

## US ET ABUS DE LA FONCTION PUNITIVE (DOMMAGES-INTÉRÊTS PUNITIFS ET LE DROIT BRÉSILIEN)<sup>1</sup>

Judith MARTINS-COSTA\*  
et Mariana SOUZA PARGENDLER\*\*

Récemment, la doctrine des *punitive damages* a été reçue avec persistance, dans le Droit brésilien, par la voie jurisprudentielle. Cet article essaie d'examiner les chemins de cette réception, en comparant les conditions générales de cette forme d'indemnisation dans le *common law*, avec les possibles solutions offertes par les régimes juridiques de la responsabilité civile par dommages extrapatrimoniaux au Brésil. Tout en suivant les sentiers, pas toujours rectilignes, de cette réception jurisprudentielle, les auteurs, soucieuses d'éviter une possible interprétation hors-contexte, de même que les anachronismes qui pourraient l'accompagner, ont tracé, tout d'abord, des approximations conceptuelles entre peine privée et *punitive damages*, mettant la peine privée en perspective dans la tradition romaniste et la tradition anglo-saxonne des *punitive damages*, leurs *cases* et les conditions de leur application. Dans la deuxième partie, les auteurs s'occupent de la reprise de la peine privée et du Droit brésilien, en envisageant les particularités de la réglementation de l'indemnisation pour préjudices extrapatrimoniaux et les paradoxes et « ajustements » à la doctrine des *punitive damages*. Dans la conclusion, même si elles ne rejettent pas les utilités possibles des *punitive damages*, elles signalent les dangers de l'abus et de la superposition entre dénomination et signification comme un vice de méthode du Droit comparé.

*In the recent past, Brazilian courts have steadily embraced the award of punitive damages in tort cases involving non-pecuniary loss. This essay aims to analyze how the*

---

<sup>1</sup> Ce texte reproduit, accrue de quelques notes, une étude en l'honneur du professeur Docteur Jorge MOISSET ITURRASPE, comparatiste, spécialiste de la Responsabilité civile et éminent juriste, qualités auxquelles s'ajoute une profonde dimension humaine.

\* Professeur de Droit civil à l'Université Fédérale du Rio Grande do Sul (UFRGS). Docteur en droit et Professeur « livre-docente » pour l'Université de São Paulo.

\*\* Étudiante en droit à l'UFRGS. Boursière du CNPq-PIBIC.

reception of punitive damages took place in Brazil by contrasting the elements of this doctrine in the Anglo-American context with the traditional legal framework for the treatment of non-pecuniary damages under Brazilian law. While scrutinizing the intricate paths of the Brazilian jurisprudential developments, the authors show concern about the “decontextualized” and anachronistic application of punitive damages in Brazil. First, the authors compare the concept of *peine privée* with the use of punitive damages in the common law tradition, thus providing a legal history and comparative law framework to approach the paradoxes and adjustments that the doctrine of punitive damages suffered in Brazil. Although the authors admit that possible uses of punitive civil liability may be viable under Brazilian law, they warn against the dangers of its abuse arising out of the superposition of doctrinal labels and content, which is an enduring difficulty in comparative legal studies.

## INTRODUCTION

À la préface de la quatrième édition de son ouvrage *Problemas Brasileiros de Antropologia (Problèmes brésiliens d'anthropologie)*, de 1973, Gilberto Freyre soulignait l'importance de faire valoir les données sociologiques et anthropologiques lors de l'analyse des problèmes nationaux. Selon l'auteur, ce n'était pas l'attachement simpliste aux solutions juridico-politiques ni le pan-économisme naïf et messianique en vogue à l'époque, qui pourraient nous mener à la compréhension de ces problèmes, et bien moins toute autre solution qui, méconnaissant nos données culturelles de base, ne signifierait qu'une espèce de progrès *in vacuo* – « irrespective of time and place or of man's external environment »<sup>2</sup>.

Cette observation nous semble actuelle et très opportune, non seulement pour l'examen des « problèmes brésiliens », mais aussi parce qu'elle peut être vue comme une suggestion de méthode à utiliser en Droit comparé. Heureusement, on voit de plus en plus s'affirmer l'idée de comparaison comme prise de conscience de l'altérité, de la distance, des différences culturelles, c'est-à-dire, des singularités inscrites dans de certaines traditions juridiques. On arrive même à parler d'*analyse différentielle des juriscultures*<sup>3</sup>, au lieu de « comparaison juridique », en soulignant sa fonction éminemment critique<sup>4</sup>, voire « subversive », vis-à-vis du

<sup>2</sup> G. FREYRE, lorsqu'il cite Herbert Frankel (*The economic impact on under-developed societies*), in : *Problemas Brasileiros de Antropologia*. 4<sup>e</sup> éd., Rio de Janeiro, José Olympio-MEC, 1973.

<sup>3</sup> P. LEGRAND, « Sur l'analyse différentielle des juriscultures », *Revue Internationale de Droit Comparé*, 4-1999, pp. 1053-1071.

<sup>4</sup> Conception du comparatiste italien R. SACCO, *La Comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Paris, Economica, 1991, p. 115 et s.

dogmatisme et des conceptions stéréotypées<sup>5</sup>. Ces nouvelles voies mènent à un dépassement de la comparaison juridique comme un exercice de « journalisme juridique » (figurant sur la juxtaposition, aussi monotone qu'ordinaire, des règles légales des « Droits » nationaux), ou bien comme un « tourisme de la connaissance<sup>6</sup> », glissant naïvement au-dessus des surfaces des horizons herméneutiques<sup>7</sup> qui sont fondamentalement inégaux et intraduisibles<sup>8</sup>. Lorsque l'on a affaire à la comparaison juridique, il ne faut pas oublier non plus ce qu'on a appris de Walter Benjamin: « dans *Brot et pain*, le visé est assurément le même, mais non la manière de le viser »<sup>9</sup>.

Nous aurons, ainsi, toujours présentes les différentes traditions juridiques – la nôtre, brésilienne, et l'anglo-saxonne – au moment d'analyser une institution aussi révélatrice d'une certaine façon *de voir le monde* telle que celle des *punitive damages*. L'analyse de sa compatibilité ou incompatibilité avec le Droit brésilien (considérant l'acceptation progressive de cette peine dans la doctrine et dans la jurisprudence<sup>10</sup>) ne s'éloignera pas, et pour cause, de l'*attention à l'endroit* comme condition de méthode, ce qui signifie focaliser l'attention sur le système civil et constitutionnel brésilien de la responsabilité civile et prendre en compte, quoique de façon implicite, les données anthropologiques, les traits qui définissent les contours des différentes facettes culturelles<sup>11</sup>, les « styles » ou l'*ethos* de chaque pays<sup>12</sup>,

<sup>5</sup> H. MUIR WATT, « Fonction Subversive du Droit Comparé », *Revue Internationale de Droit Comparé*, 3-2000. pp. 503-527.

<sup>6</sup> L'expression est du poète René CHAR, rappelé par P. LEGRAND, Sur « l'analyse différentielle des jurisprudences », *Revue Internationale de Droit Comparé*, 4-1999. p. 1053.

<sup>7</sup> « Horizonte es el ámbito de visión que abarca y encierra todo lo que es visible desde determinado punto ». (H. GADAMER, *Verdad y Método*, Salamanca, Sígueme, 1991, p.372).

<sup>8</sup> Chercher tout simplement la transposition de solutions est une attitude naïve car, en le faisant, on ne tient pas compte des conditionnements intellectuels et historiques qui créent les différentes traditions juridiques en même temps qu'ils expliquent, dans une large mesure, non seulement les différentes institutions, mais aussi les façons de leur appréhension et de leur fonctionnement. Lorsque l'on adopte, donc, des solutions ayant source dans une tradition juridique différente, il faut absolument tenir compte des différents conditionnements culturels ainsi que des environnements social et juridique qui peuvent, de façon subliminale ou pas, construire différemment ces solutions.

<sup>9</sup> W. BENJAMIN, « La Tâche du Traducteur », in: *Oeuvres*, I. Traduction française de M. de GANDILLAC, R. ROCHLITZ et P. RUSCH. Paris, Gallimard, 2000, p. 251.

<sup>10</sup> D'après ce que nous avons pu observer dans J. MARTINS-COSTA, « Os danos à pessoa e a natureza de sua reparação » (Les préjudices à la personne et la nature de leur réparation), *Revista Roma e América*, t. 10, pp. 157-185, Rome, 2000, et dans *Revista dos Tribunais*, vol. 789, São Paulo, 2001, pp. 21-47. Publié aussi sous le titre de « Los Daños a la persona en el derecho brasileño y la naturaleza de su reparación », *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros – La Ley*, Año III, 2, pp. 28-49, Buenos Aires, Mars – Avr. 2001.

<sup>11</sup> De façon appropriée, M.-C. BODIN de MORAES souligne les risques de ne pas reconnaître la « profonde dimension socioculturelle du thème » (M.-C. BODIN de MORAES, *Danos à Pessoa Humana. Uma leitura civil-constitucional*, Rio de Janeiro, Renovar, 2003, p.228).

<sup>12</sup> Rappelons ici B. PASCAL: « Car il ne faut pas se méconnaître : nous sommes automate autant qu'esprit. (...) la coutume fait nos preuves les plus fortes et les plus crues : elle incline

même si nous vivons, aujourd'hui, plus que jamais, dans des sociétés complexes, marquées par la coexistence de plusieurs temporalités ainsi que par la superposition dynamique d'échanges culturels<sup>13</sup>.

Telle qu'elle est dessinée dans la tradition anglo-saxonne<sup>14</sup>, le concept des *punitive damages* peut être appréhendé, dans une forme introductive et très générale, par l'idée d'*indemnisation punitive* (et non pas de « préjudice punitif », comme on lit parfois). Appelés aussi *exemplary damages*, *vindictive damages* ou *smart money*, les *punitive damages* représentent la somme d'argent attribuée à l'auteur d'une action de dommages-intérêts, lorsqu'elle a une valeur nettement supérieure à celle qui suffirait à la réparation du préjudice, considérant la double finalité de punition (*punishment*) et de prévention à travers l'exemplarité de la punition (*deterrence*), en s'opposant – dans cet aspect fonctionnel – aux *compensatory damages*, qui représentent le montant de l'indemnisation compatible ou équivalente au préjudice causé dans le but de réparer ce préjudice.

Parce qu'elle joue, fonctionnellement, le double rôle de *punir le coupable* (l'auteur du préjudice) et celui de *servir de dissuasion à la pratique d'un comportement social déterminé* (« exemplarité »), cette figure mérite l'attention de la doctrine et de la jurisprudence des pays dont la tradition est – en ce qui concerne la responsabilité civile – assez diverse, car elle est moulée par l'idée de réparation du préjudice par *restitution au statu quo ante*, ou encore par compensation monétaire du préjudice subi (dans le jugement civil), revenant au jugement pénal le rôle de punir, exclusivement lorsque les hypothèses préalablement spécifiées dans la loi se configurent. L'attraction exercée par les *punitive damages* réside, justement, dans le dépassement de cette scission, ce qui fait introduire dans la responsabilité civile (et, donc, en matière affectée au jugement civil) l'idée de « peine privée »<sup>15</sup>.

---

l'automate, qui entraîne l'esprit sans qu'il y pense », in *Pensées*, 661, Paris, Ed. de Ph. Sellier, Classiques Garnier, 1991. p. 451.

<sup>13</sup> Bien que l'on ne doive pas croire naïvement à la « parité » ou à la « commutativité » de ces échanges, en ce qui concerne cet aspect, ainsi que pour l'aspect économique, il y a presque une voie à sens unique, celle du dominateur culturel. En plus, selon LEGRAND, « toute la mondialisation du monde ne permettra pas, ni en art, ni en droit, de surmonter les intermittences de sens et d'atteindre à une universalisation, c'est-à-dire, à un *partage* de sens » (P. LEGRAND, Sur « l'analyse différentielle des juriscultures », *Revue Internationale de Droit Comparé*, 4-1999, p. 1064).

<sup>14</sup> Nous avons consulté U. MATTEI, *Common-Law – Il diritto anglo americano – Trattato di Diritto Comparato* (org.) ; R. SACCO, Turin, UTET, 2001 et ZWEIGERT-KÖTZ, *Introduzione al Diritto Comparato*, t. I, Milan, Giuffrè, 1995. pp. 220-332, en plus des œuvres spécifiques citées au long du texte.

<sup>15</sup> António Pinto Monteiro a su admirablement synthétiser cet attrait nouveau pour ce thème, en écrivant : « En effet, l'une des raisons (sinon la principale) pour que la peine privée, ainsi que les moyens de coercition à l'accomplissement, fassent éveiller un intérêt croissant (...) est celle de la

En effet, les préoccupations les plus récentes de la « civilistique » avec la justice distributive – notamment dans des domaines de grande densité sociale, comme le droit de l’environnement et le droit des relations de consommation de masse – contredisent Von Jhering, selon qui l’histoire de la peine privée est l’histoire de sa décadence<sup>16</sup>, renouvelant le débat concernant le possible caractère de sanction et de dissuasion de la responsabilité civile. L’ancienne institution, visant la *réparation* de préjudices subis injustement par les individus, ne jouirait pas d’immunité face à des phénomènes sociaux propres aux sociétés hyperindustrialisées ni aux choix juridico-axiologiques de ces mêmes sociétés, comme, par exemple, la protection au consommateur comme sujet juridique vulnérable<sup>17</sup> en soi-même, ou bien le classement de l’environnement parmi les biens « d’usage commun du peuple » avec caractère d’*essentialité* à la bonne qualité de vie, comme le fait la Constitution brésilienne<sup>18</sup>. L’existence d’une

---

relative inefficacité, du point de vue préventif-sanctionnaire, de la tutelle opérée par le biais de l’indemnisation. (...) Celle-ci étant un mécanisme destiné à la *réparation* de préjudices, dont l’objectif est donc le remboursement fait au lésé, la peine privée surviendrait, en contraste, comme une mesure dont la *ratio* est l’imposition à celui qui a commis la faute d’une somme *supérieure au préjudice qu’il a causé*, où les finalités *préalables* et de *répression* ont une place centrale et décisive ». Ainsi, remarque l’auteur, « si c’est sûr que la responsabilité civile se poursuit, bien qu’elle ne soit que médiante ou accessoirement une fonction sociale de dissuasion, la simple réparation du préjudice causé ne constitue pourtant pas, très fréquemment, une réponse efficace, d’ordre préventif, justement parce que celle-là ne constitue pas son but déterminant ». En faisant appel au travail de Enrico Moscati (selon qui l’utilité ou la nécessité de la peine privée consiste à se présenter, parfois, comme « le seul instrument véritablement efficace quand l’auteur potentiel du préjudice ne trouve pas, dans l’obligation d’indemniser, une raison suffisante pour s’abstenir de son comportement, une fois que la mesure prévisible d’indemnisation, étant bornée par la limite du préjudice, est inférieure au profit [qu’il retire] de sa propre initiative illicite »), ce civiliste portugais nous signale encore les autres raisons qui nous mènent à « l’éveil » de la doctrine pour « l’ancienne idée de peine privée », parmi lesquelles le « croissant *déravage* de la responsabilité civile envers des mécanismes collectifs de réparation sociale, avec dévalorisation du rôle de l’agent dans la production du dommage », ainsi que l’« excès d’*inputs* » actuellement sollicité à la responsabilité civile, « en lui demandant la réponse à des fins multiples, parfois contradictoires », comme, par exemple, rembourser le lésé, partager les pertes, distribuer des risques, punir l’auteur du délit, prévenir des comportements illicites, contrôler l’activité de production, assurer le respect à la personne humaine, etc. (A. PINTO MONTEIRO, *Cláusula Penal e Indemnização*, Coimbra, Almedina, 1999, 1<sup>re</sup> réimpression, notes 1536 et 1537, pp. 660-663).

<sup>16</sup> L’autonomie de la responsabilité civile ayant été consacrée face à la responsabilité pénale, la fonction punitive a été attribuée exclusivement à cette dernière. En même temps, on attribue à la responsabilité civile un caractère exclusivement réparateur, ayant en vue, entre autres raisons, l’interdiction de l’enrichissement sans cause.

<sup>17</sup> Code de défense du consommateur, art. 4, *caput, in verbis* : « L’objectif de la Politique nationale des relations de consommation est celui de veiller aux besoins des consommateurs, au respect de leur dignité, santé et sécurité, à la protection de leurs intérêts économiques, à l’amélioration de leur qualité de vie, ainsi qu’à la transparence et à l’harmonie des relations de consommation, en respectant les principes suivants : I –Reconnaissance de la vulnérabilité du consommateur dans le marché de consommation ».

<sup>18</sup> La Constitution brésilienne, dans son article 225, qui introduit le Chapitre IV du Titre VIII constitutionnel (De l’ordre social), assure « à tous » le droit à l’environnement écologiquement

institution pour empêcher ou bien décourager certains préjudices particulièrement graves dont la dimension est trans-individuelle, s'avère nécessaire. Il faut souligner que la peine pécuniaire est un facteur décourageant très efficace. Voilà pourquoi les caractéristiques fonctionnelles des *punitive damages* (la punition et l'exemplarité) attirent les chercheurs, insatisfaits de la linéarité du principe de réparation dans la société actuelle, vu que beaucoup d'entreprises dont les produits sont nuisibles à échelle massive, garantissent la continuité de leur production (et les préjudices causés) dans une espèce de *rapport qualité/prix* entre le bénéfice obtenu par la disposition du produit sur le marché et le coût de l'indemnisation à être payée aux individus qui chercheront le pouvoir judiciaire dans le but d'être remboursés des préjudices subis.

