

LA TRANSMISSIBILITÉ AUX HERITIERS DU DROIT A REPARATION DU PRETIUM DOLORIS (Réflexions sur les deux articles 222/1 du Code civil égyptien et 232 du Code civil Koweitien)

Dr. Hassan Abo El Naga

Maitre de conférences

Facultés de Droit de Koweit

et d'Ein Chams au Caire

INTRODUCTION

Le décès accidentel d'une personne ouvre à ses héritiers deux actions différentes répondant à des préjudices nettement distincts: dans la première, dite action personnelle, ils agissent indépendamment des liens héréditaires qui les rattachent à la victime. Ils réclament la réparation du préjudice, matériel ou moral, qu'ils ont personnellement éprouvé du fait de décès de la victime (1). Quant à la seconde, dite action héréditaire, elle tend à la réparation du préjudice, matériel ou moral, subi par la victime à la suite de l'accident qui a entraîné sa mort. Les héritiers agissent ici à titre héréditaire et non pas à titre personnel.

Notre recherche aura trait à la seconde action, et plus précisément à une question qui a suscité des divergences considérables aussi bien en doctrine qu'en jurisprudence: à savoir la transmissibilité aux héritiers du droit à réparation des souffrances physiques et morales subies par la victime à la suite de l'accident qui a entraîné sa mort.

(1) Cette action a fait l'objet de notre thèse pour le doctorat d'Etat en droit, intitulée "Essai d'une théorie générale du préjudice par ricochet en matière de responsabilité délictuelle." Etude comparative du droit français et du droit égyptien, thèse présentée devant l'université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris, 1983.

En effet, si l'indemnisation de cet aspect particulier du préjudice moral, connu sous l'appellation du *pretium doloris* (1), ne soulève pas de difficultés (2), la question se complique lorsqu'on parle de la transmissibilité aux héritiers du droit à réparation d'un tel préjudice.

Et voici le déroulement de la question: selon la doctrine couramment admise (3), aucune bonne raison ne peut s'opposer, en principe, à la transmissibilité aux héritiers du droit à réparation du préjudice causé à la victime par l'accident qui a entraîné sa mort. Tous ceux qui succèdent aux droits de la victime pourront exercer à sa place l'action en réparation lui appartenant, et cela dans le but de réaliser l'actif du patrimoine.

L'application de ce principe ne soulève aucun débat lorsque le préjudice subi par la victime a été causé à ses biens. Les héritiers recueillent des biens dégradés, mais dont la dégradation avait fait naître dans le patrimoine de la victime un droit à réparation. Ce droit se transmet sans difficulté à ses héritiers. Il en va de même lorsqu'il s'agit d'un préjudice corporel d'ordre matériel (4). Le droit à réparation d'un tel préjudice, étant un élément du patrimoine de la victime, se transmet comme tous les autres éléments dudit patrimoine à ses héritiers.

Dans les deux cas précédents, ils n'y aurait pas lieu de distinguer suivant que l'action en réparation a été ou non intentée par la victime avant son décès: l'action pourra être reprise par les héritiers de la victime, si cette dernière décède en cours d'instance. Il en est exactement de même lorsque la victime est décédée sans avoir intenté son action; ses héritiers pourront le faire à sa place et l'indemnité qu'ils recevront compensera les pertes subies par le patrimoine de la même manière que si elle avait été reçue par la victime elle-même.

(1) V.H. Lalou, *Traité pratique de la responsabilité civile*, 6^e ed. Paris 1962, n^o 155, p.99; Ph.Le Tourneau, *La responsabilité civile*, 2^e ed. 1976 n^o 511 et 512, p. 185 et 186.

(2) V., parmi d'autres, en droit français, Ch. mixte 30 avr. 1976, J.C.P. 1976 IV 204; Paris 11 mai 1967, G.P. 1967.1.56; Poitiers, 23 déc. 1969, G.P. 1970.2.13; Angers, 5 fevr.1970, J.C.P. 1970.II 16269.

Add., en droit Koweïtien, Cour d'appel supérieure, 2^e sec.com., 26 mars 1985, pourvoi, n^o 2026/84; Cour d'appel supérieure, 1^{ère} sec. com., 31 mars. 1985, pourvoi, n^o 15/85; Cour d'appel supérieure, 2^e sec.com. 23 avr. 1985, pourvoi, n^o 1824/84

Add., en droit égyptien, Crim., 20 janv. 1958, Rec. arr.cass. égypt. crim. 9^e année, n^o 11, p.51.

(3) Pour l'affirmation de ce principe, v. parmi d'autres, H.L. et J. Mazeaud, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, T.II, 6^e ed., Paris 1970, n^o 1902 et s.; Ph.Le Tourneau, *La responsabilité civile*, op.cit., n^o 172 et s.; J.L. Bauduin, *Traité élémentaire de droit civil. La responsabilité civile délictuelle*, 1973, n^o 708 et s.; G. Viney, *Traité de droit civil. Les obligations. La responsabilité: conditions*, L.G.D.J., 1982, n^o87; M.Moustafa Mansour, *Les sources involontaires de l'obligation*, cours dactylographiés, université de Koweït, Faculté de droit, 1980-1981, p.35 in fine (en arabe); A. Salama, *La théorie de l'obligation*, livre 1^{er}, sources de l'obligation, Le Caire 1975, n^o 182 (en arabe).

(4) Qui comprend les frais médicaux et pharmaceutiques et l'indemnisation pour le manque à gagner provenant de l'incapacité de travail, v. à ce propos, en droit français, crim 30 janv. 1964, G.P. 1964.2.51, 1^{ère} espèce; Civ. 5 janv. 1968, J.C.P. 1968, IV 22; Crim. 29 oct. 1974, D. 1974 I R. 237; Paris, 5 Juil. 1960, G.P. 1960.2.175; Poitiers, 7 juin 1966, D.1967.305, note Le Roy.
Add., en droit égyptien, crim. 3 mars 1956, Rec. arr. cass. égypt., 7^e année, n^o 99, p.330
V. également en droit Koweïtien, Cour d'appel supérieure, 1^{ère} sec.com., 13 mai 1985, pourvoi n^o 202/1985.

Mais, si le droit à réparation du préjudice matériel constitue incontestablement un élément du patrimoine, l'on considère que certains droits sont trop intimement attachés à la personne humaine pour entrer dans le patrimoine sans que son titulaire les ait en quelque sorte matérialisés par sa volonté, par son désir d'en obtenir une équivalence pécuniaire. Ce sont des droits extra-patrimoniaux, des droits de la personnalité. (1).

On s'accorde généralement à comprendre parmi ces droits le droit à réparation pour les souffrances physiques et morales (qui constituent un préjudice d'ordre moral) éprouvées par la victime à la suite de l'accident (2). La victime a sans doute souffert dans son corps et dans son âme en raison de la douleur produite par ses blessures et de l'angoisse d'une mort prématurée; surtout si elle était soutien de famille. Il y a également le sentiment d'infériorité ressenti par elle à la suite de l'accident à cause de son incapacité physique. (3)

La question maintenant est celle de savoir si, à la suite du décès de la victime, les héritiers peuvent en tant que tels exercer l'action en réparation appartenant à cette dernière. Autrement-dit, le droit à réparation du *pretium doloris* se transmet-il aux héritiers comme tous les autres éléments du patrimoine de la victime?

