens sont acceptables dans les matières d'intérêt général, ils doivent l'être dans les matières d'intérêt particulier. Il faut obtenir la dissuasion de l'illicéité dans tous les domaines. En outre, on ne peut pas rejeter la protection juridique des répercussions *inter partes* du contrat, si l'on accepte la protection de ses répercussions *erga omnes*.

Conclusion du titre 2

On peut tirer les conclusions suivantes sur les aspects processuels de la peine privée :

Une prétention punitive fondée sur la solidarité aquilienne est inviable, de même qu'une prétention fondée sur la présomption de solidarité du Code de commerce. D'autre part, le caractère privé de la peine implique que l'intérêt à agir appartient exclusivement à la victime, car la condamnation signifie pour lui un profit, c'est-à-dire un droit, dont l'exercice ne peut pas être obligatoire. Voilà une autre raison de ne pas accepter l'officiosité de la peine privée.

L'autonomie de la peine privée et de la responsabilité civile entraîne la faculté de cumuler les prétentions punitives avec les prétentions réparatrices. À proprement parler, le cumul implique deux pétitions différentes pour deux choses différentes, et les seuls blocages du cumul sont la caducité et la nature déclarative ou exécutive de chaque action. En d'autres termes : le domaine substantiel confirme l'autonomie de chaque figure, et le domaine processuel aussi, en permettant le cumul.

Les garanties processuelles de rang constitutionnel ne sont pas transgressées par la peine privée. Le principe de légalité, en droit privé, n'est pas applicable car la liberté individuelle n'est pas menacée. Cependant, si on le considère hypothétiquement applicable, on trouve une source normative qui consacre la peine privée de manière générale et abstraite : il s'agit de l'article 2341 du Code civil. Ce dernier émet un avertissement : la réparation doit s'imposer sans préjudice de la peine civile applicable au fait générateur.

La peine privée n'implique pas non plus la transgression du principe *non bis in idem*. La condamnation punitive répond à un besoin sanctionnateur ponctuel. Les biens qu'elle protège juridiquement sont différents de ceux que protègent le droit pénal, le droit administratif sanctionnateur et le droit de la responsabilité civile, ce qui signifie que toutes les sanctions du fait générateur peuvent s'appliquer simultanément.

Enfin, l'interdiction de la *reformatio in pejus* est une garantie que n'est pas transgressée par l'imposition d'une peine privée, car cette dernière doit être prononcée par un juge dont la décision peut être contestée en appel. Le recours en appel doit suivre les règles processuelles et constitutionnelles du procès civil, y compris la non-*reformatio in pejus*. Le juge *ad quem* ne peut pas aggraver la condamnation imposée, sous peine de commettre une voie de fait juridictionnelle.

Conclusion de la seconde partie

L'officialisation de la peine privée est viable. Pour ce faire, il faut construire un régime général de la peine privée, dont les éléments sont le corolaire de l'autonomie de la peine privée par rapport à la responsabilité civile. Ces éléments sont la faute, la lésion d'un droit et un test d'équité. Le plaideur n'a pas à subir de préjudice. Le juge n'a pas à fixer une indemnisation proportionnelle au préjudice. Les données concernant le préjudice et sa mesure sont simplement non-pertinentes.

Le plaideur doit s'occuper à démontrer la faute du défendeur, ainsi que les lésions qu'une telle faute lui a causées, tandis que le juge doit analyser les circonstances internes qui ont entouré la commission de la faute, afin de résoudre le type de peine imposable, sur sa mesure ou même sur son inconvenance. En bref, il doit se concentrer sur le coupable et sa faute, ainsi que sur l'existence pure et simple de la lésion d'un droit.

L'autonomie de la peine privée implique qu'elle ne peut pas être garantie, comme cela arrive avec la dette de responsabilité, à travers une assurance de responsabilité, car une telle garantie mettrait en péril le but dissuasif de la peine privée. De l'autonomie de la peine on peut aussi déduire que la relativité aquilienne ne lui est pas applicable.

Nous avons conclu à la conformité de la peine privée avec les garanties processuelles de rang constitutionnel. La conformité ne résulte pas de son autonomie, mais des biens juridiques que la peine cherche à protéger. De tels biens concernent des domaines non-criminels. C'est pourquoi les peines concernant le droit privé n'affectent pas des biens tels que la liberté, ce qui nous permet d'atténuer la rigueur du principe de légalité pénale.

