

**MINISTERE DE L'AMENAGEMENT DU TERRITOIRE, DE
L'EQUIPEMENT ET DES TRANSPORTS**

**DIRECTION DE LA RECHERCHE ET DES AFFAIRES SCIENTIFIQUES ET
TECHNIQUES**

Programme « Risques Collectifs et Situations de Crise »

Contrat de Recherche du 27 septembre 1997

Subvention n° 95.611.11

**RESPONSABILITE, EXERCICE
DES COMPETENCES
ET DEMOCRATIE**

RAPPORT FINAL

ETABLI SOUS LA RESPONSABILITE SCIENTIFIQUE DE

RAPHAEL ROMI

PROFESSEUR A LA FACULTE DE DROIT ET DES SCIENCES POLITIQUES DE NANTES

CRUARAP UPRES-A CNRS 6029

SOMMAIRE

RAPHAËL ROMI:

INTRODUCTION GENERALE: RESPONSABILITE,
EXERCICE DES COMPETENCES ET DEMOCRATIE.....p. 1

DOMINIQUE GAURIER:

RESPONSABLE MAIS PAS COUPABLE! ESQUISSE
D'ANATOMIE D'UNE RESPONSABILITE SANS
PENITENCE OBLIGEEp. 14

CAROLE HERMON, LAURENCE MOLINERO:

RISQUE ET RESPONSABILITE
ADMINISTRATIVE EXTRA CONTRACTUELLE.....p. 33
Partie I. Le risque et l'engagement de la
responsabilité administrativep. 39
I. Le risque et la faute:
« la responsabilité pour faute
pour risque »p. 39
II. Le risque crée, fondement
d'une responsabilité sans faute
pour risque.....p. 84
Partie II. Le risque, circonstance
exonératoire de la responsabilité
administrative.....p. 110
I. Le risque pris par la victime.....p. 111
II. La force majeurep. 144

XAVIER BRAUD:

LA RESPONSABILITE PENALE POUR RISQUEp. 155
Chapitre I. La prise de risque comme
élément de la faute pénalep. 160
Chapitre II. L'identification du responsable
de la prise de risque et ses possibilités
d'exonérationp. 192.

Annexes

Loïc CADIET:

« En guise d'introduction, quelques remarques sur les faits et les méfaits de l'idéologie de la réparation »

Journées de l'Ecole Doctorale « Normes et Sociétés »,

Nantes le 30 mai 1996

Raphaël ROMI:

« Sur les tendances modernes en matière de réparation »

Les Petites Affiches, 30 juillet 1997

Marie-Clet DESDEVISE:

« Réparer ou punir, la médiation pénale »

Les Petites Affiches, 25 août 1997

Bernard TOMASI:

Note d'avancement des recherches sur l'amiante

Programme « Risques collectifs et Situations de crise »
Contrat « Responsabilité, exercice des compétences et démocratie »
Rapport final

**"RESPONSABILITE, EXERCICE DES
COMPETENCES ET DEMOCRATIE"**

**Raphaël ROMI, professeur de droit public,
CRUARAP URA CNRS 6029, Université de Nantes**

Il se produit, dans des domaines de plus en plus nombreux et divers, de fortes pressions sociales qui aboutissent à une socialisation des risques. En la matière, le juriste enregistre plus souvent qu'il ne cherche à comprendre. Or, à travers ces modifications juridiques induites par des pressions sociales, c'est sa matière, et partant son rôle, qui sont bouleversés. Il y a tout à gagner à ce que, dépassant le rôle de technicien, le juriste cherche à clarifier, de là où il est, les implications et les explications de ce double bouleversement. Il ne peut en effet " faire du droit " en oubliant tout bonnement qu'il agit dans un Etat de droit caractérisé par le respect de la démocratie. Or, le choix de la recherche de l'efficacité fait bon marché de la nécessité, morale et pratique, dans un état démocratique, de repérer les coupables autant que d'opérer des indemnisations: la désynchronisation entre responsabilité administrative (entraînant obligation d'indemnisation) et responsabilité politique (culpabilité, si l'on préfère...), mais aussi entre responsabilité pénale et responsabilité civile¹, correspond-elle à une démocratisation de la gestion des risques?

A la limite cette question n'aurait que peu de relief si la société se retrouvait dans les formules de gestion des risques, et s'il existait une recherche accentuée de l'acceptabilité des risques. Normalement, pour l'environnement, l'urbanisme, l'aménagement, une des fonctions du principe de participation², désormais inscrit dans notre corpus juridique, est d'instaurer de nouvelles pratiques en ce sens, qui pourraient circonscrire les solutions contentieuses conjointement à la mise en oeuvre du principe de précaution. Le problème est de savoir s'il existe des traces ou une tendance dans notre droit qui permettent de croire que le principe de participation sera autre chose qu'une vague philosophie, ou si la gestion des risques continuera de se faire dans un

¹ V. Sur ce point la présentation de M. Rémond-Gouilloud, "Le risque de l'incertain: la responsabilité face aux avancées de la science", La Vie des Sciences, tome 10 - 1993 n° 4, p. 341-357.

² V. J.C. Hélin, "La loi Barnier et la participation du public: innovations et

secret relatif, entretenu par les textes³ comme par les pratiques, jusqu'au moment où le risque se produisant, le juge se retrouvera à jouer un rôle d'arbitrage connoté de politique.

Mais si une analyse portant sur la "marche" des techniques de responsabilité et sur les recherches de démocratisation et de rationalisation qui se font jour à travers l'énoncé récent de principes⁴, dont il s'agit, d'ailleurs, de savoir s'ils seront susceptibles d'entraîner des effets juridiques et d'évaluer la capacité à prévenir les contentieux, est à même de constituer un bon outil de présentation des ambiguïtés, perversions et confrontations nées de la confrontation des nouvelles aspirations sociales, des besoins écologiques et des pressions économiques, elle n'expliquera jamais l'apparente déconnection qui semble se faire jour dans nos sociétés entre les techniques - y compris les techniques contentieuses - et les aspirations démocratiques. Elle doit donc à notre gré être complétée, sans illusions - l'exhaustivité est hors de portée - par une étude terminologique. Car, malgré l'abondance d'écrits juridiques ou parajuridiques sur la gestion des risques, malgré des efforts de clarification des concepts, nous ne possédons guère d'études qui traitent du sens des termes .

ajustements", RJE 2-1995 p. 219 et s.

³ V. par exemple, sur les OGM et la loi OGM, le numéro spécial de la RJE 3-1993, auquel nous avons participé.

⁴ Pour une approche générale de la genèse de ces principes, voir C. Cans, "Grande et petite histoire des principes généraux du droit de l'environnement dans la loi du 2 février 1995", RJE 2-1995 p. 195 et s..

1) Systèmes contentieux de responsabilité et déresponsabilisation des coupables

Pour ce qui concerne le droit privé, les évolutions récentes semblent aller dans le sens d'une généralisation des systèmes de responsabilité objective. Pour prendre un exemple, en matière de dommages résultant de l'exercice d'activités dangereuses pour l'environnement, la Convention dite de Lugano, adoptée le 20 juin 1993 dans le cadre du conseil de l'Europe, établit une responsabilité sans faute à l'égard de l'entrepreneur. Son article 6 dispose que " l'exploitant d'une activité dangereuse mentionnée à l'article 2, est responsable des dommages causés par cette activité, résultant d'événements survenant au moment ou pendant la période où il exerçait le contrôle de celle-ci". L'intérêt de cette convention est de définir dans son article 2, les notions qu'elle entend utiliser: concepts d'exploitant⁵, d'activités dangereuses⁶, de substances dangereuses, de dommage, d'environnement⁷. De même, la Convention institue dans son article 13, le principe de garantie: les exploitants exerçant une activité dangereuse sont désormais tenus d'avoir et de maintenir une assurance ou une autre garantie financière pour assurer la responsabilité sans faute instituée par la Convention. Les États signataires sont chargés de rendre obligatoire cette garantie financière sur leur territoire. La proposition de directive communautaire sur la responsabilité civile pour

⁵ L'exploitant est "toute personne qui exerce le contrôle d'une activité dangereuse". Peu importe qu'il s'agisse d'une personne de droit privé ou de droit public, et les États sont inclus.

⁶ Sont exclues du champ d'application de la convention: les dommages résultant d'opérations de transport (art. 4), les dommages causés par une substance nucléaire lorsque ceux-ci sont réglés par les Conventions de Paris du 29 juillet 1960 et de Vienne du 21 mai 1963. C.F. supra.

⁷ L'environnement comprend les notions d'héritage culturel et de paysages: il est défini comme "Les ressources naturelles abiotiques et biotiques, telles que l'air, l'eau, le sol, la faune et la flore, et l'interaction entre les mêmes facteurs, les biens qui composent l'héritage culturel et les aspects caractéristiques du paysage".

les dommages causés par les transferts de déchets⁸ s'inscrit sensiblement dans la même logique. Sur le plan national, la tendance est identique: par exemple, le contentieux des nuisances acoustiques à proximité des aéroports obéit à un régime spécial de responsabilité objective. L'article 141-2 du Code de l'aviation civile permet aux victimes d'engager la responsabilité de l'exploitant de l'aéronef pour tous les dommages causés au sol sans avoir à prouver la commission d'une faute.

