

ECOLE NATIONALE DE LA MAGISTRATURE

**CONCOURS
COMPLÉMENTAIRE**

2003

MEILLEURES COPIES



Le résultat en matière pénale

Le droit pénal détermine des comportements jugés indésirables du fait de leurs résultats préjudiciables à l'ordre public et à la sécurité des personnes et des biens. Il les érige en infractions et définit les sanctions qui leur seront applicables.

La politique criminelle oscille entre deux pôles : développer une approche objective de la répression fondée sur la constatation du résultat incriminé, indépendamment des éléments relatifs à la personne de l'auteur ou choisir une approche subjective où la personnalité du délinquant est au centre du système répressif, le résultat matériel de l'infraction n'étant qu'un passage à l'acte illustrant la mise en action d'une personnalité dangereuse. Dans le premier cas, la répression ne s'intéresse qu'au résultat obtenu. Ce point de vue a pour limite de ne pas tenir compte d'éléments propres à la personne de l'auteur, qui pourraient venir aggraver ou au contraire minorer la répression en référence à la dangerosité réelle qu'il véhicule. Dans le deuxième cas, des mesures coercitives adaptées peuvent prendre en compte une dangerosité qui ne s'est pas exprimée dans un passage à l'acte.

L'influence de la perspective objective domine le droit pénal français contemporain, même si l'approche subjective complète largement la politique répressive.

Les infractions déterminent des comportements en fonction d'un résultat préjudiciable. La répression des faits incriminés va dépendre dans une large part de ce qu'un résultat sera constaté. Celui-ci est en premier lieu une condition de la répression (I). Mais la détermination de la répression elle-même se construit pour une large part autour du rôle du résultat, tant par rapport à la faute requise qu'à la mesure des peines appliquées (II).

I – Le résultat, condition de la répression

Engager la responsabilité pénale d'une personne physique ou morale suppose en général que soit atteint le résultat décrit dans le texte d'incrimination, la poursuite reposant sur la matérialisation du résultat de l'infraction (A). Mais la prise en compte de la dangerosité de certains comportements implique l'incrimination de comportements situés en amont du résultat, pris en compte malgré l'absence de celui-ci (B).

A – La matérialisation comme condition des poursuites

La plupart des incriminations déterminent des infractions de résultat. L'obtention du résultat conditionne la mise en jeu des poursuites.

Constituant l'élément matériel de l'infraction (ex : la mort de la victime, pour le meurtre, art. 221-1), il doit être établi par les autorités de poursuite. Celles-ci doivent qualifier l'infraction, c'est à dire rapporter l'élément matériel constaté à un texte déterminant celle-ci, en application du principe de la légalité criminelle posé par l'article 111-3 du Code pénal.

Le résultat, élément matériel de l'infraction, doit être établi et correspondre aux éléments du texte utilisé interprété strictement (art. 111-4).

La poursuite peut être engagée dès que l'infraction est consommée. La consommation du résultat peut présenter une structure variable en fonction du type de l'infraction. Dans l'infraction simple (vol), le résultat sera consommé par un acte matériel simple (la soustraction frauduleuse). Le résultat de l'infraction d'habitude supposera le renouvellement d'un acte (ex : exercice illégal de la médecine). Le résultat de l'infraction instantanée sera acquis immédiatement dès l'acte de consommation (vol, meurtre), l'infraction permanente verra le sien perdurer dans le temps (bigamie). Celui de l'infraction continue se réalise dans la durée.

La consommation, matérialisation du résultat, détermine à la fois le point de départ du délai de prescription, la loi pénale applicable et la juridiction territorialement compétente : jour et lieu de l'obtention du résultat.

L'imputation d'un crime, d'un délit ou d'une contravention à une personne, suppose donc que soit d'abord établi le résultat matériel de l'infraction. Dans le cas des contraventions, infractions dites « matérielles », cette étape suffira au prononcé de la sanction, la faute, imprudence ou négligence, étant présumée acquise du simple fait de la matérialité des faits. L'obtention du résultat est une condition de poursuite de l'auteur principal mais elle détermine aussi la mise en jeu de la responsabilité pénale du complice. Celui-ci sera poursuivi, dans les cas prévus par la loi (crimes, délits, contraventions pour l'instigateur) si la matérialité des faits est établie à l'endroit de l'auteur principal (art. 121-7 : le complice facilite la préparation ou la consommation de l'acte). Or si le résultat atteint diffère de celui que le complice envisageait, la responsabilité pénale de celui-ci pourra en être modifiée. Un même résultat obtenu avec des moyens différents permettra de retenir la responsabilité du complice, mais pas un résultat plus grave, qui n'avait pas été envisagé (des violences étaient prévues, il y a eu meurtre).

Pour élargir la prise en compte des comportements dangereux, la répression peut être élargie à des situations où n'apparaît pas de résultat matériel.

B – La répression en absence de résultat matériel

La dangerosité d'un comportement mérite qu'on le prenne en compte alors même que le résultat n'est pas atteint. Deux situations sont à envisager : le problème de l'infraction non consommée (1) et celui des incriminations posées en amont du résultat : les infractions formelles et les délits obstacles (2).

1 – L'infraction non consommée

De la simple pensée criminelle à l'infraction consommée le chemin peut être long. Il peut être jugé opportun en terme de politique criminelle de permettre la répression d'une infraction tentée, dont la pleine réalisation n'a pas été effectuée pour diverses raisons.

L'article 121-4 envisage la poursuite de la tentative de crime et celle des délits dans les cas prévus par la loi, lorsque un commencement d'exécution est constaté, qui n'a pas fait l'objet d'un désistement volontaire. Le commencement d'exécution s'apprécie en référence au résultat envisagé : il est constitué d'actes qui ont pour conséquence immédiate la consommation de l'infraction. Le rapport entre résultat à atteindre et tentative comporte deux extrémités à signaler : dans certains cas, la répression de l'infraction suppose un résultat constaté (violences) : la tentative n'est pas punissable ; dans d'autres cas, le résultat de l'infraction ne peut pas, pour des raisons de fait ou de droit, être atteint (infraction impossible : meurtre sur cadavre), mais la tentative restera punissable du fait des éléments matériels et intentionnels réalisés qui ont marqué l'intention criminelle.

2 – Les infractions formelles et les délits obstacles

Certains actes sont érigés en infraction alors même que le résultat attendu n'est pas constaté, ou même en absence même de résultat.

Les infractions formelles en constituent la première catégorie. Leur élément matériel est constitué d'actes qui tendent à un résultat, sans que la réalisation effective de celui-ci soit requise (art. 221-5, empoisonnement : administration de substances de nature à entraîner la mort ; art. L 121-1 Code de la consommation : publicité mensongère : informations de nature à induire en erreur...).

Il n'est donc pas nécessaire d'attendre ou de constater la survenance du résultat pour engager les poursuites.

Les délits obstacles relèvent également de cette configuration. Un comportement est incriminé en soi au titre de l'état dangereux alors même qu'aucun résultat dommageable n'est réalisé (ex : conduite en état d'ivresse).

Concernant ces situations, certains auteurs énoncent l'idée de la réalisation d'un « résultat juridique » : en dehors de la matérialité d'un résultat final, un état est cependant constitué qui réalise le point d'ancrage de la répression, la constatation des éléments requis pour appliquer le texte d'incrimination.

Le résultat de l'infraction conditionne la mise en œuvre de la répression, c'est aussi la donnée qui détermine la géométrie de celle-ci.

II – Le résultat, détermination de la répression

La matérialité des faits établie, la mise en jeu de la responsabilité pénale de l'auteur suppose que lui soit imputée une faute, dont la nature s'analyse en fonction du résultat envisagé (A). Par ailleurs, le résultat obtenu commandera, dans certaines infractions, la gravité de la répression (B).

A – Le résultat recherché, critère de la faute

La nature de la faute requise pour la poursuite et imputée à l'auteur dépend de son attitude psychologique par rapport au résultat de l'infraction. Soit celui-ci était recherché par l'auteur, soit il ne l'était pas. Cette intention criminelle sera requise dans la caractérisation de certaines infractions (les crimes, la plupart des délits – 1), soit le comportement de l'auteur pourra être incriminé en absence de recherche de résultat (2).

1 – Les infractions intentionnelles

L'intention est définie comme la volonté de parvenir au résultat envisagé (le criminel a voulu la mort de sa victime).

L'intention peut être celle d'obtenir un résultat précis en violant la loi pénale. Elle sera alors qualifiée de dol général. Elle est requise pour toutes les infractions intentionnelles et établie indépendamment des motifs, crapuleux ou honorables, de l'auteur. La mort donnée intentionnellement engagera la responsabilité du meurtrier, qu'il ait voulu se venger ou qu'il ait précipité la fin d'un grand malade pour abrégé ses souffrances. La prise en compte des mobiles dans la qualification pénale (dol spécial) viendra compléter l'intention d'obtenir un résultat donné et enrichir l'approche criminologique des faits (art. 314-7 du Code Pénal, organisation frauduleuse d'insolvabilité en vue de se soustraire à l'exécution d'une condamnation).

2 – Les infractions non intentionnelles

Pour protéger certaines valeurs supérieures, comme la vie et l'intégrité physique des personnes, le législateur a érigé en infraction des comportements dont les résultats sont ou pourraient être préjudiciables aux personnes, alors même que leurs auteurs ne les recherchait pas spécialement. Une simple imprudence, une faute caractérisée, un manquement à l'observation des lois, peuvent être poursuivis du fait de leur résultat préjudiciable, dans les conditions prévues à l'article 121-3 du Code Pénal.

Les conditions de mise en œuvre des infractions non intentionnelles sont déterminées par le rapport de causalité entre la faute et le résultat. Un rapport de causalité direct avec une atteinte à la vie ou à l'intégrité des personnes physiques permettra d'incriminer une simple imprudence. En revanche, à la suite des lois du 13 mai 1996 et du 10 juillet 2000 tendant à limiter la mise en jeu de la responsabilité des personnes physiques dans le cadre des délits non intentionnels, en cas de causalité indirecte avec le résultat, une faute d'imprudence aggravée sera requise (mise en danger ou faute caractérisée). Dans ce type d'infraction, la gravité de la faute est en quelque sorte inversement proportionnelle à sa proximité avec le résultat réalisé.

Dans le domaine des infractions non intentionnelles, la mise en danger de la personne d'autrui (art. 223-1 du Code Pénal) constitue un cas particulier. L'infraction est une illustration de la notion de dol éventuel : une imprudence est délibérément commise, peu importe le résultat. Il est possible qu'il advienne, mais on espère qu'il ne se réalisera pas, le risque en est pris. La mise en danger est la seule infraction

non intentionnelle qui ne requiert pas de résultat pour être constituée. La violation délibérée d'une obligation de prudence ou de sécurité suffit à établir l'infraction.

Le résultat n'est pas simplement un déterminant de la nature de la faute pénale, il est aussi dans certaines infractions celui de la gravité de la répression.

B – Le résultat obtenu, critère de la gravité de la répression

Certaines infractions, dites dol indéterminé, sont réprimées non pas en fonction du résultat envisagé, flou dans l'esprit de l'auteur, mais du résultat effectivement réalisé.

Il en est ainsi tout d'abord des violences. Les violences sont des agressions emportant un préjudice à l'intégrité physique ou psychique d'une personne physique. En fonction de leur résultat, elles seront réprimées de peines criminelles (art. 222-7 du Code Pénal, violences ayant la mort, 15 ans de réclusion criminelle), de peines délictuelles (emprisonnement de 10 ans pour les infirmités permanentes, art. 222-9 du Code Pénal, de trois ans pour celles ayant entraîné une ITT de plus de huit jours), voire de simples contraventions en absence d'ITT.

Les tortures et actes de barbarie sont de la même façon réprimés de réclusion criminelle à perpétuité ou à temps (30 ans, 20 ans) en fonction des atteintes à la personne qu'elles ont entraîné (mort, infirmité permanente, art. 222-6, 222-5, 222-1).

Les atteintes non intentionnelles à la personne font l'objet du même régime. La répression ne dépend pas de la gravité de la faute d'imprudence mais du résultat constaté : emprisonnement de trois ans et 45 000 € d'amende pour les homicides involontaires, des peines de un à trois ans d'emprisonnement et des amendes de 15 000 € à 30 000 € d'amende pour les atteintes provoquant des ITT de plus de trois mois ou de moins de trois mois.