CONCLUSIONS GÉNÉRALES

L'objet que nous avons assigné à notre thèse était d'étudier l'histoire et le présent de la peine privée, afin de structurer son officialisation. Nous sommes arrivés au terme de cette étude. Il nous reste à conclure. Récapituler les conclusions auxquelles nous sommes parvenus à chaque titre, chapitre ou partie serait fastidieux et stérile. Dès lors, nous préférons énoncer nos positions essentielles de thèse. Ces positions n'entraînent pas de dogmatisme. De fait, nous proclamons toujours, pour paraphraser Hirschman, les profits de « maintenir un certain esprit ouvert et provisoire dans nos avis »⁵¹⁹.

1. L'officialisation de la peine privée est soutenable. La peine existe depuis que le droit existe. Les plus anciens droits l'utilisaient, y compris le droit romain, qui est à l'origine de notre droit privé. Mais la peine n'était pas un mécanisme de la responsabilité civile, car cette dernière n'existait pas. Dans les droits anciens, il n'y avait pas de mécanisme de réparation intégrale des préjudices. Le mot responsabilité, au moins au sens juridique, n'existait pas non plus.

2. Les droits anciens étaient structurés sur les critères de l'un des phénomènes sociaux les plus représentatifs de l'antiquité : la religion. Cela signifie que le droit était principalement répressif, comme la religion. La sanction civile des délits privés, la peine privée, était donc également répressive, non réparatrice.

3. Punir, c'est punir et réparer, c'est réparer. Cette lapalissade met en lumière l'erreur entraînant l'idée selon laquelle la responsabilité civile faisait partie du droit pénal, en conformant avec lui une prétendue unité. Mais une telle unité n'existait pas, et ne pouvait pas exister, car l'un des éléments manquait. L'élément civil de l'ensemble était la peine privée, non pas la réparation intégrale des préjudices.

⁵¹⁹ A.-O. HIRSCHMAN, «Opiniones pertinaces y democracia», en *Tendencias autosubversivas*, México, D. F., Fondo de Cultura Económica, 1996, pp. 97.

4. La thèse de la fusion de la responsabilité pénale et civile est inadmissible, de même que l'idée de leur séparation, car on ne peut pas séparer ce qui n'a jamais été uni. Si ces deux choses sont inadmissibles, il doit en aller de même pour l'idée suivant laquelle la prétendue séparation a été une évolution face à laquelle on ne peut pas reculer en ressuscitant les peines privées.

5. L'erreur de l'hypothèse de l'unité des deux responsabilités s'est produite avec des nuances dans l'école du droit naturel, notamment en raison de sa conception de la responsabilité.

6. Les idées du droit naturel sont la base idéologique du système de responsabilité civile du code Napoléon. Domat et Pothier représentaient cette idéologie. Elle a été établie dans le Code civil français, qui a repris la majorité de leurs idées. En conséquence, la responsabilité civile qu'ont conçue les rédacteurs du Code était un mécanisme à deux fonctions : d'une part, la fonction dissuasive, appelée par certains auteurs français fonction normative, qui opérait comme punition de la faute ; d'autre part, la fonction réparatrice, qui opérait comme mécanisme de rétablissement de la victime.

7. Cette manière de concevoir la responsabilité civile a reproduit la conception essentiellement répressive que le droit avait jusqu'alors. Cela est compréhensible, car le droit naturel était une idéologie plus proche de la religion que du droit, et la religion était fondamentalement répressive.

8. La double fonctionnalité de la responsabilité conçue par les rédacteurs du Code Napoléon a conduit certains auteurs à continuer à voir une fonction dissuasive dans la responsabilité civile, alors que les preuves montrent qu'une telle fonction n'est que marginale, étant donné les bouleversements que l'institution a connus.

9. La conception mixte de la responsabilité chez les rédacteurs du Code Napoléon ne les a pas empêchés de donner une conception unitaire à la peine privée. Bien qu'ils aient conçu la responsabilité civile comme un mécanisme à deux fonctions, dont la punitive-dissuasive, cette dernière n'a pas été assignée seulement à la responsabilité civile, mais aussi à la peine privée, qu'ils ont structurée comme mécanisme autonome.

10. Bello a élaboré son Code civil à partir du droit romain et du Code Napoléon. Tous deux consacraient des peines privées de manière autonome. C'est pourquoi le Code civil colombien a des peines privées qui sont toutes autonomes à l'égard de la sanction réparatrice.

11. La responsabilité chez Bello se fondait aussi sur la faute. Il ne pouvait pas en être autrement. En premier lieu, au XIX^{ème} siècle, en Amérique, le droit espagnol et les coutumes espagnoles étaient en vigueur et tous deux étaient imprégnés de la ferveur catholique que les espagnols ont apportée au Nouveau monde ; en second lieu, la responsabilité du Code Napoléon avait la même influence, et Bello s'est basé sur ces deux précédents.