Les lois ou conventions peuvent organiser des systèmes de responsabilité couvrant les dommages que pourraient causer leur application. Quand elles ne le font pas, la jurisprudence administrative est allée jusqu'à inventer un système qui permet - rarement, c'est vrai - que la responsabilité de l'Etat soit cependant engagée pour ces activités de souveraineté, ce qui est audacieux mais éthiquement normal: il s'agit d'éviter que ne se créent des inégalités flagrantes, ou trop flagrantes, des citoyens devant les charges publiques. Dans l'espèce Société La Fleurette⁹, la loi concernée ne prévoyait pas d'indemnisation: ce silence n'interdit nullement, selon la Haute Juridiction, une indemnisation. Mais, s'il y a eu des applications de cette jurisprudence ensuite, elles ont été finalement peu nombreuses: soit que les juridictions considèrent - parfois à la lumière des travaux préparatoires - que le législateur avait entendu tacitement exclure toute indemnisation, soit en raison d'un défaut d'anormalité ou de spécialité du préjudice considéré. Soit, enfin, parce que l'intérêt général qui présidait à l'élaboration et à l'application de la loi était un intérêt général prééminent. Dans ce cas, semble-t-il, les éventuels dommages ne sauraient être considérés comme anormaux, et l'on peut par extension considérer que le législateur a alors, par son silence, entendu

⁸ Proposition modifiée N.C. 192/6, J.O.C.E., 22 juillet 1991.

⁹ Conseil d'Etat, Ass 14 janvier 1938, G.A.J. A. éd. 1993 p. 813 et s..

exclure toute indemnisation¹⁰. L'appréciation n'est pas exempte de subjectivité: elle ne peut pas l'être, parce que les juges sont des êtres humains, et que la société bouge autour d'eux. Elle est donc sujette à variation, au gré des rapports de force et de l'évolution de la société, et en fonction des juridictions qui se prononcent et de la formation de jugement. Pour ne prendre qu'un exemple, en matière de risques induits par la protection des espèces, un arrêt Plan rendu par la CAA de Lyon le 1er février 1994 sur les conclusions du commissaire du gouvernement Richer¹¹ semble le confirmer. Vérifiant que " rien, dans le texte même de la loi ni dans ses travaux préparatoires ne permet de penser que le législateur ait entendu exclure la responsabilité de l'Etat ", constatant que les dispositifs d'effarouchement sont peu efficaces " en raison de l'accoutumance des animaux ", la formation de jugement en conclut que les pertes subies "constituent pour l'intéressé une charge qui ne lui incombent pas normalement". Or, la même juridiction avait en effet en 1989¹², à propos de la loi de juillet 1976 sur la protection de la nature, refusé l'indemnisation des dégâts causés à diverses exploitations par des castors, protégés au titre de cette loi et de ses dispositions d'application. La jurisprudence semblait d'ailleurs bien arrêtée en ce sens, depuis une décision rendue par le Conseil d'Etat le 14 décembre 1984¹³; la Haute Juridiction précisait que "eu égard à l'objet en vue duquel ont été édictées les dispositions législatives (et ses mesures d'application) relatives à la protection de nature, le législateur a entendu exclure la responsabilité de l'Etat en raison de leurs conséquences sur les taxidermistes"¹⁴. Les apparences laissent donc

¹⁰ V. D. Lochak, "Réflexions sur les fonctions sociales de la responsabilité administrative", in "Le droit administratif en mutation, CURAPP, PUF 1993 p. 275 et s. , part. p. 310.

¹¹ RJE 2/3 1994 p. 264 et s.

¹² CAA Lyon, 16 février 1989, Bente, JCP 1990 II 21521 note J. De malafosse; même date, Sabatier, LPA 1990 n° 5, p. 9 obs. F. Julien Laferrrière et M. Deguergue.

¹³ Rouillon, D. 1986 I.R. obs. Bon et Moderne; R.A. 1985 p. 45 note Pacteau; RDP 1985 p. 1397.

¹⁴ V. R. Chapus, Droit administratif général, tome 1, précis Domat, 6ème

penser qu'il y a ici , sinon un revirement de jurisprudence, au moins une inflexions de la façon de raisonner¹⁵.

Et d'une manière générale, pour ce qui concerne le droit administratif, la recherche de l'efficacité - qui épouse aussi une certaine conception de la recherche de l'équité - conduit également à privilégier les systèmes de responsabilité objective¹⁶.

Par ailleurs, il est à la fois logique, pratique, éthiquement nécessaire même si parfois générateur de perversions (déresponsabilisation, mécanismes d'exemption injustifiés) que l'on ait procédé à la socialisation de certains risques au moyen de la mise en place de fonds d'indemnisation ¹⁷. Le système tient alors de la solidarité et peut permettre l'alimentation financière, mais peut aboutir à une banalisation du risque¹⁸.

Enfin, même quand la faute continue à avoir une certaine importance, on assiste à une objectivation des contentieux de responsabilité pour faute. On remarquera par exemple que le juge administratif considère souvent, finalement, qu'une carence d'une autorité dans l'exercice de ses pouvoirs d'environnement peut constituer une faute engageant sa responsabilité¹⁹. Cette extension de

édition, p. 1084.

¹⁵ Il faut évidemment toujours être prudent: dans l'espèce Bente, les faits étaient extrêmement particuliers. Les dommages résultaient certes de l'action des castors, mais eux-mêmes avaient été en quelque sorte conduits à réagir par la réalisation de travaux de nettoyage des berges et du lit du cours d'eau qui constituaient leur lieu de vie. D'ailleurs, les requérants avaient en même temps avancé à l'appui de leurs prétentions le fondement de la responsabilité du fait des travaux publics et la responsabilité du fait des lois.

¹⁶ V. par exemple, sur ce sujet, M. Tremeur, "La responsabilité des services publics hospitaliers, évolution - perspectives", LPA 12 juillet 1995, p. 17 et s..

¹⁷ Parfois au plan international: ainsi du FIPOL, fonds international d'indemnisation des dommages des victimes de pollutions de lamer - Convention de Bruxelles 18 décembre 1971).

¹⁸ V. Martine Rêmond-Gouilloud, "Du droit de détruire", op. cit. p. 178-179.

¹⁹ Cf R. Romi, "La responsabilité pour carence des autorités de police

la conception de la faute mérite aussi analyse, car elle correspond également à une recherche maximale de la socialisation des risques. La recherche d'une faute et surtout d'une intention est bien moins importante dans la démarche du juge que la recherche d'une imputation rationnelle d'un risque qu'il convient de couvrir, et l'acceptation de la responsabilité de l'administration pour faute simple en lieu et place de l'exigence d'une faute lourde ne constitue à cet égard qu'un paradoxe apparent: il s'agit dans nombre d'hypothèses de faciliter l'imputation plus que de clarifier les compétences et de s'interroger en conséquence sur la répartition des fautes²⁰. Mais il est vrai que dès l'origine, cette ambiguïté est présente dans l'organisation contentieuse de la responsabilité de l'administration: devant la complexité accrue des problèmes auxquels est confrontée l'administration, cette ambiguïté devient simplement plus perceptible et elle produit plus d'effets.

La mise en place éventuelle d'un système de mutualisation des risques discutée à l'occasion du vote de la loi de finances pour 1995²¹ semble prouver que cette marche vers une "socialisation des risques" va progressivement faire l'objet d'organisations plus affinées. Cette accélération contribuera à régler l'urgence: la réparation des dommages. Elle ne règlera pas le problème essentiel: l'opacité des responsabilités.

administrative", Les Petites Affiches, 12 décembre 1986.

²⁰ Cf, à propos du SIDA, M. Cliquennois, "Essai sur la responsabilité de l'Etat du fait de ses activités de contrôle et de tutelle", LPA 1995 n° 98 p. 4 et s..

²¹ Rapport P. Auberger, AN Commission des Finances, Annexe 21, doc. AN n° 1560, 20 octobre 1994 p. 54.

2) L'appréhension par le monde des juristes de la notion de responsabilité: polysémie et polyphonie

Le mot "responsabilité" est souvent employé dans le langage juridique, et plus encore dès lors qu'il s'agit de définir un nouveau droit et une nouvelle politique; mais cette polysémie est intrinsèque au terme lui-même. Le problème, pour ce qui nous concerne, est de savoir si cette polysémie, admissible et courante, ne traduit pas une "polyphonie" - fort discordante au demeurant: n'y-a t'il pas dans les textes un double ou un triple langage, consciemment ou inconsciemment construit?

Il est évident que le "travail" contentieux des requérants peut de plus aboutir à des déviations du sens voulu des termes retenus. A titre d'illustration, le principe "pollueur payeur", qui est sensé traduire la philosophie poursuivie en matière d'élaboration des systèmes juridiques de responsabilité en matière d'environnement, est susceptible de multiples interprétations. Mais la polyphonie est plus intéressante encore quand on "découvre" que le mot "responsabilités" est également utilisé pour traiter des "compétences"... et elle devient réjouissante quand on mesure le tollé que soulève les "resynchronisations" contentieuses des deux "sens" représentées par la condamnation au pénal de maires n'exerçant pas leurs compétences d'environnement... ou que pourrait marquer la condamnation en Haute Cour de ministres dans l'affaire du SIDA!