Le résultat du comportement délinquant est l'élément essentiel qui détermine les différents éléments du régime de la répression, en constituant souvent l'élément matériel requis pour la qualification de l'infraction, en définissant la nature de la faute requise, en déterminant dans certains cas la gravité des sanctions encourues. Son rôle témoigne d'un ancrage assez largement objectif de notre système répressif, avec des nuances élargissant le spectre de la répression, comme en matière de tentative, qui en font à la fois l'efficacité et la rigueur dans le cadre d'un système respectueux des droits et des garanties accordées aux personnes poursuivies.

La compétence du juge judiciaire en matière administrative

« Défenses itératives sont faites aux tribunaux de connaître des actes d'administration de quelques espèces qu'il soient. » Ce principe affirmé avec véhémence par le décret du 16 fructidor an III correspond en fait à « la conception française de la séparation des pouvoirs » (pour reprendre l'expression du Conseil Constitutionnel) qui prévaut en droit français et qui conduit, en application de la loi des 16 et 24 août 1790, à séparer les fonctions administratives des fonctions judiciaires.

Cette séparation, qui trouve sa source dans la méfiance des révolutionnaires à l'égard des fonctions judiciaires, conduit à ce que le juge judiciaire ne puisse en principe connaître des activités de l'administration. En effet, selon une formule célèbre « juger c'est encore administrer ». Il en découle par conséquent un dualisme juridictionnel (qui se rencontre rarement dans d'autres pays), l'administration ayant dû « créer » son propre juge.

De ce point de vue, l'idée d'une compétence judiciaire en matière administrative peut sembler provocatrice. (la notion de matière administrative étant étendue au sens large comme visant l'activité de l'administration)

La pratique administrative révèle néanmoins que les hypothèses d'une compétence du juge judiciaire à l'égard de l'administration ne sont pas rares, soit que celles-ci découlent d'une compétence traditionnellement reconnue au juge judiciaire pour certains métiers et certaines activités (I), soit qu'elles proviennent d'une extension de la compétence de ce juge dans certaines situations (II).

I - Une compétence traditionnelle du juge judiciaire dans certaines matières et pour certaines activités de l'administration

Traditionnellement certaines matières sont de la compétence naturelle du juge judiciaire (A), et certaines activités de l'administration ressortent également de sa compétence.

A - Une compétence naturelle

Certaines matières relèvent par nature de la compétence du juge judiciaire. Tel est le cas des questions relatives à l'état civil et à la capacité des personnes dont le juge administratif ne peut connaître. Saisi d'un litige mettant en cause un tel problème, le juge administratif a l'obligation de surseoir à statuer et renvoyer la question au juge civil (mécanisme de la question préjudicielle).

De la même manière, le juge judiciaire est considéré en France comme le gardien de la propriété immobilière. Ce rôle apparaît notamment à travers l'intervention du juge judiciaire au cours de la procédure d'expropriation pour cause d'utilité publique.

Dans la même logique, il est le protecteur des libertés individuelles, fonction qui est reconnue par la Constitution du 4 octobre 1958, dans son article 66, lequel dispose que « l'autorité judiciaire est (la) gardienne de la liberté individuelle ».

A ce principe, fait écho l'article 136 du code de procédure pénale duquel il découle qu'il est interdit aux autorités administratives d'élever, le conflit pour les matières mettant en cause les libertés individuelles. S'il apparaît donc que le Juge Judiciaire dispose d'une compétence exclusive en certaines matières, ce principe est néanmoins tempéré par le fait que le juge administratif et parfois le Tribunal des Conflits ont une conception plutôt étroite de ce domaine réservé.

En premier lieu, le Juge Judiciaire dispose d'un pouvoir limité s'agissant de l'interprétation et de l'appréciation des actes administratifs. Ainsi, le juge civil ne peut qu'interpréter les actes administratifs réglementaires (TC 1923 Sept fonds). De même, le juge pénal, jusqu'à l'intervention de l'article 111-5 du nouveau avait une compétence restreinte. S'agissant de l'interprétation des actes administratifs et de l'appréciation de leur légalité (jurisprudence Avranches et Desmarets). Il en résulte, que le juge judiciaire a, s'agissant des matières qui lui sont dévolues, une compétence véritablement minimale.

En second lieu, à la différence de la Cour de Cassation (arrêt Cass 1985 Bogdan et Vuckovik) le Tribunal des conflits et le Conseil d'Etat ont une conception restrictive de l'article 136 du code de procédure pénale et de l'article 66 de la constitution dont il cantonne l'application à l'hypothèse de la voie de fait (Tribunal des conflits 1997 ; TGI de Paris, CE 1985 Voskvesensky).

Il est à noter à cet égard, que la décision précitée du Tribunal des conflits a suscité de vives controverses au sein même de cette juridiction aboutissant à la démission de l'un de ses membres.

Si la compétence du juge judiciaire est reconnue dans des matières déterminées, celui-ci peut également être amené à connaître de certaines activités de l'administration.

B - Une compétence reconnue pour certaines activités de l'administration

En premier lieu, il a été admis très tôt que le juge judiciaire pouvait être compétent à l'égard de l'administration lorsque celle-ci agissait dans un but étranger à l'intérêt général et sans que soient mises en œuvre des prérogatives de Puissance Publique.

Ainsi, relèvent de la compétence du Juge Judiciaire : les contrats de l'administration qui ne conservent pas l'exécution du service public ou ne comportent pas de clauses exorbitantes du droit commun ; les actes relatifs à la gestion de son domaine privé ; les dommages causés par un agent de l'administration lorsque les faits qui en sont à l'origine présente le caractère de faute personnelle, quand bien même celle-ci serait commise pendant le service (mais dans cette hypothèse, il y a cumul de responsabilité au regard de la jurisprudence Lemonnier du Conseil d'Etat).

De même, jusqu'à la jurisprudence Berkani du Tribunal des conflits (1996), les litiges mettant en cause des agents de l'administration ne participant pas directement

à l'exécution du service public relevaient des juridictions judiciaires (jurisprudence Dame Veuve Mazerand).

En second lieu, l'apparition de la notion de services publics industriels et commerciaux, issue de la jurisprudence du Tribunal des conflits, affaire dite « du Bac d'Eloka » (1921) a conduit à transférer au juge judiciaire un pan entier de l'activité de l'administration, phénomène au demeurant amplifié par l'interventionnisme accru de l'Etat notamment en matière économique.

Ainsi, le Juge Judiciaire est-il compétent pour connaître du fonctionnement de ces services, que ceux-ci soient assurés directement par l'Etat ou par d'autres personnes morales (par exemple un EPIC). La question de l'identification de ces services se pose cependant (eu égard notamment aux limites du critère de faisceau d'indices).

En dernier lieu, certains services relèvent par nature de la compétence du Juge Judiciaire, tout au moins une partie de son activité. Tel est le cas du service de la justice dont le fonctionnement est de la compétence du juge judiciaire (Tribunal des conflits Préfet de la Guyane). Cependant le Juge Administratif reste compétent s'agissant de l'organisation du service ou de manière plus critiquables pour les sanctions prises par le Conseil Supérieur de la Magistrature à l'égard des magistrats du siège (CE Sieur Letang). De même, les services de police ressortent de la compétence du juge judiciaire dès lors qu'il s'agit d'une activité de police judiciaire (Tribunal des conflits Société le Profil 1978), la distinction entre police administrative et police judiciaire étant parfois peu aisée (le critère principal de distinction étant le but répressif de l'opération de police judiciaire alors que la police administrative a un caractère préventif).

En dehors de ces hypothèses classiques où le juge judiciaire est compétent à l'égard de l'administration, il arrive parfois que l'on assiste à une extension de la compétence du juge judiciaire.

II - Une extension de la compétence du juge judiciaire dans certaines hypothèses

Cette extension peut résulter de la volonté du législateur (A) à être prononcée à titre de « sanction » (B).

A - Une extension voulue par le législateur

Il peut arriver parfois que le législateur souhaite donner compétence au Juge Judiciaire dans certains domaines, alors que celui-ci ne devrait pas normalement connaître de ces litiges au regard des règles classiques de répartition des compétences.

Il s'agit le plus souvent de la volonté de reconnaître au juge judiciaire un bloc de compétence.

De nombreux exemples concernent les régimes spéciaux de responsabilité.

Ainsi, les litiges causés par les véhicules relèvent, au regard de la loi du 31 décembre 1957 de la compétence du Juge Judiciaire quand bien même ces véhicules appartiendraient à l'Administration.

L'on peut également citer la loi du 05/04/1937 qui donne compétence aux tribunaux judiciaires pour connaître des actions exercées contre l'Etat, puis, non comme civilement responsable, mais comme substitué aux membres de l'enseignement public.

Plus récemment, divers textes législatifs ont donné compétence au juge judiciaire en matière de contamination par des produits de transfusion, d'actes de terrorisme.

Le Législateur peut également souhaiter confier certaines matières au juge judiciaire en matière économique : droit de la concurrence par exemple.

Enfin, il peut exister des hypothèses de « compétences résiduelles » : tel est par exemple de certains personnels employés dans les services administratifs dans le cadre de contrats dits « aidés » (emploi-jeune, contrat emploi solidarité) et dont le législateur a prévu qu'ils relèvent des juridictions prud'homales (allant ainsi à l'encontre de l'unification voulue par la jurisprudence Berkani).

Il convient toutefois d'observer que le législateur ne dispose pas en la matière d'une marge de manœuvre illimitée. En effet, le Conseil constitutionnel a été amené à préciser les conditions dans lesquelles un tel transfert de compétences pouvait s'opérer.

Dans une décision du 23 janvier 1987, le Conseil Constitutionnel a ainsi estimé que la dévolution au juge judiciaire de litiges dans des matières relevant normalement de la compétence du juge administratif n'était possible que dans un souci de bon fonctionnement de la justice et à condition de ne pas porter au noyau dur de compétences que la Haute Assemblée reconnaît aux juridictions administratives. Il s'agit des actes pris par le pouvoir exécutif et les autorités qui y sont rattachées dans l'exercice de leurs prérogatives de puissance publique.

Il existe par conséquent un domaine réservé au juge administratif (toutefois bien moins large que son actuelle compétence) insusceptible d'être transféré au Juge Judiciaire. Tel est par exemple le cas du contentieux des arrêtés de reconduite à la frontière des étrangers en situation irrégulière.

Il est enfin à noter que la jurisprudence du Conseil constitutionnel a depuis lors été confirmée à plusieurs reprises (décision de 1989 relative aux conditions de séjour des étrangers, décision de 2001 relative au contentieux de la sécurité sociale non agricole).

Il arrive parfois que l'on reconnaisse la compétence du juge judiciaire à titre de sanction à l'égard de l'administration.

B - Une extension « sanction »

Deux hypothèses sont ici visées : l'emprise et surtout, la théorie de la voie de fait où l'on veut en quelque sorte « punir l'administration » des conditions de son intervention.

L'emprise correspond à la situation où l'administration porte atteinte à la propriété immobilière. Il peut s'agir d'une dépossession totale ou partielle ou d'une occupation temporaire.

Mais en tout état de cause, l'emprise doit être irrégulière, à défaut le juge administratif est seul compétent (Tribunal des conflits 1961 Werkin).

Si tel est le cas, le juge judiciaire est alors compétent. Sa compétence est toutefois limitée à la réparation des conséquences de l'emprise et le Juge Judiciaire ne peut en aucun cas la faire cesser ni adresser des injonctions à l'administration (TC 1949 Hôtel du Vieux Beffroi).

La théorie de la voie de fait concerne quant à elle la situation où l'administration porte une atteinte d'une particulière gravité à une liberté individuelle ou à la propriété immobilière ou mobilière (à la différence de l'emprise). Selon la définition classique, l'action de l'administration ne doit pas pouvoir se rattacher à l'un de ses pouvoirs quelconque (TC 1949 Carlier). Le Tribunal des Conflits a toutefois semblé marquer un assouplissement en considérant dans la décision Eucat de 1986 que l'action de l'administration était insusceptible de se rattacher à un pouvoir spécifique. Dans une récente décision rendue en 2001, Boussadar contre ministre des affaires étrangères, le Tribunal des Conflits revient à la définition traditionnelle.