12. La dissuasion dérivée d'une menace de condamnation réparatrice est devenue inefficace. L'objectivation de la responsabilité et l'assurance de responsabilité lui ont enlevé ses traits dissuasifs. Mais le délit et le quasi-délit ne sont pas dérogés comme sources d'obligations. Le besoin de la dissuasion n'est pas non plus dérogé. Un tel besoin a plutôt crû, mais la responsabilité fonctionne seulement dissuasivement à l'égard de ceux qui ont le moins de potentiel dommageable : les personnes morales, qui ne commettent normalement pas de grandes fautes et ne souscrivent pas de polices d'assurance de responsabilité civile.

13. La résurgence de la peine privée est donc justifiée. Son application dépend de la preuve d'un fait illicite et il est impossible de prendre une assurance pour la garantir. En outre, si son montant et sa nature sont imprévisibles pour les acteurs, son efficacité dissuasive augmente.

14. La peine privée a toujours existé, et est en train d'être revitalisée. On doit cependant l'officialiser avec sagacité. Cela signifie que l'on doit l'appeler par son nom et aussi la réguler de façon générale — et non à partir d'un fait particulier, comme cela arrive maintenant —. La tâche de régler la peine appartient à la jurisprudence, qui a les fondements normatifs nécessaires et suffisants pour le faire.

15. La régulation générale de la peine privée est résumée dans son régime. Ce régime, en partant de l'autonomie de la peine privée, fait tomber les obstacles qui résultent du fait qu'on lui applique des problèmes de responsabilité. De même, si l'on comprend le fondement utilitariste et la nature des biens protégeables par la peine, l'application des garanties processuelles de rang constitutionnel s'assouplit. L'ordre public est aussi assuré. La tendance jurisprudentielle à imposer des peines privées le démontre et la Cour constitutionnelle l'a autorisée.

« Nous, ceux d'alors, ne sommes plus les mêmes ». C'est le texte de Neruda, qui semble déclamé par la responsabilité civile. Cette dernière ne dissuade plus les actes illicites, et n'a plus à le faire. Mais la dissuasion est encore un besoin que le mécanisme de la peine privée peut contribuer à combler. Voici quelques éléments pour l'officialiser !

BIBLIOGRAPHIE

Doctrine colombienne

Traité et manuels

- ARENAS MENDOZA H., *El régimen de responsabilidad subjetiva*, Bogotá, Legis, 2014.
- BEJARANO GUZMÁN R. *procesos declarativos, arbitrales y ejecutivos*, Bogotá, 6ª ed., Temis, 2016.
- CUBIDES J., *Obligaciones*, Bogotá, 6ª ed., Pontificia Universidad Javeriana, 2009
- HINESTROSA F., *Tratado de las obligaciones*, t. 1, 3ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.
- HINESTROSA F., *Tratado de las obligaciones*, t. 3, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015.
- JARAMILLO C. I., *Derecho privado: estudios y escritos de derecho patrimonial*, v. 4, Responsabilidad civil, Bogotá, Temis, 2014.
- JARAMILLO C. I., Los deberes de evitar y mitigar el daño en el derecho privado funciones de la responsabilidad civil en el siglo XXI y trascendencia de la prevención, Bogotá, Temis, 2013.
- NAVIA ARROYO F., *Del daño moral al daño fisiológico: ¿una evolución real?*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000.
- M'CAUSLAND M. C., *Tipología y reparación del daño inmaterial en Colombia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015.
- ORTIZ MONSALVE A. *Manual de obligaciones*, Bogotá, 7ª ed., Temis, 2016.
- OSPINA FERNÁNDEZ G., *Régimen general de las obligaciones*, Bogotá, 8ª ed. (reimpresión), Temis, 2016.
- ROJAS GÓMEZ M. E., *Lecciones de derecho procesal*, t., 1, 2, y 3, Bogotá, Esaju, 2015-2016.
- ROJAS QUIÑONES S., *Responsabilidad civil. La nueva tendencia y su impacto en las instituciones tradicionales*, Bogotá, 1ª ed., Grupo Editorial Ibáñez, 2014.
- SANTOS BALLESTEROS J., *Responsabilidad civil*, Bogotá, t. 1 y 2, Bogotá, 3ª Temis, 2012.
- SUESCÚN MELO J. *Derecho privado. Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo*, 2ª ed., Bogotá, Legis, 2003.
- TAMAYO JARAMILLO J., *Tratado de responsabilidad civil*, t.1 y 2, Bogotá, 1ª ed, Legis, 2007.
- VALENCIA ZEA A., *Derecho civil*, t. 3, *Las obligaciones*, Bogotá, 10ª ed., Temis, 2010.
- VELÁSQUEZ POSADA O., *Responsabilidad civil extracontractual*, Bogotá, 2ª ed., Temis, 2013.