L'importance actuelle de cette question ne fait pas de doute; surtout en présence de deux arrêts récents rendus par la chambre mixte de la cour de cassation française, qui affirment que "le droit à réparation du dommage résultant de la souffrance physique ou morale éprouvée par la victime avant son décès, étant né dans son patrimoine, se transmet à ses héritiers." (4)

Ces deux arrêts, qui règlent une longue controverse qui opposait les deux chambres criminelle et civile (5), nous incitent à faire quelques réflexions sur cette question; et cela en raison de l'opposition radicale qui existe actuellement en la matière entre le droit français et les deux

(1) Sur ces droits. V.P. Blondel, La transmission à cause de mort des droits extra patrimoniaux et des droits patrimoniaux à caractère personnel, thèse, L.G.D.J., 1969; A. Decocq, Essai d'une théorie générale des droits sur la personne, thèse, L.G.D.J., 1960; J. Audier, Les droits patrimoniaux à caractère personnel, thèse, L.G.D.J., 1979; P. Kayser, Les droits de la personnalité, R.T.D.C., 1971, p.445 ets.

(2) V.P. Blondel, thèse, op.cit., n° 115 et s.; J. Audier, thèse, op.cit., n° 251 et 307.

(3) V. La définition détaillée donnée à ce préjudice par l'article 11 de la résolution 75-7 du conseil de l'Europe relative à l'indemnisation des préjudices en cas de lésions corporelles et de décès: "La victime doit être indemnisée des douleurs physiques et des souffrances psychiques. Cette dernière catégorie comprend en ce qui concerne la victime, divers troubles et désagréments tels que des malaises, des insomnies, un sentiment d'infériorité, une diminution des plaisirs de la vie causée notamment par l'impossibilité de se livrer à certaines activités d'agrément."

(4) Cass. ch. mixte, 30 avr. 1976 (2 arrêts), D.S. 1977, J.185, note c. Raynaud, qui estime que la chambre mixte "a véritablement prononcé l'arrêt de mort des droits extra-patrimoniaux"; G.P. 1976 2.459; R.T.D.C. 1976, n° 12 p.556, obs. G. Durry

(5) Sur cette controverse, v.infra., p.7 et 8.

droits égyptien et Koweïtien. Les deux articles 222/1 du code civil égyptien et 232 du Code civil Koweïtien prévoient en effet que: "Le droit à la réparation du préjudice moral ne peut se transmettre aux tiers que s'il a été fixé par convention ou s'il a fait l'objet d'une demande en justice." (1)

Il convient de préciser que les deux textes en question sont d'une portée très générale: d'une part, ils comprennent non seulement le cas, qui nous intéresse, du *pretium doloris*, mais aussi tous les autres aspects du préjudice moral (2). D'autre part, ils concernent la transmissibilité soit aux héritiers à cause de mort, soit par la cession entre vifs de la créance née du préjudice moral subi par la victime (3).

Cette exigence, approuvée par la majorité des auteurs (4), s'accorde avec la tendance qui a dominé en droit français avant le revirement total opéré par les deux arrêts précités de la chambre mixte de la cour de cassation française (5).

Ces constatations devraient donc nous conduire à nous poser la question sur le bien fondé d'une telle exigence. Repose-t-elle sur des justifications valables sur les deux plans juridique et pratique? La solution contraire ne se trouve-t-elle pas en plein accord avec les règles qui régissent le droit de la responsabilité civile? Telles sont les questions auxquelles nous essayerons de donner une réponse.

Notre étude se divisera donc en deux sections: La première sera consacrée à l'évolution de la jurisprudence française en la matière. Quant à la seconde, elle aura pour objet l'analyse de différents arguments avancés en faveur de l'intransmissibilité aux héritiers du droit à réparation du *pretium doloris*.

(1) L'art. 232 C.c.k., ajoute le cas où l'indemnité pour préjudice moral a été fixée par la loi.

(2) V. les exemples donnés à ces aspects par l'art. 231/2 C.c.k., qui dispose: "Le préjudice moral comprend surtout, les souffrances physiques ou morales subies par une personne en raison de l'atteinte à sa vie, à son corps, à sa liberté, à sa pudeur, à son honneur, à sa réputation, à sa situation sociale ou morale, à sa considération financière...."

(3) V. en ce sens, en ce qui concerne l'art 232 C.c.k. la note explicative du dit Code, art. 232, p 223 et 224.

En revanche la note explicative du Code civil égyptien ne mentionne, en ce qui concerne l'art. 222/1 C.c.é., que la transmissibilité aux héritiers à cause de mort (v. Trav. prép. 2^e partie, p 391 et 392 en note). Cependant, cette précision ne doit rien changer devant la généralité du dit texte (v. en ce sens, I. Ghanem, La théorie générale de l'obligation, T.II, p.64, note 2).

(4) V. en ce sens. Al Sanhoury, Théorie de l'obligation en général, sources de l'obligation, T.I. 2^e éd., Le Caire 1964, n° 580, p.988 (en arabe); A. E.H. Higazy, La théorie générale de l'obligation, T.I., sources de l'obligation, Le Caire 1954, p.475 et 476 (en arabe); M. Moustafa Mansour, Les sources involontaires de l'obligation, op.cit., p.36 (en arabe); S. Morcos, la responsabilité civile dans les codes des pays arabes, T.I., Les dispositions générales, Le Caire 1971, p. 162 et 163 (en arabe); H. et A. Amer, La responsabilité civile délictuelle et contractuelle, 2^e éd., Le Caire 1979, n° 458 (en arabe).

Add., au niveau de la jurisprudence égyptienne qui est formelle en ce sens, crim., 20 janv.1958, Rec.arr.cass.égypt., 9^e année, n° 11,p.51; crim. 3 mars 1956, préc., Rec. arr.cass.égypt., 7^e année, n° 99, p.330.

V. cependantt les critiques adressées à l'art. 222/1 c.c.é., par I.Ghanem, op. cit , n° 33, p.63 et s; A. Salama, op.cit., n° 182, p.285 et 286.

(5) Cass.ch. mixte, 30 avr. 1976, préc., D.S. 1977, J. 185, note C. Raynaud.

SECTION I

EVOLUTION DE LA JURISPRUDENCE FRANCAISE

Transmissibilité ou intransmissibilité aux héritiers du droit à réparation du pretium doloris? C'est la question qui a suscité une jurisprudence extrêmement confuse. On ne pouvait pas préciser la position exacte des deux chambres civile et criminelle de la cour de cassation française (sous-section 1). Cette situation incertaine devait provoquer l'intervention de la chambre mixte de la cour de cassation pour mettre fin à cette confusion (sous-section 2).

Sous-Section I

Epoque de confusion jurisprudentielle

A la question de savoir si le droit à réparation du pretium doloris est transmissible aux héritiers, au cas où la victime n'avait pas intenté son action avant son décès, la chambre civile (1) a d'abord répondu affirmativement. Elle a déclaré de façon claire et certaine que: "L'action en réparation du dommage résultant de la souffrance physique éprouvée par la victime avant son décès, née, en la cause, dans son patrimoine, s'est transmise à ses héritiers, leur auteur n'ayant accompli, avant de mourir, aucun acte impliquant renonciation de sa part" (2). Ainsi, la chambre civile a bien mis l'accent sur le caractère patrimonial du droit à réparation du pretium doloris, ce qui justifie la possibilité pour les héritiers d'intenter l'action réparant ce préjudice à la place de la victime.

Cependant, dans un arrêt du 21 décembre 1965 (3), la chambre civile a estimé que, lorsque la victime d'un accident est tombée dans un état comateux sur le coup et est décédée sans avoir repris conscience, elle n'a subi en sa personne aucun préjudice dont la créance ait été transmise à ses héritiers.

(1) La première à avoir connu du problème.

(2) Civ.18 janv. 1943, D.C. 1943, J. 45, note L. Mazeaud, G.P. 1943.1.243, J.C.P. 1943 II 2203. Add. en ce sens, Civ 4 janv. 1944, D.A. 1944 I.106, G.P. 1944.1.128, civ. 17 janv.1955, J.C.P..II 8529, note Blin.