Cependant, tout en reconnaissant la validité de telles préoccupations, nous croyons aussi que ce thème ne peut se contenter de raisonnements simplistes, puisqu'il se structure dans une *complexité* fondamentale qui peut être dévoilée à l'aide de la comparaison juridique, dans sa fonction « subversive ». De même que les *punitive damages* ne représentent pas le seul (ou le meilleur) mécanisme pour punir des préjudices extrapatrimoniaux, la peine privée – dans le modèle esquissé par la tradition anglo-saxonne – ne peut non plus être librement accueillie par la voie jurisprudentielle, si elle méprise les critères et les conditions qui justifient, axiologiquement et téléologiquement, cette institution. En outre, il faut savoir si le principe de la réparation intégrale est effectivement « linéaire » ou si le droit brésilien contient des mécanismes capables de rassembler – surtout pour ce qui est des préjudices extrapatrimoniaux – la fonction indemnitaire, celle de satisfaction ainsi que celles des fonctions punitive et dissuasive<sup>19</sup>. Nous travaillons ici (et d'ailleurs dans tout le Droit civil, droit

---

équilibré ; qualifie l'environnement parmi les biens, comme étant un « bien d'usage commun du peuple », en lui accordant le caractère d'essentialité (principe d'essentialité de l'environnement) ; et confie au pouvoir public, entre autres, les devoirs de « protéger et de restaurer les processus écologiques essentiels et d'être responsable de la gestion écologique des écosystèmes » ; de « préserver la diversité et l'intégrité du patrimoine génétique du pays » ; et « de protéger la faune et la flore, étant interdites, sous la forme de la loi, les pratiques mettant en risque leur fonction écologique ». Définissant les devoirs et faisant apparaître, dans le 2<sup>e</sup> paragraphe, l'obligation de récupération de l'environnement à celui qui exploiterait les ressources minérales, la Constitution prévoit aussi, dans le 3<sup>e</sup> paragraphe, le régime général qui détermine la responsabilité pour les conduites nuisibles à l'environnement.

<sup>19</sup> La distinction est classique et a été dressée par Von JHERING : l'argent a une fonction « compensatoire » dans les cas généraux de préjudices causés par retard ou par la culpabilité extracontractuelle, en couvrant le préjudice émergent et le bénéfice cessant ; « satisfaisante », dans les cas de préjudice extrapatrimonial, jouant un rôle substitutif au préjudice qui n'est pas « recomposé » ; l'argent a un caractère de « sanction » (punitif) chaque fois que les lois ou l'autonomie privée (dans le cas de la clause pénale) établissent une amende pour empêcher ou sanctionner une conduite blâmable. Le caractère d'exemplarité (dissuasif, faisant valoir la dissuasion

de la citoyenneté, de la vie vécue dans la *civitas*<sup>20</sup>) avec des concepts épaissis par l'Histoire, chargés de significations qui s'étendent au-delà des éléments techniques – car nous faisons jouer, consciemment ou pas, des concepts chargés de valeur, *signes de significations*<sup>21</sup>. Essayer d'établir les distinctions contextuelles de tels signifiés s'avère une tâche obligatoirement préalable à l'examen des solutions techniques fournies par le Droit brésilien pour le dédommagement des préjudices extrapatrimoniaux.

### I. PEINE PRIVÉE ET *PUNITIVE DAMAGES* : UN RAPPROCHEMENT CONCEPTUEL ET CONTEXTUEL

« In-demniser » – c'est-à-dire, la fiction juridique par laquelle, avec le retour à l'état antérieur, on fait redevenir indemne, « sans préjudice » (sans *damnum*), la partie lésée, – est, sans aucun doute, la fonction principale de la responsabilité civile. Cependant, historiquement, l'indemnisation (dans le sens de la restauration de l'état antérieur au préjudice) n'a pas été la première fonction de cette institution. Dans les sociétés primitives<sup>22</sup>, le préjudice apparaissait surtout comme une rupture de l'ordre social, voire même de l'ordre cosmique<sup>23</sup>, qui avait alors besoin d'être recomposé, d'ordinaire par un acte sacrificiel. Le sentiment de vengeance n'était pas à écarter, puisqu'il s'agit d'une réaction humaine contre les préjudices injustes : le sentiment personnel ayant sa place dans la préhistoire – ainsi que dans le substrat encore « incivil » –, de la responsabilité, les actes nuisibles suscitaient une poursuite de l'initiative de la victime elle-même.

---

par l'exemple, selon la *theory of deterrence*) échappe à cette tradition, puisqu'il est issu de la culture anglo-saxonne.

<sup>20</sup> Qu'il nous soit accordé de rappeler le très beau passage de Cicéron qui, en répondant à la question : « Qu'est-ce que le droit civil ? » a noté : « Croyez-moi : l'héritage que, concernant les mêmes biens, nous recevons du droit et de la loi, est plus grand que celui qui vient de ce que de tels biens nous ont laissé. En effet, pour que je reçoive un fonds, il suffit le testament de quelqu'un; pour que je puisse le maintenir [dans mon domaine] d'une façon stable, ce fonds qui m'appartient, il faut l'intervention du droit civil. (...) *Un patrimoine se perd avec le préjudice d'une seule personne; l'ordre juridique, au contraire, ne peut se perdre sans qu'il y ait un préjudice immense de tous les citoyens* » (Cic. *pro Caec.* 26, 73-75. *D'après une traduction libre de la version italienne* de M. BRETONE, in *I Fondamenti del Diritto Romano – Le Cose e la Natura*, Roma, Laterza, 1998, p.4. C'est nous qui le soulignons).

<sup>21</sup> E.R. GRAU, *Direito, conceitos e normas jurídicas*, São Paulo, RT, 1988, p. 64.

<sup>22</sup> V. G. CARDASCIA, « Réparation et peine dans les droits cunéiformes et le droit romain », in *La Responsabilité à travers les Âges*, BOULET-SAUTEL et alii, Paris, Economica, 1989, pp. 1-45.

<sup>23</sup> A. TUNC, « Torts-Introduction », in *International Encyclopedia of Comparative Law*, v. 11, chap. 1, p. 93. D'autres références dans J. MARTINS-COSTA, « Os Fundamentos da Responsabilidade Civil », *Revista Trimestrial de Jurisprudência Estadual*, 1991, v. 93, pp. 29-52.

La sophistication romaine a créé des substitutifs juridiques – vraiment des *Ersatz juridiques* – à la vengeance privée, en élaborant des sanctions pour l'illicite provocant un préjudice. Bien que les Romains n'aient pas connu le terme « responsabilité<sup>24</sup> », ils ont conçu, à partir de réflexions casuistiques, ces sanctions qui pouvaient être classées, *grosso modo*, en deux grands axes : (i) d'un côté, les figures de sanctions tendant à la réaction immédiate ou directe contre la situation que l'illicite avait créée ou était sur le point de créer, visant à empêcher ou à neutraliser ses effets. Parmi ces figures, on trouvait le dédommagement du préjudice et sa réparation ; (ii) d'un autre côté, des situations qui n'offraient pas l'occasion de réagir contre le fait nuisible, mais qui exprimaient *la haine envers le coupable*<sup>25</sup>. Voilà le domaine de la *peine*, une technique ancrée sur un regard que l'on jette sur l'agent auteur du préjudice, beaucoup plus que sur la victime ou la situation lésée.

Ce « regard sur l'agent » comme fondement de la technique de punir sera appréhendé de forme dissemblable par deux traditions juridiques : d'une part, la tradition romaniste, qui est à la base des systèmes juridiques européens continentaux et latino-américains en vigueur ; d'autre part, la tradition du droit anglo-saxon, devenue, de nos jours, largement expansionniste, à cause de l'« américanisation » du droit que nous subissons aujourd'hui<sup>26</sup>. Il faut les discerner, tout en cherchant leurs points de ressemblance et de différence.

#### A. - *La peine privée dans la tradition romaniste : sa consécration, son anéantissement, sa rénovation*

L'expression « peine privée » n'a aucun rapport avec la « justice privée ». Elle ne correspond pas non plus à la « vengeance privée », ou à la peine appliquée « par les privés ». Cette expression-ci désignait, dans le

<sup>24</sup> V. Les études fondamentales de M. VILLEY, « Esquisse historique sur le mot responsable », in : *La Responsabilité à travers les Âges*, BOULET-SAUTEL et alii, Paris, Economica, 1989, pp. 74-88 et, en particulier, S. SCHIPANI, « Lex Aquilia. Culpa. Responsabilità », (extrait de *Ilicito e pena privata in età repubblicana. Atti del Convegno Internazionale di diritto romano*, Copanello, 4-7 juin 1990, Naples, 1992. Publié aussi in *Derecho Romano y Unificación del Derecho. Experiencia europea y latinoamericana. Materiali II. Corso di Perfezionamento e di Magister*, Rome, Università degli Studi Tor Vergata, Centro di Studi Latinoamericani, p. 41 et s.

<sup>25</sup> « Odio al colpevole », selon P. VOCI, *Risarcimento e Pena Privata nel Diritto Romano Classico*, Milan, Giuffrè, 1939, p. 12. En ce qui concerne la distinction, nous avons aussi consulté G. CARDASCIA, « Réparation et peine dans les droits cunéiformes et le droit romain », in *La Responsabilité à travers les Âges*, BOULET-SAUTEL et alii, Paris, Economica, 1989, p. 26 et s. et P. GALLO, *Pene private e responsabilità civile*, Milan, Giuffrè, 1996, p. 37 et s.

<sup>26</sup> V. L'américanisation du droit, *Archives de philosophie du droit*, t. 45, Paris, Dalloz, 2001.

Droit romain classique, la forme de punition attachée au *delictum*, concept originairement propre au *ius civile* (plus tard étendu au *ius honorarium*) et pour cela différent du *crimen*, acte contraire au droit, puni par le Droit pénal public. Selon Pasquale Voci, le Droit Romain classique ne limitait pas l'usage des termes *poena*, *punire* et leurs dérivés à la « peine au sens technique », celui-ci pouvant recouvrir toutes les figures de sanction<sup>27</sup>. L'action qui correspond le mieux à l'idée de peine dans son sens technique est l'*actio poenalis*, l'un des instruments voués à concrétiser la *fonction de punir*.

Cette fonction était assurée dans deux champs d'action : celui des peines privées et celui des peines publiques. La peine privée avait sa place dans le champ d'action des délits privés (*delicta*), qui étaient les illicites contre la personne ou ses biens (plus précisément, le *furtum*, la *rapina*, l'*iniuria* et le *damnum iniuria datum*). Différents des *delicta*, les crimes – délits publics (*crimen*) –, se caractérisaient par les infractions contre l'État et contre la paix publique, punies avec la *poena publica*<sup>28</sup>. Quand il s'agissait d'un délit privé, l'État ne prenait pas l'initiative de punir l'offenseur, mais assurait à la victime le droit d'intenter un procès contre le premier par l'intermédiaire d'une *actio* pour qu'il soit condamné à payer, comme peine (*poena privata*)<sup>29</sup>, une somme déterminée. La peine privée pouvait donc être définie comme la sanction correspondante à un acte privé, dérivée d'une action intentée par un privé (*actio poenalis*), qui avait pour résultat une *affliction pour l'accusé*, dérivée d'une diminution patrimoniale imposée, à caractère punitif, et non indemnitaire.

Tant que les instruments visant à empêcher ou neutraliser les effets de l'illicite avaient à la base des critères économiques et patrimoniaux (caractérisés par l'identité économique entre le préjudice et le dédommagement, le préjudice étant *remboursé* dans la mesure exacte où il avait eu lieu), les solutions ayant source dans la « *haine envers le coupable* », parce qu'elles étaient les substitutifs historiques de la vengeance privée<sup>30</sup>, étaient fondées sur ce que l'on appellerait aujourd'hui le « principe de l'adéquation » : au préjudice dûment calculé, il devrait correspondre, comme peine, un multiple économique – *duplum*, *triplum* ou *quadruplum*. Le but de plusieurs *actiones poenalis* privées était donc la sanction ou la répression de certaines conduites nuisibles d'intérêts privés, comme, par

<sup>27</sup> P. VOCI, *Risarcimento e Pena Privata nel Diritto Romano Classico*, Milan, Giuffrè, 1939, p. 9.

<sup>28</sup> J.C. MOREIRA ALVES, *Direito Romano*, Rio de Janeiro, Forense, 1979, p. 265.

<sup>29</sup> J.C. MOREIRA ALVES, *Direito Romano*, Rio de Janeiro, Forense, 1979, p. 266. Aussi P. GALLO, *Pene private e responsabilità civile*, Milan, Giuffrè, 1996, p. 38 et s.

<sup>30</sup> P. VOCI, *Risarcimento e Pena Privata nel Diritto Romano Classico*, Milan, Giuffrè, 1939, p. 12.

exemple, le vol (*furtum*) et le vol avec violence (*rapina*) traduites dans l'obligation de rendre des montants compensatoires très élevés, équivalant à des valeurs multiples des préjudices subis<sup>31</sup>. Vouées, fonctionnellement, à punir le responsable de la lésion<sup>32</sup>, les *actiones poenalis* privées se distinguaient ainsi des instruments qui cherchaient la réparation de la situation lésée, à savoir, les *actiones rem persequentes*, qui ne visaient qu'à dédommager le préjudice causé.

Le Droit classique distinguait, donc, les deux voies de sanction pour la tutelle de situations juridiques importantes, la voie punitive et la voie compensatoire ou indemnitaire<sup>33</sup>, une duplicité de voies qui n'a jamais cessé d'être approfondie.

Les facteurs menant à l'approfondissement de la scission nette des plans indemnitaire et punitif étant nombreux<sup>34</sup>, il serait inutile de les répertorier. Il suffit de rappeler, à ce sujet, l'influence des idéaux de justice commutative défendus par Saint Thomas d'Aquin (par lesquels on bannissait tout transfert injustifié de richesse d'un sujet à l'autre<sup>35</sup>). De telles idées ont été importantes pour l'élaboration du droit brésilien en vigueur, à cause de leur consécration par le Code civil, et du développement doctrinaire de la figure de l'enrichissement sans cause<sup>36</sup>. On suggérerait que

<sup>31</sup> P. GALLO, *Pene private e responsabilità civile*, Milan, Giuffrè, 1996, pp. 37-38.

<sup>32</sup> « The idea that certain kinds of conduct should be vindicated by an award of multiple damages runs deep. Biblical law embodied the ideal for theft and trespass. Greek law, otherwise. Nevertheless, the rationale behind the various sanctions found in the law of the ancient world did not clearly differentiate what is commonplace to us: "tort" and "crime". Roman law is illustrative. The delict of theft ran back at least to the Twelve Tables (450 B.C.). The penalty was four times the value of the thing stolen. As with Biblical and Greek law, Roman law did not, therefore, fully make our distinction between 'crime' and 'tort' », R. BLAKEY, *Of characterization and other matters: thoughts about multiple damages*. Disponible sur <[http://www.law.duke.edu/shell/cite.pl?60+Law+&+Contemp.+Probs.+97+\(Summer+1997\)](http://www.law.duke.edu/shell/cite.pl?60+Law+%26+Contemp.+Probs.+97+(Summer+1997))>. Accès le 16 novembre 2003.

<sup>33</sup> Dans le droit Justinien cependant, cette distinction n'est plus très nette. La peine privée prend aussi le caractère de remboursement du préjudice subi par la victime, quoiqu'elle continue d'être appelée *poena*. V. J.C. MOREIRA ALVES, *Direito Romano*, Rio de Janeiro, Forense, 1979, p. 266. Innombrables sont les discussions entre les romanistes, concernant l'existence ou non de la fonction répersécutoire dans la peine privée (v. P. VOICI, *Risarcimento e Pena Privata nel Diritto Romano Classico*, Milan, Giuffrè, 1939, p. 17 et s., notamment la contestation à la thèse de Emilio Betti).

<sup>34</sup> P. GALLO, *Pene private e responsabilità civile*, Milan, Giuffrè, 1996, p. 20 et s.

<sup>35</sup> Selon Saint Thomas, celui qui était jugé coupable d'un vol devrait être libéré tout simplement contre la restitution de ce qu'il avait volé. Dans ce sens, celui qui désire manger une pomme peut l'avoir en payant au vendeur le prix convenu dans le contrat ou alors la cueillir directement de l'arbre, étant obligé de rendre au propriétaire une somme équivalente à la valeur de marché de la pomme, à titre de restitution du préjudice. La tendance de quantifier le préjudice selon les valeurs de marché rend presque alternative l'option entre la voie contractuelle et la voie délictuelle, consistant dans l'expropriation forcée du droit, sans l'obligation de rendre une somme à titre d'indemnisation du préjudice. (P. GALLO, *Pene private e responsabilità civile*, Milan, Giuffrè, 1996, p. 42-43).

<sup>36</sup> Code civil brésilien, art. 884-886, *in verbis*: « Celui qui, sans cause justifiée, s'enrichit aux dépens d'autrui, sera obligé de rendre à ce dernier ce qu'il lui a indûment soutiré, avec

l'obligation d'indemniser était limitée au simple dédommagement du préjudice effectivement infligé<sup>37</sup>, étant ainsi lancées les bases du principe aujourd'hui accueilli de forme expresse dans le *caput* de l'article 944 du Code civil brésilien<sup>38</sup>.

Néanmoins, le processus de dépénalisation de la responsabilité civile n'est pas survenu dans le seul but de limiter de plus en plus l'obligation indemnitaire aux préjudices effectivement subis. Il s'est ensuite développé aussi pour uniformiser progressivement les règles de cette institution. Chacune des nombreuses actions pénales romaines contenait l'application de règles différentes selon le type d'action, pas seulement du point de vue des exigences pour intenter l'action, mais aussi du point de vue du *quantum* indemnitaire qui variait selon la gravité de la lésion ; par exemple, le vol avec violence (*rapina*), en tant que crime plus grave, demandait une obligation indemnitaire plus importante que celle du simple vol (*furtum*) et ainsi de suite<sup>39</sup>. Selon Paolo Gallo,

*In epoca più moderna la crescente prevalenza assunta dall'actio legis aquiliae, che era l'unico rimedio romano che non presupponeva necessariamente il dolo, doveva condurre ad una crescente uniformazione delle regole applicate in materia di responsabilità civile, fino a consentire l'emersione di un corpus unitario compatto di regole da applicarsi in qualsiasi ipotesi di danneggiamento doloso o colposo dei beni altrui*<sup>40</sup>.