Articles

- ARAMBURO CALLE M., «Modernizar la responsabilidad extracontractual: un mapa de problemas», en *Modernización de las obligaciones y los contratos*, Bogotá, Temis, 2015.
- BOTERO ARÍSTIZABAL L. F. «El oscuro origen de las actividades peligrosas en derecho colombiano», en *Responsabilidad civil, derecho de seguros y filosofía del derecho*, t. 1, *Homenaje al profesor Javier Tamayo Jaramillo*, Medellín, 2011, pp. 427-449.
- CASTRO DE CIFUENTES M., «Propuesta para la modernización del régimen de responsabilidad civil contractual en Colombia», en *Modernización de las obligaciones y los contratos*, Bogotá, Temis, 2015.
- MANTILLA ESPINOSA F., «La responsabilidad civil por actividades peligrosas: aplique primero y explique después», en *Responsabilidad civil, derecho de seguros y filosofía del derecho*, t. 1, *Homenaje al profesor Javier Tamayo Jaramillo*, Medellín, 2011, pp. 331-374.
- MANTILLA ESPINOSA F. «El principio general de responsabilidad por culpa en el derecho privado colombiano», en *Opinión jurídica*, v. 6, n.º 11, enero-junio de 2007, pp. 129-150.
- MARTÍNEZ CÁRDENAS B. «Análisis de la culpa en el incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de prestación de servicios médicos», en *Estudios sociojurídicos*, v. 11, n.º 2, Bogotá, Universidad del Rosario, julio-dic. 2009.

- MARTÍNEZ CÁRDENAS B., «La *faute* y la culpa», en Estudios de derecho privado en homenaje al profesor Christian Larroumet, Bogotá, Universidad del Rosario y Fundación Fernando Fueyo, 2008, pp. 275-298.
- NAMÉN VARGAS W. «Concepto de la relación obligatoria», en *Derecho de las obligaciones*, t. 1, 2ª ed., Bogotá, Temis, 2016.
- NAVIA ARROYO F. «La supresión del ilícito en la acción popular», en *Tendencias de la responsabilidad civil en el siglo XXI*, Bogotá, Díké, 2009, pp. 591-606.
- NAVIA ARROYO F. «Daño moral, daño fisiológico y daño a la vida de relación en Colombia», en *Revista de derecho privado*, n.º 12-13, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 289-305.
- PADILLA J., RUEDA N., ZAFRA M., «Labor creadora de la jurisprudencia de la “Corte de Oro”. Los ejemplos de la causa del contrato, el error de derecho y la responsabilidad por actividades peligrosas», *Revista de derecho privado*, n.º 26, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014, pp. 105-156.
- SÁNCHEZ L. C. «De la culpa de la *lex Aquilia* del derecho romano al principio de la responsabilidad por culpa en el derecho civil colombiano», en *Revista de derecho privado*, n.º 30, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016, pp. 287-335.
- SOLARTE A., «Reparación integral del daño y restitución de los beneficios obtenidos por el civilmente responsable», en *Responsabilidad civil y del Estado*, n.º 37, Medellín, abril de 2016, pp. 15-48.
- TAPIAS ROCHA H., «La concepción del daño en el Código de Bello», *Estudios de derecho privado en homenaje al profesor Christian Larroumet*, Bogotá, Universidad del Rosario y Fundación Fernando Fueyo, 2008, pp. 199-212.

Thèses

- CELY A., *Les Fondements de la responsabilité civile des dirigeants des sociétés. Etude franco-colombienne*, Paris II, 2011.
- BERNAL FANDIÑO M., *El deber de coherencia en el derecho colombiano de los contratos*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2013.
- CORTÉS E., *Responsabilidad civil y daños a la persona*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009.
- GIRALDO BUSTAMANTE C. J., *El contrato y la justicia: una relación permanente y compleja*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014.
- HENAO J. C., *Le dommage. Analyse à partir de la responsabilité civile extracontractuelle de l'État en droit colombien et en droit français*, thèse, Paris II, 2007.
- KOTEICH M. *La reparación del daño como mecanismo de tutela de la persona*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012.
- MARTÍNEZ B.-M., *La Responsabilité précontractuelle, étude comparative des régimes colombien et français*, thèse, Paris, II, 2013.

