

AUX LECTEURS

René SÈVE

Directeur des Archives de philosophie du droit

Les *Archives de philosophie du droit* présentent pour leur soixante-dixième anniversaire, – ou même quatre-vingt-onzième¹ –, un volume consacré à la Responsabilité, quarante-cinq ans également après celui consacré au même thème en 1977.

Ce retour sur la notion se justifie évidemment par les évolutions législatives survenues ensuite, notamment la loi Badinter de 1985, mais surtout, dans un droit historiquement légi-centré, par les besoins, exprimés par l'évolution de la jurisprudence, d'une nouvelle codification de la responsabilité civile, préparée par les travaux de Pierre Catala en 2003 et 2005 et le rapport de François Terré en 2010, partiellement repris dans les projets portés par la Chancellerie en 2017 ou le Sénat en 2020.

Les contributions sur la responsabilité civile rassemblées ici, grâce aux professeures Valérie Lasserre et Anne Vignon-Barrault, fournissent une vision analytique des modifications envisagées, tout en éclairant avec courtoisie les difficultés relatives du système politico-administratif à légiférer en matière civile, par contraste avec sa grande productivité pénale, dont le rythme est inversement souvent considéré comme trop rapide par les praticiens. Sur ces deux plans, la responsabilité de la doctrine, éclairée ici par les analyses de Sébastien Pimont, ne semble pas néanmoins mise en cause, les convergences des analyses universitaires l'emportant sur les dissonances.

Sur le fond, sans qu'elles soient forcément explicitées, les modélisations économiques de la responsabilité, décrites dans ce volume par Bruno Deffains, ont sans doute enrichi les approches juridiques du siècle passé, tout en prolongeant les tendances historiques de long terme à la socialisation des risques. La réparation des dommages subis par les victimes est ainsi de plus en plus abordée à travers les assurances et les fonds de garantie dont le nombre s'est multiplié. Il ne s'agit d'ailleurs que de la prolongation d'évolutions systémiques apparues avec le développement industriel et l'urbanisation. Dans son article consacré à « L'œuvre de Duguit et le droit privé », Georges Morin écrivait déjà, en 1932, avec d'heureuses formules :

« Un historien dépouillé de tout préjugé philosophique reconnaîtra que, dans notre droit positif contemporain, si la volonté humaine n'a plus son autonomie absolue, si l'homme

¹ Le premier numéro de la nouvelle série des *Archives de philosophie du droit* est paru en 1952, sous la direction de Paul Roubier et Roland Maspétiol, Henri Motulsky en assurant le secrétariat. Il était consacré, dans le contexte de l'après-guerre, à *La distinction du droit privé et du droit public et l'entreprise publique*. Cette nouvelle série prolongeait celle, interrompue par la guerre, des *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, créées en 1931 par un groupe d'universitaires parmi lesquels Louis Le Fur, Georges Davy, François Gény, Henri Lévy-Ullmann, Georges Renard, Georges Gurvitch, ce dernier en assurant le secrétariat général.

n'apparaît plus comme la cause efficiente du droit, il en devient la cause finale, puisque la protection des faibles est le but de toutes les solutions légales et jurisprudentielles »².

Une même évolution peut d'ailleurs se constater en matière pénale³. S'est en effet ajouté parallèlement, sur la même période, le souci de la réinsertion du coupable, lui aussi considéré comme la victime d'une éducation et d'un environnement social défailants, tout particulièrement s'il est mineur ou primo-délinquant.

Sur un plan théorique, on peut considérer que la tradition civiliste associée à l'individualisme libéral, en tant qu'idéal-type, reposait sur un modèle intuitif comprenant à la base deux agents, reliés par la causalité linéaire entre un fait et un dommage. La socialisation du risque résulte épistémologiquement des progrès d'une culture scientifique générale⁴, prenant en cause des causalités beaucoup plus complexes, globales, dans lesquelles les volontés et les capacités des agents ne constituent que des paramètres. Il n'apparaît pas ainsi illégitime aujourd'hui que la responsabilité des professeurs d'école accompagnant leur classe dans une excursion soit en général, en cas d'accident survenant à un enfant, plutôt qu'examinée dans le détail d'actions et de circonstances imbriquées, prise en charge *in concreto* par l'assurance responsabilité des parents.

Les problématiques environnementales étudiées dans ce volume confirment et développent largement aujourd'hui le besoin de ces approches causales englobantes, qui néanmoins, comme le souligne avec acuité le Professeur Yoshihisa Nomi, dans ses analyses de la catastrophe de Fukushima, reprennent, au cœur de la civilisation industrielle, les problématiques de la justice corrective (elle-même une partie de la justice commutative) et de la justice distributive d'Aristote et de la tradition aristotélicienne (de Saint-Thomas à Michel Villey).