Inéluctablement - compte tenu d'un des sens assignés au terme "responsabilité" - cette première recherche conduit à mesurer si la répartition des compétences en matière de gestion des risques de toute nature favorise une transparence des "responsabilités". Les études descriptives ne manquent pas, et il ne s'agit pas de les reproduire ou d'en faire une synthèse, mais de mesurer autant que possible si ces responsabilités sont "transparentes". Or, la caractéristique qui permet

le mieux de résumer l'état du droit est la "dispersion" : cette dispersion favorise une déresponsabilisation, par un processus de dilution.

Paradoxalement, c'est à l'examen des systèmes mis en place pour assumer la solidarité nationale en matière de réparation des préjudices nés de la réalisation de risques que cette dispersion, cette déresponsabilisation, cette dilution se perçoivent le plus facilement.

On pourra dire évidemment que l'indemnisation de la victime est vraiment une urgence, et que l'équité - qui est une des valeurs fondamentales de la démocratie - commande justement que l'on "néglige" la faute pour privilégier la réparation. C'est incontestable, par exemple en matière de responsabilité médicale. La jurisprudence Bianchi²² a été à juste titre considérée comme une avancée. Malgré cela, à bien des égards, la responsabilité pour risque apparaît - ainsi que le souligne M. Rémond-Gouiloud - comme un "droit privé de morale"²³ en ce que la faute "assurable, ... devient négligeable". Or, indéniablement, "la victime ne se suffit pas d'une indemnisation forfaitaire et transactionnelle, elle a besoin, au moins dans certains domaines et dans certains cas, de pouvoir poursuivre en justice l'auteur de son malheur..." et d'"une désignation des responsables et une volonté de sanction"²⁴. Et c'est sûrement une des raisons qui expliquent que le Conseil d'Etat, pour ce qui concerne le SIDA, ait retenu la faute simple comme fondement de la responsabilité de l'Etat²⁵.

²² V. entre autres le commentaire d'Hélène Pauliat, L.P.A. 13 juin 1994.

²³ "Le risque de l'incertain: la responsabilité face aux avancées de la science", précité, p. 345.

²⁴ F. Ewald, "Responsabilité, solidarité, sécurité", la crise de la responsabilité en France à la fin du XXème siècle", Risques, n° 10-1992.

²⁵ 9 avril 1993, V. D. Loschak, "Réflexions sur les fonctions sociales de la responsabilité administrative", in "Le droit administratif en mutation, CURAPP, PUF 1993 p. 275 et s., part. p.279-280

Pour en finir avec cette polyphonie, les propositions ne manquent pas. Les uns²⁶ proposent que l'on sépare les dommages aux biens et aux personnes, pour lesquels la responsabilité pour risque devrait continuer à jouer et les dommages financiers, intellectuels et moraux, à régler sur la base de la faute; les autres préconisent un changement plus radical, laissant une large place aux démarches de type assurantiel²⁷ et à une identification des opérations de solidarité nationale. Il s'agit clairement, dans cette seconde acception, de distinguer l'indemnisation, fonction assurée par le contentieux, mais qui peut l'être autrement, de la recherche des coupables et leur sanction, dont la tâche incombe réellement et de manière incontournable aux juridictions de l'ordre compétent. Elle est de fait de plus en plus présente, à travers la pratique des fonds d'indemnisation²⁸. Si elle ne déplace pas complètement le champ de la responsabilité hors du prétoire, cette pratique a au moins le mérite d'être arrêtée par le politique, qui prend la décision - assumant sa fonction de représentation du Peuple français - d'assumer une solidarité nationale.

On l'aura compris, cette première analyse obéit à une ligne directrice : la gestion des risques n'a pas vocation, à notre gré, à échapper aux exigences démocratiques. Mais la gestion des risques ne doit pas être confondue avec une gestion des risques réalisés. Elle doit aussi faire l'objet d'une prévention, au moyen de l'exercice orienté de compétences de décision: mais, comme l'avait remarqué S. Charbonneau à propos des risques industriels dans un excellent petit

²⁶ Y. Lambert-Faivre en particulier; pour une présentation, V. L. Engel, "Vers une nouvelle approche de la responsabilité, le droit français face à la dérive américaine", *Esprit* juin 1993, p. 5 et s. .

²⁷ F. Ewald.

²⁸ Le Conseil d'Etat ne s'y est pas trompé, qui, confronté à une demande d'avis sur les modalités d'application de la loi sur l'indemnisation des victimes du SIDA, a souligné que le législateur avait poursuivi des "objectifs d'indemnisation complète et rapide": Avis du 1er novembre 1993, sur renvoi du T.A. Paris, Jezequel et autres, JO 3 novembre 1993, p. 15195-15196.

livre méconnu²⁹, ce présupposé est loin d'être admis. Et ces "refus" se traduisent dans les textes par des confusions, qui engendrent des perversions. Pour ce qui concerne la prévention des risques ou la recherche d'une acceptabilité des dommages, la démarche en amont est bien timide: dans le régime juridique des enquêtes publiques, dans l'organisation de "transparences" en matière de gestion d'OGM, la seule lecture des textes le démontre, on confond souvent information et participation. Il est donc logique en un sens, compte tenu de ces perversions, que le terrain d'élection des discussions autour de la responsabilité ne soit pas le terrain politique - ou le terrain de la décision - mais qu'il ait été "transporté": de nos jours, c'est dans le prétoire que se règlent prioritairement les conflits. Mais le juge ne règle pas au fond: il traite l'urgence. Il ne désigne plus, nous semble-t-il, le coupable, à supposer que cela ait jamais été, mais traite l'urgence, c'est-à-dire le dommage.

Resynchroniser la recherche - et la désignation - des responsables et le traitement des dommages provoqués par la réalisation de risques prévisibles devient en conséquence un enjeu social et juridique; le faire suppose une double opération, de nature préventive d'abord, de nature démocratique ensuite. Deux principes qu'énonce le droit moderne semblent pouvoir être utilisés pour ce faire. La question est, on l'a dit, d'en éclaircir la signification, d'en définir les implications, et d'évaluer les capacités d'acclimatation - y compris en dehors du strict champ des risques pour l'environnement - que leur offre le droit existant. A travers la mise en oeuvre du principe de précaution³⁰, lié étroitement à la réalisation du principe de participation, la "polyphonie", sans devenir symphonie, pourrait se muer en musique acceptable - à l'aune de la démocratie.

²⁹ Paru chez Economica en 1992: "La gestion de l'impossible".

³⁰ Dont on connaît les ambiguïtés: V. G.J. Martin, "Précaution et évolution du droit", Dalloz 9 novembre 1995, , Chron. p. 299 et s. .

La responsabilité pénale des maires et des élus³¹, si violemment contestée parfois, pourrait bien, à cet égard, constituer le volet le plus efficace de la pédagogie de la prévention. C'est en tout cas la volonté du législateur dans les cas où il a prévu que cette responsabilité pouvait être engagée pour les délits liés au manque de précaution³². Que la responsabilité recherchée soit celle des élus³³ ou celle des personnes morales³⁴, c'est bien à la notion de culpabilité que l'on fait appel plutôt qu'à celle de responsabilité au sens "faible", c'est bien la réparation morale que l'on recherche, plutôt que l'imputation matérielle des dommages. Mais si, pour ce qui concerne la responsabilité pénale des collectivités territoriales, comme l'écrit C. Huglo à ce propos, "la responsabilité de l'élu risquera de devenir effective puisque c'est par son fait qu'est engagée la responsabilité de la personne morale", encore faut-il remarquer que cette possibilité de "resynchronisation" est matériellement limitée par les énoncés du code pénal.

³¹ V. le numéro spécial des Petites Affiches, "Responsabilité pénale des maires et des élus", colloque de l'ASTRAFI, LPA 15 février 1995; J. Viret, "La responsabilité de l'administration et de ses agents à l'épreuve du droit pénal", à paraître à la RFDA; A. Lévy, S. Bloch, J.D. Bloch, "La responsabilité pénale des collectivités territoriales, de leurs élus, de leurs agents", LITEC, coll. Guides pratiques de l'administration territoriale, 1995.

³² V. C. Huglo, "Les délits liés au manque de précaution, risques et environnement", LPA numéro spécial des Petites Affiches, "Responsabilité pénale des maires et des élus", colloque de l'ASTRAFI, LPA 15 février 1995 p. 23 et s. .

³³ On pense ici principalement aux "affaires bretonnes" qui ont défrayé la chronique (T.Corr. Rennes, deux jugements du 26 mai 1993) parce qu'ayant abouti à la condamnation de maires (pour une présentation de l'affaire, V. le commentaire par J.H. Robert des décisions de la C.A. de Rennes - 8 décembre 1994 - confirmant les condamnations de première instance, Droit de l'Environnement, avril mai 1995, p. 34-36.

³⁴ De droit public ou de droit privé.

Programme « Risques collectifs et Situations de crise »
Contrat « Responsabilité, exercice des compétences et démocratie »
Rapport final

RESPONSABLE, MAIS PAS COUPABLE !