Ont ainsi été qualifiées de voies de fait : la rétention d'un passeport (TC Eucat, précité), la saisie de journaux (TC1936 action française).

En revanche, la rétention d'étrangers à bord d'un bateau n'a pas été considéré comme constitutive d'une voie de fait.

Il est à noter que les juridictions judiciaires sont plus enclines à retenir la notion de voie de fait que les juridictions administratives ou le tribunal des conflits.

Lorsque les conditions de la voie de fait sont réunies, le Juge Judiciaire dispose alors d'une plénitude de pouvoirs (contrairement à l'hypothèse d'emprise).

Il peut non seulement constater la voie de fait, (en concurrence avec le juge administratif). Mais il est également seul compétent pour la faire cesser, au besoin en adressant des injonctions à l'administration, ainsi que pour en réparer les conséquences.

Cette théorie revêt donc une importance particulière de par la nature des pouvoirs qu'elle confère au Juge Judiciaire. Sa justification trouve sa source dans le rôle de protecteur des libertés individuelles comme nous l'avons vu précédemment mais également dans la volonté de punir l'administration pour avoir agi de telle sorte, en soumettant son activité au contrôle du juge judiciaire.

Enfin, il faut signaler d'une part que la notion de voie de fait (souvent critique) est entendue de manière restrictive par le Tribunal des Conflits et d'autre part que la théorie des circonstances exceptionnelles est susceptible d'enlever le caractère de voie de fait à une action de l'administration (Tribunal des Conflits 1952 Dame de la Murette).

En définitive, il apparaît que la soumission de l'administration à deux juges différents peut être source de difficultés (lenteur, contradictions) eu égard notamment à l'absence de critères de répartition, entre les deux ordres de juridictions satisfaisants.

Cette observation doit néanmoins être tempérée par le rôle que joue par le Tribunal des Conflits dans la prévention et le règlement des conflits.

Quoiqu'il en soit, une simplification paraît s'imposer dans un souci d'une « borne administration de la justice » pour reprendre la formule du Conseil Constitutionnel, sans pour autant remettre en cause la compétence du juge judiciaire.

Le fonctionnement défectueux du service de la justice

Le bon fonctionnement des services publics et la responsabilité corrélative de l'Etat pour le garantir sont un sujet de société, de débats importants dans notre pays. La prise en compte croissante de normes d'origine européenne, communautaire ou issues de la Convention européenne des droits de l'homme, a beaucoup stimulé ce mouvement d'opinion.

Il n'en reste pas moins en ce qui concerne le service public de la justice que le problème de la responsabilité du fait de la justice est pris en compte par le droit français depuis fort longtemps mais dans des limites qui se justifient par la spécificité de la fonction de juger (doc. n° 15).

La difficulté de base à concevoir la responsabilité d'un magistrat est sa fonction même : trancher définitivement un différend, nécessairement au détriment de certains dont il faut le protéger. Néanmoins, la fonction juridictionnelle elle-même doit se protéger et protéger les justiciables de dysfonctionnements contraires à sa mission. Tout d'abord circonscrite à la sanction de comportements graves et personnels d'un magistrat, elle a été étendue par une loi du 5 juillet 1972 pour constituer un régime général de responsabilité en réparation du dommage causé par le fonctionnement défectueux du service de la justice (doc. n° 19).

Il existe donc un recours juridique spécifique ouvert aux justiciables (ainsi indirectement qu'à l'Etat via son action récursoire) inclus dans un ensemble de textes applicables que nous exposerons en première partie, nous donnerons ensuite un panorama d'ensemble de la jurisprudence relative aux faits générateurs de cette responsabilité qui lui donne sa substance.

I – Les conditions de la responsabilité

A – Les textes applicables

Les plus anciens sont ceux issus du Code civil article 4 (doc. n° 17) qui donne des éléments restrictifs de définition du déni de justice (c'est le refus exprès de juger) et du Code de procédure civile de 1807, dont l'article 506 étend la définition du déni de justice au refus de répondre aux requêtes et à l'abandon des affaires en état, tandis que l'article 505 institue une action, la prise à parti d'un juge non seulement en cas de déni mais aussi de « dol, fraude, concussion, faute lourde » (doc. n° 18).

Une ordonnance du 22.12.58 (doc. n° 6) est venue faire bénéficier les magistrats de la protection juridique de l'Etat, ce dernier répondant de tous les recours mais bénéficiant exclusivement d'une action récursoire contre le fautif devant la Cour de cassation.

L'article 11-1 de la loi de 1972 devenu l'article L 781-1 COJ est devenu la clef de voûte du dispositif (doc. n° 19) : il pose un principe de responsabilité de l'Etat pour les dommages causés par le fonctionnement défectueux du service de la justice dès lors qu'ils résultent d'une faute lourde ou d'un déni de justice. On saisit immédiatement que le champ d'application de ce texte résultera de l'acception de ces deux notions.

Un autre texte va se révéler essentiel à l'analyse, c'est la CEDH dans ses articles 6-1 sur la durée des procédures et 8 sur le droit à un procès équitable.

B – Le champ d'application des textes

L'article L 781-1 ne s'applique qu'aux juridictions de l'ordre judiciaire à l'exclusion des juridictions administratives ou assimilées (doc. n° 9 pour la Chambre nationale des commissaires aux comptes et doc. n° 12).

Le dernier document (n° 12) est un arrêt du Conseil d'Etat du 29.12.78 Darmont qui pose trois principes :

- l'application de L 781-1 aux seules juridictions judiciaires
- le possible recours du justiciable en cas de faute lourde commise par une juridiction administrative
- l'impossibilité de tout recours dès lors que la faute lourde alléguée découlerait du contenu d'une décision juridictionnelle définitive.

Cette dernière exception essentielle découlant du principe de l'autorité de la chose jugée est limitée à l'acte juridictionnel lui-même et non aux actes qui ont concouru à sa préparation. L'historique et les justifications de ce principe d'irresponsabilité de la puissance publique dans l'exercice de la fonction juridictionnelle sont analysées finement par M. Vasseur dans sa note commentant l'arrêt Darmont (doc. n° 13).

Les textes sont très peu précis sur les actions et la compétence et celle-ci a été reconnue au Tribunal de grande instance.

L'application effective de l'article L 781-1 et du recours indemnitaire garanti par la jurisprudence du Conseil d'Etat est liée à l'interprétation des deux faits générateurs de responsabilité que sont la faute lourde et le déni de justice.

II – L'évolution de la jurisprudence sur les faits générateurs de la responsabilité

Le Professeur Debbasch (doc. n° 14) évoque « un profond mouvement visant à étendre la responsabilité du service public de la justice » dans son commentaire du très célèbre arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de cassation du 23.02.01 (doc. n° 11 et doc. n° 14). S'il fait cette réflexion à l'occasion d'un arrêt statuant sur la faute lourde, elle s'applique également au déni.

A – Le déni de justice

Parti de la définition très étroite de l'article 4 du Code civil et de l'article 506, le déni est devenu un fait générateur particulièrement efficace au bénéfice de justiciables lésés par le service de la justice lorsque le TGI de Paris l'a connecté à l'exigence de délai raisonnable (alors que cette circonstance était auparavant qualifiée de faute lourde) le 5.11.1997 (doc. n° 5). Il définit le déni de justice comme « tout manquement de l'Etat à son devoir de protection juridictionnelle de l'individu », expression reprise d'une décision du 6.07.94 (doc. n° 9). Dans son commentaire de la décision de 1997, le professeur Frison-Roche (doc. n° 8) estime que le choix du déni, qualification autonome au contraire de la faute favorisera les recours aboutissant.

La Cour d'appel de Paris, par arrêt du 10.04.99 (doc. n° 2) donne des précisions éclairantes sur les critères circonstanciels d'où se déduisent le caractère raisonnable du délai : la nature de l'affaire (en cas de droit du travail a vocation à être jugé rapidement dans cette espèce), son degré de complexité, le comportement pendant la procédure de la partie qui se plaint de sa durée et les mesures mises en œuvre par les autorités compétentes.

L'exemple du délai raisonnable montre que l'interprétation contemporaine des faits générateurs de responsabilité pour le service défectueux de la justice ont tendance à se rapprocher.

B – La faute lourde

Classiquement, la faute lourde était définie comme celle commise sous l'influence d'une erreur tellement grossière qu'un magistrat normalement diligent ne l'aurait pas commise (illustrée par le cas du doc. n° 1 où un greffe ne délivre pas de copie d'une décision, ou a contrario n° 3 où la Cour de cassation considère que l'enrôlement d'une assignation par le greffe devant la mauvaise juridiction et où celle-ci statue sans vérifier sa saisine, n'est pas une faute grossière), ou celle qui révèle l'intention de nuire (illustrée en matière de procédure pour le respect du principe du contradictoire par le doc. n° 7 et par le doc. n° 10 a contrario), ou celle d'un comportement anormalement déficient. Les trois cas sont énoncés dans l'arrêt du 1.04.94 de la Cour d'appel de Paris (doc. n° 4) alors que des mesures provisoires avaient été prises par un juge d'instruction et renouvelées, causant un important dommage au demandeur alors qu'il avait été ultérieurement relaxé.

Cette définition de la faute de même que celle résultant de l'arrêt Darmont (doc. n° 12) ne suffit pas à garantir des recours suffisants au regard de la CEDH.

Les deux juridictions suprêmes ont toutes deux choisi d'étendre cette définition par les arrêts du Conseil d'Etat du 28.06.02 (doc. n° 16) et de l'assemblée plénière de la Cour de cassation du 23.02.01 (doc. n° 11).

Abandonnant explicitement les éléments de définition classique de la faute lourde que la Cour d'appel avait rappelés, la Cour de cassation y substitue en définition compréhensive : « toute déficience caractérisée par un fait ou une série de

faits traduisant l'inaptitude de la justice à remplir la mission dont elle est investie » commentée par le doc. n° 21.

Quant au Conseil d'Etat, il préconise une approche globale de la faute reprochée et consacre l'utilisation de critères concrets d'appréciation du délai raisonnable qui sont précisément ceux dégagés par la Cour d'appel de Paris le 10.01.99 (doc. n° 2). Dans son commentaire de cette décision (doc. n° 20) Mme Holdenbach-Martin montre le pas franchi depuis la jurisprudence Darmont et la convergence de la jurisprudence française sur la réparation des dommages résultant du fonctionnement défectueux du service de la justice.

La compétence du juge judiciaire en matière administrative

Les lois des 16-24 Août 1790 ont posé le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires. Ce principe de valeur constitutionnelle comme figurant à l'article 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 interdit aux tribunaux judiciaires de troubler sous peine de forfaiture l'action de l'administration ou de faire citer devant eux les administrateurs en raison de leurs fonctions. Défense réitérative a été rappelé par le Décret du 16 Fructidor An III.

Pendant longtemps, a dominé la théorie de « l'Etat débiteur » aux termes de laquelle l'Etat ne pouvait être cité que pour obtenir réparation de dommages causés par sa gestion et non en tant que puissance publique.

L'arrêt Blanco, qualifié par certains de pierre angulaire du droit administratif, en 1873 devait poser le principe selon lequel la responsabilité qui incombe à l'Etat pour les dommages causés aux particuliers du fait des personnes qu'il emploie ne peut être régie par les principes de droit civil applicables de particulier à particulier. Elle a ses règles propres qui doivent respecter les exigences du service public et concilier le respect des intérêts de l'Etat avec les intérêts privés.

Cet arrêt en assurant la liaison de la compétence et du fond fut considéré dans une première approche comme une victoire par les partisans de l'école du service public, sous l'égide de M. Duguit. Mais il fallut bien se rendre à l'évidence, l'arrêt dégage les principes applicables en matière de puissance publique. Ultérieurement, la jurisprudence administrative devait permettre la fusion du contentieux de l'état avec celle des collectivités locales (arrêt Terrier et Fleury en 1908).

Pour autant, le contentieux n'en était pas unifié puisque le service public assuré par l'Etat s'est vu confié à des organismes privés, ce qui a rapidement posé des problèmes de répartition de compétences, le couple gestion privé-gestion publique devant alors s'accommoder du principe de séparation des autorités et de l'incompétence du juge judiciaire qui aurait dû en découler.