Doctrine française

Traité et manuels

- BÉNABENT A., *Droit des obligations*, Paris, Montchrestien, 13^e éd. 2012.
- BRUN Ph., *Responsabilité civile extracontractuelle*, Paris, LexisNexis, 3^e éd., 2014.
- CARBONNIER J., *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*, Paris, PUF, 22^e éd., 2000.
- DELEBECQUE Ph. et PANSIER F., *Droit des obligations - Responsabilité civile, délit et quasi-délit*, Paris, LexisNexis, 5^e éd., 2011.
- FABRE-MAGNAN M., *Droit des obligations*, vols. 1 et 2, Paris, PUF, 3^e éd., 2013.
- FLOUR J., AUBERT J.-L., E. SAVAUX *Droit Civil, Les obligations*, t. 2, *Le fait juridique*, Paris, Sirey, 14^e éd., 2011.
- GAUDEMET-TALLON H., *Compétence et exécution des jugements en Europe*, Paris, LGDJ, 4^e éd., 2010.
- GAZZANIGA J.-L., *Introduction historique au droit des obligations*, Paris, PUF, 1992.

- JOSSERAND L., *Course de droit civil positif français*, Paris, Recueil Sirey, 3^e éd., 1939.
- JOSSERAND L., *De la responsabilité du fait des choses inanimées*, Paris, A. Rousseau, 1897.
- JOURDAIN P., *Les principes de la responsabilité civile*, Paris, Dalloz, 9^e éd., 2014.
- LAMBERT-FAIVRE Y., *Droit du dommage corporel*, Paris, Dalloz, 8^e éd., 2016.
- LAMBERT-FAIVRE Y. et LEVENEUR L., *Droit des assurances*, Paris, Dalloz, 13^e éd., 2011.
- LARROUMET Ch., *Droit civil*, t. 3, 1^{re} partie, *Les obligations, Le contrat*, Paris, Economica, 6^e éd., 2007.
- LE TOURNEAU Ph., *Droit de la responsabilité et des contrats. Régimes d'indemnisation*, Paris, Dalloz, 10^e éd., 2014-2015.
- MALAURIE Ph, AYNÈS L., STOFFEL-MUNCK Ph., *Droit Civil. Les obligations*, Paris, LGDJ, 7^e éd., 2015.
- MALINVAUD Ph., FENOUILLET D, MEKKI M., *Droit des obligations*, Paris, 13^e éd., LexisNexis, 2014.
- MAZEAUD H, L. et J., *Leçons de droit civil*, t. 2, v. 1, Paris, Montchrestien, 8^e éd. par François Chabas, 1991.
- PLANIOL M., *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, Paris, LGDJ, 1937.
- PORCHI-SIMON S., *Droit civil 2 année. Les obligations*, Paris, Dalloz, 8^e éd., 2014.
- POUMARÈDE M., *Droit des obligations*, Paris, Montchrestien, 3^e éd. 2012.
- RODIÈRE R., *La responsabilité civile*, Paris, Rousseau et C., 1952.
- SAVATIER R., *Traité de la responsabilité civile en droit français*, Paris, LGDJ, 2^e éd., 1951.
- SÉRIAUX A., *Manuel de droit des obligations*, Paris, 2^e éd., Dalloz, 2014.
- TERRÉ F, LEQUETTE Y., SIMLER Ph., *Droit civil. Les obligations*, Paris, Dalloz, 11^e éd., 2013.
- TUNC A., *La responsabilité civile*, Paris, Economica, 1981.
- VINEY G. et JOURDAIN P, *Traité de droit civil. Les effets de la responsabilité civile*, Paris, LGDJ, 3^e éd, 2011.
- VINEY G. et JOURDAIN P., *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, Paris, LGDJ, 4^e éd., 2013.
- VINEY G., *Traité de droit civil. Introduction à la responsabilité*, Paris, LGDJ, 3^e éd, 2008.
- ZIMMERMANN R. *The law of obligations. Roman foundations of the civilian tradition*, Oxford (New York), Oxford University Press, 1996.

Thèses

- BLOCH C., *La cessation de l'illicite. Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, préf. R. Bout, Paris, Dalloz, 2008.
- BORGHETTI J.-S., *La responsabilité du fait des produits. Étude de droit comparé*, préf. G. Viney, Paris, LGDJ, 2004.
- BOSKOVIC O., *La réparation du préjudice en droit international privé*, préf. P. Lagarde, Paris, LGDJ, 2003.
- BOUTONNET M., *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, préf. C. Thibierge, Paris, LGDJ, 2005.
- CADIET L., *Le préjudice d'agrément*, thèse dactylographié, Poitiers, 1983.
- CAMGUILHEM B., *Recherche sur les fondements de la responsabilité sans faute en droit administratif*, préf. B. Seiller, Paris, Dalloz, 2014.
- CARVAL S., *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, préf. G. Viney, Paris, LGDJ, 1995.
- CHABAS C. *L'inexécution licite du contrat*, préf. J. Ghestin, Paris, LGDJ, 2002.
- CORMIER C., *Le préjudice en droit administratif français. Étude sur la responsabilité extra-contractuelle des personnes publiques*, pref. D. Truchet, Paris, LGDJ, 2002.
- COUTANT-LAPALUS C., *Le principe de réparation intégrale en droit privé*, préf. F. Pollaud-Dulian, Aix-en-Provence, PUAM, 2002.
- DORANGES G., *Le jugement indemnitaire*, préf. E. Jeuland, Paris, Mare & Martin, 2014.