ESQUISSE D'ANATOMIE D'UNE

RESPONSABILITE SANS PENITENCE

OBLIGEE

Dominique Gaurier, Maître de conférence à l'Université de Nantes

Dieu sait si l'on s'est gaussé quand un ancien ministre, pris dans le feu d'un de ces scandales qui tendent à jalonner la vie de nos démocraties, avides d'absolue transparence ¹, a semblé par trop à tous se défaire de ses responsabilités par une pirouette, dès lors qu'il ne s'acceptait pas coupable. Pourtant, ce même ministre avait mis le doigt sur un point tout à fait essentiel, sur lequel s'opposent des prises de positions pas seulement sans neutralité juridique, mais tout empreintes d'idéologie sous-jacente : elle entendait en effet, délimiter l'espace dans lequel elle se situait, avec une certaine justesse serait-on même enclin à dire. Il ne s'agissait pas de fuir une responsabilité, impliquée par la charge qu'elle occupait alors, responsabilité politique tout autant qu'humaine, mais elle refusait d'entrer dans un scénario qui exigeait d'elle qu'elle devînt une forme de victime expiatoire pour satisfaire une saine vengeance sociale qui ne peut manquer de vouloir la mort du coupable, ou au moins sa mise au pilori, afin de satisfaire aux obligations d'une pénitence purificatrice, voire salvatrice. Il n'est pas non plus tout à fait indifférent que cette vindicte ait été dirigée contre une femme ; les psychanalystes n'ont pas manqué de relever que le monde masculin avait tendance à surmonter ses angoisses par le sacrifice, - d'où le choix d'une carrière militaire ou ecclésiastique - réduisant la femme au rôle des utilités commodes, alors que le monde féminin donne accès à la vie, partage, rendant ainsi inutile toute idée sacrificielle ².

Ce n'est sans doute pas trop forcer la note que d'affirmer que notre concept de responsabilité, non seulement au sein du monde commun, mais aussi chez les juristes, reste encore très profondément lié à l'idée de faute : il est utile certes, de réparer, mais ne faut-il pas avant tout expier une faute ?

¹ Sur ce concept de transparence, on se contente de renvoyer à l'excellent petit ouvrage de A. GARAPON, *Bien juger - Essai sur le rituel judiciaire*, Paris 1997, pp. 277 ss.

² Cf. E DREWEMAN, *Dieu en toute liberté*, Paris 1997, pp. 76 ss.

Ça et là, le droit a pourtant fait place à une responsabilité sans faute, sans qu'il soit possible de préciser exactement sur quel fondement celle-ci repose. Le fait que son actuel développement révèle, semble bien signifier que la faute était peut-être infirme à refléter, seule et sans partage, ce concept. On peut cependant admettre que, de façon assez générale, c'est l'idée de risque qui a fait naître cette approche d'une responsabilité sans faute. Reste que la notion même de risque, plus vague, plus sociale aussi, puisqu'elle envisage davantage les conséquences dommageables qu'elle ne souligne la nécessité *a priori* d'une faute comme la générant, tend ainsi à faire reculer l'idée d'expiation, de pénitence, pour privilégier le dédommagement de la victime du préjudice.

Il ne faut pourtant pas croire que cette vision s'enferme dans une conception purement "civiliste" de la question, puisque l'approche du thème de la responsabilité en matière de droit public, recèle bien des surprises, notamment en s'orientant vers un retour à la faute, alors que s'y était développée, assez tôt, le thème d'une responsabilité assumée par l'Etat, que l'on peut dire aussi, fondée sur le risque. C'est donc tout cet écheveau que l'on va tenter d'inventorier et démêler, pour y retrouver, au-delà du simple thème de la responsabilité, ce que l'on entend plutôt lui faire dire, voire dans quelle mesure il reflète certains de nos fantasmes liés à la culpabilité et à l'expiation sacrificielle.

Commençons, avant de replacer la responsabilité du droit dans ses liens de plus en plus étroits avec la faute, par une petite enquête terminologique.

Le mot de "*responsabilité*" n'est apparu qu'au XVIIIème siècle et dans un usage si peu courant même qu'il n'apparaît tout normalement ni dans le Code Civil (1804) ³, ni dans le Code Pénal (1810). On trouve cependant évoqué le fait d'être tenu pour responsable, mais le substantif est quant à lui absent. Et pourtant les juristes devaient se saisir de la notion de

³ Il n'est pas inutile de rappeler que le terme responsable n'apparaît pas dans l'article 1382 qui est pourtant le texte noble par excellence, de même qu'il n'a pas été retenu pour intituler la série des articles qui traite de la question, regroupés sous le simple titre "Des délits et quasi-délits".

responsabilité dans le cours du XIX^{ème} siècle, à tel point qu'elle a tendu à envahir la quasi-totalité des domaines dans lesquels se mouvait l'activité humaine. Le mot de "*responsable*", pour connu qu'il était déjà pendant la période médiévale, ne recouvrait pas tout à fait la même signification puisqu'il désignait principalement celui qui jouait le rôle de garant, voire plus couramment encore, n'était qu'un terme de morale.

Les racines sont cependant anciennes et prennent leur source dans le droit romain : le "*responsor*" est celui qui, à partir d'une première promesse solennelle - *sponsio* - va alors la renforcer par la sienne propre, s'en porter garant, "*répondre*", s'en porter caution. ⁴ Quant au mot "*responsable*" lui-même, il ne doit probablement rien aux juristes, et, en tout cas, comme le souligne M. VILLEY, sa formation n'a pas été réalisée à l'usage du droit qui, aux XIII-XIV^{èmes} siècles, n'était qu'une sorte de traduction de la morale ou de la religion à l'usage des relations sociales. ⁵

Cette empreinte de la religion, la religion chrétienne, a durablement impressionné la notion en définissant le responsable comme celui qui répond devant Dieu de ses actes et plus largement, de sa vie. La place du péché devient ici fondamentale, puisqu'il est défini comme manquement au commandement de Dieu ⁶, manquement duquel celui qui le commet doit répondre. Le péché, c'est aussi la faute, et il importe donc de rester un peu dans ce champ pour percevoir mieux l'implication qu'il a pu avoir sur nombre de réflexes qui n'ont peut-être pas encore totalement disparu, lorsque ce thème de la responsabilité est abordé.

Dans notre monde occidental, c'est l'Eglise qui, très tôt, est devenue comptable du péché. Les premières communautés semblent avoir pratiqué une forme de pénitence publique, sévère puisqu'elle plaçait le pécheur face à

⁴ Voir sur tous ces aspects G. VINEY, *La responsabilité*, in Vocabulaire fondamental du droit, A.P.D., t. 35, Paris 1990, pp. 275 ss.

⁵ Cf. M. VILLEY, *Esquisse historique sur le mot responsable*, in A.P.D., t. 22, Paris 1977, pp. 45 ss.

⁶ Cf. B. GILIERON, *Dictionnaire biblique*, Aubonne (C.H.) 1985, art. Péché, pp. 159-160

sa communauté. Aussi a-t-on vu, à l'initiative des monastères anglo-saxons et celtes dans le cours du VII^{ème} siècle, une nouvelle forme naître : le pécheur ne s'adressait plus qu'au seul prêtre, directement, qui lui imposait alors des pénitences correspondant à la gravité de la faute. La faute n'était considérée comme absoute qu'une fois la pénitence accomplie.

Ce fut ainsi pour servir de guide aux ministres qu'apparurent les *Pénitentiels* qui s'efforcèrent de dresser des listes détaillées de péchés graves, chacun étant affecté d'un tarif ou d'une pénitence correspondant, un peu à l'image des tarifs que les *Leges Barbarorum* instituaient en matière de sanction juridique au regard des infractions commises⁷. A la fin du XII^{ème}, on finit par admettre qu'il pouvait exister une possibilité de rachat par le biais d'une aumône, d'une prière ou d'un acte particulier de charité, idée qui ne tardait pas à déboucher sur la néfaste pratique des Indulgences. Nous sommes là à la naissance de la *casuistique*, c'est-à-dire de l'étude au cas par cas. La discipline ecclésiastique évoluait et vers la fin du XII^{ème} siècle, la pratique qui consistait à mettre face à face le pécheur et le prêtre, se généralisait, mais en mettant cette fois, l'accent sur l'aveu de la faute ; cet aveu étant jugé comme suffisamment pénible en soi, il était en conséquence suivi d'une immédiate absolution. Le quatrième Concile de Latran (1215) qui imposait communion et confession annuelles, donnait à la casuistique une impulsion nouvelle : ce fut le temps des *Summæ Confessorum*, thématiques, alphabétiques, s'attachant aux cas pris isolément et donc, sans volonté de

⁷ Parmi les *Pénitentiels* anglo-saxons, il en est un qui fut attribué à Théodore de Cantorbéry (mort en 690), et qui lui est très certainement postérieur, peut-être du premier tiers du IX^{ème} siècle. Un autre texte est rapporté à Egbert d'York (mort en 767). Les deux textes ont été reproduits dans *Ancient Laws and Institutes of England*, London 1840, respectivement pp. 277-306 et 343-392. Il n'est pas inutile de rappeler que de tels livrets ont pourtant été condamnés à plusieurs reprises au début du IX^{ème} siècle : le canon 38 du Concile de Châlons sur Saône en 813 porte en effet que "*Pour l'administration de la pénitence, il faut suivre les anciens canons, l'Écriture sainte, la pratique de l'Église et rejeter les livres pénitentiaux dont les erreurs sont certaines et les auteurs incertains ; qui sont cause de la mort de plusieurs parce qu'ils n'imposent que des pénitences légères pour de grands péchés et qui, par là, suivant l'expression du Prophète, mettent des coussinets sous les coudes et des oreillers sous les têtes de toutes sortes de personnes pour perdre les âmes.*"