Mais toutes ces évolutions ne se contentent pas de massifier les paramètres et d'entremêler les chaînes causales, pour ainsi dire dans l'espace : elles modifient l'approche de la responsabilité par rapport au temps. Comme le montre de manière systémique la Professeure Frison-Roche, une responsabilité tournée vers le passé, *Ex post*, reste presque naïve et minimise le rôle que doit jouer le Droit ainsi que les instruments dont il dispose : ceux de la régulation et de la *compliance*, au service de la détermination d'une responsabilité *Ex ante*, notamment des organisations publiques et des entreprises.

Dans sa contribution sur la responsabilité de l'État, Bruno Lasserre montre ainsi un double mouvement. Le premier est, selon l'approche classique de la responsabilité *Ex post*, tourné vers le passé, un passé cependant de plus en plus complexe, avec ses risques techno-

2 *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, tome 2, 1932, p.156. On rappellera également ici le célèbre ouvrage de Léon Husson, *Les Transformations de la responsabilité*, Paris, 1947.

3 La punition peut en effet constituer pour certains économistes une forme spécifique de la réparation (*cf.* par exemple Ejan Mackaay et Stéphane Rousseau, *Économie du droit*, Paris, 2008, p. 351 et s.), comme l'illustrent aussi les « débats civilistes » sur l'amende civile ou les dommages et intérêts punitifs, ou des formes innovantes de responsabilité sans culpabilité explicite (*cf.* la Convention judiciaire d'intérêt public).

4 Illustrée pour le droit, dès le XIX^e siècle, par les développements de la sociologie du droit.

logiques ou sanitaires aux effets latents⁵, ou lointain, celui des drames de l'Histoire. Mais le second mouvement dessine une responsabilité de l'État *Ex ante*, orientée vers la complexité de l'avenir, la responsabilité de l'État pouvant être alors engagée, « avant que sa carence n'ait produit ses effets attendus ». C'est ce qu'illustrent des jurisprudences récentes du Conseil d'État ou du Tribunal administratif de Paris ou des décisions analogues en Allemagne, en Belgique, aux Pays-Bas.

Il demeure toutefois une zone de la responsabilité *Ex ante*, proprement inter-générationnelle, qui reste à mieux approcher mais qui échappera toujours tant au modèle naïf qu'aux modélisations sophistiquées : c'est celui de la responsabilité parentale, étudiée ici par Gaël Henaff. Cependant, la relation parents/enfants est celle du Soins : en s'inspirant de Frédéric Worms, on peut donc considérer que cette relation fonde et dépasse à la fois la distinction des personnes et la responsabilité juridique, selon une sorte de pré-droit, qui serait non celui de sujets mais de la vie elle-même⁶.

Dans le monde du droit proprement dit, donc du risque, du collectif et du long terme, la responsabilité individuelle a-t-elle aujourd'hui disparu ? Non, au sens où, sur le principe, les assurances et les fonds de garantie, malgré leurs coûts d'intermédiation, ne sont pas des monstres froids mais, dans une société démocratique, résultent, d'une part, de l'action et des choix des « individus organisés », étant, d'autre part, au service des individus séparément considérés.

On peut même élargir l'étude d'une responsabilité organisée par des mécanismes de couverture à la dimension politique de nos sociétés.

On a vu qu'en matière civile ou environnementale, le Juge faisait avancer le Droit, dans l'horizon des choix et du contrôle démocratique opérés par la représentation nationale. Toutefois, force est de constater que la représentation nationale, et la responsabilité politique qui l'accompagne, ne sont plus davantage celles du modèle naïf, où l'électeur individuel confie les grands choix collectifs à ses représentants, eux-mêmes contrôlant un exécutif responsable devant eux ou, exceptionnellement et à titre individuel, devant les tribunaux.