(3) Civ.21 dec. 1965, D. 1966.J 181, note Esmein, R.T.D.C., 1966, n° 15, p. 543 obs. Rodière

A la suite de cet arrêt certains auteurs (1) se demandaient s'il n'annonçait pas un revirement de la jurisprudence de la chambre civile, car il était en contradiction avec la jurisprudence antérieure de cette même chambre. Pour d'autres auteurs (2), il n'en était rien. La chambre civile, estimaient ces auteurs, ne voulait pas modifier sa position de principe mais elle estimait qu'en l'espèce il n'y avait aucun préjudice subi par la victime, et par conséquent il n'y avait pas de droit à transmettre.

Quant à la position de la chambre criminelle de la cour de cassation, elle reflétait aussi un certain flottement en la matière. Elle a d'abord déclaré que "l'action en réparation du préjudice moral causé par une infraction est personnelle à celui qui a subi ce préjudice et ne saurait en conséquence être portée devant la juridiction répressive par les héritiers de la victime de ce préjudice, lorsque celle-ci n'a pas de son vivant intenté cette action." (3)

Mais, moins de deux ans plus tard, la chambre criminelle s'est prononcée en sens contraire. Elle a cassé un arrêt qui avait **refusé** tous dommages-intérêts à une veuve pour le préjudice moral qu'aurait subi son mari entre le moment de l'accident et celui de son décès, au motif qu'ayant été dans le coma, il n'avait subi aucun préjudice. La chambre criminelle n'a pas, pour casser cet arrêt, mis expressément en cause le principe même de la transmissibilité aux héritiers du droit à réparation du préjudice moral mais elle s'est bornée à déclarer que "de tels motifs ne justifiaient pas la décision" (4). Certains auteurs en ont déduit l'admission par la chambre criminelle de la transmissibilité aux héritiers du droit à réparation des souffrances physiques et morales subies par la victime avant son décès (5).

Ainsi, une grande confusion régnait en matière de la transmissibilité aux héritiers du droit à réparation du *pretium doloris*. Il était très difficile d'indiquer avec certitude, comme l'a fait remarquer un auteur (6), la position précise de la chambre civile ou de la chambre criminelle, et d'ailleurs, l'on rencontrait souvent des décisions opposées au niveau des juridictions de fond (7).

(1) P. Esmein, note, préc. D.1966. J.181.

(2) R. Rodière, obs., préc., R.T.D.C., 1966, n° 15, p.543.

(3) Crim. - 28 janv. 1960, D. 1960. J.574, G.P. 1960.1.207. Rappr. Crim.24 avr.1958, Bull.crim., 1958, n° 341.

(4) Crim. 22 nov 1961, D.1962. somm. 29. Bull.crim., n° 478.

(5) J. Carbonnier, Droit civil, t.4, les obligations, coll.Thémis, 1976, n°90, p.333.

(6) C. Raynaud, note préc. D.1977 J. 186.

(7) V.en faveur de la transmissibilité, Trib.civ. de Lannion, 28 fevr.1939, D.P. 1940.2.9, note savatier; Trib.corr. de la Seine, 6 juill. 1949, G.P. 1950.1.144; Trib.corr. de la Seine, 19 nov. 1957, J.C.P. 1958.II 10417, note Braud; Amiens, 7 janv. 1959, G.P.1959.1. somm.18; Nancy, 27 oct.1965, D. 1966. J.30; Amiens, 8 mars 1968, R.T.D.C. 1968, n° 18, p.728, obs., Durry (dans cet arrêt la cour d'Amiens, opère une distinction entre les souffrances morales de la victime, pour lesquelles l'action en réparation ne serait pas transmissible aux héritiers, et les souffrances physiques dont le droit à réparation pourrait =

Cet état d'incertitude était sans doute regrettable. Elle empêchait la cour de cassation de remplir sa fonction fondamentale: celle d'assurer l'unité de la jurisprudence.

Il était donc exclu d'en rester là. Et ce fut alors l'intervention de la chambre mixte...

Sous - Section 2

L'intervention de la chambre mixte en faveur de la transmissibilité du droit à réparation du pretium doloris.

En 1976 la chambre mixte, rendant deux arrêts importants (1), a mis fin à la divergence entre les deux formations, civile et criminelle, de la cour de cassation française:

Premier arrêt: "Vu l'art. 1382 c.civ..., — Attendu... que le droit à réparation du dommage résultant de la souffrance physique éprouvée par la victime avant son décès, étant né dans son patrimoine, se transmet à ses héritiers... que W (fils des victimes) a sollicité l'allocation de dommages-intérêts au titre du «préjudice successoral», représenté par la souffrance subie par ses parents entre le jour de l'accident et leur décès: — Attendu que pour rejeter ce chef de la demande de W, l'arrêt attaqué énonce qu'il s'agit d'un «préjudice moral et personnel aux victimes» et que, dès lors, ces dernières n'avaient transmis aucun droit à leur héritier; — Attendu qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé les textes susvisés."

Deuxième arrêt: "vu l'art. 1382 c.civ..., — Attendu... que le droit à réparation du dommage résultant de la souffrance morale éprouvée par des parents en raison de la mort de leur fils, victime d'un accident... étant né dans leur patrimoine, se transmet à leur décès, à leurs héritiers: Attendu que... pour déclarer irrecevable la demande des héritiers du père G. en ce qu'elle tendait à obtenir l'indemnisation de la souffrance morale qu'il avait subie du fait de la mort accidentelle de son fils, l'arrêt énonce que G. père n'avait introduit aucune action à cette fin avant son décès: Attendu qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé les textes susvisés."

= être transmis aux héritiers)

Contra Paris, 20 juin 1939, D 1940.2.31; Trib. corr. d'Albi, 6 mars 1956, J.C.P., 1956.II.9367 note Braud; Limoges, 2 juill. 1964, J.C.P., 1964.II.13922; Trib. gr.inst. de Saint-Etienne, 3 oct 1973, D.S.1975.J.356, note Rameau

(1) Cass. ch. mixte, 30 avr. 1976 (2 arrêts) prec., D.1977, J.185, note C.Raynaud; G.P., 1976.2.459; R.T.D.C., 1976, p.556, obs. Durry.

A la lecture de ces deux arrêts, on constate que la chambre mixte écarte les deux arguments fondamentaux qui ont été souvent soulevés contre la transmissibilité aux héritiers du droit à réparation du *pretium doloris* (1): L'un concerne le caractère extra-patrimonial d'un tel préjudice; l'autre relatif à son caractère strictement personnel.

La chambre criminelle de la cour de cassation française s'est inclinée récemment devant la solution de la chambre mixte; elle s'est prononcée en faveur de la transmissibilité aux héritiers du droit à réparation du *pretium doloris*, au cas où la victime décède avant d'intenter son action en indemnisation (2).

Mais, quel jugement peut-on porter sur cette jurisprudence? Autrement dit, est-elle bien fondée? La réponse à cette question fera l'objet de la section suivante:

(1) L'analyse approfondie de ces deux arguments sera faite dans la deuxième section de cette recherche

(2) Cass.crim. 6 oct. 1977, G.P. 1978.1.12 janv.; D.1977, I.R.415 — v également, Aix, 15 dec. 1976, D.1978, I.R.29, obs. J. Larroumet; Civ. 11 janv. 1979, D.S.1979, I.R. 346 et la note.