Cette méfiance était renouvelée en 819 par le canon 32 du Concile de Paris : "*Plusieurs prêtres imposaient à ceux qui se confessaient à eux des pénitences autres que celles qui sont prescrites par les canons, se servant de certains pénitentiels pleins d'erreurs. Le concile enjoint aux évêques de faire la recherche de ces livres pénitentiaux et de les brûler.*" (Cf. MIGNE, *Dictionnaire des Conciles*, t. XIII Encyclopédie théologique, Paris 1846, respectivement, vol. 1 col. 544 et vol. 2 col. 236)

structurer une véritable théologie morale, dont la finalité était tout simplement de servir de guide pratique du confesseur. Il reste que ce caractère pratique évident ne gommait nullement le fait que les références à l'Écriture en étaient totalement absentes, que c'est plutôt une approche juridique qui dominait, débouchant souvent sur un irréalisme des cas et un minimalisme moral dont on sait qu'il devait justifier, au XVII^{ème} siècle, la réaction janséniste et pascalienne.

Cette conception "juridicisée" du péché devait durablement peser sur bien des aspects de notre droit : d'abord en droit répressif dont les procédures allaient progressivement s'imposer, procédures d'*inquisitio*, d'enquête, que le même Concile de Latran systématisait ; puis, toujours en droit pénal, en faisant valoir toujours plus fortement la place que revêtait l'aveu du coupable, qui était le but recherché de l'enquête, aveu qui tient toujours une place essentielle dans notre procédure pénale, notamment au stade de l'enquête de police ou de l'instruction. On n'en tire cependant pas, comme en droit répressif anglais, toutes les conséquences logiques, puisque, même avouée, la faute pénale donne en France lieu à un procès pour décider de la culpabilité et de la peine, alors que le droit anglais, plus logiquement, face à une culpabilité avouée, fait l'économie d'un procès qui ne sert à rien en la matière, pour seulement se consacrer au prononcé de la peine ⁸. Puis ce fut également dans le domaine du droit civil, et aussi du droit administratif, le lien très fort entre faute et devoir de réparation qui domina pendant longtemps, et de façon presque exclusive, la question de la réparation du dommage. L'obligation de réparation sera vue comme pesant d'autant plus lourdement sur le fautif, que sa faute sera intentionnelle.

Ce furent les canonistes qui tentèrent de mieux cerner la question de la faute en se fondant sur ce critère de l'intention : la faute s'émancipait de plus en plus de la notion pénale de délit au sens pénal du terme, puisqu'elle

⁸ Cf. *Droit anglais*, sous la dir. de J.A. JOLOWICZ, Paris 1986, p. 553. Il faut aussi souligner que le mot *trial*, par lequel nous rendons l'idée de procès, ne correspond pas exactement à notre procès : il entend signifier qu'un jury aura à faire un *tri* entre les preuves qui lui seront présentées, et ce même jury n'aura à se prononcer que sur la culpabilité au vu des preuves qui lui ont été soumises. Le juge est alors seul à pouvoir décider de la mesure de la peine, en fonction de la déclaration de culpabilité décidée par le jury.

n'implique *a priori* aucune intention de nuire. Elle peut en effet ne découler que de la simple maladresse, de la négligence, ou encore de l'imprudence, l'élément intentionnel faisant alors défaut. Il n'y a donc péché que s'il y a intelligence⁹, or tout délit emporte peine ou pénitence, la simple faute n'obligeant qu'à indemniser la victime. Cet accent porté sur l'intention faisait naître toute une recherche destinée à affiner l'approche que l'on en pouvait avoir, analysant les hypothèses de la conscience ou de l'inconscience que l'on peut avoir de l'acte commis, de l'erreur, de la légitime défense, de l'état de nécessité ou de la force majeure, toutes hypothèses qui, se trouvant vérifiées, pouvaient conduire à des cas d'exonération plus ou moins complète.

A partir du XIII^{ème}, les juristes furent alors conduits à distinguer beaucoup plus nettement entre peine et réparation, admettant qu'il pouvait y avoir lieu à réparation au profit de la victime qui avait subi le préjudice, sans pour autant qu'il y ait sanction. L'on distingua selon qu'il importait de réparer un dommage subi par les personnes ou concernant des biens, pour finalement réunir les deux situations et admettre un principe général d'indemnisation.

Sans remonter plus qu'il ne faut dans le temps, contentons-nous de constater que la réponse fournie par notre droit ancien à ces questions sera pour le moins parcellaire, sans véritable idée conductrice. On n'ignore pas que, dans toute une grande moitié nord de la France ancienne, les normes essentielles du droit privé étaient exprimées dans des *coutumes*, dont le ressort territorial pouvait varier selon les régions de la province, comme en Bretagne, Normandie, Poitou, etc..., au bailliage, comme dans le bassin parisien ou en Champagne, voire à une ville et son immédiate périphérie, comme dans l'est ou le nord. La plupart de ces textes coutumiers qui seront rédigés officiellement dès la fin du XV^{ème} siècle et surtout au XVI^{ème}, sont

⁹ Cf. Decret. Gratiani, sec.pars, c. XXII, quæst. II, can. III, reprenant Saint Augustin pose "*Ream linguam non facit, nisi mens rea*"; cf. Corpus Juris Canonici, Coloniae 1631, p. 755. Cette thèse était largement appuyée par tous les théologiens qui soutenaient que la disposition d'esprit était essentielle à l'œuvre : "*Opus reputatur pro facto.*"

loin de présenter un corps complet du droit privé. S'il est un domaine dans lequel les coutumes rédigées sont singulièrement laconiques, c'est bien celui des obligations, sous son double aspect des contrats et de la responsabilité. Pourtant, les anciennes coutumes ne sont pas totalement muettes sur ces points, mais elles n'envisagent jamais que des situations spécifiques, sans construire quelque approche générale. Il est bien évidemment difficile de tracer la physionomie générale de la question en reprenant l'ensemble des textes. Il reste que ce travail a été brièvement esquissé, quoique sans grande méthode, par l'un des commentateurs de la Coutume de Bourgogne au début du XVII^{ème}, Job BOUVOT. Dans sa *Conférence générale de la Coustume du Duché de Bourgogne*, il rassemble de nombreuses dispositions coutumières autour du thème qu'il intitule *De l'action pour les dommages et intérêts des dégats faits en héritage d'autrui* ¹⁰. Sont rassemblées là les espèces envisagées par les coutumes concernant les dommages survenant du fait des animaux qui commettent des dégats sur les terres limitrophes d'autrui et dans les bois, eu égard au fait que le libre passage leur était souvent permis eu égard aux autorisations de vaine pâture et de libre parcours durant certaines périodes de l'année, et insistant d'abord sur la nécessité d'apporter une preuve par témoins, ensuite sur la possibilité que pouvait avoir la victime de tuer les "*bestes volantes trouvées en dommage*" ¹¹ et enfin du versement possible d'amendes - mot significatif pour exprimer l'idée de simples dommages-intérêts.

Il est loisible de se rendre compte que la façon d'envisager les hypothèses de mise en jeu d'une responsabilité avaient peu évolué en plus d'un siècle : le véritable point de départ d'une ébauche théorique sur ce thème semble avoir été due à DOMAT qui fait reposer sur la faute l'obligation de réparer le tort fait à autrui. Si sa conception reste

¹⁰ Cf. *La Coustume de Bourgogne de nouveau commentée, abrégée et conférée avec toutes les autres Coustumes de France*, par Job BOUVOT, 1622, Conférence générale pp. 298 ss.

¹¹ Expression reprise de la Coutume de Montargis, chap. 4, art. 8

d'inspiration très chrétienne, - la faute ne recoupe-t-elle pas la notion canonique de péché ? - elle est cependant plus large et emprunte au droit romain l'idée que la faute puisse naître de l'imprudence, de la légèreté et de l'ignorance ¹². Si l'on peut considérer que tous les éléments étaient, à travers les analyses proposées par DOMAT, mis en place pour voir naître une théorie de la responsabilité pour faute, telle que l'enregistra plus tard l'article 1382 du Code Civil, il s'en faut de beaucoup que les juristes postérieurs aient été à même de dépasser son approche. On peut même dire qu'ils en restèrent à une vision extrêmement classique. Ainsi, dans un ouvrage qui remonte à 1752, intitulé *Exposition abrégée des Loix*, par L. DAMOURS, tout un titre est également consacré aux *Dommages causés par des fautes qui ne vont pas à un crime ni à un délit* ¹³. Y sont énumérées des situations qui ne tranchent pas vraiment avec ce qui a été déjà dit des dispositions coutumières : on voit se suivre sans grand ordre logique les cas suivants, envisageant le fait pour un propriétaire ou locataire de locaux d'habitation d'être tenu des dommages causés par le jet d'objets ou de liquides, qu'il ait lui-même procédé au jet, ou bien que ce dernier soit le fait de sa domesticité ou d'un membre de sa famille - ce qui énonce un cas de responsabilité du fait d'autrui - dès lors que cela s'est produit par mégarde et "sans aucun dessein", auquel cas il y aurait lieu à poursuite pénale ; puis sont abordés les dommages survenant du fait de bâtiments, chute de tuiles ou d'objets suspendus, chute du bâtiment lui-même eu égard à sa ruine, les hypothèses de dénonciation de nouvel œuvre, d'écoulement des eaux

¹² DOMAT écrit en effet : "Toutes les pertes et tous les dommages qui peuvent arriver par le fait de quelque personne, soit imprudence, légèreté, ignorance de ce qu'on doit savoir ou autres fautes semblables si légères qu'elles puissent être doivent être réparées par celui dont l'imprudence ou autre faute y a donné lieu. Car c'est un tort qu'il a fait, quand même il n'y aurait pas eu l'intention de nuire." (*Loix civiles*, Paris 1771, t. I, liv. II, tit. VIII, sect. VI, nb 1, p. 153.)