Les systèmes de décision publique ont en effet aujourd'hui, dans beaucoup de domaines, échappé dans une large mesure aux partis et donc à la vision naïve de la responsabilité politique. Les choix publics, où se joue l'intérêt général de la collectivité, sont protégés des risques de dérives court-termistes, dans une sorte d'auto-limitation de la démocratie opérée à bas bruit. Cette dernière est cependant conforme à une logique de fond, comme à la tradition historique du « régime mixte » (aristocratique et démocratique), théorisé par la philosophie grecque, selon laquelle la raison doit calculer les limites de la liberté. Ce calcul s'entend d'ailleurs aujourd'hui au sens propre, celui des statistiques et des probabilités, opéré par les économistes des choix publics⁷. Doivent ainsi par principe être concernés tous les champs, économiques, environnementaux, sanitaires, sociaux, où, pour garantir l'intérêt général à long

5 Cf. en matière civile, la problématique des risques de développement d'un produit.

6 Cf. par ex. Frédéric Worms, *La Vie qui unit et qui sépare*, Paris, 2013.

7 L'article *principes* est sans doute celui d'E. Maskin et J. Tirole, « Accountability in Government: the Politician and the Judge », *American Economic Review*, 94, 4, 2004, p. 1034-1054.

terme, les choix effectués ne doivent pas souffrir d'incohérence temporelle et où les effets engendrés par les décisions sont difficilement observables par les électeurs⁸. On rentre alors dans le monde nécessaire des autorités indépendantes, administratives comme, selon une lecture économique des institutions, judiciaires.

De la politique monétaire à la protection juridictionnelle des droits individuels, notamment via la QPC, qui relèvent ainsi de la même logique fondamentale, on rappellera donc sur les trente dernières années la création en France de 26 AAI ou API (dont, en novembre 2018, le Haut Conseil pour le climat), elles-mêmes insérées dans le réseau européen des autorités de régulation. En termes de risques, toutes ces institutions forment ainsi, si l'on peut se permettre cette comparaison, des régulateurs de vitesse et des ceintures de sécurité de la démocratie, même si l'action et la responsabilité politiques au sens naïf s'en trouvent limitées. Aujourd'hui, selon cette logique appliquée au monde des réseaux sociaux et de l'économie de l'attention, les choix essentiels à opérer sont ainsi, en sous-jacent nécessaire des choix électoraux des individus, ceux portés en Europe par le *Digital Services Act*, qui rejailiront sur la régulation des émotions collectives, des engouements comme des colères, elles-mêmes à la base de tous les populismes.

Dans nos écosystèmes naturels, technologiques et sociaux complexes, dans notre monde de calculs et de dispositifs de *compliance*, nous ne pouvons cependant pas dire que la responsabilité individuelle, celle de la philosophie occidentale (*cf.* les contributions de Marion Krafft, Elena Partene, Jean-Baptiste Le Bohec), ait disparu, même si elle est de plus en plus encadrée ou limitée.

En matière pénale, elle reste un élément nécessaire de régulation que les neurosciences ne sont pas prêtes pour dissoudre⁹, même si la notion de responsabilité pénale présente de forts risques de dilatation et de dilution, qu'étudie dans ce volume Juliette Tricot.

Mais, hors du domaine pénal, les évolutions historiques retracées à grands traits montrent qu'aujourd'hui la responsabilité individuelle est surtout amenée à se concentrer sur quelques-uns, ce qui reflète d'ailleurs la logique du régime mixte, dans lequel sa partie aristocratique porte une grande part des décisions donc des responsabilités.

C'est ainsi qu'à la suite d'une histoire longue, celle s'étendant depuis la création de la Cour des comptes et plus récemment de la Cour de discipline budgétaire et financière, en 1948, le Parlement vient d'autoriser le gouvernement à légiférer par ordonnance pour définir un nouveau régime, unifié, de responsabilité des gestionnaires publics, à la fois *sui generis* et inspiré par les principes généraux de la responsabilité. Catherine Hirsch, Procureure générale près la Cour des comptes, nous en définit les objectifs et les orientations. Il s'agit bien ici d'une évolution fondamentale selon laquelle les citoyens d'une société complexe, s'ils ne peuvent

8 Comme ce fut historiquement le cas d'abord en matière de concurrence depuis la création de la *Federal Trade Commission* en 1914

9 *Cf.* la synthèse opérée récemment par la Mission de recherche Droit et Justice, *Neurosciences et pratiques judiciaires*, MRDJ et ENM, 2021.

toujours pénétrer les arcanes du fonctionnement administratif et les choix qui en sont issus, sont en droit d'attendre qu'ils soient conformes à leurs intérêts.

Mais, tous champs confondus et à travers toutes les évolutions futures du monde, la responsabilité individuelle ultime restera dans une démocratie celle du Juge. Elle est étudiée dans ces pages par Chantal Arens, Première Présidente de la Cour de cassation qui montre ainsi que, même si la responsabilité du magistrat s'exerce dans un cadre institutionnel collectif, elle repose fondamentalement sur un « travail singulier du juge sur lui-même ». Ce travail sur soi du Juge n'est-il pas finalement la plus belle illustration du choix fondamental d'où notre tradition philosophique voit naître l'irréductible responsabilité de l'individu ?

rene.seve.75@gmail.com