SECTION II

EXAMEN DOCTRINAL

De prime abord, nous ne pouvons qu'approuver pleinement la solution retenue par la Chambre mixte de la cour de cassation française, selon laquelle le droit à réparation des souffrances physiques ou morales subies par la victime se transmet à ses héritiers à la suite de sa mort.

Pour démontrer le bien fondé de cette solution nous essayerons, à travers une étude critique, de repérer les défauts qui caractérisent la solution inverse:

On soutient d'abord que lorsque la victime décède sans avoir réclamé l'indemnisation d'un tel préjudice, il ne peut s'agir que d'un droit extra-patrimonial qui ne doit pas passer aux héritiers, puisque ces derniers ne recueillent que les droits patrimoniaux (Sous-Section 1) On invoque ensuite qu'étant donné le caractère exclusivement personnel du *pretium doloris*, l'action tendant à sa réparation ne peut être exercée que par la victime elle-même (Sous-Section 2).

Sous - Section 1

Argument tiré du caractère extra-patrimonial du *pretium doloris*

A - Exposé:

La souffrance physique ou morale, affirment les auteurs hostiles à la transmissibilité (1), n'a par elle-même aucun caractère patrimonial. Elle constitue une atteinte qui ne lèse nullement le patrimoine de la victime. Le droit à réparation d'une telle atteinte ne peut naître dans le patrimoine de cette dernière que quand elle intente une action en justice (2), ce qui justifie d'ailleurs la possibilité pour les héritiers de poursuivre l'action déjà

(1) R. Savatier, Traité de la responsabilité civile en droit français, T.II, 2^e ed., 1951, n° 529 et 629; R. Savatier, note, préc., D.P. 1940, 2.9; R. Savatier, obs., R.T.D.C., 1940-1941, n° 22, p.90; P. Blondel, La transmission à cause de mort des droits extrapatrimoniaux et des droits patrimoniaux à caractère personnel, thèse, op.cit., L.G.D.J., 1969, n° 129, p.113; G. Ripert, Le prix de la douleur, D. 1948, chr., p.1, R. Rodière, obs., R.T.D.C. 1966, n° 15, p.543; P. Esmein, La commercialisation du dommage moral, D. 1954, chr., p. 113

(2) R. Savatier, obs., préc., R.T.D.C., 1940-1941, n° 22, p.90.

introduite par la victime. Avant l'introduction de cette action, on ne saurait parler d'un droit transmissible, "mais seulement d'une virtualité de nature purement extra-patrimoniale" (1)

Il en résulte donc que les héritiers ne peuvent pas demander l'indemnisation pécuniaire du *pretium doloris* subi par la victime avant son décès. Autrement-dit, ils ne peuvent pas monnayer des souffrances physiques et morales qui ne lèsent pas le patrimoine de la victime (2).

B - Critique

Cet argument nous paraît tout à fait contestable pour les deux raisons que voici:

En premier lieu, il comporte une confusion inadmissible entre le *pretium doloris* et le droit à réparation d'un tel préjudice. Certes, la souffrance physique ou morale constitue une atteinte à un élément qui se trouve hors du patrimoine. Mais, serait-il exact de prétendre que le caractère extra-patrimonial du préjudice devrait rejaillir sur le droit à réparation et lui donner la même empreinte? La réponse négative s'impose (3). En effet, les souffrances physiques et morales de la victime commencent dès l'instant où elle a été blessée. A partir de ce moment un droit à réparation est né à son profit. Ce droit ne peut être que patrimonial (4). La raison en est que les souffrances physiques et morales subies par la victime, ont, comme on l'a fait justement remarquer, " ... un prix, dont le paiement pouvait être réclamé par la victime. La créance de ce prix, le droit à la réparation pécuniaire du préjudice moral, l'action en responsabilité, cela est patrimonial, cela est tombé dans le patrimoine de la victime pour en former un élément, à côté des autres créances, des autres droits, des autres actions. Parce que l'héritier succède au patrimoine, il en recueille tous les éléments; l'action en réparation du préjudice moral subi par la victime avant son décès ne fait point exception" (5).

Ce sont ces constatations qui ont, croyons nous, inspiré la chambre mixte, dans les deux arrêts précités, lorsqu'elle a nettement affirmé

(1) P. Blondel, thèse, op.cit., n° 129, p.113.

(2) R. Savatier, note préc., D.P. 1940.2.11.

(3) V. en ce sens, M. Contamine-Raynaud, note préc., D.S. 1977.J. 185; L. Mazeaud, note préc., D.C. 1943.J.45.

(4) V.C. Larroumet, obs., sur Aix-en-provence, 15 déc., 1976, D.S. 1978, I.R. 29, qui affirme que "... la créance de la réparation, née évidemment au moment de la survenance du dommage, est un droit de caractère patrimonial, transmissible entant que tel aux héritiers"; G. Durry, obs., R.T.D.C., 1976, n° 12, p.556.

(5) L. Mazeaud, note préc., D.C. 1943.J.46.

(6) Cass. ch. mixte, 30 avr.1976, préc., D.S. 1977, J.185, note C. Raynaud.

que "le droit à réparation du dommage résultant de la souffrance physique ou morale éprouvée par la victime avant son décès, étant né dans son patrimoine, se transmet à ses héritiers" (1).

En second lieu, l'on peut se demander pourquoi le droit à réparation du *pretium doloris* reste extra-patrimonial au cas où la victime n'engage pas son action avant son décès et devient patrimonial dans le cas contraire? En quoi l'engagement d'une action en justice peut-il changer la nature du droit à des dommages-intérêts? La réponse donnée par certains auteurs, selon laquelle l'engagement par la victime d'une action en réparation fait "... passer sur le plan patrimonial un droit jusque-là exclusivement moral" (2), nous paraît tout à fait illogique. De deux choses l'une: Ou bien le droit à réparation n'est pas né dans le patrimoine de la victime (3), et alors il doit être absolument intransmissible aux héritiers (4). Ou bien ce droit fait partie de son patrimoine dès l'instant où le préjudice s'est réalisé, et alors sa transmissibilité s'impose. C'est la deuxième solution qui devrait, à notre avis, triompher car elle s'accorde bien avec la technique juridique du droit à réparation.

Cette constatation devrait nous conduire à nous poser la question sur le fondement de l'exigence formulée par les deux articles 222/1 c.c.é., et 232 c.c.k., selon laquelle: "Le droit à la réparation du préjudice moral ne peut se transmettre aux tiers que s'il a été fixé par convention ou s'il a fait l'objet d'une demande en justice" (5). S'agit-il d'une influence par l'argument que nous venons de critiquer? Rien ne permet de le penser, et la confusion flagrante qu'un tel argument comporte peut nous conduire à exclure cette probabilité. Ce fondement doit donc être cherché ailleurs (6).

On peut ainsi conclure que le prétendu caractère extra-patrimonial du droit à réparation du *pretium doloris* ne paraît pouvoir présenter un argument décisif en la matière. Qu'en est-il de l'argument tiré du caractère strictement personnel d'un tel préjudice?

(1) Cf. C. Larroumet, obs., préc., D.S. 1978, I.R. 29, qui estime que la technique strictement juridique du droit à réparation milite en faveur de cette solution.

(2) R. Savatier, obs. préc., R.T.D.C., 1940-1941, n°22, p.90; P. Blondel, thèse, op.cit., n° 129, p.113.

(3) Ce qui est, comme nous l'avons vu, dépourvu de toute justification, v page précédente.

(4) Etant donné que les héritiers ne recueillent que les éléments figurant dans le patrimoine du défunt.

(5) Nous avons signalé que l'art. 232 c.c.k., ajoute le cas où l'indemnité a été fixée par la loi (pour une application relative à cette question, v infra., p. 16).

(6) Sur cette question, v. infra., p. 18 et 19.