I - Couple gestion privée-gestion publique

A - Principe

La répartition des compétences au profit du juge judiciaire est l'œuvre d'une jurisprudence innovatrice.

Dès 1925, dans l'arrêt Ets Vezia, le Conseil d'Etat dégageait la notion de service public en tant qu'institution par opposition au service public en tant que mission. Celle-ci confiée à des organismes privée était consacrée en 1938 par l'arrêt Caisse Primaire et de Protection. De tels organismes privés chargés de mission de services publics pouvaient édicter des actes manifestant des prérogatives de puissance publique, échappant de ce fait à la compétence des tribunaux judiciaires

(C/ Arrêt Monpeut 1942 – Magnier Association de Défense contre les ennemis des cultures 1961 Bouguen- Jurisprudence étendu aux ordres professionnels). En matière contractuelle, le principe était défini à l'identique par l'arrêt société des granits porphyroïdes des Vosges.

L'Etat peut ainsi assumer sa mission de service public en le confiant à des services publics administratifs et des services publics industriels et commerciaux. Si un service public est présumé administratif, son caractère industriel et commercial peut résulter de la réunion de trois conditions précisées par la jurisprudence (Union syndicale de l'Industrie Aéronautique 1956) à savoir l'objet, les ressources et les modalités de fonctionnement.

Le contentieux des services publics industriels et commerciaux à l'égard des usagers appartient à la juridiction judiciaire. C'est ce qui résulte de l'arrêt Bac d'Eloka rendu en 1921. Le tribunal des conflits faisant une légitime application du principe de séparation des pouvoirs et des liens de droit privé unissant les usagers au service, a ainsi rappelé qu'il est des services qui par nature sont du domaine de l'Etat, d'autres relèvent de l'initiative privée. Si l'Etat les investit ce n'est qu'occasionnellement en raison de la défaillance de l'initiative privée, et ce dans un but d'intérêt général. Leur contentieux appartient aux tribunaux de l'ordre judiciaire.

L'arrêt Dame Melinette en 1933 a poursuivi ce raisonnement en confiant le contentieux des tiers victimes de services publics industriels et commerciaux (la solution étant toutefois critiquable puisqu'en l'occurrence le service qualifié de service public et industriel était un service de ramassage d'ordures ménagères).

La jurisprudence a du reste défini extensivement la notion d'usager puisque même l'usager « anormal » bénéficie de cette qualification (C/CE Niddam 1983 : il s'agissait d'un voyageur n'ayant pas payé son billet de train qui s'est blessé en sautant du train pour éviter d'être contrôlé).

A été étendu la solution consacrant la compétence des tribunaux judiciaires aux usagers des services victimes de travaux publics (cf Arrêt Galland – Département du Bas Rhin). Il est institué ainsi un bloc de compétence judiciaire, l'application de la loi du 28 Pluviose an VIII en matière de travaux publics est écartée. L'arrêt Barbaza en 1958 a parachevé cette construction en confiant aux tribunaux judiciaires le contentieux de la responsabilité extra contractuelle des tiers victimes d'ouvrages publics.

A noter en outre, que l'hypothèse pré-citée, à savoir les usagers des services publics victimes de travaux publics a été clarifiée par le tribunal des conflits (arrêt veuve Cavasse 1961) ne faisant plus de l'existence d'un contrat le choix de critère pour retenir la compétence judiciaire.

Pour terminer cet aspect de la compétence judiciaire, il faut se garder de confondre la qualification d'usager de service public de celle de l'ouvrage public (CE – Labat – Declerek : il s'agissait de personnes venus assister à un spectacle folklorique que dans une gare. Les spectateurs sont usagers de l'ouvrage public constitué par les quais de la gare mais tiers par-rapport au service public de la SNCF puisqu'ils n'ont aucune intention de prendre le train).

Une autre illustration de cette distinction peut être rappelée concernant l'affaire du Barrage de Malpassé qui du fait de sa rupture, avait provoqué l'inondation de la ville de Fréjus. Celle-ci se trouvait en situation d'usager au regard des dommages causés au réseau de canalisation d'eau et tiers par-rapport aux dommages causés dans les rues, plages, monuments...

Le contentieux des services publics industriels et commerciaux avec leur personnel appartient aux tribunaux judiciaires (sauf directeur et comptable public).

B - Dérogations au principe de séparation des autorités

Elles découlent pour l'essentiel des dispositions de l'article 66 de la constitution qui institue l'autorité judiciaire gardienne de la liberté. Le contentieux en découlant est abondant. Selon les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République et la décision rendue en ce sens par le conseil constitutionnel le 23/01/1987, le pouvoir de réformer ou annuler les décisions prises par l'autorité administrative dans le cadre de ses prérogatives de puissance publique appartient aux tribunaux administratifs. Toutefois, si les décisions portent atteintes à des droits fondamentaux elles vicient la décision de l'administration. Les tribunaux judiciaires retrouvent leur compétence tout d'abord en matière d'atteinte à la propriété privée protégée constitutionnellement par l'article 17 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen.

Ainsi, en matière d'emprise irrégulière, le contentieux indemnitaire sera confié aux tribunaux judiciaires (CE Werquin 1961) qui perdent toute compétence pour apprécier la régularité de l'emprise (CE Hôtel Vieux Beffroi).

En matière d'expropriation, l'ordonnance d'expropriation pourra être déférée devant les tribunaux judiciaires et plus précisément devant la Cour de Cassation, le juge de l'expropriation étant alors chargé du contentieux indemnitaire.

Mais surtout, le juge judiciaire va recevoir compétence en application de la théorie jurisprudentielle de la voie de fait, qualifiée de « Folle du Logis » par le professeur Chapus, cette théorie vise à sanctionner le comportement de l'administration dès lors que les décisions prises sont insusceptibles de se rattacher à l'exercice d'un droit ou d'un pouvoir.

La voie de fait intéresse deux hypothèses, l'une concerne la décision entachée d'une telle illégalité qu'elle en devient inexistante et l'autre concerne l'exécution de ces décisions par l'administration qui en constitue un privilège – S'agissant du 1^{er} cas, le législateur est intervenu en créant le référé liberté résultant de l'article L521-1 du code de justice administrative de façon à contrebalancer les pouvoirs du juge judiciaire en la matière. Celui-ci dispose en effet d'une plénitude de juridiction et d'une rapidité d'intervention par le biais du référé, lorsqu'il agit sur le terrain de la voie de fait. Le tribunal des conflits est souvent saisi en raison du contentieux d'atteinte à la liberté pour lequel le juge judiciaire se déclare largement compétent. Le tribunal des conflits a dû ainsi rappeler les principes applicables par un arrêt rendu en 1997 (Affaire Ben Salem-Taynaret) en précisant qu'il n'appartient pas au juge judiciaire de se prononcer sur la légalité des mesures ni sur d'éventuelles injonctions à adresser à l'administration pour faire échec au caractère exécutoire de ses décisions.

C'est le même esprit qui préside à l'octroi de compétences au juge judiciaire en matière de contentieux d'hospitalisation d'office. Ce dernier ne peut apprécier la légalité des mesures mais seulement leur nécessité. C'est le principe là encore rappelé par le tribunal des conflits dans l'arrêt Maschinot.

S'agissant de la deuxième hypothèse, l'exécution d'office sera sanctionnée par le juge judiciaire dès lors que l'administration disposait de moyens qu'elle n'a pas utilisés pour parvenir à l'exécution de sa décision notamment sanctions pénales. Ont été ainsi jugées légales la fermeture de congrégations prises en vertu de la loi de 1901 (1902 Immobilière St Just) alors que des réquisitions effectuées sur la base de la loi de 1938 prévoyant des sanctions applicables en cas de non exécution, ont été déclarées illégales (CE Flavigny).

Parfois, tant la décision que l'exécution de la décision seront entachées d'illégalité de nature à porter atteinte à une liberté fondamentale (CE Action Française 1935). Les tribunaux judiciaires perdront leur compétence lorsque les décisions prises seront justifiées par des circonstances exceptionnelles (CE Dame de la Murette).

Il faut examiner maintenant la compétence du juge judiciaire concernant le service public de la justice judiciaire, en envisageant dans un premier temps les critères de compétence de répartition de compétence s'agissant de la police.

De façon un peu simpliste, on pourra dire que le juge judiciaire est compétent à l'égard de la police judiciaire et le juge administratif à l'égard de la police administrative. Mais dans la pratique les opérations de police, notamment sur le terrain se recoupent si bien qu'il peut être difficile de déterminer la compétence. La jurisprudence administrative a défini un critère finaliste pour qualifier l'opération de police (CE Baud-Nouelek).

Ainsi, une opération de police sera administrative si elle vise à maintenir l'ordre et judiciaire si elle vise à réprimer une infraction déterminée. Dans ce dernier cas, il ne sera pas forcément nécessaire que l'infraction ait été accomplie ou soit sur le point de l'être. Toute circonstance laissant présumer qu'un individu est sur le point de commettre une infraction suffit à qualifier l'opération de police judiciaire (CE Tayeb 1968).

Ont été ainsi définis comme des opérations de police administrative, celles concernant la protection des biens (CE Société le Profil : carence du pouvoir de police lors de transports de fonds) ou la protection des personnes (CE Veuve Laroche 1998). La solution a été rappelé récemment par le Conseil d'Etat dans une affaire où un jeune accidenté de la route s'est échappé, les policiers tentant de le ramener au service de soins (CE Issni Mohamed).

Parfois, sont requalifiées des opérations de police qui au départ judiciaire, étaient en réalité administratives (CE Le Monde Frampar 1960). Sont également de la compétence des autorités judiciaires les contrôles d'identité sur la base de l'article 78-1 du Code de Procédure Pénale. Concernant le service public de la justice judiciaire, les critères de compétence du juge judiciaire ont été définis par l'arrêt Préfet de la Guyane (Tribunal des conflits 1952) distinguant le contentieux relatif à

l'organisation du service public de la justice judiciaire qui est dévolu à la juridiction administrative et celui concernant le fonctionnement aux tribunaux judiciaires.

Ainsi, s'agissant de l'organisation les tribunaux administratifs sont compétents pour la création, la suppression ou la mise en état de fonctionner des tribunaux, pour la constitution et les élections du Conseil Supérieur de la Magistrature (CE Falco Vidailiac). Ce dernier statuant en tant qu'institution disciplinaire rend des décisions administratives (CE Letang) qui échappent à la compétence du juge judiciaire.

Dans un premier temps, le Conseil Supérieur de la Magistrature avait du reste refusé de statuer s'agissant de litiges intéressant la fonction juridictionnelle (CE Dorly 1953) puis vingt après a étendu sa compétence dans ce domaine aux magistrats du siège (CE Rousseau 1978).

Le juge judiciaire reste donc seul compétent au titre du fonctionnement défectueux de la justice en vertu de l'article L 781-1 du code de l'organisation judiciaire qui a abrogé la procédure de prise à partie des magistrats par l'adoption de la loi du 5 Juillet 1972 mais uniquement en cas de faute lourde ou de déni de justice.

Enfin, s'agissant des mesures prises en matière pénitentiaire ou tout au moins de celles prises par le juge d'application des peines, là encore, la distinction a été posée par la jurisprudence (Farjeaud d'Espied CE 1960).

Le juge judiciaire se voit reconnaître compétent pour les décisions relatives aux mesures privatives de liberté, celles concernant l'organisation du service public pénitentiaire appartenant à l'ordre administratif. Cette solution est conforme à l'esprit de l'article 66 de la constitution.

Ainsi, le Conseil d'Etat a dénié sa compétence pour apprécier des mesures relatives à des réductions de peine (CE Therond 1990) ou de libération conditionnelle (CE Korber 1994) tout en se reconnaissant compétent pour une décision du juge d'application des peines de faire faire des activités en commun à certains détenus (CE Picard 1971). La loi du 15 juin 2000 n'a pas profondément modifié ce domaine de compétence défini à l'article 722 du Code de Procédure Pénale.

II Autres cas de compétence judiciaire

A - Mise en jeu de la responsabilité de l'administration

Le législateur a lui-même dérogé au principe de séparation des autorités en confiant au juge judiciaire compétence pour statuer sur les actions en responsabilité des dommages causés par tout véhicule et dirigées contre une personne morale de droit public et ce, en vertu de la loi du 31 décembre 1957.