¹³ Cet ouvrage est d'autant plus intéressant qu'il précède de peu le grand *Traité des Obligations* du célèbre professeur d'Orléans, POTHIER, et qu'il rapporte cet exposé des lois au droit local des "provinces de Bresse et autres régies par le droit écrit", ce qui, en d'autres termes, désigne des régions qui, dans la France ancienne, entendaient être régies par des normes tirées des interprétations données et réactualisées du droit romain. On ne peut manquer de relever ici que le titre que consacre DAMOURS au thème de la responsabilité reprend très exactement celui que DOMAT, qui passe pour s'être élevé au niveau des principes, même si le traitement qu'il fait de la responsabilité est loin d'être complet, lui consacre dans ses *Loix civiles*, au Titre VIII du Livre II.

Programme « Risques collectifs et Situations de crise »
Contrat « Responsabilité, exercice des compétences et démocratie »
Rapport final

pluviales, sans compter avec les dommages causés par des animaux déjà abordés par les coutumes, pour n'admettre d'exonération que dans les cas de force majeure dès lors qu'elle ne fait pas suite à la commission d'un acte illicite ¹⁴. Un autre de nos auteurs anciens, également formé à l'aune du droit romain, Claude SERRES, dans ses *Institutions du droit françois*, reste sur une définition sans originalité : "*La simple imprudence ou faute légère rend responsable de l'homme et de ses dommages (...) C'est une faute et une témérité de se mêler de ce dont on n'est pas capable : soit que l'incapacité vient de l'ignorance ou de l'infirmité et faiblesse de celui qui l'entreprend.*" ¹⁵ Quant à POTHIER, il n'ajouta rien à ce qu'avait déjà posé DOMAT ¹⁶.

A côté des auteurs, si l'on se tourne maintenant vers les dictionnaires qui rassemblent la pratique des tribunaux, on est bien en peine de trouver un quelconque exposé d'ensemble. Cela peut s'expliquer par deux séries de raisons : d'abord, la doctrine elle-même ne proposait rien qui approchât d'une vision synthétique ou construite de la matière à laquelle auraient pu puiser les arrêttistes de l'Ancien Régime, mais aussi, envisagée sous un angle pratique, il faut bien reconnaître que tout n'y a jamais été envisagé que dans le cadre strict de l'espèce. Si l'on veut donc un tant soit peu se faire une idée du traitement que donne la pratique judiciaire au thème que nous rangerions sous le mot-clé de "*Responsabilité*", il faut véritablement feuilleter les entrées alphabétiques de ces dictionnaires. Il faut alors recourir à

¹⁴ Cf. L. DAMOURS, op. cit., pp. 203-211. On peut être particulièrement frappé par le fait que le traitement de la matière occupe un espace singulièrement réduit au regard du traitement qu'il reçoit dans les manuels d'aujourd'hui.

¹⁵ Cf. *Institutions du droit françois suivant l'ordre de celles de Justinien*, Paris 1753, pp. 546 ss. Il n'est pas inutile de rappeler que Claude SERRES était Professeur royal de droit français à l'Université de Montpellier et avait avec son ouvrage suivi les traces d'un autre romaniste exposant le droit français en suivant les linéaments du droit romain, François BOUTARIC qui fut professeur à Toulouse.

¹⁶ Dans son *Traité des obligations*, on peut en effet lire : "*On appelle délit le fait par lequel une personne pour dol ou pour malignité cause du dommage ou quelque tort à une autre. Le quasi-délit est le fait par lequel une personne sans malignité mais par imprudence qui n'est pas excusable cause quelque tort à une autre.*" (Cf. *Traité des obligations*, Partie I, chap. I, sect. II, § II, nb 116, éd. Siffrein, Paris 1821, p. 158.) Robert-Joseph POTHIER avait été Professeur de droit français à l'université d'Orléans, après avoir été conseiller au Présidial de la même localité. Son *Traité des obligation* qui constitua sa troisième publication, date de 1761 et constitue ce qui est devenu son incontesté chef-d'œuvre.

plusieurs entrées telles que "délits", "quasi-délit", "dommages", "dommages et intérêts", "faute", "crime", "cas fortuit", "réparations civiles", etc... Quelle que soit l'entrée retenue, il n'est de toute façon, jamais possible d'y trouver la matière traitée dans son intégralité, les définitions qui y sont proposées restent sommaires et, plus encore aucun principe n'y apparaît nettement dégagé. Les cas d'espèce qui sont évoqués nous montrent alors des situations que les auteurs avaient parfois évoquées : cas impliquant des animaux, des incendies, des hôteliers, des maîtres au regard de leurs apprentis, qui font le plus souvent état que l'on en est resté aux hypothèses déjà retenues par le droit romain. A titre d'illustration, on peut seulement retenir l'examen de deux monuments en matière de jurisprudence, c'est-à-dire d'ouvrages destinés aux praticiens : le *Dictionnaire des arrêts* de BRILLON, ainsi que le *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence* de GUYOT. Le premier de ces ouvrages semble aborder le thème de la responsabilité principalement sous la rubrique consacrée au "Dommages et intérêts" ¹⁷ et renvoi y est alors fait au traitement que DOMAT avait donné à la matière. C'est également le cas du "Répertoire" de GUYOT qui, sous le mot de "Quasi-délit", se borne à reprendre les analyses de DOMAT, sans véritablement y rajouter quelque point spécifique tiré de situations concrètes. ¹⁸ Quant à DENISART, son ouvrage est tout à fait typique, voire exemplaire, puisqu'il faut recourir à un total de plus de vingt entrées pour y voir évoquer des aspects spécifiques autour de la responsabilité.

Plus difficile fut l'émergence de l'idée de responsabilité du fait d'autrui, telle qu'elle se trouve consacrée dans les articles 1384-1386 de notre Code Civil. D'ailleurs l'énumération portée dans ces articles n'est pas sans trahir l'origine historique des règles qu'ils contiennent.

¹⁷ Cf. BRILLON, *Dictionnaire des arrêts ou Jurisprudence universelle des Parlements de France et autres tribunaux*, Paris 1711, t. 1, p. 780 nb 8.

¹⁸ Cf. *Répertoire ...*, GUYOT, t. L, Paris 1782, vbis "quasi-délit", pp. 337-356. Il faut relever que le *Répertoire* que MERLIN offrit au lendemain de la codification civile, reprend en ce sens, la façon que son prédécesseur, dont il avait racheté les droits, avait lui-même utilisée pour aborder la matière.

Programme « Risques collectifs et Situations de crise »
Contrat « Responsabilité, exercice des compétences et démocratie »
Rapport final

Au XIII^{ème} siècle, la responsabilité du père vis-à-vis de ceux qui vivent avec lui, emprunte bien de ses traits au droit romain, mais elle s'en distingue aussi en ce sens que cette responsabilité procède plus de l'habitation commune que de la puissance paternelle, puisque l'obligation cesse quand les parents ont mis l'enfant *"hors de leur main et hors de leur pain et de leur pot et de leur mainburnie"* ¹⁹ Les parlements semblent avoir été partagés sur la question pour finalement en venir à une justification plus individualiste : le chef de famille ou de ménage a un devoir de surveillance à l'égard de ceux qui dépendent de lui ; s'il y a faute, il faudra alors exciper d'un défaut de surveillance pour obtenir réparation, voire se prévaloir d'une mauvaise éducation qui, présumée, vient alors justifier la faute. Cette responsabilité intéresse au premier chef les maîtres qui sont tenus des dommages causés par leurs domestiques et l'article 7 du titre XXXII de l'Ordonnance des Eaux et Forêts de 1669 vient la renforcer, puisque le maître, en matière d'infractions de chasse, non seulement est obligé à réparation des dommages, mais doit également contribuer à l'amende qui peut être infligée à son domestique ²⁰. Le Code Noir de 1685 rend aussi le maître d'esclaves responsable des vols que ceux-ci peuvent

¹⁹ Cf. BEAUMANOIR, *Costumes de Beauvoisis*, éd. SALMON, Paris 1899, t. I, nb. 640, p. 318. Notons en passant qu'ici, Beaumanoir évoque la responsabilité du père non seulement dans son volet civil, mais aussi sous l'angle pénal.