Ce processus a non seulement mené à l'annulation de la fonction pénale originaire de la responsabilité civile, mais aussi à l'élimination, dans le

---

l'actualisation des valeurs monétaires ». Paragraphe unique. « Si l'enrichissement a pour objet une chose déterminée, celui qui l'a reçue est obligé de la rendre, et, si la chose n'existe plus, la restitution se fera selon la valeur qu'elle avait au moment où elle a été exigée ». Art. 885. « La restitution est due, non seulement quand il n'y a pas eu de cause justifiant l'enrichissement, mais aussi si celle-ci a cessé d'exister ». Art. 886. « Il n'y aura pas de restitution pour enrichissement, si la loi accorde au lésé d'autres moyens de se dédommager des pertes subies ». Dans la doctrine, on souligne le principe de restitution comme « élément unificateur » des hypothèses variées, tel l'enrichissement sans cause (comme institution générale), le paiement indu et la gestion d'affaires, aujourd'hui groupées sous un même titre dans le Code civil brésilien. À ce propos, Michelon dit : « pendant l'empire du paradigme de la volonté, il serait impossible de concevoir que l'enrichissement sans cause fût une source normale d'obligations. Les mesures de restitution étaient vues comme une anomalie dans un système de sources obligatoires gérées par la notion d'acte volontaire, (...) dont le fait de les surmonter (...) a un rapport direct avec l'identification d'un principe unificateur sous-jacent aux sources de restitution ». (C. MICHELON, « Commentaires sur le Code civil », *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 2006). Dans le même sens va la pensée de P. GALLO, selon lequel il s'agit d'un « fait connu l'affirmation que dans les derniers cent ans les remèdes de restitution ont commencé à émerger comme catégorie unitaire, de plus en plus compacte et homogène » (P. GALLO, « Arricchimento senza causa e quasi contratti rimedi restitutori – Trattato di Diritto Civile », in R. SACCO, Turin, 1996, p. 414).

<sup>37</sup> P. GALLO, *Pene private e responsabilità civile*, Milan, Giuffrè, 1996, p. 41.

<sup>38</sup> Art. 944, *caput*, in *verbis*: « l'indemnisation se mesure par l'extension du préjudice ».

<sup>39</sup> P. GALLO, *Pene private e responsabilità civile*, Milan, Giuffrè, 1996, p. 43.

<sup>40</sup> P. GALLO, *Pene private e responsabilità civile*, Milan, Giuffrè, 1996, p.43.

domaine de la responsabilité civile, de plusieurs différences qui existaient auparavant, concernant les divers types illicites, selon leur gravité et selon l'élément subjectif de l'auteur de la lésion. C'est de là que découle l'affirmation, pendant des siècles, de l'insignifiance du degré de culpabilité pour l'établissement de l'indemnisation, consensus aujourd'hui modifié, dans une certaine mesure, puisque le Code Civil brésilien<sup>41</sup> présente des modifications à ce sujet.

Le Code civil français, modèle paradigmatique de la codification moderne, avait déjà introduit la séparation rigoureuse entre la matière civile et les types pénaux ; distinction qui avait déjà commencé par le choix de créer de différents documents législatifs pour chacune de ces disciplines. Le recours à l'utilisation de l'Histoire pour légitimer des choix idéologiques<sup>42</sup> s'est chargé du reste. La peine privée romaine, hors contexte, a commencé à être vue comme un indice de barbarie des civilisations plus reculées. Les Mazeaud, « icônes » de la doctrine de la responsabilité civile, insistent sur ce point :

« Ce bénéfice vient apaiser l'ancien besoin de vengeance qui sommeille au fond du cœur de chaque victime. L'homme qui a souffert n'est pas satisfait par cela seul que disparaît sa souffrance; l'instinct le pousse à désirer que l'auteur de la faute souffre à son tour le même mal. L'idée est barbare; elle tient à tout ce qu'il y a de mauvais dans la nature humaine »<sup>43</sup>.

Voilà exactement pourquoi, ajoutent-ils, les peines privées sont :

« Indéfendables en droit comme en équité. Juridiquement, la condamnation civile repose sur le vide, ce qui est dire qu'elle s'effondre; le responsable se voit obligé de réparer non seulement un préjudice qu'il n'a pas causé, mais même un préjudice qui n'existe pas »<sup>44</sup>.

Néanmoins, comme Boris Starck l'avait déjà compris au milieu du XX<sup>e</sup> siècle, le système de délits privés n'avait pas été complètement oublié par l'Histoire<sup>45</sup>, et on pouvait vérifier, plutôt, une espèce de mouvement

<sup>41</sup> Art. 944, paragraphe unique, *in verbis* : « S'il y a une disproportion excessive entre la gravité de la culpabilité et la lésion, le juge pourra réduire, équitablement, l'indemnisation ». Et aussi l'article 945 : « Si la victime a contribué avec culpabilité pour l'événement nuisible, son indemnisation sera établie d'après la gravité de sa culpabilité par rapport à celle de l'auteur de la lésion ».

<sup>42</sup> Utiliser l'histoire du droit comme argument de légitimation est un ancien recours de la doctrine, quand la construction d'un consensus social sur le fondement de l'obligation du droit se fait nécessaire, comme il a été démontré par Max Weber. V. à ce propos, A. M. HESPANHA, *Panorama Histórico da Cultura Jurídica Européia*, Lisbonne, Ed. Europa-América, 1997, p. 16 et s.

<sup>43</sup> MAZEAUD & MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, Paris, Sirey, 1950, pp. 470-471.

<sup>44</sup> MAZEAUD & MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, Paris, Sirey, 1950, pp. 470-471.

<sup>45</sup> B. STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, Paris, L. Rodstein, 1947, p. 374.

pendulaire par lequel « le mouvement d'abolition de la peine privée s'accompagne d'un mouvement inverse qui tend à la rétablir ». La peine privée, avait-t-il prophétisé, tel le Phœnix, « ne meurt que pour renaître »<sup>46</sup>.

Une tradition différente – celle où la peine privée n'a pas été supprimée comme une catégorie dépassée – a été suivie dans le droit anglo-saxon.

### B. - *La tradition anglo-saxonne et les punitive damages : cases et conditions d'application*

La condamnation de l'auteur d'un dommage à indemniser la victime, avec une valeur multiple de celle du dommage, élaborée, comme l'on a vu ci-dessus, par le Droit romain, a été introduite dans la tradition anglo-saxonne, en apportant les fondements de l'orientation des actions pénales<sup>47</sup> à la recherche d'une indemnisation par les législateurs anglais de l'époque d'Edouard I<sup>er</sup><sup>48</sup>.

Dans le modèle construit à cette époque-là, l'auteur du dommage était puni par l'imposition d'une réparation équivalente à un multiple de la valeur du dommage subi par la victime qui avait, à sa disposition, la prévision de l'action civile, justement avec une telle finalité. La première prévision d'indemnisation multiple dans le droit anglo-saxon a été le *Statute of Councester*, de l'Angleterre, en 1278<sup>49</sup>. On y trouve la racine d'une tradition qui a été spécialement développée au XVIII<sup>e</sup> siècle, époque où l'on a créé la doctrine des *exemplary damages* comme un moyen pour justifier l'attribution de l'indemnisation quand il n'y avait pas de dommage tangible,

<sup>46</sup> B. STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, Paris, L. Rodstein, 1947, p.377.

<sup>47</sup> Selon le comparatiste Ugo Mattei, il existait, dans le *common law* classique, une parfaite congruité entre *torts* et *crimes*. À côté des *félonies* (crimes de violation du rapport de propriété, pour lesquels était prévue la peine capitale), se sont développés les *trespasses*, divisés en trois catégories selon le bien juridique endommagé (*trespass to person*, *trespass to goods* et *trespass to land*), figures de nature « criminelle », voulant donc que le dommage soit direct et intentionnel (« délictuel »). Quand ce schéma s'est montré insuffisant, une nouvelle catégorie s'est développée, celle du *trespass on the case*. À partir de cette figure il a été possible d'intenter des actions en justice contre des comportements nuisibles ne rentrant pas dans les anciennes catégories, puisqu'ils n'étaient pas directs (nuisances), ni intentionnels (négligence), mais s'avérant responsables de dommages ; v. U. MATTEI, *Common-Law – Il diritto anglo americano – Trattato di Diritto Comparato*, in R. SACCO, Turin, UTET, 2001, p. 333. Et aussi ZWEIGERT-KÖTZ, *Introduzione al Diritto Comparato*, t. II. Giuffrè, Milan, 1995, p. 295 et s.

<sup>48</sup> F. SCHULTZ, *Derecho romano clásico*, trad. J. SANTA CRUZ TEIJEIRO, Barcelona, Bosch, 1960, p. 549. Pour une synthèse, v. M. C. BODIN de MORAES, *Danos à pessoa: uma leitura civil-constitucional*, Rio de Janeiro, Renovar, 2003, pp.228-229.

<sup>49</sup> R. BLAKEY, *Of characterization and other matters: thoughts about multiple damages*. Disponible sur <[http://www.law.duke.edu/shell/cite.pl?60+Law+&+Contemp.+Probs.+97+\(Summe+r+1997\)](http://www.law.duke.edu/shell/cite.pl?60+Law+&+Contemp.+Probs.+97+(Summe+r+1997))>. Accès le 16 novembre 2003.

c'est-à-dire, dans le cas de dommages extrapatrimoniaux<sup>50</sup>. On affirme couramment que « the right of a jury in certain cases to award exemplary damages has been said to be as old as the right of trial by jury itself »<sup>51</sup>.

Même si, aujourd'hui, les *punitive damages* – notamment dans la praxis nord-américaine – s'étendent à la responsabilité patrimoniale, se recouvrant d'une fonction d'exemplarité sociale, leur origine porte l'empreinte de la fonction punitive et celle de la limitation au dommage extrapatrimonial (tel qu'il arrive, aujourd'hui, dans l'utilisation d'une figure analogue dans la jurisprudence brésilienne). En 1760, quelques Cours anglaises ont commencé à expliquer les grandes sommes accordées par les jurys dans des cas graves, comme la compensation à l'auteur, par *mental suffering, wounded dignity et injured feelings*. Cette indemnisation additionnelle pour préjudice à la personne était référée comme *exemplary damages* par les Cours qui justifiaient la condamnation, en affirmant que les indemnisations élevées avaient non seulement l'objectif de compenser le lésé pour le préjudice intangible subi, mais aussi celui de punir l'offenseur pour conduite illicite<sup>52</sup>. En vérité, les fonctions compensatoire et punitive ont été confondues par les Cours anglaises et nord-américaines jusqu'à la moitié du XIX<sup>e</sup> siècle<sup>53</sup>.

Pourtant, pendant le XIX<sup>e</sup> siècle<sup>54</sup>, aux États-Unis comme en Angleterre, le concept de *actual damages* (catégorie qui représente les

<sup>50</sup> Note : « Exemplary damages in the Law of Torts », *Harvard Law Review*, n. 70, 1957, p. 517 et s. et pp. 519-520.

<sup>51</sup> Vocabulaire « Damages », *Corpus Juris Secundum*, p. 708.

<sup>52</sup> Note : « Exemplary damages in the Law of Torts », *Harvard Law Review*, n. 70, 1957, pp. 518-519. Il faut souligner que c'est précisément celle-ci la conception qui prédomine aujourd'hui dans le droit brésilien en ce qui concerne le préjudice moral.

<sup>53</sup> Note : « Exemplary damages in the Law of Torts ». *Harvard Law Review*, n. 70, 1957, p. 517 et s. et pp. 519-520.

<sup>54</sup> À ce propos, Comandè décrit en plus grands détails la transmutation de la fonction attribuée à l'indemnisation par les *non pecuniary losses* (préjudices extrapatrimoniaux) dans la *common law*. Il affirme aussi qu'il ne reste plus de doute que les *non pecuniary losses* rentrent aussi dans la catégorie des *compensatory damages*, qui cherchent à compenser l'être lésé et à le placer dans la position où il se trouverait s'il avait subi la lésion (p. 455). Il nous apprend encore qu'au VII<sup>e</sup> siècle déjà, les pertes non pécuniaires étaient prises en compte par l'ordre juridique, et l'on condamnait le coupable, pour chaque offense singulière, au dédommagement (d'un montant fixe), en faveur de la partie lésée et du souverain, pour avoir troublé la paix du royaume. La fonction développée par le *pain and suffering* était donc punitive et dissuasive (p.461). Dans l'affaire *Morse v. Auburn & Syracuse R.R.* (1851), on exclut définitivement la possibilité que le *pain and suffering* appartienne à la catégorie des *punitive damages* ; dans l'affaire *Ransom v. New York & R.R.*, on a affirmé que la finalité prioritaire du *pain and suffering* était « to render the person as whole as he was before the injury ». En 1882, il est devenu clair et certain, dans la doctrine et dans la jurisprudence nord-américaine, que les condamnations à l'indemnisation par *pain and suffering* étaient la « compensation for the very great and long-continued pain which the plaintiff has suffered ». Cela se doit à de nombreux facteurs : à l'augmentation du nombre d'incidents causés par le progrès technique industriel, à la culpabilité comme principe général de l'imputation de la responsabilité, à la présence, de plus en plus constante, des assurances dans la responsabilité civile. De tels facteurs

préjudices effectifs, dans laquelle s'insèrent les préjudices compensatoires) a été élargi, de façon à s'étendre aussi au préjudice « intangible ». Par conséquent, la fonction originellement compensatoire des *exemplary damages* a été transférée aux *actual damages*, et les Cours ont été amenées à parler des *exemplary damages* exclusivement en termes de *punishment* et *deterrence*<sup>55</sup>. Dans la mesure où la punition et la prévention sont devenues ses finalités capitales, l'intérêt principal s'est centré sur la conduite de son auteur et non pas sur le type de préjudice.

C'est cet aspect que nous considérerons fondamental lors du repérage de quelques caractéristiques générales de l'institution des *punitive damages*, telle qu'elle est acceptée aux États-Unis<sup>56</sup>. Le choix de ce pays se justifie non seulement en raison de « l'américanisation » du Droit, déjà signalée, mais aussi parce que, dans ce pays, on a élaboré, de façon plus approfondie, la doctrine des *punitive damages*, en y incluant l'effet de la critique face aux abus parfois pratiqués par la jurisprudence<sup>57</sup>.

En règle générale, sauf loi contraire, recevoir des *punitive damages* ne constitue pas « droit subjectif »<sup>58</sup>, dépendant plutôt de la faculté

ont contribué à transformer la somme d'argent appliquée à titre de *pain and sufferings* dans un vrai dédommagement du préjudice, en l'éloignant d'une vengeance privée (p. 465) ; G. COMANDÈ, « Le non pecuniary losses in common law », *Rivista di Diritto Civile*, 1993, 7, p. 453 et s.

<sup>55</sup> Note : « Exemplary damages in the Law of Torts », *Harvard Law Review*, n. 70, 1957, p. 517 et s. et p. 520.

<sup>56</sup> Ceci parce qu'en Angleterre, par exemple, depuis 1964, avec l'affaire *Rookes v. Barnard*, les hypothèses où les *punitive damages* peuvent être accordés sont assez strictes. Avec cette affaire, on a donné une nouvelle dimension au possible champ d'action des *punitive damages*. Dans cette décision, Lord Devlin a trouvé convenable de limiter la condamnation par *punitive damages* à trois hypothèses bien définies : (1) face à une violation de droits fondamentaux des citoyens par l'administration publique ; (2) quand il n'y a pas d'intention claire de l'auteur du dommage d'obtenir un bénéfice injustifié qui ne rencontrerait pas d'autres sanctions ; (3) s'il existe une prévision expresse en loi spéciale. Il faut souligner également que les limites imposées en Angleterre par ce précédent, pourtant, n'ont pas été suivies par d'autres pays de la *common law*, tels l'Australie, le Canada et la Nouvelle-Zélande (v. à ce propos, P.-D. OLLIER, J.-P. LE GALL, « Torts. Various Damages », in *International Encyclopedia of Comparative Law*, v. 11, ch. 10, p. 84).

<sup>57</sup> Les considérations à suivre ont trait à la configuration générale des *punitive damages*, dans la plupart des États nord-américains. On remarque que, aux États-Unis, les États fédérés jouissent de grande autonomie législative et judiciaire pour l'élaboration du droit. De même, chacun des États a son autonomie en ce qui concerne l'acceptation, l'extension et les hypothèses de *punitive damages*. Aussi, le panorama de l'institution des *punitive damages*, aux États-Unis, est-il l'un des plus variés. Il y a des États qui n'admettent même pas cette institution ; quelques-uns ne l'admettent que face à une autorisation légale expresse ; il y en a beaucoup qui établissent des limites (*caps*) pour les condamnations ; et d'autres encore qui imposent qu'une partie du montant indemnitaire payé par l'offenseur doit tourner au profit de l'État (*split recovery*). Ainsi, dans le présent travail, des caractérisations génériques concernant la formation des *punitive damages*, dans la plupart des États, seront faites. À la fin, nous analyserons les paramètres dictés par la Cour Suprême, lesquels, évidemment, doivent être obéis dans tout le territoire nord-américain.