La notion de véhicule au sens de ce texte est extensive en ce sens qu'est assimilé à un véhicule tout engin disposant d'un dispositif propre (voile, rames, pédaliers...).

A été ainsi qualifié un radeau utilisé par un agent des Ponts et Chaussées pour traverser et aller sur la rive opposée mais a été exclu du champ d'application de cette loi un ponton fixe qui avait été arraché à la suite d'une crue.

Si le véhicule est un engin de travaux publics, la loi du 28 Pluviose an VIII est écartée. Le dommage peut avoir été causé par l'engin lui-même ou un accessoire étroitement lié (cf Pelleteuse sur un tracteur). Toutefois, si l'accident ne trouve pas son fondement exclusif dans l'application de la loi, en découlant par exemple de l'exécution d'un contrat, le juge judiciaire perdra sa compétence (cf. tribunal des conflits 2001 courdimanche).

Le législateur a également confié aux tribunaux judiciaires la responsabilité encourue par les instituteurs en raison des dommages causés par ou à des élèves et ce, en vertu de la loi du 5 avril 1937 codifié à l'article 1384 Alinéa 6 du code civil. Il a institué un transfert de responsabilité au profit de l'Etat, l'action récursoire de celui-ci à l'égard de l'instituteur échappant toutefois à la compétence du juge judiciaire.

Il se peut toutefois que l'instituteur soit mis en cause à titre personnel devant la juridiction judiciaire ce qui nous amène à examiner la responsabilité encourue par les agents de l'administration. Ceux-ci bénéficiaient en vertu de l'article 75 de la constitution an VIII d'un régime spécifique soumettant la mise en jeu de leur responsabilité devant les tribunaux judiciaires à une autorisation préalable du Conseil d'Etat. Celle-ci étant fréquemment refusée, les fonctionnaires se trouvaient dans un régime « d'irresponsabilité » au titre de la garantie des fonctionnaires. Cette mesure n'étant pas très populaire, le gouvernement de défense nationale par un décret loi de 1871 l'abrogea. Etais-ce à dire qu'il était mis fin purement et simplement à ce régime d'irresponsabilité et ce, d'autant plus que le décret-loi avait pris soin de préciser qu'étaient abrogées les dispositions des lois spéciales ou générales entravant le libre exercice des poursuites des agents publics. Le tribunal des conflits par l'arrêt Pelletier en 1873 devait clarifier les choses. Les tribunaux judiciaires sont seuls compétents à l'égard des fautes personnelles, totalement détachables de l'exercice de leurs fonctions. La distinction faute personnelle – faute de service se réfère à la définition de LAFERRIERE : la faute de service est celle qui est impersonnelle et émane d'une administration plus ou moins sujette à erreur, la faute personnelle étant celle qui révèle l'homme avec ses faiblesses, ses passions, ses imprudences.

B - Compétence du juge judiciaire à l'égard des matières réservées par la loi

Outre le contentieux indemnitaire de l'hospitalisation d'office résultant de la loi de 1990, inséré dans le code de la santé publique, le législateur a confié au juge judiciaire compétence pour indemniser les victimes. Ce sont celles victimes d'actes de terrorisme, de recherches bio-médicales mais également celles victimes de préjudice à raison de détention provisoire bénéficiant d'une décision de non-lieu, relaxe ou acquittement en vertu des dispositions de l'article 149 et suivants du code de procédure pénale modifié, par la loi du 15 juin 2000 puisque c'est désormais le Premier Président de la cour d'appel qui est saisi du recours et non plus une commission d'indemnisation.

Dans le même esprit, les victimes d'erreurs judiciaires après procès en révision peuvent obtenir indemnisation en vertu de l'article 626 du code de procédure pénale, tout comme celles qui agissant sur la base de l'article 136 du code de procédure pénale sollicitent réparation en cas d'atteinte à une liberté individuelle.

Sans vouloir faire un inventaire fastidieux, il sera rappelé la compétence du juge judiciaire en matière d'état civil, de nationalité, en vertu de l'article 29 du code civil, dans le contentieux de l'élection (s'agissant de la qualité d'électeur) dans le contentieux fiscal dès lors que n'est pas mis en cause l'assiette de l'imposition. Les tribunaux judiciaires sont en effet compétents pour statuer sur les contestations relatives aux mesures de recouvrement de l'impôt (commandement ou autre acte d'exécution). Ils sont également compétents à l'égard des recours formés contre les décisions de la commission des opérations de bourse.

Pour terminer, il convient de préciser que le juge judiciaire perd toute compétence pour apprécier la légalité des actes réglementaires et individuels administratifs. Il est contraint de surseoir à statuer et de retenir une exception d'illégalité en renvoyant devant les juridictions administratives. En cas d'atteinte à une liberté fondamentale ou au droit de propriété et notamment en cas de voie de fait, il retrouve sa compétence pour apprécier la décision administrative querellée (CE Barinstein).

Il peut toutefois interpréter des dispositions réglementaires, principe consacré par la jurisprudence Setfonds en 1923.

Il convient également de souligner que dès lors qu'est mise en jeu devant le juge judiciaire la responsabilité de la puissance publique, selon une jurisprudence dégagée par la Cour de Cassation en 1956 (Affaire du Docteur Giry), il doit faire application des règles de responsabilité applicables à la puissance publique. Pour citer le professeur Chapus reste à rappeler « qu'a disparu sans tambour ni trompettes, et sans regret, une des causes de difficultés de répartition des compétences » par le transfert de compétence au profit des tribunaux administratifs par la loi de 1986, du contentieux des dégâts et dommages résultant des crimes et délits commis, à force ouverte ou par violence, par des attroupements ou rassemblements armés ou non armés, soit contre les personnes, soit contre les biens en vertu de l'article 92 de la loi du 7 janvier 1983.

Le fonctionnement défectueux du service de la justice

De façon régulière, la Cour Européenne des Droits de l'Homme condamne des Etats en raison du fonctionnement défectueux de leur système judiciaire en se fondant sur plusieurs articles de la Déclaration européenne des droits de l'homme notamment les articles 6 et 13.

La France n'échappe pas à cette tendance et a été condamnée à plusieurs reprises en raison du non respect de l'exigence d'un « délai raisonnable ».

Par ailleurs, les citoyens français se montrent de plus en plus exigeants sur la rapidité et la qualité du service de la justice qui, étant un service public comme un autre, doit rendre aux usagers les services qu'on peut raisonnablement attendre de lui.

A défaut de recevoir ce service, les justiciables n'hésitent plus à solliciter en justice une indemnisation au titre du préjudice subi du fait de la lenteur ou des erreurs des tribunaux.

Il apparaît que, jusqu'à une époque récente, le système de responsabilité du fait des dysfonctionnements de la justice a eu un impact limité (I). On assiste cependant depuis plusieurs années, à un spectaculaire élargissement des conditions d'admission de la responsabilité de l'Etat, ce qui révèle incontestablement une prise de conscience de l'ampleur du problème (II).

I – Une prise en compte traditionnellement limitée du fonctionnement défectueux de la justice

A – La responsabilité des juridictions judiciaires

Elle est organisée par la loi du 5 juillet 1972, dont les dispositions figurent désormais à l'article 781-1 du Code de l'organisation judiciaire. Ce texte met en place un régime spécifique de la responsabilité de l'Etat tenu de réparer le dommage causé par le fonctionnement défectueux de la justice. Le fondement de la responsabilité ne peut être que la faute lourde ou le déni de justice.

La faute lourde correspond à un manquement caractérisé à une obligation essentielle de la fonction de juger, par exemple le défaut de délivrance de la grosse d'un jugement (TGI Thonon les Bains, 3 nov. 94). Elle peut encore correspondre à une faute personnelle du juge, c'est à dire celle « commise sous l'influence d'une erreur tellement grossière ou inexcusable qu'un magistrat normalement soucieux de ses devoirs n'y eut pas été entraîné » (C. Cass. 20 février 1996). Il s'agit par conséquent d'une faute qualifiée, qui peut être difficile à mettre en œuvre.

Quant au déni de justice, il convient de se reporter à l'article 4 du Code civil aux termes duquel « le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice ». Peu de décisions de justice ont retenu le déni de justice jusqu'à une époque récente, le refus de juger n'étant qu'exceptionnellement clairement établi.

Bien qu'ayant établi un régime spécifique et dispensé le justiciable d'établir l'identité du fautif, la loi du 5 juillet 1972 est difficile à appliquer.

En outre elle ne s'applique pas aux juridictions administratives.

B – La responsabilité des juridictions administratives

Les juridictions administratives, ainsi que les autorités administratives indépendantes (COB, Commission bancaire...) exerçant des fonctions juridictionnelles ne sont pas soumises à l'article 781-1 du Code de l'organisation judiciaire. La responsabilité de l'Etat en raison de leur dysfonctionnement obéit donc aux règles du droit commun et ne peut être engagée qu'en cas de faute lourde.

Les conditions de cette responsabilité ont été longtemps fixées par la jurisprudence Darmont (arrêt du Conseil d'Etat 29 déc. 78) et concernait le fonctionnement de la Commission de contrôle des banques (aujourd'hui la Commission bancaire). Le Conseil d'Etat, influencé par la loi du 5 juillet 72, avait reconnu la possibilité de retenir la responsabilité de l'Etat en cas de faute lourde prouvée, mais cette responsabilité devait être écartée dès lors que la faute résultait du contenu même d'une décision juridictionnelle devenue définitive.

L'exigence que le recours indemnitaire ne remette pas en cause une décision passée en force de chose jugée réduit les possibilités d'agir. La Cour européenne a du reste estimé que cette procédure ne satisfaisait pas aux exigences des textes européens.

Par ailleurs, il n'a été fait pendant longtemps aucun cas de la question de la lenteur des procédures.

C – La responsabilité des magistrats

Un justiciable ne peut pas rechercher directement la responsabilité personnelle d'un magistrat. Il doit invoquer la responsabilité de l'Etat, quitte à ce que celui-ci se retourne contre l'agent fautif (art. 11-1 de l'ordonnance du 22 décembre 1958).

Il ne s'agira cependant que d'une procédure disciplinaire dont les résultats ne seront pas rendus publics.

Cet état de fait est parfois mal perçu par les justiciables qui ont le sentiment que les magistrats sont « intouchables ».

Par ailleurs, jugés par leurs pairs, certains redoutent une trop grande indulgence.

Jusqu'à ces dernières années, les dysfonctionnements du service de la justice, essentiellement liés à la longueur des procédures mais parfois également à des erreurs, semblent mal pris en compte. On peut y voir la conséquence d'un système où juge et partie sont confondus puisqu'il n'y a pas de juridiction ad hoc. Mais l'évolution récente de la jurisprudence montre que les difficultés de fonctionnement de la justice sont davantage prises en compte que par le passé.

II – Vers une réelle prise en compte des dysfonctionnements du service de la justice

A – L'élargissement de la notion de faute lourde

La Cour de cassation vient de rendre un arrêt prenant en compte les exigences de la Cour européenne des droits de l'homme. L'assemblée plénière, dans le cadre de l'affaire médiatique du « petit Grégory », a censuré la Cour d'appel qui s'en était tenue à la définition traditionnelle de la faute lourde et avait rejeté la demande d'indemnisation (Cour de Cass., ass. plénière 23 fév. 2001).

La juridiction suprême va donc beaucoup plus loin en énonçant que « constitue une faute lourde toute déficience caractérisée par un fait ou une série de faits traduisant l'inaptitude du service public de la justice à remplir la mission dont il est investi ». Elle maintient toutefois l'exigence d'une faute qualifiée.

Le justiciable peut donc aujourd'hui utilement reprocher à la justice ses erreurs. L'exigence d'un recours utile, posée par la Convention européenne, permettant réellement d'obtenir une indemnisation en cas de dysfonctionnement de la justice, semble en passe d'être remplie.

Du reste, la Cour de cassation elle-même considère que l'article 781-1 du Code de l'organisation judiciaire est compatible avec les exigences européennes, grâce à cet élargissement de la définition de la faute lourde.