Sous-Section 2

Argument tiré du caractère personnel du pretium doloris: principe et justifications

L'objection fondamentale, soulevée contre la transmissibilité, réside dans le caractère personnel de la souffrance physique ou morale subie par la victime (A); et les justifications données à cette constatation sont variées (B).

A - Principe: Le caractère personnel du pretium doloris impose l'intransmissibilité de l'action tendant à sa réparation (1).

a) Exposé:

L'héritier, écrit-on, "n'a pas souffert la souffrance du défunt" (2). Lui permettre d'intenter une action en réparation au nom de ce dernier et de recevoir l'indemnité à sa place, serait sans doute contraire au droit et aux exigences de la morale: au droit d'abord, car l'indemnité allouée à l'héritier lui constituerait un enrichissement sans cause (3). Ensuite, il serait moralement inique que l'héritier, en cette seule qualité, puisse obtenir une indemnité pécuniaire à cause des souffrances qui n'ont pas été ressenties par lui même (4).

Sans doute, poursuivent les partisans de l'intransmissibilité, ces souffrances donnent à la victime le droit de réclamer en justice une

(1) V. en ce sens, Parmentier, Droits de la famille sur l'indemnité en cas d'accidents, thèse, Paris 1904, p 72; J.Dabin, Du droit à réparation des parents de la victime d'un accident mortel en dehors du cas spécial des accidents du travail: extrait de la Belgique judiciaire 1935, col., 514 et s.

V. également, Trib.gr. inst. de saint-Etienne, 3 oct.1973, D.S. 1975.J.356, note Rameau "... doivent être considérées comme exclusivement attachées à la personne les droits généralement compris sous le vocable de pretium doloris, pour, lesquels la victime est seul juge du dommage, parce que seule elle a qualité pour invoquer la douleur physique ou morale qu'elle ressent et qui fait partie de l'intimité du sujet."

(2) P.Esmein, "Doit-on indemniser les morts?" G.P. du 25 janv. 1935.

(3) En ce sens, P. Esmein, L'indemnité pour préjudice moral peut-elle être attribuée à un autre que la victime ? G.P. 1965 2 Doc. 34, R. Savatier, note, préc., D.P. 1940.2.11.

(4) En ce sens, R. Savatier, note préc., D.P. 1940.2.11; P.Esmein, Les indemnités allouées en conséquence des dommages causés au corps humain, R.G.A.T. 1958-142; Dubois, Pretium doloris, thèse, Lyon, 1935, p 213
Rappr.,C. Larrouniet, obs. D.S. 1978, I.R. 29

indemnité pécuniaire, mais cela ne doit pas entraîner la transmissibilité de ce droit aux héritiers. Car, le transfert d'un droit extra-patrimonial en un droit patrimonial n'implique pas que "tous les droits patrimoniaux soient à traiter de même à tous points de vue, quelle que soit leur source" (1). Il est, en effet, impossible de faire abstraction complète, dans l'analyse du droit à réparation, de la cause de la réparation et de la nature du préjudice à réparer. Et comme la cause de la réparation est une souffrance physique ou morale éprouvée par la victime, il ne peut s'agir que d'un préjudice purement personnel à cette dernière. Ce caractère personnel du préjudice doit "... rejaillir sur le droit à réparation et le marquer de la même empreinte" (2). Or si la victime décède sans avoir exercé son action en réparation, elle est supposée avoir renoncé à exercer un droit qui lui est personnel (3).

Les partisans de l'intransmissibilité mettent donc en évidence le caractère personnel du *pretium doloris*. Il en résulte, d'après eux, que le droit tendant à réparer un tel préjudice, bien qu'il soit patrimonial, doit être réservé à la victime. Et si cette dernière décède avant de le réclamer il ne peut pas se transmettre à ses héritiers.

b) Critique

Sans vouloir méconnaître le caractère personnel du droit à réparation du *pretium doloris*, les idées précédemment exposées encourent à notre avis les réserves suivantes:

En premier lieu, prétendre que la transmissibilité procure à l'héritier un enrichissement sans cause, c'est contredire l'affirmation faite par les défenseurs de cet argument, eux-mêmes, selon laquelle le droit à réparation du *pretium doloris* a un caractère patrimonial. La reconnaissance d'un tel caractère devrait nécessairement conduire à considérer ce droit comme un des éléments qui figurent dans le patrimoine de la victime. Or l'héritier, étant le successeur de la victime, recueille ce droit avec tous les autres éléments de son patrimoine. Il y a donc une cause licite qui justifie l'exercice de ce droit par l'héritier et l'allocation de l'indemnité à ce dernier. En somme, les conditions de l'enrichissement sans cause font défaut (4).

(1) P. Esmein, La commercialisation du dommage moral, préc., D. 1954. Chr. 113.
En ce sens R. Savatier, *ibid*

(2) J. Dabin, Du droit à réparation des parents de la victime d'un accident mortel en dehors du cas spécial des accidents du travail, préc., 1935. p.514 ets.

(3) V en ce sens Demoyne, obligation, T.V.No. 414, (cité par A. Charaf Eldine, le droit à réparation de dommages corporels "stricto sensu" résultant d'accident mortel, et sa transmission, J.C.P. 1974, Doc I.2647) P. Blondel, thèse, op.cit.n°116, p.101 et 102.

(4) Sur ces conditions, v Al Sanhoury, La théorie de l'obligation en général, op.cit., T.I., 2^e ed., le care 1964, n° 737 et s.p.1247 et s (en arabe); M. Moustafa Mansour, les sources involontaires de l'obligation, op.cit., université de Koweït, Faculté de droit, 1980-1981, p.80 bis.ets (en arabe). B. El Yacoub, Les principes de l'obligation dans le droit civil Koweïtien, 1^{re} ed., 1981, n° 118, p.187 (en arabe).

En second lieu, serait-il vraiment inique, sous prétexte que l'héritier n'a pas subi la souffrance de la victime, d'admettre la transmissibilité du droit à réparation d'une telle souffrance? Nous en doutons, car il serait, croyons-nous, plus inique de libérer l'auteur de ce préjudice de sa réparation pour la seule raison que la victime est morte sans avoir intenté une action en justice (1). Un tel raisonnement ne ferait que favoriser le responsable qui frappera fort pour achever vite sa victime ou qui fait trainer, de mauvaise foi, des pourparlers à propos de l'indemnisation jusqu'à la mort de la victime (2).

Voilà donc le résultat choquant et injuste auquel peut aboutir la distinction, faite par les deux articles 222/1 c.c.é., et 232 c.c. K., suivant que l'action en réparation a été ou non introduite par la victime avant sa mort.

En troisième lieu, Nous ne contestons pas le caractère personnel du droit à réparation du *pretium doloris* - Mais, le caractère personnel de certains droits n'a pas empêché le législateur, dans des cas différents, d'accorder aux héritiers le pouvoir d'apprécier s'il y a lieu ou non d'utiliser ces droits à la suite du décès de leur proche:

C'est d'abord le cas de l'article 250 du code civil Koweïtien qui admet la transmissibilité aux héritiers de l'un des droits les plus étroitement attachés à la personne de la victime, à savoir "La diya" due à cette dernière, par application des règles du droit musulman, à la suite de l'atteinte portée à son âme (3). Certes l'article 250 du code civil Koweïtien constitue une application de l'article 232 du même code qui exige un texte législatif (ou une convention ou une demande en justice faite par la victime avant son décès) pour que le droit à réparation du préjudice moral soit transmissible, mais il convient de signaler qu'il nous donne deux enseignements importants: d'une part, il reconnaît que le caractère personnel d'un droit ne doit pas toujours faire obstacle à sa transmissibilité (4). D'autre part, il affirme (5) le caractère patrimonial du droit à

(1) V. en ce sens, G. Durry, obs., R.T.D.C., 1968, n° 18, p. 728, lequel écrit "... pourquoi la situation de l'auteur du dommage serait améliorée par le fait que la victime décède plutôt que de survivre!"; G. Durry, obs., R.T.D.C., 1976, n° 12, p. 556; J. Braud, note, J.C.P. 1956.II.9357; L. Mazeaud, note, préc., D.C. 1943.J.45.