<sup>58</sup> La catégorie du droit subjectif n'est pas, elle non plus, ajustable à la tradition anglo-saxonne, puisqu'elle est propre de la tradition continentale européenne, raison pour laquelle nous utilisons l'expression entre guillemets, bien que nous ayons connaissance que, au moment d'aborder

discrétionnaire du jury. Il est bien vrai que dans quelques juridictions, lorsqu'il y a une allégation et des preuves suffisantes, les *punitive damages* sont considérés comme un « droit subjectif », le jury ayant le devoir (*duty*) de les accorder; toutefois, dans d'autres juridictions, cette indemnisation est permise, mais pas « due »<sup>59</sup>. Comme règle générale aussi, la condamnation par *punitive damages* pour violation d'un contrat n'est pas possible, nonobstant les motifs qui ont mené l'accusé à le faire, son domaine étant seulement ce que, dans notre tradition, on appelle « responsabilité extracontractuelle » (*law of torts*)<sup>60</sup>. En d'autres termes, les *punitive damages* ne peuvent être concédés dans la relation extracontractuelle que lorsqu'il y a des preuves de circonstances subjectives qui ressemblent à la catégorie continentale du dol, à savoir : *malice, wantonness, willfulness, oppression, fraud*, entre autres. La simple négligence, en absence des circonstances aggravantes, n'est pas une raison suffisante pour la condamnation à des *punitive damages*. Toutefois, la *gross negligence* (négligence grave), dans quelques États membres, donne lieu aux *punitive damages*<sup>61</sup>.

---

un droit étranger, un comparatiste doit « mettre en relief ses attentes de sens plutôt que de les mettre entre parenthèses », P. LEGRAND, « Sur l'analyse différentielle des juriscultures », *Revue Internationale de Droit Comparé*, 4-1999, p. 1059.

<sup>59</sup> « In most jurisdictions, an instruction to the jury as to the award of exemplary damages should be permissive and not mandatory » Vocabulaire « Damages », *Corpus Juris Secundum*, p. 711.

<sup>60</sup> Dans le droit des contrats, les *punitive damages* ne sont accordés que lorsqu'il y a une allégation et des preuves de l'exécution d'un illicite extracontractuel (*tort*) en connexion avec la violation du contrat, tel qu'il arrive dans la responsabilité par l'incitation à l'inexécution d'un contrat. Dans le cas contraire, il ne sera possible d'obtenir indemnisation compensatoire que pour le préjudice subi.

<sup>61</sup> Vocabulaire « Damages », *Corpus Juris Secundum*, p. 721, « In general, in order to authorize an award, the wrongdoer must know when he commits the act that it is wrongful or there must be such recklessness that conscious wrongdoing is necessarily implied, and he must do the act intentionally without just cause or excuse » et encore, « The doctrine of exemplary damages has been said to involve rather the extent of the injury intended than that which was really inflicted, and to depend on circumstances manifesting moral turpitude or atrocity in the defendant's conduct, the damages to be increased according to the degree of malice by which the evidence shows the defendant to have been actuated » (p.721). En fonction de ces caractéristiques (absence de rapport contractuel et forte présence de l'élément subjectif), quelques auteurs affirment que les *punitive damages* sont une forme d'expression de l'indignation du jury (*Corpus Juris Secundum*, v. Damages, p. 706) contre les délits de grande répercussion sociale ; en fonction d'autres caractéristiques, on dit que la somme remise à l'auteur de l'action est vue comme une « récompense » pour le service public rendu, c'est-à-dire, celui d'avoir mené l'auteur du dommage à la justice (« as a reward for his public service in bringing the wrongdoer to justice ») (*idem*, p. 708), ce qui met donc en évidence des traits particulièrement révélateurs de l'ethos nord-américain et fondamentalement étrange à notre tradition juridique et culturelle. Dans le droit brésilien, où l'action est une garantie fondamentale (Constitution fédérale, art. 5, incise XXXV), il serait inconcevable d'évaluer de façon monétaire un droit de citoyenneté tellement fondamental, en « payant » son exercice, comme s'il s'agissait d'une opération commerciale.

Aux États-Unis, en règle générale, il revient au jury de fixer les *punitive damages*<sup>62</sup>. Traditionnellement, le système juridique nord-américain prête une grande importance au rôle du jury pour décider des questions spécialement importantes, en lui faisant confiance comme s'il s'agissait d'un « guarantor of fairness, a bulwark against tyranny, and a source of civic values ». Nonobstant, il y a eu (et il y en a encore aujourd'hui) de nombreux et d'importants abus ; la « commercialisation » et l'idéologisation des affaires juridiques concernant les *punitive damages* ont été tellement évidentes, qu'un soupçon généralisé a fait éroder la confiance historique dans le rôle du jury<sup>63</sup>. De ce fait, la Cour suprême a cherché récemment à fixer certains paramètres visant à réduire ce que l'on appelle l'« industrie des indemnisations millionnaires<sup>64</sup> », celles-ci ayant même fait l'objet d'une littérature populaire récente<sup>65</sup>.

Quoique l'inconstitutionnalité de la fixation des *punitive damages* ait déjà été remise en cause, à plusieurs reprises, devant la Cour suprême, ce n'est que dans l'affaire *BMW of North America, Inc. v. Gore* (1996) que l'on a reconnu que la condamnation de *punitive damages* établissant des seuils irraisonnables pour le montant à payer, était un outrage à la *Due Process Clause*<sup>66</sup>. La condamnation a été si irraisonnable, la peine si

<sup>62</sup> Néanmoins, dans quelques hypothèses, lorsque le *quantum* est considéré comme excessivement arbitraire, celui-ci peut être remis en question par une Cour suprême.

<sup>63</sup> Parmi les explications justifiant ce soupçon, on trouve le penchant du jury contre les accusés riches, l'élan vers la redistribution des richesses, l'incompétence ou l'incapacité à comprendre la complexité qui implique la fixation du *quantum* et les caractéristiques psychologiques qui prédisposent certains jurés à conférer des *punitive damages*. (Note: « Developments in the law – the civil jury », *Harvard Law Review*, v.110, 7 mai 1997, p. 1517).

<sup>64</sup> Malgré son acceptation historique par le système de la *common law*, l'institution des *punitive damages* a toujours reçu les plus dures critiques, étant même appelés « monstrous heresy », « tort lottery », « windfall », parmi d'autres épithètes. Pendant les dernières décennies, les indemnisations à titre de *punitive damages*, de valeurs de plus en plus élevées, d'ordinaire exprimées en millions, voire même en milliards de dollars, ont commencé à démontrer la fragilité de l'institution, attirant ainsi une plus grande opposition. Toutefois, ce n'est que dans les dernières années que la Suprême cour des États-Unis a cru nécessaire d'intervenir, pour la première fois, dans les montants fixés, en se basant sur le principe du *due process of law*, dans son acception substantielle, consacrée par le XIV Amendement de la Constitution nord-américaine.

<sup>65</sup> J. O. GRISHAM, *Rei das Fraudes* (The King of Torts), trad. de R. AULY de SOARES, Rocco, 2003. L'argument paraît confirmer des déclarations publiques d'avocats spécialisés dans ce « secteur », comme l'avocat Craig Hilborn, du Missouri, transcrit par Maria Celina Bodin de Moraes : « J'ai déjà eu plusieurs affaires de produits défectueux, nettement défectueux, où je n'ai même pas parlé avec les personnes impliquées, car leurs pertes n'avaient pas été suffisamment graves. Si les gens ne deviennent pas tétraplégiques, paraplégiques ou s'ils n'ont pas perdu une partie de leurs corps, je ne m'occupe pas de l'affaire ». (M. C. BODIN de MOARES, *Danos à pessoa: uma leitura civil-constitucional*, Rio de Janeiro, Renovar, 2003, p. 234).

<sup>66</sup> Ira Gore Jr., avait acheté une nouvelle BMW d'un commerçant de l'Alabama. Postérieurement, il a appris que le vendeur, BMW of North America, avait repeint une partie de la voiture en raison d'un petit dégât, avant son arrivée aux États-Unis, sans avoir révélé ce qui s'était passé. Le jury a accordé à la victime des *compensatory damages* fixés en \$4.000 pour la réduction de la valeur de la voiture, et des *punitive damages* établis en \$ 4 millions ! La Cour Suprême de

disproportionnée, que la Cour suprême a décidé d'instruire les autres Cours à considérer trois directives dans la fixation des *punitive damages* pour toutes les affaires futures, à savoir :

- Le degré de réprobation de la conduite de l'accusé (*the degree of reprehensibility of the defendant's misconduct*). Pour évaluer le degré de réprobation de cette conduite, il est important, selon la Cour, de prendre en compte les facteurs suivants : (1) si le préjudice causé a été physique ou simplement économique ; (2) si l'acte illicite a été pratiqué avec indifférence ou totale négligence envers la santé ou la sécurité d'autrui (*the tortious conduct evidenced an indifference to or a reckless disregard of the health or safety of others*); (3) si la cible de la conduite est une personne financièrement vulnérable ; (4) si la conduite a impliqué des actions répétées ou s'il s'agit d'un incident isolé ; (5) si le préjudice a été le résultat d'une action intentionnelle ou frauduleuse, ou d'un simple accident<sup>67</sup>;

- La disparité entre le préjudice effectif ou potentiel subi par l'auteur et les *punitive damages* ;

- La différence entre les *punitive damages* accordés par le jury et les amendes civiles autorisées ou imposées dans des cas semblables.

Dès lors, la liberté très étendue qu'avait le jury pour la fixation des *punitive damages* a éprouvé des revers, tels le jugement de l'affaire *Cooper Industries, Inc. v. Leatherman Tool Group, Inc.*, en 2001<sup>68</sup>. Plus récemment, à *State Farm Mutual Automobile Insurance Co. v. Campbell et al.* (2003), il

l'Alabama a réduit à \$2 millions les *punitive damages*. D'après une demande de recours du vendeur, la Cour Suprême des États-Unis a considéré ce montant, dans cette affaire, comme *grossly excessive* (manifestement excessif), et donc, inconstitutionnel. La Cour Suprême de l'Alabama, remettant en cause ce montant, l'a réduit à \$50.000. (M. POLINSKY, S. SHAVELL, « Punitive Damages: An Economic Analysis », *Harvard Law Review*, 111, févr. 1998, p. 901).

<sup>67</sup> Il ne faut pas oublier que l'existence de n'importe quel facteur parmi ceux-là, en faveur de l'auteur, peut ne pas être suffisante pour fonder une condamnation de *punitive damages* ; par ailleurs, l'absence totale rend toute condamnation suspecte. Cela parce que l'on doit présumer que l'auteur a été entièrement compensé pour le préjudice ou souffrance par les *compensatory damages*, ne devant les *punitive damages*, donc, être payés que quand la culpabilité de la victime, après le paiement des *compensatory damages*, est encore tellement reprochable qu'elle mérite l'imposition d'autres sanctions pour que l'on puisse atteindre la punition ou la prévention.

<sup>68</sup> L'auteur, *Leatherman Tool Group Inc.*, fabrique un outil multifonctionnel qui rend plus performant le couteau *Swiss Army*. Quand la victime, *Cooper Industries, Inc.*, concurrente de l'auteur, a utilisé des photos d'une version modifiée de l'outil de *Leatherman* sur des posters, des emballages et dans des matériels publicitaires, *Leatherman* a intenté une action alléguant violation du *Trademark Act*. Le jury a accordé \$50.000 comme *compensatory damages* et \$4,5 millions comme *punitive damages*. D'après l'opinion majoritaire de la Cour suprême, en une décision surprenante, la Cour d'appel devrait apprécier une nouvelle fois la décision du jury, selon les critères indiqués dans l'affaire *Gore*. De façon diverse, le juge *Scalia*, par opinion divergente (exprimée par écrit et opposée à toutes les autres voix) défendait que la révision par la Cour d'appel ne devrait avoir lieu qu'en cas d'abus du pouvoir discrétionnaire (et non *ex novo*). La Cour suprême a compris, donc, que la condamnation du jury par *punitive damage* n'a pas constitué question effective dans le sens de l'interdiction du septième amendement.

y a eu une nouvelle déclaration d'inconstitutionnalité des *punitive damages* par la Cour suprême, fondée sur les directives de l'affaire *Gore*<sup>69</sup>.

D'autres affaires peuvent encore exemplifier les mécanismes – et les limites – des *punitive damages*, comme c'est le cas des affaires *Ford Corporation v. Grimshaw*; *Texaco v. Pennzoil*; *Browning-Ferris Industries of Vermont Inc. v. Kelco Disposal Inc.*; *Pacific Mutual Life Insurance v. Haslip*; *TXO Production Corp. v. Alliance Resources Corp.*; et *Honda Motors Corp. v. Karl Oberg*, qui méritent d'être brièvement rapportées.

- *Ford Corporation v. Grimshaw* (1981). Après un accident de la circulation, une voiture fabriquée par Ford a explosé, donnant la mort à trois occupants. Ladite voiture a explosé parce que le réservoir du carburateur avait été placé à l'arrière du véhicule, ce qui – selon preuve postérieure – permettait une économie de 15 dollars pour chaque voiture fabriquée.

Dans ce cas, le jury n'a pas hésité à accorder un montant considérable à titre de *punitive damages*, puisqu'il a considéré que le comportement de Ford était « éminemment condamnable ». Pour avoir une économie de 15 dollars par voiture, le réservoir avait été placé à un endroit inapproprié et dangereux en cas de collision, le fabricant étant persuadé qu'il lui serait plus avantageux, dans un rapport coût/profit, d'indemniser les préjudices éventuels que de placer le réservoir à un autre endroit, d'après ce qui a été vérifié au long du procès. Pour arriver à ce choix, Ford avait effectué une analyse du rapport coût/profit sans prendre en compte tout le coût social de cet emplacement du réservoir, ne considérant que la probabilité (d'une bassesse éclatante, en tout cas), de subir une action en justice de la part de la victime, en vue d'être indemnisée.

- *Texaco v. Pennzoil* (1984). Devenue célèbre pour avoir abouti à l'une des plus grandes indemnités jamais imposées par une cour des États-Unis, cette affaire a eu lieu dans les années 1980 : 7, 53 milliards de dollars d'indemnisation, que *Texaco* a dû payer à *Pennzoil*, plus un milliard de dollars pour *punitive damages*. Brève synthèse: *Pennzoil* et les principaux actionnaires de *Getty Oil* négociaient un « Mémoire d'ententes » pour régler un ensemble d'actions à travers lesquelles *Pennzoil* et *Sarah C. Getty Trust* deviendraient les seuls actionnaires de *Getty Oil*. D'après ce Mémoire, *Pennzoil* paierait 110 dollars pour chaque action. Dès que le Mémoire eut été approuvé, on a rendu public le 4 janvier – avant l'ouverture de la Bourse de valeurs de New York – l'existence d'un « accord de principes entre les parties », tandis que l'on donnait suite à d'autres négociations concernant d'autres points du Mémoire. C'est alors que *Texaco*, principal concurrent de *Pennzoil*, s'est mis à négocier secrètement

<sup>69</sup> Il faut faire remarquer ici l'examen minutieux de M.C. BODIN de MORAES, *Danos à pessoa : uma leitura civil-constitucional*, Rio de Janeiro, Renovar, 2003, pp. 237-248.

avec les actionnaires de *Getty Oil* un plan d'achat de *Getty*. *Texaco* paierait 128 dollars pour chaque action. Le 6 janvier, *Texaco* annonçait dans la presse son accord avec les actionnaires de *Getty*, pour l'acquisition de cette entreprise. D'emblée, *Pennzoil* a intenté contre *Texaco* une action fondée sur le *tort of induction to breach of contract* (responsabilité pour l'induction à la violation du contrat). Le litige a été accueilli judiciairement, étant accordée une indemnisation milliardaire, fondée sur les préjudices subis par *Pennzoil* en raison de l'interférence illicite (*tortuously*) de *Texaco* dans une relation de négociation de tiers.

- *Browning-Ferris Industries of Vermont Inc. v. Kelco Disposal Inc.* (1989). Craignant la concurrence d'une autre société, l'entreprise *Browning-Ferris* a fait tout son possible pour exclure *Kelco* du marché. Ce comportement a été reconnu par les cours de premier degré et d'appel comme source de responsabilité civile, puisqu'il s'agissait d'une *interference with contractual relations* illicite. Considérant que l'entreprise avait agi délibérément avec l'intention de causer du préjudice, celle-ci a été condamnée à payer autour de six millions de dollars à titre de *punitive damages*.

- *Pacific Mutual Life Insurance v. Haslip* (1991). Le comportement sanctionné avec *punitive damage* a été le manque d'acquiescement, de la part d'un agent d'une compagnie d'assurance, d'obligations assumées, au nom de la société, avec ses clients. La condamnation aux *punitive damages* a été infligée à l'agent responsable de *fraud*, accusé de s'être approprié de la prime payée par l'assuré, et à la société d'assurances, considérée comme responsable selon le principe *respondeat superior*.

- *TXO Production Corp. v. Alliance Resources Corp.* (1993). En avril 1985, *TXO*, une importante entreprise nord-américaine travaillant dans le secteur d'extraction et transformation de pétrole et ses dérivés, a conclu, avec *Alliance Resources Corporation*, un accord concernant l'exploitation d'une vaste zone connue comme *the Belvin Tract*. Tel accord, selon la proposition même de *TXO*, était particulièrement avantageux pour *Alliance*, étant donné qu'il prévoyait que celle-ci, titulaire d'un *leasehold interest* (« bail ») sur la zone toute entière, obtiendrait de *TXO*, en guise de compensation pour la concession du droit d'utilisation des ressources pétrolifères contenues dans ladite zone, non seulement une somme d'argent selon l'étendue de cette zone, mais aussi une somme ultérieure, autour de 20% des royalties sur la valeur obtenue provenant de l'activité extractive. Les parties ont prévu, en plus, que le contrat serait résolu à tout moment si *TXO* découvrait l'existence de n'importe quelle circonstance pouvant grever le titre immobilier de *Alliance*, ou si elle constatait que celle-ci n'avait pas la pleine possession des droits cédés à *TXO*.