- FAURE-ABBAD M., *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle. Contribution à la théorie de l'inexécution du contrat*, préf. Ph. Rémy, Paris, LGDJ, 2003.
- FOREST G., *La notion d'obligation en droit privé*, préf. F. Leduc, Paris, Dalloz, 2012.
- GRARE C., *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle, L'influence des fondements de la responsabilité sur la réparation*, préf. Y. Lequette, Paris, Dalloz, 2005.
- GRAYOT S., *Essai sur le rôle des juges civil et administratif dans la prévention des dommages*, préf. G. Viney, Paris, LGDJ, 2009.
- GUÉGAN-LÉCUYER A., *Dommages de masse et responsabilité civile*, préf. P. Jourdain, Paris, LGDJ, 2006.
- HUET J., *Responsabilité contractuelle et délictuelle : essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité*, thèse dactylographiée, Paris II, 1978.
- JAULT A., *La notion de peine privée*, préf. F. Chabas, Paris, LGDJ, 2005.
- JOURDAIN P., *Recherche sur l'imputabilité en matière de responsabilité civile et pénale*, thèse dactylographiée, Paris II, 1982.
- LAITHIER Y.-M., *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, préf. H. Muir-Watt, Paris, LGDJ, 2004.
- LE GALLOU C., *La notion d'indemnité en droit privé*, préf. A. Sériaux, Paris, LGDJ, 2007.
- MAITRE G., *La responsabilité civile à l'épreuve de l'analyse économique du droit*, préf. H. Muir Watt, Paris, LGDJ, 2005.
- MAZEAUD D., *La notion de clause pénale*, préf. F. Chabas, Paris, LGDJ, 1992.
- ORTSCHIEDT J., *La réparation du dommage dans l'arbitrage commercial international*, Paris, Dalloz, 2001.
- PERRUCHOT-TRIBOULET V., *Régime général des obligations et responsabilité civile*, préf. J. Mestre, Aix-en-Provence, PUAM, 2002.
- PINNA A., *La mesure du préjudice contractuelle*, préf. P.-Y. Gautier, Paris, LGDJ, 2007.
- POPINEAU-DEHAULLON C., *Les remèdes de justice privée à l'inexécution du contrat. Étude comparative*, préf. M. Goré, Paris, LGDJ, 2008.
- PRADEL X., *Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité*, préf. P. Jourdain, Paris, LGDJ, 2004.
- PUECH M., *L'illicéité dans la responsabilité civile extra-contractuelle*, Paris, LGDJ, 1973.
- QUÉZEL-AMBRUNAZ C., *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, préf. Ph. Brun, Paris, Dalloz, 2010.
- RASCHEL L., *Droit processuel de la responsabilité civile*, préf. L. Cadet, Paris, IRJS, 2010.
- ROUJOU DE BOUBÉE M., *Essai sur la notion de réparation*, préf. P. Hébraud, Paris, LGDJ, 1974.
- SAINCTELETTE Ch., *De la responsabilité et de la garantie*, Bibliothèque numérique des universités Grenoble 2 et 3, consulté le 27 août 2015, <http://bibnum-stendhal.upmf-grenoble.fr/items/show/48>.
- SINTEZ C., *La sanction préventive en droit de la responsabilité civile*, préf. C. Thibierge, Paris, Dalloz, 2011.
- STARCK B., *Essai d'une théorie générale de la responsabilité considérée dans sa double fonction de garantie et de peine privée*, Rodstein, 1947.
- TAPINOS D., *Prévention, précaution et responsabilité civile. Risque avéré, risque suspecté et transformation du paradigme de la responsabilité civile*, préf. N. Molfessis, Paris, L'Harmattan, 2008.
- TRAULLÉ J., *L'éviction de l'article 1382 du code civil en matière extracontractuelle*, préf. P. Jourdain, Paris, LGDJ, 2007.
- VINCENT-LEGOUX M.-C., *L'ordre public, Étude de droit comparé interne*, préf. J.-P. Dubois, Paris, PUF, 2001.
- VINEY G., *Le déclin de la responsabilité individuelle*, préf. A. Tunc, Paris, LGDJ, 1965.