(2) L. Mazeaud, *ibid*.

(3) Sur le système juridique de la garantie de l'atteinte portée à l'âme, V.M. Moustafa Mansour, op.cit. p. 73 et s.; B. El-Yacoub, op. cit., n° 117, p. 185 et s.

(4) V. également l'artcl 904 du code civil Koweïtien qui prévoit la transmissibilité du droit de preemption aux héritiers, V. sur cette question H.El Ehwany. Des manières dont on acquiert la propriété en droit civil Koweïtien, cours dactylographies, 1986, p.167 et 168.

Sur la possibilité de la transmissibilité aux héritiers du droit personnel au respect de la vie privée, v. H. El Ehwany, le droit au respect de la vie privée, étude comparative, le caire 1978, n° 106 et s., p. 165 et s. (en arabe).

Contra, P. Kayeser, la protection de la vie privée, Economica, presses universitaires d'Aix-Marseille, 1984, n° 161, p.181 ets., et n°181,p.207 ets; Paris, 3 nov.1982, D.S. 1983 J.248, note R. Lindon.

(5) Contrairement aux idées exposées dans la sous-section 1 de cette section, v. supra p.11 et s.

réparation du pretium doloris (1).

C'est ensuite le cas de l'article 6 de la loi du 11 mars 1957, en France, sur la propriété littéraire et artistique (2), l'article 19 de la loi n° 354 du 1954, en égypte, relative à la protection du droit de l'auteur (3) et enfin, en droit Koweïtien, l'article 17 de la convention arabe sur la protection du droit de l'auteur (4). Ces textes prévoient la transmissibilité de ce droit, purement personnel à l'auteur, aux héritiers de ce dernier.

On peut ainsi constater que la loi reconnaît aux héritiers un pouvoir d'appréciation dont la victime disposait seule durant sa vie. Pourquoi donc "supprimer ce pouvoir uniquement en ce qui concerne la réparation de pretium doloris? Si la veuve ou les enfants d'un auteur peuvent utiliser son droit moral après sa mort, pourquoi, puisqu'ils ont assisté le défunt dans les souffrances qui ont précédé sa mort" (5), on les prive d'apprécier s'il y a lieu ou non d'exercer une action en réparation contre le responsable.

Enfin, la présomption de renonciation, avancée en faveur de l'intransmissibilité au cas où la victime décède sans avoir intenté son action, nous paraît dépourvue de toute justification sur les deux plans juridique et pratique:

Juridiquement d'abord, cette prétention méconnaît le principe selon lequel la renonciation ne se présume pas. C'est ainsi que MM. Mazeaud font remarquer que "sans une disposition formelle de la loi, on ne saurait établir une présomption irréfragable de renonciation. Ni même une présomption relative; la victime ou ses héritiers n'ont pas à démontrer que la victime n'a pas renoncé à l'action; c'est au responsable qu'il appartient de prouver, s'il le peut, la renonciation de la victime." (6)

En outre, cette prétention nous paraît insoutenable sur le plan pratique, car la gravité de l'accident peut empêcher la victime, dans la

(1) Même lorsque ce préjudice résulte du décès lui-même car, si rapide qu'ait été la mort, il s'est forcément écoulé entre elle et les coups portés au moins un instant de raison, pendant lequel le droit à réparation naît dans le patrimoine de la victime. V. en ce sens, H.L. et J. Mazeaud, *Traité...* op.cit. T.II, 6^{ème} éd., n° 1912, p.1033; M.Moustafa Mansour, op.cit., p.71.

(2) Complétée par la loi n° 85-666 du 3 juillet 1985 relative aux droits d'auteur et aux droits des artistes-interprètes, des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes et des entreprises de communication audiovisuelle.

(3) Sur le droit d'auteur en général, V., A.E.H. Higazy, l'introduction à l'étude du droit selon le droit Koweïtien, étude comparative, presses universitaires de Koweït, T.II, 1970, n° 213 et s., p.207 ets., et n° 298 ets., p.285 ets.; M. Moustafa Mansour, l'introduction à l'étude du droit, T.II, 1961-1962, p.68 ets.

(4) Signée à Bagdad, en 1981, par 22 pays parmi lesquels figure l'Etat de Koweït (sur les dispositions de cette convention, v.le journal officiel Koweïtien, 32^{ème} année, n° 1657, p.97).

(5) C. Raynaud, note préc. D.S. 1977.J. 185.

(6) H. et L. Mazeaud, obs., R.T.D.C., 1960, n° 32, p.479.

plupart de temps, de penser à son droit à réparation. Dans un tel cas, peut-on vraiment considérer la non introduction de l'action, de son vivant, par la victime comme renonciation de sa part? Nous en doutons.

A la lumière de ces observations nous allons maintenant discuter les principes établis, en la matière, par les deux articles 222/1 du Code civil égyptien et 232 du code civil Koweïtien: nous savons que ces deux derniers exigent, pour la transmissibilité du droit à réparation du préjudice moral, soit une convention entre la victime et le responsable fixant la somme de la réparation; soit l'introduction, par la victime, d'une demande en justice. Nous avons aussi signalé que ces deux textes englobent, par la généralité de leurs termes, non seulement le cas de la transmissibilité du dit droit aux héritiers à cause de mort, mais aussi celui de la transmissibilité par une cession faite, de son vivant, par la victime.

Selon certains auteurs égyptiens (1), la raison de cette exigence réside dans le caractère strictement personnel du droit à réparation du préjudice moral. Ce droit, étant attaché à la personne de la victime, ne se transmet aux tiers qu'au cas où apparaît une volonté certaine de la victime dans le sens de l'indemnisation d'un tel préjudice.

Mais cette interprétation, comme l'a fait justement remarquer un éminent auteur égyptien (2), ne s'accorde nullement avec l'exigence en question. Car si la transmissibilité se fondait sur la volonté exprimée par la victime dans le sens de la réparation, il aurait été suffisant d'une part, d'exiger, pour que la transmissibilité soit reconnue aux héritiers, une convention établissant uniquement le principe de la réparation et non pas comme l'exigent les dits textes la somme de celle-ci. Et d'autre part, la cession entre vifs du droit à réparation devait être admise sans exiger ni une convention fixant la somme de la réparation, ni une introduction, par la victime, d'une demande en justice; surtout que cette cession prouve éloquentement que la volonté de la victime est favorable à la réparation de son préjudice.

Et cet auteur (3) arrive à une conclusion, qui paraît d'ailleurs très significative en la matière, d'après laquelle le législateur égyptien (4) aurait dû choisir entre deux solutions: ou bien il considère le droit à réparation du préjudice moral comme ayant un caractère strictement

(1) V. en ce sens, Al sanhoury, op.cit., no 580, p.988, A.E.H. Higazy, op.cit., p. 475 et 476; M. Omran, Principes des sciences juridiques, le droit objectif, le droit subjectif et sources de l'obligation, Université d'Ein Chams, 1982, p. 473 (le raisonnement avancé par ces auteurs concerne l'art. 222/1 c.c.é. mais il est valable également pour l'art. 232 c.c.k. en raison de la conformité de deux textes).

(2) I. Ghanem, op.cit. n° 33, p.63.