Toutefois, on a vérifié que *TXO* a eu un comportement gravement frauduleux par rapport à sa partenaire contractuelle *Alliance*, au cours de l'exécution contractuelle, dans le but exclusif d'ajouter une modification à l'accord, dans un sens qui lui serait favorable. La décision condamnatrice demandait le paiement de 19.000 dollars à titre de *compensatory damages*, pour indemniser la société victime des frais de l'action qui lui avait été intentée, et le paiement de 10.000.000 de dollars à titre de *punitive damages*. La principale raison adoptée comme fondement d'une condamnation à *punitive damages* si sévère a été la mauvaise foi de *TXO*, la Cour suprême de West Virginia faisant savoir que, dans l'évaluation de l'affaire, le juge : (1) doit mettre en évidence, devant le jury, le montant du préjudice concrètement pratiqué et la conduite nuisible du responsable de l'illicite ; (2) doit prendre en compte non seulement le degré de censure, la durée et la fréquence de la conduite, mais aussi le comportement du responsable après avoir commis l'illicite ; (3) pour fixer le montant des *punitive damages*, il faut déterminer si le sujet lésé a eu un avantage économique issu de la propre conduite illicite ; (4) étant donné que les *punitive damages* assument une fonction dissuasive, il est essentiel qu'ils soient supérieurs par rapport à de tels avantages ; (5) dans l'état de cause, on doit tenir compte de la situation économique de l'auteur du préjudice ; (6) d'autres facteurs importants pour l'analyse judiciaire consistent dans les dépenses légales subies par la partie lésée ; l'imposition d'une sanction pénale à l'auteur du préjudice ; l'existence d'autres actions pour le même illicite, l'adéquation et le sérieux de la condamnation des *punitive damages* pour favoriser des transactions équitables et raisonnables, dans les cas où la responsabilité de l'auteur du préjudice soit évidente.

L'analyse des critères est essentielle pour assurer le respect du principe de *due process*, dans son sens procédural et substantiel. Une variation du quantum est admise précisément selon la gravité et le type de comportement illicite<sup>70</sup>.

- *Honda Motors Corp. v. Karl Oberg* (1994). Le 24 juin 1994, la Cour suprême des États-Unis a dicté une déclaration de *prior history*, dans l'exercice du *writ of certiorari*, le cas devenant, alors, un précédent

<sup>70</sup> Dans ce cas, on a formulé de manière plus large la question de la constitutionnalité des *punitive damages* – violation au principe du *due process*. Selon la société appelante, la somme due à titre de *punitive damage* à la société lésée, *Alliance Resources Corp*, de presque dix millions de dollars, devrait être considérée excessive, si on la comparait au montant limité des actuels *damages* et, donc, irrationnelle. « *TXO first argues that a \$ 10 million punitive damages award – an award 526 times greater than the actual damages awarded by the jury – is so excessive that it must be deemed an arbitrary deprivation of property without due process of law* »; E. URSO, « *Recenti sviluppi nella giurisprudenza statunitense e inglese in materia di punitive damages: i casi TXO Corporation v. Alliance Resources Corporation e AB v. South West Water Services Ltd.* », *Rivista di Diritto Civile*, pp. 97-98.

historique, lorsque la Cour suprême a annulé la décision *a quo* : pour la première fois dans l'histoire, ce tribunal s'est réclamé de la clause de la procédure légale de l'Amendement 14 de la Constitution nord-américaine, pour condamner le système de *punitive damages* d'un État, pour violation ou atteinte à la garantie constitutionnelle du droit de propriété. La Cour d'Oregon a fixé une indemnisation de US\$ 1.000.000 pour *compensatory damages*, accrue de cinq fois pour *punitive damages*. La décision de la Cour suprême est due au fait que le système de *punitive damages* d'Oregon avait violé la procédure légale correspondante, interdisant que les juges réduisent les verdicts émis par les jurés en cas de *punitive damages* lorsqu'ils les considéraient excessifs. La Cour suprême a même affirmé que les *punitive damages* sont « une forme dangereuse de punition », devant être contrôlée par les tribunaux. Permettre aux jurés de calculer le montant des accrus des *compensatory damages* à titre de *punitive damages*, basés sur la preuve de solvabilité économique des accusés, créait « un risque dangereux de décisions abusives et partielles ».

La connaissance des six affaires ci-dessus – et des solutions apportées à quelques unes d'entre elles par la Cour suprême – fait constater que, même dans le droit nord-américain, la figure des *punitive damages* ne se trouve pas soumise au libre arbitre du juge, et elle ne s'applique pas à la généralité des cas: il existe des critères (fixés par la Constitution et par la jurisprudence précédente) et des limites à son application. Il ne faut même pas penser à punir, avec indemnisation, des cas de *responsabilité objective*, qui obéissent à une rationalité différente<sup>71</sup>, perdant son importance, dans ce régime, l'appréciation de la subjectivité, puisque la *conduite fautive négligente* n'est pas un élément factuel d'incidence de la règle d'attribution de responsabilité. Il ne faut pas non plus penser à punir les cas où l'action négligente n'est pas accompagnée de spéciale gravité, se rapprochant – tout au moins – du dol de notre droit, de façon à générer une grave réprobation.

En outre, lors de l'analyse de cette figure, il faut tenir compte non seulement des données contextuelles relatives à la structure du système judiciaire nord-américain, mais aussi des éléments concernant l'assurance<sup>72</sup>

<sup>71</sup> L'un des domaines d'application des *punitive damages* est celui de la responsabilité du producteur (*products liability*), responsabilité objective, où l'on répond indépendamment de culpabilité (*strict liability*). Néanmoins, Pinto Monteiro observe, dans ces cas, que la victime, une fois remboursée par l'intermédiaire des *compensatory damages* (selon le préjudice subi), pourra solliciter *exemplary* ou *punitive damages* pourvu qu'elle prouve la gravité particulière de la conduite du producteur (A. PINTO MONTEIRO, *Cláusula Penal e Indenização*, Coimbra, Almedina, 1999 (1ère réimpression), note 1525, p. 653).

<sup>72</sup> Bien que la plupart des États accepte l'assurance contre *punitive damages*, celle-ci est, toutefois, rejetée dans quelques États, vue la fonction éminemment punitive de ce type de condamnation; M. POLINSKY, S. SHAVELL, « Punitive Damages: An Economic Analysis », *Harvard Law Review*, 111, févr. 1998, p. 931.

qui, dans plusieurs États membres, peut assumer l'indemnisation, couvrant l'insolvabilité d'une ou des deux parties en litige. Cette donnée ne doit pas être négligée lorsqu'on prétend un « transfert » de la figure des *punitive damages* vers d'autres systèmes. Dans ce sens, selon Ugo Mattei, on sait bien que le jury (chargé de déterminer l'*an* et le *quantum* du dédommagement) tend à condamner plus facilement les grandes entreprises, tout cela menant à un « débat brûlant » sur la fonction sociale de la *law of torts* : une fonction de distribution de coûts et bénéfiques de l'activité économique d'après la logique du marché que, aux États-Unis, l'analyse économique du Droit met en évidence avec vigueur<sup>73</sup>.

## II. LA REPRISE DE LA PEINE PRIVÉE ET LE DROIT BRÉSILIEN

Malgré la méfiance généralisée subie par ce thème pendant une longue période de temps, la discussion sur le caractère exemplaire de la responsabilité civile gagne du terrain dans les pays de *civil law*. Nous avons déjà observé qu'en France, Boris Starck avait déjà prophétisé sa renaissance<sup>74</sup>, en 1947. Peut-être comme résultat de la prophétie de cet auteur, la fonction punitive de la responsabilité civile ne cesse pas de se ramasser des défenseurs<sup>75</sup>, malgré le bien-fondé des critiques reçues<sup>76</sup>.

Les raisons du retour du caractère exemplaire de la responsabilité civile ne sont pas difficiles à expliquer, et résultent, dans la plupart des cas, de

<sup>73</sup> U. MATTEI, *Common-Law – Il diritto anglo americano – Trattato di Diritto Comparato*, R. SACCO, Turin, UTET, 2001, p. 335.

<sup>74</sup> B. STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, Paris, L. Rodstein, 1947, p. 277.

<sup>75</sup> A. de Assis souligne que la fonction punitive, dans l'indemnisation du préjudice moral, n'est pas une exclusivité du *common law*. Dans le droit allemand, on discerne le caractère expiatoire, dans la réparation pour préjudices matériels, d'après Josef Esser. Selon Savatier, une telle réparation équivaut à une peine privée, car les tribunaux, suivant le principe de justice et d'équilibre, refusent de laisser de punir le responsable des préjudices moraux graves. (A. de ASSIS, « Liquidación do dano », *Revista dos Tribunais*, v. 759, pp.11-23, janv.1999, pp. 18-19). Pour le droit sud-américain, v. le travail de C. A. SOTO COAGUILA, « El derecho frente a los depredadores del medio ambiente. Reflexiones en torno al daño ambiental » in *Revista de Direito Ambiental*, 2003. Comme l'observe l'auteur lorsqu'il commente les conclusions des magistrats péruviens, lors du congrès réalisé en 1997 sur le sujet, les magistrats « valoran subjetivamente la actitud del culpable, además de tener en cuenta las calidades personales del agente del daño », la pratique judiciaire démontrant que, « subrepticamente, los magistrados vienen aplicando indemnizaciones punitivas cuando obligan al demandado a pagar una suma mayor que los daños establecidos, aduciendo que la falta ha sido particularmente grave; o también cuando se le obliga a pagar daños no sufridos directamente por el demandante sino, en el mejor de los casos, por terceros o por la sociedad toda, atendiendo a las condiciones personales de quien ha resultado muerto o inhabilitado por el accidente ». Comme nous le verrons, on vérifie une pratique analogue dans le droit brésilien.

<sup>76</sup> V., pour le droit argentin, J. MOSSET ITURRASPE, *Responsabilidad por daños*, t. IV. Buenos Aires, Ediar, 1986. p. 56 et s.

l'insuffisance même des réponses offertes par la responsabilité civile en tant que mécanisme purement indemnitaire, le montant de l'indemnisation étant limité au *quantum* effectivement subi, selon les calculs advenus de la Théorie de la Différence, par laquelle le préjudice résulte de la *diminution du patrimoine*, consistant dans la « différence entre la valeur actuelle du patrimoine du créancier, et celle que ce même patrimoine aurait, si l'obligation avait été exactement remplie »<sup>77</sup>. Cette modalité de calcul (qui est, en réalité, celle qui conditionne le concept juridique de préjudice) bien qu'appropriée aux cas communs de préjudice patrimonial, s'avère inappropriée, voire sans aucune valeur, dans le cas du préjudice extrapatrimonial, terrain encore marécageux, car il semble impossible de trouver des critères unitaires, généraux et abstraits, applicables à la généralité des situations. En certains cas, affirme Araken de Assis, selon la valeur moyenne des indemnisations dans les cas de mort et de lésion physique, il est financièrement plus compensateur de tuer que de mutiler. Ajoutons à cela la tendance au retrait du droit pénal, qui, selon les chercheurs, doit être limité aux offenses plus graves à l'ordre social, ouvrant alors de l'espace à la reprise du caractère de sanction de la responsabilité civile<sup>78</sup>.

Dans d'autres systèmes qui ont aussi leur source dans la tradition romaniste, le débat est également ouvert. Paolo Gallo, auteur d'une excellente monographie sur le sujet, énumère quatre hypothèses aptes à être sanctionnées par la peine privée dans le droit contemporain : (1) des cas de responsabilité civile « sans dommage », c'est-à-dire, sans préjudice de nature économique immédiatement perceptible, tel le vaste domaine des lésions aux droits de personnalité ; (2) des situations où le profit obtenu par l'acte illicite est supérieur au préjudice; (3) des hypothèses où la probabilité de condamnation à rembourser les préjudices est inférieure à la probabilité de causer des préjudices; (4) ceux qu'on appelle les délits mineurs (*crimes de bagatela*)<sup>79</sup>.

La première hypothèse (coïncidant avec la plupart des dommages extrapatrimoniaux) présente un grand intérêt à la doctrine brésilienne, dans la mesure où elle fait l'objet de décisions judiciaires. Cependant, nous ne devons pas négliger les deux situations qui suivent (2 et 3), vu leur importance croissante dans une société de risques et de production en série,

<sup>77</sup> POLACCO définissait ainsi à la fin du XIXe siècle : « Par la Théorie de la Différence, le préjudice est ce qui résulte de la différence entre la situation du bien, avant l'événement nuisible, et celle que l'on constate après l'avènement de celui-ci. Le préjudice étant, ainsi, la suppression ou la diminution d'une situation favorable. Si cette différence n'existe pas, il n'y a rien à recomposer. ».

<sup>78</sup> M. REALE JÚNIOR, *Instituições de Direito Penal*, vol. I, Rio de Janeiro, Forense, 2002. p. 25 et s.

<sup>79</sup> P. GALLO, *Pene private e responsabilidade civile*, Milan, Giuffrè, 1996, p. 175 et s.

où les dommages causés à la nature présentent des niveaux bien plus qu'effrayants. Tout doit cependant être compris dans un cadre clair et précis : le traitement systématique donné à la matière dans le Droit brésilien.

#### A. - *Particularités de la réglementation brésilienne de l'indemnisation pour dommages extrapatrimoniaux*

Peu de questions présentent, dans une perspective comparatiste, une si grande variété de solutions que la responsabilité civile pour dommages extrapatrimoniaux. Les réponses sont très diversifiées, malgré la synonymie, assez fréquente, des termes employés (comme par exemple celui de « satisfaction »<sup>80</sup>), si bien qu'il faut redoubler l'attention non seulement envers les différents textes légaux, mais aussi envers l'interprétation qu'en font la doctrine et les tribunaux<sup>81</sup>. Dans une perspective comparatiste, l'éventail de réponses va de la non réponse – sous les arguments de « l'incommensurabilité »<sup>82</sup> ou de « l'immoralité » de l'indemnisation – en passant par des systèmes qui soumettent le dédommagement du préjudice

---

<sup>80</sup> Il faut souligner que le terme « satisfaction » peut être utilisé avec deux acceptions différentes. Selon la première, satisfaction serait une expression analogue au concept de compensation, mais inadéquate dans le cas du préjudice extrapatrimonial, car dans ce dernier cas, le principe d'équivalence entre le préjudice et la possibilité de *restitutio in integrum* est absent. Il existe encore une autre acception du terme « satisfaction ». Cette dernière, plus courante, remonte à la doctrine développée par le droit allemand. En Allemagne, la notion de satisfaction est utilisée dans un sens plus spécifique, qui cherche à décrire une fonction spéciale de la responsabilité civile lorsqu'elle cherche à assurer à la partie lésée une sensation de justice moyennant une réaction légale à l'illicite. En considérant la fonction de satisfaction de l'indemnisation, elle ne peut pas être évaluée simplement de forme objective selon l'étendue du préjudice extrapatrimonial, mais il faut aussi tenir compte de la gravité de l'acte et de la situation économique des parties. Comme l'observe BERND-RÜDIGER KERN, trois finalités de la satisfaction sont citées: (1) apporter au lésé un sentiment de satisfaction, en apaisant son sens de justice blessé ; (2) imposer à l'offenseur un sacrifice patrimonial; (3) agir de façon préventive. Donc, la notion de satisfaction dans ce sens particulier est étroitement liée à l'institution de la punition. V. P.D. OLLIER, J.-P. LE GALL, « Torts. Various Damages », in *International Encyclopedia of Comparative Law*, v. 11, chap. 10, pp. 80–81 ; H. STOLL, « Torts. Consequences of liability: remedies », in *International Encyclopedia of Comparative Law*, v. 11, chap. 8, p. 10; B.-R. KERN, « A função de satisfação na indenização por dano pessoal : um elemento penal na satisfação do prejuízo? », *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 17, Porto Alegre, 1999. p. 26.

<sup>81</sup> Au-delà de la règle légale, son interprétation (doctrinaire et jurisprudentielle), selon le « droit vivant », l'identification et la compréhension des systèmes juridiques particuliers sont indispensables, comme la « Teoria dos Formantes », de Sacco. (R. SACCO, *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Paris, Economica, 1991, p. 33 et s.).

<sup>82</sup> « This is due both to the 'incommensurability' of the damage involved and to the immorality of soliciting and receiving money as retribution for an offence to dignity or for a disturbance of peace. One may distinguish, according to their functions, three classes of damages: for compensation, for satisfaction and for punitive purposes. » (P.-D. OLLIER, J.-P. LE GALL, « Torts. Various Damages », in: *International Encyclopedia of Comparative Law*, v. 11, chap.10, p. 64).

extrapatrimonial à la configuration d'un crime<sup>83</sup> – jusqu'aux solutions ouvertes, comme celles du droit brésilien, tout au moins, depuis la Constitution de 1988.

Dans le système brésilien, la possibilité de satisfaire, indemniser ou compenser les dommages extrapatrimoniaux (appelés dommages moraux), est très vaste, le sujet ayant été réglementé par une curieuse combinaison de clauses générales, déjà vérifiée pendant la période de vigueur du Code de 1916, mais maintenant très élargie, non seulement en raison de la nouvelle réglementation civile, mais aussi par la connexion inter-systématique<sup>84</sup> entre celle-là et la Constitution fédérale, qui tient compte, expressément, de la possibilité illimitée d'indemnisation du dommage moral<sup>85</sup>. Dans ce domaine, alors, le principe du caractère atypique de l'illicite est également observé.