B – Une nouvelle définition du déni de justice

Dans un jugement du 5 novembre 1997, le TGI de Paris affirme que l'absence de jugement dans un délai raisonnable (en l'espèce 40 mois devant une Cour d'appel) est assimilable à un déni de justice. Les juges estiment donc que le déni n'est pas seulement constitué par le refus explicite de juger (hypothèse rare) mais également par une lenteur excessive.

De la même manière, la Cour d'appel de Paris a retenu le déni de justice dans une espèce où le tribunal avait mis 10 mois à se saisir au lieu d'un seul habituellement (dans le domaine du droit du travail) (CA Paris 10 nov. 99).

C'est une solution nouvelle en droit français, mais qui existe déjà au niveau européen depuis l'arrêt Golder du 21 février 75.

Apprécier la lenteur d'une procédure implique toutefois de retenir des critères objectifs. Les juridictions françaises semblent retenir les critères définis par la Cour européenne : complexité ou simplicité de l'affaire, attitude des parties, attitude du juge, intérêts en jeu. Par exemple, un litige relatif au travail (licenciement...) appelle nécessairement une solution rapide.

C – La prise en compte du « délai raisonnable » par le juge administratif

La jurisprudence Darmont s'était avérée insuffisante pour prendre en compte les dysfonctionnements de la justice administrative en matière de délai notamment.

Dans un arrêt du 28 juin 2002, le Conseil d'Etat vient d'admettre que le délai excessif pour statuer, délai apprécié in concreto, est susceptible de provoquer un préjudice ouvrant droit à indemnisation. Il retient même une définition large du préjudice, qui peut être constitué par la perte d'une chance ou d'un avantage, ou par la reconnaissance tardive d'un droit.

Le Conseil d'Etat se plie donc aux exigences de la Cour européenne quant au caractère raisonnable des délais et l'effectivité des recours.

Le régime de la responsabilité du service public de la justice a été pendant de longues années extrêmement restrictif. Ceci a pu être légitimé par la nécessité de garantir aux magistrats une certaine sérénité afin de ne pas les inciter à « juger vite » (et « juger mal » ?) de peur de voir leur responsabilité engagée.

Le mouvement tendant à élargir cette responsabilité est net. Ce faisant, les juridictions françaises ont intégré les exigences de la Cour européenne et de la Convention européenne des droits de l'homme. Il reste cependant au juge administratif à assouplir sa conception de la faute lourde.

Le résultat en matière pénale

Le droit de punir a reçu divers fondements au cours de l'histoire. Dans l'ancien régime, la théorie chrétienne, inspirée de Saint Thomas d'Acquin, s'intéresse à la vertu expiatoire du châtement. Puis, à la Révolution, les utilitaristes, dont Beccaria et Montesquieu, ont pour objectif de prévenir l'infraction, d'où la primauté du principe de légalité criminelle. A la fin du XIX^{ème} siècle, l'avènement du déterminisme (déterminisme sexuel selon Freud, déterminisme social selon Marx) a provoqué un intérêt nouveau pour la dangerosité de l'individu dénommé « microbe social » par Lombroso. Enfin, après la seconde guerre mondiale, la Défense sociale nouvelle, guidée par Marc Ancel en France et désignée par certains auteurs comme le « positivisme à visage humain » a eu pour but de resocialiser le délinquant.

Dans ce contexte historique du droit de punir, quelle est la place du résultat en matière pénale ?

Certes, la protection de l'ordre public nécessite que le droit pénal intervienne avant l'apparition d'un dommage.

Cependant, la protection des libertés individuelles implique que le droit pénal ne réprime pas la seule pensée malveillante et n'intervienne que lorsque l'intention s'est matérialisée dans le monde des choses sensibles.

En définitive, c'est avec pragmatisme que le droit pénal tantôt prend en compte le résultat (I), tantôt y est indifférent (II).

I – La prise en compte du résultat par le droit pénal

Le droit pénal prend en compte non seulement le résultat atteint (A) mais aussi le résultat seulement visé (B).

A – Le résultat atteint

Le résultat atteint est pris en compte dans les infractions matérielles, les infractions non intentionnelles et les infractions intentionnelles.

1 – Les infractions matérielles et les infractions non intentionnelles

Les infractions matérielles trouvent leur origine dans l'expression de la Cour de cassation faisant référence « aux faits matériellement constatés ». En effet, en matière d'infractions matérielles, seul le résultat compte et le juge n'a pas à rechercher une quelconque intention.

Seules subsistent à ce jour les contraventions, le code de 1994 ayant supprimé les délits matériels comme par exemple le délit de pollution de rivières. L'article 121-3 du Code pénal précise désormais « qu'il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre » sauf exceptions prévues aux alinéas suivants.

Ainsi, dans l'hypothèse d'un conducteur dépassant la limite de vitesse autorisée, l'infraction sera constituée sans qu'il soit nécessaire de rechercher l'intention dudit conducteur.

Le souci de protection des libertés individuelles n'en est pas pour autant évincé dans la mesure où les contraventions, relevant de l'article 37 de la Constitution, ne peuvent pas faire l'objet d'une peine privative de liberté, conformément notamment à l'article 66 de la Constitution qui précise que le juge judiciaire (et non pas le pouvoir réglementaire) est gardien des libertés individuelles dans les conditions prévues par « la loi ».

Néanmoins, lorsque les infractions portent gravement atteinte à l'ordre public, le résultat est pris en compte même en l'absence d'intention : c'est l'hypothèse de l'homicide involontaire prévu à l'article 221-6 du Code pénal.

2 – Les infractions intentionnelles

Les infractions intentionnelles réunissant à la fois l'intention et le résultat sont en quelque sorte le socle du droit pénal.

Ainsi en va-t-il du meurtre, infraction volontaire qui se traduit par le décès de la victime.

Il convient cependant de préciser que l'intention est « graduée ». En effet, il peut s'agir d'un dol général. Dans ce cas il suffit que l'auteur ait eu conscience du caractère infractionnel de son acte ; par exemple seule la conscience de porter illégalement une médaille suffit à caractériser l'infraction.

Mais le texte d'incrimination ou la jurisprudence exige parfois un dol spécial, c'est à dire une intention particulière en plus du dol général. C'est l'hypothèse du vol qui nécessite l'intention de se conduire même momentanément comme le propriétaire de la chose. Il peut aussi être question de dol aggravé comme la préméditation pour l'assassinat, ou la prise en compte exceptionnelle du mobile comme la profanation de sépulture à mobile raciste.

Mais le droit pénal va parfois plus loin et prend en compte le résultat seulement visé.

B – Le résultat visé

Le droit pénal prend en compte le résultat visé en matière de tentative d'une part, et lorsqu'il y a discordance entre le résultat souhaité et le résultat effectif d'autre part.

1 – La tentative

Règle de droit dérivé, la tentative permet d'élargir le champ d'application de l'infraction en sanctionnant des comportements à visée infractionnelle avant même que le résultat n'intervienne.

L'article 121-4 du Code pénal précise que « est auteur de l'infraction la personne qui tente de commettre un crime ou, dans les cas prévus par la loi, un délit ». La tentative est donc spéciale pour les délits et générale pour les crimes, tandis qu'il ne peut y avoir tentative de contravention. Il semble que l'on puisse dire que la tentative est le paradigme de l'effort de conciliation de la protection de l'ordre public et de la protection des libertés individuelles. Et si le texte de l'article 125-5 est imprécis quant à la définition du commencement d'exécution et de l'interruption volontaire, c'est avec pragmatisme que la jurisprudence a dégagé les conditions de la répression ; à savoir la réunion de deux éléments : un acte qui tend directement à la commission de l'infraction impliquant une proximité spatiale et temporelle, et une résolution criminelle. Par ailleurs, l'auteur pour être sanctionné ne devra pas avoir renoncé volontairement à la consommation de l'infraction.

Bien entendu, la difficulté en matière de tentative est de savoir à quel moment la police doit intervenir, car si le but est bien que le résultat ne soit pas atteint, on ne peut pas intervenir au stade des actes préparatoires. En effet, il faut laisser une chance aux délinquants de renoncer à leur méfait.

Le domaine de la tentative est varié : tentative interrompue, tentative manquée et même tentative de l'infraction impossible. C'est cette dernière forme de tentative qui a provoqué un débat entre les utilitaristes et les positivistes. Pour les premiers, en l'absence de résultat possible, l'ordre public n'est pas perturbé et, par conséquent, la tentative d'infraction impossible ne doit pas être réprimée. Pour les seconds, il s'agit de réprimer la dangerosité de l'individu qui a eu l'intention de commettre un crime ou un délit.

La chambre criminelle, après quelques hésitations, a décidé de la répression généralisée de la tentative comme l'illustrent les arrêts Fleury de 1928 concernant une tentative d'avortement avec de l'eau de Cologne et Perdereau de 1986 concernant le meurtre d'un cadavre.

2 – La discordance entre l'intention et le résultat

C'est l'hypothèse du dol dépassé ou dol praeterintentionnel.

Le résultat visé n'est pas en corrélation avec le résultat atteint. En principe, le droit pénal ne tient pas compte du dol dépassé. Ainsi, l'individu voulant blesser une femme enceinte n'est pas passible du délit d'avortement.

Néanmoins, il arrive que pour certaines infractions, le résultat soit tout de même pris en compte. Dans ce cas, soit on fait référence à la fois au résultat et à l'intention, ce qui permettra au juge de prononcer une peine plus sévère que s'il était seulement tenu compte de l'intention, mais moins sévère que s'il n'était tenu compte que du résultat. Soit parfois, pour des infractions graves on ne tient compte que du

résultat, par exemple, lorsqu'un individu a fait exploser une bombe avec l'intention de provoquer des dégâts matériels mais qu'il provoque plusieurs décès.

Par ailleurs, en matière de complicité, il existe un « tronc commun infractionnel » qui ne met pas à l'abri le complice d'un résultat différent de ses prévisions. Ainsi, si le complice a fourni une arme aux fins d'un vol à main armée il pourra être poursuivi pour complicité de meurtre si l'auteur a tué une personne au cours de l'opération.

Néanmoins, il arrive que le droit pénal soit indifférent au résultat.

II – L'indifférence du droit pénal pour le résultat

Cette indifférence est parfois relative (A), parfois absolue (B).

A – L'indifférence relative

L'indifférence n'est que relative lorsque le droit pénal, bien qu'il incrimine des comportements en amont du dommage, procède à une requalification lorsqu'un résultat intervient.

1 – L'incrimination en amont du dommage : les infractions obstacles

La volonté du législateur, en matière d'infractions obstacles, est claire : il s'agit de stopper un comportement dangereux. Ainsi en va-t-il du port d'arme prohibé qui peut éviter un meurtre.

Par ailleurs le nouveau Code pénal a introduit en 1994 le ??? délit d'exposition d'autrui à un risque à l'article 223-1 dudit code, consacrant ainsi le dol éventuel. L'individu est sanctionné pour avoir eu l'intention de violer la règle, même sans intention de commettre un dommage. Pour certains auteurs, dont M. J.H. Robert, il s'agit d'une infraction intentionnelle mais la majorité des auteurs considère que c'est un délit non intentionnel.

Quoi qu'il en soit, en cas de survenance d'un dommage, cela donnera lieu à un changement de qualification.

2 – Le changement de qualification

En effet, dans l'hypothèse du délit de l'article 223-1 du Code pénal suivi d'un dommage, le juge se trouvera face à un concours d'infractions.

Par exemple, un conducteur doublant en haut d'une côte peut provoquer la mort du conducteur venant en sens inverse. Dans ce cas le juge doit s'attacher à déterminer si une ou plusieurs valeurs sociales sont atteintes. Si une seule valeur sociale est atteinte, on se trouve dans le cadre du concours idéal de qualification. Il s'agit alors de choisir parmi les qualifications en concours, celle qui est la plus spéciale, dans la plus haute expression pénale. Dans l'hypothèse du conducteur, le juge appliquera donc l'article 221-6 du Code pénal sanctionnant l'homicide involontaire.

En revanche, si plusieurs valeurs sociales sont atteintes, on retombe dans le concours réel d'infractions. C'est l'exemple de l'arrêt Ben Haddadi de 1960 concernant l'explosion d'une bombe, acte touchant à deux valeurs sociales : les biens et la vie.

Cependant, l'indifférence du droit pénal pour le résultat est parfois absolue.