²⁰ L'article 7 du titre XXXII de l'Ordonnance des Eaux et Forêts de 1669 porte : *"Demeureront les marchands, Maîtres de forges, Fermiers, Usagers, Riverains et autres occupans les maisons, fermes et autres héritages dans l'enclos et à deux lieues de nos Forêts, responsables civilement de leurs Commis, Charretiers, Pâtres et Domestiques."* Le commentateur Gallon relève que *"cet article est conforme à la disposition du droit suivant lequel les Maîtres sont garans des intérêts qui sont causés par leurs domestiques ou par les commis auxquels ils ont confié le soin de leurs affaires."* Cf. *Conférence de l'Ordonnance de Louis XIV du mois d'Août 1669 sur le fait des Eaux et Forêts*, Paris 1752, t. 2, p. 678.

On trouve une disposition tout à fait similaire dans l'ordonnance de la Marine qui porte en effet en son Liv. IV, tit. I, art. 1 : *"Les ports et havres seront entretenus dans leur profondeur et netteté ; faisons défenses d'y jeter aucunes immondices, à peine de 10 livres d'amende, payable par les maîtres pour leurs valets, même par les pères et mères pour leurs enfans."* De même, au Liv. V, tit. III, art. 19, relatif aux pêches : *"Déclarons les pères et mères responsables des amendes encourues par leurs enfans ; et le smâtres, de celles auxquelles leurs valets et domestiques auront été condamnés, pour contravention aux articles du présent titre."* Le commentateur, R.-J. VALIN précise que diverses déclarations ont ajouté au mot *"enfans"* le complément *"ceux qui demeureront encore avec eux, et cela est juste, les pères et mères ne pouvans naturellement être responsables des prévarications de leurs enfans ... qu'autant que les enfans demeurent avec eux."* Cf. *Nouveau commentaire sur l'Ordonnance de la Marine du mois d'Août 1681*, La Rochelle 1766, t. 2, pp. 447 et 745.

commettre ; mais il peut se libérer en pratiquant une forme d'abandon noxal, en abandonnant à la victime l'esclave qui a commis la faute ²¹. C'est enfin la responsabilité du maître au regard des apprentis qu'il a pour charge de former.

La responsabilité du fait des animaux repose nettement sur l'idée de garde. On a déjà dit que c'était l'un des angles principaux qu'avait pris le droit des coutumes pour aborder le thème de la responsabilité, ce qui se comprend bien dans une structure largement fondée sur le monde rural. Reste que, par référence au droit romain, les tribunaux ont tendu à distinguer selon que l'animal, cause du dommage, était féroce ou non ²². Si donc, il pouvait être qualifié de féroce, le maître était dans tous les cas tenu pour responsable, en raison du risque que fait courir un animal dangereux, alors que dans le second cas, tout était affaire de circonstances. Le maître ne pouvait éventuellement s'exonérer de sa charge que dans la mesure où il pouvait prouver que son animal avait été excité ou provoqué.

Quant à la responsabilité du fait des choses, il semble qu'elle ait toujours été liée à l'imprudence humaine : ainsi, le propriétaire sera tenu pour responsable des dommages causés par la chute d'une chose placée à une fenêtre ; dans le cas d'une maison en ruine, le voisin peut sommer un propriétaire de démolir ou de réparer. Mais ce sont les dommages provoqués par les incendies qui sont l'occasion des développements les plus abondants, ce qui est compréhensible à une époque où le bois entrait pour beaucoup

²¹ L'article 37 du Code Noir porte en effet : *"Seront tenus les maîtres en cas de vol ou d'autre dommage causé par leurs esclaves, outre la peine corporelle des esclaves, de réparer le tort en leur nom, s'ils n'aiment pas mieux abandonner l'esclave à celui auquel le tort aura été fait ; ce qu'ils seront tenus d'opter dans les trois jours, à compter du jour de la condamnation, autrement ils en seront déçus."* Cf. L. SALA-MOLINS, *Le code noir ou le calvaire de Canaan*, Paris 1987, p. 164.

²² Est-ce en raison du contact prolongé avec la puissance romaine, ou est-ce dû à une évolution interne du droit juif, il n'est cependant pas inutile de rappeler ici que le Talmud procède à une semblable distinction, en considérant selon que le bœuf est enclin à frapper ou non. Cf. *Le Talmud de Jérusalem*, trad. M. SCHWAB, Paris rééd. 1977, vol. 6 *Traité Baba Qama*, chap. Ier, nb 1, pp. 1-5. De façon plus générale, ce même Traité énonce même un principe qui nous semble être général : *"Je suis responsable du dommage causé par toutes les choses que je dois surveiller. Si j'ai contribué un peu au dommage, je dois payer comme si j'avais fait seul tout le dommage (...)"* (id., nb 2, p. 5). Cette approche nous paraît être singulièrement moderne, si tant est qu'on la mette en parallèle avec l'évolution contemporaine de notre droit.

dans l'art de bâtir et pouvait alors donner lieu à de véritables catastrophes, comme ce fut le cas à Londres en 1665. Les tribunaux semblent avoir été dans un premier temps très indulgents pour les propriétaires des bâtiments où avaient pris naissance les incendies, quand bien même ceux-ci seraient dûs à leur faute. Ils pouvaient ainsi se voir dégager de toute responsabilité vis-à-vis des tiers. Mais au XVIIIème siècle un revirement s'amorçait, ouvrant la voie à une plus stricte responsabilité : une présomption pesait dorénavant sur le propriétaire, ou le locataire, reprenant en cela, bon nombre des thèmes déjà abordés en droit romain, si bien que l'action en indemnités devenait d'accès beaucoup plus facile aux voisins.

Les articles du Code Civil ne viendront en cela que reprendre en quelques définitions des éléments déjà posés auparavant et les premiers commentateurs resteront tout autant fermes quant à la justification des différentes occasions d'imputabilité, qu'il s'agisse du fait personnel, du fait d'autrui ou du fait des choses : c'est la faute sous ses différentes formes, personnelle, défaut de surveillance ou manque de discernement dans le choix d'un personnel, faiblesse d'autorité, voire pour les choses, le défaut de garde, qui reste le fondement principal.

Ce n'est pas dans le domaine de la responsabilité du droit privé, mais dans celui de la responsabilité de la puissance publique que devait s'amorcer une approche qui devait reléguer au deuxième plan l'idée de faute, pour faire prévaloir un concept beaucoup plus objectif. Nul n'ignore la décision que le Conseil d'Etat prenait le 21 juin 1895 en faveur du sieur Cames qui réclamait, alors qu'il était ouvrier à l'arsenal de Tarbes et qu'il y perdait l'usage de la main gauche par suite d'un éclat de métal, une indemnité plus conséquente que celle que le ministre de la guerre lui avait alloué. Les juges suivaient en cela les conclusions du Commissaire du Gouvernement Romieu qui faisait observer que " ... si un accident se produit dans le travail et s'il n'y a pas faute de l'ouvrier, le service public est responsable et doit indemniser la victime" ²³ . Les tribunaux judiciaires pourtant montraient une tout autre

²³ Cf. S. 1897.3.33, concl. Romieu, note Hauriou.

approche, puisque l'ouvrier devait démontrer la faute préalable du patron pour pouvoir prétendre à exiger de lui quelque indemnité, ce qui est déjà une forme de gageure, si bien que, dès lors que nulle faute ne peut être imputée soit à l'ouvrier lui-même, soit au patron, l'ouvrier ne pouvait prétendre à aucune indemnité ²⁴. La décision du Conseil d'Etat se montrait alors ici tout à fait novatrice, voire précurseur en matière de risque professionnel, puisqu'elle franchissait le pas que le législateur hésitait à franchir depuis de nombreuses années. Il fallut en effet attendre la loi du 9 avril 1898 sur les accidents du travail, pour voir étendre le bénéfice d'un même système à l'ensemble des ouvriers ²⁵. Certes, la décision du Conseil d'Etat ne consacrait pas de façon explicite le risque professionnel, mais au moins le faisait-il implicitement, ce qui revient au même quant à la reconnaissance d'un véritable droit à l'indemnisation, hormis tout contexte expressément lié à la faute, mais pour introduire l'idée d'une responsabilité posée *a priori* à titre de corollaire dès lors que l'exercice d'une activité économique et sociale fait courir un risque. C'est bien à cet aspect là que se rattache la loi de 1898.

Parfois, on peut noter un certain glissement qui atteste d'une sorte d'insatisfaction des victimes face à la réponse donnée par le droit : chaque fois que cela semble possible, et cela même quand la question de l'indemnité n'est pas contestée, les victimes semblent vouloir exiger plus, non pas tant sur le plan d'un dédommagement que sur celui d'une pénitence exigée, en choisissant de se porter partie civile lors d'une procédure pénale. Il est tout à fait clair que, d'une certaine façon, la demande sociale ne s'estimera pas satisfaite d'un simple octroi d'indemnité, si la reconnaissance officielle d'une faute ne s'accompagne pas aussi d'une répression de type pénitentiel.

²⁴ Pour une brève présentation du système de responsabilité en matière d'accidents du travail avant la loi de 1898, cf. M. BELLOM, *De la responsabilité en matière d'accidents du travail, commentaire de la loi du 9 avril 1898*, Paris 1902, pp. 10-15. Sur les aspects historiques des travaux parlementaires, cf. pp. 41-83.