(3) I. Ghanem, op.cit., n° 33, p.66

(4) Cette conclusion est aussi valable pour le législateur Koweïtien, en raison, comme nous l'avons signalé, de la conformité de deux textes 222/1 c.c.é., et 232 c.c.k.

personnel, et dans ce cas il pouvait exiger, pour reconnaître la transmissibilité, que l'indemnité soit fixée par un jugement définitif (1) et non pas se contenter de l'introduction, par la victime, d'une action en justice. Ou bien il pouvait opérer la distinction suivante entre les cessionnaires et les héritiers: s'agissant des cessionnaires, il devait disposer que le droit à réparation du préjudice moral, étant hors du commerce, est strictement incessible entre vifs. Quant aux héritiers, il lui était possible soit de leurs reconnaître la transmissibilité dès l'instant où la victime exprime, d'une manière quelconque, une volonté favorable à la réparation, et cela sans exiger que cette volonté soit caractérisée par une convention ou par une demande en justice; soit de reconnaître que le droit à réparation du préjudice moral se transmet aux héritiers dans tous les cas et sans aucune restriction.

Ces critiques illustrent bien l'ambiguïté de l'attitude de deux législateurs égyptien et Koweïtien en matière de la transmissibilité du droit à réparation du préjudice moral; et plus précisément en ce qui concerne le cas, qui nous intéresse, du *pretium doloris*.

On peut donc conclure que le caractère personnel des souffrances physiques et morales subies par la victime à la suite de l'accident ne fournit pas un argument déterminant en faveur de l'intransmissibilité aux héritiers du droit à réparation d'un tel préjudice. Et pourtant, les partisans de cette thèse ne veulent pas l'avouer. Ils ne cessent pas de l'appuyer en invoquant certaines justifications.

B - Justifications du principe: Exposé et critique.

A l'appui de leur doctrine, les adversaires de la transmissibilité invoquent deux justifications en faveur du principe précédemment examiné:

1) Justification relative au rôle des dommages-interêts accordés pour préjudice moral:

a) Exposé:

L'on sait qu'il existe, à propos de cette question, deux théories diamétralement opposées: la première, appelée théorie de la peine privée, fonde l'action en réparation du préjudice moral sur un droit de

(1) C'était la solution consacrée par l'art. 238 du projet préparatoire du c.c.e (v. trav. prép. 2^e partie, p.390), mais cet article a été modifié par la commission de révision pour devenir l'article 222 du code civil actuel qui se contente, comme nous l'avons dit, de l'introduction, par la victime, d'une demande en justice

vengeance privée (1); la seconde, dite théorie satisfactorie, estime que cette action tend à accorder à la victime une satisfaction suffisante pour atténuer ses douleurs et adoucir ses souffrances (2).

Selon les adversaires de la transmissibilité, que l'on adopte la première ou la seconde théorie on arrive au même résultat; celui de l'intransmissibilité aux héritiers du droit à réparation du *pretium doloris*:

S'agissant d'abord de la théorie de la peine privée, on affirme que si l'action en réparation dissimule une peine privée infligée à l'auteur de l'accident au profit de la victime, elle doit s'éteindre avec la mort de cette dernière(3). La raison en est que la victime doit être la seule à conserver le monopole de sa vengeance privée. C'est elle qui a subi les conséquences dommageables de l'acte commis par le responsable de l'accident et, par conséquent, c'est elle seule qui a le droit de décider si elle désire ou non appliquer cette peine. Il en résulte que cette peine devrait disparaître si la victime est morte avant de la réclamer (4); et par conséquent, aucune transmissibilité ne serait concevable.

Il en va exactement de même si l'on adopte la théorie satisfactorie. Cette théorie, qui estime que l'allocation d'une somme d'argent à la victime lui procure "... des sensations agréables qui viendront contrebalancer les sensations ou douloureuses ou désagréables qu'elle a éprouvées" (5), impliquerait nécessairement que la réparation "n'aura de sens que si cette somme est obtenue par la personne même qui a souffert" (6). Sinon, versée à une autre, elle ne réparerait rien.

(1) V. en ce sens. G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^e éd., 1949, n° 181, p.348; J. Dupichot, *Des préjudices réfléchis nés de l'atteinte à la vie ou à l'intégrité corporelle*, Paris, L.G.D.J., 1969, n° 173 à 176, p.187 ets.; L. Hugueny, *L'idée de peine privée en droit contemporain*, thèse Dijon 1904; L.Hugueny, *Le sort de la peine privée en France dans la première moitié du XX^e siècle*, Etudes offertes à G. Ripert, T.II, 1950, p.249 ets.; J.Flour, *Cours de droit civil*, Licence 2^e année, 1964-1965, p.622; P. Kayser, *Remarques sur l'indemnisation du dommage moral dans le droit contemporain*, Etudes offertes à J. Macqueron, 1970, p.411 ets.

(2) V. en ce sens, H.et L. Mazeaud et A. Tunc, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, T.I, 6^e éd., n° 313; A. Boistel, *Cours de philosophie du droit*, T.I., Paris 1899, p.461; J. Ganot, *La réparation du préjudice moral*, thèse paris 1924, p.56 ets; M. Dubois, *Pretium doloris*, thèse, op.cit., p.160; G. Vieny, *Traité de droit civil*, op.cit., n° 254, p.311 et 312.

(3) V. en ce sens, R. Savatier, note préc., D.P. 1940.2.11; G. Ripert, *la règle morale...*, op.cit. n° 183; J. Dabin, *Du droit à réparation des parents de la victime d'un accident mortel...*, *Etrait de la Belgique judiciaire*, préc., p.514.

(4) V.R. Exquerra, *L'indépendance de l'action héréditaire et de l'action personnelle des ayants droit à réparation à la suite d'accidents mortels de droit commun*, thèse, Toulouse, 1943, p.42; H. Perret, *Les ayants droit à l'indemnité en cas d'accident mortel*, thèse, Paris 1933, p.124. V. également, dans le cadre de l'ancien droit français, Jousse, *Traité de la justice criminelle de la France*, T.III, éd., 1771, p. 633, qui écrivait: "celui qui est mort sans se plaindre est censé, par son silence, avoir remis l'offense qui lui a été faite."

(5) windscheid, *Paudekten*, 7e éd., T.II §445 (cité par J. Polak, *La lésion aux sentiments d'affections*, thèse, Grenoble 1942, p.26).

(6) P.Esmein, *La comercialisation du dommage moral*, Chr., préc., D.1954,113. Add.en ce sens, R. savatier, note préc., D.P. 1940.2.11; Du même auteur, *Indemnité de dommage moral ou d'accident corporel*, Rep. gén.not, 1960, art 27946, n° 114, p.291 (cité par J.Audier, th., op.cit.,p.285 =

b) Critique:

Cette justification nous paraît indéfendable pour les deux raisons suivantes:

D'une part, la théorie de la peine privée reflète une idée qui s'oppose à l'évolution actuelle du droit de la responsabilité civile (1). Il est vrai qu'à l'époque où le droit n'existait pas, l'idée de la vengeance privée avait une importance certaine. Mais avec l'évolution de l'autorité de l'Etat cette idée tend à disparaître. C'est uniquement l'Etat qui se charge de la poursuite de toutes les infractions pénales. La victime n'a qu'un rôle limité à la réclamation de l'indemnisation pécuniaire du préjudice qu'elle a éprouvé. Donc, l'idée de la peine privée ne fait que favoriser la réapparition des systèmes qui n'ont aucune trace dans le droit moderne.