Dans le Code civil de 2002, la responsabilité civile est présentée sous titre propre, sa réglementation s'ouvrant avec l'article 927<sup>86</sup>, qui détermine que l'obligation de réparer reste à la charge de celui « qui, par acte illicite, nuit à autrui », ne statuant que les conditions génériques de la naissance du devoir d'indemniser, c'est-à-dire, l'existence d'un acte illicite et d'un

<sup>83</sup> Selon le droit italien, en raison de l'article 2059 du *Codice civile*, d'après lequel la responsabilité non-patrimoniale est admise « solo nei casi determinati dalla legge », l'on admet, ainsi, l'indemnisation lorsque le préjudice est la conséquence d'un fait caractérisé comme crime (*reato*). En raison de cette limitation, la doctrine et les tribunaux ont trouvé dans la norme de l'article 32 constitutionnel, qui place la santé comme « fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività » l'issue qui a permis, par voie jurisprudentielle, une nouvelle *fattispecie*, à savoir, le « préjudice biologique », considéré le réceptacle de presque tous les dommages extrapatrimoniaux liés à toute lésion au bien juridique « santé », pris dans son sens le plus large, soit la santé physique, soit le bien être psychique ou mental ; v. V. CARBONE (dir.), *Responsabilità Civile – rassegna di Giurisprudenza e Dottrina*, IPSOA, 1998 ; P. CENDON, L. GAUDINO et P. ZIVIZ, « Responsabilità Civile », *Riv. Dir. Civ.*, an LXV, n° 3, 1991, p. 971 ; M. BONA, « Danno alla persona », *Riv. Dir. Civ.*, p. 313, F. DONATO BUSNELLI, « Interessi della persona e risarcimento del danno », *Riv. Dir. Civ.*, p.1 et s.). Le système juridique argentin aussi, dans la rédaction originale de l'article 1078 du Code civil. V. les obs. de J. MOSSET ITURRASPE, *Responsabilidad por Daños*, t. IV, Buenos Aires, Ediar, 1986, p.56 et s. Selon cet auteur, la réforme du Code civil argentin, en 1968, « marcó un hito en nuestra evolución jurídica en la materia », dépassant cette clôture législative et permettant la réparation du préjudice moral (« *agravio moral* ») dans la responsabilité contractuelle (art. 522) et dans la responsabilité extracontractuelle (art. 1078).

<sup>84</sup> Comme nous l'avons soutenu dans des travaux précédents, le nouveau Code civil brésilien offre, en raison de la « texture ouverte » (HART) de ses règles, la permanente connexion intersystématique avec d'autres *corpora* normatifs. (J. MARTINS COSTA, « Culturalismo e Experiência no novo Código Civil », *Boletim da Faculdade de Direito da Faculdade de Coimbra*, pp. 1-25, Coimbra-Portugal, 2002. Aussi dans : *Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil*, in *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado* I. W. SARLET, Porto Alegre, Ed. Livraria do Advogado, 2003, pp. 61 -85.

<sup>85</sup> Constitution Fédérale, art. 5e, incises V et X, *in verbis* : « V – est assuré le droit de réponse, proportionnel à l'offense, en plus de l'indemnisation pour préjudice matériel, moral ou à l'image ; X – sont inviolables l'intimité, la vie privée, l'honneur et l'image de la personne, restant assuré le droit à l'indemnisation pour préjudice matériel ou moral découlant de leur violation ».

<sup>86</sup> *In verbis* : art. 927 : « Celui qui, par acte illicite (art. 186 et 187), cause du préjudice à autrui, est censé de le réparer ».

dommage, et le lien de causalité entre eux. Lorsqu'elle se rapporte à l'acte illicite, la règle nous renvoie aux articles 186 et 187<sup>87</sup>. Le premier rattache à la contrariété au droit (« *antijuridicidade* »), l'imputabilité subjective ; le deuxième donne à la contrariété au droit une connotation d'illicéité objective<sup>88</sup>, sous la forme d'illicéité dans l'exercice du droit, à être mesurée par le décalage entre son exercice et certaines repères spécialement mises en relief, à savoir, la bonne foi, les bonnes mœurs et la finalité économique ou sociale du droit<sup>89</sup>. Et lorsqu'on fait allusion à la responsabilité subjective, le Code civil distingue entre faute et dol (dans la responsabilité contractuelle) et entre les degrés de culpabilité (dans la responsabilité extracontractuelle), *ex vi* des articles 392<sup>90</sup> et 929<sup>91</sup>, ainsi que dans les cas d'impossibilité et de

<sup>87</sup> *In verbis* : art. 186 : « Celui qui, par action ou omission volontaire, négligence ou imprudence, viole le droit et cause préjudice à autrui, même exclusivement moral, commet un acte illicite ». Art. 187 : « Commet également acte illicite le titulaire d'un droit qui, au moment de l'exercer, dépasse manifestement les limites imposées par sa finalité économique ou sociale, par la bonne foi ou par les bonnes mœurs ».

<sup>88</sup> La contrariété au Droit (« *antijuridicidade* », « non juridicité »), dans un sens large, comprend tout ce « qui ne doit pas être ». Mais cette violation n'est pas forcément fautive... Il suffit qu'elle soit imputable, c'est-à-dire, attribuable, cette attribution pouvant avoir lieu selon des critères variés (par faute; par violation du devoir de sécurité; par violation du devoir d'assurer la confiance; par violation du devoir de garantie « quoi qu'il arrive »; par risque, etc.). L'illicéité est subjectif lorsque, du point de vue des valeurs, la norme détermine comme critère d'imputation son existence ou pas, sous-jacent à l'acte ou à la conduite, *une volonté et une conscience* (V. F. PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os Pressupostos de Responsabilidade Civil*, Coimbra, Almedina, 1999 (réimpression), p. 62 et s.).

<sup>89</sup> Qu'il nous soit permis de répéter ce que nous avons écrit dans J. MARTINS-COSTA, « A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito : o renascer do *venire contra factum proprium* », in : *Experiências do Direito*. M. REALE, JR. M. REALE, E. FERRARI, São Paulo, Millennium, 2004. pp. 23-62. « Il s'agit d'un illicite 'situé', c'est-à-dire, 'concret', dérivé des moyens (ou du moyen) par lesquels est exercé le droit subjectif, tout en gardant ses qualités objectives, car – différemment de l'illicite subjectif – on n'y recherche pas la volonté de l'acte, mais plutôt l'on s'en tient à la discordance avec la norme légale qui détermine la vérification, *in concreto*, de la concordance ou pas, entre l'acte (comportement) et certaines valeurs ou finalités considérées importantes par le système juridique. (...) Dit autrement : si le droit subjectif est attribué *avec certaines configurations* (qui modèlent et modulent le devoir-être), il n'y aura pas d'astreinte au droit (c'est-à-dire du licite), mais une anti-juridicité concrète (*rectius* de l'illicite) si le droit est exercé en non-conformité manifeste avec les configurations [qui] agissent en tant que repères, qui doivent être mesurés dans le cas concret, car l'attention est portée sur le *moment de l'exercice du droit subjectif et sur les moyens employés à cette fin*. (...) Cela permet de rompre avec la logique qui guidait aussi bien l'identification entre l'illicite et la faute (en identifiant dans cette dernière, l'un des 'éléments' de l'illicite), que la figure de l'abus de droit, rattache, encore, à une perspective volontariste. ».

<sup>90</sup> *In verbis* : art. 392 : « Dans les contrats bénéfiques, répond pour faute simple le contractant à qui le contrat bénéficie, et pour dol, celui qui n'en tire pas de bénéfice. Dans les contrats onéreux, répond chacune des parties pour faute, sauf les exceptions prévues par la loi ».

<sup>91</sup> *In verbis* : art. 929 : « Si la personne lésée ou le propriétaire de la chose, dans le cas de l'incise II de l'article 188, n'est pas coupable du danger, ils auront droit à l'indemnisation pour le préjudice subi ».

solidarité (articles 279<sup>92</sup>, *in fine*, et 280<sup>93</sup>, *in fine*), prévoyant encore l'introduction topique de l'équité dans la fixation du montant de l'indemnisation, dans certaines hypothèses (articles 944, paragraphe unique<sup>94</sup>, 953, paragraphe unique<sup>95</sup> et 954<sup>96</sup>, remettant au paragraphe unique de l'article 953).

À son tour, le Code de défense du consommateur régleme aussi largement la responsabilité, en instituant expressément la responsabilité pour dommage moral, quoiqu'on ait éliminé du Projet de loi l'article qui accueillait une sorte de version brésilienne des *punitive damages*<sup>97</sup>, sous l'argument que l'article 12 et d'autres normes du propre Code de défense du consommateur disposaient déjà « de façon claire et complète » sur la réparation du dommage subi par le consommateur.

La jurisprudence, à son tour, n'hésite pas à distinguer parmi les plusieurs « sortes » de dommage extrapatrimonial, en les additionnant, en vue de la détermination du *quantum*, visant non seulement au cumul des dommages patrimoniaux et extrapatrimoniaux<sup>98</sup> mais aussi au propre cumul (quoique implicite) de dommages patrimoniaux et extrapatrimoniaux divers dans leur typologie<sup>99</sup>. En outre, le Supérieur Tribunal de Justice s'est chargé

<sup>92</sup> *In verbis* : art. 279 : « Si la prestation devient impossible par faute d'un des débiteurs solidaires, le devoir de payer l'équivalent subsiste pour tous ; cependant, seul le coupable est responsable des dommages et intérêts ».

<sup>93</sup> *In verbis* : art. 280 : « Tous les débiteurs sont responsables des intérêts de la demeure, même si l'action a été proposée contre un seul d'entre eux ; mais le coupable est responsable envers les autres de la valeur ajoutée à l'obligation ».

<sup>94</sup> *In verbis* : art. 944 : « L'indemnisation est mesurée par l'étendue du préjudice. Paragraphe unique. S'il existait une disproportion excessive entre la gravité de la faute et le préjudice, le juge peut, de façon équitable, réduire l'indemnisation ».

<sup>95</sup> *In verbis* : art. 953 : « L'indemnisation pour injure, diffamation ou calomnie consistera en la réparation du préjudice causé à l'offensé. Paragraphe unique. Dans le cas où il serait impossible à l'offensé de prouver le préjudice matériel causé, il revient au juge de fixer, équitablement, la valeur de l'indemnisation, selon les circonstances du cas ».

<sup>96</sup> *In verbis* : Art. 954 : « L'indemnisation pour offense à la liberté personnelle équivaut au paiement des dommages et intérêts de l'offensé ; lorsque celui-ci ne peut pas prouver le préjudice subi, on appliquera ce qui détermine le paragraphe unique de l'article précédent ».

<sup>97</sup> L'art. 16 du projet de loi qui est devenu le Code de défense du consommateur, avait la rédaction suivante : « Une fois démontré le haut degré de péril du produit ou du service qui a causé le dommage, ou bien la grave négligence ou imprudence du fournisseur, celui-ci devra payer une amende civile correspondante jusqu'à un million de fois la valeur du Bonus du trésor national – BTN, ou un indice équivalent pouvant le remplacer, dans l'action intentée par tous légitimés à l'action en défense des consommateurs en justice, selon le critère du juge, et selon la situation économique du responsable ».

<sup>98</sup> Supérieur Tribunal de Justice (STJ), Résumé 37, *in verbis* : « les indemnisations pour préjudice matériel et pour préjudice moral issus du même fait sont cumulatives ».

<sup>99</sup> STJ, Resp. 226190/RJ, 4<sup>e</sup> T., *in DJ* (Journal de la Justice) 1<sup>er</sup> févr. 2000, unanimes, les parties étant *Milton Oliveira Rufino* et le *Grêmio Recreativo Escola de Samba Beija Flor*, en décision ainsi fondée : « Indépendamment de la nomenclature acceptée en ce qui concerne le préjudice extrapatrimonial, et son classement en préjudice moral, préjudice à la personne, préjudice biologique, préjudice physiologique, préjudice à la santé, préjudice à la vie de relation, etc., chacun

d'écarter la barrière imposée par la tarification du dommage moral existant dans la « Loi de presse »<sup>100</sup>. D'autre part, on a même étendu aux personnes juridiques<sup>101</sup> la possibilité de postuler en jugement l'indemnisation pour dommage non patrimonial.

Bref, au-delà du fait que la réparation du dommage moral n'est pas passible d'autres exigences en dehors de celles qui sont générales à la responsabilité civile (acte illicite, facteur d'attribution et lien de causalité entre la conduite humaine et le dommage), et au-delà de la réglementation ample et ouverte dans le droit positif, il existe encore, dans le système, des règles ponctuelles qui permettent, expressément, une certaine corrélation entre la réprobation de la conduite de l'agent et l'élévation du montant indemnitaire!

Néanmoins, malgré toute la flexibilité offerte par le système de réglementation de la responsabilité extrapatrimoniale (qui a même permis une « industrie d'indemnisations millionnaires », réprimée, au bon moment, par le Supérieur Tribunal de Justice et par les tribunaux des États) la question des *punitive damages* garde son importance toute particulière, dans la mesure où, au Brésil, toute discussion sur le caractère exemplaire de la responsabilité civile finit par être restreint à la problématique de la réparation du dommage moral. Peut-être du fait que l'indemnisation pour dommage moral a été un thème plus qu'orageux jusqu'à la Constitution de 1988, le sujet est encore lié – paradoxalement – aux préjugés des anciennes discussions sur la viabilité d'octroyer une indemnisation face à l'absence de dommage d'ordre patrimonial.

### B. - *Paradoxes et « ajustements » à la doctrine des punitive damages*

Le paradoxe réside dans le fait que, le modèle brésilien effectif de réparation du préjudice extrapatrimonial se trouvant en vigueur depuis 1988, il n'est pas possible d'expliquer le succès critique de la doctrine des *punitive damages* si ce n'est qu'à travers certains traits culturels qui font de « l'étranger » (autrefois, le Français; maintenant, l'Allemand et le Nord-

---

d'eux constituant, avec autonomie, un type de préjudice, ou bien tous réunis sous l'une ou l'autre de ces dénominations, ce qui est vrai pour le juge c'est que cette dispute qui se situe sur le plan doctrinaire cette véritable « guerre d'étiquettes » dont nous parle MOSSET ITURRASPE (« El daño fundado en la dimensión del hombre en su concreta realidad », *Revista Derecho Privado y Comunitario*, 1/9) – n'intéresse que pour mettre en évidence la multiplicité d'aspects que la réalité présente, afin de mieux percevoir comment chacune d'elles peut et doit être convenablement valorisée du point de vue juridique ».

<sup>100</sup> STJ, abrégé 281, *in verbis* : « L'indemnisation pour préjudice moral n'est pas soumise aux tarifs prévus dans la Loi de presse ».

<sup>101</sup> STJ, abrégé 227, *in verbis* : « la personne juridique peut subir du préjudice moral ».

américain) un critère de vertu intellectuelle, voire civique. Il est fort possible que le grand juriste Pontes de Miranda<sup>102</sup> y ait sa part de responsabilité. À la rigueur, il ne faut pas invoquer les *punitive damages* pour atteindre, dans la responsabilité extrapatrimoniale, le caractère « exemplaire » qui, dans certaines hypothèses, s'avère nécessaire. Il ne faut pas non plus – pour donner à l'auteur de dommages particulièrement graves une juste punition – aller chercher d'autres critères que ceux de la législation déjà existante. La règle de la symétrie de l'article 944, *caput*, du Code civil, a son incidence seulement sur les biens patrimoniaux, car il n'est pas possible de *mesurer en termes monétaires* l'« étendue » du dommage extrapatrimonial : dans ce dernier cas, ce qui correspond n'est qu'une *pondération axiologique*, traduite en valeurs monétaires.

Dans les pays où les dommages extrapatrimoniaux n'étaient admis que dans les cas de délit criminel – comme autrefois en Italie et en Argentine<sup>103</sup> – il est naturel que l'étroite corrélation entre dommages extrapatrimoniaux et peine privée se soit renforcée<sup>104</sup>, la doctrine des *punitive damages* agissant comme renforcement argumentatif pour offrir une alternative aux normes légales de clôture. Au Brésil, il n'y a pas encore moyen de comprendre le prestige d'une telle association, si ce n'est que par les traits culturels déjà cités, ou bien grâce à une sorte de souvenir – au niveau de l'inconscient collectif – des anciennes constructions selon lesquelles il serait impossible, outre immoral, de « payer pour la douleur avec de l'argent ». Pour légitimer l'octroi d'une somme d'argent à une personne qui a eu sa sphère extrapatrimoniale atteinte, on a commencé à soutenir que l'indemnisation pour dommage moral serait, non seulement légitime, mais encore *nécessaire*, car, en cas contraire, l'offenseur demeurerait impuni. De cette façon, on a écarté les empêchements d'ordre éthique et social et l'on a justifié la possibilité d'indemniser le préjudice moral, trouvant (implicitement) des fondements dans la notion de peine privée<sup>105</sup> : la

<sup>102</sup> À tort, Maître Pontes de Miranda a affirmé dans son *Tratado de Direito Privado* : « En Angleterre et aux États-Unis, on appelle *exemplary damages* les préjudices moraux ». Comme on a déjà analysé, la liaison des *punitive* ou *exemplary damages* aux préjudices extrapatrimoniaux n'eut lieu que dans un premier moment, se trouvant déjà largement dépassée à la fin du XIX<sup>e</sup>. Toutefois, depuis la publication du *Tratado* de Pontes de Miranda, on a souvent cité, au Brésil, les *punitive damages* comme étant une institution analogue, dans le droit anglo-saxon, à notre indemnisation pour dommage moral, ce qui est loin d'être vrai. Comme nous l'avons vu, dans le droit anglo-saxon, il est incontestable que l'indemnisation pour préjudices extrapatrimoniaux présente une fonction compensatoire. (F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, Rio de Janeiro, Borsoi, 1957-1972).

<sup>103</sup> Aujourd'hui, une telle limitation ne prévaut plus : en Italie, elle a été dépassée par la construction théorique et, en Argentine, par la réforme législative de 1968. V. note 85, *supra*.

