

# Le retour du talion

Le droit romain et l'ancien droit ont longtemps maintenu la confusion de la peine et de la réparation, qu'exprimait notamment la loi du talion. L'expression « responsable mais pas coupable », prononcée dans une affaire très douloureuse, exprimait, à sa manière, la distinction essentielle – apparue dans notre droit au 16<sup>ème</sup> siècle – entre la responsabilité pénale et la responsabilité civile : d'un côté, la loi qui punit, de l'autre la loi qui répare.

Ainsi les codes napoléoniens crurent-ils mettre en place un système très civilisé de la responsabilité. La « peine privée » était morte. Près de deux siècles après la consécration de ce droit rationnel qui semblait incarner la loi morale, qu'en reste-t-il ?

Réécrit en 1994, notre nouveau code pénal semble maintenir ses principes fondamentaux : la « faute » est le seul fondement du péché social que constituent le crime et le délit. La condition de toute faute pénale est la lucidité, le « discernement » : selon l'expression de l'article 122-1, « n'est pas pénalement responsable la personne qui était atteinte au moment des faits d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant aboli son discernement ou le contrôle de ses actes ». De même, n'est pas pénalement responsable la personne « qui a agi sous l'empire d'une force ou d'une contrainte à laquelle elle n'a pu résister ». En principe, n'est pas non plus pénalement responsable le « mineur » - que la loi présume privé d'un parfait discernement – même si à partir de treize ans, il peut faire l'objet, exceptionnellement, d'une condamnation pénale. L'absence de lucidité, la contrainte, la légitime défense, la minorité retirent ainsi, selon notre droit, à l'auteur d'un fait ce « libre arbitre » sans quoi la loi ne peut le punir. Tel est, en dépit de quelques différences, le droit commun des pays civilisés.

Mais regardons ce que fut sur deux siècles le destin de la responsabilité civile. Quand en 1804, fut promulgué le code civil, la faute était le fondement proclamé de toute responsabilité, : la faute intentionnelle ou la faute de dite d'imprudance ou de négligence. Dès l'époque, la loi dispensait commodément, dans certains cas, la victime d'apporter la preuve d'une faute : chacun était présumé responsable des personnes dont il devait répondre – enfants, préposés -, des « choses qu'il avait sous sa garde », et encore de ses animaux et de ses bâtiments. Et voici que, tout au long du 19<sup>ème</sup> siècle et du 20<sup>ème</sup> siècle, la théorie de la « faute » inspiratrice de ce droit, est apparue sans cesse plus inadaptée. La révolution industrielle, le développement du machinisme, toutes les étapes du « progrès » d'une société nouvelle ont rendu vétuste un système qui semblait avoir été fait pour un monde ancien. Il n'est pas question de dresser ici le bilan d'une immense législation qui, depuis la fameuse loi de 1898 sur les accidents du travail, a, durant un siècle, bouleversé le droit de la responsabilité, faisant de la « réparation » - avec ou sans faute – l'essentiel objectif. Sans doute faudrait-il pour tenter de mesurer cette évolution, ou cette révolution, réfléchir sur le rôle considérable qu'a joué le développement de l'assurance de responsabilité civile, et de « l'obligation d'assurance » instituée dans de nombreux cas. De même faudrait-il observer les mutations provoquées par la « socialisation » directe de nombreux risques pris en charge par la collectivité nationale. Les juristes ont constaté, et souvent déploré, ce qu'ils ont appelé la « crise » de la responsabilité ; le désir de réparer à tout prix tout dommage semble seul capable de donner aujourd'hui une inspiration cohérente à notre droit. Ce qu'a proclamé, le 22 octobre 1982, la décision du Conseil Constitutionnel, affirmant qu'est un droit fondamental de l'homme celui d'obtenir réparation du dommage qu'il a subi. Ce qu'ont dit autrement la loi du 3 janvier 1968 édictant que le dément qui avait causé un dommage serait obligé à réparation, et encore les arrêts solennels rendus par la Cour de Cassation le 9 mai 1984 décidant que l'absence de discernement du petit enfant

n'était pas un obstacle à sa responsabilité civile, fût-elle fondée sur la faute. La « faute civile » ainsi privée de tout élément subjectif serait-elle désormais autre chose qu'un « fait » qui cause dommage ?

De cette évolution systématique de notre droit, on voit bien les aspects positifs : l'assurance, la socialisation des risques, la multiplication des lois réparatrices, viennent au secours des victimes ? « *Au commencement est le dommage* » écrit François Terré professeur de philosophie du droit et membre de l'Institut, et deux siècles ont bouleversé un droit qui, regardant trop la faute, consentait à ce que de nombreux dommages ne soient pas réparés. Cette évolution consacre un long progrès de l'esprit de justice. Mais nous devons observer aussi les risques que nous fait courir ce progrès, et les dévoiements qu'il peut engendrer si nous n'y prenons pas garde. Nous pouvons d'abord nous méfier de l'incessant développement donné, par nos appétits modernes, au besoin de réparation, nous méfier de cette « victime » que nous a portée le grand vent venu d'Amérique : chaque citoyen semble aspirer à revendiquer, un jour ou l'autre le statut de victime. Tout concourt au développement de cette épidémie contemporaine, la pression de l'opinion, l'accumulation des lois d'opportunité, et surtout une nouvelle mentalité citoyenne très individualiste et revendiquante. Une moderne déclaration des droits de l'homme pourrait illustrer assez bien, en trois articles, cette mentalité nouvelle : « Tout dommage doit être réparé. » « Je ne suis responsable de rien. » « Les autres sont responsables de tout. ». Même caricatural, cette déclaration de « mes droits » et des « devoirs des autres » est sans doute dans la poche de beaucoup d'entre nous...

Et voici que, pour servir l'idéal de réparation, le droit pénal est prié de venir au secours du droit civil. Nous ne cessons d'assister en France, à une effarante multiplication des lois pénales qui viennent assortir toute obligation sociale d'une menace de punition. La « pénalisation » progressive du droit français est d'abord l'effet de cette « passion du droit » qu'a fort bien décrite le doyen Jean Carbonnier : nous vivons en France, en état « d'intoxication juridique ». Mais l'inflation des lois pénales n'est pas seulement le symptôme d'une de nos vieilles maladies. Elle dit aussi une évolution de nos mentalités. La faute oserait-elle demeurer le fondement de la responsabilité pénale ? Est-il supportable, disent les uns, que le dément ne soit pas condamné et puni ? N'est-il pas déplorable, disent les autres, que le mineur de moins de treize ans ne soit pas tenu pour majeur, dès lors qu'il commet un délit ou un crime ? Une telle évolution suggère que la « punition » (qui est à la fois spectacle et châtement) du responsable redevienne, dans notre culture moderne, ce qu'elle fut au Moyen Age, un élément essentiel de la réparation. Le procès public, la peine, la souffrance du responsable retrouveraient, au bout du chemin leur vocation primitive : ils seraient les vrais moyens de la réparation.. « *Le paradoxe est énorme*, écrit le philosophe Paul Ricœur, dans une société qui ne parle que de solidarité (...), *la recherche vindicative du responsable équivaut à une reculpabilisation des auteurs identifiés de dommages*. » Telle est la menace que fait peser sur nous – contrairement à ce que crurent nous enseigner les progrès du droit et de la morale – le terrible idéal d'une réparation « parfaite » qui rêverait d'ajouter la vengeance à l'indemnité.

Jean-Denis Bredin dans Le Monde de l'Éducation --février 1999