Et, si l'on consulte les textes relatifs à la responsabilité civile délictuelle et contractuelle dans les codes civils français (2), égyptien (3) et Koweitien (4), on constate qu'ils parlent uniquement de préjudice et de sa réparation et ne font aucune place à l'idée de la peine privée.

On peut donc constater l'impossibilité de justifier l'intransmissibilité du droit à réparation du *pretium doloris* par l'idée de la peine privée.

D'autre part, l'on ne conteste pas le caractère satisfaisant des dommages-intérêts accordés pour préjudice moral (5) et qu'en principe, ils doivent, pour remplir cette fonction, être accordés à la victime qui a subi le préjudice. Mais on pourrait donner à l'idée satisfaisante un sens plus large en considérant la satisfaction procurée à l'héritier par le patrimoine de la victime comme une sorte de satisfaction pour cette dernière.

= note 16); R. Meurisse, Du sort des dommages et intérêts alloués en réparation des préjudices matériels et moraux, vis-à-vis de la faillite, des créanciers et de la communauté, G.P. 1965.2.21; J. Audier, thèse, op.cit., n° 253, p.284 et 285.

(1) V. En ce sens, G. Viney, Traité de droit civil, op.cit., n° 254 p.311 et 312.

(2) Art. 1382 et s., en matière de la responsabilité délictuelle, et 1147 et s., en matière de la responsabilité contractuelle.

(3) Art. 163 et s., en matière de la responsabilité délictuelle, et 215 et s., en matière de la responsabilité contractuelle.

(4) 227 et s., en matière de la responsabilité délictuelle, et 293 et s., en matière de la responsabilité contractuelle.

(5) V. en ce sens, A. Colin et H. Capitant, Traité de droit civil, T.II, 9^e éd., n° 330, qui affirme que l'action en réparation "... ne tend aucunement à la vengeance de la victime, mais à réparer la brèche faite dans son patrimoine par l'auteur du délit"; H. et L. Mazeaud et A. Tunc, Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, T.I, 6^e éd., n° 313; L. Ripert, La réparation du préjudice dans la responsabilité délictuelle, thèse Paris, 1933, n° 21 ets; M. Dubois, *Pretium doloris*, thèse op.cit., p.160. V., également l'intéressante thèse consacrée à cette question de M.E. Roujou De Boubée, intitulée, Essai sur la notion de réparation, L.G.D.J., Paris 1974.

On pourrait objecter qu'une telle solution se fonde sur une supposition qui ne serait toujours pas exacte. Mais si on a le choix entre cette solution et celle qui préfère la disparition du droit à réparation avec la mort de la victime, sous prétexte que l'indemnité devrait satisfaire la victime elle-même, on optera logiquement pour la première solution. Elle a le mérite d'éviter la gratuité de l'accident pour le responsable en ce qui concerne les souffrances physiques et morales subies par la victime.

Cette analyse devrait donc conduire à la possibilité pour les héritiers d'exercer l'action en réparation d'un tel préjudice à la place de la victime.

2) Justification tenant à la difficulté d'évaluer le préjudice moral:

a) Exposé:

M. Savatier illustre la difficulté d'évaluer le préjudice moral lorsqu'il écrit: "quand on cherche à équilibrer une valeur humaine par une valeur comptable, on poursuit une tâche impossible, en ce sens que l'équivalence laisse toujours un reste. Ici, le reste est énorme. L'équivalence boite furieusement" (1).

Cette difficulté a conduit certains auteurs à soutenir que la souffrance physique ou moral subie par la victime, étant liée étroitement à la personne de cette dernière, ne peut être appréciée que par elle-même. Si elle décède sans avoir intenté une action en réparation, nul ne saurait la remplacer pour évaluer ses douleurs. Il en résulte que l'exercice de l'action devrait lui être réservée (2).

b) Critique:

Pas plus que la justification précédente, la présente justification ne paraît pouvoir interférer en la matière. D'une part, ce serait une exagération de prétendre que les héritiers ne sont pas en mesure d'apprécier les souffrances subies par la victime. En effet, étant les proches de cette dernière, ils peuvent, comme on l'a fait justement remarquer (3), savoir l'intensité de ses souffrances, puisqu'ils connaissent sa personnalité et sa sensibilité à la douleur.

(1) R.Savatier, *Personnalité et dépersonnalisation de la responsabilité*. Mélanges offerts à M.Laborde-Lacoste, p.321.

(2) V.en ce sens, L.Ripert, thèse op.cit., n° 130; J. Dabin, *Du droit à réparation des parents de la victime d'un accident mortel...*, préc., p.514.
Add. Trib. gr. inst., de Saint-Etienne, 3 Oct. 1973. préc., D.S. 1975.J.356 note Ramau.

(3) C. Raynaud, note préc., D.S. 1977.J.185.

D'autre part, cette justification perd de vue que l'évaluation pécuniaire du préjudice moral se fait par le juge et non pas par la victime. Cette dernière ne fait que fixer le chiffre qu'elle réclame, mais la décision finale est laissée au tribunal. Or, peu importe que ce chiffre soit fixé par la victime ou par les héritiers puisque c'est le juge qui aura le dernier mot. Certes, la tâche du juge sera difficile, mais cela ne doit pas être une raison pour l'empêcher de réparer un préjudice déjà constaté. Avec les expertises médicales et un certain esprit d'analyse, il pourra sans doute accomplir sa mission (1).

(1) V. en ce sens, M. Guilhou, *Doc., préc.*, G.P. 1937.2.36, qui estime que la solution contraire conduirait à "... renoncer à évaluer tout *pretium doloris*, même pour les vivants".

CONCLUSION

Parvenu au terme de cette étude, il nous serait donc possible d'affirmer qu'il n'y aurait aucune raison, en ce qui concerne la transmissibilité aux héritiers du droit à réparation du *pretium doloris*, de distinguer suivant que l'action a été ou non introduite par la victime avant son décès.

C'est pourquoi nous ne pouvons que désapprouver la portée générale de l'exigence formulée par les deux articles 222/1 c.c.é., et 232 c.c.k. (1). Si l'application de cette exigence peut être justifiée pour certains aspects du préjudice moral (2), elle s'adapte mal avec le cas, qui nous intéresse, du *pretium doloris*. Car, en effet, de deux choses l'une: ou bien les deux législateurs égyptien et Koweïtien ont considéré l'action non introduite, de son vivant, par la victime comme ayant un caractère extra-patrimonial, et alors ils commettent, comme nous l'avons vu (3), une confusion inadmissible entre le *pretium doloris* qui est de nature extra-patrimonial et l'action tendant à sa réparation qui ne peut être que patrimoniale. Ou bien ils ont estimé que le caractère personnel de ce préjudice devrait conduire à considérer le droit à réparation comme étroitement lié à la personne de la victime, mais n'a-t-on pas vu des cas où ces deux législateurs, eux-mêmes, ont permis aux héritiers d'exercer après le décès de leur proche certains de ses droits les plus étroitement attachés à sa personne (4)? Pourquoi alors ne pourraient-ils pas le faire en ce qui concerne le droit à réparation du *pretium doloris*?

Ces observations doivent donc mettre en évidence le bien fondé de la solution favorable à la transmissibilité, sans restriction, du droit à réparation du *pretium doloris*. Car elle se trouve en plein accord avec les principes qui gouvernent le droit de la responsabilité civile.

(1) V., supra., p.8 ets., et p.18 et 19.

(2) Lorsqu'il s'agit par exemple d'une atteinte à l'honneur ou à la réputation, il est concevable que la victime préfère ne pas exercer son droit à réparation, plutôt que de risquer de donner une publicité plus étendue à l'atteinte portée à son honneur ou à sa réputation.

(3) V. supra., p. 12.

(4) V. supra., p. 16 et 17.