B – L'indifférence absolue

Les infractions formelles sont le paradigme de l'indifférence du droit pénal pour le résultat. Cette situation génère une délicate appréciation de l'élément intentionnel.

1 – Les infractions formelles

En matière d'infractions formelles, le droit pénal est indifférent au résultat en ce que l'infraction est consommée même en l'absence de résultat. Dans un esprit positiviste, on punit là encore l'intention malveillante de l'individu dangereux.

Ainsi, si des individus fabriquent de la fausse monnaie, ils seront sanctionnés quand bien même la monnaie ne serait pas mise en circulation.

De la même façon, la corruption de fonctionnaire est sanctionnée sans que le fonctionnaire ait cédé aux avances de l'auteur.

On voit bien ici que le résultat n'a plus aucune importance. Néanmoins cette indifférence au résultat n'est pas sans poser de difficultés dans l'appréciation de l'élément intentionnel, notamment pour l'infraction formelle de l'empoisonnement.

2 – La délicate appréciation de l'élément intentionnel

La protection des libertés individuelles implique, lorsque le résultat n'est pas pris en compte, de ne pas avoir de doute sur la volonté de l'individu.

Or, en matière d'empoisonnement, la « poudre à succession » de la Marquise de Brinvilliers a cédé la place à l'affaire dite « du sang contaminé » ainsi qu'à des plaintes pour les effets nocifs de produits aussi variés que l'amiante ou le tabac.

L'article 121-5 du Code pénal définit l'empoisonnement comme « le fait d'attenter à la vie d'autrui par l'emploi ou l'administration de substances de nature à entraîner la mort ».

Or, s'est ouvert un large débat doctrinal quant à la nécessité ou non d'exiger, en plus du dol général, un dol spécial.

Pour l'heure, il est possible d'avancer deux certitudes : d'une part l'individu doit avoir eu l'intention d'administrer le produit, ce qui écarte les erreurs de manipulation de flacons ou surdosage ; d'autre part l'auteur doit avoir eu conscience du caractère mortifère du produit.

Doit-il en plus avoir eu l'intention de tuer ? Pour certains auteurs la réponse est affirmative au motif que l'empoisonnement est classé dans le Code pénal parmi les infractions volontaires, aux côtés du meurtre. Pour d'autres la réponse est négative eu égard à la signification intrinsèque du terme « attentat » et aux travaux préparatoires du projet de réforme du Code pénal de 1994 dont il ressort que le Sénat a souhaité distinguer l'empoisonnement du meurtre et lui faire conserver son caractère formel en prévision des transmissions volontaires du VIH.

Quoi qu'il en soit, dans un arrêt du 2.07.98 la Cour de cassation a décidé que « la seule connaissance du pouvoir mortel de la substance administrée ne suffit pas à caractériser l'intention homicide ».

En définitive, il s'avère que plus le droit pénal est indifférent au résultat, plus l'élément intentionnel prend de l'importance et donne lieu à débat.

Ainsi le juge, sans cesse soucieux de protéger l'ordre public tout en ménageant les libertés individuelles, risque de se voir en mal de repères, car si la constatation d'un résultat dommageable est généralement aisée, scruter l'esprit des individus pour déterminer un degré plus ou moins prononcé de conscience et de volonté est une tâche bien plus difficile.

Les effets de la bonne foi en droit des contrats

Lors de son institution en 1804, le Code civil, s'agissant du droit des obligations, était entièrement dominé par le dogme de l'autonomie de la volonté dont le principe de la liberté contractuelle est le corollaire.

Jusqu'au vingtième siècle, le contrat était ainsi considéré comme une sorte de huis-clos entre les parties contractantes dont le législateur et le juge se devaient de rester à l'écart, si ce n'est pour veiller à ce que les conditions de sa formation prévues à l'article 1108 du Code civil étaient bien remplies.

Cependant, face à la contractualisation sans cesse croissante de notre société, le droit interne sous l'influence de la doctrine s'est progressivement impliqué dans le droit des contrats afin de garantir aux contractants – et en particulier aux contractants en situation de faiblesse, tels les consommateurs et les particuliers vis à vis des professionnels – une certaine sécurité contractuelle. C'est cette idée de justice et d'utilité sociale défendue par M. Ghestin que le droit positif n'a de cesse de développer.

La loyauté et la bonne foi sont un des moyens d'intervention du législateur aux travers de dispositions variées qui viennent émailler l'ensemble du droit des contrats (I), soutenu activement par le juge qui vient renforcer la place de la bonne foi en droit des contrats (II).

I – La place grandissante du législateur au service de la bonne foi

Qu'elle se manifeste au moment de la formation du contrat (A) ou en cours d'exécution du contrat (B), la mauvaise foi est toujours sanctionnée par la loi.

A – La bonne foi au stade de la formation du contrat

C'est au stade precontractuel que la liberté des parties a le plus vocation à s'exprimer. En effet, les contractants sont libres de choisir leurs partenaires, le contenu de leurs obligations mais également libres de rompre leurs discussions. Néanmoins, la Cour de cassation, dans un souci de cohérence et de bonne foi dans les pourparlers condamnera celle des parties qui maintient l'autre dans l'illusion d'un accord (arrêt Sandoz 7.04.98). De même un accord de principe oblige-t-il les parties à une obligation de négociation (Soc. 19.12.89) qui sera sanctionnée en cas de non respect par une condamnation au versement de dommages-intérêts sur le fondement de la responsabilité contractuelle.

Le contrat se définit par la rencontre de volontés par laquelle les parties s'engagent à donner effets aux obligations stipulées dans le contrat. Le consentement conformément à l'article 1108 C. Civ. doit être exempt de vices parmi

lesquels le dol qui se définit à l'article 1116 comme une manœuvre frauduleuse sans laquelle l'autre partie n'aurait pas contracté. Ce type de comportement malhonnête, par définition caractéristique de la mauvaise foi, est alors sanctionné par la nullité du contrat.

B – La bonne foi au stade de l'exécution du contrat

La loi autorise le juge à interpréter le contrat encore faut-il que les dispositions qu'il renferme soient obscures ou ambiguës. En effet, en vertu de l'article 1134 qui stipule que les conventions tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites, il n'est permis au juge ni de dénaturer le contrat (c'est à dire de méconnaître le sens clair et précis d'un écrit), ni de le modifier. Mais cette force obligatoire tirée de l'autonomie de la volonté a ses limites car la loi est venue progressivement renforcer les pouvoirs du juge. En ce qui concerne les clauses pénales (clauses qui fixent forfaitairement le montant des dommages-intérêts du débiteur en cas de défaillance d'exécution du contrat).

La loi du 11.10.85 a institué un pouvoir modérateur au juge qui lui permet désormais de diminuer d'office le montant à proportion de l'intérêt que l'exécution partielle aura procuré au créancier. En effet, la clause pénale qui normalement prive le juge de son pouvoir souverain est assujettie à une condition de bonne foi qui restitue son pouvoir au juge quand elle n'est pas remplie. Cette loi est donc venue modifier l'article 1231.

Egalement la loi du 31.12.89 insérée dans le code de la consommation a permis au juge d'homologuer le Plan conventionnel de répartition des dettes proposé par la commission de surendettement des particuliers surendettés lorsqu'elle est saisie par l'un d'eux. Là encore, c'est la bonne foi de ce particulier qui sera la condition de cette faveur.

Enfin, la loi du 9.07.91 insérée à l'article 1244-1 du Code civil a-t-elle institué un délai de grâce offert au juge en cas de défaillance d'un débiteur de bonne foi dans l'exécution de son contrat. Cette faculté d'ordre public ne peut faire l'objet d'aucune stipulation contraire mais ne devra être appliquée par le juge que pour un délai déterminé et non renouvelable, pour tous types de dettes à l'exclusion des dettes d'aliments (salaires, pensions...).

Malgré tous ces efforts déployés par la loi, l'intervention du juge a été fondamentale au soutien de la bonne foi.

II – La contribution active du juge dans le développement de la bonne foi

A – La prévention de la déloyauté au stade de la formation du contrat

Au delà de sanctionner la mauvaise foi, la jurisprudence a considérablement contribué à prévenir la déloyauté dans les contrats en instituant de nombreuses obligations à charge du débiteur et essentiellement à charge des professionnels pour lutter contre les éventuels déséquilibres contractuels. Parmi ces créations prétoriennes, ce sont les obligations précontractuelles d'information (doc. 1) et de conseil (doc. 5) ainsi que les obligations contractuelles d'information, telles que celles

qui sont à la charge du médecin concernant les risques encourus par le patient, qui correspondent le mieux à ce mouvement de développement de la bonne foi par la jurisprudence. Ces obligations qui pèsent sur le débiteur opèrent un renversement de la charge de la preuve : ainsi, c'est au professionnel – entrepreneur, avocat, médecin ou prestataire de service – de prouver qu'il a bien exécuté son obligation (doc. 6). D'autre part, le débiteur est tenu de se tenir informé ou de s'informer lui-même des conditions d'application du rôle de sa prestation (doc. 8).

Au stade de la formation du contrat, le juge a fait une application extensive de l'article 1116 et donc de la notion de dol (initialement défini par le terme de manœuvre) en y assimilant la réticence dolosive.

Cette notion, consacrée pour la première fois par la 3^{ème} chambre civile de la Cour de cassation le 15 février 1971 a été étendue par l'arrêt du 21.02.2001 (3^{ème} civ.) par lequel la réticence dolosive rend désormais la faute toujours excusable. Grâce à cet arrêt, la Cour de cassation permet donc la sanction de l'erreur sur la valeur et sur le motif possible sur le terrain du dol à la condition que la réticence dolosive soit déterminante du consentement.

Néanmoins, la mauvaise foi peut être parfois tolérée. Ainsi en témoigne l'arrêt Minaud (30/03/1999) par lequel la chambre sociale n'a pas sanctionné la fourniture de renseignements inexacts fournis par le salarié sur ses diplômes lors de son embauche, considérant qu'il était du devoir de l'employeur de vérifier l'exactitude des allégations. De même, l'obligation du médecin est-elle levée lorsqu'il y va de l'intérêt du patient mais également en cas d'urgence ou de refus du patient de recevoir l'information.

B – La prévention de la déloyauté au stade de l'exécution du contrat

En interprétation de l'article 1135 du Code civil, le juge a su faire naître deux nouvelles obligations sur le fondement de la bonne foi.

D'une part, la bonne foi a-t-elle fait naître une obligation de renégociation à la charge du débiteur en cas de déséquilibre économique manifeste survenant au cours de l'exécution du contrat ; ainsi en témoigne l'arrêt Huard (Com. 3.11.92 doc. 8), par lequel le fournisseur de produits pétroliers se doit de permettre à ses distributeurs d'adapter ses tarifs à ceux de la concurrence pour lui assurer une rentabilité acceptable. Cet arrêt a été confirmé par l'arrêt de la chambre commerciale du 24/11/1998.

D'autre part, la bonne foi a également permis aux juges de faire naître une obligation pour l'employeur de permettre l'adaptation de ses salariés à leur emploi (Soc. 25/02/1992 doc. 9).

Par son interprétation de l'article 1135, le juge est donc venu limiter la rigueur de la théorie de l'imprévision qui interdit au juge de tenir compte des déséquilibres du contrat, que ce soit au stade de leur formation ou au cours de leur exécution (C. Cass. 1876 arrêt Canal de Craponne).

De même, la détermination du prix était-elle une condition de validité des contrats-cadre avant l'arrêt Alcatel du 29.11.94 (doc. 3) ; cet arrêt depuis lequel la détermination du prix n'est plus une condition de validité du contrat a encore été renforcé par trois arrêts (Ass. Plén. 1.12.95) par lesquels le prix n'a plus même besoin d'être déterminable pour que le contrat soit valable. Cette interprétation de la bonne foi dans l'exécution des contrats permet ici d'éviter une résolution trop rigoureuse - en ce qu'elle obligeait le débiteur à une remise en état - pour permettre aujourd'hui une résiliation plus cohérente et plus souple.

Enfin la bonne foi a-t-elle permis l'émergence d'un principe de proportionnalité dans les cautionnements (arrêt Macron Com. 17.06.97) ; la Cour d'appel de Paris ayant été jusqu'à libérer totalement la caution en 98 d'un engagement manifestement disproportionné à ses ressources.