<sup>104</sup> S. SEVERO, *Os danos extrapatrimoniais*, São Paulo, Saraiva, 1996, p. 183.

<sup>105</sup> En fait, l'adoption de la théorie de la peine privée comme une solution du problème de l'immoralité de l'indemnisation est, pour dire le moins, discutable. Selon Pontes de Miranda, « que

punition à l'offenseur – *la haine envers le coupable* – d'autant plus que « l'indemnisation » de la victime se trouvait déjà à la base de l'argumentation juridique.

Ici, on vérifie, effectivement, un certain parallèle entre le surgissement – mais le surgissement seul – de la doctrine des *punitive damages* dans la tradition anglo-saxonne et le développement du droit brésilien dans ce domaine. Comme nous l'avons vu, face à l'impossibilité originaire d'indemniser le dommage qui ne laisse pas des traits patrimoniaux, on a fait appel à la théorie punitive afin de ne pas laisser le lésé, dans ces cas, sans protection juridique. Cependant, dans la tradition anglo-saxonne, une fois établie la possibilité de réparation du dommage moral, la fonction de l'indemnisation est devenue purement compensatoire, perdant ainsi son lien primitif avec l'institution des *punitive damages*. Ces derniers, à leur tour, ont commencé à être accordés seulement dans des cas exceptionnels dans lesquels l'état subjectif de l'auteur du dommage, allié au degré fort élevé de réprobation de sa conduite, pouvait justifier la fixation du quantum de l'indemnisation à un seuil au-delà du nécessaire, en vue de la simple compensation, pour rejoindre les finalités punitive et préventive de la responsabilité civile.

Un parcours similaire ne se reflète pas, comme nous l'avons vu, dans la doctrine et dans la jurisprudence brésiliennes, qui continuent à connoter des aspects punitifs comme « immanents » ou propres aux dommages moraux, en renforçant la thèse punitive qui n'a même pas été remplacée par l'indemnisation inconditionnelle du dommage moral par la Constitution de 1988. Aujourd'hui encore les trois courants établis dans la doctrine et la jurisprudence cohabitent, sur la fonction de l'indemnisation du préjudice moral, à savoir (1) la compensation/satisfaction de l'offensé<sup>106</sup>, (2) la punition de l'offenseur<sup>107</sup> et (3) la satisfaction de l'offensé associée à la punition de l'offenseur<sup>108</sup>.

---

celui qui a souffert un dommage reçoive [quelque chose] n'a rien d'immoral (...). En fait, il n'y a pas de châtement, il n'y a pas d'immoralité dans le fait de recevoir [quelque chose] non plus ; d'ailleurs, s'il s'agissait de fixer une peine privée, l'immoralité ne disparaîtrait point.» (t. LIV, pp. 298-299). F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro, Borsoi, 1955-1972.

<sup>106</sup> Elles soutiennent que, en règle générale, la fonction de réparation du préjudice moral est seulement compensatoire. M. C. BODIN de MORAES, *Danos à pessoa : uma leitura civil-constitucional*, Rio de Janeiro, Renovar, 2003 ; S. SEVERO, *Os danos extrapatrimoniais*, São Paulo, Saraiva, 1996. H. THEODORO Jr., *Dano Moral*. 3<sup>e</sup> éd., São Paulo, Juarez de Oliveira, 2000. V. aussi : G. LACERDA, « Indenização do dano moral (avis) », *Revista dos Tribunais*, v. 728, juin 1996, pp. 94-101.

<sup>107</sup> V. G. LACERDA, « Indenização do dano moral (avis) », *Revista dos Tribunais*, v. 728, juin. 1996, pp. 94-101.

<sup>108</sup> Sont partisans de la théorie mixte (qui peut être tenue comme majoritaire dans la doctrine et dans la jurisprudence brésilienne) : J. CASILLO, *Dano às pessoas e sua indenização*, 2<sup>e</sup> éd, São Paulo, RT, 1994 ; C. M. Da SILVA PEREIRA, *Responsabilidade civil*, 8<sup>e</sup> éd., Rio de Janeiro,

La jurisprudence a aussi pris une position dans le sens de reconnaître la fonction punitive et préventive de la responsabilité civile. Nous tenons à transcrire, par son éloquence, la décision du Supérieur Tribunal de Justice, selon laquelle « la valeur des dommages moraux, à son tour, comme je l'ai déjà signalé en plusieurs occasions, doit être fixée en termes raisonnables, et ne justifie pas que la réparation mène à l'enrichissement indu, sa fixation devant être opérée avec modération, *proportionnellement au degré de la faute, à la capacité financière des parties*, le juge devant s'orienter par les critères suggérés par la doctrine et par la jurisprudence, en se servant de son expérience et de son bon sens, attentif à la réalité de la vie et aux spécificités de chaque cas, sans laisser cependant d'observer *la nature punitive et disciplinaire de l'indemnisation*<sup>109</sup> ».

En accueillant la fonction punitive ou la fonction mixte (satisfaction/punition) de l'indemnisation, la jurisprudence utilise, pour la fixation du *quantum* indemnitaire, la combinaison de deux, et, parfois, trois critères distincts: (i) le degré de culpabilité de l'offenseur; (ii) la situation financière du responsable de la lésion; et (iii) l'enrichissement obtenu par le fait illicite<sup>110</sup>. À ces trois facteurs, les défenseurs de la théorie mixte ajoutent encore deux autres (parfois dédoublés en trois): (iv) intensité et durée de la souffrance endurée par la victime, ainsi que la perte de chances de vie et des plaisirs de la vie sociale ou de la vie intime, et (v) la condition sociale et économique de l'offensé, ayant en vue l'interdiction de l'enrichissement injustifié. Comme l'on peut voir, le quatrième critère présente un caractère clairement compensatoire/satisfaisant. Le cinquième critère, à son tour,

---

Forense, 1998; T. ANCONA LOPEZ, *O dano estético: responsabilidade civil*, São Paulo, RT, 1999; S. CAVALIERI FILHO, *Programa de responsabilidade civil*, 3<sup>e</sup> éd., São Paulo, Malheiros, 2002. « Lorsque la victime réclame la réparation pécuniaire en vertu du préjudice moral, elle n'exige pas un prix à sa douleur morale, mais qu'on lui offre, à peine, un moyen d'atténuer, en partie, les conséquences de la lésion juridique. Dans la réparation pour préjudices moraux, l'argent n'a pas une fonction d'équivalence, comme dans le cas de préjudices matériels; néanmoins, simultanément, la fonction de satisfaction est celle de la peine » (G. CALMON NOGUEIRA da GAMA, « Critérios para a fixação da reparação do dano moral: abordagem sob a perspectiva civil-constitucional », in E. de OLIVEIRA LEITE, *Grandes temas da atualidade: dano moral*, Rio de Janeiro, Forense, 2002; *Tribunais*, mar. 1999, v. 761, pp. 31-44); Y. S. CAHALI, *Dano e indenização*, São Paulo, RT, 1980).

<sup>109</sup> STJ, 4<sup>a</sup> Turma, Resp n° 389.879-MG, jugement du 16 avr. 2002, DJ 02/09/2002, c'est nous qui mettons en italique. V. encore: Resp 246.258, T., jugement du 18 avr. 2000; Resp. 337.739/SP, celui-ci, *in verbis*: « I – l'indemnisation pour préjudice moral a pour but la compensation de la douleur morale subie par la victime, la punition de l'offenseur et le découragement de celui-ci et d'autres membres de la société à commettre ce genre d'actes. » (in RSTJ 151/269-270). À propos des critères suivis dans cette décision et dans d'autres, voir l'analyse de M. C. BODIN de MORAES, *Danos à Pessoa Humana. Uma leitura civil-constitucional*, Rio de Janeiro, Renovar, 2003, p. 267 et s.

<sup>110</sup> Ainsi, la jurisprudence brésilienne, en confirmant la justesse au-delà des frontières de la recherche de P. GALLO, *Pene private e responsabilità civile*, Milan, Giuffrè, 1996, p. 197 et s.

malgré sa fragilité, a souvent été appliqué par la jurisprudence<sup>111</sup>. Finalement, le critère de la perte de chance traduit une réminiscence, hors contexte, de la Théorie de la *perte d'une chance*.

Néanmoins, la doctrine des *punitive damages*, comme on l'a vu, exige d'autres critères – bien plus rigoureux –, et cela ne pourrait pas être autrement, sous peine que l'institut devienne inutile aux propres fins recherchées. Même devant une base philosophique et culturelle éminemment utilitariste, la doctrine nord-américaine considère indispensable – pour atteindre, effectivement, un résultat socialement utile par le biais de la prévention/punition – la vérification d'éléments subjectifs (faute grave, dol, malice, fraude, etc.) qui marquent la conduite de l'offenseur. Au contraire, l'application indiscriminée de l'indemnisation punitive, outre devenir un jeu de hasard<sup>112</sup>, entraînerait des phénomènes non souhaitables d'hyper prévention et de super compensation n'ayant aucune efficacité sur le plan éthique – pédagogique si elle est étendue à la responsabilité objective.

Il faut, donc, distinguer : (1) une chose est de fixer l'indemnisation pour préjudice moral qui, fondée sur des critères d'analyse axiologique, ait un caractère compensatoire pour la victime, considérant, pour la détermination du montant, la concrète position de la victime, le genre de dommage causé, et aussi l'intérêt de dissuader l'offenseur en certains cas, l'indemnisation pouvant même être « élevée » (tout en respectant la proportionnalité axiologiquement évaluée par rapport au préjudice causé); (2) toute autre chose est l'adoption de la doctrine des *punitive damages* qui, passant à côté de la notion de compensation, signifie effectivement – et exclusivement – l'imposition d'une peine, fondée sur la conduite hautement répréhensible (dolosive ou ancrée sur une faute lourde) de l'offenseur, comme il est propre du droit punitif.

Dans le premier cas, l'univers est très vaste, renfermant les régimes de responsabilité qui résultent de tout critère d'imputation (subjective ou objective, parce que celle-ci concerne soit le risque, soit la sécurité, la confiance, etc.). Dans le deuxième cas (*punitive damages*), ceux-ci seulement pourront renfermer la responsabilité dérivée de l'imputation subjective, sous peine d'incontournable contradiction: si ce qui est évalué (pour fixer le montant de l'indemnisation) est la plus ou moins grande *gravité de conduite* de l'auteur du préjudice ou le plus ou moins grand degré de *réprobation éthique et juridique à la conduite* comment la faire retomber sur les hypothèses d'imputation objective, pour laquelle l'examen de la

<sup>111</sup> M. C. BODIN de MORAES, *Danos à Pessoa Humana. Uma leitura civil-constitucional*, Rio de Janeiro, Renovar, 2003, p. 267 et s.

<sup>112</sup> On ne détermine pas, par exemple, quels critères devraient exister pour justifier la relation entre le préjudice et le *quantum* de l'indemnisation punitive.

*conduite fautive de l'agent* serait dispensable (en examinant seulement l'illicéité, le dommage, l'imputabilité et le lien causal)<sup>113</sup> ?

Face à la contradiction qu'il y aurait si l'on étendait les *punitive damages* aux cas d'imputation objective – et, fondamentalement, avec la présence du modèle construit dans la tradition anglo-saxonne – nous sommes persuadées que l'élément subjectif, élément vraiment indispensable<sup>114</sup>, est une condition d'application de cette punition. Il suffit de rappeler – en analyse systématique – que la responsabilité objective n'est admissible ni dans le domaine du Droit pénal, ni dans le terrain environnemental. En plus, l'abus (qui consiste dans l'usage indiscriminé, hors des paramètres généraux raisonnablement sûrs) de la punition s'avèrerait nettement anticonstitutionnel. Il suffit de penser au principe *nulla poena sine lege*, base des garanties démocratiques.

Néanmoins cet élément subjectif, quoique usuel dans le droit nord-américain, n'est pas considéré par une grande partie de la doctrine<sup>115</sup> et de la jurisprudence brésiliennes, y compris celle du Suprême Tribunal Fédéral qui, récemment, s'est réclamé de la doctrine nord-américaine des *punitive damages* pour justifier la décision d'imposer une indemnisation à un hôpital

<sup>113</sup> Lorsqu'il s'agit de responsabilité civile, l'on vérifie – après plusieurs décennies d'attention sur le préjudice et sur la victime – un certain resurgissement (nécessaire même) de l'intérêt pour la conduite de l'agent. À propos, Pinto Monteiro observe : « si dans les années 60 et 70 on surnommait 'réactionnaires', 'imbéciles' et 'fermés à la pensée moderne', les auteurs qui continuaient à revendiquer l'importance du caractère illicite et de la faute dans le domaine de la responsabilité, car l'on considérait que la principale préoccupation devait être le dédommagement du lésé, seulement la situation de celui-ci devant être prise en compte en ignorant celle de celui qui avait lésé, aujourd'hui, en ressuscitant la peine privée, ce sont le caractère illicite et la faute qui émergent et qui prennent à nouveau leur place ». (A. PINTO MONTEIRO, *Cláusula Penal e Indemnização*, Coimbra, Almedina, 1999, note 1536, p. 661).

<sup>114</sup> Avec raison, Moisset Iturraspe affirme que « sin culpabilidad no puede haber sanción punitiva » (J. MOSSET ITURRASPE, *Responsabilidad por daños*, t. IV, Buenos Aires, Ediar, 1986, p.176). V. en outre, les conditions d'application exigées (*outrageous conduct, evil motive*), comme l'explicite le *Restatement (Second) of Torts*, (Restatement of the Law – Torts – Division 13. Remedies – Chapter 47. Damages – Topic 1. General Statements – § 908. Punitive Damages), *in verbis*: « (1) Punitive damages are damages, other than compensatory or nominal damages, awarded against a person to punish him for his outrageous conduct and to deter him and others like him from similar conduct in the future. (2) Punitive damages may be awarded for conduct that is outrageous, because of the defendant's *evil motive* or his reckless indifference to the rights of others. In assessing punitive damages, the trier of fact can properly consider the character of the defendant's act, the nature and extent of the harm to the plaintiff that the defendant caused or intended to cause and the wealth of the defendant. (...) b. *Character of defendant's conduct*. Since the purpose of punitive damages is not compensation of the plaintiff but punishment of the defendant and deterrence, these damages can be awarded only for conduct for which this remedy is appropriate – which is to say, conduct involving some element of outrage similar to that usually found in crime. The conduct must be outrageous, either because the defendant's acts are done with an evil motive or because they are done with reckless indifference to the rights of others ». Nous soulignons.

<sup>115</sup> Il faut souligner le travail de recherche de M.C. BODIN e MORAES, *Danos à Pessoa Humana. Uma leitura civil-constitucional*, Rio de Janeiro, Renovar, 2003, si souvent cité dans le présent article.

public (qui répond objectivement, dans la forme de l'article 37, paragraphe 6, de la Constitution fédérale). Invoquant la double fonction (de sanction et de dissuasion) de l'indemnisation dans la responsabilité extrapatrimoniale, le Suprême Tribunal Fédéral a fait appel – à notre avis, de façon erronée – à la doctrine des *punitive damages*, pour fonder sa décision<sup>116</sup>. Cette invocation a été erronée, parce que l'on a confondu le « caractère punitif de l'indemnisation » (trait générique de la peine privée, qui, selon une doctrine reconnue, est attribué au dommage moral) avec « l'indemnisation punitive » (« *punitive damages* »).

Le cas : l'Union fédérale avait interposé recours contre la décision du Tribunal Régional Fédéral, 2<sup>e</sup> Région, qui a condamné un hôpital public à payer des dommages moraux pour des préjudices causés à *Daniel Felipe de Oliveira Neto*, qui eut, au moment de sa naissance, « enfoncement frontal du crâne, œdème cérébral et zone de contusion hémorragique, ces maux étant causés par le fait d'avoir été retiré du ventre de sa mère à l'aide de forceps<sup>117</sup> ». Dans son appel, l'Union fédérale a essayé de configurer une situation de force majeure, apte à défaire – selon allégué – le lien de causalité matérielle entre la conduite du médecin et le dommage causé au mineur. En rejetant telle argumentation, le Supérieur tribunal fédéral a réaffirmé sa position au sujet de l'interprétation adéquate de l'article 37, paragraphe 6, de la Constitution fédérale (en endossant la théorie du risque administratif), faisant des considérations à propos de la nature de l'indemnisation pour dommage moral, comme il suit : « Il faut signaler, d'ailleurs, que la fixation du *quantum* pertinent à la condamnation civile imposée au Pouvoir public – se trouvant présentes les exigences de fait souverainement reconnus par le Tribunal *a quo* – a observé, dans le cas analysé, l'orientation que la jurisprudence des tribunaux consacre, dans l'examen du sujet, notamment lorsque le magistrè jurisprudentiel, *mettant en évidence la double fonction inhérente à l'indemnisation civile pour*

<sup>116</sup> STF, AI 455846/RJ. Résumé de décision : Responsabilité civile objective du pouvoir public. Éléments structureaux. Exigences qui légitiment l'incidence de l'article 37, paragraphe 6, de la Constitution de la République. Théorie du risque administratif. Fait nuisible à l'offensé, qui résulte de la façon d'agir d'un fonctionnaire dans l'exercice de ses fonctions médicales. Procédé exécuté en hôpital public. Préjudice moral. Dédommagement. Double fonction de l'indemnisation civile pour préjudice moral (réparation, sanction): (a) caractère punitif ou inhibiteur (*exemplary or punitive damages*) et (b) nature compensatoire ou réparatrice. Doctrine. Jurisprudence. Outrage refusé. Jugement du 11 oct. 2004, non-publié. Décision transcrite sur <informativo@stf.gov.br>, 364, accédé le 14 oct. 2004.