Articles, notes et chroniques

- AMRANI-MEKKI S. « Le droit processuel de la responsabilité civile », *Études offertes à Geneviève Viney*, Paris, LGDJ, 2008.

- BACH L., « Réflexions sur le problème du fondement de la responsabilité civile en droit français », *RTD civ.* 1977, p. 17.
- BÉNABENT A., « Sanctions et réparation », *Justice et cassation*, Dalloz, 2005.
- BEHAR-TOUCHAIS M. « L'amende civile est-elle un substitut satisfaisant à l'absence de dommages et intérêts punitifs ? », *LPA* n° 232, 20 nov. 2002, p. _.
- BÉNOIT F.-P., « Essai sur les conditions de la responsabilité civile en droit public et privé », *JCP* 1957, I, 1351.
- BORGHETTI J.-S., "Punitive damages in France", *Punitive damages : Common Law and Civil Law perspectives*, Wien/New York, Institute for European Tort Law of the Austrian Academy of Sciences, 2009.
- BORGHETTI J.-S., « Les intérêts protégés et l'étendue des préjudices réparables en droit de la responsabilité civile extra-contractuelle », *Études offertes à Geneviève Viney*, LGDJ, 2008.
- BOURTHOUMIEUX J. « Dommages punitifs », *RCA* 1996, n° 4, P. 861.
- CADIET L., « Les métamorphoses du préjudice », *Les métamorphoses de la responsabilité*, PUF, 1998.
- CADIET L., « Sur les faits et méfaits de l'idéologie de la réparation », *Mélanges offerts à Pierre Drat*, Paris, Dalloz, 2000.
- CALCIU D., « Les dommages et intérêts punitifs », [http://studia.law.ubbcluj.ro/articol.php?articollid=162\(6/3/2015\)](http://studia.law.ubbcluj.ro/articol.php?articollid=162(6/3/2015)).
- CANIVET G., « Les fondements constitutionnels du droit de la responsabilité civile. Essai de pragmatique jurisprudentielle », *Études offertes à Geneviève Viney*, LGDJ, 2008.
- CAVALIER G., QUÉGUINER J.-S. « Punitive Damages and French Public Policy », <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-00325829/document> (6/3/2015).
- CARVAL S., « Vers l'introduction en droit français des dommages et intérêts punitifs ? », *RDC* 2006, n° 3, p.822.
- CHAGNY M., « La notion des dommages et intérêts punitifs et ses répercussions sur le droit de la concurrence », *JCP* 25, 21 juin 2006, p. 1223.
- COURT DE FONTMICHEL A., « La sanction des fautes lucratives par des dommages-intérêts punitifs et le droit français », *Revue de droit uniforme*, v. X, n° 4, 2005, <http://109.168.120.21/siti/Unidroit/index/pdf/X-4-0737.pdf> (3/3/2015)
- CRÉMIEUX M. « Réflexions sur la peine privée moderne ». *Études P. Kayser*, Aix-en-Provence, 1979.
- DREYER E. « La faute lucrative des médias, prétexte à une réflexion sur la peine privée », *JCP G* 2008, 201, PP. 22-26.
- FASQUELLE D., « L'existence de fautes lucratives en droit français », *LPA* n° 232, 2002.
- FASQUELLE D. « Concurrence déloyale ou dommages et intérêts punitifs », *Gaz. Pal.* 2001, n° 2, p. 1681.
- FASQUELLE D. et MÉSA R., « Les fautes lucratives et les assurances de dommages », *RGDA*, 2005, p. 351.
- FISCHER J. « Causalité, imputation, imputabilité : les liens de la responsabilité civile », *Libre droit. Mél. en l'honneur de Philippe le Tourneau*, Paris, Dalloz, 2008, p. 383.
- GAUDEMET-TALLON H., « De la conformité des dommages-intérêts punitifs à l'ordre public », *Rev. crit. de DIP*, 2011, p. 93.
- GAUTIER P.-Y., « La contrariété à l'ordre public d'une décision étrangère, échec à sa reconnaissance ou son exequatur », *Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon*, Paris, Dalloz, 2008.
- JAUFFRET-SPINOSI C., « Les dommages-intérêts punitifs dans les systèmes de droit étrangers », *LPA* n° 232, 20 nov. 2002, p. 8.
- JESTAZ Ph. « L'obligation et la sanction : à la recherche de l'obligation fondamentale », *Études P. Raynaud*, Paris, Dalloz, 1985.
- JESTAZ Ph., « la sanction ou l'inconnue du droit », *D.* 1986, XXXII, chron.
- LAMBERT-FAIVRE Y. « L'évolution de la responsabilité civile : d'une dette de responsabilité à une créance d'indemnisation », *RTD civ.* 1987, p. 1.
- LARROUMET Ch., « Pour la responsabilité contractuelle », *Études Catala*, Paris, Litec, 2001.