Il ne faut pas oublier de préciser que cette obligation de bonne foi imposée par l'article 1134 s'entend pour toutes les parties au contrat ainsi que le rappellent les documents 2 et 7.

Le créancier est donc lui aussi tenu d'exécuter ses obligations de bonne foi dans le contrat le liant à son débiteur et de fournir les informations honnêtes et complètes lors de la formation du contrat.

L'objectif du droit positif est donc d'inciter les parties au contrat à s'engager d'une manière qui ménage les intérêts de l'ensemble des parties pour garantir l'équilibre du contrat.

Les effets de la bonne foi en droit des contrats

A-t-on eu raison de présenter les alinéas 1 et 3 de l'article 1134 du Code civil (ci-après CC) comme les « deux plateaux d'une balance » ? Car si la force obligatoire est donnée au contrat par l'alinéa 1^{er}, c'est à condition que cette loi soit appliquée avec la bonne foi qu'exige l'alinéa 3. Ainsi présenter le contrat comme une opposition d'« intérêts antagonistes » comme le fait le doyen Carbonnier n'empêche pas bien au contraire la stricte exigence de la bonne foi par le juge pour donner et maintenir au contrat sa force obligatoire. La puissante tendance séculaire à la moralisation des relations contractuelles a considérablement élargi les effets de la bonne foi en droit des contrats.

Visée en tant que telle à l'article 1134, elle signifie fidélité à l'engagement pris, loyauté, et permet tant de définir l'obligation du contractant à cette dernière que de lui interdire de recourir avec déloyauté aux mécanismes contractuels convenus, tels les clauses de résiliation et d'irresponsabilité. Mais c'est encore au stade de la formation du contrat que la bonne foi a des effets majeurs : avant la formation du contrat, elle implique transparence et information qui engagent la responsabilité délictuelle du futur contractant. A la formation même, c'est elle qui justifie d'annuler le contrat lorsque le dol est devenu mensonge, et même silence.

Cependant plus généralement encore, la jurisprudence moderne place la bonne foi au centre de ce « microcosme » dit M. Jamin, reprenant le mot de Demogue à l'aune de laquelle est jugée son unité et sa cohérence. Ainsi, la bonne foi permet de rééquilibrer l'imprévision des parties, de juger des prix abusifs, domaines pourtant où la loi n'ouvrait pas de possibilités. Enfin elle s'analyse aujourd'hui en l'obligation de faciliter à son cocontractant l'exécution de ses propres obligations, mettant à jour ce que M. Denis Mazeaud qualifie de « solidarisme ».

En définitive pour déterminer aujourd'hui les effets de la bonne foi en droit contractuel, il faut distinguer le renforcement des effets traditionnels de la bonne foi (I) et le développement de ses effets nouveaux (II).

I – Le renforcement des effets traditionnels de la bonne foi

Bien que visée expressément par les textes lors de l'exécution du contrat (B), il est naturellement plus logique d'examiner en premier lieu ses effets lors de la formation du contrat (A).

A – Lors de la formation du contrat

La liberté contractuelle, bien que non constitutionnelle (Cons. Constit. 5 avril 1994) découle fortement de l'article 4 de la Déclaration des Droits de l'Homme de 1789. Elle implique a contrario la liberté de ne pas contracter tant qu'une offre ferme

– qui révèle l'intention de conclure – et précise – qui contient les conditions essentielles – n'a pas rencontré une acceptation exprimée sans équivoque. Mais cette période en cas de contrat complexe est bien souvent une suite de contre-propositions : ce sont les pourparlers, que le juge a placé sous l'égide de la bonne foi. Ainsi, dans un arrêt du 7 janvier 1997, la Cour de cassation a formulé cette exigence de transparence en reprochant au contractant qui a laissé durer les négociations et fait croire l'autre à l'apparence de la conclusion, puis a rompu brutalement les négociations, une faute délictuelle ouvrant droit à réparation.

Le CC permet au contractant d'obtenir l'annulation du contrat lorsque son consentement aura été vicié par l'erreur, la violence ou le dol (art. 1109). Le juge a introduit la bonne foi au cœur de ce dispositif de protection en étendant le concept de dol.

Conçu comme des manœuvres dans l'article 1116, le juge a qualifié « un simple mensonge » dans l'arrêt de la 3^{ème} ch. civ. du 6 novembre 1970, c'est à dire la violation de la bonne foi. La même chambre, quelques six mois plus tard, qualifiait dol le « silence », ce qui fut appelé réticence dolosive (3^{ème} civ. 15 janvier 1971). L'effet de la violation de la bonne foi sera ici, puisque c'est la sanction du dol l'annulation du contrat, et / ou des dommages et intérêts.

La question qui reste posée est si cette obligation de bonne foi s'impose à tous ou aux seuls débiteurs d'une obligation d'information. La Cour de Cassation dans l'arrêt Baldus (1^{ère} civ. 3 mars 2000) n'a pas retenu de réticence dolosive à la charge d'un acheteur sur lequel, dit-elle, aucune obligation d'information ne pesait.

La question est d'importance du fait de la multiplication des obligations d'information créées par la jurisprudence, et plus récemment, par la loi. La jurisprudence a déjà mis à la charge des professionnels une obligation d'information très lourde, selon le principe que doit communiquer l'information celui qui en détient une importante pour son contractant, que celui-ci ignore légitimement, ce qui est la situation du profane face au professionnel. Ainsi l'assureur doit-il avant même tout contrat une information et un conseil particulier (Cass. 30 janvier 2001).

Ce sont en effet les prestataires de service chez lesquels cette obligation est la plus lourde : ils doivent s'enquérir des besoins exacts du client pour les conseiller utilement. Ainsi en va-t-il des installateurs (Civ. 1 7 avril 1998 et 20 juin 1995). En revanche, le vendeur ne doit pas cette information (mêmes arrêts) in concreto, il doit une information abstraite, intelligible par tous et dont les modalités sont aujourd'hui encadrées par le code de la consommation par ce que l'on appelle « le formalisme informatif » (L 111-1 et L 111-3).

De manière plus générale encore, le législateur a entendu prévenir toute manifestation de mauvaise foi dans les contrats d'adhésion en imposant en outre des délais de réflexion, voire de rétractation, notamment dans les contrats de crédit mobiliers (L 311-8 et L 311-15) et immobiliers (L 312-10 et 11), démarchage à domicile (L 121-121).

Ce renforcement du rôle de la bonne foi se marque autant au stade de l'exécution du contrat.

B – Lors de l'exécution du contrat

La bonne foi permet d'évaluer l'obligation du contractant, mais aussi de paralyser des mécanismes convenus.

L'obligation du contractant doit se mesurer à l'aulne de la bonne foi, exigence de base de la relation contractuelle, rappelle la Cour de cassation s'agissant d'une déclaration d'assurance, et ne permet pas d'imputer à l'autre une faute dans son obligation d'information (Civ. 28 mars 2000).

L'exigence de bonne foi permet de mesurer le contenu des obligations de conseil des professionnels, lesquelles se renforcent également en cours de contrat. Les plus visées sont sans conteste les professions médicales et juridiques. Le médecin doit une information « loyale, claire et appropriée sur les risques graves afférents aux investigations et soins proposés, même s'ils sont exceptionnels » (Civ. 17 oct. 1998). Ils ont depuis un arrêt de la 1^{ère} Civ. du 25 février 1997 la charge de la preuve et peuvent l'apporter par tous moyens (Civ. 14 oct. 1997). La loi du 4 mars 2002 sur les droits des malades et la qualité du système de santé a consacré ces solutions jurisprudentielles. La sanction ici de la violation de la « bonne foi » est la responsabilité contractuelle depuis l'arrêt du 20 mai 1936 (Mercier Civ).

Les professions juridiques sont également soumises à une obligation très lourde d'information, de s'informer pour informer, quelles que soient les compétences de leur client (Civ. 12 janvier 1999). Elles aussi supportent la charge de la preuve du respect de leur obligation (Civ. 29 avril 1997).

Enfin la bonne foi permet de paralyser les mécanismes contractuels convenus. C'est la solution traditionnelle pour la mise en œuvre des clauses résolutoires (Civ. 3^{ème} 6 juin 1984). C'est aussi la paralysie traditionnelle des clauses d'irresponsabilité ou limitatives de responsabilité en cas de faute lourde équipollente au dol et de dol. Cette faute ne nécessite pas que l'intention de nuire existe (Civ. 4 février 1969), c'est donc bien la mauvaise foi.

C'est enfin la paralysie des clauses abusives ; déjà le 14 mai 1991, la Cour de cassation s'était arrogée le droit de dire non écrite une clause abusive procurant un « avantage excessif » à une des parties. Aujourd'hui la clause abusive est définie par la loi comme celle qui crée un « déséquilibre significatif » (L 132-1 du Code de la consommation), mais la liste annexée n'est pas limitative. En revanche ce contrôle est réservé au consommateur, ce que n'est pas le professionnel acquérant tout bien ayant un rapport direct avec son activité professionnelle (Civ. 24 janvier 1995).

Ces solutions classiques sont renforcées par de véritables créations jurisprudentielles.

II – Le développement des effets normaux de la bonne foi

Les plus spectaculaires de ces créations prétoriennes sont sans doute le rééquilibrage des contrats auquel se livre le juge, grâce à la bonne foi (A), mais le plus large est sans doute le courant dit du solidarisme (B).

A – La bonne foi, outil de rééquilibrage du contrat

Ce rééquilibrage est obtenu sur le terrain de la cause aussi bien que de l'objet.

Le code de 1804 protège vigoureusement la volonté des parties, ce que l'on appelait à l'époque l'autonomie de la volonté. Il n'autorisait pas l'erreur sur la valeur (1110 CC), ni la lésion hors de rares cas (vente d'immeuble, partage...). Très vite et très fortement, la Cour de cassation avait condamné toute possibilité de remédier à l'imprévision des parties dans l'arrêt Canal de Craponne (16 mars 1876), position qui bien que contraire à celle du Conseil d'Etat, fut toujours maintenue, jusqu'à l'arrêt Huard (Com. 3 nov. 1992). Dans cet arrêt, pour la première fois, la Cour de cassation invoque la bonne foi pour rétablir l'équilibre entre les contractants. Cette jurisprudence est aujourd'hui confirmée.

Tout aussi vigoureusement, le code de 1804 interdisait d'annuler un contrat pour indétermination du prix (art. 1129). C'est pourtant ce que la Cour de cassation fera dans une série d'arrêts initiée par l'arrêt Alcatel du 29 novembre 1994. Cette jurisprudence est aujourd'hui terminée, la Cour de cassation ayant décidé par des arrêts du 1^{er} décembre 1995, qu'il n'y avait plus invalidation du contrat, mais sanction de l'abus dans la fixation du prix.

B – La bonne foi, fondement du solidarisme

Depuis quelques années, la Cour de cassation utilise le concept de bonne foi pour mettre en échec des modalités contractuelles pourtant claires. Le plus souvent dans le domaine des contrats de concession ou de distribution, où il lui paraît nécessaire là encore de protéger le faible contre le fort, elle fait grief au motif de l'obligation de bonne foi au concédant, soit de résilier un contrat à durée indéterminée, quoique ayant respecté le préavis (Com. 7 octobre 1997), soit de ne pas renouveler un contrat à durée déterminée (Com. 23 mai 2000), toujours quand elle note que le concédant avait laissé le concessionnaire espérer une poursuite ou un renouvellement. La responsabilité est ici contractuelle et ouvre droit à réparation.

Plus généralement, on voit apparaître des obligations qualifiées par certains de coopération, qui permettent au contrat d'être exécuté par l'autre. C'est le cas par exemple de l'obligation d'adaptation mise à la charge de l'employeur au profit de son salarié (Soc. 25 février 1992). C'est aussi le cas de l'obligation de vérifier que le contractant se met en position de bénéficiaire du contrat et de l'y aider (Cass. 23 janvier 1996).

Tour à tour encensées et critiquées, ces avancées jurisprudentielles sont l'objet d'une vive controverse.

Certains louent le développement de ce nouvel « affectio contractus », d'autres déplorent cet « angélisme ».

La Cour de cassation affine lentement ce concept novateur.