²⁵ On sait aussi que cette loi de 1898 a été remplacée par la loi du 30 octobre 1946 et que, par la suite, d'autres textes ont généralisé l'application du principe.

Il est vrai que le mot de responsabilité implique ou sous-entend une prise de conscience de ses devoirs par la personne à laquelle elle incombe. Et si l'on voulait encore forcer un peu la note, il faudrait également dire que le contrat d'assurance-responsabilité, dont la fonction première est bien de garantir la certitude d'une indemnité possible à la victime, *non obstant* une éventuelle insolvabilité de l'auteur du dommage, est alors de ce point de vue parfaitement immoral. N'esquive-t-il pas en effet, au regard de ce même auteur, la question de sa faute, de son implication personnelle dans le dommage, au profit d'une banale et nâvrante approche trop nettement matérialiste, et pourtant ô combien utile, de la responsabilité ? Comment se sentir effectivement directement concerné par un fait dont on n'assume rien des causes et des conséquences, à moins de se placer sous le seul angle pénal, si tant est que la plainte aboutisse ?

Ce débat, même si le trait en est certes un peu forcé, nous paraît cependant bien restituer une controverse qui n'est pas neuve chez les civilistes. Il est une terminologie qui a fait déjà naître une forme d'opposition dont on peut affirmer, sans trop prendre de risque, qu'elle se fonde presque exclusivement sur un arrière-fond idéologique : nous voulons évoquer le thème de la *"responsabilité objective"* qui a véritablement commencé à se développer à partir ou autour de sa première consécration législative en 1898. On voit tantôt évoquer l'idée de *"risque"* tantôt l'idée de *"responsabilité objective"* et, selon les auteurs, le destin des mots n'aura pas la même faveur.

Pour le doyen RIPERT, l'expression même de *"responsabilité objective"* est à rejeter, d'abord parce qu'à ses yeux elle est entachée d'un vice essentiel en ce qu'on l'emploie *"pour préciser que l'analyse de la conduite du sujet n'est pas nécessaire."* Puis il continue en ces termes : *"Une responsabilité qui serait objective constituerait un retour à la règle barbare de la vengeance exercée sur l'instrument du dommage, et encore cette expression moderne conviendrait-elle bien mal à la rudesse de la règle."* ²⁶ Ce qui semble être le principal reproche

²⁶ Cf. G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris 1927, p. 212, n° 115.

adressé à cette notion ainsi placée sous une approche objective, c'est que la responsabilité n'ait pas été mise en rapport avec "les plus hautes considérations morales", dès lors que tout semble ramené à un simple problème de causalité, ce qui gomme ce qui, aux yeux de notre auteur, doit demeurer le fondement de toute responsabilité, la faute : *"L'homme se sent responsable des dommages qu'il cause par sa faute, mais non de ceux qu'il cause par son fait, sans avoir pu les prévoir ou les empêcher, ou plus exactement, il dit qu'il ne les cause pas, et, repoussant l'imputation de faute, détruit en même temps le lien de causalité."* ²⁷ En somme, la théorie du risque, parce qu'elle introduit ou transpose dans le monde juridique une forme de loi physique de causalité efficiente, ne fait qu'instiller dans le droit un esprit matérialiste, et c'est sans aucun doute ce qui constitue, pour notre auteur, la principale raison qui le conduit à en réfuter la valeur. Il se refuse alors à voir dans les lois qui ont, à partir de 1898, paru sanctionner un principe de responsabilité sans faute, autre chose que des lois d'assurance, de même qu'il y a abus à vouloir mettre en rapport la responsabilité qui pèse sur l'Etat à raison des services publics et celle que consacre le Code Civil qui vient sanctionner les devoirs de l'homme envers ses semblables. ²⁸ Position qui semble plutôt ressortir à une pétition de principe, voire à une conviction, qu'à une nécessité justifiable par de seuls arguments de droit ! ²⁹

²⁷ Idem, p. 216, n° 117.

²⁸ Ibidem, pp. 220 ss., n° 119-123.

²⁹ On ne peut se priver de citer ici un court passage de l'ouvrage auquel il a déjà été fait référence en note 1. Son auteur, Antoine GARAPON y relève, à très juste titre à nos yeux que *"Rien n'est plus étranger à un public français que la possibilité de transiger avec la justice pour éviter une condamnation et échapper ainsi à la confrontation avec la loi comme le permet l'institutionnalisation du plea bargaining aux Etats-Unis. Une telle contractualisation n'est pas possible avec quelque chose de sacré ! (...) L'application d'une loi aussi investie politiquement - elle doit exprimer un vouloir-vivre collectif - entraîne inéluctablement de multiples arrangements qui doivent rester occultes pour ne pas menacer le droit tout entier (...) Le fonctionnaire lui-même, prisonnier d'un univers légal-rationnel, empêtré dans ses normes, ne retrouve de l'autorité qu'en interprétant la règle. Le système marche à la complicité et à l'arrangement. De là une sorte de méfiance constante à l'égard de la sociologie qui menace à tout instant de révéler que le roi est nu ! (...) L'exemple le plus frappant est celui du secret de l'instruction : il n'est plus respecté par personne, mais on ne se résoud pas pour autant à le supprimer."* Cf. *Bien juger...*, op. cit., pp. 171-172. Cette vision du phénomène juridique français semble assez justement

On voyait au contraire développer ce thème d'une responsabilité sans faute, objective, chez d'autres civilistes, certes par analogie avec les réflexions qui avaient accompagné l'élaboration de la loi de 1898. Ce seront principalement SALEILLES et JOSSERAND³⁰. Empruntons à ce dernier les termes de la conclusion qu'il consacre à ce qu'il dénomme la "*responsabilité causale*", termes auxquels on ne peut que souscrire eu égard au fait que les conditions socio-économiques présentes rendent encore plus urgente la nécessité de faire prévaloir une justice répartitive, distributive, qui, pour ne pas pour autant faire disparaître toute idée d'une responsabilité individuelle qui serait fondée sur la faute, permet de sanctionner chacun selon ses actes et selon ses initiatives. JOSSERAND écrit ainsi : *Le problème de la responsabilité, en matière civile, cesse d'être un problème d'imputabilité pour devenir un effort de répartition des dommages ; la justice distributive, répartitive, est substituée à la justice individuelle ; à chacun selon ses actes et selon ses initiatives ; à chacun la responsabilité que lui attirent logiquement l'autorité et le contrôle dont il dispose, ou, si l'on veut, c'est l'idée de réparation qui se substitue à celle de responsabilité ; ce sont ces idées simples qui sont à la base de la responsabilité moderne, faite à la mesure d'une société agissante et en l'absence de laquelle les faibles risqueraient d'être broyés, sans recours effectif possible, par les forts : c'est le fait tout court qui tend à se substituer, non pas partout, mais dans des domaines de plus en plus nombreux et comme élément générateur de responsabilité, au fait fautif du droit romain et de l'article 1382 ; ce n'est plus en tant que coupables que nous devenons responsables, mais en tant que "faiseurs d'actes" ; en dehors de cette directive,*

caractériser les choses puisqu'elle semble faire une large place à une conception *catéchétique* du droit, qui donne plus de place au *dire* qu'au *faire*. N'est-il pas de meilleur exemple que celui des déclarations multiples dans le domaine des droits de l'homme, énoncés comme norme sacrée, sans pour autant que l'on soit aussi sourcilieux sur la manière qu'il conviendra de garder pour assurer leur effective garantie ?

³⁰ Pour le premier, on pourra se référer à son ouvrage consacré aux *Accidents du travail et la responsabilité civile*, Paris 1897, ainsi que *Le risque professionnel dans le Code Civil*, in *Réforme sociale*, 1898, I, p. 634 ss. Quant à L. JOSSERAND, on peut renvoyer à *La responsabilité du fait des choses inanimées*, Paris 1897 ainsi qu'au paragraphe consacré à ce thème dans son *Cours de droit civil positif français*, t. II, Théorie Générale des obligations, 3ème éd. Paris 1939, pp. 350 ss., n° 556-558.

il n'y a plus, à notre époque, d'équilibre possible des droits et des intérêts rivaux sans cesse en friction." 31

Cette émergence, qui semble avoir été consacrée par la Cour de Cassation, d'un principe général de responsabilité sans faute, enregistre bien ce constat qui remonte à plus de cinquante ans : la nécessité s'est faite pressante d'admettre qu'au delà de la simple solidarité sociale, l'acte humain était en soi générateur de risques pour autrui, sans pour autant que soit indispensable la faute individuelle, comme seul fondement d'une imputabilité, mais non plus, sans vouloir à tout prix la faire disparaître dès lors qu'elle peut se surajouter à l'obligation de réparer. Si tant est que l'on tienne absolument à vouloir trouver un fondement moral à cette obligation générale de réparation, la faute n'est plus suffisante à elle seule, il faut faire appel à l'idée d'un devoir social, et, en cela, le droit, qui met en œuvre une forme de règle du jeu social, aurait tout intérêt à puiser aux sciences sociales pour réorienter certaines de ses analyses et les faire évoluer en fonction de besoins nouveaux.

³¹ Cf. L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, t. II, op.cit., n° 558, p. 353.