- LEDUC F., « Faut-il distinguer le dommage et le préjudice ? : point de vue privatiste », *RCA* 2010, n° 3, dossier 3.
- LICARI F.-X., « Prendre les dommages-intérêts punitif au sérieux », *Journal du droit international*, v. 137, n° 4, 2010, Lexis Nexis/Juris Classeur, pp. 1230-1263.
- LICARI F.-X. et WEST JANKE B., « Les conflits de lois en matière des dommages-intérêts punitifs : l'expérience de Louisiane », *RLDA* n° 85, sept. 2013, pp. 132-136.
- LICARI, F.-X., « La compatibilité de principe des *punitive damages* avec l'ordre public international » : une décision en trompe-l'œil de la Cour de cassation ? », *D.* n° 6, 10 février 2011, pp. 423-427.
- MEADEL J., « Faut-il introduire la faute lucrative en droit français ? » *LPA*, 17 avril 2007, n° 77, 2007, p. 6.
- MEKKI M. « Les fonctions de la responsabilité civile à l'épreuve des fonds d'indemnisation des dommages corporels », *LPA* 12 janv. 2005, p. 3.
- ORTSCHIEDT J., « Les dommages et intérêts punitifs en droit de l'arbitrage international », *LPA* n° 232, 20 nov. 2002, p. 17.
- PARKER M., "Changing tides: the introduction of punitive damages into the French legal system", *Georgia Journal of International and Comparative Law*, v. 41, <http://digitalcommons.law.uga.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1041&context=gjicl>
- PIEDELIÈVRE S., « Les dommages et intérêts punitifs : une solution d'avenir ? », *RCA* Hors-série, juin 2001, p. 68.
- PIERRE Ph., « L'introduction des dommages et intérêts punitifs en droit des contrats-Rapport français » *RDC* 2010, pp. 1117-1129.
- PONS A., « A propos de la notion de dommages et intérêts punitifs en droit français et américain », *Rapports droit interne et droit international ou européen*, Université Paris 10 (Nanterre La défense), <http://m2bde.u-paris10.fr/node/2404> (6/3/2015).
- RADÉ Ch., « L'impossible divorce de la faute et de la responsabilité civile », *D.* 1998, chron. p. 301.
- RADÉ Ch., « Réflexions sur les fondements de la responsabilité civile 1 – l'impasse, 2 – les voies de la réforme : la promotion du droit à la sécurité », *D.* 1999, chron., pp. 313 et 323.
- RÉMY Ph. « La responsabilité contractuelle : histoire d'un faux concept », *RTD civ.* n° 2, 1997, p. 323.
- RÉMY Ph., « Critique du système français de responsabilité civile », *Droit et cultures* n° 1, Paris, 1996, p. 31.
- RÉMY Ph., « Droit des contrats : questions, positions, propositions », *Le droit contemporain des contrats*, Paris, Economica, 1987.
- RÉMY Ph. « Observations sur le cumul de la résolution et des dommages et intérêts en cas d'inexécution du contrat », *Mél. Offerts à P. Couvrat*, Paris, PUF, 2001.
- RÉMY Ph. « L'inexécution du contrat », F. Terré (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, Paris, Dalloz, 2008, p. 253.
- RÉMY Ph. « Les dommages et intérêts », F. Terré (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, Paris, Dalloz, 2008, p. 281
- SAINT-ESTEBEN R., « Pour ou contre les dommages et intérêts punitifs », *LPA*, 20 janvier 2005, p. 53.
- SÉRIAUX A. « L'avenir de la responsabilité civile, quel (s) fondement (s) ? », *RCA* 2001, hors-série, p. 58.
- TALLON D., « L'inexécution du contrat : pour une autre présentation », *RTD civ* 1994, p. 1.
- TUNC A. « Responsabilité civile et dissuasion des comportements anti-sociaux. Aspects nouveaux de la pensée juridique », *Recueil d'études en hommage à Marc Ancel*, t. 1, Paris, Éd. Pédone, 1975, p. 407
- VINEY G., « Pour ou contre un principe général de responsabilité pour faute », *Le droit privé français à la fin du XX^e siècle. Études offertes à Pierre Catala*, Paris, Litec, 2001.
- WEST JANKE B & F.X. LICARI, "Enforcing punitive damages awards in France after Fountaine Pajot", http://www.researchgate.net/publication/228297107_Enforcing_Punitive_Damage_Awards_in_France_after_Fountaine_Pajot (10/3/2015).
- WESTER-OUISSSE V., « Punitive damages in France: a new deal? », *Journal of European Tort Law*, 3, 2012.