<sup>117</sup> Soulignons que l'« utilisation de forceps » n'a rien d'illicite, car il s'agit d'un procédé parfois conseillé et nécessaire à la survie de l'enfant et de sa mère, selon les normes techniques d'une bonne pratique médicale. Ce qu'il peut y avoir, c'est l'usage maladroit des forceps, provoquant ce qui aurait pu être évité si la conduite avait été correcte. De toute façon, il sera nécessaire un examen minutieux de la conduite de l'agent pour vérifier si, dans le cas, ayant en vue les circonstances concrètes, on aurait pu ou non se servir d'un autre procédé non-nuisible.

*préjudices moraux, insiste là-dessus, sur la corrélation nécessaire entre le caractère punitif de l'obligation d'indemniser ('punitive damages'), d'un côté, et la nature compensatoire concernant le devoir de procéder à une réparation patrimoniale, d'un autre ».*

Pour soutenir cette thèse, on a fait allusion aux leçons doctrinaires de Caio Mario da Silva Pereira et aux précédents du STJ<sup>118</sup> qui – à notre avis – n'arrivent pas à endosser l'adoption des *punitive damages*, figure de la tradition anglo-saxonne, bien qu'ils fassent allusion au double caractère de l'indemnisation pour dommage moral<sup>119</sup>. Il est bien vrai que l'arrêt se réfère encore aux écrits d'autres illustres doctrinaires<sup>120</sup>, en se référant, cependant, à la fonction de découragement de l'indemnisation civile pour préjudice moral. Néanmoins, quoique la *peine* soit appliquée (ce qui est mis en évidence par l'allusion inusitée, même dans l'amendement, à la doctrine des *punitive damages*) pour l'hypothèse dans laquelle la Constitution fédérale détermine que la responsabilité soit objective, il n'existe dans l'arrêt de la plus haute Cour – malheureusement – aucune mention aux postulats normatifs dérivés de la même Constitution, tels ceux de la pondération, de

<sup>118</sup> Particulièrement : Resp. 295.175/RJ, Rapporteur Ministre (Juge) S. de FIGUEIREDO TEIXEIRA – Resp. 318.379/MG, Rapporteur Ministre N. ANDRIGHI – Resp. 355.392/RJ, Rapporteur de l'arrêt Ministre CASTRO FILHO.

<sup>119</sup> Ainsi, le passage: « Elle est définitive, sous un tel aspect, la leçon – toujours autorisée – de C. M. DA SILVA PEREIRA, « Responsabilidade Civil », pp. 55 et 60, itens ns. 45 et 49, 8<sup>e</sup> éd., 1996, Forense, dans laquelle, à propos de la question analysée, il affirme que: « Lorsque nous nous occupons du préjudice moral, la base du concept de dédommagement se trouve déplacée vers la convergence de deux forces : le 'caractère punitif' de la sorte que celui qui a causé le préjudice, par le fait de la condamnation, se voit puni pour l'offense pratiquée; et le 'caractère compensatoire' pour que la victime, qui recevra une somme qui mettra à sa portée des plaisirs, comme contrepartie au mal subi (...) Le problème de sa réparation doit être posé de façon à ce que la réparation du dommage moral, ait, en dehors du caractère punitif imposé à l'agent, un sens compensatoire. (...) Seulement, en assumant une telle conception, on comprendra que le droit positif établit le principe de la réparation du préjudice moral. Il faut ajouter que dans la réparation du préjudice moral, on insère une attitude de solidarité envers la victime. (Aguilar Dias). La victime d'une lésion à un droit qui n'est pas d'ordre patrimonial effectif, mais offensée en un bien juridique qui, en certains cas, peut même avoir plus de valeur que ceux qui constituent son patrimoine, doit recevoir une somme qui la compense de la douleur et de la souffrance, qui devra être établie par le juge, en tenant compte des circonstances de chaque cas, et en tenant compte des biens de l'offenseur et de la situation personnelle de l'offensé. Elle ne doit pas être si élevée qu'elle devienne source d'enrichissement ni si petite qu'elle devienne inexpressive. Mais il est certain que la situation économique de l'offenseur est l'un des éléments de quantification, elle ne peut pas aller jusqu'à l'extrême de soutenir que les mauvaises conditions financières de celui-là l'exemptent de son obligation de dédommagement. ».

<sup>120</sup> Particulièrement: C. A. BITTAR, *Reparação Civil por Danos Morais*, pp. 115 et 239, itens ns. 20 et 40, 2<sup>e</sup> éd., 1994, RT; P.G. STOLZE et R. PAMPLONA FILHO, *Novo Curso de Direito Civil*, vol. II/319, item n. 2, 2<sup>e</sup> éd., 2003, Saraiva; C. A. MENEZES DIREITO et S. CAVALIERI FILHO, *Comentários ao Novo Código Civil*, vol. XIII/384-351, item n.4.5, 2004, Forense; Y. S. CAHALI, *Dano Moral*, pp. 175-179, item n. 4.10-D, 2<sup>e</sup> éd., 1998, RT; S. de VENOSA, *Direito Civil : Responsabilidade Civil*, vol. 4/189-190, item n. 10.2, 2<sup>e</sup> éd., 2002, Atlas; M. H. DINIZ, *Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil*, vol. 7/105-106, 18<sup>e</sup> éd., 2004, Saraiva.

l'interdiction de l'excès, de la légalité et de la proportionnalité (comme adéquation à la nécessité)<sup>121</sup>.

Cette surprenante décision du Tribunal chargé de *dire ce que dit la Constitution* trouve son précédent dans un jugement du Tribunal de Justice de l'État du Rio Grande do Sul qui, lors d'un autre cas de responsabilité objective – et dans l'absence de tout élément subjectif répréhensible dans la conduite de l'auteur du préjudice –, a décidé de fixer l'indemnisation pour préjudice moral, se référant expressément à la doctrine des *exemplary damages*. Il s'agissait d'une action d'indemnisation pour préjudices moraux contre un créancier qui avait initié une procédure d'exécution forcée contre un homonyme de son débiteur. Il n'y a pas eu, dans cette affaire, aucune intention de commettre un acte illicite, ni de faute grave de la part du créancier, qui, d'ailleurs, n'a eu de préjudice que face à l'erreur survenue. En imputant la responsabilité des dommages au créancier par le fait de « l'exécution avoir été réalisée selon son seul intérêt », hypothèse de risque de l'activité, on a cité la doctrine des *punitive damages*, tandis que dans le droit anglo-saxon, cela ne serait pas possible<sup>122</sup>. Dans d'autres hypothèses, la doctrine anglo-saxonne a été appliquée dans des cas de responsabilité objective pour préjudices aux consommateurs<sup>123</sup>, sans que rien ne justifie, à notre avis, le recours à celle-là, car des indemnisations correctement élevées auraient pu être fixées, fondées sur les règles du droit brésilien. En plus, l'on sait que, dans la responsabilité sans faute, la faute n'est pas une condition de la responsabilité. On sait aussi que toute la Théorie de la Peine est polarisée par le *jugement de proportionnalité* qui se trouve à la base non seulement de sa justification axiologique mais, également, de son efficacité dans l'ordre

<sup>121</sup> V. H. BERGMAN AVILA, *Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios. Jurídicos*, São Paulo, Malheiros, 2003, en particulier, pp. 85-118.

<sup>122</sup> TJRS 5<sup>e</sup> Chambre civile. Appel Civil 596.210.849. Jugement du 21 nov. 1996. Résumé de l'arrêt: « Responsabilité civile. Exécution contre homonyme. Légitimité passive du créancier. 1. Le créancier est responsable pour préjudice causé contre l'homonyme, exécuté à la place du véritable débiteur, car l'exécution est effectuée en intérêt propre (Code de la procédure civile, art. 612). Détermination de la valeur de l'indemnisation (*exemplary damages*). 3. Appel rejeté ».

<sup>123</sup> V. Les décisions en TJRS, Sixième C. Civ., 70003050531, j. en 29/10/2003. Résumé de l'arrêt: « action de réparation pour préjudice moral. Preuve. Décision judiciaire. Valeur du crédit inscrit. *Punitive damages*. On présume l'existence de préjudices moraux en raison de l'inscription indue du nom du créancier dans des banques de données de consommateurs. Il s'agit de préjudice *in re ipsa*, qui dispense la preuve. (...) La doctrine des *punitive damages*, adoucie par les particularités de la culture nationale, doit être appliquée lorsque l'on vérifie des failles du service qui découlent d'une façon d'agir négligée et impersonnelle dans l'exercice de faculté nocive à l'intérêt individuel de tiers et sans bénéfices importants pour l'institution. Appel de l'accusé refusé. Appel de l'auteur partiellement accueilli ». Également de la 6<sup>e</sup>me C. civ. L'Ap. Civ. 70005349865, j. le 10 déc. 2003; et l'Ap. Civ. n°70001991314, j. le 29 oct. 2003. Dans le 5<sup>e</sup>me C. Civ. l'Ap. Civ. n° 596179937, j. le 5 déc. 1996.

pratique comme mécanisme de contrôle social<sup>124</sup>. Mais, comment peut-on parler de « proportionnalité » entre conduite blâmable et punition, s'il n'y a pas de moyen pour préciser l'étendue de la culpabilité de l'agent, puisque l'examen de la conduite fautive a été laissé de côté par le régime de la responsabilité sans faute?

Il existe des exemples, dans le système juridique, d'une formule salubre entre le but de rendre l'indemnisation exemplaire et la nécessité d'observer des paramètres *minimums* de sécurité juridique<sup>125</sup>, en établissant la différence entre la « justice du cas » et la « justice du Khadi » : il s'agit de l'amende prévue dans la Loi 7347/85<sup>126</sup> dans le cas de préjudices dont la

<sup>124</sup> La question de la proportionnalité est bien aigüe dans le droit pénal, non seulement dans l'imposition de la peine, mais surtout dans son application concrète, car bien qu'il existe l'exigence de la typicité dans la configuration du crime, sur l'application de la peine plane un aspect discrétionnaire quant au choix de la pénalité juste. Cet aspect discrétionnaire est donné par les larges limites de l'article 59 du Code pénal, où sont établis les paramètres qui doivent nécessairement être considérés par le juge ayant en vue la justesse *du blâme et de la prévention*. Puisqu'il s'agit d'une clause générale, très ouverte, l'individualisation de la peine a une limite maximale, mais entre le minimum et le maximum il y a un large espace, qui ne peut pas être trop large, exactement, parce qu'il casserait la proportionnalité. D'un autre côté, lorsque l'on applique une peine, il y a toujours un objectif de prévention. Pourtant, la prévention recherchée doit être *la prévention générale positive*, consistant dans la réaffirmation de l'ordre affronté pour renforcer la fidélité du consortium social, avec la revalidation de la valeur non respectée. En somme, quant on individualise la peine, il faut non seulement savoir si l'agent est coupable, mais aussi, *combien il est coupable*, car seulement la peine juste trouve un écho positif dans le consortium social. La peine civile démesurée, donc, n'atteint même pas les objectifs de découragement et d'exemplarité recherchés, car, si scandaleuse, elle n'intimide pas: elle révolte, menant la justice au discrédit. (Pour ces observations, lire M. REALE Jr., *Instituições de Direito Penal*, Rio de Janeiro, Forense, 2002. pp. 13-58.)

<sup>125</sup> Le projet nommé « Projeto Fiúza », qui a proposé des altérations du Code civil, actuellement en discussion dans le Congrès national, avait l'intention d'introduire un paragraphe 2 à l'article 944 du Code civil, en affirmant : « La réparation du préjudice moral doit se constituer en compensation au lésé et en découragement de celui qui a lésé ». Nous entendons que la proposition est ambiguë car elle permet que l'application de la pénalité soit faite exclusivement à l'arbitre de celui qui juge, sans aucun critère et par le fait de ne pas lier le caractère punitif à la preuve d'une conduite blâmable (parce que frauduleuse et gravement condamnable), comportant, ainsi, une agression au principe de la légalité et à celui de la proportionnalité. La *Comissão de Constituição e Justiça* a partagé cet avis et a rejeté l'altération avec l'argument suivant : « Art. 944. La doctrine définit le préjudice moral de plusieurs formes. Toutes les définitions, cependant, coïncident en ce qui concerne le préjudice à des biens non-patrimoniaux ou non économiques du lésé. Dans aucun cas l'indemnisation pour préjudice moral n'est mise en rapport avec la peine. C'est justement ce caractère de pénalité que maintenant l'on veut donner lorsque le Projet de loi dit: 'découragement adéquat à celui qui lèse'. En outre, on confère au juge un pouvoir discrétionnaire de décision dangereux car on ne délimite pas la frontière entre le préjudice effectif et le découragement préventif d'actes illicites. On crée également un double critère d'évaluation de l'indemnisation. Le critère pour effectuer le calcul de la valeur de l'indemnisation pour le préjudice, qu'il s'agisse de préjudice matériel ou moral, doit être celui de son étendue. Pour le rejet ». (Rapporteur: Député Vicente ARRUDA).

<sup>126</sup> Si la condamnation consiste en réparation pécuniaire, le *quantum* de l'indemnisation sera versé dans un fonds fédéral ou des États, dont les ressources seront destinées à la reconstitution des biens lésés (art. 13, loi 7.347/85). En ce qui concerne le dommage à l'environnement, l'obligation est celle de « *recupérer et/ou d'indemniser les dommages causés* » (art. 4, VII, de la loi 6.938/81). Il

portée est trans-individuelle, comme les dommages environnementaux et ceux concernant les relations de consommation<sup>127</sup>. Cette amende doit être rassemblée dans un fonds public, servant à rendre effectif le principe de la prévention qui aujourd'hui polarise le droit de l'environnement, étant aussi une orientation à être suivie dans les relations de consommation.

Dans ces cas, la valeur à être payée à titre punitif ne bénéficie pas l'auteur de l'action, mais plutôt l'univers des lésés et, fondamentalement, le bien juridique collectif qui a subi l'action de l'auteur du dommage. Cependant, il y a des similitudes avec ce que la doctrine anglo-saxonne présente de positif<sup>128</sup>, en sanctionnant pécuniairement les dommages causés par un attachement si excessif à l'argent qui fait oublier les intérêts de la société. Un fonds créé par la loi avec une gestion publique et dont la destination des ressources aurait une finalité collective, c'est-à-dire, trans-individuelle (et non individuelle, la « super indemnisation » servant à bénéficier exclusivement la victime du préjudice), semble être le chemin le plus adéquat – s'il est utilisé comme complément aux autres voies de sanction de l'illicite civil – pour réguler les préjudices typiques de la société industrielle sans retomber – parfois, par naïveté – dans les pièges de l'inhumaine « logique du marché »<sup>129</sup>.

Voilà encore une autre utilité de la comparaison juridique. En stimulant la pensée critique, la comparaison offre l'occasion de percevoir les pièges du sens commun permettant la désacralisation de « vérités » qui découlent de l'attachement aux mots sonores et aux stéréotypes juridiques. Les comparatistes, d'ailleurs, connaissent bien le phénomène du nominalisme juridique, par lequel la dénomination l'emporte sur la signification<sup>130</sup>. Que nous ne nous laissions pas gêner par la simple évocation sémantique, en confondant l'expression *punitive damages* (qui désigne une institution juridique déterminée) avec le caractère compensatoire associé à

---

se suit le principe de large réparation, comprenant, par exemple, la période pendant laquelle la collectivité s'est vue privée de l'usage du bien endommagé. La valeur est le résultat d'une évaluation, dans laquelle sont considérés le préjudice et ses conséquences pour la santé publique. Le juge sera le responsable de la détermination de la valeur, comptant, pour cela, sur l'aide des experts. Comme nous l'avons déjà souligné ailleurs, on ajoute à la fonction réparatoire (ou indemnatoire) une certaine fonction *punitive*, car la valeur à être versée sera augmentée si le préjudice s'avère irréversible ou si une espèce en voie de disparition est abattue. (J. MARTINS-COSTA, « Le préjudice écologique », Rapport brésilien, Journées de l'Ass. Henri Capitant. Montréal, sept. 2004, inédit).

<sup>127</sup> Comme l'observe M. C. BODIN DE MORAIS, *Danos à Pessoa Humana. Uma leitura civil-constitucional*, Rio de Janeiro, Renovar, 2003, p. 263.

<sup>128</sup> Comme nous l'avons déjà signalé, dans quelques États nord-américains une parcelle de l'indemnisation payée à titre de *punitive damages* est destinée à l'État, ou à un fonds spécifique.

<sup>129</sup> V. à ce sujet, l'âpre critique de M. C. BODIN DE MORAES, *Danos à Pessoa Humana. Uma leitura civil-constitucional*, Rio de Janeiro, Renovar, 2003, p. 252 et s.

<sup>130</sup> R. SACCO, *La Comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Paris, Economica, 1991, p. 28.

l'indemnisation du préjudice extrapatrimonial. Rappelons-nous, à ce propos, l'écrivain Machado de Assis, le plus ironique et le meilleur analyste de nos vertus et de nos plaies. Déjà recommandait-il, au XIX<sup>ème</sup> siècle, la nécessité, lorsqu'il s'agissait des « incandescentes questions du quotidien », de connaître, non seulement le vocabulaire, mais aussi les idées auxquelles les mots correspondent<sup>131</sup>.

---

<sup>131</sup> MACHADO de ASSIS, Chronique n° 25, in *A semana – crônicas* (1892-1893). J. GLEDSON, São Paulo, Hucitec, 1996, p. 134. Traduction libre: « Finances des finances, tout n'est que finances. Partout où je regarde, je tombe sur cette incandescente question du jour. J'en connais déjà le vocabulaire, mais toujours est-il que j'ignore la totalité des idées auxquelles ces mots correspondent ; en ce qui concerne les phénomènes, suffit-il de dire que chacun d'eux a trois explications vraies et une fausse ».